



HAL
open science

Le sérieux et le manifeste en droit judiciaire privé

Clovis Callet

► **To cite this version:**

Clovis Callet. Le sérieux et le manifeste en droit judiciaire privé. Droit. Aix-Marseille Université (AMU), 2015. Français. NNT: . tel-01933566v1

HAL Id: tel-01933566

<https://theses.hal.science/tel-01933566v1>

Submitted on 23 Nov 2018 (v1), last revised 19 Feb 2021 (v2)

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.

AIX-MARSEILLE UNIVERSITÉ
Faculté de droit et de science politique
Laboratoire de théorie du droit

LE SÉRIEUX ET LE MANIFESTE EN DROIT JUDICIAIRE PRIVÉ

Contribution à une étude de la certitude en droit

Clovis CALLET

Accessit au prix de thèse de l'École nationale de la magistrature (2016)

Qualification aux fonctions de maître de conférences (2017)

Thèse de doctorat réalisée sous la direction de :

M. Jean-Yves CHÉROT, professeur à l'Université d'Aix-Marseille

M. Emmanuel PUTMAN, professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Présentée et soutenue le 4 décembre 2015 à la Faculté de droit d'Aix-Marseille devant un jury composé de :

Mme Soraya AMRANI-MEKKI, professeur à l'Université Paris Ouest (président)

M. Pierre BRUNET, professeur à l'Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne (rapporteur)

Mme Pascale DEUMIER, professeur à l'Université Jean Moulin (rapporteur)

M. Frédéric ROUVIÈRE, professeur à l'Université d'Aix-Marseille (examineur)

Réécrite après la soutenance et à jour au 31 mai 2018.

Remerciements chaleureux à mes directeurs de thèse, les professeurs Jean-Yves CHÉROT et Emmanuel PUTMAN, pour leur confiance, leur soutien constant, leurs conseils avisés et leur amitié.

Remerciements chaleureux au professeur Frédéric ROUVIÈRE, pour son intérêt et son aide précieuse.

Remerciements respectueux à Christian CHARRUAULT et Pierre BARGUE, présidents de la première chambre civile de la Cour de cassation, pour leur intérêt et leur accessibilité et pour m'avoir permis d'étudier de près la pratique de la non-admission des pourvois.

Remerciements respectueux à Gérard PLUYETTE et Dominique BIGNON, doyens de la première chambre civile, pour leur écoute et leur disponibilité.

Remerciements reconnaissants à Jean-Claude MARIN, Procureur général près la Cour de cassation, Jean-Pierre GRIDEL, doyen de la première chambre civile, Françoise KAMARA, conseillère à la première chambre civile, pour leur intérêt et leur soutien dans mes démarches auprès de la Cour.

Remerciements affectueux à tous ceux qui ont accepté le travail ingrat de relecture : Maman, Adrienne, Alexandre, Aristoménis et Lise.

Enfin, merci à Claire, pour sa patience et son soutien.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	1
PREMIÈRE PARTIE : DÉFINITION DES CARACTÈRES SÉRIEUX ET MANIFESTE	13
TITRE I – LES CARACTÈRES SÉRIEUX ET MANIFESTE : DE L'ÉVIDENCE OU DE LA FACILITÉ À LA CERTITUDE	15
TITRE II – LES CARACTÈRES SÉRIEUX ET MANIFESTE ÉCLAIRÉS PAR LA CERTITUDE	137
SECONDE PARTIE : FONCTIONS DES CARACTÈRES SÉRIEUX ET MANIFESTE	227
TITRE I – LA RÉFÉRENCE AUX CARACTÈRES SÉRIEUX ET MANIFESTE COMME INSTRUMENT DE BONNE ADMINISTRATION DE LA JUSTICE	229
TITRE II – LA RÉFÉRENCE AUX CARACTÈRES SÉRIEUX ET MANIFESTE COMME INSTRUMENT DE MAÎTRISE DE LA JURISPRUDENCE	337
CONCLUSION GÉNÉRALE	395
ANNEXE I	399
ANNEXE II	403
BIBLIOGRAPHIE	407
TABLE DE LA JURISPRUDENCE	431
INDEX DES NOTIONS JURIDIQUES	443
TABLE DES MATIÈRES	447

INTRODUCTION

Champ de l'étude : les dispositifs procéduraux mentionnant le caractère sérieux ou le caractère manifeste

1. Les adjectifs sérieux et manifeste et leurs variantes adverbiales connaissent un succès remarquable depuis une cinquantaine d'années, au point d'être devenus presque omniprésents en droit processuel. Ils intègrent désormais de nombreux dispositifs dont l'importance pour le déroulement de la procédure ou l'organisation juridictionnelle est fondamentale.

2. **Occurrences de la difficulté sérieuse.** Une jurisprudence ancienne et constante fait de la difficulté sérieuse une condition de la question préjudicielle spéciale¹, c'est-à-dire entre juridictions judiciaires. En l'absence de difficulté sérieuse soulevée par un moyen relevant de la compétence exclusive d'une autre juridiction judiciaire, la juridiction judiciaire qui en est saisie devra statuer sur son bien-fondé et ne saurait renvoyer à la juridiction normalement compétente le soin de le faire.

La difficulté sérieuse constitue également un élément essentiel des questions préjudicielles générales, c'est-à-dire entre juridictions appartenant à des ordres différents. Le décret n° 2015-233 du 27 février 2015 a codifié une jurisprudence ancienne selon laquelle il n'y a de questions préjudicielles relevant d'une juridiction administrative que si l'application du droit administratif soulève une difficulté sérieuse². En ce qui concerne les questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne, la Cour de cassation et le Conseil d'État jugent que l'obligation de renvoi qu'ils supportent en application de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne suppose l'existence d'une difficulté sérieuse³.

¹ Voir, notamment : Cass., civ., 3 juin 1890, *S.* 1891, I, 541 ; 25 mars 1891, *Bull. civ.*, n° 89 ; 28 juill. 1913, *S.* 1913, I, 517 ; Paris, 8 mars 1968, *D.* 1969, juris., 30.

² Voir, notamment : Cass., civ. 1^{ère}, 2 avr. 1963, *Bull. civ.*, I, n° 203 ; 18 oct. 1994, n° 92-18.142, *id.* n° 299.

Art. 49 CPC : « Lorsque la solution d'un litige dépend d'une question soulevant une difficulté sérieuse et relevant de la compétence de la juridiction administrative, la juridiction judiciaire initialement saisie la transmet à la juridiction administrative compétente »

Art. R771-2 CJA : « Lorsque la solution d'un litige dépend d'une question soulevant une difficulté sérieuse et relevant de la compétence de la juridiction judiciaire, la juridiction administrative initialement saisie la transmet à la juridiction judiciaire compétente ».

³ Voir, notamment : Cass., com., 5 mai 1982, n° 80-11.490, *Bull. civ.*, IV, n° 156 ; crim., 18 oct. 1988, n° 87-90.364, *Bull. crim.* n° 352 ; 18 janv. 1990, n° 89-81.959 ; 21 juin 1990, n° 89-83.394, *id.* n° 254 ; 28 nov. 1991, n° 90-84.174 ; 14 oct. 1992, n° 90-83.026, *id.* n° 326 ; com., 9 déc. 1997, n° 95-17.619, *Bull. civ.*, IV, n° 334 ; civ. 3^e, 28 mars 2007, n° 04-12.315 ; com., 12 févr. 2008, n° 06-16.202 ; 20 mai 2008 (3 arrêts), n^{os} 06-20.230, 05-14.331 et 06-15.136, *Bull. civ.*, IV, n° 101 ; soc., 9 juill. 2008, n° 07-42.023, *id.*, V, n° 149 ; civ. 2^e, 10 sept. 2009, n^{os} 09-10.445 et .605 ; soc., 2 juin 2010, n° 08-44.834. Rapp. : civ. 1^{ère}, 2 févr. 1999, n° 97-10.679. En ce qui concerne la jurisprudence administrative, voir : CE, 12 févr. 1993, n° 115468 ; CE, ass., 14 déc. 2001, n° 211341, *Lebon* 645 ; CE, 24 nov. 2003, n° 232590, *Lebon* T. 696 ; CE, sect., 31 mai 2016, n° 393881, *Lebon* à paraître.

Trois autres textes de loi conditionnent leur application à l'existence d'une difficulté sérieuse. D'abord, l'article 35 du décret du 26 octobre 1849, modifié par le décret n° 60-728, autorise le Conseil d'État et la Cour de cassation à saisir le Tribunal des conflits des questions de compétence « soulevant une difficulté sérieuse et mettant en jeu la séparation des autorités administratives et judiciaires »⁴. Ensuite, les articles L441-1 du code de l'organisation judiciaire et L113-1 du code de justice administrative confèrent aux juridictions judiciaires et administratives du fond la faculté de saisir respectivement la Cour de cassation et le Conseil d'État d'une question de droit nouvelle et présentant une difficulté sérieuse, pour avis⁵.

3. Occurrences du moyen sérieux. À côté de l'exigence d'une difficulté sérieuse se développe la référence au moyen sérieux. Les articles 808 et 809 alinéa 2 du code de procédure civile autorisent ainsi le juge des référés à ordonner, dans les cas d'urgence, « toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse » ou à ordonner, indépendamment de l'urgence, l'exécution des obligations non « sérieusement contestables ». Bien que le moyen sérieux ne soit pas mentionné, la contestation sérieuse à laquelle ces textes font référence correspond précisément au moyen sérieux soulevé par le défendeur.

Parallèlement, le moyen sérieux en demande délimitait l'application de l'article 1014 du code de procédure civile dans sa rédaction antérieure au décret n° 2014-1338, puisque ce texte autorisait la Cour de cassation à déclarer non admis les pourvois « non fondés sur un moyen sérieux de cassation ». De même, le moyen sérieux en demande est une condition de l'arrêt de l'exécution provisoire par le premier président de la cour d'appel dans certaines procédures⁶ ou de l'attribution de l'aide juridictionnelle en cassation⁷.

Le moyen sérieux apparaît encore comme un élément essentiel du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. L'article 23-2 de l'ordonnance n° 58-1067, créé par la loi organique n° 2009-1523, subordonne en effet le renvoi des questions prioritaires de

⁴ « Lorsque le Conseil d'État statuant au contentieux, la Cour de cassation ou toute autre juridiction statuant souverainement et échappant ainsi au contrôle tant du Conseil d'État que de la Cour de cassation, est saisi d'un litige qui présente à juger [...] une question de compétence soulevant une difficulté sérieuse et mettant en jeu la séparation des autorités administratives et judiciaires, la juridiction saisie peut [...] renvoyer au tribunal des conflits le soin de décider sur cette question de compétence. [...] ».

⁵ Art. L441-1 COJ : « Avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent [...] solliciter l'avis de la Cour de cassation ».

Art. L113-1 CJA : « Avant de statuer sur une requête soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel peut [...] transmettre le dossier de l'affaire au Conseil d'État, qui examine dans un délai de trois mois la question soulevée ».

⁶ Art. R661-1 al. 3 C. com : « Par dérogation aux dispositions de l'article 524 du code de procédure civile, le premier président de la cour d'appel, statuant en référé, ne peut arrêter l'exécution provisoire des décisions [relatives à une mesure de protection des entreprises en difficulté et exécutoires de plein droit à titre provisoire] que lorsque les moyens à l'appui de l'appel paraissent sérieux ».

Art. R121-22 al. 3 CPCEx : « Le sursis à exécution [des décisions du juge de l'exécution] n'est accordé que s'il existe des moyens sérieux d'annulation ou de réformation de la décision déferée à la cour ».

⁷ Art. 7 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 : « [...] en matière de cassation, l'aide juridictionnelle est refusée au demandeur si aucun moyen de cassation sérieux ne peut être relevé ».

constitutionnalité par les juridictions du fond à la Cour de cassation ou au Conseil d'État à la condition que ces questions ne soient pas dépourvues de caractère sérieux. Faisant écho à ce texte, l'article 23-4 subordonne le renvoi des questions par les juridictions suprêmes au Conseil constitutionnel à la condition qu'elles soient « nouvelle[s] ou présente[nt] un caractère sérieux ». Si ces textes se réfèrent au caractère sérieux de la question, et non du moyen, c'est bien du caractère sérieux du grief d'inconstitutionnalité élevé par une partie dont il est question.

4. Autre occurrence du caractère sérieux. Enfin, le caractère sérieux fait encore une incursion dans le champ du droit judiciaire privé à travers le concept de défendeur « réel et sérieux »⁸, que la jurisprudence fait intervenir pour délimiter le domaine d'application de l'article 42 alinéa 2 du code de procédure civile. Si la juridiction territorialement compétente à l'égard d'un défendeur l'est également à l'égard des codéfendeurs, c'est à la condition que le défendeur qui fonde sa compétence soit un défendeur réel et sérieux.

5. Occurrences du caractère manifeste. Quant au terme manifeste, il occupe également une place très importante au sein de notre système procédural. Le caractère manifestement irrecevable ou non fondé des demandes justifie le refus d'attribution de l'aide juridictionnelle en demande⁹, le refus de délivrance d'une injonction de payer européenne¹⁰, la dérogation au caractère contradictoire dans la procédure européenne de règlement des petits litiges¹¹ ainsi que la suppression de toute voie de recours contre la décision de rejet rendue dans ce cadre procédural¹². L'irrecevabilité manifeste d'une requête soumise au Tribunal des conflits justifie encore qu'elle puisse être jugée par une formation réduite¹³. On retrouve aussi le terme dans la procédure de référé, l'article 809 alinéa 1 du code de procédure civile conférant au juge des référés le pouvoir de prendre toute mesure qui s'impose pour « faire cesser un trouble manifestement illicite ». L'article 1448 du code de procédure civile, quant à lui, fait obligation au juge étatique de se déclarer incompétent lorsque le litige relève d'une convention d'arbitrage, « sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable ». Enfin, depuis l'adoption du décret n° 2014-1338 du 6 novembre 2014, qui modifie l'article 1014 du code de procédure civile précité, la possibilité reconnue aux chambres civiles de la Cour de cassation de déclarer non admis les pourvois ne reposant pas sur un moyen sérieux a été remplacée par la faculté de rejeter

⁸ Cass., civ. 2^e, 14 mars 1968, *Bull. civ.*, II, n° 84 ; 10 juill. 1996, n° 94-16.692, *id.* n° 198 ; com., 31 janv. 2006, n° 04-17.744 ; civ. 1^{ère}, 17 oct. 2007, n° 05-20.502 ; civ. 3^e, 27 janv. 2009, n° 08-11.753.

⁹ Art. 7 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 : « L'aide juridictionnelle est accordée à la personne dont l'action n'apparaît pas, manifestement, irrecevable ou dénuée de fondement. »

¹⁰ Art. 11 1^o du règlement n° 1896/2007 : « la juridiction rejette la demande si [...] [elle] est manifestement non fondée ».

¹¹ Art. 4 4^o du règlement n° 861/2007 : « Lorsque la demande apparaît manifestement non fondée ou irrecevable, ou lorsque le demandeur ne complète pas ni ne rectifie le formulaire de demande dans le délai indiqué, la demande est rejetée ».

¹² Art. 1385 CPC : « Lorsque le tribunal rejette la demande au motif que celle-ci apparaît manifestement non fondée ou irrecevable [...] la décision rendue est insusceptible de recours. »

¹³ Art. 17 du décret n° 2015-233 : « Le président du Tribunal des conflits peut, par ordonnance prise conjointement avec le membre du tribunal le plus ancien appartenant à l'autre ordre de juridiction [...] rejeter les requêtes manifestement irrecevables [...] ».

par un arrêt non spécialement motivé le pourvoi qui « n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ». Un tel arrêt peut également être rendu « lorsque le pourvoi est irrecevable », mais la doctrine et la Cour de cassation énoncent que cette irrecevabilité doit être manifeste¹⁴.

6. Le succès des caractères sérieux et manifeste au sein du droit positif est donc patent. Mais ces notions envahissent également le droit prospectif et leur inflation ne semble pas devoir s'arrêter. Le rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation paru en avril 2017 propose ainsi d'instituer une procédure de traitement des pourvois spécifique aux situations d'« urgence manifeste »¹⁵ ainsi qu'un système de filtrage des pourvois, autorisant l'accès à la Cour de cassation dans cinq cas seulement, parmi lesquels figure l'hypothèse d'une « erreur manifeste de jugement conduisant à un déni de justice »¹⁶.

Centraux à la compétence, à l'instance, aux voies de recours et au jugement lui-même, les caractères sérieux et manifeste occupent une place de choix dans notre procédure civile. De sorte que la détermination de leur signification et de leur portée exactes constitue une nécessité impérieuse et d'une brûlante actualité.

Objet de la thèse : la définition des caractères sérieux et manifeste

7. **Des notions toujours mystérieuses.** Le succès législatif et jurisprudentiel des notions de caractère sérieux et de caractère manifeste pourrait laisser penser qu'elles font l'objet d'un consensus et sont bien maîtrisées. La doctrine peine pourtant à systématiser la jurisprudence et à dégager une définition satisfaisante.

La contestation sérieuse délimitant les pouvoirs du juge des référés a ainsi « acquis une réputation d'inaccessibilité »¹⁷ et demeure « l'une des clés les plus insaisissables du jeu des référés »¹⁸. De même, à propos de la procédure de non-admission des pourvois, qui supposait jusqu'au 8 novembre 2014 que le pourvoi ne repose sur aucun moyen sérieux, il a pu être écrit par un conseiller à la Cour de cassation qu'« il est, par définition, difficile de définir le moyen que la Cour de cassation entend considérer comme n'étant pas sérieux. La doctrine peine d'ailleurs à le définir autrement que par ce qu'il n'est pas, c'est-à-dire un moyen «réel ou, du moins, suffisamment consistant pour mériter d'être allégué ou

¹⁴ G. CANIVET, *op. cit.*, p. 2196 ; S. AMRANI-MEKKI, « Les textes organisant la non-admission des pourvois en cassation en droit français », in S. AMRANI-MEKKI et L. CADIET (dir.), *La sélection des pourvois à la Cour de cassation*, Economica, 2005, p. 19, spéc. p. 25.

¹⁵ *Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, avr. 2017, p. 87 à 92, disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

¹⁶ *Id.*, p. 268.

¹⁷ J. NORMAND, « Action en justice ; juridiction ; Organisation judiciaire et compétence », *RTD civ.* 1979. 650, spéc. 654.

¹⁸ P. HÉBRAUD, *RTD civ.* 1975. 168. Voir également : J.-P. ROUSSE, « La contestation sérieuse, obstacle à la compétence du juge des référés ; la contestation sérieuse, condition de la compétence du juge des référés », *Gaz. Pal.* 1974. 2. 837 ; « Nature et finalité de la mesure de référé », *Gaz. Pal.* 1977. 1. 249 ; J. NORMAND, cité note précédente, p. 654 ; R. MARTIN, « Le référé, théâtre d'apparence », *D.* 1979. 158 ; M.-C. RONDEAU-RIVIER, « L'évidence et la notion de contestation sérieuse », *Gaz. Pal.* 1991. 1. 355.

soutenu, pris en considération et avoir des chances d'être retenu après discussion et réflexion»¹⁹.

Quant au caractère manifeste, il suscite tout autant la perplexité. Le caractère manifeste de l'illicéité du trouble autorisant le juge des référés à prendre certaines mesures a été décrit comme une notion insaisissable²⁰. On peut aussi relever les propos de Jean-François Flauss relatifs à l'article 35 3° de la Convention européenne des droits de l'Homme qui frappe d'irrecevabilité toute requête « manifestement infondée » : « La distinction entre les requêtes « manifestement mal fondées » et les requêtes « mal fondées, mais pas manifestement » demeure l'un des plus épais mystères du droit de la Convention européenne des droits de l'homme »²¹.

8. Objet de la thèse. C'est à la recherche d'une définition des notions de caractère sérieux et de caractère manifeste que le présent travail veut s'atteler. Il s'agira d'essayer de résoudre les questions suivantes : Qu'est-ce qui fait d'un moyen un moyen sérieux ou non ? D'une difficulté une difficulté sérieuse ou non ? D'une irrecevabilité une irrecevabilité manifeste ou non ? D'une demande infondée une demande manifestement infondée ?

Ces questions en appellent une autre : les caractères sérieux et manifeste sont-ils susceptibles de recevoir une définition unique ou doivent-ils recevoir une définition spécifique pour chacune de leurs occurrences²² ?

9. Des notions habituellement définies par l'évidence. La doctrine et les juridictions elles-mêmes définissent souvent ces notions, dans toutes leurs occurrences, à partir du critère d'évidence²³, entendu comme une vérité indémontrable car allant d'elle-même : l'évidence s'affirme mais ne peut s'argumenter²⁴. Dans cette perspective, la détermination des caractères sérieux et manifeste se fait en amont de tout raisonnement. Il s'agit de qualités que l'on ne peut que constater, que saisir par l'intuition, sans pouvoir les démontrer.

Si l'on adopte une telle définition, le moyen non sérieux est celui que l'on peut écarter immédiatement sans avoir besoin d'avancer aucune justification : son inanité est telle qu'elle s'impose d'elle-même à l'entendement du juge. À l'inverse, le moyen sérieux serait celui que l'on ne peut rejeter sans une analyse juridique préalable. Le moyen sérieux correspond donc à une notion complexe qui se divise en deux sous-catégories : le moyen

¹⁹ V. VIGNEAU, « Le régime de la non-admission des pourvois devant la Cour de cassation », *D.* 2010. 102, spéc. p. 107. À propos de la même procédure, Franck Terrier, Président de la troisième chambre civile, observe également : « La notion de moyen sérieux demeure difficile à cerner » (F. TERRIER, « La pratique de la procédure de non-admission à la Cour de cassation », *Justice et cassation* 2013. 95, spéc. p. 98).

²⁰ H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, tome III, 1991, Sirey, n° 1289.

²¹ J.-F. FLAUSS, « La sélection des recours et la Convention européenne des droits de l'homme », in S. AMRANI-MEKKI et L. CADIET (dir.), *La sélection des pourvois à la Cour de cassation*, Economica, 2005, p. 47.

²² « Une analyse plus poussée révèle une autre surprise. Loin d'être uniforme, [la notion de caractère sérieux] emprunte des acceptions variées, adaptées à chaque dispositif » (C. GENTILI, « Le caractère sérieux dans la procédure civile et le contentieux administratif », 2012, disponible sur le site halshs.archives-ouvertes.fr, n° 1 ; voir aussi le n° 18).

²³ Cf. nos 26 à 32 de cet ouvrage.

²⁴ Cf. nos 34 et 35.

que l'on ne peut rejeter parce qu'il est évidemment recevable, opérant et bien fondé, et le moyen que l'on ne peut rejeter parce qu'il existe un doute sur sa recevabilité ou son bien-fondé²⁵. De même, une question ne soulève de difficulté sérieuse que dans la mesure où sa résolution implique un investissement intellectuel témoignant de ce que la réponse ne va pas de soi et suppose une démonstration. La difficulté sérieuse est donc caractérisée par le caractère non évident de la réponse à un problème juridique.

Quant au caractère manifeste d'une solution ou d'une appréciation déterminée, il sera constitué par le fait que ladite solution ou appréciation peut être regardée pour vraie sans le soutien d'aucune argumentation.

Ainsi, les caractères sérieux et manifeste sont des notions qui se recouvrent partiellement. D'abord, la difficulté sérieuse, excluant l'évidence d'une solution déterminée, exclut nécessairement que l'on puisse qualifier cette solution de manifeste. Ensuite, le moyen non sérieux, étant évidemment infondé ou irrecevable, appelle une appréciation manifeste : la demande qui n'est fondée sur aucun moyen sérieux est manifestement infondée. Quant au moyen sérieux, il peut appeler une appréciation manifeste ou, au contraire, l'exclure selon le type de moyen sérieux dont il est question.

10. Des notions parfois définies par la facilité. À côté de la définition des caractères sérieux et manifeste par l'évidence, la doctrine semble parfois retenir une définition fondée sur la facilité²⁶. La facilité se distingue de l'évidence par ce qu'elle se rattache à une démonstration que, par définition, l'évidence exclut. Elle renvoie à un seuil maximal dans l'effort intellectuel nécessaire pour arriver à une conclusion tenue pour certaine²⁷.

Dans cette perspective, sera manifeste la solution qui apparaît certaine au terme d'un examen simple et relativement rapide. L'irrecevabilité sera manifeste, par exemple, s'il est possible de la démontrer aisément et de sorte qu'un interlocuteur éclairé pourrait être convaincu sans avoir à fournir d'effort intellectuel spécifique. De même, le moyen serait non sérieux s'il est facile de déterminer qu'il est irrecevable ou mal fondé. Le moyen sérieux correspondrait alors alternativement à celui dont on peut démontrer facilement qu'il est fondé, ou à celui qui appelle une réflexion suffisamment complexe. Quant à la difficulté sérieuse, elle serait caractérisée toutes les fois que la résolution d'une question appelle un raisonnement suffisamment long et complexe.

11. Le décalage de ces définitions avec la jurisprudence. Largement admises, ces définitions semblent pourtant être insatisfaisantes. En effet, si, comme nous l'avons relevé ci-dessus, les notions de caractère sérieux ou manifeste sont généralement présentées comme insaisissables, c'est en raison de l'irréductibilité de la jurisprudence aux critères d'évidence ou de facilité.

²⁵ « Il y a contestation sérieuse et par conséquent question préjudicielle, pour toute exception jetant un doute sur la légalité d'un règlement [de la Communauté], et *a fortiori* dans tous les cas où les moyens invoqués à l'encontre d'un tel règlement apparaîtraient comme manifestement fondés » (J.-F. THÉRY, concl. CE 18 janv. 1974, *Union des minotiers de la Champagne*, RTD eur. 1975. 86). Voir aussi : Y. STRICKLER, *Le juge des référés, juge du provisoire*, thèse Strasbourg, 1993, p. 97 à 99.

²⁶ Cf. n° 48.

²⁷ Cf. n°s 50 et 55.

Plusieurs données empiriques corroborent ce décalage entre les définitions classiques des notions et les décisions qui s’y rapportent. Si l’on définit le moyen sérieux à partir de l’évidence ou de la facilité, la proportion de non-admissions devrait se situer aux alentours de 10 % des décisions rendues, ce chiffre correspondant à la part de pourvois intentés contre l’avis de l’avocat aux Conseils du demandeur²⁸. Pourtant de telles décisions ont représenté entre 35 et 21 % des arrêts rendus par les chambres civiles entre 2005 et 2013²⁹. Ainsi, dans une très large mesure la Cour a jugé non sérieux des moyens que les avocats aux Conseils avaient tenus pour sérieux.

De même, seules 2,2 % des non-admissions rendues en matière civile sont accompagnées d’une condamnation à une amende civile³⁰. Or cette sanction, qui tend à s’appliquer aux pourvois abusifs³¹, aurait vocation à être prononcée chaque fois que le rejet est évident ou qu’il peut être aisément établi, l’introduction d’une action dans ces conditions étant bien constitutive d’un abus³². La très faible part des décisions constatant un abus du demandeur laisse donc penser que la non-admission ne repose pas sur l’évidence de l’inanité du pourvoi.

Enfin, il peut encore être observé que si, à l’origine de la procédure de non-admission, les conseillers-rapporteurs se contentaient d’indiquer très sommairement sur une fiche type les raisons pour lesquelles ils préconisaient la non-admission³³, ce système a été rapidement abandonné au profit de la rédaction d’un rapport³⁴ comprenant souvent une argumentation suffisamment fine et étayée pour que les avocats aux Conseils y voient parfois un matériau utile et éclairant³⁵.

12. Proposition de la thèse : définition à partir du critère de certitude. Dans cette étude, nous voulons montrer qu’il faudrait abandonner les critères d’évidence et de facilité et leur préférer le critère de certitude pour définir les caractères sérieux et manifeste. La certitude a un champ plus large que l’évidence, elle correspond à l’état d’esprit qui consiste à tenir pour vrai ou faux une proposition déterminée³⁶. Elle est ainsi construite *via* le

²⁸ P. BLONDEL, « Le critère de la non-admission : quelle rationalité ? », in S. AMRANI-MEKKI et L. CADIET (dir.), *La sélection des pourvois à la Cour de cassation*, Paris, Economica, 2005, p. 83, spéc. p. 100 ; F. DESCORPS-DECLÈRE, « Les motivations exogènes des décisions de la Cour de cassation », *D.* 2007. 2822.

²⁹ *Rapport annuel de la Cour de cassation pour l’année 2013*, La Documentation française, p. 666.

³⁰ V. DE MECQUENEM, B. MUNOZ-PEREZ et J.-M. SOMMER, *Le prononcé des amendes civiles par les chambres civiles de la Cour de cassation, 2000 – 2011*, étude disponible sur le site internet de la Cour de cassation, p. 8.

³¹ Art. 32-1 CPC : « Celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile [...] ».

³² Cass., civ. 2^e, 5 mai 1978, n° 76-14.728, *Bull. civ.*, II, n° 116 ; 11 sept. 2008 (deux arrêts), n° 07-18.483 et 07-16.972 ; soc., 20 janv. 2010, n° 08-41.944.

³³ A. PERDRIAU, « La non-admission des pourvois », *JCP G* 2002. I. 181, n° 34.

³⁴ V. VIGNEAU, « Le régime de la non-admission des pourvois devant la Cour de cassation », *D.* 2010. 102, spéc. p. 103.

³⁵ « Le rapport de non-admission peut être utilisé pour démontrer qu’un moyen a déjà été jugé dépourvu de sérieux./ On lit un tel raisonnement sous la plume de certains conseillers rapporteurs./ Il m’est arrivé pour ma part d’utiliser une décision de non-admission éclairée par le rapport dans des contentieux où les mêmes moyens étaient reproduits. » (H. HAZAN, « Le moyen sérieux », intervention du 25 janvier 2010 à la Cour de cassation au cours du colloque « Droit et technique de cassation », disponible sur le site internet de la Cour).

³⁶ « État de l’entendement à l’égard d’un ou de plusieurs jugement(s) qu’il tient pour vrai(s) » (*Trésor de la langue française*).

raisonnement et est indépendante de la complexité de celui-ci, là où l'évidence est donnée par l'intuition. Argumentée et démontrable, la certitude est ouverte à la réfutation et peut être discutée. Symétriquement, l'incertitude est l'état d'esprit qui consiste à tenir une proposition pour indécidable. Autrement dit, elle renvoie au constat de l'impossibilité d'attribuer une valeur de vérité à une proposition déterminée. L'incertitude est, elle aussi, construite par le raisonnement ; elle est le résultat d'une argumentation et repose sur la démonstration de l'insolubilité d'un problème.

Dans cette perspective, la difficulté sérieuse est constatée par le juge au terme de l'analyse de la cause et consiste en l'existence d'un obstacle *insurmontable* dans la résolution du litige. Elle existe lorsque le juge fait face à un dilemme³⁷. Un moyen sera sérieux s'il peut être démontré avec certitude qu'il est recevable et bien fondé ou qu'il apparaît *absolument* impossible de déterminer ce qu'il en est. Quant au moyen non sérieux, il s'agit de celui que l'on sait devoir écarter. La solution manifeste sera également celle dont le juge a pu *acquérir* la certitude qu'elle doit être retenue.

Tout au long de cette étude nous essaierons de démontrer que cette définition est non seulement celle qui se dégage de la jurisprudence mais aussi qu'elle conduit à une application rationnelle des dispositifs qui font référence aux caractères sérieux et manifeste dans le champ procédural.

Premier enjeu : systématiser la jurisprudence

13. Systématiser la jurisprudence. La recherche d'une définition opérante et satisfaisante des notions étudiées passe avant tout par un examen attentif de la jurisprudence s'y rapportant. Comment la jurisprudence délimite-t-elle les caractères sérieux et manifeste ? Quand ces caractères sont-ils généralement retenus ou écartés, et pour quelles raisons le sont-ils ? Ces questions appellent une systématisation de la jurisprudence, à laquelle il s'agit de donner un sens, et conduisent à la construction d'une définition jurisprudentielle des notions étudiées.

Notre étude cherchera ainsi à mettre en lumière une définition déjà en œuvre en jurisprudence et déjà opérante en droit positif³⁸. Cette réflexion se présente donc comme descriptive, plutôt que prescriptive : il s'agit de proposer un concept permettant de rendre compte de façon satisfaisante et éclairante du droit positif. Ce faisant, nous nous éloignerons certes des formules consacrées en pratique, qui font référence à l'évidence ou la facilité et nous paraissent trompeuses, mais ce n'est que pour mieux nous rapprocher de ce qu'est réellement la jurisprudence. Aussi une telle entreprise n'opère aucune modification du droit positif, elle en affine simplement la connaissance et en facilite l'appréhension.

Centrer la réflexion sur une systématisation de la jurisprudence a l'avantage de permettre de porter sur elle un regard critique. Déterminer sa teneur et son sens autorise à en apprécier la valeur juridique : pour savoir si elle est bien fondée, il faut d'abord savoir ce qu'elle est. À cet égard, ce qui constitue les *causes* réelles de la jurisprudence, et donc la façon dont les juges raisonnent, demeure sans incidence sur le développement d'un point de vue critique. Une ou plusieurs décisions peuvent être justes et bien fondées en droit,

³⁷ « Nécessité dans laquelle se trouve une personne de devoir choisir entre les deux termes contradictoires et également insatisfaisants d'une alternative. » (*Trésor de la langue française*).

³⁸ J. RIVERO, « Apologie pour les faiseurs de système », *D.* 1951. chron. 99, spéc. 101.

tout en ayant été adoptées sur la base d'une argumentation erronée ou pour des raisons absurdes ou inéquitables.

14. Indications méthodologiques. Ce travail de systématisation ne tend donc pas à dresser un portrait de la façon dont les juges appréhendent effectivement les caractères sérieux et manifeste. Il ne s'agit pas de montrer comment ils raisonnent et arrivent à la conclusion que ces caractères sont réunis ou non, ce qui constitue un fait psychologique difficilement accessible. L'analyse porte sur le fruit de leur raisonnement, leurs décisions, et vise à construire une définition des caractères sérieux et manifeste qui cadre avec la jurisprudence.

Malgré cela, notre étude s'appuiera régulièrement, et le plus souvent possible, sur les travaux préparatoires aux arrêts, c'est-à-dire sur les rapports des conseillers-rapporteurs et les conclusions des avocats généraux. Ces documents éclairent généralement la décision par une argumentation riche et précise. Justifiant ou fragilisant la décision, ils fournissent une aide précieuse dans son analyse. Ils ne constituent toutefois qu'un guide et devront souvent être accompagnés d'un travail de reconstruction de la justification des décisions, les arguments avancés dans ces documents pouvant être insuffisants pour justifier pleinement le fait que le caractère sérieux d'un moyen, d'une question, d'une demande ou le caractère manifeste d'une solution aient été finalement retenus ou écartés.

Second enjeu : éprouver la jurisprudence

15. La définition des notions à l'épreuve de leurs fonctions. Identifier la définition jurisprudentielle des caractères sérieux et manifeste n'épuise toutefois pas la réflexion relative à leur définition. Il faut encore déterminer si cette définition jurisprudentielle est satisfaisante et compatible avec les textes et mécanismes au sein desquels ces notions interviennent. Dégager une définition satisfaisante des caractères sérieux et manifeste implique donc de rechercher leurs fonctions, et de confronter celles-ci à la définition qui se dégage de l'analyse de la jurisprudence. Permet-elle une application rationalisée des textes ?

L'exposé des fonctions des caractères sérieux et manifeste contribue à éclairer d'un jour nouveau leur définition. Celle-ci sera en effet confortée ou considérablement affaiblie selon qu'elle permet ou non de justifier les différentes occurrences des notions dans les textes. Pour être soutenable, une définition doit conduire à une application un tant soit peu rationnelle et raisonnable des dispositifs dans lesquels elle intervient ; elle doit être compatible, dans une certaine mesure, avec une analyse téléologique de ces dispositifs. La réflexion sur les fonctions des notions est donc la suite naturelle de celle portant sur leur définition. Elle permet d'éprouver la définition proposée à partir de l'analyse de la pratique et du discours juridiques.

16. Tendait à mettre en lumière la *ratio legis* des textes intégrant les notions de caractère sérieux et de caractère manifeste, cette partie de l'étude permet de jeter des ponts entre l'analyse *de lege lata* et l'analyse *de lege ferenda*. En effet, identifier les fonctions des notions permet de porter un regard nouveau sur les procédures qui y font référence, et d'apprécier l'opportunité et l'utilité de cette référence. De même, cela permet de mettre

en lumière les insuffisances de certains textes où cette référence fait défaut alors qu'elle serait opportune.

Bien plus, l'analyse conduit à dégager de nouveaux cas d'application des notions étudiées, lorsqu'elle permet de montrer que la fonction des notions est de donner une pleine efficacité à une règle ou un principe juridique, ou de concilier deux règles et/ou principes contradictoires. L'analyse fournit alors un matériau directement utilisable par les juristes, indépendamment de toute modification législative ou réglementaire : elle permet, en effet, d'étendre la référence aux caractères sérieux et manifeste à des dispositions au sein desquelles ils sont aujourd'hui absents.

La nécessité d'une étude synthétique

17. L'utilité de l'étude synthétique. Rares sont les contributions qui traitent exclusivement et directement des caractères sérieux et manifeste. Ceux-ci sont presque toujours abordés au sein d'une réflexion plus large, qui porte sur le texte qui les mentionne pris dans sa globalité. Ils ne sont alors qu'un élément parmi d'autres dans une procédure déterminée. Leur examen se présente alors comme incident, presque accessoire.

Trop large, le cadre dans lequel ces notions sont généralement appréhendées est aussi trop étroit : envisagées en tant qu'élément conditionnant l'application d'un texte identifié, il est impossible d'en cerner pleinement les enjeux.

Une réflexion portant sur l'ensemble des occurrences des caractères sérieux et manifeste nous semble préférable pour réussir à cerner précisément le sens de ces notions. Contrairement à l'analyse de textes isolés, une telle démarche permet d'éclairer les procédures nouvelles par la jurisprudence et la doctrine relatives à d'autres dispositions mieux connues.

18. Quelques études synthétiques à prolonger. L'importance de la réflexion synthétique n'a pas été totalement ignorée de la doctrine puisque plusieurs auteurs s'y sont essayés. En 1972, Jean-Yves Vincent soutenait sa thèse de doctorat intitulée « L'évidence en contentieux administratif »³⁹, dans laquelle il traite, notamment, des textes employant le terme manifeste en contentieux administratif ainsi que de la difficulté sérieuse exigée en matière de renvoi préjudiciel. Au cours de la décennie suivante, paraissait un article de Bruno Petit sous le titre « L'évidence »⁴⁰, au sein duquel l'auteur cherchait à systématiser l'application des textes faisant référence aux caractères sérieux et manifeste. En 2003, Jean-François Cesaro publiait un livre intitulé « Le doute en droit privé »⁴¹ qui approfondissait ce travail.

Ces trois études nous apporteront un secours certain mais nous ne pouvons aujourd'hui nous y arrêter. Outre que la première traite exclusivement du contentieux administratif, toutes ces études procèdent à une analyse qui dépasse largement le cadre processuel et s'intéressent également à l'intervention des notions dans le champ des droits substantiels. Or, les enjeux sont tout à fait différents dans les sphères processuelle et

³⁹ J.-Y. VINCENT, *L'évidence en contentieux administratif*, thèse Rennes, 1972, texte remanié, Presses universitaires de Rennes, 2013.

⁴⁰ B. PETIT, « L'évidence », *RTD civ.* 1986. 485.

⁴¹ J.-F. CESARO, *Le doute en droit privé*, Paris, Panthéon-Assas, « Droit privé », 2003.

substantielle. De plus, de nombreuses dispositions procédurales faisant référence au sérieux et au manifeste n'ont été adoptées qu'après la publication de ces contributions.

Une dernière étude synthétique autour du caractère sérieux a été réalisée récemment par Christian Gentili⁴². Étayée par une jurisprudence abondante, notamment des juridictions du fond, elle exclut volontairement de son champ la contestation sérieuse et ne traite pas des dispositions procédurales qui mentionnent le caractère manifeste.

Il nous semble donc utile de continuer aujourd'hui ces réflexions.

19. Plan de l'étude. Comme nous l'avons relevé précédemment, notre démonstration se déroulera en deux temps bien distincts : une recherche de la définition positive des caractères sérieux et manifeste, puis une recherche des fonctions dévolues à ces notions au sein des différentes procédures. La réflexion sur ce second point constituant le prolongement pratique de la réflexion sur le premier, ainsi qu'un moyen de l'éprouver, elle devra avoir lieu après.

Par conséquent, nous chercherons d'abord à dégager la définition jurisprudentielle des caractères sérieux et manifeste (Partie I), pour éprouver ensuite cette définition à partir d'une analyse de leur fonction dans le champ procédural (Partie II).

⁴² C. GENTILI, « Le caractère sérieux dans la procédure civile et le contentieux administratif », 2012, disponible sur le site halshs.archives-ouvertes.fr.

PREMIÈRE PARTIE : DÉFINITION DES CARACTÈRES SÉRIEUX ET MANIFESTE

20. Articuler l'appréhension des caractères sérieux et manifeste autour de la certitude suppose de démontrer que ce critère permet effectivement de rendre de compte de la jurisprudence. Il est donc nécessaire de s'attacher à déterminer si le caractère sérieux d'un moyen ou d'une difficulté ou le caractère manifeste d'une solution ou d'une appréciation peuvent être déterminés indépendamment de toute argumentation, en amont de tout raisonnement ou non. Les décisions se prononçant sur ces caractères expriment-elles uniquement une évidence ou expriment-elles une certitude ?

21. L'identification du critère sous-jacent à la jurisprudence ne saurait toutefois suffire à forger une définition opérante des caractères sérieux et manifeste. Pour appréhender pleinement le sens et la portée de ceux-ci, il est encore nécessaire de dessiner les contours exacts de la certitude. Constaté que ces caractères dépendent d'une certitude construite ne suffit pas, il faut encore déterminer ce qui justifie la certitude elle-même. Quelle appréciation est tenue et doit être tenue pour certaine ? La délimitation précise des concepts étudiés dépend directement de cette question. Dans cette perspective, la réflexion autour de la certitude éclaire les caractères sérieux et de manifeste et permet de les délimiter précisément.

22. Ces deux questionnements constituent ainsi les deux temps successifs de la recherche d'une définition des caractères sérieux et manifeste pertinente au regard de la jurisprudence. C'est pourquoi, après avoir montré que ces concepts renvoient à l'existence d'une certitude construite (Titre I), nous nous attacherons ensuite à montrer en quoi le recours au critère de certitude et les questions pratiques et théoriques concernant ses contours et son étendue éclairent les concepts étudiés (Titre II).

TITRE I – LES CARACTÈRES SÉRIEUX ET MANIFESTE : DE L'ÉVIDENCE OU DE LA FACILITÉ À LA CERTITUDE

« Faïnitine se leva, et, après avoir redressé le plastron blanc de sa chemise, il se mit à prouver, point par point, avec une précision et une clarté remarquables, que les débats de la cour d'assises avaient présenté six détails contraires à la loi ; puis, en quelques mots, il se permit de toucher au fond de l'affaire, pour établir l'incohérence et l'injustice manifestes du verdict [...]

Aussitôt que Faïnitine eut achevé de parler, le président donna la parole au substitut du procureur : mais celui-ci se borna à déclarer, en quelques mots, que les divers motifs de cassation invoqués n'étaient pas sérieux, et que le jugement devait être maintenu. »

Léon TOLSTOÏ, *Résurrection*.

23. Si nous voulons proposer une redéfinition des concepts à partir de la certitude, c'est parce que, comme nous l'avons relevé en introduction, leur définition traditionnelle à partir de l'évidence ou de la facilité ne permet pas leur appréhension et semble en décalage avec la jurisprudence.

Certes, l'appréciation des caractères sérieux et manifeste pourrait bien se réduire à une recherche de l'évidence ou de la facilité pour de nombreux arrêts, mais cela ne signifie pas pour autant qu'il s'agisse de critères opérants. Dès lors qu'il existe un nombre significatif de décisions au sein desquelles le contrôle exercé par les juges excède le cadre de l'évidence ou de la facilité, il faut chercher ailleurs et se tourner vers un critère plus large qui, tout en recouvrant les hypothèses où l'application des règles de droit est évidente ou facile, les excèderait. Notre analyse devra donc se concentrer sur l'étude de tels cas, que l'on pourrait qualifier de cas limites, au sein desquels les critères d'évidence et de facilité échouent à rendre compte de la décision en ce qui concerne les caractères sérieux ou manifeste, alors que celle-ci peut être comprise à travers le spectre de la certitude.

C'est cet ordre logique que suivra notre étude : après avoir démontré l'inadaptation des définitions habituelles, que nous ne saurions abandonner sans justification légitime (chapitre I), il faudra tenter de dégager un critère de définition plus adéquat (chapitre II).

CHAPITRE I : ÉCHEC DE L'ÉVIDENCE ET DE LA FACILITÉ

24. Comme cela a été relevé en introduction, la doctrine et les juridictions recourent généralement au critère d'évidence pour définir les caractères sérieux et manifeste. Mais un autre critère est parfois préféré, celui de facilité.

Ces deux critères sont distincts et appellent donc des analyses différentes. Alors que le premier s'avère très restrictif et suppose que la détermination des caractères sérieux et manifeste se fasse en amont de tout raisonnement, le second recouvre un ensemble plus large de décisions puisqu'il implique que cette détermination se fasse au terme d'un raisonnement se situant en deçà d'un seuil de complexité déterminé. La facilité constituerait ainsi une réponse possible à la défaillance de l'évidence.

C'est pourquoi, après avoir envisagé de façon critique la définition traditionnelle des caractères sérieux et manifeste à travers le concept d'évidence (section I), nous nous intéresserons à celle qui prétend appréhender ces notions à partir du critère de facilité (section II).

SECTION I : LA RÉFÉRENCE AU CRITÈRE D'ÉVIDENCE ET SON ÉCHEC

25. L'analyse critique du discours doctrinal se référant au concept d'évidence implique préalablement d'en cerner précisément les termes. À cet égard, il est nécessaire de déterminer quand il est fait référence à l'évidence et ce que signifie une telle référence. La résolution de ces deux questions s'impose comme une condition préalable à tout examen critique (§1).

Ce n'est qu'alors qu'il sera possible de l'éprouver et de vérifier si ce critère conditionne effectivement la détermination des caractères sérieux ou manifeste (§2).

§1. La référence à l'évidence

26. Pour pouvoir confronter le discours doctrinal recourant au critère d'évidence à la réalité jurisprudentielle, il est d'abord nécessaire de délimiter préalablement les décisions et arrêts sur lesquels ce discours porte. La vérification du concept suppose d'avoir identifié les cas dans lesquels il est censé intervenir. La première tâche à laquelle nous devons nous atteler sera donc de déterminer l'étendue de la référence doctrinale au critère d'évidence (I).

Une fois cela fait, il restera encore à discerner quel sens est donné à ce concept et ce qu'il implique pour la mise en œuvre des dispositifs auxquels il est rattaché (II).

I/ Étendue de la référence

27. S'il n'est pas très surprenant que l'évidence soit généralement rattachée au terme manifeste (A), elle est également associée à l'emploi du terme sérieux dans le champ procédural (B).

A/ L'évidence attachée au terme « manifeste »

28. Synonyme d'évident⁴³, le terme « manifeste » est fréquemment utilisé par le législateur. À ce stade, nous ne présenterons pas de façon exhaustive et détaillée tous les dispositifs qui utilisent ce terme sous ses différentes formes grammaticales. Outre qu'elle serait fastidieuse et ne présenterait pas vraiment d'intérêt, nous procéderons dans la seconde partie de cette étude à une présentation synthétique des différentes procédures au sein desquelles le caractère manifeste d'une solution ou d'une appréciation juridique interviennent. Relevons simplement que certains textes font référence à une « irrecevabilité manifeste »⁴⁴, aux pourvois « qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation »⁴⁵, aux demandes « manifestement mal fondées »⁴⁶, « manifestement non fondées »⁴⁷ ou qui ne relèvent manifestement pas de la compétence de la juridiction saisie⁴⁸ ou de l'ordre juridictionnel administratif⁴⁹, au « trouble manifestement illicite »⁵⁰, à la « convention d'arbitrage manifestement nulle ou manifestement inapplicable »⁵¹, à la sentence « manifestement contraire à l'ordre public »⁵² ou encore à la « violation manifeste du principe du contradictoire ou de l'article 12 »⁵³.

Compte tenu du sens du terme manifeste, il n'est pas surprenant que la doctrine y voit systématiquement l'exigence d'une évidence⁵⁴. L'évidence est aussi parfois retenue

⁴³ « Dont l'existence, la réalité est évidente » (*Le Trésor de la langue française*) ou « ce qui est manifeste est évident pour tous » (*Littré*).

⁴⁴ Art. R331-59 II CPI, R351-28 CASF, L213-9 et R733-5 CESEDA, L522-3, R351-4 et R776-15 CJA, L145-9 CSS et R141-16 C. sport et 1385 CPC.

⁴⁵ Art. 1014 CPC.

⁴⁶ Art. L213-9 CESEDA, L522-3 CJA, L145-9 CSS et R141-16 C. sport.

⁴⁷ Art. 1385 CPC.

Voir aussi les articles L625-5 CESEDA se référant à la « demande manifestement infondée » et 7 de la loi n° 91-647, qui réserve le versement de l'aide juridictionnelle aux personnes « dont l'action n'apparaît pas, manifestement, irrecevable ou dénuée de fondement ».

⁴⁸ Art. R351-28 CASF, L145-9 CSS et R141-16 C. sport.

⁴⁹ Art. L213-9 CESEDA et L522-3 CJA.

⁵⁰ Notamment, art. 809 CPC.

⁵¹ Art. 1448 CPC.

⁵² Art. 1488 CPC.

⁵³ Art. 524 CPC.

⁵⁴ Voir, par exemple : P. FOUCHARD, « La coopération du président du tribunal de grande instance à l'arbitrage », *Rev. arb.* 1985. 5, spéc. p. 27 et 28 ; J. NORMAND, « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », *RTD civ.* 1988. 167, spéc. p. 169 ; E. LOQUIN, « Le contrôle de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage », *RTD com.* 2006. 764 ; C. SERAGLINI, « Droit de l'arbitrage », *JCP G* 2006. I. 187, n° 9 et 10 ; M.-C. RONDEAU-RIVIER, « L'évidence et la notion de contestation sérieuse devant le juge des référés », *Gaz. Pal.* 1991. 2. 355 ; B. PETIT, *op. cit.*, p. 487 et 491 ; M. DOUCHY-OUODOT, *Procédure civile*, 6^e éd., Gualino, 2014, n° 550, p. 303 ; X. et J. VUITTON, *Les référés*, 3^e éd., LexisNexis, 2012, n° 293, p. 56.

expressément par les juridictions pour justifier leur appréciation du caractère manifeste⁵⁵.

B/ L'évidence attachée au terme « sérieux »

29. Parallèlement aux cas qui viennent d'être évoqués, la doctrine et les juridictions n'hésitent pas à associer le critère d'évidence à des textes dont il est pourtant absent. Ainsi instaurent-elles un lien systématique entre le caractère sérieux et l'évidence.

Ici encore, nous ne décrivons pas l'ensemble des procédures au sein desquels il est fait référence au caractère sérieux. Nous citerons simplement les principales et renvoyons pour leur étude approfondie à la seconde partie.

30. L'évidence attachée à la contestation sérieuse en référé. Les articles 808 et 809 alinéa 2 du code de procédure civile autorisent le juge des référés à adopter toute mesure justifiée par l'urgence qui ne se heurte à aucune contestation sérieuse, ou ordonner le versement d'une provision ou l'exécution d'une obligation qui n'est pas sérieusement contestable. Or, la condition tenant à l'absence de contestation sérieuse est assimilée, tant par la doctrine⁵⁶ que par les juridictions⁵⁷, à l'évidence du droit invoqué par le demandeur.

31. L'évidence attachée à la difficulté sérieuse en matière préjudicielle. L'existence d'une difficulté sérieuse est une condition du renvoi d'une question préjudicielle entre les ordres judiciaire et administratif⁵⁸ ou entre juridictions judiciaires⁵⁹. Cette exigence est systématiquement regardée comme relative au caractère non évident du droit applicable : il ne saurait y avoir de sursis à statuer sur une question dont la réponse est évidente⁶⁰.

La saisine de la Cour de cassation ou du Conseil d'État pour avis sur une question

⁵⁵ Montpellier, 12 avr. 2011, n° 10/05326 ; Paris, 12 mars 2013, n° 12/19982. Ce concept apparaît aussi parfois dans les travaux préparatoires aux arrêts : J. SAINTE-ROSE, concl. Cass., civ. 1^{ère}, 11 juill. 2006, *Gaz. Pal.* 17 août 2006, p. 6.

⁵⁶ Notamment : J. HÉRON et T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 6^e éd., 2015, n° 407, p. 334 ; N. FRICERO et P. JULIEN, *op. cit.*, n° 568, p. 235 ; G. COUCHEZ, « Référé et arbitrage (Essai de bilan... provisoire) », *Rev. Arb.* 1986, p. 167 ; J. NORMAND, « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », *RTD civ.* 1979, pp. 655 et 656 ; X. VUITTON, « Conditions générales des pouvoirs du juge des référés », *JurisClasseur procédure civile*, fasc. 471, n° 24 ; M.-C. RONDEAU-RIVIER, « L'évidence et la notion de contestation sérieuse devant le juge des référés », *Gaz. Pal.* 1991. 2. 355 ; B. LYONNET, « Les pouvoirs du juge des référés, en fonction des notions de contestation sérieuse et d'apparence du droit », *Revue de jurisprudence commerciale* 1975. 6 ; C. LEFORT, *Procédure civile*, 5^e éd., Dalloz, 2014 ; X. et J. VUITTON, *op. cit.*, n° 91 s., p. 26 s.

⁵⁷ Cass., civ. 3^e, 10 févr. 1999, n° 97-14.296 ; Amiens, 7 mai 1974, *D.* 1975, juris., p. 264 ; TGI Paris, réf., 7 févr. 1979, *JurisData* n° 761716 ; 26 nov. 1980 *JCP G* 1981, IV, p. 378 ; 30 avr. 1987, *JurisData* n° 601090 ; 22 sept. 1988, *Gaz. Pal.* 1988. 2. 785 ; 25 janv. 1991, *Gaz. Pal.* 1991. somm. 226 ; Montpellier, 12 avr. 2011, n° 10/05326.

⁵⁸ Art. 49 al. 2 CPC et R771-2 CJA.

⁵⁹ Cass., civ., 3 juin 1890, *S.* 1891, I, 541 ; 25 mars 1891, *Bull. civ.*, n° 89 ; 28 juill. 1913, *S.* 1913, I, 517 ; Paris, 8 mars 1968, *D.* 1969, juris., 30.

⁶⁰ En ce qui concerne les questions préjudicielles entre juridictions judiciaires, voir notamment : Cass., civ., 25 oct. 1911, *S.* 1911, I, 592 ; L. PABON, *Traité théorique et pratique des justices de paix*, tome II, Librairie de la société du Recueil Sirey, Paris, 1913, n° 1296, p. 4. En ce qui concerne les questions préjudicielles entre ordres administratif et judiciaire, voir notamment : Cass., civ., 13 mai 1824, *Bull. civ.*, n° 60 ; com., 11 févr. 1992, n° 89-20.642, *Bull. civ.*, IV, n° 69 ; civ. 1^{ère}, 16 avr. 1996, n° 94-13.617 ; 16 mai 2012, n° 10-21.624 ; CE, sect., 23 mars 2012, n° 331805, *Lebon* 103.

de droit est également subordonnée à l'existence d'une difficulté sérieuse⁶¹, ce dont les conseillers à la Cour de cassation déduisent que doit être déclarée irrecevable toute demande dont la réponse « va de soi »⁶². Or, cette expression est synonyme d'« évidente »⁶³.

En matière de question prioritaire de constitutionnalité, un lien systématique est fait entre le caractère sérieux et l'évident. En effet, alors que les textes prévoient que la transmission de la question a lieu dès lors qu'elle « n'est pas dépourvue de caractère sérieux »⁶⁴, devant les juridictions du fond, ou qu'elle « présente un caractère sérieux »⁶⁵, devant la Cour de cassation et le Conseil d'État, la doctrine explique généralement que la transmission doit être refusée lorsqu'il est évident que le grief d'inconstitutionnalité est infondé⁶⁶. À cet égard, relevons que les juridictions du fond, le Conseil d'État et la Cour de cassation ont déjà pu juger « que lesdites questions ne présentent pas, à l'évidence, un caractère sérieux dès lors que les dispositions visées par les questions, rédigées en termes suffisamment clairs et précis pour permettre leur interprétation et leur sanction, qui entrent dans l'office du juge pénal, sans risque d'arbitraire, ne portent pas atteinte au principe constitutionnel de la légalité des délits et des peines »⁶⁷ ou que « la question prioritaire de constitutionnalité est *manifestement* dépourvue de sérieux alors qu'elle a pour objectif de remettre en cause une interprétation jurisprudentielle sans valeur normative susceptible de porter atteinte à un droit constitutionnellement garanti »⁶⁸.

En matière de question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne, l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ne prévoit pas que l'obligation de renvoi à la charge des juridictions suprêmes puisse être écartée au motif

⁶¹ Art. L441-1 COJ et L113-1 CJA.

⁶² A. BOULANGER, rapp. Cass., avis, 29 janv. 2007, *Bull. civ.*, avis, n° 2 ; A. BODART-HERMAN, rapp. Cass., avis, 4 juin 2012, *id.* n° 4.

⁶³ « Au fig. [En parlant d'une chose qui, parce qu'évidente ou spontanée, n'a pas besoin d'être établie ou soulignée] Aller de soi, aller sans dire » (*Trésor de la langue française*, entrée « aller »).

⁶⁴ Art. 23-2 ord. n° 58-1067.

Sur la définition de la question prioritaire de constitutionnalité comme une forme de question préjudicielle, voir : A. LEVADE, « CEDH, CJUE, Constitution : L'articulation des différents recours », in X. PHILIPPE et M. STÉFANINI (dir.), *Question Prioritaire de Constitutionnalité – Premiers bilans*, Actes du colloque du 26 novembre 2010, PUAM, Les cahiers de l'Institut Louis-Favoreu, p. 9 et 10 ; X. MAGNON, « La QPC est-elle une question préjudicielle ? » *AJDA* 2015. 254.

⁶⁵ Art. 23-4 ord. n° 58-1067.

⁶⁶ J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, « Le juge (du fond), les parties et la question prioritaire de constitutionnalité – Stratégies contentieuses entre question de constitutionnalité et contrôle de conventionalité », *D.* 2010. 1725 ; P. DEUMIER, « QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du filtrage) », *RTD civ.* 2010. 504 ; S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI, « Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ? », *AJDA* 2010. 1355 ; A. ROBLOT-TROIZIER, « La question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions ordinaires : entre méfiance et prudence », *AJDA* 2010. 80 ; B. STIRN, intervention devant la Commission des lois de l'Assemblée nationale, Rapport AN n° 2838, 5 octobre 2010, p. 40 ; P. DIDIER, « L'application de la Constitution par le juge judiciaire... en droit des affaires », in A. MARTINON et F. PETIT (dir.), *Le juge judiciaire et la Constitution*, Dalloz 2012, p. 44 ; M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, « L'appréciation, par les cours suprêmes, du caractère sérieux de la question prioritaire de constitutionnalité », in E. CARTIER, L. GAY et A. VIALA (dir.), *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Institut universitaire Varenne, 2015, p. 29, spéc. p. 32 et 33 ; A. LALLET et X. DOMINO, « Chronique générale de jurisprudence administrative française », *AJDA* 2011. 375, spéc. p. 386. Voir aussi l'avis du ministère public dans : Paris, 7 juin 2013, n° 13/04109.

⁶⁷ Cass., crim., 27 mars 2013, nos 12-85.115 et 12-84.784, *Bull. crim.* n° 71. Aussi : 15 févr. 2011, n° 10-90.122, *id.* n° 24 ; 27 sept. 2011, n° 11-90.086.

⁶⁸ Aix-en-Provence, 9 avr. 2013, n° 13/02385. Dans le même sens, voir notamment : Angers, 13 oct. 2011, n° 11/02513. Ou transmettant une question qui n'est « *manifestement* pas dépourvue de caractère sérieux » : Pau, 3 juin 2010, n° 10/02058.

que la solution à la question posée serait évidente ou que le moyen tiré de l'application du droit de l'Union serait non sérieux. La Cour de justice a cependant jugé que les juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours juridictionnel peuvent déroger à l'obligation de renvoi qu'édicte l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne lorsque « l'application correcte du droit communautaire s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable »⁶⁹. Or, la Cour de cassation refuse régulièrement de procéder au renvoi des questions de droit de l'Union qui lui sont soumises au motif qu'elles ne soulèvent aucune difficulté sérieuse, plutôt qu'en raison de l'évidence de la réponse⁷⁰. Inversement, elle procède au renvoi lorsque la solution du litige « pose une difficulté sérieuse »⁷¹. Cela démontre bien qu'en ce domaine le caractère sérieux de la difficulté et le critère d'évidence sont généralement tenus pour équivalents.

32. L'évidence attachée au moyen sérieux en matière de non-admission des pourvois. Avant la publication du décret n° 2014-1338 du 6 novembre 2014, l'article 1014 du code de procédure énonçait que la formation restreinte de la Cour de cassation « déclare non admis les pourvois [...] non fondés sur un moyen sérieux de cassation ». Cette formule demeure aujourd'hui pour ce qui concerne les pourvois formés en matière pénale⁷². Pour ce qui est du domaine civil, le décret a supprimé la référence à l'admission du pourvoi et au moyen sérieux pour lui substituer la formulation suivante : « [la] formation [restreinte] décide qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée lorsque le pourvoi est irrecevable ou lorsqu'il n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ». Le critère d'évidence pour l'application de ce texte est donc désormais le fait direct du législateur. Toutefois, il était déjà admis sous l'empire de la rédaction antérieure que la non-admission sanctionnait les pourvois dont l'irrecevabilité ou le caractère infondé étaient évidents⁷³.

33. Maintenant que nous avons identifié l'évidence comme le concept que la doctrine et la jurisprudence utilisent pour justifier leur appréciation des caractères sérieux et manifeste, il nous faut encore identifier la façon dont ce concept est compris. Il s'agit là de déterminer la définition que lui donnent les auteurs lorsqu'ils utilisent le terme « évidence » et ses dérivés.

⁶⁹ CJCE, 6 oct. 1982, *CILFIT*, 283/81, *Rec.* p. 3415, §16 et 21.

⁷⁰ Cass., com., 5 mai 1982, n° 80-11.490, *Bull. civ.*, IV, n° 156 ; crim., 18 oct. 1988, n° 87-90.364, *Bull. crim.* n° 352 ; 18 janv. 1990, n° 89-81.959 ; 21 juin 1990, n° 89-83.394, *id.* n° 254 ; 28 nov. 1991, n° 90-84.174 ; 14 oct. 1992, n° 90-83.026, *id.* n° 326.

⁷¹ Cass., com., 5 mai 1982, n° 80-11.490, *Bull. civ.*, IV, n° 156 ; 9 déc. 1997, n° 95-17.619, *Bull. civ.*, IV, n° 334 ; civ. 3^e, 28 mars 2007, n° 04-12.315 ; com., 12 févr. 2008, n° 06-16.202 ; 20 mai 2008 (3 arrêts), n°s 06-20.230, 05-14.331 et 06-15.136, *Bull. civ.*, IV, n° 101 ; soc., 9 juill. 2008, n° 07-42.023, *id.*, V, n° 149 ; civ. 2^e, 10 sept. 2009, n°s 09-10.445 et .605 ; soc., 2 juin 2010, n° 08-44.834. *Rappr. : civ.* 1^{ère}, 2 févr. 1999, n° 97-10.679.

⁷² Art. 567-1-1 CPP.

⁷³ G. CANIVET, *op. cit.*, p. 2197 ; S. AMRANI-MEKKI, « Les textes organisant la non-admission des pourvois en cassation en droit français », in S. AMRANI-MEKKI et L. CADIET (dir.), *La sélection des pourvois à la Cour de cassation*, Economica, 2005, p. 25 et 29 ; F. TERRIER, « La pratique de la procédure de non-admission à la Cour de cassation », *Justice et cassation* 2013, p. 98.

À cet égard, il semble que les juristes le comprennent selon son sens commun. L'évidence désigne ce qui va de soi, ce qui ne nécessite aucune démonstration pour être regardé comme vrai.

II/ Définition de l'évidence

34. L'évidence définie comme ce qui échappe à toute démonstration.

L'évidence se définit communément comme la « qualité de ce qui emporte l'assentiment immédiat de l'esprit en s'imposant à lui de façon claire et distincte »⁷⁴. Elle est caractérisée par son immédiateté, par ce qu'elle ne nécessite aucune démonstration ni aucun raisonnement préalable pour être regardée comme vraie⁷⁵. L'évidence correspond à « ce qui ne saurait être mis en doute » et la nier constitue un comportement condamnable⁷⁶. De par leur étymologie, les adjectifs manifeste et évident évoquent ce qui relève directement de la sensation ; ce qui s'impose à l'homme sans avoir besoin de passer par la sphère intellectuelle, se donne à lui *via* les sens⁷⁷.

C'est bien dans ce sens commun que les juristes emploient ces termes. Cette définition de l'évidence se retrouve ainsi dans *Le vocabulaire juridique* du doyen Gérard Cornu : « qualité dont est paré le fait ou le raisonnement qui, portant en lui révélation de son existence ou de son bien-fondé, vaut preuve de lui-même et dispense d'autre preuve ou d'autre démonstration »⁷⁸. Le commissaire du Gouvernement Baudouin a également affirmé devant le Conseil d'État que « l'évidence ne se prouve pas, elle se constate »⁷⁹. Cette définition se retrouve sous la plume de Pierre Mimin, qui écrit : « Nous déconseillons les adverbes incontestablement, évidemment, manifestement et les épithètes évident, certain, indiscutable, qui, dans les choses judiciaires, sont marqués de témérité [...] Une cour d'appel déclare : “que la dette dont le paiement est réclamé est donc certaine et indiscutable” *La conjonction de conclusion donc montre assez qu'on n'est arrivé à cette phrase que par un raisonnement* ; ainsi, la dette n'était pas “indiscutable” »⁸⁰. L'évidence

⁷⁴ *Trésor de la langue française*.

⁷⁵ Le *Littré* la définit ainsi comme « notion si parfaite d'une vérité qu'elle n'a pas besoin d'autre preuve ».

⁷⁶ *Trésor de la langue française*. Quant au terme manifeste, il est utilisé pour « ce dont le caractère condamnable ne peut être contesté, mis en doute » (*ibid.*).

⁷⁷ Évident découle du latin « *evidens* » (*Littré*), formé à partir du verbe « *videre* » et signifie littéralement « visible » (*Gaffiot*). De même, manifeste découle du latin « *manifestus* » (ou « *manifestus* »), formé à partir de « *manus* » (la main) et le radical « *fend* » (toucher) (*Littré*) et signifie littéralement « palpable » (*Gaffiot*). Utilisé dans un contexte juridique, le terme latin désigne la personne prise en flagrant délit (*Gaffiot*).

⁷⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 8^e éd., 2000.

⁷⁹ Concl. CE, 6 nov. 1970, *Revue du droit public* 1971, p. 524. Dans le même sens : J. SAINTE-ROSE, concl. Cass., civ. 1^{ère}, 11 juillet 2006, *Gaz. Pal.* 17 août 2006, p. 6.

⁸⁰ P. MIMIN, *Le style des jugements (vocabulaire – construction – dialectique – formes juridiques)*, Librairies techniques, 4^e éd., 1970, p. 20. Dans le même sens : « Si la solution du problème conduit le juge des référés à une appréciation juridique motivée qui fait la part entre la thèse de l'un et celle de l'autre, il excède ses pouvoirs dans la mesure où il est obligé de discuter juridiquement pour écarter l'une de ces thèses qui est donc forcément sérieuse. Lorsque le juge des référés, pour repousser une contestation, est obligé de bâtir un raisonnement juridique que ne dénierait pas un juge du fond, il va au-delà de ses pouvoirs » (Y. STRICKLER, *Le juge des référés, juge du provisoire*, thèse Strasbourg, 1993, p. 96 et 97). Aussi : « la neutralisation d'un autre motif de droit est une opération intellectuelle qui ne relève que rarement de l'évidence et qui exige une analyse très précise de la décision soumise à cassation. Les exigences de ces techniques de sauvetage sont telles qu'elles ne doivent pas être mises en œuvre dans le cadre des

est bien encore définie comme ce qui s'impose sans l'intermédiaire d'un raisonnement ; elle est exclue dès que la proposition à laquelle elle se rattache ne peut être tenue pour vraie ou fausse qu'à la lumière d'une démonstration⁸¹.

Nombreuses sont les contributions au sein desquelles les notions de moyen sérieux ou d'appréciation manifeste sont rapportées au concept d'évidence ainsi entendu. Par exemple, la demande d'avis à la Cour de cassation qui ne soulève aucune difficulté sérieuse a pu, à l'occasion de deux affaires différentes, être définie comme celle dont la réponse « va de soi » par les conseillers alors en charge d'élaborer le rapport⁸². Dans le même sens, à propos de la difficulté sérieuse justifiant le renvoi d'une question préjudicielle, Bertrand Seiller fait sien le « conseil de bon sens formulé par Edouard Laferrière qui prônait le renvoi *en présence du moindre embarras* »⁸³. Il a aussi pu être écrit que le trouble manifestement illicite que le juge des référés peut faire cesser est celui qui « saute aux yeux »⁸⁴. Quant à la contestation sérieuse, qui s'oppose à l'attribution d'une provision par ce juge, Xavier Vuitton explique qu'elle « survient lorsque l'un des moyens de défense opposé aux prétentions du demandeur n'apparaît pas *immédiatement* vain et laisse subsister un doute sur le sens de la décision au fond qui pourrait éventuellement intervenir par la suite sur ce point si les parties entendaient saisir les juges du fond »⁸⁵. De même Pierre Estoup indique que le caractère sérieux de la contestation apparaît au terme d'un « examen superficiel »⁸⁶. La même définition du moyen sérieux se retrouve en ce qui concerne la non-admission des pourvois en cassation. Emmanuel Jeuland écrit ainsi que la détermination du caractère sérieux d'un moyen soulevé au soutien du pourvoi, dont dépend la mise en œuvre de la procédure de non-admission, « *se situe en amont de tout syllogisme juridique*. Ainsi, la rationalisation de l'admission des pourvois par la logique se trouve-t-elle vouée à l'échec »⁸⁷. Ces propos peuvent être rapprochés de ceux de Soraya

procédures d'admission » (D. GARREAU, « Du bon usage de la procédure d'admission des pourvois en cassation », *D.* 2012. 1137, spéc. 1141).

⁸¹ « En croyant pouvoir démontrer [...] que la convention d'arbitrage était caduque, la Cour d'appel ne démontre, en réalité, qu'une seule chose, c'est qu'elle n'était pas manifestement caduque, car *ce qui est manifeste ou évident n'a pas besoin d'être démontré, mais seulement constaté* » (F.-X. TRAIN, note sous Cass., civ. 1^{ère}, 11 févr. 2009, *Rev. arb.* 2009. 155, spéc. p. 157). Voir aussi : M. LAZOUZI, « Portée et limites du principe compétence-compétence », *Revue critique DIP* 2009. 771, spéc. p. 774 ; M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, *op. cit.*, p. 34.

⁸² Cf. note 60. Aussi : « Le caractère sérieux est également très largement interprété. La question remplit ce caractère *dès lors qu'une simple difficulté se fait jour* » (G. CASU, *Le renvoi préalable – Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2016, n° 69, p. 36).

⁸³ B. SEILLER, « Questions préjudicielles », *Répertoire de contentieux administratif*, n° 81.

⁸⁴ R. TENDLER, « Le juge des référés, une « procédure ordinaire » ? », *D.* 1991. 139 ; P. BERTIN, « Un trouble manifestement illicite : la lutte contre la vie chère », *Gaz. Pal.* 1983. 2. 419, spéc. p. 420.

⁸⁵ X. VUITTON, « Référés. – Conditions générales des pouvoirs du juge des référés », *op. cit.*, n° 25. De même : « en matière de contestation sérieuse, le juge des référés ne doit pas avoir à recourir à des investigations approfondies et à des raisonnements subtils. Il doit se contenter de constater l'*apparence* de sérieux d'une contestation ; à la limite il suffit que celle-ci ne fasse pas hausser les épaules pour qu'elle soit prise en considération » (P. BERTIN, « Un trouble manifestement illicite... », *op. cit.*, p. 420). Voir également : S. AMRANI-MEKKI et Y. STRICKLER, *Procédure civile*, PUF, 2014, n° 358, p. 597.

⁸⁶ P. ESTOUP, *La pratique des procédures rapides*, Litec, 2^e édition, 1998, n° 76 ; Y. STRICKLER, *Le juge des référés, juge du provisoire*, thèse Strasbourg, 1993, p. 99. Rapp. : « La nullité ou l'inapplicabilité manifeste est celle qui est évidente, qu'un simple examen *prima facie* permet de constater » (C. SERAGLINI, « Droit de l'arbitrage », *JCP G* 2006. I. 187, n° 9, précité).

⁸⁷ E. JEULAND, « Le critère de la non-admission : quelle rationalité ? », in S. AMRANI-MEKKI et L. CADIET (dir.), *op. cit.*, p. 81.

Amrani-Mekki, qui définit le moyen sérieux comme celui « suffisamment consistant pour mériter d'être allégué ou soutenu, pris en considération et *avoir des chances d'être retenu après discussion et réflexion* »⁸⁸.

35. L'évidence correspond donc à toutes les propositions intangibles qui sous-tendent tout raisonnement et en constituent le cadre ultime et infranchissable. Se situant en amont de la réflexion critique, elles en sont le point de départ, le fondement, et fournissent l'épreuve à l'aune de laquelle la véracité de toute autre proposition sera vérifiée⁸⁹. Leur valeur de vérité ne peut alors être saisie que *via* l'intuition⁹⁰, car elles sont le « roc dur de nos croyances »⁹¹ : nous les savons vraies parce que nous les savons vraies.

Sont donc seuls évidents les paradigmes instituant le discours juridique, le rendant possible en tant que tel. En établir une liste serait vain et d'un intérêt fort limité, toute personne raisonnable qui souhaite parler de droit, qu'elle ait bénéficié d'une formation juridique ou non, en ayant acquis une connaissance intuitive⁹². Si un plaideur s'osait à demander si la Constitution doit être considérée comme supérieure à la loi, si le juge doit traiter les cas semblables de façon identique, ou s'il doit appliquer les lois contre lesquelles aucun grief d'inconstitutionnalité ou d'inconventionnalité ne peut être relevé et qui ne méconnaissent aucun principe de justice, nous ne saurions lui répondre autrement que par « oui, c'est évident ». Quant à lui fournir une raison soutenant notre jugement, nous serions bien en peine.

36. Les éléments constitutifs de l'utilisation du concept d'évidence étant connus, il est désormais possible de le mettre à l'épreuve et de vérifier qu'il constitue bien une condition de la détermination du sérieux et du manifeste.

§2. L'échec du critère

37. Compte tenu de la définition qui lui est donnée, l'évidence n'est pas le critère en fonction duquel le recours aux mécanismes procéduraux susvisés est décidé. Pour cause, leur mise en œuvre est toujours décidée au terme d'une démonstration. L'existence d'une difficulté sérieuse ou son absence, le caractère sérieux ou non du moyen, le caractère manifestement illicite du trouble, etc. sont établis au terme d'une motivation qui révèle qu'il ne s'agit pas d'appréciation évidente (II).

De plus, le critère d'évidence est nécessairement inopérant lorsqu'il est attaché à l'issue d'une action en justice. Par définition, ce critère ne peut être attaché qu'à des propositions générales, dont la véracité peut être évidente ou non. Il est, en revanche,

⁸⁸ S. AMRANI-MEKKI, « Les textes organisant la non-admission des pourvois en cassation... », *op. cit.*, p. 25.

⁸⁹ L. WITTGENSTEIN, *De la Certitude, De la certitude*, Gallimard, 2006, n° 136 à 192 et 357 à 359.

⁹⁰ E. CHALLE, « Jürgen Habermas et le fondement communicationnel du droit », *Le Philosophoire* 1999/3 (n° 9), p. 182.

⁹¹ L. WITTGENSTEIN, *Recherches philosophiques*, Gallimard, 2004, n° 217.

⁹² Il convient de souligner que l'intuition ne renvoie pas nécessairement à une connaissance innée, correspondant à une disposition psychique primordiale de tout sujet. Elle peut fort bien être le fruit d'un « dressage » (L. WITTGENSTEIN, *Recherches philosophiques, op. cit.*, n° 198) et n'apparaître que progressivement chez le sujet. Nous nous attarderons un peu sur cette question dans le titre second de cette partie, pour le moment il nous est simplement utile de préciser que par intuition nous entendons cette faculté de tenir certaines propositions pour vraies *a priori*.

impossible d'évoquer un rejet évident du pourvoi ou de la demande élevée en référé (I).

I/ Recentrage : un critère utilisable uniquement pour l'appréciation de propositions générales

38. Le sort d'une action ne peut jamais être évident. La sphère au sein de laquelle l'évidence est appelée à jouer en matière juridictionnelle est très restreinte. À cet égard, les différentes occurrences doctrinales et jurisprudentielles susmentionnées la font intervenir à deux niveaux. D'abord, elle peut être attachée à un jugement *hic et nunc*, portant sur la solution à adopter dans un litige particulier : tel pourvoi est manifestement irrecevable ou infondé, tel demandeur en référé a évidemment droit au paiement de la somme qu'il sollicite à titre de provision, etc. Ensuite, elle peut intervenir en amont, et être attachée à un jugement général, relatif à l'existence d'une règle de droit et à sa portée. Lorsque les modalités d'application d'un texte vont de soi, la demande d'avis y relative doit être déclarée irrecevable et la demande de sursis à statuer le temps que la question préjudicielle soit tranchée par la juridiction normalement compétente doit être rejetée.

Pourtant, si l'évidence se définit comme ce qui ne suppose aucune démonstration, elle ne peut être attachée qu'à des affirmations d'ordre général et l'on ne saurait jamais dire d'une proposition portant sur des faits singularisés et identifiés qu'elle est évidemment vraie ou fausse. En effet, pour faire droit à la demande ou la rejeter, le juge devra toujours raisonner : il lui sera nécessaire d'identifier une règle liant l'avantage sollicité à des faits d'une certaine nature et de s'assurer que les faits litigieux sont bien de cette nature ou ne le sont pas. L'on ne saurait faire économie de ce mouvement du général vers le particulier sans sortir de la sphère juridique. Ainsi, la demande de provision présentée par un justiciable au juge des référés ne peut jamais être vraie en elle-même ; elle ne peut l'être qu'en vertu d'une proposition normative générale, qui, elle, peut être évidente ou non. Si la solution est alors certaine, elle n'en est pas pour autant évidente⁹³. Nous ne pouvons donc que rejoindre les conclusions de Pierre Mimin, du moins eu égard aux jugements relatifs à la résolution d'un litige et au sort d'une action. L'affirmation d'une obligation ou d'un droit perd nécessairement tout caractère manifeste dès lors qu'elle n'a pas un caractère général mais vise des faits particuliers et singularisés. Par exemple, le rejet ou l'accueil d'un pourvoi en cassation ne sont jamais évidents. De fait, l'affirmation formulée par le demandeur, selon laquelle il a le droit d'obtenir l'annulation de la décision attaquée, suppose toujours une vérification pour être réfutée ou acceptée : elle n'est vraie que si les affirmations sur lesquelles elle se fonde sont elles-mêmes vraies, à savoir, d'une part, que telle règle s'imposait à la juridiction du fond à peine de cassation lorsqu'elle a rendu son jugement et, d'autre part, que cette règle a bien été méconnue. Il appartient à la Cour de cassation d'examiner ces fondements.

L'évidence ne peut donc jouer comme critère opérant qu'en ce qui concerne les jugements portant sur des propositions normatives générales. Notamment lorsqu'il s'agit pour le juge de répondre à une question d'ordre général, par l'affirmation d'une règle et d'un principe général, indépendamment de son application au cas d'espèce.

⁹³ Bien que souvent employées l'une pour l'autre, les deux notions sont bien distinctes, le *Littré* nous explique ainsi que « La certitude dépend des motifs de crédibilité ; l'évidence dépend de la clarté de la chose même. »

39. Le caractère sérieux du moyen dépend de l'évidence de ses prémisses. Il faut alors nous attacher aux cas où il est exigé que les moyens ou contestations soient dépourvus de sérieux et donc soient, selon la doctrine, évidemment infondés. S'agit-il d'exiger l'évidence d'un jugement particulier ou d'un jugement général ?

Sur ce point, une précision terminologique et conceptuelle s'impose, car il peut paraître étonnant de qualifier un moyen de mal fondé. En effet, le moyen se définit généralement comme une affirmation de droit ou de fait réalisée par les parties pour justifier leur demande, ou relevée d'office par le juge. Il en résulte qu'un moyen ne peut être que vrai ou erroné, puisqu'il constitue justement le fondement de la demande, laquelle sera seule bien ou mal fondée⁹⁴, selon que les moyens qui la soutiennent sont vrais ou faux.

Pourtant, il est plus que fréquent que la Cour de cassation rejette un pourvoi au motif que « le moyen n'est pas fondé »⁹⁵. Le moyen désigne alors une proposition complexe, correspondant déjà à la conclusion d'un syllogisme formé à partir d'une affirmation normative d'ordre général et d'une affirmation factuelle relative au contenu de la décision attaquée. Par exemple, « le moyen unique de cassation, pris de la violation [de l'article] 6 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme » repose sur le rapprochement de l'affirmation selon laquelle « toute personne ayant reçu une notification officielle des autorités compétentes d'avoir commis une infraction pénale » peut, « dès le début de l'enquête », se faire assister d'un avocat à peine de nullité des actes d'enquête, et de l'affirmation selon laquelle la chambre de l'instruction a rejeté la demande d'annulation de la perquisition réalisée au domicile du demandeur alors que celui-ci n'avait pas pu y faire participer un avocat et avait reçu notification de ce qu'il était soupçonné d'avoir commis une infraction⁹⁶. Le moyen tiré de la violation de la Convention est ainsi lui-même constitué par deux moyens primordiaux, l'un de pur droit et l'autre de pur fait. Il est donc possible de dire d'un tel moyen qu'il est mal fondé dès lors que la prémisse juridique sur laquelle il repose est erronée : la règle invoquée n'existe pas, n'implique pas ce qui est soutenu, ou est neutralisée par le jeu d'une autre règle.

Il est dès lors possible de qualifier la plupart des moyens soumis à la Cour de cassation de moyens mélangés de fait et de droit. En témoignent les rejets rendus au motif que « le moyen manque en fait »⁹⁷. Il ne faut pourtant pas le confondre avec le moyen, irrecevable, qui repose sur une affirmation factuelle relevant de l'appréciation des juges du fond. Ainsi, quand bien même tout moyen de cassation comprend toujours une part irréductible de fait, il n'en demeure pas moins de pur droit lorsque les affirmations factuelles sur lesquelles il repose sont relatives aux conditions du prononcé de la décision attaquée, à son contenu ou à celui des conclusions, rapports, actes ou pièces déposées devant la juridiction dont la décision est attaquée⁹⁸, à la procédure suivie devant elle⁹⁹, ou encore au contenu du jugement soumis à la cour d'appel dont l'arrêt est attaqué.

⁹⁴ L'article 472 du code de procédure civile prévoit d'ailleurs que « si le défendeur ne comparait pas, le juge ne fait droit à la demande que dans la mesure où il l'estime régulière, recevable et bien fondée ».

⁹⁵ Notamment : Cass., mixte, 14 févr. 2003, n° 00-19.423, *Bull. civ.*, mixte, n° 1 ; soc., 8 oct. 2003, n° 01-41.297, *id.*, V, n° 254 ; civ. 3^e, 8 avr. 2010, n° 09-10.226, *id.*, III, n° 79.

⁹⁶ Cass., crim., 3 avr. 2013, n° 12-88.428, *Bull. crim.* n° 74.

⁹⁷ Notamment : Cass., civ. 1^{ère}, 11 déc. 2013, n° 13-80.688 ; civ. 3^e, 15 oct. 2013, n° 12-21.081 ; civ. 2^e, 29 nov. 2012, n° 11-26.416.

⁹⁸ Par exemple : Cass., civ. 1^{ère}, 18 déc. 2013, n° 12-29.127, *Bull. civ.*, I, n° 245.

⁹⁹ J. et L. BORÉ, « Pourvoi en cassation », *Répertoire de procédure civile*, n° 327.

Ces précisions nous semblent nécessaires, car elles mettent en lumière un point fondamental : tous les moyens n'appellent pas une réponse évidente. Seules les affirmations juridiques ou factuelles pures peuvent être jugées évidemment vraies ou fausses, si cela ne nécessite aucune démonstration préalable et résulte de la teneur de l'affirmation elle-même. Pour ce qui est des propositions complexes, mélangées de fait et de droit, *lato sensu*, elles ne sauraient être manifestement infondées dès lors qu'elles supposent toujours un retour critique sur leurs fondements et donc un raisonnement, si intuitif et aisé soit-il¹⁰⁰. Les formules consacrées méritent donc d'être appréhendées avec prudence : ce n'est pas l'évidence de la solution à un litige qui est exigée, c'est tout au plus l'évidence de ses prémisses matérielles et juridiques. S'il est possible, par métonymie, d'affirmer que la solution résultant de prémisses évidentes est elle-même *relativement évidente*, une telle expression n'en demeure pas moins paradoxale et sacrifie la précision terminologique à la facilité de locution.

40. Ce recentrage effectué, il reste à rechercher si les arrêts et décisions qui se voient appliquer le critère d'évidence par la doctrine procèdent directement d'une proposition juridique générale valide en elle-même et ne pouvant faire l'objet d'une démonstration.

II/ Un critère inadmissible

41. **Un critère éloigné de la jurisprudence.** Les nombreuses décisions qui seront étudiées par la suite montrent que l'affirmation du caractère sérieux ou manifeste repose souvent sur des prémisses juridiques et factuelles dont l'établissement n'a rien de simple¹⁰¹. *A fortiori*, elles démontrent l'inadéquation du critère d'évidence. Ont ainsi été jugés non sérieux des moyens dont l'inanité ne saurait être affirmée purement et simplement mais résulte, au contraire, de l'application de textes ou d'une jurisprudence préalablement identifiées. Dans ce sens, le caractère non sérieux d'une question prioritaire de constitutionnalité ou l'absence de difficulté sérieuse soulevée par une question préjudicielle générale font généralement l'objet d'une motivation substantielle¹⁰². La Cour

¹⁰⁰ B. CHEVALLIER, *La motivation des actes juridictionnels*, thèse Dijon, 1987, p. 76 : l'auteur évoque l'éventualité d'une dispense de motivation à l'égard des moyens manifestement erronés ou absurdes et l'écarte au motif que l'absurdité n'est pas donnée *a priori*, mais correspond à la conclusion d'un raisonnement, même sommaire, et suppose donc une démonstration de ce que le moyen est mal fondé.

¹⁰¹ Cf. nos 59 à 91, 183 à 190, 193 et 198.

¹⁰² « Ainsi encore, démonstration du non sérieux dans deux arrêts rendus par la troisième chambre en matière de baux commerciaux » ou « On ne quittera pas la motivation du non sérieux sans évoquer le suggestif et grandiose arrêt rendu à cet égard par la chambre commerciale le 12 juillet 2011 [...]. Les dispositions du code monétaire et financier qui régissent les enquêtes de l'Autorité des marchés financiers, sans prévoir le principe de la contradiction lors de l'enquête, portent-elles atteinte aux droits de la défense, tels que la Constitution les garantit ? Question non sérieuse, répond la Cour, car le principe des droits de la défense s'impose, sous le contrôle du juge, aux autorités disposant d'un pouvoir de sanction, sans qu'il soit besoin pour le législateur d'en rappeler l'existence... » (J.-P. GRIDEL, « Question prioritaire de constitutionnalité – Le filtrage par la Cour de cassation », *BICC* n° 761 (1 mai 2012), p. 6, spéc. 10). Voir aussi : B. SEILLER, « Questions préjudicielles », *op. cit.*, n° 81 et 86 où il est expliqué que le Conseil d'État et la Cour de cassation ont déjà pu écarter le caractère sérieux d'une question préjudicielle générale au terme d'une « longue démonstration » ou à l'issue d'un « examen minutieux de plusieurs moyens de légalité invoqués contre un acte administratif ». L'auteur critique d'ailleurs cette pratique, qu'il estime contraire au « conseil de bon sens formulé par Édouard Laferrière qui prônait le renvoi en présence du moindre embarras » (n° 81).

de cassation s'assure d'ailleurs que le juge du fond qui écarte l'existence d'une difficulté sérieuse motive suffisamment sa décision en fait et en droit¹⁰³. De même, les travaux préparatoires aux avis et arrêts de la Cour de cassation s'appuient constamment sur toutes sortes d'arguments pour établir l'existence d'une règle qui impose de regarder un moyen comme non sérieux : référence à un ou plusieurs textes, à une jurisprudence constante, aux débats parlementaires, à l'absence de débat doctrinal ou encore à divers arguments d'équité¹⁰⁴. Ainsi, le caractère non sérieux d'un moyen ou d'une difficulté ou le caractère manifeste d'une appréciation sont établis par les juridictions au terme d'une démonstration permettant d'établir que la règle à laquelle une partie fait référence n'existe pas ou n'a pas le sens allégué¹⁰⁵.

Outre que la définition des caractères sérieux et manifeste à partir de l'évidence ne correspond pas à la jurisprudence, il existe trois raisons très importantes de la rejeter.

42. Un critère qui viderait de toute substance les dispositions faisant référence aux caractères sérieux et manifeste. Bien que les dispositions relatives au contrôle exercé par le juge étatique sur les sentences arbitrales aient trait au fond et n'entrent pas dans le champ de notre étude, il est utile de mentionner les débats doctrinaux qu'elles ont suscités. Dans leur rédaction antérieure au 1^{er} mai 2011, les articles 1504 et 1502 du code de procédure civile instituaient un recours en annulation contre les sentences rendues en France en matière d'arbitrage international lorsque la reconnaissance ou l'exécution de la sentence étaient « contraires à l'ordre public international »¹⁰⁶. Dans un arrêt très commenté, la cour d'appel de Paris a jugé que l'annulation nécessitait que la violation de l'ordre public international soit évidente, qu'elle « crève les yeux »¹⁰⁷. Plusieurs arrêts de la Cour de cassation ont, par la suite, exigé une violation « *flagrante*, effective et concrète »¹⁰⁸. Or, cette jurisprudence a fait l'objet de vives critiques doctrinales. Outre le fait que la référence à l'évidence constituerait une formule creuse et trompeuse, plusieurs arrêts

¹⁰³ Par exemple : Cass., civ. 3^e, 15 févr. 1989, n° 87-70.321.

¹⁰⁴ Cf. nos 183 et 184.

¹⁰⁵ « Lorsqu'en effet des questions sont jugées non sérieuses, c'est, d'habitude, au terme d'un raisonnement, certes concis comme toujours, mais prenant appui sur une recherche de la *ratio legis*, ou d'une démonstration de la conformité substantielle du texte à un souci d'intérêt général (bonne administration de la justice, sécurité juridique), ou d'une mise en évidence de l'inexactitude du grief (redressement de qualification ; manque en fait). » (J.-P. GRIDEL, « Question prioritaire de constitutionnalité... », *op. cit.*, p. 10). Voir aussi : « Ainsi, refuser de considérer comme sérieuse la question de savoir si la possibilité pour le Président de la République de se constituer partie civile est, ou non conforme à la Constitution, revient à valider implicitement la conformité de l'article 2 du Code de procédure pénale par rapport à l'article 67 de la Constitution. Cette validation constitutionnelle suppose un raisonnement préalable qui a conduit la Cour de cassation à confronter la disposition législative invoquée aux règles et principes constitutionnels (art. 7, 8, 9 et 16 DDHC ; art. 5, 64 et 67 Const. 1958). » (P. BLACHÈRE, « Propos introductif – Un an de politique jurisprudentielle de la Cour de cassation en matière de QPC », in A. MARTINON et F. PETIT (dir.), *Le juge judiciaire et la Constitution*, Dalloz, 2012 p. 5).

¹⁰⁶ Le recours en annulation contre ces sentences est aujourd'hui prévu dans les mêmes conditions par l'article 1520 du code de procédure civile. Le recours en annulation est également ouvert contre les sentences rendues en France en matière d'arbitrage interne lorsque la sentence est contraire à l'ordre public (art. 1492 CPC).

¹⁰⁷ Paris, 18 nov. 2004, *Thalès*, *JDI* 2005. 357.

¹⁰⁸ C. cass., civ. 1^{re}, 21 mars 2000, n° 98-11.799 ; 4 juin 2008, n° 06-15.320, *Bull. civ.*, I, n° 162 ; 11 mars 2009, n° 08-12.149, *id.* n° 48 ; 6 oct. 2010, n° 09-10.530, *id.* n° 184 ; 29 juin 2011, n° 10-16.680, *id.* n° 126.

révélant l'existence d'un contrôle renforcé¹⁰⁹, elle conduirait surtout à disparition pure et simple du contrôle exercé par le juge étatique. Sylvain Bollée écrit ainsi : « dans bien des cas, la vérification de la conformité de la sentence à l'ordre public au fond sera *de facto* dépourvue de toute réalité, tant il est dans l'ordre des choses que l'illicéité ne se dévoile pas au premier regard. [...] Cette réduction de la réserve d'ordre public à un simple ornement ne laisse pas de surprendre, dans la mesure où elle est en parfaite contradiction avec les promesses sur la base desquelles a été admise, une dizaine d'année plus tôt, l'arbitrabilité des litiges mettant en cause des règles d'ordre public »¹¹⁰. Ces critiques ont d'ailleurs peut-être été entendues par la jurisprudence puisque de récents arrêts ne font plus mention du caractère flagrant de la violation de l'ordre public¹¹¹.

Ces observations peuvent être transposées aux dispositions étudiées dans cet ouvrage. Définir, par exemple, le trouble manifestement illicite comme celui dont l'illicéité saute aux yeux reviendrait à réduire le champ d'intervention du juge des référés à néant. De même, le contrôle du sérieux des questions prioritaires de constitutionnalité exercé par le juge ordinaire serait illusoire s'il devait se contenter de refuser de transmettre uniquement les questions absolument fantaisistes, les parties sachant bien souvent formuler de façon habile un grief pourtant infondé.

À cet inconvénient majeur s'ajoute le fait que la définition des caractères sérieux et manifeste par l'évidence paraît inconciliable avec les obligations essentielles qui pèsent sur toute juridiction.

43. Un critère incompatible avec l'obligation de motivation et le principe du contradictoire. Le juge étant tenu de motiver sa décision et de respecter le principe du contradictoire, il ne saurait qualifier une solution de manifeste sans répondre aux

¹⁰⁹ L. IDOT, note sous Cass., civ. 2^e, 20 févr. 1991, *Rev. arb.* 1991. 447, spéc. n° 11 s. p. 451 ; C. SERAGLINI, note sous Paris, 14 juin 2001, *Compagnie commerciale André*, *Rev. arb.* 2001. 773, spéc. n° 20 et 21, p. 792 à 793 et n° 30, p. 799.

¹¹⁰ S. BOLLÉE, note sous Paris, 18 nov. 2004, *Thalès*, *Revue critique DIP* 2006. 104, spéc. p. 116. Dans le même sens : E. LOQUIN, note sous le même arrêt, *RTD com.* 2005. 263, spéc. p. 265 ; *L'arbitrage du commerce international*, Joly éditions, 2015, n° 539, p. 441 ; C. SERAGLINI, « L'affaire Thalès et le non-usage immodéré de l'exception d'ordre public (ou les dérèglements de la dérèglementation) », *Gaz. Pal.* 2005. 3279, spéc. n° 16 et 17, p. 3284 ; « Droit de l'arbitrage », *JCP E* 2005. 676, n° 8 ; E. BARBIER DE LA SERRE et C. NOURISSAT, « Contrôle des sentences arbitrales à l'aune du droit de la concurrence : à la recherche du bon équilibre... », *Rev. Lamy Concurrence* 2005/2, p. 68, spéc. n° 11 et 13, p. 71 et 72 ; V. HEUZÉ, « Arbitrage international : quelle raison à la déraison ? », *D.* 2011. 2880, spéc. p. 2882 à 2885 ; C. JARROSSON, « L'intensité du contrôle de l'ordre public », in E. LOQUIN et S. MANCIAUX (dir.), *L'ordre public et l'arbitrage*, LexisNexis, 2014, p. 161, spéc. n° 21 s., p. 172 s. ; C. KESSEDIAN, Intervention, *id.*, p. 233, spéc. p. 234 et 235 ; L.-C. DELANOY, Intervention, *id.*, p. 225, spéc. n° 8 et 10, p. 226 et 227. Voir aussi, approuvant l'arrêt *Thalès* de la cour d'appel de Paris cité ci-dessus, mais soulignant l'extrême rareté des violations flagrantes du droit de la concurrence : D. BENSUADE, « Thalès Air Defense BV v. GIE Euromissile: Defining the Limits of Scrutiny of Awards Based on Alleged Violations of European Competition Law », *Journal of International Arbitration* 2005. 239, spéc. p. 244. Voir encore, militant pour l'abandon de l'exigence d'une violation flagrante de l'ordre public dans le cadre du recours en annulation dirigé contre une sentence rendue en France (actuel art. 1520 CPC) : L.-C. DELANOY, « Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation : trois constats, trois propositions », *Rev. arb.* 2007. 177, n°s 8 à 10 et 45 à 47, p. 185 à 187 et 209 à 211.

¹¹¹ Paris, 17 janv. 2012, n° 10/21349, *Planor Afrique SA*, *Rev. arb.* 2012. 569 ; 26 févr. 2013, *M. J. Sprecher et autres*, n° 11/17961, *id.* 2014. 82 et la note P. DUPREY et C. FOUCHARD, spéc. n° 23, p. 102 et 103 ; 4 mars 2014, n° 12/17681, *id.* p. 502 ; C. cass., civ. 1^{ère}, 10 juill. 2013, n° 12-13.351.

conclusions contraires¹¹². Ainsi, par exemple, le juge étatique ne pourra écarter une convention d'arbitrage au motif qu'elle est manifestement inapplicable qu'après avoir répondu aux moyens soulevés au soutien de son applicabilité¹¹³. Mais, inversement, le juge ne pourra ni qualifier une solution de non manifeste, ni retenir le caractère sérieux d'un moyen, ni juger qu'une question soulève une difficulté sérieuse sans prendre en compte les conclusions contraires des parties. En vertu du principe du contradictoire l'appréciation des caractères sérieux et manifeste ne peut pas se faire selon la première impression du juge, celui-ci doit prendre en compte les conclusions des parties. Si bien qu'un moyen doit pouvoir être qualifié de non sérieux au regard de l'argumentation que contiennent ces conclusions, quand bien même le juge ne l'aurait pas immédiatement et spontanément considéré comme infondé¹¹⁴. De même, un trouble doit pouvoir être qualifié de manifestement illicite en raison de l'argumentation contenue dans les conclusions du demandeur, alors même que le juge aurait initialement cru à sa licéité ou aurait éprouvé un doute à sur ce point.

44. Un critère incompatible avec les exigences propres au renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne. Les conditions que la Cour de justice a posées dans son arrêt *CILFIT* pour autoriser les juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours à ne pas lui renvoyer les questions préjudicielles d'interprétation des dispositions européennes impliquent elles-mêmes un examen attentif et relativement long des textes applicables¹¹⁵. En effet, pour déterminer si l'application du droit européen s'impose avec une évidence telle qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable sur la manière de résoudre la question posée, ce que la Cour de cassation rattache à l'existence d'une difficulté sérieuse, la juridiction nationale doit d'abord « tenir compte que les textes de droit communautaire sont rédigés en plusieurs langues et que les diverses versions linguistiques font également foi » et procéder en conséquence à « une comparaison des versions linguistiques »¹¹⁶. Elle doit aussi prendre en compte les finalités du droit de l'Union, son état d'évolution et les autres actes qui pourraient déterminer l'interprétation de ceux directement en cause¹¹⁷. L'on ne saurait donc soutenir que l'absence de difficulté sérieuse renvoie au caractère évident de la réponse à la question, un raisonnement étant toujours nécessaire.

¹¹² Art. 16 et 455 CPC. Sur la sanction du défaut de réponse à conclusions, voir notamment : Cass., civ., 1^{er} mai 1938, *Gaz. Pal.* 1939. 2. 112 ; civ. 1^{re}, 15 févr. 1983, n° 81-13.667, *Bull. civ.*, I, n° 60.

¹¹³ M. LAZOUZI, « Portée et limites du principe compétence-compétence », *op. cit.*, p. 774 et 775.

¹¹⁴ « L'appréciation de l'existence d'une contestation sérieuse, de l'évidence du droit revendiqué, est nécessairement contradictoire et suppose la confrontation des moyens et preuves des parties. C'est, en effet, la vanité des moyens de défense, par rapport à la valeur de ceux du demandeur, qui s'oppose à l'existence d'une contestation sérieuse » (X. VUITTON, « Référés. – Conditions générales des pouvoirs du juge des référés », *op. cit.*, n° 26 ; voir aussi n° 24 et 27). Dans le même sens, Hervé Croze distingue plusieurs temps dans l'appréciation du sérieux d'une question prioritaire de constitutionnalité par le juge du fond : le caractère non sérieux de la question peut certes apparaître dès la première lecture du grief d'inconstitutionnalité mais si tel n'est pas le cas, il peut encore apparaître à l'issue de la discussion contradictoire qui aura lieu entre les parties (H. CROZE, « La question prioritaire de constitutionnalité – Aspects procéduraux », *JCP G* 2010. I. 269).

¹¹⁵ CJCE, 6 oct. 1982, *CILFIT*, n° 283/81, *Rec.* p. 3415.

¹¹⁶ *Id.*, §18. Sur l'obligation de prendre en compte les différentes versions linguistiques, voir notamment : M. BROBERG et N. FENGER, « L'application de la doctrine de l'acte clair par les juridictions des États membres », *RTD eur.* 2010. 861.

¹¹⁷ CJCE, 6 oct. 1982, *CILFIT*, n° 283/81, *Rec.* p. 3415, §19 et 20.

45. Ainsi, la définition des caractères sérieux et manifeste par l'évidence semble devoir être écartée, ce qui nous conduit à envisager une autre définition que la doctrine semble parfois retenir, fondée sur le critère de facilité.

SECTION II : LA RÉFÉRENCE AU CRITÈRE DE FACILITÉ ET SON ÉCHEC

46. L'inadéquation du critère d'évidence a probablement été perçue par une partie de la doctrine et des praticiens, puisque le critère de facilité lui est parfois préféré. Il ne s'agit alors plus de distinguer entre les cas où la solution va de soi et ceux où elle nécessite une démonstration : les caractères sérieux ou manifeste dépendent du degré de complexité du raisonnement permettant au juge de résoudre la question dont il est saisi ou de déterminer si les moyens dont il est saisi sont fondés ou infondés.

Aussi, après avoir cerné l'étendue et la portée d'une telle définition (§1), il nous faudra la confronter à la jurisprudence (§2).

§1. La référence à la facilité

47. Sous la plume de plusieurs auteurs, parmi lesquels d'éminents praticiens, l'évidence du droit et du fait cède parfois la place à la simplicité de la résolution (I). Cependant aucun ne s'essaie à donner une définition du concept (II).

I/ Le glissement de l'évidence vers la facilité

48. **L'emploi des termes « simple », « complexe » et « difficile ».** Marianne Cottin écrit que les formations restreintes de la Cour de cassation ont pour fonction d'assurer le jugement des « affaires simples »¹¹⁸. Dans le même sens, Guy Canivet constate que « les affaires désormais orientées en non-admission sont essentiellement celles qui, *dépourvues de complexité*, étaient autrefois jugées en formation restreinte, à trois magistrats »¹¹⁹. L'on se reportera encore au rapport de Thierry Silhol, conseiller référendaire à la chambre sociale, pour l'avis du 4 janvier 2016, où il est écrit que la demande d'avis ne présente aucune difficulté sérieuse « lorsque la réponse à la question s'impose ou procède d'une *analyse simple* des textes en cause »¹²⁰. Les critères de simplicité et de complexité se retrouvent également dans le rapport en vue de l'avis de la Cour de cassation du 5 mai 2014¹²¹ ou dans un arrêt ancien de la Cour de cassation rendu en

¹¹⁸ M. COTTIN, « La Cour de cassation se dote d'une procédure d'admission des pourvois en cassation », *D.* 2002. 748, spéc. 749. Dans le même sens : « La formation restreinte devenait ainsi la formation de jugement des affaires *simples* » (J. BORÉ, « La Cour de cassation de l'an 2000 », *D.* 1995. 133).

¹¹⁹ G. CANIVET, *op. cit.*, p. 2198.

¹²⁰ T. SILHOL, rapp. Cass., avis, 4 janv. 2016, n° 15-70.004, *Bull. civ.*, avis, à paraître. Voir également, employant la même définition : A. PIC, rapp. Cass., avis, 23 mai 2016, n° 16-70.002, *id.* ; S. LEMOINE, rapp. Cass., avis, 17 avr. 2015, n° 15-70.002, *id.* ; H. ADIDA-CANAC, rapp. Cass., avis, 8 sept. 2014, n° 14-70.005, *id.* n° 5 ; J. MOUTY-TARDIEU, rapp. Cass., avis, 24 mars 2014, n° 13-70.010, *id.* n° 3 ; G. HENON, rapp. Cass., avis, 17 sept. 2012, n° 12-00.011, *id.* n° 7.

¹²¹ C. CARBONARO, rapp. Cass., avis, 5 mai 2014, n° 14-70.003 : « En l'espèce, la *complexité* de la question posée qui tiendrait à la notion d'inexécution volontaire en matière de contrainte judiciaire

matière de question préjudicielle administrative¹²². Les conclusions du commissaire du gouvernement Hubert pour l'avis contentieux n° 112497 du Conseil d'État sont également dans ce sens, puisqu'elles énoncent que : « les questions [posées par la juridiction de première instance] sont *difficiles* et donc sérieuses »¹²³. Quant à Bertrand Seiller, il soutient à propos des questions préjudicielles entre juridictions administratives et judiciaires que « d'une manière générale, les juges devraient exclure la clarté de la question en cas [...] de *complexité du raisonnement* permettant d'y parvenir [...] »¹²⁴. De tels propos font échos à ceux d'Anne Courrèges, rapporteur public au Conseil d'État, qui, à propos de la transmission des questions prioritaires de constitutionnalité au Conseil constitutionnel, explique dans son rapport pour un arrêt du 14 avril 2010 que : « Lorsqu'une *première analyse* fait apparaître qu'on peut raisonnablement considérer qu'il y a une vraie question, il convient de renvoyer, *alors même qu'à l'issue d'une étude plus poussée, vous pourriez être amenés à écarter le moyen* comme le fera d'ailleurs peut-être le Conseil constitutionnel »¹²⁵.

L'on trouve encore cette conception des caractères sérieux et manifeste dans un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 19 janvier 1988, où il est jugé que « ayant estimé, au vu des pièces versées aux débats, que seul *un examen approfondi* des documents produits pouvait permettre de connaître la commune intention des parties et la nature exacte du contrat conclu entre elles, la cour d'appel [...] a pu, sans violer l'article 809, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile, retenir qu'il existait en l'espèce une contestation sérieuse excluant la compétence du juge des référés »¹²⁶.

II/ La définition de la facilité

49. Le critère de facilité peut recevoir deux définitions très différentes. Il est d'abord susceptible d'être compris de manière subjective (A). Il implique alors une quantification de l'effort intellectuel fourni par un juge et correspond à un seuil au sein de celle-ci. Compris ainsi, les termes « facile » et « difficile » lui correspondent le mieux.

Le critère de facilité peut également être défini comme un critère objectif (B). Il renvoie alors à un seuil dans le nombre d'opérations logiques nécessaires pour inférer des règles de droit en vigueur la solution à la question dont le juge est saisi. Les termes « simple » et « complexe » sont alors les plus adaptés.

quand le condamné n'a pas eu connaissance de sa condamnation à des jours amende est discutable et sera abordée au fond. »

¹²² Cass., civ., 19 avr. 1894, S. 1894, I, 95 : « Attendu que, dans ces conditions, le juge avait à résoudre des questions complexes de fait et de droit [...] ».

¹²³ Concl. CE, avis, 6 avr. 1990, cité par A. ASHWORTH, « Singularité et tradition : l'article 12 de la loi du 31 décembre 1987 », *RDP* 1990. 1439, spéc. 1448.

¹²⁴ B. SEILLER, « Questions préjudicielles », *op. cit.*, n° 74. Rapp., expliquant que le juge administratif doit refuser de renvoyer toute question au juge judiciaire « lorsque la question *se résout aisément* » : J. LESSI, « Les questions préjudicielles du juge administratif à l'autorité judiciaire », *AJDA* 2015. 274, spéc. p. 277.

¹²⁵ A. COURRÈGES, concl. CE, 14 avr. 2010, n° 323830, *AJDA* 2010. 1013.

¹²⁶ Cass., com., 19 janv. 1988, n° 85-17.918, *Bull. civ.*, IV, n° 45.

50. La facilité renvoie à l'effort fourni par un juge déterminé pour résoudre un problème donné. Le critère de facilité peut d'abord se comprendre comme une notion subjective : il renverrait ainsi à l'effort fourni et au temps consacré par le juge pour résoudre la question soulevée devant lui et pour apprécier l'exactitude des moyens et contestations qui lui sont soumis¹²⁷. Le sérieux et le manifeste dépendraient alors de divers éléments. Le premier facteur à prendre en considération serait la complexité du processus de résolution de la question. Il s'agit là d'un élément objectif¹²⁸ mais d'autres facteurs d'ordre subjectif interviendraient également, telles que l'étendue des connaissances juridiques et extra-juridiques du juge, son habileté intellectuelle ou sa confiance dans ses connaissances et ses capacités de raisonnement¹²⁹.

51. Un critère inadmissible. À notre connaissance, aucune décision ne s'est jamais référée à un élément subjectif pour apprécier le caractère sérieux d'un moyen, d'une demande ou d'une question ou pour apprécier le caractère manifeste d'une irrecevabilité, d'une illicéité ou d'une absence de fondement. Les arrêts s'appuient toujours sur des éléments objectifs¹³⁰.

¹²⁷ Dans ce sens : « L'article L. 331-4 du Code de l'organisation judiciaire précise qu'en matière civile, le juge de proximité qui se heurte à une difficulté sérieuse sur l'application d'une règle de droit ou l'interprétation d'un contrat, peut à la demande des parties ou d'office, mais après avoir demandé leur avis, renvoyer l'affaire devant le juge d'instance. [...] Le juge de proximité a donc le droit de ne pas juger l'affaire, lorsqu'il l'estime trop compliquée. [...] Donc, en cas de difficultés sérieuses de nature juridique, les parties sont invitées à se prononcer d'office ou sur invitation du juge sur la capacité intellectuelle de ce dernier de démêler leur affaire puisqu'il ne s'agit plus au sens strict de compétence formelle. Il y aura peut-être quelques débats cocasses, [...] et il n'est pas certain que ces débats où il sera discuté de la capacité du juge à trancher la difficulté seront toujours conformes à l'idée que l'on peut se faire de la dignité de la justice. » (C. COLENO et J.-J. BARBIÈRI, « De minimis curat praetor », *LPA* 23 juill. 2003, p. 6).

¹²⁸ Cf. n° 55.

¹²⁹ J.-F. FLAUSS, *Les questions préjudicielles et le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire*, thèse Strasbourg, 1976, p. 85 note 3 et p. 87. Voir aussi : « L'appréciation de la contestation soumise au juge variera nécessairement avec la personnalité du magistrat saisi et en particulier en fonction de son esprit de décision et de la conception qu'il a de sa fonction, de sa mission. Selon la timidité ou l'audace des magistrats, on peut penser que la question « la contestation est-elle sérieuse ? » revient à ce que le juge s'estime capable ou non de résoudre à lui seul le problème posé. S'il s'en estime capable, il jugera immédiatement l'affaire ». (Y. STRICKLER, *op. cit.*, p. 101).

¹³⁰ Par exemple : Cass., civ. 2^e, 28 oct. 1998, n° 96-21.118 ; com., 5 juill. 1994, n° 92-15.192 ; civ. 3^e, 10 févr. 1988, n° 86-18.864, *Bull. civ.*, III, n° 34 ; civ. 2^e, 19 nov. 1980, n° 79-13.779, *id.*, II, n° 238. Rappr. : Paris, 18 nov. 2004, *Thalès*, *JDI* 2005. 357. Relatif à l'annulation d'une sentence arbitrale rendue en France en matière d'arbitrage international, qui doit être refusée lorsque la sentence est « contraire à l'ordre public international » (ancien art. 1502 CPC – actuel art. 1520 CPC) et que cette contradiction est « flagrante » (C. cass., civ. 1^{re}, 21 mars 2000, n° 98-11.799 ; 4 juin 2008, n° 06-15.320, *Bull. civ.*, I, n° 162 ; 11 mars 2009, n° 08-12.149, *id.* n° 48 ; 6 oct. 2010, n° 09-10.530, *id.* n° 184 ; 29 juin 2011, n° 10-16.680, *id.* n° 126). Bien que la cour d'appel relève que la violation alléguée devant elle avait « échappé à l'ensemble de tous ceux qui ont eu à connaître, selon leurs responsabilités, de l'arbitrage, bien qu'il soit permis de les considérer particulièrement avertis de ces questions », elle n'en décide pas moins qu'il lui « faut maintenant rechercher, si au vu du débat entre les parties dans la procédure du recours en annulation, l'illicéité [...] crève les yeux de la cour ». De sorte que la référence à l'expérience et à la qualification des arbitres et des avocats des parties durant l'arbitrage apparaît totalement surabondante et inopérante : le caractère flagrant de la contradiction à l'ordre public est donc déterminé indépendamment de toute considération subjective (critiquant une telle motivation en ce qu'elle pourrait laisser penser qu'il s'agit d'une notion subjective : C. SERAGLINI, « L'affaire Thalès et

C'est que la conception subjective des caractères sérieux et manifeste ne peut qu'être écartée car elle entraînerait une rupture de l'égalité devant la loi, et imposerait aux justiciables des décisions différentes en fonction de l'étendue des connaissances de chaque magistrat¹³¹. En outre, l'encombrement du rôle de chaque juridiction ainsi que les moyens administratifs et documentaires mis à sa disposition sont susceptibles d'influer sur la tolérance de ses membres à l'égard de la difficulté et d'influer ainsi sur leur perception des caractères sérieux et manifeste : un juge ayant à traiter un très grand nombre de litiges pourra être tenté de se décharger des questions qu'il maîtrise mal sur une autre juridiction, là où celui qui dispose du temps et des ressources nécessaires pour y répondre pourra considérer qu'elles ne justifient pas un sursis à statuer. De plus, il doit encore être relevé contre la définition subjective de la facilité qu'il est impossible de fixer un seuil de difficulté qui ne serait pas purement arbitraire.

52. Mais constater que la Cour de cassation n'intègre pas les obstacles subjectifs rencontrés par les juges du fond dans l'appréciation du sérieux ne suffit pas à écarter la définition subjective du critère de facilité. En effet, il serait encore possible de recentrer l'appréciation de la facilité sur la Cour de cassation. Le temps et l'effort seraient alors toujours les marqueurs des caractères sérieux et manifeste, mais les conseillers à la Cour de cassation, et eux seuls, constitueraient le point de référence pour l'analyse¹³². Les juridictions inférieures devraient alors évaluer les caractères sérieux ou manifeste à l'aune des connaissances et des aptitudes des conseillers à la Cour de cassation appelés à contrôler leurs décisions.

Cette solution doit résolument être écartée tant elle est contraire aux exigences de la sécurité juridique et fait peser sur les juges du fond une mission qui relève plus de la divination que de l'application des règles de droit. De même, elle emporte toujours une rupture de l'égalité devant la loi, puisque les caractères sérieux et manifeste seront des notions qui varieront en fonction de la chambre, de la formation et du conseiller-rapporteur chargés de connaître du pourvoi. C'est pourquoi, l'affirmation d'une difficulté ou d'une contestation sérieuses semble toujours être rattachée à des éléments objectifs¹³³.

53. L'impossibilité de dégager un critère intermédiaire, à la fois subjectif et objectif. Dans sa thèse pour le doctorat, Jean-François Flauss avance l'idée selon laquelle

le non-usage... », *op. cit.*, spéc. n° 14, p. 3283 ; E. BARBIER DE LA SERRE et C. NOURISSAT, « Contrôle des sentences arbitrales... », *op. cit.*, spéc. n°s 7 et 10).

¹³¹ Ce risque justifie un contrôle de la Cour de cassation sur la qualification d'obligation non sérieusement contestable, prévue par l'article 809 al. 2 CPC, en matière de référé : « Que restera-t-il de la condition posée par l'article 809 alinéa 2 du nouveau code si le juge décide, dans l'exercice de son pouvoir souverain, qu'il n'est rien d'assez obscur ni de suffisamment imprécis pour lui dissimuler l'évidence, si l'audacieux comme le timoré sont libres, chacun pour leur part, de se fixer leur propre loi ? » (J. NORMAND, « Référé provision [...] », *RTD civ.* 2001. 428, précité ; voir aussi C. PUIGELIER, « L'existence d'une obligation non sérieusement contestable est contrôlée par la Cour de cassation », *D.* 2002. 598).

¹³² « Le "moyen sérieux" peut-il être défini comme celui que la Cour de cassation décide d'examiner et "l'absence de moyen sérieux" n'est-elle que le réceptacle de l'ensemble des griefs jugés par la Cour insuffisamment intéressants pour retenir son attention ? » (A. LACABARATS, « Le moyen sérieux », intervention du 25 janvier 2010 dans le cadre du « cycle droit et technique de cassation » organisé par la Cour de cassation, disponible sur le site de la Cour).

¹³³ Cf. n°s 106 à 109.

la difficulté sérieuse doit recevoir une définition intermédiaire : ni pleinement subjective, ni pleinement objective¹³⁴. Au soutien de cette hypothèse, il relève que parallèlement aux cas où les juridictions et la doctrine convergent pour voir une difficulté sérieuse ou l'écarter, il y a de nombreuses situations dans lesquelles ce point a pu faire l'objet d'une appréciation divergente. Il en conclut que la détermination du sérieux est régie par des critères objectifs, mais que ceux-ci laissent bien souvent une marge d'appréciation subjective au juge. Ainsi, telle question devra être regardée comme difficile ou facile par tous alors que l'appréciation portée sur telle autre sera laissée à la liberté du juge qui en est saisi.

Cette conclusion est difficilement acceptable car l'existence d'appréciations divergentes n'établit pas en elle-même l'absence de critères objectifs. Pour cause, ceux-ci peuvent exister mais avoir été méconnus par une juridiction, qui les aura ignorés ou se sera méprise sur leur portée. Surtout, il est difficile de voir comment la difficulté sérieuse pourrait être un concept à la fois subjectif et objectif. Soit son existence dépend de conditions objectives et il s'agit alors d'une notion objective, soit son existence dépend d'une appréciation subjective et il s'agit alors d'une notion subjective. À cet égard, l'existence objective de critères subjectifs n'enlève rien à la dimension subjective de l'analyse. Imposer au juge d'explicitier ce qui, dans sa situation particulière, justifie de qualifier une difficulté de sérieuse ne suffit pas à rendre cette qualification objective car celle-ci dépend toujours d'éléments propres à la personne du juge.

Une définition intermédiaire de la difficulté sérieuse impliquerait que coexistent des critères objectifs et subjectifs. Parmi les éléments à prendre en compte, la situation individuelle du juge côtoierait des éléments objectifs, tel que le nombre de textes applicables ou l'absence de jurisprudence claire et précise. Une telle définition n'exclut toutefois pas la rupture d'égalité résultant de la référence à des critères subjectifs. D'ailleurs, cette définition ne semble pas prévaloir en pratique dès lors que la Cour de cassation a déjà pu juger qu'une question ne soulevait aucune difficulté sérieuse alors même qu'aucun texte ni arrêt clair et précis ne permettait d'asseoir la solution retenue¹³⁵. L'étude des travaux préparatoires démontre également que l'absence de caractère sérieux est parfois établie au terme de longues recherches de la part des conseillers à la Cour de cassation¹³⁶.

54. La définition subjective du critère de facilité ne pouvant être retenue, nous devons essayer de déterminer ce à quoi il pourrait renvoyer s'il devait être compris comme une notion objective.

B/ Une conception objective : de la facilité à la simplicité

55. La simplicité renvoie au nombre d'opérations logiques nécessaires pour dégager la solution. Si l'application des mécanismes étudiés ne peut être ramenée au critère subjectif de facilité, force est de constater que la doctrine se réfère plutôt à la simplicité et à la complexité. Ces termes sont susceptibles d'une acception objective. Ils renvoient alors à une appréciation d'ordre logique, et non psychologique. Ils sont porteurs

¹³⁴ J.-F. FLAUSS, *Les questions préjudicielles...*, *op. cit.*, p. 57.

¹³⁵ Cf. nos 186 à 190.

¹³⁶ L. POULET, *op. cit.*, p. 157. Rapp. : D. LE PRADO, *op. cit.*, p. 221 ; F. TERRIER, *op. cit.*, p. 97 et 100.

d'une exigence quant au nombre de syllogismes nécessaires pour établir la solution. Lorsqu'un nombre déterminé de syllogismes successifs ne suffit pas à faire ressortir le bien-fondé ou le caractère erroné du moyen, celui-ci sera sérieux car sa résolution sera regardée comme suffisamment complexe.

Le sérieux est-il constitué lorsque la résolution du litige implique la combinaison de plusieurs règles ? L'effort lié à la combinaison de plusieurs règles étant proportionnel au nombre de règles en cause, l'on pourrait aussi envisager que les caractères sérieux ou manifeste dépendent de ce nombre.

Compris ainsi, le caractère sérieux d'un moyen se mesure à la longueur de la réponse qu'il appelle, comme en témoignent les propos de Laurent Poulet, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, qui écrit : « la lecture de certains rapports en vue de la non-admission indique que le conseiller-rapporteur s'est longuement interrogé sur le sort à réserver au pourvoi. Cela révèle une instruction extrêmement sérieuse aboutissant à une décision de non-admission – et l'on ne peut que s'en réjouir. Cependant, cela révèle également que certains pourvois sont déclarés non admis, alors même que la réponse qu'y apporte le conseiller-rapporteur témoigne de la relative difficulté de la question soulevée. Ainsi arrive-t-il de prendre connaissance de rapports en vue de la non-admission d'une dizaine de pages. À elle seule, la longueur du rapport démontre le caractère assez sérieux du moyen soulevé »¹³⁷.

56. Un critère inadmissible. Toute la difficulté est alors de déterminer le degré de complexité nécessaire pour que la résolution soit jugée difficile et, donc, pour que la mesure sollicitée en référé se heurte à une contestation sérieuse ou que l'inconstitutionnalité alléguée présente un caractère sérieux, etc.

La fixation d'une limite dans le nombre de textes mobilisés ou de syllogismes successifs apparaît étant nécessairement arbitraire, la définition des caractères sérieux et manifeste par la simplicité du raisonnement doit être rejetée : « [l'article 809 du code de procédure civile] fait du juge des référés le "juge de l'évident et de l'incontestable" et l'on ne peut que se féliciter de la protection ainsi accordée à la victime d'un tel trouble. Mais il faut oser poser la question à l'envers : cette protection n'existe-t-elle donc pas si le trouble, tout en étant illicite, ne l'est pas d'une manière évidente ? Solution difficilement admissible »¹³⁸.

57. Mais au-delà de son caractère problématique et arbitraire, la définition des concepts étudiés par la simplicité pourrait surtout s'avérer artificielle si la jurisprudence n'était pas réductible à ce critère. Il nous faut donc envisager cette question et rechercher, à partir d'une analyse jurisprudentielle, si la facilité constitue vraiment un critère opérant.

§2. L'échec du critère de facilité

58. L'étude des caractères sérieux et manifeste se heurte à un obstacle important lié au fait qu'il s'agit d'exigences relatives à une analyse juridique portant sur un autre objet, à savoir l'existence d'un droit invoqué par le demandeur en référé ou soulevé à titre

¹³⁷ L. POULET, « Pratique des décisions de non-admission. Point de vue d'un avocat à la Cour de cassation », *Gaz. Pal.* 2014. 155, p. 157.

¹³⁸ B. PETIT, *op. cit.*, p. 491.

préjudiciel, la recevabilité de l'action ou encore l'irrégularité du jugement attaqué devant la Cour de cassation. Le juge sera invité à déterminer si l'allégation de tel droit dans telles circonstances est sérieuse. Un tel jugement impliquera donc de raisonner, au moins de façon superficielle et rapide, sur l'application des règles de droit au litige.

Les notions de sérieux et de manifeste sont ainsi enfermées dans un ensemble de considérations propres au litige. Elles ne se laissent voir qu'indirectement, à travers le raisonnement portant sur un autre concept juridique. Par exemple, l'arrêt qui retient que le moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'une loi au regard des articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen n'est pas sérieux nous fournit un éclairage direct sur le sens et la portée de ces articles, mais ne nous laisse entrevoir que très indirectement en quoi consiste le caractère sérieux du moyen¹³⁹. Il en résulte que, paradoxalement, la jurisprudence relative à ces notions éclaire moins celles-ci que les règles de droit dont l'application est envisagée.

Pour découvrir ce à quoi l'exigence de sérieux renvoie, nous devons donc procéder à un examen critique de la jurisprudence, réalisé à partir des règles de fond ou de recevabilité auxquelles ces décisions se rattachent. Il s'agira de déterminer ce qui permet aux juridictions de juger que la thèse qui soutient que telle règle est applicable ou inapplicable à la cause n'est pas sérieuse. La vérification des critères de facilité ou de simplicité implique alors de raisonner sur le sens et la portée de cette règle et de mobiliser des concepts parfaitement étrangers au droit processuel et aux mécanismes étudiés. Cependant, le détour par de telles considérations est indispensable pour déterminer ce qui fait le caractère sérieux ou manifeste dans chacune des procédures où il intervient : renvoi d'une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne (I), transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité (II), sursis à statuer dans l'attente d'une décision du juge administratif sur une question préjudicielle (III), demande d'avis (IV), non-admission des pourvois en cassation (V), procédure de référé (VI) et renvoi des parties à saisir une juridiction arbitrale (VII).

I/ Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne

59. La question de la compatibilité de la loi Évin avec le droit de l'Union européenne ne soulève pas de difficulté sérieuse. L'inadéquation des critères d'évidence et de facilité pour rendre compte du caractère sérieux tel qu'il apparaît en jurisprudence est très bien illustrée par deux arrêts rendus par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 18 mars 2003¹⁴⁰ et le 7 mars 2006¹⁴¹. Les dirigeants d'une marque de vêtements partageant le nom et le logo d'une célèbre marque de cigarettes avaient été poursuivis et condamnés pour le délit de publicité indirecte en faveur du tabac, réprimé par les articles L3511-3 et 4 du code de la santé publique, en raison d'une campagne de publicité finalement interdite par le Comité national contre le tabagisme. Les demandeurs au pourvoi contestaient leur condamnation et alléguaient une violation des articles 28, 30, 46 et 49 du Traité instituant la Communauté européenne¹⁴² par la cour d'appel. Il était donc soutenu que l'interdiction des « restrictions quantitatives à l'importation [et à

¹³⁹ Cf. n° 64.

¹⁴⁰ Cass., crim. 18 mars 2003, 02-83.015 et 02-82.292, *Bull. crim.* n° 69.

¹⁴¹ Cass., crim., 7 mars 2006, n° 05-82482.

¹⁴² Actuels articles 34 à 36 TFUE.

l'exportation] ainsi que toutes mesures d'effet équivalent » s'oppose à ce que la publicité en faveur de vêtements en provenance d'un autre État membre soit restreinte au seul motif qu'ils portent le même nom et logo que des produits tabacologiques.

Il est assez clair qu'une telle thèse implique un examen approfondi pour être accueillie ou rejetée et ne saurait être tenue immédiatement pour vraie ou fausse. Avant tout, elle suppose que soient vérifiées plusieurs conditions sur lesquelles nous ne nous attarderons pas, tant elles sont banales et admises par tous comme nécessaires à toute assertion en droit : il importe d'abord qu'existe un texte prohibant les mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation, que celui-ci s'applique bien à une législation restreignant la publicité, et qu'existent une règle obligeant le juge de faire application de ce texte, ainsi qu'une règle le faisant primer sur les lois françaises.

S'il est aisé, pour tout juriste un tant soit peu informé, de constater que l'article 28 du Traité instituant la Communauté européenne prohibe toute mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative à l'importation, la vérification des autres conditions implique de mobiliser une *structure* normative sous-jacente très complexe, fixant les bases et les contours de notre système juridique. Suivant un mouvement régressif, l'affirmation selon laquelle ce texte s'impose au juge, et ce en priorité par rapport à toute loi, n'est tenue pour vraie qu'en raison des règles constitutionnelles qui attribuent aux traités une valeur juridique à part entière¹⁴³, au sein desquelles se trouvent les règles relatives à leur ratification¹⁴⁴. L'application de ces dernières mobilise à son tour les règles permettant d'identifier les actes correspondant à une loi¹⁴⁵. Toutes ces règles pourraient, dans leur ensemble, être regardées comme évidentes. Cependant, force est de constater qu'elles sont souvent rattachées au texte de la Constitution et à l'interprétation qu'en fait le Conseil constitutionnel. De sorte qu'elles n'ont pas de valeur intrinsèque, mais dépendent de la règle, souvent présentée comme fondamentale, selon laquelle la Constitution formelle est elle-même constitutive d'obligations. Elles peuvent aussi être rattachées au traité instituant la Communauté européenne et à l'interprétation qu'en donne la Cour de justice, sans aucune référence à la Constitution, mais un tel décalage du centre de gravité normatif ne change rien en ce qui concerne leur absence d'évidence : leur véracité dépend toujours d'une règle supérieure désignant un acte politique identifié comme constitutif d'obligations. Enfin, même si elles ne devaient être rattachées à aucun texte précis, elles pourraient encore être présentées comme la résultante de règles supérieures non formalisées, constitutives de la véritable Constitution, au sens matériel.

De plus, l'article 28 ne peut être jugé applicable qu'en vertu des règles admises délimitant le concept de mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation¹⁴⁶ ainsi qu'en vertu de celles dérogeant à cette interdiction^{147 148}. Or, ces deux

¹⁴³ Art. 88-1 et 55 Const. ; Cass., mixte, 24 mai 1975, n° 73-13.556, *Bull. civ.*, mixte, n°4 ; C. const., 21 oct. 1988, n° 88-1082/1117 AN ; CE, ass., 20 oct. 1989, n° 108243, *Lebon* 190.

¹⁴⁴ Art. 52 et 53 Const. ; C. const., 30 déc. 1995, n° 75-60 DC ; 30 juin 1993, n°s 93-318 DC et 93-319 DC.

¹⁴⁵ Art. 24 à 33 Const. et 6 DDHC ; C. const., 24 juill. 2004, n° 2004-500 DC, §12 ; 21 avr. 2005, n° 2005-512 DC, §8 s. ; 28 févr. 2012, n° 2012-647 DC, §4 et 6.

¹⁴⁶ CJCE, 1^{er} juill. 1974, *Dassonville*, 8/74, *Rec.* p. 837 ; 20 févr. 1979, *Rewe-Zentral*, 120/78, *id.* p. 649 ; 24 nov. 1993, *Keck et Mithouard*, C-267/91, *id.* p. I-6097.

¹⁴⁷ CJCE, 20 févr. 1979, *Rewe-Zentral*, cité note précédente et article 30 TCE (actuel article 36 TFUE).

¹⁴⁸ Ces différentes règles découlent elles-mêmes de règles supérieures instituant le traité comme une composante de notre système juridique ou dirigeant l'interprétation de ses articles, tels les objectifs

points ne sont pas sans soulever de difficultés.

D'abord, en ce qui concerne la définition des mesures d'effet équivalent, les règles nationales restreignant la publicité ne peuvent recevoir une telle qualification que si elles ont un caractère discriminatoire¹⁴⁹. Il est alors essentiel de caractériser une différence de traitement entre des produits nationaux et des produits importés similaires¹⁵⁰. C'est bien ici le cas, dès lors que les vêtements importés d'un autre État membre et portant la même marque qu'un produit tabacologique seront frappés par l'interdiction de publicité, alors que les vêtements nationaux portant une marque sans rapport avec le tabac échapperont à cette interdiction.

Ensuite, en ce qui concerne la justification de cette différence de traitement et de cette restriction, la loi Évin pourrait être justifiée par des raisons tenant à la protection de la santé et de la vie des personnes et échapper ainsi à l'article 28¹⁵¹. Cette perspective renouvelle la réflexion et soulève, à son tour, des questions ardues. En effet, pour qu'une législation restreignant les échanges au sein de l'Union soit justifiée par un tel impératif, il faut d'abord qu'elle soit nécessaire¹⁵². Une telle condition implique d'analyser les effets prévisibles de l'article L3511-4 du code de la santé publique sur la consommation globale de tabac : participe-t-elle à sa diminution ?¹⁵³ Il faut ensuite que l'objectif poursuivi par la réglementation litigieuse ne puisse pas être réalisé par une réglementation moins restrictive¹⁵⁴. Enfin, il est encore besoin que la réglementation litigieuse soit proportionnée et présente, à ce titre, deux caractéristiques déterminées. D'une part, elle ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire à la préservation de l'intérêt invoqué et grever la

poursuivis par la Communauté ou certains principes généralement suivis par la Cour de justice (CJCE, 23 mars 1982, *Levin*, 53/81, *Rec.* p. 35, n° 9 sq. ; 3 juill. 1986, *Kempf*, 139/85, *id.* p. 1741, n° 13 ; 26 févr. 1991, *Antonissen*, C-292/89, *id.* p. I-745, §11).

¹⁴⁹ CJCE, 10 juill. 1980, *Commission c/ France*, 152/78, *Rec.* p. 2299 ; 8 mars 2001, *Gourmet international*, C-405/98, *id.* p. I-01795.

¹⁵⁰ Sur cette notion voir, notamment : CJCE, 14 févr. 1978, *United Brands*, 27/76, *Rec.* p. 207, §22 ; 17 févr. 1980, *Commission c/ Royaume-Uni*, C-170/78, *id.* p. 00417.

¹⁵¹ Art. 36 TFUE (ex. art. 30 TCE).

¹⁵² CJCE, 8 nov. 1979, *Denkavit*, 251/78, *Rec.* p. 3369 ; 12 juill. 1979, *Commission c/ RFA*, 153/78, *id.* p. 2555.

¹⁵³ Une telle appréciation est loin d'être aisée, car elle implique de disposer de données statistiques objectives établissant un lien entre la publicité pour des produits de diversification et un certain niveau de consommation des produits tabacologiques. À cet égard, il est difficile de retenir la conclusion des juges du fond et de la Cour de cassation selon laquelle « les dispositions critiquées [...] sont justifiées par la protection de la santé au sens des articles 30 et 46 et proportionnées à cet objectif comme le démontre la diminution de la consommation depuis leur entrée en vigueur ». En effet, un tel fait n'est absolument pas probant car, comme le soulignent les demandeurs au pourvoi dans le second arrêt, du 7 mars 2006, la diminution constatée peut fort bien résulter d'autres dispositions de la loi n° 76-616, du 9 juillet 1979, entrées en vigueur en même temps que l'interdiction de publicité frappant les produits issus de la diversification, comme l'interdiction de toute publicité pour le tabac et les produits du tabac. La nécessité d'une telle mesure est d'ailleurs tenue pour non établie par l'avocat général près la Cour de justice dans ses conclusions pour l'arrêt *République fédérale d'Allemagne c/ Parlement européen et Conseil de l'Union européenne* rendu le 5 mars 2000 sous le numéro C-376/98 (N. FENNELLY, concl. arrêt, *Rec.* p. I-08423, §163, 175 et 176). Ces conclusions sont utilisées par les demandeurs dans la seconde affaire, pour appuyer leur thèse. La Cour de justice n'a malheureusement pas pu se prononcer sur ce point, car la nullité de la directive était déjà acquise pour défaut de compétence de la Communauté (arrêt, §96 à 105). Évoquant cette question et y apportant une réponse mitigée : B. DAILLE-DUCLOS, « La législation anti-tabac et le droit européen », *Contrats, conc., consom.* déc. 1997, chron., n° 9, spéc. 6.

¹⁵⁴ CJCE, 17 juin 1981, *Commission c/ Irlande*, 113/80, *Rec.* p. 1625 ; 22 oct. 1998, *Commission c/ France* [foie gras], C-184/96, *id.* p. I-6197).

commercialisation de produits qui ne la mettraient pas en péril¹⁵⁵. Ici, nécessité et proportionnalité se rejoignent, puisqu'il s'agira de s'assurer que l'interdiction de la vente de produits non tabacologiques issus de la diversification présente bien un lien avec l'impératif de protection de la santé publique. D'autre part, il convient de mettre en regard les inconvénients causés et les avantages générés par la réglementation pour s'assurer que les premiers ne sont pas supérieurs aux seconds¹⁵⁶. Il faut alors procéder à une analyse de l'économie du dispositif, dont personne ne soutiendra que le résultat est évident ou aisé à discerner, faute d'avoir une connaissance précise de l'impact économique lié à la diminution de l'activité « des entreprises impliquées dans la commercialisation des produits de diversification »¹⁵⁷ et de l'impact sur la santé publique de l'interdiction de la publicité pour des produits non tabacologiques.

La longueur du raisonnement nécessaire pour établir que la loi française n'était pas contraire au droit de l'Union, ainsi que le nombre important de règles mobilisées, n'a pas empêché la Cour de cassation de refuser le renvoi à la Cour de justice.

60. La question de la compatibilité de l'interdiction imposée aux mutuelles de moduler leurs prestations avec le droit européen ne soulève pas de difficulté sérieuse. Si la pratique de la chambre criminelle en matière de renvoi préjudiciel à la Cour de justice a pu être considérée comme trop restrictive¹⁵⁸, elle n'apparaît pourtant pas isolée : il arrive aussi aux autres chambres de la Cour de cassation de refuser le renvoi dans des situations où l'application des règles de droit de l'Union est loin d'être aisée.

Ainsi, dans un arrêt du 14 mars 2013¹⁵⁹, la deuxième chambre civile a approuvé une cour d'appel ayant jugé que l'article L112-1 du code de la mutualité, faisant interdiction aux mutuelles de moduler leurs prestations pour des raisons autres que la situation familiale de l'adhérent ou le montant de sa cotisation, n'est pas contraire aux articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui interdisent aux États de « prendre ou maintenir en vigueur des mesures, même de nature législative ou réglementaire, susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises »¹⁶⁰. En effet, cette disposition ne génère pas de distorsion de concurrence dès lors que la restriction est contrebalancée par des avantages attachés à l'appellation de mutuelle.

Si la solution ne nous paraît pas critiquable, elle ne peut s'imposer qu'après avoir mis en regard les avantages dont jouissent les mutuelles avec les contraintes qu'elles supportent, ce qui constitue un calcul relativement complexe.

¹⁵⁵ CJCE, 12 juill. 1979, *Commission c/ RFA*, précité ; 15 juill. 1982, *Commission c/ Royaume-Uni* [Dindes de Noël], 40/82, *Rec.* p. 2793.

¹⁵⁶ CJCE, 13 nov. 1990, *Fedesa*, C-331/88, *Rec.* p. I-4023, §13 ; 5 mai 1998, *Royaume-Uni c/ Commission*, C-180/96, *id.* p. I-2265, §96 ; 12 juin 2003, *Schmidberger*, C-111/00, *id.* p. I-5659, §81.

¹⁵⁷ Conclusions de l'avocat général près la Cour de justice pour l'arrêt du 5 mars 2000, citées à la note 151, §52.

¹⁵⁸ « Quant à la chambre criminelle de la Cour de cassation, elle considère assez volontiers que les règles pénales françaises sont justifiées par le droit communautaire... » (A. HUET, « Droit pénal », *Répertoire de droit communautaire*, n° 106).

¹⁵⁹ Cass., civ. 2^e, 14 mars 2013, n° 12-14.730.

¹⁶⁰ CJCE, 19 févr. 2002, *Arduino*, C-35/99, *Rec.* p. I-01529 ; 5 déc. 2006, *Cipolla*, C-94/04 et C-202/04, *id.* p. I-11421.

61. Ces trois arrêts doivent être rapprochés des nombreuses décisions où la Cour de cassation juge infondé le moyen qui reproche à la décision attaquée une violation du droit de l'Union sans se prononcer sur la nécessité de procéder au renvoi de la question correspondante à la Cour de justice. En effet, si ce contrôle soulève une difficulté sérieuse quant au sens et à la portée du droit de l'Union, la Cour a l'obligation de saisir la Cour de justice d'une question sur ce point, qu'elle ait été saisie d'une demande à cette fin ou non¹⁶¹. De sorte que, lorsqu'elle rejette le pourvoi au motif que la décision n'encourt pas le grief allégué, elle estime implicitement mais nécessairement que la réponse à la question relative au sens de la disposition européenne prétendument méconnue, ou à sa compatibilité avec le droit français, ne soulève aucune difficulté sérieuse. De telles décisions nous en apprennent donc autant sur le mécanisme institué par l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne que celles où le refus de renvoyer en raison de l'absence de difficulté sérieuse est exprès.

À cet égard, la première chambre a jugé, le 12 juillet 2012¹⁶², que le fait d'imposer à l'exploitant d'un site internet la publication sur ce site du jugement le condamnant en raison d'une violation des droits d'auteur ne constitue pas une sanction disproportionnée et susceptible d'entraver le commerce légitime au sens de l'article 3 de la directive n° 2004/48 de l'Union. Ce, quand bien même cette mesure imposerait à l'exploitant de modifier de façon importante la configuration et la présentation du site et, donc, restreindrait sa liberté d'expression et entraverait pour partie son activité commerciale légitime.

62. D'autres exemples démontrant l'inadéquation du critère de facilité pourront être trouvés dans le titre suivant, où il sera démontré que la Cour de cassation procède parfois à une interprétation préalable de textes obscurs au regard de leur finalité ou d'instruments non obligatoires pour conclure à l'absence de difficulté sérieuse¹⁶³. Or, l'absence de toute disposition claire et précise exclut que la réponse à la question puisse être facilement trouvée par le juge.

II/ La question prioritaire de constitutionnalité

63. En matière de question prioritaire de constitutionnalité, la complexité du contrôle n'implique pas non plus que la question soit sérieuse.

64. **Le grief de violation du droit de propriété par les dispositions législatives instituant la prescription acquisitive ne présente pas de caractère sérieux.** Dans deux arrêts rendus le 17 juin et le 12 octobre 2011¹⁶⁴, la troisième chambre civile a refusé de transmettre la question que lui soumettent le tribunal de grande instance de Rodez et la cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion, portant sur les articles 2258 à 2275 du Code civil. Parce qu'ils instaurent une prescription acquisitive en matière immobilière, ces textes constitueraient une atteinte au droit de propriété, garanti par les articles 2 et 17 de la

¹⁶¹ CJCE, 6 oct. 1982, *CILFIT*, n° 283/81, *Rec.* p. 3415, §9, précité ; 14 déc. 2000, *Fazenda Pública*, C-446/98, *id.* p. I-11435, §48.

¹⁶² Cass., civ. 1^{ère}, 12 juill. 2012, n° 11-13.669, *Bull. civ.*, I, n° 167.

¹⁶³ Cf. n°s 183, 186 et 187.

¹⁶⁴ Cass., civ. 3^e, 17 juin 2011, n° 11-40.014, *Bull. civ.*, III, n° 106 ; 12 oct. 2011, n° 11-40.055, *id.* n° 170.

Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. La Cour juge que « la question posée ne présente pas un caractère sérieux dès lors que la prescription acquisitive n'a ni pour objet ni pour effet de priver une personne de son droit de propriété mais de conférer au possesseur, sous certaines conditions, et par l'écoulement du temps, un titre de propriété correspondant à la situation de fait qui n'a pas été contestée dans un certain délai; que cette institution répond à un motif d'intérêt général de sécurité juridique en faisant correspondre le droit de propriété à une situation de fait durable, caractérisée par une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque et à titre de propriétaire ». Cette réponse révèle la complexité de l'analyse qui permet à la Cour de juger la question non sérieuse.

En premier lieu, il convient de déterminer si l'usucapion entraîne une privation de propriété pour le propriétaire initial, ou si elle doit s'analyser en une simple restriction à l'exercice de son droit. En effet, ces deux formes d'atteinte ne suivent pas le même régime. La première doit répondre à une « nécessité publique, légalement constatée » et s'accompagner du versement d'une « juste et préalable indemnité »¹⁶⁵. La seconde doit uniquement être justifiée par un objectif d'intérêt général et être proportionnée à cet objectif¹⁶⁶.

La question de savoir si la prescription acquisitive a un effet extinctif a été très discutée par les civilistes¹⁶⁷. Cependant, ces débats ne sont d'aucun secours ici car « le Conseil [est] enclin à assimiler à des privations de propriété des restrictions qui “par leur gravité [...] dénaturent le sens et la portée du droit de propriété”, ou “vident de son contenu le droit de propriété”, ou enfin “remettent en cause son existence” »¹⁶⁸ ; « il peut

¹⁶⁵ Certains auteurs ont pu affirmer que la jurisprudence du Conseil constitutionnel avait récemment évolué et que les privations de propriété sans indemnité n'étaient pas nécessairement contraires à la Constitution. Pourtant, ces affirmations nous paraissent infondées et reposer sur une lecture erronée des décisions retenues. Nadège Reboul-Maupin s'appuie ainsi sur les décisions 2010-33 QPC et 2011-176 QPC, dans lesquelles le Conseil aurait implicitement admis la cession gratuite forcée (N. REBOUL-MAUPIN, « Droit des biens », *D.* 2012. 2128). En effet, il censure l'article L332-6-1 du code de l'urbanisme, qui permet aux Communes de décider de telles cessions, au motif que le législateur a méconnu sa compétence en n'instituant pas « les garanties permettant qu'il ne soit pas porté atteinte à l'article 17 » ; cela laisserait donc entendre que la cession forcée gratuite serait acceptable, pour peu qu'elle soit suffisamment encadrée. Nous ne pouvons admettre une telle lecture, qui va à l'encontre de la jurisprudence constante du Conseil et des termes de l'article 17. D'autant que rien n'impose une telle conclusion dès lors que les garanties en question, que le Conseil n'expose pas, pourraient très bien recouvrir le paiement obligatoire d'une indemnité préalable et équitable à la cession forcée. Frédéric Rolin critique d'ailleurs ce silence du Conseil « qui interdit aussi bien de comprendre les fondements de la solution rendue que d'en mesurer la portée » quant à la protection du droit de propriété (F. ROLIN, « Pour un « discours sur la méthode » du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception », *AJDA* 2010. 2384). Elise Carpentier s'appuie sur la décision n° 2010-43 QPC, laquelle a validé l'article L318-3 du code de l'urbanisme, alors qu'il institue une expropriation qui n'est qu'exceptionnellement accompagnée d'une indemnisation (E. CARPENTIER, « La QPC sur la cession gratuite de terrain ou la suite du dialogue de sourds entre les hautes juridictions françaises », *D.* 2011. 136). Cependant, nous essaierons de démontrer que l'expropriation en cause n'est pas une privation de propriété et qu'il n'y a dès lors pas lieu lire cette décision comme autorisant les privations non indemnisées.

¹⁶⁶ Notamment : C. const., 12 nov. 2010, n° 2010-60 QPC, §3 ; 16 janv. 1982, n° 81-132 DC, §44 s.

¹⁶⁷ Pour une synthèse de ces débats : L. ANDREU, « L'usucapion constitutionnelle : l'apport de la question prioritaire de constitutionnalité à l'analyse de la prescription acquisitive », *Revue Lamy droit civil* n° 93 (mai 2012), p. 73.

¹⁶⁸ A.-F. ZATTARA, *La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété*, LGDJ, 2001, p. 400.

ainsi y avoir, en quelque sorte, privation de propriété sans perte de son droit par le propriétaire »¹⁶⁹. Corrélativement, toute perte d'un droit réel ne constitue pas nécessairement une privation de propriété au sens constitutionnel¹⁷⁰. La privation de propriété prévue à l'article 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen est donc une notion autonome¹⁷¹ et le fait que le propriétaire initial conserve son droit malgré la prescription acquisitive, et puisse donc encore le faire valoir dans des hypothèses très limitées¹⁷², n'exclut pas que ce mécanisme constitue une privation au sens constitutionnel, dès lors qu'il entraîne la perte de l'essentiel des prérogatives attachées à la propriété. C'est la conclusion à laquelle de nombreux auteurs arrivent, et qui fonde les critiques à l'encontre du refus de transmission opposé par la Cour de cassation¹⁷³.

Mais, dans sa décision n° 2010-43 QPC, du 6 octobre 2010, le Conseil constitutionnel a jugé que l'expropriation de voies privées ouvertes à la circulation publique, prévue par l'article L318-3 du code de l'urbanisme, ne méconnaît pas l'article 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. Cette décision mérite d'être étudiée de près pour en saisir toute la portée. Le Conseil y valide une expropriation pour laquelle n'est prévu le versement d'aucune indemnité, après avoir pourtant rappelé les termes de l'article 17, qui portent l'exigence d'une « juste et préalable indemnité » en matière de privation de propriété. Certes, le Conseil relève après « qu'au demeurant, le législateur n'a pas exclu toute indemnisation dans le cas exceptionnel où le transfert de propriété entraînerait pour le propriétaire une charge spéciale et exorbitante ». Mais l'utilisation de la formule « au demeurant » témoigne de ce que ce motif n'est pas déterminant¹⁷⁴. De plus, il y est précisé que l'indemnité dont il est question a un caractère exceptionnel. Bien qu'il ne l'affirme pas expressément, il faut considérer que le Conseil constitutionnel refuse de qualifier l'expropriation en cause de privation de propriété¹⁷⁵. S'il admettait cette

¹⁶⁹ L. ANDREU, « L'usucapion constitutionnelle : l'apport de la question prioritaire de constitutionnalité à l'analyse de la prescription acquisitive », *Revue Lamy droit civil* n° 93 (mai 2012), p. 73, précité.

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ Commentaire de la décision n° 2010-60 QPC : *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, Cahier n° 30 ; L. ANDREU, « L'usucapion constitutionnelle : l'apport de la question prioritaire de constitutionnalité à l'analyse de la prescription acquisitive », *Revue Lamy droit civil* n° 93 (mai 2012), p. 73, précité. Cette analyse est confirmée par la décision n° 2011-208 QPC, du 13 janvier 2012, dans laquelle le Conseil énonce « qu'en l'absence de privation du droit de propriété *au sens de cet article*, il résulte néanmoins de l'article 2 [...] ».

¹⁷² Dans le cas où le bénéficiaire de l'usucapion renoncerait à son titre, le propriétaire initial retrouve ainsi de plein droit ses prérogatives sur le bien, sans que cela ne s'analyse comme un transfert de propriété (L. ANDREU, « L'usucapion constitutionnelle : l'apport de la question prioritaire de constitutionnalité à l'analyse de la prescription acquisitive », *Revue Lamy droit civil* n° 93 (mai 2012), p. 73, précité).

¹⁷³ Dans ce sens : J.-B. SEUBE, « Novembre 2011 - mars 2012 : Sous l'emprise de la Constitution et de la Convention européenne... » *Droit et patrimoine* 2012. 215 ; T. REVET : « N'est ni nouvelle ni sérieuse la question de savoir si la prescription acquisitive porte atteinte aux droits et libertés garantis par les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (non renvoi au Conseil constitutionnel) », *RTD civ.* 2011. 562 ; G. FOREST, « Prescription acquisitive : non-renvoi de la QPC », *D.* 2011. 2598 ; J.-L. BERGEL, « La prescription acquisitive n'a ni pour objet ni pour effet de priver une personne de son droit de propriété », *RDI* 2011. 500.

¹⁷⁴ Commentaire de la décision : *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, Cahier n° 30.

¹⁷⁵ Allant dans ce sens : L. ANDREU, « L'usucapion constitutionnelle : l'apport de la question prioritaire de constitutionnalité à l'analyse de la prescription acquisitive », *Revue Lamy droit civil* n° 93 (mai 2012), p. 73, précité. C'est précisément pour cette raison que nous rejetons la lecture faite par : E. CARPENTIER, « La QPC sur la cession gratuite de terrain ou la suite du dialogue de sourds entre les hautes juridictions françaises », *D.* 2011. 136, précité.

qualification, il ne pourrait que censurer la loi dès lors qu'elle n'intègre aucun mécanisme de compensation. En outre, les termes utilisés pour justifier l'expropriation sont ceux généralement employés pour justifier une restriction au droit de propriété, puisque le Conseil procède à une véritable analyse de légitimité et de proportionnalité, auquel il rattache le mécanisme indemnitaire exceptionnel : « le législateur n'a pas exclu toute indemnisation dans le cas exceptionnel où le transfert de propriété entraînerait pour le propriétaire une charge spéciale et exorbitante, *bors de proportion avec l'objectif d'intérêt général poursuivi* »¹⁷⁶. La restriction est ainsi justifiée par le fait qu'elle vise à conférer aux voies de circulation un « statut juridique conforme à leur usage ». Elle n'est pas disproportionnée puisqu'il est possible d'obtenir une indemnisation en cas de charges spéciales et exorbitantes, que le propriétaire cesse de supporter les coûts afférant à l'entretien, à la conservation et à l'aménagement du bien et que la cession procède de sa volonté, lui qui a accepté « l'usage public de son bien et [renoncé] par là à son usage purement privé ».

C'est ce dernier élément qui singularise particulièrement la procédure instituée à l'article L318-3 : c'est la volonté du propriétaire de laisser la collectivité user librement de son bien qui permet l'expropriation ; non pas qu'il consente à l'expropriation elle-même, mais il consent nécessairement à l'ouverture de la voie privée à la circulation publique et laisse librement aux tiers un pouvoir d'usage. Il faut donc considérer que lorsque la perte du droit de propriété résulte d'une forme d'abandon de son bien par le propriétaire, il ne s'agit pas d'une privation de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. Un tel dispositif n'a effectivement pas pour objet de priver le propriétaire de son droit, dès lors qu'il vise à consolider une situation de fait bénéficiant aux tiers et à permettre au détenteur de l'autorité publique d'exercer efficacement ses prérogatives sur un bien utilisé collectivement. De même, il n'a pas pour effet de priver le propriétaire de son droit, dès lors qu'il s'en est volontairement et librement départi. Par analogie et par définition, l'usucapion ne saurait alors être considérée comme une telle privation : il y a bien abandon volontaire de son bien au profit, non pas de la collectivité, mais d'un tiers identifiable et il est parfaitement exact d'affirmer que les articles 2258 à 2275 du Code civil n'ont « ni pour objet ni pour effet de priver une personne de son droit de propriété »¹⁷⁷.

Une fois la qualification de l'atteinte établie, il restait encore à la troisième chambre civile à déterminer si elle est justifiée par un objectif d'intérêt général et proportionnée.

Ces justifications sont connues. Avant tout, l'usucapion assure la sécurité juridique du possesseur de bonne foi et des tiers qui contracteraient avec lui¹⁷⁸. Ensuite, elle favorise la valorisation des biens et donc le développement économique et social, en préférant « une exploitation réelle et prolongée à l'indifférence et à l'inertie stérile »¹⁷⁹. Elle est enfin un élément essentiel à la pratique notariale, puisqu'elle évite aux notaires de devoir

¹⁷⁶ À l'inverse, lorsqu'il se prononce sur la validité d'une privation de propriété, le Conseil recherche si elle procède d'une nécessité publique (C. const., 16 janv. 1982, n° 81-132 DC, §19 ; 2 déc. 2011, n° 2011-203 QPC, §5).

¹⁷⁷ Formule consacrée par : C. const., 17 juill. 1985, n° 85-189 DC, §13.

¹⁷⁸ J.-L. BERGEL, « La prescription acquisitive n'a ni pour objet ni pour effet de priver une personne de son droit de propriété », *RDI* 2011. 500, précité ; N. LE RUDULIER, « Prescription acquisitive et QPC », *AJDI* 2011. 813 ; G. FOREST, « Prescription acquisitive : non-renvoi de la QPC », *D.* 2011. 2598, précité.

¹⁷⁹ *Ibid.*

examiner des siècles d'archives et retracer l'histoire intégrale de la propriété du bien¹⁸⁰. Elle limite ainsi le coût des actes et permet une relative célérité dans leur conclusion.

Quant à la proportionnalité, elle est acquise dès lors que c'est bien l'inertie du propriétaire qui est à l'origine de la perte de ses droits¹⁸¹.

65. Le grief tiré de la violation du principe d'égalité par la loi relative aux accidents de la circulation n'est pas sérieux. Un autre arrêt rendu le 9 septembre 2010 par la deuxième chambre civile peut être utilisé pour montrer la précision et la minutie de l'analyse qui conduit la Cour à juger qu'une question n'a pas de caractère sérieux¹⁸². Était en cause la compatibilité de l'article 4 de la loi n° 85-677, relative à l'indemnisation des victimes d'accidents de la route, avec le principe d'égalité, garanti par l'article 1 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. L'article 4 précité instaure en effet un traitement différent entre les victimes fautives d'accident de la circulation, selon qu'elles étaient conductrices ou non lors de l'accident : la faute simple de la victime conductrice autorise le juge à limiter son indemnisation, voire à l'exclure, alors que seule la faute inexcusable de la victime non conductrice est susceptible d'avoir de tels effets.

La jurisprudence constante du Conseil constitutionnel admet que le législateur puisse régler différemment le sort de personnes qui se trouvent dans des situations différentes à la condition que la distinction ainsi opérée soit justifiée par l'objet de la loi¹⁸³. La question se pose donc de savoir si la différence de situation entre victimes conductrices et non conductrices justifie de leur réserver un traitement différent.

À cet égard, les travaux préparatoires insistent sur le fait que les victimes non conductrices « subissent le plus durement le risque de circulation, les effets de l'énergie cinétique »¹⁸⁴. En effet, « l'automobiliste est protégé par une enveloppe d'acier et le plus souvent, fort heureusement, ses erreurs n'entraînent pour lui que des dommages minimes » mais « rien de tel pour le piéton ou le cycliste »¹⁸⁵. Autre motif, le piéton comme le cycliste « ne constituent pratiquement aucun danger pour les autres usagers de la route »¹⁸⁶, car ils « ne déploient qu'une très faible énergie cinétique »¹⁸⁷.

Les critiques à l'encontre de la discrimination opérée par la loi sont nombreuses et anciennes. Elles ont pu être regardées comme caractérisant le sérieux de la question soumise à la deuxième chambre civile et comme imposant sa transmission¹⁸⁸. Pourtant, si l'on s'intéresse de près aux différents arguments avancés au soutien de l'inconstitutionnalité, l'on s'aperçoit finalement qu'ils ne résistent pas à l'examen.

¹⁸⁰ B. PARANCE, « Refus du renvoi du mécanisme de la prescription acquisitive devant le Conseil constitutionnel », *Revue Lamy droit civil* oct. 2011 (n° 86).

¹⁸¹ N. LE RUDULIER, « Prescription acquisitive et QPC », *AJDI* 2011. 813, précité.

¹⁸² Cass., civ. 2^e, 9 sept. 2010, n° 10-12732.

¹⁸³ Notamment : C. const., 16 janv. 1982, n° 81-132 DC, §30 ; 3 juill. 1986, n° 86-209 DC, §25 ; 23 juill. 1996, n° 96-380 DC, §9.

¹⁸⁴ R. BADINTER, Garde des Sceaux, intervention à l'Assemblée nationale, 17 déc. 1984, *JO AN* p. 7025. Aussi : p. 7036.

¹⁸⁵ *Id.* p. 7024.

¹⁸⁶ J.-P. FUCHS, député, intervention à l'Assemblée nationale, 17 déc. 1984, *JO AN* p. 7027.

¹⁸⁷ Motifs du projet de loi : cités par H. GROUDEL, « Le conducteur victime et la Constitution », *Resp. civ. et assur.* 2010, repère 9.

¹⁸⁸ J. LANDEL, note sous arrêt commenté, *RGDA* janv. 2011, p. 95 ; P. BRUN, « Responsabilité civile », *D.* 2011. 35 ; C. BLOCH, « Responsabilité civile », *JCP G* 2011, doctr. 435, n° 7.

D'abord, il a été soutenu que la loi retient un régime différent pour les conducteurs de deux-roues et piétons, alors même qu'aucun n'est protégé par une enveloppe d'acier ; le risque de dommage pesant sur eux en raison d'un accident est donc identique et il n'y a pas lieu de les distinguer¹⁸⁹. C'est pourtant oublier que le port du casque est obligatoire pour les premiers.

Ensuite, il a été relevé que l'idée selon laquelle le non conducteur ne constitue pas un danger pour les autres utilisateurs de la route est fautive : leur faute peut parfaitement causer un accident et être lourde de conséquences sur un automobiliste¹⁹⁰. Cet argument est irréfutable, mais il se focalise sur un passage relativement anecdotique des débats parlementaires et occulte le fait que ce qui fonde la distinction entre victimes conductrices et non conductrices, c'est l'existence du risque inhérent à la conduite¹⁹¹. Si l'inertie du véhicule est susceptible de jouer contre le conducteur, il n'en demeure pas moins que c'est lui-même qui crée le risque d'accident et de blessures graves. Il a choisi de courir ce risque, alors que la victime non conductrice se le voit imposer. Il paraît donc normal qu'il en supporte la réalisation lorsqu'il a commis une faute, et que la victime non conductrice en soit généralement exonérée. C'est en vain que l'on objectera que « la société française est parvenue à un stade de développement où il n'est plus possible de se passer de l'automobile », que l'on voudrait avec cette loi faire supporter individuellement par chaque conducteur victime les conséquences d'un phénomène social sur lequel il n'a pas de prise¹⁹² et qu'il est alors inéquitable de priver le conducteur de l'indemnisation d'un dommage que la faute d'un tiers, même inexcusable, lui a fait subir¹⁹³. En effet, le Conseil constitutionnel n'effectue pas un contrôle de l'opportunité des lois, mais se contente de s'assurer qu'elles ne méconnaissent pas la Constitution¹⁹⁴. De même pour la critique qui consiste à soutenir qu'« il est usuel pour tout un chacun de passer, plusieurs fois par jour, du statut de piéton ou passager à celui de conducteur »¹⁹⁵. En outre, compte tenu de l'inertie du véhicule, les fautes de la part du conducteur sont *toujours* susceptibles de causer

¹⁸⁹ F. LEDUC, « La sanction de la faute du conducteur victime en question », *Resp. civ. et assur.* 2011, étude 12, n° 18 ; J. LANDEL, note sous arrêt commenté, *RGDA* janv. 2011, p. 95, précité.

¹⁹⁰ « Ce que l'exposé des motifs appelle le « danger de circulation » n'est pas lié au seul déploiement de l'énergie cinétique. Par exemple, si un automobiliste se jette contre un mur pour éviter un cycliste qui a brûlé un feu rouge, l'énergie cinétique y est certes pour quelque chose, mais son rôle est indirect. Dans le processus même de l'accident, il existe, chez les divers acteurs, des décisions qui influent plus directement que l'énergie cinétique, laquelle n'intervient alors qu'au niveau des conséquences. » (H. GROUDEL, « Le conducteur victime et la Constitution », *Resp. civ. et assur.* 2010, repère 9, précité). Dans le même sens : F. LEDUC, cité note précédente ; J. LANDEL, cité note précédente ; J. MAZARS, « Le conducteur victime », *Resp. civ. et assur.* 2012, dossier 17, n° 40.

¹⁹¹ « Désormais, avec ce texte, la circulation automobile pourra être tenue pour ce qu'elle est : un phénomène de société créant potentiellement un danger que le conducteur du véhicule doit assumer » (A. BONNET, député, intervention à l'Assemblée nationale, 17 déc. 1984, *JO AN* p. 7030). « On ne peut mettre sur le même plan un piéton, démuné par définition de toute protection, et l'automobiliste qui, qu'on le veuille ou non, est à l'origine d'une activité socialement dangereuse, aussi bon conducteur soit-il. » (R. ROUQUETTE, député, intervention à l'Assemblée nationale, 17 déc. 1984, *id.* p. 7031). « Notre société n'a pas atteint l'âge adulte de l'automobile et celle-ci reste un instrument dangereux insuffisamment maîtrisé » (Manuel ESCUTIA, député, intervention à l'Assemblée nationale, 17 déc. 1984, *id.* p. 7028).

¹⁹² H. GROUDEL, « Le conducteur victime et la Constitution », *Resp. civ. et assur.* 2010, repère 9, précité.

¹⁹³ J. LANDEL, note sous arrêt commenté, *RGDA* janv. 2011, p. 95, précité.

¹⁹⁴ C. const., 12 sept. 1984, n° 84-179 DC, §14.

¹⁹⁵ P. BRUN, « Responsabilité civile », *D.* 2011. 35, précité ; H. GROUDEL, « Le conducteur victime et la Constitution », *Resp. civ. et assur.* 2010, repère 9, précité.

des dommages importants, à son égard ou à l'égard des tiers. L'automobiliste doit donc faire preuve d'une attention et d'une vigilance constantes. À l'inverse, les conséquences de la faute du piéton ou du cycliste seront généralement moins graves : elles ne sont susceptibles de causer un dommage identique à celle du conducteur que dans la mesure où elles entrent en interaction avec un véhicule motorisé en mouvement. À gravité égale, les deux fautes ne sont donc pas interchangeables et le coût social de la faute de l'automobiliste est bien plus élevé. La loi entend donc responsabiliser les automobilistes et la réduction de leur indemnisation en cas de faute simple devient un instrument de la politique de sécurité routière¹⁹⁶.

La réduction de l'indemnisation à l'encontre du seul conducteur se justifie d'ailleurs pleinement dès lors que le piéton ou le cycliste sont victimes d'« une sorte d'injustice économique et sociale, dont nous n'avons peut-être pas suffisamment pris conscience. L'automobiliste qui commet une faute grave n'en subit pas ou guère les effets sur son patrimoine : l'assurance paiera pour lui ; tout au plus verra-t-il sa prime augmenter d'un malus. En revanche, la moindre erreur du piéton est entièrement à sa charge et peut entraîner la réduction, voire la suppression de son indemnisation »¹⁹⁷. De par le jeu de l'assurance obligatoire et l'exclusion générale des actions récursoires de l'assureur du véhicule contre le conducteur¹⁹⁸, la faute simple de ce dernier pourra souvent n'entraîner pour lui aucune conséquence négative. À l'inverse, les piétons et cyclistes, pour lesquels la souscription d'une assurance responsabilité civile n'est pas obligatoire, devront répondre des conséquences de leurs fautes sur leurs deniers, dans le cas où leur responsabilité serait recherchée par une victime de l'accident elle-même, ou un coauteur condamné à l'indemniser¹⁹⁹.

Si l'absence de tout effet dissuasif a pu être relevée²⁰⁰ et s'il a pu être souligné que cet objectif était déjà assumé par le droit pénal de la circulation routière²⁰¹, ces critiques n'appuient en rien le grief d'inconstitutionnalité soumis à la Cour de cassation, mais conduisent simplement à espérer une réforme prochaine du dispositif litigieux.

La distinction entre les victimes conductrices et passagères, quant à elle, semble se fonder sur la maîtrise du véhicule²⁰². Bien que les passagers aient aussi choisi de subir le risque de circulation, qu'ils soient couverts par l'assurance obligatoire²⁰³ et qu'ils soient

¹⁹⁶ F. LEDUC, « La sanction de la faute du conducteur victime en question », *Resp. civ. et assur.* 2011, étude 12, n° 18, précité ; J.-Ph. B., « Le sort du conducteur victime définitivement scellé ? », *Revue Lamy droit civil* mars 2011 (n° 80).

¹⁹⁷ R. BADINTER, Garde des Sceaux, intervention à l'Assemblée nationale, 17 déc. 1984, *JO AN* p. 7024.

¹⁹⁸ Un tel recours n'est possible que dans les situations prévues par les articles L211-1 et R211-10 du code des assurances.

¹⁹⁹ Cass., civ. 2^e, 27 févr. 1991, n° 89-17.368, *Bull. civ.*, II, n° 62 ; 2 avr. 1997, n° 95-19.986, *id.* n° 110 ; 10 mars 2004, n° 02-13.518, *id.* n° 95 ; M.-C. LAMBERT-PIÉRI et P. OUDOT, « Responsabilité – Régime des accidents de la circulation », *Répertoire de droit civil*, n° 298.

²⁰⁰ F. LEDUC, « La sanction de la faute du conducteur victime en question », *Resp. civ. et assur.* 2011, étude 12, n° 18, précité ; Déjà en 2004 : P. JOURDAIN, « Faute de la victime conductrice : le retour à l'orthodoxie de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation », *JCP G* 2007, II, 10078.

²⁰¹ *Ibid.* ; J. MAZARS, « Le conducteur victime », *Resp. civ. et assur.* 2012, dossier 17, n° 40, précité ; A. G. « QPC : l'article 4 de la loi du 5 juillet 1985 est conforme à la Constitution », *Revue lamy droit civil* déc. 2010 (n° 77).

²⁰² R. BADINTER, Garde des Sceaux, intervention à l'Assemblée nationale, 17 déc. 1984, *JO AN*, p. 7025 ; M. ESCUTIA, député, intervention à l'Assemblée nationale, 17 déc. 1984, *id.* p. 7028.

²⁰³ Art. L211-1 c. ass.

protégés par l'habitacle ou un casque, ils subissent les décisions et actions du conducteur dont ils dépendent entièrement faute de pouvoir influencer directement sur la trajectoire et la vitesse du véhicule. Ils sont d'ailleurs souvent les plus gravement touchés parmi les occupants d'un véhicule accidenté. Leur intégrité, comme celle des tiers, dépend de l'attention constante du conducteur auquel ils ne peuvent se substituer, alors que l'inverse n'est qu'exceptionnellement vrai : l'inattention du conducteur ne saurait être palliée et compensée par l'attention appliquée du passager.

Il résulte de ces développements que la différence de traitement critiquée devant la Cour de cassation « répond à une situation objective particulière dans laquelle se trouvent toutes les victimes conductrices fautives d'accidents de la circulation, et ne permet, en rapport avec l'objet de la loi qui poursuit notamment un but d'intérêt général, de limiter ou d'exclure leur indemnisation que lorsque le juge constate l'existence d'une faute de leur part »²⁰⁴.

La méconnaissance du principe d'égalité ne nous paraît finalement caractérisée qu'à un seul égard : l'article 6 de la loi n° 85-677 applique aux victimes par ricochet les limitations de responsabilité opposables à la victime directe. Ainsi, la faute simple commise par le conducteur pourra être opposée à ses proches, alors que les proches de la victime non conductrice ne pourront se voir opposer que sa faute inexcusable. Rien ne semble justifier cette différence de traitement, dès lors que les victimes par ricochet n'ont ni engendré le risque de circulation, ni commis aucune faute²⁰⁵. Cependant, cette disposition n'était pas en cause ici puisque c'est de l'indemnisation d'un conducteur victime dont il était question ; une question portant sur l'article 6 aurait donc été irrecevable, comme portant sur une disposition inapplicable au litige²⁰⁶.

66. Le grief tiré de la violation du principe fondamental de prescription reconnu par les lois de la République n'est pas sérieux. Comme dernier exemple, nous souhaitons revenir sur trois arrêts d'Assemblée plénière en date du 20 mai 2011²⁰⁷. La Cour y était saisie de deux questions portant sur les articles 7 et 8 du code de procédure

²⁰⁴ Certains ont considéré que la Cour ne répondait pas véritablement à la question posée, mais se contenterait d'affirmer que les conducteurs fautifs sont placés dans une situation différente que les conducteurs non fautifs et qu'ainsi le législateur est fondé à les traiter différemment. Elle ne se prononcerait pas sur la discrimination entre conducteurs et non conducteurs (H. GROUDEL, « Le conducteur victime et la Constitution », *Resp. civ. et assur.* 2010, repère 9, précité ; S. ABRAVANEL-JOLLY, « La différence de traitement instaurée par la loi Badinter entre victimes conductrices et non conductrices est-elle discriminatoire ? », *Actuassurance*, nov.-déc. 2010 ; J. LANDEL, note sous arrêt commenté, *RGDA* janv. 2011, p. 95, précité ; A. G. « QPC : l'article 4 de la loi du 5 juillet 1985 est conforme à la Constitution », *Revue lamy droit civil* déc. 2010 (n° 77), précité). Pourtant, rien dans l'arrêt ne nous permet d'arriver à une telle conclusion : la Cour se contente d'affirmer que les victimes conductrices fautives sont dans une situation objective particulière. Rien n'indique qu'elle apprécie cette particularité à l'aune de la situation des victimes conductrices non fautives, mais non des victimes non conductrices fautives. Au contraire, l'absence de référence à l'une ou l'autre de ces catégories laisse penser que, pour la Cour, les victimes conductrices fautives constituent un ensemble spécifique, dans une situation tout à fait singulière.

²⁰⁵ G. VINEY, « Conclusions du colloque sur les accidents de la circulation », *Resp. civ. et assur.* 2012, dossier 29, n° 6 ; J. MAZARS, « Le conducteur victime », *Resp. civ. et assur.* 2012, dossier 17, n° 40, précité ; J. LANDEL, note sous arrêt commenté, *RGDA* janv. 2011, p. 95, précité.

²⁰⁶ Art. 23-2 al. 1 1° et 23-4 ord. n° 58-1067.

²⁰⁷ Cass., ass., 20 mai 2011, n°s 11-90.025, 11-90.032 et .033, *Bull. crim.*, A. P., n°s 6, 7 et 8.

pénale, tels qu'interprétés par une jurisprudence constante.

La première question²⁰⁸ portait sur le régime applicable aux infractions continues ou dissimulées, en vertu duquel le point de départ du délai de prescription est, pour les infractions continues, la cessation de la commission de l'infraction²⁰⁹ et, pour les infractions occultes, le jour où leur existence a pu être constatée par les personnes habilitées à enclencher les poursuites²¹⁰. L'application de cette règle serait contraire aux droits et libertés garantis par la Constitution, et notamment au principe fondamental reconnu par les lois de la République de la prescription de l'action publique. Pour cause, certaines infractions pourraient être poursuivies pendant un délai dont la longueur peut être extrêmement importante et n'est pas déterminée *a priori*.

La seconde question²¹¹ portait sur le régime applicable aux infractions connexes, en vertu duquel l'interruption du délai de prescription contre l'une de ces infractions a un effet interruptif à l'égard de toutes les autres infractions²¹² opposable à tous leurs auteurs et coauteurs, ainsi qu'à leurs complices²¹³. En conséquence, lorsque l'une des infractions en cause est une infraction continue ou successive, cela peut conduire à reporter le point de départ du délai de prescription à l'encontre des autres infractions à une date indéterminée sans limitation de temps. L'application de cette règle serait également contraire aux droits et libertés garantis par la Constitution, et notamment au principe fondamental reconnu par les lois de la République de la prescription de l'action publique : elle peut conduire à soumettre de simples délits au délai de prescription prévu pour les crimes et même à différer la prescription pendant une durée indéterminée.

D'autres griefs d'inconstitutionnalité avaient été soulevés, mais nous souhaitons nous attacher uniquement à ceux tirés de la violation d'un droit constitutionnel à la prescription, car ce sont eux qui ont suscité le plus de commentaires critiques à l'encontre de ces arrêts. À cet égard, si le refus de transmission nous semble tout à fait justifiée, il faut bien admettre qu'il est loin de s'imposer au premier regard ou à l'issue d'un examen rapide et superficiel.

L'Assemblée plénière devait d'abord déterminer si le droit à la prescription est un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Comme le souligne le conseiller-rapporteur, il faut d'abord constater que le Conseil constitutionnel n'a jamais tranché la question²¹⁴. S'il a déjà jugé « qu'aucune règle, ni aucun principe de valeur constitutionnelle, n'interdit l'imprescriptibilité des crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale »²¹⁵, il ne s'est pas prononcé sur l'existence d'un tel principe en ce qui concerne les autres crimes. Il n'est en outre pas possible de raisonner *a contrario* dès lors que la Haute autorité n'avait à connaître que d'un texte relatif

²⁰⁸ Soulevée dans l'arrêt rendu sur le pourvoi n° 11-90.033 et publié sous le numéro 6.

²⁰⁹ Cass., crim., 20 mai 1992, n° 90-87.350, *Bull. crim.* n° 202.

²¹⁰ Cass., crim., 10 août 1981, n° 80-93.092, *id.* n° 244 ; 7 mai 2002, n° 02-80.797, *id.* n° 108.

²¹¹ Soulevée dans les arrêts rendus sur les pourvois n° 11-90.025 et .032 et publiés aux numéros 7 et 8.

²¹² Notamment : Cass., crim., 15 janv. 1990, n° 86-96.469, *Bull. crim.* n° 22 ; 19 déc. 1995, n° 95-80.850, *id.* n° 390 ; 28 mai 2003, n° 02-85.185, *id.* n° 108 ; 1^{er} déc. 2004, n° 03-87.883, *id.* n° 304.

²¹³ Cass., crim., 1^{er} déc. 2004, cité note précédente.

²¹⁴ X. PRETOT, rapp. arrêt commenté, n° 1.2.2.2.

²¹⁵ C. const., 22 janv. 1999, n° 98-408 DC, §20.

aux crimes contre l'humanité²¹⁶.

Faute de décision résolvant directement la question, il faut donc interroger la jurisprudence constitutionnelle qui définit généralement les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Bien que très imparfaite, elle fournit néanmoins ici les lignes directrices nécessaires à la résolution du problème dont la Cour était saisie. Sans entrer dans les détails, il nous suffira de constater qu'il est nécessaire que ledit principe soit suffisamment important²¹⁷, suffisamment général et non contingent²¹⁸, qu'il ait été consacré par une disposition législative antérieure au 27 octobre 1946²¹⁹ et qu'il n'ait pas été remis en cause par une loi républicaine postérieure²²⁰.

Les conseillers étaient donc appelés à rechercher les dispositions législatives issues des régimes républicains antérieurs à la Quatrième République qui régissent la notion de prescription. Or, l'ampleur et la technicité d'une telle recherche est loin d'être négligeable, car s'ils peuvent être guidés par quelques contributions doctrinales²²¹ encore faut-il qu'ils en aient connaissance. De plus, cela ne saurait les dispenser de vérifier les informations qu'elles contiennent, notamment en se reportant aux sources officielles de la législation à laquelle il est fait référence. À cet égard, le développement de la numérisation des fonds documentaires de nombreuses bibliothèques et leur accessibilité *via* internet facilite grandement ces opérations. Cependant, cet outil demeure souvent imparfait.

Au moins quatre lois relatives à la prescription ont été adoptées sous la Troisième République. L'article 73 de la loi du 15 juillet 1889 sur le recrutement de l'armée dispose : « la prescription contre l'action publique résultant de l'insoumission ne commence à courir que du jour où l'insoumis a atteint l'âge de 50 ans »²²². Cette règle est reprise à l'article 98 de la loi du 31 mars 1928 relative au recrutement de l'armée²²³. Quant aux articles 202 des lois du 9 mars 1928, portant révision du code de justice militaire pour l'armée de terre²²⁴, et du 13 janvier 1938, portant révision du code de justice militaire pour l'armée de mer²²⁵, ils étendent cette règle à la désertion et rendent imprescriptible l'action publique contre la désertion à l'ennemi ou en présence de l'ennemi, ainsi que contre l'insoumission ou toute forme de désertion lorsque l'accusé s'est réfugié ou est resté à l'étranger en temps de guerre afin de se soustraire à ses obligations militaires.

Sur ce point, il a pu être soutenu que l'existence de lois de la République dérogeant

²¹⁶ Certains ont soutenu que la question était nouvelle et devait donc être transmise au Conseil (B. MATHIEU, « La prescription de l'action publique ne constitue pas un principe constitutionnel », *JCP G* 2011, p. 670). En effet, elle porte sur un principe qu'il n'a encore jamais eu l'occasion d'appliquer ; pour cause, il n'en a encore jamais constaté ou dénié l'existence. Nous tenterons de réfuter cette affirmation dans la seconde partie de ce travail.

²¹⁷ C. cons., 14 janv. 1999, n° 98-407 DC, §9.

²¹⁸ C. const., 20 juill. 1993, n° 93-321 DC, §7 ; 12 mai 2010, n° 2010-605 DC, §7.

²¹⁹ C. const., 20 juill. 1988, n° 88-244 DC, §12 ; 21 févr. 2008, n° 2008-563 DC, §3 ; 8 janv. 2009, n° 2008-573 DC, §17.

²²⁰ C. const. 20 juill. 1988, cité note précédente ; 4 juill. 1989, n° 89-254 DC, §13 ; 18 déc. 1997, n° 97-393 DC, §29 ; 21 févr. 2008, cité note précédente ; 12 mai 2010, n° 2010-605 DC, §7. Voir aussi l'analyse de la décision n° 86-213 DC : G. VEDEL, « La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte », *RFDA* 1990. 698, n° 11.

²²¹ Le conseiller-rapporteur, Xavier Pretot, s'est vraisemblablement inspiré de : B GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et le droit pénal international », *RFDA* 1999. 285.

²²² *JO* 17 juillet 1889, p. 3346.

²²³ *JO* 3 avr. 1928, p. 3824.

²²⁴ *JO* 15 mars 1928, p. 2848.

²²⁵ *JO* 21 janv. 1938, p. 963.

ponctuellement à un principe consacré par ailleurs n'excluait pas qu'il puisse être érigé au rang de principe fondamental reconnu par les lois de la République. En effet, « la plupart des principes, même ceux à valeur constitutionnelle, tels que les principes des droits de la défense ou de la liberté individuelle, comportent des limites et peuvent, dans certaines circonstances, justifier des exceptions ou dérogations »²²⁶. Cette affirmation va pourtant contre la jurisprudence du Conseil constitutionnel et procède d'une confusion entre la question portant sur l'existence d'un principe constitutionnel et celle tenant à la détermination de son régime et de son étendue. En effet, l'absence de loi de la République antérieure à la Constitution de 1946 y dérogeant est un critère qui intervient au niveau de l'identification du principe fondamental reconnu par les lois de la République, de sa consécration. Quant à savoir si telle loi *actuellement applicable* constitue une atteinte licite à ce principe, car légitime et proportionnée, il s'agit d'une analyse relevant de son application, qui n'intervient qu'une fois que son existence est établie.

De même, il pourrait être avancé que la désertion et l'insoumission sont des infractions particulières, qui mettent directement en péril la nation toute entière et dont la nature justifierait l'imprescriptibilité²²⁷, et qu'ainsi les textes qui s'y rapportent ne remettent pas en cause l'existence d'un principe fondamental de prescription limité aux infractions *ordinaires*. C'est pourtant ignorer le fait que, au regard des peines encourues, l'insoumission et certaines formes de désertion ne sont pas regardées comme comptant parmi les infractions les plus graves : outre qu'elles sont constitutives de délits, et non de crimes, les sanctions maximales applicables sont relativement faibles en comparaison avec d'autres délits plus ordinaires²²⁸. De plus, l'imprescriptibilité ou la suspension de la prescription ne sont pas prévues pour les autres crimes de lèse-patrie, ce qui montre bien que la législation républicaine ne rattache pas les dérogations au droit commun de la prescription à la nature des infractions.

Ce constat exclut à lui seul qu'il puisse exister un principe de prescription reconnu par les lois de la République²²⁹. Il permet de ne pas avoir à s'interroger sur le statut du code pénal des 25 septembre et 6 octobre 1791, du code des délits et des peines du 3 brumaire an IV et du code d'instruction criminelle du 17 novembre 1808, qui consacrent tous la prescription mais retiennent des points de départ différents. Alors que le dernier la fait courir à compter de la commission de l'infraction, les deux premiers la font courir à compter de la date où l'infraction s'est révélée. De nombreuses questions restent encore sans réponse en ce qui concerne la qualification de ces textes comme lois de la République et, donc, leur pertinence pour la découverte d'un principe constitutionnellement protégé : Pour ce qui concerne la qualification du premier code comme loi de la République, l'existence d'une assemblée législative élue suffit-elle ou le pouvoir exécutif doit-il aussi être exercé par un mandataire du Peuple ? Ce texte peut-il d'ailleurs être rattaché à la Monarchie constitutionnelle alors même qu'il a été adopté par l'Assemblée

²²⁶ H. MATSOPOULOU, « Question prioritaire de constitutionnalité et abus de biens sociaux », *Revue sociétés* 2011. 512, n° 22.

²²⁷ B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et le droit pénal international », *RFDA* 1999. 285, précité.

²²⁸ Ainsi, la peine en cas d'insoumission en temps de guerre va de deux à cinq ans de prison (art. 193 de la loi du 9 mars 1928). En cas de désertion simple à l'étranger en temps de guerre, elle est de deux à dix ans (art. 194). Ces deux délits sont pourtant imprescriptibles (art. 202 et 199).

²²⁹ B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et le droit pénal international », *RFDA* 1999. 285, précité ; X. PRETOT, rapp. arrêt commenté ; J.-H. ROBERT, « De la sagacité de la Cour de cassation dans l'usage de la QPC », *Droit pénal* 2011, comm. 95.

nationale constituante après l'adoption de la Constitution des 3 et 4 septembre 1791 ? Le caractère censitaire du suffrage s'oppose-t-il à la qualification des deux premiers codes comme loi de la République ? Si le code d'instruction criminelle n'est pas issu d'un régime républicain, son application continue au cours des périodes républicaines postérieures est-elle susceptible de le faire accéder au rang de loi de la République ? Si tel n'est pas le cas, doit-on considérer que le code des délits et des peines n'a jamais été abrogé par une loi républicaine et institue bien des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, ou doit-on lui refuser cette qualité dès lors qu'il n'a jamais été appliqué durant les périodes républicaines postérieures ? Et enfin, la continuité d'un principe s'apprécie-t-elle au regard de la période qui a suivi sa consécration ou au regard de l'ensemble des périodes républicaines antérieures à 1946 ?

Malgré l'importance de ces questions, la référence aux lois relatives au service militaire votées durant la Troisième République entre 1889 et 1934 suffit à justifier l'affirmation de la Cour selon laquelle « la prescription de l'action publique ne revêt pas le caractère d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République » et dispense de transmettre une question prioritaire.

À défaut de l'existence d'un tel principe, Dominique Rousseau soutient que le droit à la prescription pourrait se rattacher aux articles 8 et 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen.

En vertu du premier, « la Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires ». Or, l'on peut légitimement penser qu'« au-delà [...] d'un certain temps [...] la sanction perd sa signification »²³⁰. Pour répondre à une telle critique, il convient de rappeler les fonctions traditionnelles de la peine²³¹. Rétributive, elle tend d'abord à satisfaire le besoin de reconnaissance et de justice éprouvé par les victimes. Il faut alors bien admettre qu'une condamnation tardive ne remplit généralement pas cette fonction : les victimes ont « fait leur deuil » et leurs attentes diminuent avec le temps²³². Protectrice et curative, elle tend ensuite à tenir le coupable à l'écart de la société, pour qui il constitue un danger, ainsi qu'à favoriser sa réinsertion et diminuer ainsi sa dangerosité. Ici encore, une condamnation tardive pourrait être regardée comme dénuée d'intérêt : des faits anciens ne révèlent aucunement la dangerosité actuelle du coupable, qui s'est atténuée²³³. Cependant, la prescription joue à l'égard de tous, criminels d'un jour ou patentés, nonobstant la réitération postérieure d'actes délictueux. Une peine tardive pourrait donc tout à fait remplir une fonction curative et protectrice. Dissuasive, elle tend enfin à dissuader toute personne qui serait tentée de commettre une infraction de passer à l'acte. La prescription a, sur ce point, un effet négatif indéniable : laisser un crime impuni, c'est prendre le risque de laisser s'installer un sentiment d'impunité chez le coupable, comme chez les tiers. Une sanction tardive remplit donc toujours une fonction dissuasive importante²³⁴. Elle est donc bien toujours nécessaire et il incombe au seul législateur de

²³⁰ D. ROUSSEAU, « La Cour de cassation a ses raisons, la raison les siennes », *Gaz. Pal.* 31 mai 2011 (n° 151), p. 7.

²³¹ Pour un exposé de ces fonctions : J.-P. CÉRÉ, « Peine (Nature et prononcé) », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, nos 3 à 8.

²³² C. COURTIN, « prescription pénale », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, n° 3.

²³³ *Ibid.* ; J.-F. RENUCCI, « Infractions d'affaires et prescription de l'action publique », *D.* 1997. 23, n° 1.

²³⁴ *Id.* n° 2 ; B. CHALLE, « Action publique – prescription », *JurisClasseur procédure pénale*, fasc. 20, n° 2.

juger de son opportunité.

Quant à l'article 16 de la Déclaration des droits de 1789 auquel Dominique Rousseau fait référence, la jurisprudence constitutionnelle y rattache le droit au procès équitable²³⁵ et le principe du respect des droits de la défense²³⁶. Or, « au-delà [...] d'un certain temps, les preuves sont plus difficiles à réunir » pour l'accusé et des poursuites tardives pourraient heurter les droits de la défense qui lui sont reconnus²³⁷. Ces droits n'imposent cependant pas un droit à la prescription, qui porte sur le déclenchement des poursuites et se situe donc en amont des interrogations relatives au caractère équitable du procès. L'équité procédurale implique uniquement d'écarter toute condamnation lorsque des éléments de preuve auraient pu périr, non d'exclure toute poursuite en application d'un délai fixé de façon abstraite et *a priori*. Bien au contraire, comme le suggère le rapport, l'article 16 pourrait s'analyser comme s'opposant par principe à toute forme de prescription dès lors qu'elle constitue une restriction au droit des victimes au procès équitable²³⁸.

Au regard de la richesse, de la longueur et de la précision de l'analyse menée par le conseiller-rapporteur et l'avocat général²³⁹, et compte tenu du grand nombre de références citées par eux, il nous faut conclure avec Thierry Fossier, conseiller à la chambre criminelle, que lorsque la Cour de cassation « utilise la formule selon laquelle la QPC examinée n'est « pas à l'évidence sérieuse », [il] ne faut [...] pas lire cette formule comme une appréciation péjorative et à l'emporte-pièce, mais comme une référence aux mécanismes du référé, par exemple »²⁴⁰.

Quant aux critiques formulées contre cette décision, elles sont de deux sortes. Il a pu, d'une part, être reproché à la Cour de se prononcer sur l'existence d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République et d'usurper ainsi la fonction du Conseil constitutionnel²⁴¹. Nous verrons, dans la seconde partie de ce travail, que ces critiques négligent les pouvoirs que le législateur organique a confiés à la Cour dans le cadre de sa mission de filtre. Il a ensuite été reproché à la Cour de juger la question non sérieuse alors que le Conseil d'État avait déjà, dans un avis non contentieux, jugé en sens inverse et considéré que la prescription était bien protégée par un principe fondamental des lois de

²³⁵ Notamment : C. const., 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, §11.

²³⁶ *Ibid.* ; C. const., 30 mars 2006, n° 2006-535 DC, §41.

²³⁷ D. ROUSSEAU, « La Cour de cassation a ses raisons, la raison les siennes », *Gaz. Pal.* 31 mai 2011 (n° 151), p. 7, précité. Dans le même sens : J.-F. RENUCCI, « Infractions d'affaires et prescription de l'action publique », *D.* 1997, chron. p. 23, n° 1 ; B. CHALLE, « Action publique – prescription », *JurisClasseur procédure pénale*, fasc. 20, n° 2, précité. Voir aussi : C. COURTIN, « prescription pénale », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, n° 3, précité, qui souligne cependant que « les nouveaux moyens scientifiques de preuve [...] permettent de rendre justice de plus en plus tard ».

²³⁸ X. PRETOT, rapp. arrêt commenté, n° 1.4.2.

²³⁹ F. CORDIER, concl. arrêt commenté.

²⁴⁰ T. FOSSIER, « Comprendre les refus de transmission de QPC par la chambre criminelle de la Cour de cassation », *Constitutions* 2012, p. 94.

²⁴¹ H. MATSOPOULOU, « Question prioritaire de constitutionnalité et abus de biens sociaux », *Revue sociétés* 2011, 512, n° 23 ; « L'application de la constitution par le juge judiciaire... en droit pénal », in A. MARTINON et F. PETIT (dir.), *Le juge judiciaire et la Constitution*, Dalloz, 2012, pp. 92 – 94 ; J. GALLOIS, « Prescription de l'action publique : quand la Cour de cassation se prend pour le Conseil constitutionnel », *AJ Pénal* 2011, p. 516.

la République^{242 243}. Nous reviendrons sur ces critiques dans le chapitre suivant. À ce stade, nous nous contenterons de noter que l'existence d'une controverse doctrinale forte ou jurisprudentielle n'est pas un élément déterminant pour l'analyse du sérieux d'une question. Ce, alors même que cela impose à la Cour de cassation de prendre en compte chacun des arguments avancés au soutien du grief d'inconstitutionnalité et complexifie donc grandement son contrôle.

67. Au regard des décisions étudiées ci-dessus, il apparaît nettement que la Cour de cassation procède à un contrôle très poussé du sérieux des questions prioritaires de constitutionnalité qui lui sont soumises. La haute juridiction n'hésite pas à procéder à un contrôle de la justification et la proportionnalité d'éventuelles atteintes aux droits et libertés conférés par la Constitution²⁴⁴, en tenant compte d'éléments socioéconomiques et de la place de la loi dans l'ordonnement juridique²⁴⁵. En ce qui concerne les questions relatives au principe d'égalité, la Cour de cassation ne se contente pas de vérifier que la loi ne porte pas atteinte à ce principe ; en présence d'une atteinte caractérisée, elle s'assure encore que la différence de traitement résultant de l'application de la loi est justifiée au regard de l'objet du texte, que le texte participe d'une exigence d'intérêt général et que l'atteinte est proportionnée. Si ces conditions sont remplies, alors la question est jugée non sérieuse. De sorte que l'appréciation du caractère sérieux implique une recherche de la *ratio legis* ainsi qu'un « contrôle de la rationalité du choix opéré par le législateur » quant à la différence de traitement²⁴⁶.

Si cette pratique est à rebours de la définition du caractère sérieux à partir des

²⁴² CE, ass., 29 févr. 1996, avis n° 358.597, Y. GAUDEMET, B. STIRN, T. DEL FARRA et F. ROLIN (dir.), *Les grands avis du Conseil d'État*, Dalloz, 3^e éd., 2008, note C. SANTULLI.

²⁴³ « Cette discordance entre la Cour et le Conseil d'État sur la valeur juridique de la prescription de l'action publique fait donc de ce grief une question sérieuse qu'il revenait au Conseil constitutionnel de trancher » (D. ROUSSEAU, « La Cour de cassation a ses raisons, la raison les siennes », *Gaz. Pal.* 31 mai 2011, p. 7, précité). Dans le même sens : H. MATSOPOULOU, « L'application de la constitution par le juge judiciaire... en droit pénal », in A. MARTINON et F. PETIT (dir.), *Le juge judiciaire et la Constitution*, Dalloz, 2012, p. 92 à 94, précité ; B. DE LAMY, « La conception constitutionnelle de la légalité pénale et les aléas de la jurisprudence de la chambre criminelle », *RSC* 2012. 221 ; G. CASU, *op. cit.*, p. 359, note 132 ; M. FATIN-ROUGE STÉFANINI et L. GAY, « Filtrage des QPC et système de justice constitutionnelle », in *Long cours, Mélanges en l'honneur de Pierre Bon*, Dalloz, 2014, p. 195, spéc. p. 205.

²⁴⁴ Dans ce sens : M. FATIN-ROUGE STÉFANINI et L. GAY, cité note précédente, p. 200 et 201 ; M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, *op. cit.*, p. 35 et 36 ; B. MATHIEU et D. ROUSSEAU, *Les grandes décisions de la question prioritaire de constitutionnalité*, LGDJ, 2013, p. 163 à 166 ; D. ROUSSEAU et J. BONNET, *L'essentiel de la QPC*, Gualino, 2012, p. 68 et 69 ; P. BELLOIR, *La question prioritaire de constitutionnalité*, L'Harmattan, 2012, p. 64 à 66 ; B. MATHIEU, *Question prioritaire de constitutionnalité, la jurisprudence (mars 2010 – novembre 2012)*, LexisNexis, 2013, n^{os} 72 à 74, p. 60 à 65 ; M. DISANT, *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité*, Lamy, 2011, n^{os} 316 et 320 à 322, p. 230 et 242 à 243 ; E. JEULAND, *Droit processuel général*, 3^e éd., LGDJ, 2014, n° 371, p. 422 ; X. MAGNON et alii, *QPC, la question prioritaire de constitutionnalité : principes généraux, pratique et droit du contentieux*, LexisNexis, 2013, n° 306, p. 243 et 244

²⁴⁵ P. CHEVALIER, « La pratique du filtrage des QPC dans le domaine du droit des personnes, de la famille et de la nationalité », *Constitutions* 2012. 588, spéc. p. 597.

²⁴⁶ D. BAUGARD, « La QPC reprochant à l'article L. 1235-5 C. trav. de porter atteinte au principe d'égalité devant la loi ne présente pas un caractère sérieux », *Constitutions* 2015. 80. Voir aussi : P. FLORES, « La chambre sociale et la question prioritaire de constitutionnalité : de la distorsion entre l'image doctrinale et la réalité juridictionnelle », *Droit social* 2014. 308 ; P. FLORES et M. VIALETES, « Droit du travail et QPC : nouvelles sources, nouvelles ruptures », *Droit social* 2015. 486.

concepts d'évidence ou de facilité²⁴⁷, elle n'est toutefois pas isolée. Il a ainsi pu être observé que la plupart des décisions des juridictions judiciaires du fond relatives à la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité mettent en lumière « un contrôle approfondi dans lequel le juge constate que la disposition contestée est objectivement de nature à porter atteinte à un droit ou une liberté garantis par la Constitution, mais évalue également si cette atteinte semble proportionnée ou justifiée par un motif d'intérêt général suffisant, pour décider ou non du renvoi »²⁴⁸. De même, Vincent Lamanda, Premier Président de la Cour de cassation, a pu expliquer que « les juridictions de l'ordre judiciaire ne sont pas les seules à procéder à un contrôle approfondi du caractère sérieux de la question. Comme le soulignent les professeurs Mathieu et Rousseau, le Conseil d'État procède de même »²⁴⁹. Dans ce sens, il a été observé très récemment par le groupe de travail commun au Conseil d'État et à la Cour de cassation sur la question prioritaire de constitutionnalité que « l'examen du caractère sérieux d'une question donne lieu à une recherche *approfondie* dans l'ensemble de la jurisprudence constitutionnelle pertinente », ce qui est parfaitement exclusif des critères de facilité et d'évidence²⁵⁰.

III/ La question préjudicielle interne

68. La pratique en matière de questions préjudicielles relevant des juridictions administratives nous démontre aussi que l'absence de sérieux peut être établie en raison de la combinaison de plusieurs textes, ce qui caractérise un raisonnement complexe.

²⁴⁷ Voir, constatant l'échec d'une définition fondée sur l'évidence : B. MATHIEU, « La question prioritaire de constitutionnalité et le droit administratif », in J.- B. PERRIER (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, PUAM, 2011, p. 143, spéc. p. 144 à 146 ; P. ÉGÉA, « Les cours suprêmes, « contre-pouvoirs » face au Conseil constitutionnel ? », in X. MAGNON, P. ESPLUGAS, W. MASTOR et S. MOUTON (dir.), *Question sur la question 3, De nouveaux équilibres institutionnels ?*, actes du colloque du 14 juin 2013 à l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ, 2014, p. 167, spéc. p. 177.

²⁴⁸ L. BRIAND, « Un an (ou presque) de QPC devant les juridictions du fond », *Gaz. Pal.* 2011, étude 14769, p. 169. Voir les développements ci-dessous relatifs au contrôle du sérieux de la question par les juridictions du fond (cf. n° 161).

²⁴⁹ V. LAMANDA, intervention devant la Commission des lois de l'Assemblée nationale, Rapport AN n° 2838, 5 oct. 2010, p. 75. Voir aussi, sur le caractère « approfondi », « très poussé » ou « poussé à l'extrême » du contrôle exercé par les deux cours suprêmes : cf. note 244. Voir encore, qualifiant le contrôle du Conseil d'État d'« approfondi » : A. ROBLLOT-TROIZIER, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État », *RFDA* 2011. 691, spéc. p. 707 et 708 ; J.-P. DESROSIERS, M. GREN et A. MACAYA, « Le Conseil d'État, juge constitutionnel ? », in B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dir.), *L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'État*, Dalloz, 2011, p. 33, spéc. p. 42 et 43 ; B. MATHIEU, « La question prioritaire de constitutionnalité et le droit administratif », in J.- B. PERRIER (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, PUAM, 2011, p. 143, spéc. p. 144 à 146 ; A. SAYEDE, « La QPC devant le juge administratif des référés », *LPA* 7 nov. 2013 (n° 223), p. 6. Voir également, indiquant que, pour apprécier le caractère sérieux de la question, le Conseil d'État raisonne parfois par analogie ou s'assure qu'une éventuelle atteinte à un droit constitutionnellement garantie n'est pas justifiée par un objectif d'intérêt général et proportionnée : M. DISANT, « L'utilisation par le Conseil d'État des décisions du Conseil constitutionnel. Figures, contraintes et enjeux autour de l'hypothèse de l'« appropriation » du contrôle de constitutionnalité de la loi », in B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dir.), *L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'État*, Dalloz, 2011, p. 51, spéc. p. 57 à 60.

²⁵⁰ Groupe de travail commun au Conseil d'État et à la Cour de cassation, *Bilan quantitatif et qualitatif de la question prioritaire de constitutionnalité*, p. 8, disponible sur le site de la Cour.

69. N'est pas sérieux le grief tiré de l'interdiction pour une commune de répercuter le coût de l'amortissement des emprunts destiné au financement d'un service public sur le tarif payé par l'utilisateur de ce service. Le 15 novembre 1994, la première chambre civile de la Cour de cassation a jugé qu'« aucune contestation sérieuse de la légalité de la délibération du conseil municipal [de la ville de Grenoble] du 22 décembre 1988 n'était soulevée » devant la cour d'appel qui en avait fait application²⁵¹. Alors que cette délibération imposait aux usagers des abattoirs municipaux le paiement d'une redevance destinée à couvrir le coût d'un prêt souscrit pour leur rénovation, une société utilisatrice soutenait que « si, en vertu de l'article R. 323-82 du Code des communes, la commune fixe les tarifs des services d'intérêt public à caractère industriel et commercial, en revanche, elle ne peut imposer unilatéralement aux usagers la prise en charge de l'amortissement d'un emprunt destiné à financer la rénovation des installations utilisées dans le cadre de ces services ».

Bertrand Seiller considère que le caractère non sérieux de la question a été établi ici après « examen minutieux de plusieurs moyens de légalité invoqués contre un acte administratif » et que la Cour de cassation s'est alors écartée du « conseil de bon sens formulé par Édouard Laferrrière qui prônait le renvoi en présence du moindre embarras »²⁵².

En effet, le rejet du pourvoi ne pouvait se fonder sur l'application pure et simple d'un seul texte, mais supposait d'abord de qualifier le service d'exploitation d'un abattoir : s'agit-il d'un service administratif ou industriel et commercial, seul soumis à l'exigence d'équilibre budgétaire ? Il s'agit là d'une question essentielle car elle conditionne l'application de l'article L322-5 du code des communes au litige. Cette étape préalable trouve une solution dans une décision du tribunal des conflits en date du 8 novembre 1982²⁵³ dans laquelle la qualification de service industriel et commercial est consacrée, et qui marque ainsi l'abandon de la qualification de service administratif antérieurement retenue par le Conseil d'État²⁵⁴.

La nature du service identifiée, l'application de l'article L322-5 du code des communes devient envisageable. Cependant, celui-ci constitue un texte complexe alliant plusieurs dispositions qui devront être combinées pour permettre de dégager une réponse certaine à la question soulevée. Alors que le premier alinéa de cet article dispose que « les budgets des services publics à caractère industriel ou commercial exploités en régie, affermés ou concédés, doivent être équilibrés en recettes et en dépenses », le deuxième alinéa « interdit aux communes de prendre en charge dans leur budget propre, des dépenses au titre de ces services publics » et rappelle ainsi le principe d'autonomie financière auquel la loi n° 65-543 du 8 juillet 1965 soumet l'exploitation des abattoirs municipaux²⁵⁵. La combinaison de ces prescriptions fait peser sur la commune gestionnaire l'obligation de compenser toute charge, même temporaire, grevant les comptes de la régie par une recette spécifique, qui ne provient pas du budget municipal. Ainsi, « le service des emprunts réalisés par la commune en vue de réaliser des avances à

²⁵¹ Cass., civ. 1^{ère}, 15 nov. 1994, n° 92-20.934.

²⁵² B. SEILLER, « Questions préjudicielles », *Répertoire de contentieux administratif*, n° 81.

²⁵³ T. conf., 8 nov. 1982, *SA Maine-Viande*, n° 02217, *Lebon* 460.

²⁵⁴ CE, 1^{ère} et 4^e ssr, 25 juin 1975, *Montpillié*, n° 92729, *Lebon* T. 916.

²⁵⁵ « Lorsque la collectivité locale ou le groupement de collectivités locales exploite l'abattoir en régie, celle-ci doit être dotée de l'autonomie financière ou de la personnalité civile ».

une régie, doit être mis à la charge de celle-ci »²⁵⁶ et toute délibération du conseil municipal qui validerait un budget non équilibré encourt l'annulation²⁵⁷. Par conséquent, contrairement à ce que soutenait le demandeur au pourvoi, la commune peut et même doit reporter l'amortissement d'un crédit souscrit pour l'exploitation du service public sur le prix demandé aux usagers. Certes, en vertu de l'alinéa 3 de l'article L322-5 « le conseil municipal peut décider une telle prise en charge [...] 2° Lorsque le fonctionnement du service public exige la réalisation d'investissements qui, en raison de leur importance et eu égard au nombre d'usagers, ne peuvent être financés sans augmentation excessive des tarifs », mais il ne s'agit là que d'une faculté.

Le raisonnement permettant d'exclure la difficulté sérieuse ne peut toutefois pas s'arrêter là. En effet, si la combinaison des différents alinéas de l'article L322-5 permet aux communes de reporter le coût d'un investissement sur le prix du service public concerné, elles doivent cependant, dans l'exercice de cette prérogative, respecter le principe d'égalité des usagers et préserver un rapport économique entre le tarif pratiqué et le service rendu, le premier devant être la contrepartie du second et ne pouvant pas couvrir d'autres postes de dépense que ceux afférant au service²⁵⁸. Ainsi, pour déterminer si la contestation élevée devant elle était sérieuse, la cour d'appel devait encore relever que « la somme réclamée à la société "La Cheville dauphinoise" était justifiée dans son montant, sans qu'il y ait rupture d'égalité entre les usagers ».

70. Un autre exemple de l'inadéquation du critère de difficulté pourra également être trouvé dans le titre suivant. Il y sera en effet démontré qu'il est parfois jugé que la question soumise à la Cour de cassation ne soulève aucune difficulté sérieuse alors même qu'aucun texte ni aucun arrêt n'y répond clairement et précisément. L'absence de difficulté sérieuse est alors attachée à une interprétation préalable de la jurisprudence administrative et de la loi au regard de leur finalité²⁵⁹, ce qui exclut que la réponse à la question puisse être facilement identifiée.

71. De telles décisions, au sein desquelles l'absence de difficulté sérieuse ne peut ressortir qu'au terme d'un raisonnement complexe, ne sont pas l'apanage de la Cour de cassation. Des juridictions du fond ont également écarté les moyens de défense tirés de l'illégalité d'un acte administratif en recourant à une motivation particulièrement longue et très circonstanciée, se fondant notamment sur diverses données statistiques ou examinant spécifiquement plusieurs décisions des juridictions administratives dans des affaires similaires²⁶⁰.

À titre de comparaison, il doit être observé que le Conseil d'État écarte lui aussi souvent l'existence de toute difficulté sérieuse « en développant de manière un peu inhabituellement longue et complète le raisonnement retenu pour aboutir à la solution »²⁶¹.

²⁵⁶ CE, 6^e et 2^e srr, 9 nov. 1988, *Commune de Piseux*, n° 79694, *Lebon* 397.

²⁵⁷ CE, 2^e et 6^e srr, 4 juin 1975, n° 91100, *Lebon* 332.

²⁵⁸ CE, 7^e et 10^e srr, 30 sept. 1996, *Sté Stéphanoise des eaux et ville de Saint-Etienne*, n° 156176, *Lebon* 355 : il résulte de ce principe que la régie ne peut pratiquer des prix supérieurs aux coûts du service que dans la mesure où sa valeur leur est supérieure.

²⁵⁹ Cf. n°s 188, 193 et 198.

²⁶⁰ Aix-en-Provence, 27 févr. 2007, n° 06/04445 ; Rennes, 30 oct. 2007, n° 06/06549.

²⁶¹ C. BOITEAU et A. BÉAL, « Compétence. – Questions préjudicielles devant le juge administratif », *JurisClasseur justice administrative*, fasc. 36, n° 23.

IV/ La demande d'avis

72. Les réponses aux demandes d'avis fournissent également des exemples où l'absence de difficulté sérieuse est établie en raison d'une combinaison de textes.

73. **La question relative à la possibilité de prononcer une contrainte pénale suite à l'inexécution d'un jugement signifié à domicile ne soulève aucune difficulté sérieuse.** Par exemple, cette décision de non-avis rendue le 5 mai 2014²⁶², par laquelle la Cour de cassation juge que la question transmise ne soulève aucune difficulté sérieuse au regard « des dispositions combinées des articles 754 et 712-17 du code de procédure pénale ». La demande d'avis portait sur le point de savoir si la contrainte judiciaire, qui, selon l'article 749 de ce code, sanctionne l'« inexécution *volontaire* d'une ou plusieurs condamnations à une peine d'amende », peut être prononcée contre un condamné alors que celui-ci n'aurait pas eu connaissance du jugement le condamnant à des jours-amendes et ne se serait donc pas abstenu *volontairement* de l'exécuter.

En réalité, la solution s'imposait non en raison de la combinaison des deux seuls textes visés par la Cour mais, comme le montrent les conclusions de l'avocat général et l'avis du rapporteur²⁶³, de la combinaison des articles 131-25 du code pénal, 762, 754 et 712-17 du code de procédure pénale. C'est leur *application en cascade* qui permet de conclure que le condamné défaillant a nécessairement eu connaissance du jugement inexécuté dans le cadre des poursuites pour non-paiement de jours-amendes. La Cour considère que la personne condamnée à des jours-amendes a nécessairement connaissance du jugement le condamnant à une telle peine lorsque la contrainte judiciaire est décidée. En effet, l'article 712-17 prévoit qu'en cas d'inobservation de ses obligations pénales par un condamné, le juge de l'application des peines « [décerne] un mandat d'amener contre [le] condamné », ce qui a pour effet de porter le jugement inexécuté à sa connaissance. Cependant, l'article 712-17 n'est pas naturellement applicable à la procédure de contrainte judiciaire, qui est soumise aux dispositions spéciales des articles 749 et suivants. Ce n'est qu'en vertu d'un renvoi opéré par l'article 754 alinéa 2 qu'il trouve application lorsque le procureur de la République requiert le juge de l'application des peines de prononcer la contrainte judiciaire. Mais, constater que l'article 712-17 est applicable à la procédure de contrainte judiciaire est encore insuffisant car, selon l'article 749, cette procédure ne sanctionne que l'inexécution des condamnations au paiement d'amendes. Le non-paiement de jours-amendes est soumis à une peine spécifique prévue par l'article 131-25 du code pénal²⁶⁴, qui lui-même renvoie aux règles de la contrainte judiciaire. L'article 762 du code de procédure pénale prévoit également que le défaut de paiement de jours-amendes peut donner lieu à une condamnation sur le fondement de la contrainte judiciaire.

Le nombre de textes mobilisés pour résoudre la question n'a pas ici empêché la Cour de juger qu'elle ne soulevait aucune difficulté sérieuse.

²⁶² Cass., avis, 5 mai 2014, n° 14-70.003.

²⁶³ Disponibles sur le site de la Cour.

²⁶⁴ Sur la distinction entre cette peine et la contrainte judiciaire : P. CABY, concl. avis étudié et les références citées.

74. La question relative à la compétence du juge aux ordres pour statuer sur la répartition du prix d'un bien commun alors qu'une procédure collective a été ouverte à l'encontre de l'un des époux ne soulève aucune difficulté sérieuse. L'on peut encore citer une décision du 7 décembre 1992²⁶⁵, où la Cour dit n'y avoir lieu à avis dès lors que « la réponse à la question posée [résulte] de l'application combinée du principe énoncé à l'article 1413 du Code civil, de celui de l'indivisibilité de la procédure d'ordre [...] et de celui de la suspension des poursuites individuelles en matière de procédure collective ».

La Cour était invitée à prendre position sur la répartition du prix d'adjudication d'un immeuble commun à deux époux dont l'un était placé en liquidation judiciaire. Deux thèses opposées semblent envisageables à cet égard.

D'abord, il est possible de considérer que s'agissant d'un bien commun, l'époux en liquidation n'a vocation à devenir propriétaire que de 50 % du prix de vente : seule cette fraction sera remise au liquidateur, qui la répartira entre les créanciers à la procédure collective, conformément à l'article 154 al. 4 de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985. Quant au solde, il reviendrait à l'autre époux et pourrait être saisi par ses créanciers. Sa répartition entre ces derniers relèverait alors du juge aux ordres, en application des articles 751 et 773 du code de procédure civile de 1807.

Ensuite, il est possible de considérer que s'agissant d'un bien commun, celui-ci entre pour sa totalité dans l'assiette des droits des créanciers de chacun des époux en application de l'article 1413 du Code civil. Il en résulte alors que les biens communs sont inclus dans la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire ouverte contre un époux²⁶⁶, de sorte que l'époux qui n'est pas placé en liquidation « supporte, dans sa part de la valeur des biens communs, le poids du passif du débiteur »²⁶⁷. Il n'y a donc pas lieu de diviser le prix de vente en deux parts, dont l'une échapperait à la procédure collective. Cette thèse doit être préférée à la première dès lors qu'il est bien admis que les époux n'ont aucun droit propre sur les biens de la communauté avant la dissolution de celle-ci et que le prix de vente d'un bien commun ne devient pas un bien propre à chaque époux par moitié, mais appartient intégralement à la communauté tant que celle-ci n'est pas dissoute.

Une fois la question de l'étendue de l'actif liquidé résolue, il restait encore à juger du caractère exclusif de la compétence du liquidateur pour répartir le prix de vente. À cet égard, les principes d'indivisibilité de la procédure d'ordre et de suspension des poursuites individuelles en matière de procédure collective imposent de considérer que le liquidateur a bien une compétence exclusive de celle du juge aux ordres.

Il a donc été jugé que la demande d'avis ne soulevait aucune difficulté sérieuse alors même que la Cour ne pouvait résoudre la question posée qu'en envisageant deux problèmes distincts et successifs : celle de l'étendue de l'actif liquidé et celle de la compétence du liquidateur. Bien que chacun de ces problèmes appelle une réponse certaine, le raisonnement conduisant au constat de l'absence de difficulté sérieuse est indéniablement complexe.

²⁶⁵ Cass., avis, 7 déc. 1992, n° 92-09.000, *Bull. civ.*, avis, n° 6.

²⁶⁶ Cass., civ. 1^{ère}, 21 nov. 1978, n° 77-13.426, *Bull. civ.*, I, n° 352 ; civ. 3^e, 12 oct. 1977, n° 76-12.482, *id.*, III, n° 345 ; civ. 1^{ère}, 16 avr. 1991, n° 88-10.353, *id.*, I, n° 141.

²⁶⁷ F. DERRIDA, « Le sort du passif né du chef du conjoint en cas de redressement judiciaire d'un époux sous le régime de communauté légale », *Mélanges offert à André Colomer*, Litec, 1993, p. 155.

75. Le lecteur pourra encore se reporter au titre suivant pour y trouver un autre exemple d'avis dans lequel le critère de facilité apparaît insatisfaisant. En effet, il y sera montré que la Cour de cassation procède parfois à l'interprétation préalable de dispositions législatives obscures avant de juger que la demande d'avis qui lui est soumise ne soulève pas de difficulté sérieuse²⁶⁸. La signification des textes permettant de résoudre la question étant construite par le juge, il est difficile de soutenir que la réponse pouvait être dégagée facilement.

V/ *La non-admission des pourvois*

76. En matière de non-admission des pourvois en cassation, une étude des décisions impose encore d'écarter les critères d'évidence ou de facilité. Notre démonstration sera ici entravée par le secret des délibérés qui nous interdit de reproduire les rapports rédigés en vue de la non-admission que nous avons été autorisés consulter²⁶⁹. Nous pouvons toutefois nous fonder sur les témoignages que différents membres de la Cour ou avocats aux Conseils ont pu livrer dans les revues juridiques ainsi que sur des statistiques réalisées à la demande du Premier Président de la Cour de cassation.

77. **La non-admission décidée à l'issue d'une analyse approfondie du dossier.** Jean Buffet, président de chambre honoraire à la Cour de cassation, écrit : « Le moyen non sérieux ne peut être que le moyen qui ne peut donner aucune prise à une hésitation quant à son efficacité. Ce qui ne veut pas dire que le caractère non sérieux du moyen doit apparaître au vu d'un examen superficiel et rapide du moyen. Un moyen habile peut être non sérieux »²⁷⁰. Christian Charruault, alors conseiller à la première chambre civile de la Cour de cassation, abonde dans ce sens : « pour décider qu'un moyen n'est pas sérieux il faut l'étudier sérieusement. Autrement dit, hors les cas où le grief repose sur une contrevérité, factuelle ou juridique, d'évidence, la décision de proposer la non-admission du pourvoi appelle un *investissement intellectuel identique* à celui qui aboutit à un arrêt de rejet ou de cassation »²⁷¹. De même, Laurent Poulet, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, relève : « la lecture de certains rapports en vue de la non-admission indique que le conseiller-rapporteur s'est longuement interrogé sur le sort à réserver au pourvoi. Cela révèle une instruction extrêmement sérieuse aboutissant à une décision de non-admission – et l'on ne peut que s'en réjouir »²⁷². L'on se reportera enfin aux propos de Bertrand Louvel, Procureur général près la Cour de cassation : « [La non-admission des pourvois] implique un examen des moyens, et la pratique en a fait, en réalité, un examen normal qui a neutralisé les potentialités de la réforme de la non-admission du pourvoi. Comme n'importe quelle affaire, la non-admission se traduit dans la pratique, la plupart du temps, par une instruction complète et très méticuleuse du dossier »²⁷³.

²⁶⁸ Cf. n° 189.

²⁶⁹ Cf. nos 501 à 503.

²⁷⁰ J. BUFFET, in S. AMRANI-MEKKI et L. CADIET (dir.), *op. cit.*, p. 108.

²⁷¹ C. CHARRUAULT, in S. AMRANI-MEKKI et L. CADIET (dir.), *op. cit.*, p. 115.

²⁷² L. POULET, *op. cit.*, p. 157. Rappr. : D. LE PRADO, « Le moyen sérieux, outil de régulation de l'accès au juge de cassation », *Justice et cassation* 2011, p. 221 ; F. TERRIER, *op. cit.*, p. 97 et 100.

²⁷³ B. LOUVEL, *JCP G* 2015, I, 1122, spéc. p. 1910.

78. Le champ de la non-admission excède le champ des pourvois abusifs. Ces différentes affirmations sont corroborées par les statistiques relatives à la condamnation des parties au paiement d'une amende civile : entre 2004 et 2011, seul 2,2 % des arrêts de non-admission rendus en matière civile ont été sanctionnés par une amende civile²⁷⁴. Or, l'amende civile sanctionne les pourvois abusifs, c'est-à-dire ceux dont le demandeur ne pouvait ou ne devait pas ignorer le caractère infondé²⁷⁵. La proportion des décisions de non-admission ne condamnant pas au paiement d'une amende civile est telle qu'elle montre qu'il existe un décalage entre l'appréciation du caractère sérieux du pourvoi et de son caractère abusif. Alors que l'amende sanctionne les pourvois dont l'inanité est flagrante ou si aisément constatable que le demandeur devait nécessairement en avoir eu connaissance, la non-admission sanctionne une gamme de pourvoi bien plus large : tous ceux dont l'inanité est acquise au terme d'un examen approfondi et complet du dossier. La proportion des arrêts de rejet motivés contenant une amende civile est d'ailleurs assez proche, puisqu'elle s'élève à 1 %²⁷⁶. Quant aux arrêts motivés jugeant le pourvoi irrecevable, 5,2 % d'entre eux prononcent une condamnation²⁷⁷.

Ces statistiques nous invitent à revenir sur les propos de certains membres éminents de la Cour de cassation, qui ont pu soutenir que la non-admission visait à sanctionner l'abus du droit de se pourvoir en cassation²⁷⁸. Cela semble réducteur, tant le domaine de la non-admission dépasse celui des pourvois abusifs.

79. La rédaction d'un rapport détaillé plutôt que d'une fiche sommaire. Une dernière observation peut encore être faite au soutien de l'affirmation selon laquelle le caractère non sérieux du moyen ne correspond pas à une appréciation évidente ou facile. Si, à l'origine, les conseillers-rapporteurs se contentaient d'indiquer très sommairement sur une fiche type les raisons pour lesquelles ils préconisaient la non-admission²⁷⁹, cette pratique a rapidement été abandonnée. Les conseillers rédigent désormais un rapport précis et argumenté²⁸⁰, afin de permettre un délibéré éclairé avec les deux autres membres

²⁷⁴ V. DE MECQUENEM, B. MUNOZ-PEREZ et J.-M. SOMMER, *Le prononcé des amendes civiles par les chambres civiles de la Cour de cassation, 2000 – 2011*, étude disponible sur le site internet de la Cour de cassation, p. 8. Si l'on intègre la matière pénale, la proportion des décisions de non-admission prononçant une amende civile tombe à 1,3 % : V. VIGNEAU, *op. cit.*, p. 105.

²⁷⁵ Voir spécialement : Cass., civ. 2^e, 11 sept. 2008, n° 07-16.972 ; Douai, 17 mars 1994, JurisData, n° 048366. Voir également : Cass., civ. 2^e, 20 janv. 2010, n° 08-41.944 ; 11 sept. 2008, n° 07-18.483 ; 5 mai 1978, n° 76-14.728, *Bull. civ.*, II, n° 116.

²⁷⁶ V. DE MECQUENEM, B. MUNOZ-PEREZ et J.-M. SOMMER, *Le prononcé des amendes civiles par les chambres civiles de la Cour de cassation, 2000 – 2011*, étude disponible sur le site internet de la Cour de cassation, p. 8.

²⁷⁷ *Ibid.*

²⁷⁸ G. CANIVET, in S. AMRANI-MEKKI et L. CADIEU (dir.), *op. cit.*, p. 5, n° 15 ; J. BUFFET, *id.*, p. 103. Rapp. : « Le demandeur en cassation qui succombe peut, "en cas de recours jugé abusif", être condamné à une amende civile et au paiement d'une indemnité envers le défendeur (NCPC, art. 628)./ Ces dispositions avaient-elles à s'appliquer à son encontre lorsque son recours s'est heurté à une non-admission, et n'aurait-il pas été imaginable, dans ces conditions, qu'elles s'appliquent systématiquement ?/ [...] Il a par suite été décidé qu'une amende et, éventuellement, une indemnité seraient susceptibles d'être prononcées et accordées en cas de non-admission, mais il a été entendu aussi qu'elles n'auraient rien d'obligatoire et, en fait, il semble qu'elles n'interviennent que très rarement alors que, par ailleurs l'application de l'article 700 du NCPC s'est généralisée. » (A. PERDRIAU, « La non-admission des pourvois », *JCP G* 2002. I. 181, n° 52).

²⁷⁹ A. PERDRIAU, « La non-admission des pourvois », *op. cit.*, n° 34.

²⁸⁰ V. VIGNEAU, *op. cit.*, p. 103.

de la formation restreinte et d'assurer aux parties une information transparente quant aux justifications du rejet.

Le caractère non sérieux ne saute donc pas toujours aux yeux et n'est pas toujours établi au terme d'un examen superficiel du pourvoi, sans quoi la technique de la fiche serait parfaitement satisfaisante.

80. La non-admission malgré une erreur de plume de la cour d'appel qui laissait penser à une dénaturation de la loi étrangère. L'absence de sérieux repose parfois sur un examen attentif du jugement attaqué, qui consiste à retrouver son sens véritable en révélant et en corrigeant les erreurs de plume qui ont pu être commises²⁸¹. Pourtant, si l'on s'en tient à une analyse superficielle, le moyen semble fondé : il critique un motif du jugement qui est bien erroné. Seule la démonstration de ce que le motif contesté correspond à une erreur de plume permet d'écarter le moyen. Or, une telle démonstration implique de procéder à une analyse de l'arrêt dans son ensemble, afin d'en rétablir la cohérence.

Nous pouvons développer ici un exemple tiré d'une décision du 15 février 2012 sanctionnant le pourvoi n° 11-17.782²⁸². Avant d'analyser cette décision, il n'est pas inutile de relever que, dans cette affaire, l'avocat du demandeur a non seulement élevé des contestations suite à la transmission du rapport, mais a aussi décidé de présenter des conclusions orales, chose généralement rare devant la Cour de cassation et absolument exceptionnelle lorsque l'on se situe dans le champ de la non-admission.

En 2005, le tribunal supérieur de Cologne homologua la convention de divorce conclue par M. R et Mme M., qui prévoyait, au bénéfice de la seconde, le versement mensuel d'une pension de 3000 € à titre de prestation compensatoire, ainsi que d'une pension de 526 € par enfant au titre de la contribution à leur entretien et à leur éducation. Le 21 décembre 2007, le législateur allemand adopta une loi modifiant les dispositions du *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) relatives aux obligations alimentaires entre époux divorcés. Conformément aux articles 1569 et 1570 de ce code, le droit à une prestation compensatoire est généralement abrogé et seule la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants communs peut être exigée. Aussi M. R. a-t-il saisi les juridictions françaises en vue d'obtenir la suppression de la pension qu'il verse à titre de prestation compensatoire.

Par arrêt confirmatif, la cour d'appel de Versailles a rejeté sa demande. Pour ce faire, elle constate que l'article 36 de la loi allemande introductive du code de procédure civile aménage l'application de la loi du 21 décembre 2007 pour les obligations alimentaires qui ont fait l'objet d'une convention avant le 1^{er} janvier 2008. Elle relève d'abord que, selon ce dispositif transitoire, les dispositions nouvelles ne peuvent être mises en œuvre que dans la mesure où cela conduirait à une « modification substantielle de l'obligation alimentaire » et que cela ne remettrait pas en cause la confiance placée par l'autre partie dans la convention. Elle souligne ensuite que « le dernier alinéa de l'article 36 a élargi la possibilité de prolongation du droit à pension alimentaire en tenant compte de la garde de l'enfant et de l'activité professionnelle durant la vie conjugale, ainsi que de la durée de la vie conjugale dès lors que ceci est "équitable", ce qui permet au juge du

²⁸¹ L. POULET, « Quelques observations sur le pourvoi en cassation en matière de divorce », *D.* 2005. 2636.

²⁸² Cf. annexe I.

fond d'apprécier *in concreto* la situation respective des parties et lui laisse une grande marge d'appréciation ; dès lors la pension alimentaire au profit d'un époux présentant de grandes similitudes avec la prestation compensatoire prévue par les articles 270 et suivant du Code, l'application de la loi allemande n'est pas contraire à l'ordre public ». Elle juge enfin que, « compte tenu des ressources respectives qui ont progressé de part et d'autre depuis le prononcé du divorce, en particulier celles de M. R., le jugement sera confirmé ». M. R. s'est alors pourvu en cassation.

Il reproche d'abord, dans les deux premières branches du moyen unique, à la cour d'appel de n'avoir pas déterminé clairement quelle était la loi applicable au litige et d'avoir ainsi violé les articles 3 du Code civil, 8 de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 et 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme. En effet, la cour d'appel se réfère à des dispositions de droit allemand et de droit français, alors que seul le droit allemand était applicable. Ces deux branches n'appellent pas grand commentaire dès lors que la cour d'appel avait relevé expressément que la loi allemande était applicable au litige. La référence à l'article 270 du Code civil tendait donc uniquement à démontrer que la loi allemande n'est pas contraire à l'ordre public français, et à permettre son application. Cette mention, loin de créer un doute, démontre au contraire que la cour d'appel a bien réglé le litige au regard de la seule loi allemande.

Les trois dernières branches appellent une réponse distincte car elles font grief à la cour d'appel d'avoir dénaturé l'article 1570 BGB, ce qui suppose qu'elle en ait fait application. Certes, elle semble fonder sa décision sur « le dernier alinéa de l'article 36 », dont elle énonce qu'il lui permettrait de maintenir la prestation compensatoire au regard de la seule évaluation de la situation patrimoniale respective des époux dès lors qu'il l'autoriserait à « apprécier *in concreto* la situation respective des parties et lui [laisserait] une grande marge d'appréciation ». Cependant, le demandeur au pourvoi souligne que « c'est par erreur que la cour d'appel s'est référée dans son arrêt, au dernier alinéa de l'article 36 [...] puisqu'[elle] énonce que celui-ci a élargi « la possibilité de prolongation du droit à pension alimentaire en tenant compte de la garde de l'enfant et de l'activité professionnelle durant la vie conjugale, ainsi que de la durée de la vie conjugale dès lors que ceci est "équitable" », quand il s'agit là des termes mêmes de l'article 1570 nouveau ». Or, cet article n'autorise aucunement le juge à écarter la loi nouvelle lorsque cela paraît équitable compte tenu d'un quelconque élément ; il est nécessaire pour le juge de se fonder sur des considérations relatives à la garde de l'enfant, l'activité professionnelle durant la vie conjugale ou la durée de la vie conjugale.

Cette argumentation ne pouvait être retenue. Bien que l'erreur soit avérée, la lecture de l'arrêt d'appel conduit à conclure que le maintien de la pension litigieuse découle de l'article 36 précité. En effet, après avoir cité l'article 1570 *in extenso*, l'arrêt précise que l'article 36 constitue une disposition transitoire permettant d'y faire échec dont « l'application concrète dépend des circonstances de chaque cas particulier » et dont découle que « ce qui est déterminant, c'est le caractère acceptable de la modification pour le débiteur et la confiance que ce dernier a placée dans la réglementation prise ». Sur ce point, il peut être noté que, contrairement à ce qu'avance la contestation, l'article 36 n'est pas une simple disposition transitoire, qui ne serait d'aucun secours pour régler le fond du litige, mais bien une règle matérielle dont la cour d'appel a pu faire application. Une telle contestation a été écartée en raison de la consultation d'un professeur allemand produite en appel, et sur laquelle les parties comme les juges du fond se sont appuyés. En

outre, le demandeur souligne dans ses contestations que l'arrêt attaqué retient expressément que la loi nouvelle est applicable : « le législateur ayant prévu une période transitoire en ce qui concerne les pensions alimentaires accordées avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, celle-ci est applicable au cas d'espèce ». Ici encore, la contestation doit être écartée car l'application de la loi nouvelle n'est retenue que dans la mesure où elle s'accompagne d'un régime transitoire, dont il est donc bien fait application. Ainsi, c'est à raison que l'arrêt énonce plus bas que l'article 36 confère aux juges du fond « une grande marge d'appréciation » et les autorise à se fonder sur la situation patrimoniale respective des époux. Ce, nonobstant la confusion entre les dispositions de ce texte et de l'article 1570 : même si l'article 36 ne prévoit pas le maintien de la pension antérieure « en tenant compte de la garde de l'enfant et de l'activité professionnelle durant la vie conjugale, ainsi que de la durée de la vie conjugale dès lors que ceci est "équitable" », il prévoit bien un maintien en raison de la confiance placée dans la convention, ce qui implique bien l'attribution aux juges du fond d'une grande marge d'appréciation intégrant les « circonstances de chaque cas particulier ».

L'erreur n'est donc pas là où le demandeur la situait : elle ne correspond pas à la simple inversion de deux numéros d'article, mais à une erreur matérielle sur le texte de l'article 36, qui n'a aucune conséquence sur la solution du litige et sur l'étendue du pouvoir d'appréciation du juge. Le passage contesté ne démontre pas que la cour d'appel s'est appuyée sur l'article 1570, il démontre simplement qu'elle a commis une erreur dans la reproduction de l'article 36, auquel elle a intégré par inadvertance un alinéa de l'article 1570 sans en tenir compte par la suite. Ainsi, si elle s'appuie sur « la possibilité de prolongation du droit à pension alimentaire en tenant compte de la garde de l'enfant et de l'activité professionnelle durant la vie conjugale, ainsi que de la durée de la vie conjugale dès lors que ceci est "équitable" », c'est parce qu'elle la rattache au dernier alinéa de l'article 36 ; de l'applicabilité de ce dernier découle la référence erronée à cet alinéa. À l'inverse, le demandeur considérerait qu'il fallait déduire de cette référence l'application de l'article 1570 par la cour d'appel, et donc l'erreur de plume de celle-ci.

81. L'on renverra encore une fois au titre suivant pour un autre exemple mettant en lumière le décalage entre les décisions de non-admission et le critère de facilité. Il y sera montré que la non-admission a déjà pu être prononcée contre un moyen qui se fondait sur un texte obscur que la jurisprudence n'avait pas encore eu à interpréter. Le caractère non sérieux du moyen ne ressort donc pas de la seule lecture de la loi, mais d'une interprétation qu'en fait préalablement la Cour de cassation et qu'elle considère s'imposer au regard de l'esprit du texte et de sa finalité²⁸³. Or, cela ne semble pas compatible avec l'affirmation selon laquelle le rejet du moyen peut être établi avec facilité.

VI/ Les référés

82. Le caractère sérieux d'une contestation et le caractère manifestement illicite d'un trouble appréciés après une mesure d'instruction, une question préjudicielle ou une question prioritaire de constitutionnalité. Un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation, rendu le 30 juin 1993, est particulièrement symptomatique du décalage existant entre la jurisprudence en matière de

²⁸³ Cf. n° 190.

référé et la définition classique des caractères sérieux et manifeste fondée sur l'évidence ou la facilité²⁸⁴. L'auteur du pourvoi, qui avait été condamné au paiement d'une provision, soutenait que « le juge des référés est juge de l'évidence ; qu'en lui reconnaissant compétence pour ordonner la comparution personnelle des parties aux fins d'être éclairés sur les droits invoqués sans en déduire que cette mesure d'instruction impliquait nécessairement l'existence d'une contestation sérieuse, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations ». Le pourvoi a cependant été rejeté au motif que « le juge des référés, auquel il incombe de vérifier que l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, a le pouvoir d'ordonner, à cet effet, toute mesure d'instruction qu'il estime utile, et, notamment, la comparution personnelle des parties ». Le caractère non sérieux des contestations peut donc être retenu malgré le doute initial du juge des référés sur leur bien-fondé, lorsque ce doute a pu être levé par une mesure d'instruction.

Cette décision peut être rapprochée d'un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 20 janvier 1987²⁸⁵. La haute juridiction était appelée à se prononcer sur le caractère manifestement illicite du trouble résultant de l'exercice d'une activité de pompes funèbres sur le territoire d'une commune qui avait accordé à un autre prestataire une concession exclusive pour cette activité. Il ne faisait pas de doute que le trouble causé au concessionnaire exclusif et à la commune était contraire à l'article L362-1 du code des communes, qui confie aux seules communes le service extérieur des pompes funèbres et les autorise à exercer leur compétence par voie de délégation. Cependant, le défendeur soutenait que cette disposition devait être écartée comme étant contraire au droit communautaire et qu'ainsi le trouble ne pouvait pas être regardé comme illicite. Sensible à ce moyen, la chambre commerciale a renvoyé à la Cour de justice des Communautés européennes plusieurs questions et ordonné le sursis à statuer sur le pourvoi. C'est au regard de la réponse qui sera fournie que le caractère manifestement illicite du trouble sera apprécié. Or, la Cour de cassation se révèle extrêmement exigeante à l'égard du juge des référés puisqu'elle énonce que la cour d'appel devait rechercher si le concessionnaire exclusif « occupait une position dominante et en avait abusé »²⁸⁶. Une telle recherche est particulièrement longue et complexe. Il est d'abord essentiel de circonscrire géographiquement et économiquement le marché sur lequel le défendeur exerce son activité, en comparant le service offert avec des services qui pourraient s'en rapprocher²⁸⁷. Il faut ensuite déterminer si le défendeur se trouve bien dans une position dominante, en tenant compte de sa situation sur les plans économiques, juridiques, financiers et techniques²⁸⁸. Il ressort donc de cet arrêt que le juge des référés *doit* procéder à une étude extrêmement complexe et très approfondie de la situation des parties afin de

²⁸⁴ Cass., civ. 1^{ère}, 30 juin 1993, n° 91-18.465, *Bull. civ.*, I, n° 237.

²⁸⁵ Cass., com., 20 janv. 1987, n° 85-10.727, *Bull. civ.*, IV, n° 21.

²⁸⁶ Cass., com., 10 juill. 1989, n° 85-10.727, *id.* n° 216.

²⁸⁷ CJCE, 14 févr. 1978, *United Brands*, 27/76, *Rec. p.* 207, §10 s. ; 13 févr. 1979, *Hoffman-La Roche*, 85/76, *Rec. p.* 461, §21 s.

²⁸⁸ Il y a lieu de prendre en compte, notamment : la quantité des parts de marché détenues par l'entreprise (CJCE, 13 févr. 1979, *Hoffman-La Roche*, 85/76, §40 s.), son avance technologique (*id.*, §42), importance du chiffre d'affaire (*ibid.*), l'existence d'un monopole de fait ou de droit (4 mai 1988, *Bodson*, 30/87, *Rec. p.* 2479, §29).

déterminer si le trouble est manifestement illicite²⁸⁹, mais également que la nécessité d'interroger la Cour de justice sur l'interprétation du droit de l'Union ne permet pas d'exclure en elle-même le caractère manifestement illicite du trouble. Le doute initialement éprouvé par le juge quant à la licéité du trouble peut être levé efficacement par le recours au mécanisme préjudiciel : compte tenu de l'interprétation donnée par la Cour de justice, le trouble est devenu manifestement illicite et le juge des référés peut alors le faire cesser.

Cette décision n'est pas isolée car des juridictions inférieures ont déjà sursis à statuer sur l'existence d'un trouble manifestement illicite ou d'une contestation sérieuse le temps que la juridiction compétente se prononce sur la légalité du règlement méconnu par le défendeur²⁹⁰ ou, s'agissant de la violation d'une loi, sur sa conformité avec la Constitution²⁹¹ ou le droit de l'Union européenne²⁹². À titre de comparaison, il peut être observé que le Conseil d'État procède également ainsi en matière de référé-liberté²⁹³ : appelé à se prononcer sur le caractère manifestement illégal de décisions administratives autorisées par la loi, il a transmis une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel et prononcé un sursis à statuer²⁹⁴.

Une telle jurisprudence est audacieuse, cependant elle trouve un soutien solide dans l'article 487 du code de procédure civile, qui exclut que le trouble manifestement illicite ou la contestation sérieuse puisse être ramenés à l'évidence du fait et du droit.

83. Le caractère non sérieux des contestations ou le caractère manifestement illicite du trouble retenus par la formation collégiale malgré le doute initial du juge unique. L'article 487 autorise le juge des référés à renvoyer l'affaire « en état de référé » à la formation collégiale de la juridiction à laquelle il appartient. Or, cette formation dispose des mêmes pouvoirs que le juge des référés et ne peut donc pas trancher de contestation sérieuse²⁹⁵. Le renvoi à cette formation ne saurait donc être ordonné au motif que la demande se heurte à une contestation sérieuse²⁹⁶. Un tel renvoi est généralement conçu comme un moyen offert au juge des référés de s'éclairer sur l'existence d'une contestation

²⁸⁹ Dans ce sens, observant que « sa décision ressemble à s'y méprendre à une décision au fond » : C. GAVALDA et C. LUCAS DE LEYSSAC, « Concurrence : conditions d'application de la procédure de référé-pratiques restrictives », *D.* 1990. 107, spéc. p. 108.

²⁹⁰ Lyon, 23 juin 2005, n° 03/03818.

²⁹¹ Paris, 22 juin 2010, n° 10/08050 ; TGI Amiens, 19 déc. 2014, n° 14/00546 ; Paris, 31 mars 2015, n°s 15/03532, 15/03534, 15/03537, 15/03539, 15/03542 et 15/03524.

²⁹² TGI Fontainebleau, 11 juill. 1983, *Gaz. Pal.* 1984. 1. juris. 47 ; T. com. Melun, 12 mars 1984, *Gaz. Pal.* 1984. 1. somm. 126 ; TGI Saint-Quentin, 5 oct. 1989, *Gaz. Pal.* 1989. 2. somm. 532 ; Paris, 5 juill. 2016, n° 15/00371.

²⁹³ Art. L521-2 code de justice administrative.

²⁹⁴ CE, sect., 11 déc. 2015, n° 395009 ; réf., 16 janv. 2017, n° 406614. Rapp., admettant le renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité dans le cadre du référé-liberté, sans procéder toutefois au renvoi : CE, réf., 16 juin 2010, n° 340250 ; 21 mars 2011, n° 347232 ; 13 avr. 2011, n° 348364 ; 1^{ère} et 6^e srr., 16 janv. 2015, n° 374070 ; réf., 28 mars 2017, n° 408742. Voir aussi, admettant le renvoi d'une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne dans le cadre du référé-liberté, sans procéder toutefois au renvoi : CE, réf., 15 avr. 2011, n° 348338.

²⁹⁵ J. NORMAND, « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », *RTD civ.* 1977. 588, spéc. 600 et 601 ; C. CHAINAIS, F. FERRAND et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, Dalloz, Précis, 33^e éd., 2016, n° 1951, p. 1346.

²⁹⁶ Douai, 15 déc. 1994, *JurisData* n° 048536 : « après avoir déclaré la juridiction des référés incompétente pour difficulté sérieuse, il ne pouvait, au regard des dispositions de l'article 487 du nouveau code de procédure civile, renvoyer l'affaire toujours en « état de référé » devant la juridiction des référés en formation collégiale ».

sérieuse ou d'un trouble manifestement illicite lorsque l'affaire est « particulièrement complexe »²⁹⁷. L'objet du renvoi est alors de déterminer si les conditions de l'intervention du juge des référés sont réunies. Il en résulte que le doute initialement éprouvé par le juge unique n'exclut pas nécessairement le caractère manifestement illicite du trouble ou le caractère non sérieux des contestations élevées contre l'octroi des mesures sollicitées. La détermination du caractère manifestement illicite du trouble ou du caractère sérieux d'une contestation peut appeler une discussion et une réflexion collégiale, ce qui exclut qu'elle dépende de l'évidence du droit ou de la facilité avec laquelle il peut être appliqué.

Ainsi, il résulte de la jurisprudence et de la loi que ni le besoin de poser une question préjudicielle ou une question prioritaire de constitutionnalité, ni celui d'ordonner une mesure d'instruction, ni celui de bénéficier de l'éclairage de ses pairs par le juge des référés ne permettent de conclure qu'il est face à une contestation sérieuse ou d'exclure que le trouble dont il est saisi est manifestement illicite. C'est donc que le juge des référés ne saurait se limiter aux évidences ; il doit procéder à un contrôle approfondi du dossier avant de se prononcer sur l'existence d'un trouble manifestement illicite ou d'une contestation sérieuse.

84. L'intervention du juge des référés déterminée au terme d'une analyse approfondie du droit et de la cause. La doctrine constate généralement que le juge des référés saisi d'une demande de provision ou d'une demande tendant à la cessation d'un trouble manifestement illicite est appelé à procéder à une analyse minutieuse du litige. Xavier Vuitton, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, note ainsi : « cette conception de la contestation sérieuse permet au juge des référés d'intervenir plus avant dans le débat et lui impose, sous le contrôle effectif de la Cour de cassation, de ne pas se contenter d'un examen superficiel ou de la seule existence d'une défense pour décliner toute possibilité d'intervention, en évitant ainsi qu'il ne se déclare dépourvu de pouvoirs avec trop d'empressement ou artificiellement [...]. Le juge des référés peut donc, et même doit, passer outre une contestation superficielle ou dilatoire [...], ce qui lui assure une efficacité minimale, à défaut de laquelle son intervention pourrait être artificiellement entravée. Il ne peut pas se contenter de leur seule apparence et doit préciser ce caractère aux termes d'une *analyse rigoureuse* »²⁹⁸. Dans le même sens, Jacques Normand explique : « La Cour de cassation ne tolère pas que le juge se réfugie derrière l'alibi commode du défaut d'évidence [...]. Elle l'oblige, en tout cas, dans la recherche de la licéité ou de l'illicéité, à *creuser profond*. Ainsi, en matière de distribution sélective, où il lui faut vérifier que « le demandeur démontre, au moyen des éléments tirés de l'analyse de ses contrats, la licéité de son réseau

²⁹⁷ C. CHAINAIS, F. FERRAND et S. GUINCHARD, *op. cit.*, n° 1951, p. 1346 ; G. COUCHEZ et X. LAGARDE, *Procédure civile*, Sirey, 17^e éd., 2014, n° 284-1 ; N. CAYROL, « Référé civil », *Répertoire de procédure civile*, n° 529 ; J. NORMAND, « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », *RTD civ.* 1980. 145, n° 5.

²⁹⁸ X. VUITTON, « Fasc. 471 : Référés. – Conditions générales des pouvoirs du juge des référés », *JurisClasseur procédure civile*, 2014, n° 27. Et aussi : « la Cour de cassation attendait visiblement plus d'audace du juge des référés, qui ne peut, selon la conception qu'elle en a, se contenter d'apprécier la surface du litige ou son apparence pour apprécier l'existence d'une illicéité manifeste. Elle exige du juge qu'il "creuse" le cœur du litige et pousse loin ses recherches sur la licéité des faits dont il est saisi ([...] ce raisonnement peut paraître particulièrement marqué notamment en matière de clause de non-concurrence ou de distribution sélective, la Chambre commerciale exigeant du juge des référés des recherches proches de celles auxquelles doivent procéder les juges du fond) » (*id.* n° 40).

considéré dans l'ensemble des conventions s'y rapportant ». [...] De même, en matière de licenciement économique doit-il s'assurer de la conformité du plan social aux exigences de la législation du travail [...], la Cour de cassation exerçant naturellement son contrôle sur l'appréciation qu'il porte à ce sujet [...]. Se trouve plus ou moins sous-jacente l'idée qu'*à force de chercher, il n'est rien de complexe qui n'atteigne à la simplicité, ni rien d'obscur qui ne finisse par devenir évident* »²⁹⁹. Citons aussi les propos de Laurent Lévy : « dès lors que le demandeur fournit au juge les éléments de fait et de droit qui lui permettent de qualifier d'illicite le trouble qu'il subit, celui-ci ne peut se retrancher derrière la nécessité d'une analyse juridique de ces éléments pour écarter la demande. [...] On objectera que le trouble allégué ne doit pas simplement être illicite, mais qu'il doit l'être manifestement. Mais justement : cela ne signifie pas que cette illicéité doive nécessairement être d'une absolue transparence : les exigences de l'article 809 (873) du Nouveau Code de procédure civile n'ont *pas pour fonction d'inciter les juges à la paresse intellectuelle* »³⁰⁰.

Un arrêt du 22 juin 1994 rendu par la troisième chambre civile est clairement en ce sens. Il retient en effet que « la cour d'appel n'a pas tranché une contestation sérieuse en retenant souverainement que la société GMT, M. C... et la société CTS avaient agi à la demande et pour le compte du groupement des entrepreneurs principaux solidaires »³⁰¹. Le moyen au soutien du pourvoi exposait pourtant que « tranche une contestation sérieuse le juge qui statue sur le lien de droit existant entre une entreprise générale et une autre société, par un examen approfondi des pièces de la procédure, à défaut de toute convention existant entre elles ; qu'en décidant que les entreprises GMT, C... et CTS ont agi à la demande et pour le compte du groupement des sociétés Gabo/Eremco, après avoir constaté l'inexistence d'un contrat de sous-traitance à leur profit et procédé à un *examen approfondi des pièces de la procédure*, la cour d'appel, qui a tranché une contestation sérieuse, a violé l'article 873, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile ». La nécessité pour le juge des référés de procéder à un examen approfondi des éléments de preuve produits par le défendeur n'implique pas nécessairement que la contestation qu'il soulève soit sérieuse. L'appréciation du caractère sérieux des contestations se fait donc au terme de l'étude de la cause par le juge. De sorte que l'on ne saurait lui reprocher d'avoir été trop loin dans l'examen des pièces et dans l'analyse des moyens.

De nombreux arrêts corroborent cette analyse et démontrent que le juge des référés est appelé à « creuser profond » pour déterminer si une contestation est sérieuse ou si un trouble est manifestement illicite. Nous en exposerons quelques uns.

85. La mise en œuvre d'un plan de départs volontaires pour lequel les comités d'établissement concernés n'ont pas été consultés constitue un trouble manifestement illicite. La chambre sociale a jugé qu'était manifestement illicite le trouble constitué par la mise en œuvre d'un plan de départs volontaires n'ayant pas été discuté par les comités d'établissement concernés mais ayant été soumis au comité central d'entreprise³⁰². Ce, alors même que l'article L321-3 al. 2 du code du travail n'impose que

²⁹⁹ J. NORMAND, « Le contrôle de l'illicéité manifeste du trouble par la Cour de cassation », *RTD civ.* 1997. 216, spéc. 222. Voir aussi : C. BLOCH, *La cessation de l'illicite*, Dalloz, 2008, n° 198 à 200, p. 216 à 220.

³⁰⁰ L. LÉVY, note sous Cass., com., 27 oct. 1992, *JCP G* 1994. II. 22214.

³⁰¹ Cass., civ. 3^e, 22 juin 1994, n° 92-17.383.

³⁰² Cass., soc., 22 févr. 1995, n° 92-11.566, *Bull. civ.*, V, n° 68.

la consultation du « comité d'entreprise » lorsque l'employeur projette de procéder à un licenciement pour motifs économiques. Si la jurisprudence se rapportant à cet article étendait l'obligation de consultation aux comités d'établissement concernés par le licenciement collectif³⁰³, aucun arrêt n'avait encore pu prendre position sur son applicabilité au plan de départs volontaires³⁰⁴. Cette applicabilité loin d'être simple ou évidente dès lors que l'ensemble des chambres de la Cour de cassation avait déjà jugé que la rupture négociée ne constituait pas un mode de résiliation prohibée du contrat de travail et n'était pas assimilable à un licenciement pour motif économique³⁰⁵.

Cette décision peut être rapprochée de deux arrêts de la même chambre, ci-dessous étudiés, où il est affirmé que caractère manifestement illicite du trouble ne saurait être écarté au seul motif que cela imposerait au juge des référés d'interpréter une disposition textuelle ambiguë³⁰⁶.

86. La violation d'une loi française restreignant la libre circulation des marchandises et la libre prestation de service constitue un trouble manifestement illicite. La première chambre civile a déjà approuvé une ordonnance ayant considéré que la diffusion d'un film sous la forme de la vente ou de la location de vidéocassettes et de vidéodisques en violation de l'article 89 de la loi n° 82-652, du 29 juillet 1982, constituait un trouble manifestement illicite³⁰⁷.

Le fait que ce texte porte atteinte à la libre circulation des marchandises et à la libre prestation de service n'est pas un élément susceptible de remettre en cause le caractère manifestement illicite du trouble dès lors que la cour d'appel a relevé « que cette réglementation, parce qu'elle s'applique indistinctement aux produits nationaux et aux produits importés, peut ne pas tomber sous le coup des articles 30 et suivants du Traité de Rome si elle tend à la protection d'un intérêt légitime et si elle demeure proportionnée à l'objectif visé, [...] qu'elle met en place dans un but d'intérêt général un système d'harmonisation de la concurrence et comporte seulement une interdiction temporaire du commerce des vidéo-cassettes avec possibilité de dérogations ». De même, l'atteinte portée à la libre concurrence n'est pas un élément faisant obstacle à l'intervention du juge des référés dès lors « qu'il résulte des décisions de la Cour de justice des Communautés européennes que, en l'état actuel du droit communautaire, les obligations des États membres découlant de l'article 5 en combinaison avec les articles 3 lettre f, 85 et 94 du Traité ne prohibent pas l'intervention de mesures étatiques qui, apportant certaines restrictions aux règles de la libre concurrence, le font en vue de protéger certaines catégories socio-professionnelles et au nom de l'intérêt général ».

³⁰³ Cass., soc., 13 juin 1990, n° 87-16.948, *id.* n° 280.

³⁰⁴ Rapp. : Cass., crim., 11 mai 1989, n° 87-81.710, *Bull. crim.* n° 196 ; soc., 10 avr. 1991, n° 89-18.485, *Bull. civ.*, V, n° 179, où le plan social repose certes sur des départs volontaires mais où les employeurs ont antérieurement fait savoir leur volonté de réduire les effectifs « au besoin par la voie de licenciements ». Voir aussi : crim., 29 nov. 1994, n° 93-81.321, *Bull. crim.* n° 385 qui se prononce explicitement pour l'assujettissement du plan social reposant sur des départs volontaires à l'article L321-3. Cependant, cet arrêt a été rendu dans la même affaire que celle dont était saisie la chambre sociale, qui n'avait pas encore pris position sur ce point, bien après que l'ordonnance de référé censurée n'ait été rendue.

³⁰⁵ Cass., soc., 9 juill. 1981, n° 79-42.263, *Bull. civ.*, V, n° 690 ; crim., 28 nov. 1984, n° 83-93.094, *Bull. crim.* n° 375.

³⁰⁶ Cass., soc., 24 nov. 1998, n° 96-44.111 ; 29 juin 2009, n° 08-42.116.

³⁰⁷ Cass., civ. 1^{ère}, 22 avr. 1986, n° 84-17.505, *Bull. civ.*, I, n° 96.

Ainsi, pour qualifier de manifestement illicite un trouble résultant de l'application d'une loi française portant atteinte à une liberté protégée par le droit de l'Union européenne, le juge des référés doit donc procéder à un examen *in concreto* relativement complexe afin de déterminer s'il est légitime et proportionné.

87. Le juge des référés ne peut juger du caractère manifestement illicite du trouble subi par un vendeur du fait de l'existence d'un réseau de distribution sélective qu'au terme d'une analyse des caractéristiques dudit réseau. Nous pouvons encore nous référer à un arrêt de la chambre commerciale rendu le 27 octobre 1992³⁰⁸, dans lequel le juge des référés se voit imposer de vérifier si l'instauration d'un réseau de distribution sélectif constitue une pratique anti-concurrentielle. Pour ce faire, il lui faut examiner de près ledit réseau et, notamment, s'assurer que les critères pour décerner l'agrément ne sont pas discriminatoires, qu'ils tendent uniquement à protéger la réputation des produits, ou que cet agrément ne s'accompagne pas de l'imposition d'un prix minimal.

En l'espèce, le fabricant d'un produit soutenait que la mise en vente, par un vendeur non agréé, de ses produits constituait une publicité mensongère dès lors qu'il était mentionné sur leur emballage que leur vente ne pouvait être assurée que par des vendeurs agréés. En effet, vendre des produits comportant une telle mention pourrait laisser croire que le vendeur dispose d'un agrément dont il est dépourvu.

Nous analyserons en détail cette décision au sein du prochain titre, mais il peut être relevé que la Cour a jugé que la vente dans de telles conditions constituait bien un trouble manifestement illicite et que la demande de provision en dommages-intérêts contre le vendeur ne se heurtait à aucune contestation sérieuse. Si la qualification de publicité mensongère nous semble acquise, elle n'avait pourtant rien d'évident ou de simple dès lors que plusieurs arrêts de la chambre commerciale avaient précédemment jugé que les mêmes agissements ne constituaient ni une publicité trompeuse ni même une faute³⁰⁹.

VII/ L'arbitrage

88. Lorsqu'une exception d'incompétence tirée de l'existence d'une convention d'arbitrage est soulevée devant le juge étatique, celui-ci doit renvoyer les parties à saisir la juridiction arbitrale sauf inapplicabilité ou nullité manifestes de la convention³¹⁰. Les décisions écartant l'exception sur ce fondement sont rares³¹¹ mais un arrêt récent, rendu

³⁰⁸ Cass., com., 27 oct. 1992, n° 89-21.064, *Bull. civ.*, IV, n° 330.

³⁰⁹ Cass., com., 18 déc. 1990, n°s 89-12.921, 88-15.806 et .807 ; Dijon, 19 sept. 1989, *La lettre de la distribution* 1989-10. 4 ; 11 sept. 1990, *id.* 1990-9. 3.

Un arrêt de la chambre criminelle était revenu sur cette jurisprudence, en décidant que « la circonstance que des documents publicitaires aient été conçus par un tiers ne saurait exonérer celui qui les utilise pour son propre compte de la responsabilité pénale qu'il encourt lorsque l'utilisation qu'il en fait [...] aboutit à en rendre le contenu trompeur » (Cass., crim., 3 sept. 1992, n° 91-86.591, *Bull. crim.* n° 281). Cependant, le revirement de la chambre commerciale n'est intervenu qu'avec l'arrêt commenté.

³¹⁰ Art. 1448 CPC.

³¹¹ L. WEILLER, « Clause compromissoire », *Procédure* 2014, comm. 298 ; T. CLAY, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », *D.* 2006. 3026, spéc. 3029 ; E. LOQUIN, « Le contrôle de l'inapplicabilité manifeste... », *op. cit.*, spéc. p. 766 ; C. SERAGLINI, « Droit de l'arbitrage », *JCP G* 2006. I. 187, n° 10, précité.

le 9 juillet 2014 par la première chambre civile de la Cour de cassation, témoigne bien de l'inadéquation des critères d'évidence et de facilité³¹².

89. La clause compromissoire insérée dans un contrat de réassurance est manifestement inapplicable à l'action en responsabilité délictuelle du bénéficiaire du premier contrat d'assurance contre la société de réassurance. Une société mère avait souscrit un contrat d'assurance au profit de sa filiale. L'assureur a par la suite conclu un contrat de réassurance avec un tiers réassureur. Ces deux actes comprenaient une clause compromissoire. En raison d'un accident industriel devenu tristement célèbre, la filiale, assurée pour compte, a subi de lourdes pertes d'exploitation. La société mère, souscriptrice, a donc demandé à l'assureur leur indemnisation. Celui-ci considérant que les dommages en cause n'entraient pas dans le champ du contrat d'assurance, une transaction a été conclue avec la société mère souscriptrice. Par cet acte, l'assureur s'engageait à verser un certain montant à la filiale assurée pour compte et la société mère s'engageait à exercer une action récursoire contre un tiers désigné comme responsable de l'accident. Aucune clause compromissoire ne figurait dans cet acte. La société mère souscriptrice a alors assigné le tiers désigné responsable devant la justice afin de mettre sa responsabilité en jeu. Un arrêt d'appel rejetant ces demandes a été rendu mais la société mère n'a formé aucun pourvoi en cassation.

Considérant que le défaut de pourvoi constituait une inexécution de la transaction, la filiale assurée pour compte, ayant été depuis absorbée par une société tierce, a assigné sa société mère d'origine, souscriptrice, ainsi que le réassureur devant le tribunal de commerce afin d'obtenir des dommages-intérêts. La demande dirigée contre la société mère était fondée sur les règles de la responsabilité contractuelle et celle dirigée contre le réassureur, tenu pour complice de l'inexécution de la transaction, est relative à sa responsabilité délictuelle. Les défendeurs soutiennent alors que le tribunal est incompétent en se fondant sur les clauses compromissoires insérées aux contrats d'assurance et de réassurance. Le tribunal de commerce se déclare compétent mais sa décision est infirmée en appel et les parties sont invitées à saisir la juridiction arbitrale désignée par la convention de réassurance.

La Cour de cassation confirme l'arrêt en ce qu'il a jugé que l'action dirigée contre la société mère relevait de la compétence des juridictions arbitrales. La confirmation repose toutefois sur « une substitution de motifs qui ne dit pas son nom »³¹³. La cour d'appel avait en effet jugé que la clause du contrat de réassurance était applicable à la demande dirigée contre le souscripteur, alors que la Cour de cassation énonce que « la convention d'arbitrage qui figurait dans le contrat d'assurance n'était pas manifestement inapplicable [à ce] litige ».

Sur ce point, la solution est incontestable. D'une part, l'assuré pour compte n'est pas tiers au contrat d'assurance dès lors qu'il l'a accepté ; la clause lui est donc opposable

³¹² Cass., civ. 1^{ère}, 9 juill. 2014, n° 13-17.495, *Bull. civ.*, I, n° 126.

³¹³ V. MAZEAUD, « L'extension de la clause compromissoire au sein d'un ensemble contractuel », *D.* 2014. 2092. Ce procédé peut être critiqué en ce qu'il a été réalisé sans que les parties n'en ait été informées préalablement, comme l'exigent les articles 16 et 1015 du code de procédure civile.

s'il en a eu connaissance au jour de l'acceptation³¹⁴, ce que la cour d'appel relève bien. D'autre part, la clause compromissoire insérée à un contrat est applicable aux litiges relatifs à la transaction conclue pour régler les difficultés relatives à son exécution³¹⁵. Cela résulte de l'autonomie de la clause compromissoire, qui survit à l'extinction du contrat dans lequel elle est insérée suite à la novation opérée par la transaction³¹⁶. En outre, ces deux actes forment un ensemble contractuel, ce qui implique l'extension de la clause contenue dans l'un à l'autre³¹⁷ : la transaction ayant pour objet de fixer les obligations des parties au contrat d'assurance et d'épuiser tout litige sur ce point, son inexécution s'entend comme une inexécution du contrat d'assurance et entre bien dans le champ de la clause compromissoire, sauf volonté contraire des parties.

En revanche, en ce qui concerne la demande dirigée contre le réassureur, la Cour de cassation casse l'arrêt d'appel et retient la compétence des juridictions étatiques. La Cour estime que la clause compromissoire insérée au contrat de réassurance est manifestement inapplicable à la demande dirigée contre le réassureur par l'assuré pour compte sur le fondement de la responsabilité délictuelle. Sur ce point, Laura Weiller écrit que « La solution n'était pas évidente mais peut sans doute s'expliquer »³¹⁸.

Dans le sens de l'applicabilité, il faut d'abord constater que le fondement délictuel de l'action n'est pas un obstacle à la mise en œuvre de la clause dès lors que l'action vise bien à faire constater la mauvaise exécution de la transaction et à en réparer les conséquences. La faute délictuelle alléguée consistant en l'inexécution du contrat, elle entre bien dans le champ de la clause, qui vise à soumettre à l'arbitrage tout litige relatif à l'exécution ou à la validité du contrat³¹⁹. Ensuite, il faut surtout observer que la notion d'ensemble contractuel, justifiant l'extension de la clause à d'autres actes que ceux auxquels elle se rattache expressément, est encore très imprécise. Or, « la réassurance trouve son fondement dans l'assurance »³²⁰ et semble donc bien appartenir à l'ensemble contractuel formé par cet acte avec la transaction. La transaction influera d'ailleurs sur les obligations du réassureur : en fixant le montant dû au titre de l'assurance, elle délimite l'étendue et le montant de la garantie résultant de la réassurance³²¹.

Une telle analyse méconnaît toutefois l'autonomie du contrat de réassurance, sur lequel la transaction ne peut avoir qu'un effet indirect. Si le réassureur peut opposer à son assuré la transaction en tant qu'elle limite les obligations de ce dernier et donc le montant à verser au titre de la réassurance, les obligations demeurent soumises aux seules

³¹⁴ Dans ce sens, la jurisprudence retient constamment que le tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui peut se voir opposer la clause d'arbitrage rattachée à l'acte dont il bénéficie et qu'il accepte : Cass., civ. 1^{ère}, 11 juill. 2006, n° 03-11.983, *Bull. civ.*, I, n° 368 ; 27 mars 2007, n° 04-20.842 ; 26 oct. 2011, n° 10-17.708 ; 7 nov. 2012, n° 11-25.891.

³¹⁵ Cass., civ. 1^{ère}, 30 oct. 2006, n° 04-11.629.

³¹⁶ Cass., civ. 1^{ère}, 2 avr. 2014, 11-14.692, *Bull. civ.*, I, n° 59 ; M. DE FONTMICHEL, « Survie de la clause compromissoire insérée dans un protocole de cession devenu inefficace », *AJ contrats d'affaire* 2014. 177.

³¹⁷ Cass., com., 5 mars 1991, n° 89-19.940 ; civ. 1^{ère}, 30 mars 2004, n° 01-14.311.

³¹⁸ L. WEILLER, « Clause compromissoire », *Procédure* 2014, comm. 298, précité.

³¹⁹ Cass., civ. 1^{ère}, 8 nov. 2005, n° 02-18.512, *Bull. civ.*, I, n° 402 ; civ. 2^e, 14 mai 1997, n° 94-20.776, *id.*, II, n° 141.

³²⁰ V. MAZEAUD, « L'extension de la clause compromissoire au sein d'un ensemble contractuel », *D.* 2014. 2092, précité.

³²¹ *Ibid.*

stipulations du contrat de réassurance. Ainsi, si le dommage indemnisé par la transaction n'était pas couvert par le contrat d'assurance, la réassurance ne pourrait pas jouer et l'assureur devrait supporter seul le coût de l'indemnisation versée par erreur, fraude ou méprise ; il ne saurait modifier unilatéralement les termes du contrat de réassurance en concluant une transaction. Il n'existe donc pas véritablement de lien entre le contrat de réassurance et la transaction³²². Ainsi, la clause contenue dans le contrat de réassurance n'est pas applicable à un litige relatif à l'inexécution de la transaction portant sur l'exécution du contrat d'assurance.

Restait encore à déterminer si la clause compromissaire contenue dans le contrat d'assurance était applicable aux actions dirigées contre le réassureur, ce que la Cour de cassation a relevé d'office pour approuver la décision d'incompétence relative à la demande dirigée contre la société mère. Ici, l'ensemble contractuel est caractérisé et la clause est applicable au litige concernant l'inexécution de la transaction. Pourtant la clause demeure bien inapplicable à une action délictuelle dirigée contre un tiers au contrat d'assurance et à la transaction. En vertu de l'effet relatif des conventions, la clause n'est pas applicable dans les relations des cocontractants avec les tiers. Elle ne joue qu'à l'égard du tiers qui se présente comme une « partie directement impliquée dans l'exécution du contrat »³²³. Tel n'est pas le cas du réassureur ici, qui n'est jamais appelé à intervenir dans l'exécution de la transaction ou du contrat d'assurance, ni en tant que bénéficiaire, ni en tant qu'obligé : l'exécution peut avoir lieu sans qu'il ne réalise un quelconque acte ou en soit destinataire. S'il s'est immiscé dans les opérations d'exécution en favorisant l'inexécution par le souscripteur, c'est frauduleusement, et il ne saurait, par de tels agissements, s'insinuer dans les relations contractuelles et obtenir le bénéfice de dispositions contractuelles auxquelles il n'a pas été associé.

Le raisonnement nécessaire pour conclure au caractère manifestement inapplicable de la clause compromissaire est ici complexe et relativement long. Impliquant l'examen successif de deux clauses, il impose de distinguer la situation de chaque défendeur et de ne pas s'arrêter aux liens apparents qui pourraient exister entre les différents contrats.

Incompatible avec les critères d'évidence ou de facilité, cet arrêt n'est cependant pas totalement isolé. Par deux arrêts récents, la Cour de cassation a en effet retenu le caractère manifestement inapplicable d'une clause compromissaire au terme d'un raisonnement qui, sans surprendre, se décompose en deux temps.

90. La clause compromissaire insérée à un contrat est manifestement inapplicable à l'action en nullité de période suspecte intentée par le liquidateur de l'une des parties. Le 17 novembre 2015, la chambre commerciale a jugé que la clause compromissaire insérée à un contrat conclu suite à la cessation des paiements de l'une des parties était manifestement inapplicable à l'action en nullité intentée par son liquidateur sur le fondement de l'article L632-1, I, 2° du code de commerce, qui sanctionne de nullité certains actes conclus après la date de cessation des paiements³²⁴.

³²² *Ibid.*

³²³ Cass., civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, n° 04-20.842, *Bull. civ.*, I, n° 127.

³²⁴ Cass., com., 17 nov. 2015, n° 14-16.012, *Bull. civ.*, IV, à paraître.

Pour arriver à cette conclusion, il fallait d'abord résoudre la question générale suivante : les clauses compromissaires sont-elles opposables au liquidateur ? La jurisprudence est nette sur ce point : ces clauses sont applicables aux actions intentées par le liquidateur lorsqu'il se substitue au débiteur³²⁵. À l'inverse, si son action est inhérente à la procédure collective, parce qu'elle ne peut naître que de l'ouverture d'une telle procédure et s'appuie sur ses règles, les clauses compromissaires sont inopposables³²⁶.

Une fois ce principe admis, il restait encore à déterminer si l'action en nullité en cause est inhérente à la procédure collective. Une réponse positive s'imposait dans la mesure où il s'agit d'une action attitrée qui vise à reconstituer le patrimoine du débiteur dans l'intérêt collectif des créanciers et qui découle de la cessation des paiements et de l'ouverture de la procédure collective³²⁷.

Si l'inapplicabilité de la clause à l'action est ainsi certaine, elle n'en nécessite pas moins un raisonnement complexe, se décomposant en deux temps successifs, pour être établie.

91. Inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire suite à une renonciation tacite. Il en va également ainsi d'un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 20 avril 2017³²⁸. Le litige concernait les clauses compromissaires insérées dans un contrat de franchise et un contrat d'approvisionnement qui formaient un ensemble contractuel avec un contrat de location-gérance d'un fonds de commerce. Le fournisseur et le franchiseur, également bailleur du fonds, ont assigné le franchisé, locataire, devant le tribunal de commerce en paiement de factures émises en exécution des contrats de franchise et d'approvisionnement. Le franchisé a conclu au fond sans contester la compétence de la juridiction étatique. Il a ensuite assigné le franchiseur devant le tribunal de commerce en annulation du contrat de franchise. Le franchiseur a alors soulevé l'incompétence au profit du tribunal arbitral. La cour d'appel d'Amiens, statuant sur contredit, a jugé que le franchiseur avait renoncé à la clause compromissoire en saisissant le tribunal de commerce de l'action en paiement et n'était donc plus fondé à s'en prévaloir.

La Cour de cassation devait alors se prononcer sur l'applicabilité de la clause insérée dans le contrat de franchise à l'action en annulation de la location-gérance. Pour ce faire, elle était appelée à trancher deux questions successives. D'abord, la saisine de la juridiction étatique constitue-t-elle une renonciation à la clause compromissoire ? Une réponse positive s'imposait dès lors qu'il est de jurisprudence constante que la saisine d'une juridiction étatique emporte renonciation à la clause compromissoire si le défendeur

³²⁵ Cass., civ. 1^{ère}, 29 janv. 2014, n° 12-29.104. Voir aussi : 1^{er} avr. 2015, n° 14-14.552, *Bull. civ.*, I, n° 76 ; com., 16 juin 2015, n° 14-13.970, *Bull. civ.*, IV, à paraître.

³²⁶ Par exemple, voir, jugeant la clause compromissoire inapplicable à l'action en responsabilité pour soutien abusif intentée par le liquidateur : Cass., com., 14 janv. 2004, n° 02-15.541, *Bull. civ.*, IV, n° 10 ; 13 juin 2006, n° 03-16.695 ; civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 2009, n° 08-12.494.

³²⁷ L. FIN-LANGER, « Inapplicabilité manifeste d'une clause compromissoire dans un litige en nullité de période suspecte », *Lettre d'actualité des Procédures collectives civiles et commerciales* n° 20, déc. 2015, alerte 319 ; C. LEBEL, « Impossibilité d'appliquer une clause compromissoire en liquidation judiciaire : nouvelle précision ! », *JCP E* 2016. 1135.

³²⁸ Cass., civ. 1^{ère}, 20 avr. 2017, n° 16-11.413, *Bull. civ.*, I, à paraître.

ne soulève pas l'incompétence³²⁹.

Se posait alors une seconde question, tenant à la portée de la renonciation et à l'étendue de ses conséquences : la partie qui a renoncé à se prévaloir d'une clause compromissoire à l'occasion d'un litige concernant l'exécution d'un contrat a-t-elle généralement renoncé au bénéfice de cette clause, y compris pour les actions concernant la nullité d'un contrat du même ensemble contractuel ? Aucun texte ni aucun arrêt ne fournissait de solution. Cependant, la règle de l'estoppel, qui interdit de se contredire au détriment d'autrui, pourrait conduire à donner à la renonciation la portée la plus large³³⁰.

Ainsi, l'inapplicabilité de la clause pouvait être retenue. L'arrêt est néanmoins discutable car une telle solution manque de souplesse, les parties pouvant avoir intérêt à écarter la clause compromissoire pour certains litiges seulement³³¹.

Mais il n'en demeure pas moins que l'inapplicabilité, qualifiée de manifeste par l'arrêt, ne pouvait être caractérisée qu'au terme d'un raisonnement en deux temps, donc d'un raisonnement complexe.

92. Ces trois arrêts démontrent bien l'inadaptation des critères d'évidence et de facilité pour appréhender le caractère manifestement inapplicable de la convention d'arbitrage. Cela pourrait sembler contraire à la jurisprudence de la Cour de cassation, qui a énoncé à plusieurs reprises que le juge étatique ne peut pas « procéder à un examen substantiel et approfondi de la convention d'arbitrage »³³². Toutefois, nous verrons qu'il ne s'agit pas là de rejeter tout raisonnement complexe de la part du juge. Il s'agit simplement d'une conséquence du principe de validité de la convention existant en matière d'arbitrage international³³³.

CONCLUSION DU CHAPITRE

93. Au regard des arrêts analysés ci-dessus, il semble que l'appréciation des caractères sérieux ou manifeste ne puisse être justifiée que par un examen approfondi de la cause et une démonstration très étayée du bien-fondé des moyens ou d'une solution. Ce constat n'est pas limité aux procédures étudiées ici : il a déjà été fait à propos du contrôle de l'existence d'un moyen sérieux de cassation par le bureau d'aide juridictionnelle de la Cour de cassation³³⁴ ou du contrôle de l'existence de moyen sérieux d'annulation ou de

³²⁹ Cass., civ. 1^{ère}, 17 juin 1975, n° 74-13.160, *Bull. civ.*, I, n° 196 ; 6 juin 1978, n° 77-10.835, *id.* n° 214. Rapp. : Cass., civ. 2^e, 11 mars 1999, n° 96-16.418 ; civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, n° 04-19.290, *id.* n° 283.

³³⁰ M. DE FONTMICHEL, « Renonciation, extension et inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire », *AJ contrat* 2017. 343 ; D. MOURALIS, « Est manifestement inapplicable la clause compromissoire à laquelle les parties ont renoncé en saisissant le juge étatique », *JCP E* 2017. 694 ; L. WEILLER, « Inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire objet d'une renonciation », *Procédures* 2017. comm. 163.

³³¹ D. VIDAL, « Clause d'arbitrage manifestement inapplicable : la Cour de cassation à la recherche d'un juste équilibre ? », *Lexbase hebdo édition privée* n° 698, 11 mai 2017.

³³² Cass., civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, n° 03-12.034, *Bull. civ.*, I, n° 287.

³³³ Cf. n° 155.

³³⁴ J. BARTHÉLEMY, « Aide juridictionnelle », *Répertoire de contentieux administratif*, n° 17 ; L. BORÉ, « L'aide juridictionnelle », *Justice et cassation* 2008. 38, n° 15 ; Opinion en partie dissidente des juges Françoise TULKENS et Loukis LOUCAIDES pour l'arrêt Cour EDH, 19 sept. 2000, *Gnahoré*, n° 40031/98.

réformation par le premier président de la cour d'appel saisi d'une demande de sursis à exécution du jugement rendu par le juge de l'exécution³³⁵. Nous pouvons aussi citer les propos du sénateur Michel Dreyfus-Schmidt à propos de la création d'une formation restreinte à la Cour de cassation : « comment constater qu'un pourvoi contient ou non des moyens sérieux sans l'examiner de manière approfondie ? »³³⁶.

94. Doit-on pourtant se résigner à définir les concepts étudiés de façon nominaliste et considérer que « constitue un moyen sérieux celui que la Cour de cassation juge comme tel »³³⁷ ? L'échec de leur appréhension à partir de l'évidence ou de la facilité justifie-t-il de les regarder comme arbitraires et subjectifs³³⁸ ?

Bien que la jurisprudence puisse être irrationnelle et que les caractères sérieux ou manifeste puissent effectivement ne renvoyer à rien³³⁹, l'ampleur de la référence à ces caractères, son ancienneté et sa régularité nous invitent à la modestie et nous conduisent à penser qu'ils reposent sur un critère précis. Aussi, il nous semble nécessaire de ne pas s'arrêter au constat de l'inadéquation entre la jurisprudence et les définitions traditionnelles. Il faut aller plus loin et nous interroger sur la possibilité de définir les notions étudiées à partir du concept de certitude.

³³⁵ Art. 31 al. 3 décret 92-755 : C. GENTILI, *op. cit.*, n° 5.

³³⁶ M. DREYFUS-SCHMIDT, sénateur, intervention au Sénat, 6 oct. 1994, *JO Sénat* p. 4102.

³³⁷ L. POULET, *op. cit.*, p. 157.

³³⁸ Cf. n°s 173, 217 et 218.

³³⁹ Dans ce sens, expliquant l'exigence tenant au caractère manifeste de l'irrecevabilité, prévue par l'article L9 de l'ancien code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, n'est « qu'une clause de style sans signification juridique précise, un simple appel à la prudence, pas toujours entendu » (P. VIALATTE, « La mise en œuvre par les juridictions de premier degré de la procédure simplifiée de l'article L.9 du code des TA et des CAA en contentieux fiscal », *Revue de droit fiscal* 13 mars 1996, n° 100024, n° 17).

CHAPITRE II : PERTINENCE DE LA CERTITUDE

95. Face à l'échec de l'appréhension des caractères sérieux et manifeste à partir des critères d'évidence et de facilité, il nous semble encore possible de les définir à partir du concept plus large de certitude. Ce qui importerait réellement serait la possibilité ou l'impossibilité pour le juge d'atteindre, *via* un raisonnement et un examen attentif de la cause, une certitude quant au sort des moyens ou prétentions qui lui sont soumis, quant à la réponse aux questions soulevées devant lui. Dans cette perspective, toute contestation ou tout moyen dont le juge pourra se convaincre qu'il doit être rejeté sera non sérieux, nonobstant la complexité du raisonnement qui lui aurait permis d'arriver à une telle conclusion. À l'inverse, sera sérieux le moyen dont le juge aura acquis la certitude qu'il doit être accueilli ou à l'égard duquel il éprouve un doute qui lui paraît insurmontable. Pareillement, une question ne soulèvera de difficulté sérieuse que s'il semble impossible au juge dégager une réponse avec certitude, qui s'imposerait à l'exclusion de toute autre, et non pas dès le moment où il ne connaît pas la réponse. Symétriquement, les difficultés rencontrées dans la résolution de la question ne seront pas sérieuses lorsqu'elles peuvent être surmontées et qu'une solution univoque peut être dégagée à l'exclusion de toute autre avec certitude, fût-ce par l'intermédiaire d'une démonstration très étayée et bien argumentée. Quant caractère manifestement illicite du trouble, au caractère manifeste de la nullité ou de l'inapplicabilité d'une convention d'arbitrage, etc. il sera constitué toutes les fois que l'illicéité, la nullité ou l'inapplicabilité auront été établies, même au prix d'une analyse des éléments de preuve soumis au juge et d'une combinaison de différentes règles et principes applicables au litige.

L'admission de la certitude comme critère de définition des caractères sérieux et manifeste est toutefois loin d'être évidente et se heurte à des obstacles importants, qui semblent impliquer une définition fondée sur l'évidence ou la facilité et qui expliqueraient pourquoi la doctrine n'a jamais envisagé de définition autre que fondée sur ces critères.

Aussi, nous tenterons de démontrer que les caractères sérieux et manifeste doivent être appréhendés à travers le spectre de la certitude (section I), avant d'identifier les obstacles auxquels pourraient se heurter le recours à un tel concept et d'y répondre (section II).

SECTION I : RECONNAISSANCE DU CRITÈRE DE CERTITUDE

96. Reconnaître la pertinence du critère de certitude pour l'appréciation des caractères sérieux et manifeste conduit naturellement à se poser la question de son étendue. Quelles certitudes et quels doutes sont déterminants pour l'appréciation des caractères sérieux et manifeste ? Faut-il que le juge soit certain des éléments de fait et de droit ? Ainsi, par exemple, le juge des référés peut-il qualifier de manifestement illicite un trouble alors que le sens de la loi fondant cette illicéité lui apparaîtrait incertain ? Le caractère manifeste de l'illicéité implique-t-il que le juge soit certain du sens de la loi dont dépend l'illicéité et des éléments de fait conditionnant son application à l'espèce ? Est-il, en outre, nécessaire que le sens de la loi lui paraisse certain de façon générale et abstraite, ou seulement en ce qui

concerne son application à la cause ?

C'est pourquoi, après avoir montré que les caractères sérieux et manifeste se définissent à partir du concept de certitude (§1), nous nous attacherons à déterminer l'étendue de la certitude qu'ils requièrent (§2).

§1. Les caractères sérieux et manifeste définis à partir de la certitude

97. Deux éléments permettent d'asseoir une définition fondée sur la certitude. D'une part, les caractères sérieux et manifeste sont généralement appréciés au terme du raisonnement juridique, en fonction de la *persistance* d'un doute ou de la certitude *acquise* par le juge (I). D'autre part, la jurisprudence exclut toute autre considération dans cette appréciation ; malgré les préconisations de certains auteurs, elle refuse de tenir compte de l'existence d'un désaccord ou d'un doute exprimé par des tiers sur les points de droit et de fait en cause (II).

I/ Les caractères sérieux et manifeste dépendants de la certitude

98. Les arrêts étudiés au cours du chapitre précédent nous invitent à considérer que la nécessité de recourir à un raisonnement et de procéder à une analyse rigoureuse du dossier est sans incidence sur l'appréciation des caractères sérieux et manifeste. La complexité de la démonstration permettant d'écarter un moyen, de dégager la réponse à une question ou de conclure à une illicéité, nullité, inapplicabilité ou autres importe peu. Ce qui est déterminant, c'est le résultat du raisonnement et de la démonstration juridiques, non leur caractère. En effet, il semble que les caractères sérieux et manifeste ne soient envisagés qu'au terme du raisonnement, selon qu'un doute *subsiste* dans l'esprit du juge ou qu'il ait *acquis* une certitude sur le sort du moyen, la licéité d'un trouble, la résolution de la question, etc.

Il s'agira donc pour le juge de rechercher s'il existe des raisons objectives de douter. Dès lors que seul le doute qui résiste à l'analyse peut avoir une incidence sur les caractères sérieux et manifeste, le juge ne peut pas se contenter de son sentiment : il ne lui suffit pas de faire état d'un doute, il doit justifier ce doute en se référant à des éléments objectifs qui l'empêchent d'atteindre une certitude. Ainsi, les caractères sérieux et manifeste renvoient moins à un état d'esprit du juge qu'à une appréciation objective concernant la complétude du système juridique ainsi que la valeur et la pertinence des éléments de preuve qui lui sont soumis. Devant s'assurer qu'il y a lieu de douter, et non simplement sonder son for intérieur pour dire s'il doute, le juge sera amené à s'interroger et se prononcer sur la *possibilité* de construire une certitude. Pour emprunter au langage de la logique et des mathématiques, c'est la décidabilité du cas, son caractère résoluble ou non résoluble, qui sera véritablement en cause à travers l'appréciation des caractères sérieux et manifeste.

Ainsi, nous nous attacherons à montrer que les caractères sérieux et manifeste dépendent de la certitude ou du doute éprouvés par le juge au terme du raisonnement et de l'examen du dossier (A), pour insister ensuite sur l'objectivité de ces concepts, qui renvoient à une appréciation objective plutôt qu'à un sentiment du juge (B).

99. La difficulté sérieuse soulevée par une demande d'avis et le caractère sérieux d'une question prioritaire de constitutionnalité appréciés au terme d'un examen fond. La première manifestation de la pertinence de la certitude se trouve dans les travaux préparatoires aux avis rendus par la Cour de cassation. Bien que l'existence d'une difficulté sérieuse soit une condition de la recevabilité des demandes d'avis, les hauts conseillers ne se prononcent généralement pas sur ce point au stade de l'examen de la recevabilité, mais renvoient à l'examen du fond³⁴⁰. L'existence d'une difficulté sérieuse s'apprécie donc au regard de l'ensemble des éléments pertinents pour la résolution de la question. Elle se fait au terme du raisonnement et dépend donc de la conclusion de celui-ci ; si la réponse apparaît certaine et qu'il n'existe plus aucun doute dans l'esprit du juge, alors la question ne soulève aucune difficulté sérieuse³⁴¹. À l'inverse, il existera une difficulté sérieuse lorsque « plusieurs solutions s'offrent raisonnablement avec une égale pertinence »³⁴², ce qui ne peut s'apprécier qu'au terme du raisonnement.

De façon très similaire, le groupe de travail commun au Conseil d'État et à la Cour de cassation sur la question prioritaire de constitutionnalité a noté que « l'examen du caractère sérieux d'une question donne lieu à une recherche approfondie dans l'ensemble de la jurisprudence constitutionnelle pertinente »³⁴³.

³⁴⁰ E. DE LEIRIS, rapp. Cass., avis, 9 janv. 2017, n° 16-70.011 ; F. SCHMIDT, rapp. Cass., avis, 12 sept. 2016, n° 16-70.008, *Bull. civ.*, avis, à paraître ; G. GUÉHO, rapp. Cass., avis, 13 juin 2016, n° 16-70.003, *id.*, à paraître ; C. CARBONARO, rapp. Cass., avis, 29 févr. 2016, n° 15-70.005, *Bull. crim.*, à paraître ; A.-S. TEXIER, rapp. Cass., avis, 3 juin 2013, n° 13-70.003, *Bull. civ.*, avis, n° 9 ; D. CHAUCHIS, rapp. Cass., avis, 8 avr. 2013, n° 13-70.002, *id.* n° 7 ; L. LEROY-GISSINGER, rapp., Cass., avis, 13 févr. 2012, n° 11-00.008, *id.* n° 1 ; D. CARON, rapp. Cass., avis, 26 sept. 2006, n° 06-00.010, *Bull. crim.*, avis, n° 2. Voir aussi, procédant à un examen de la recevabilité après avoir examiné le fond de la demande : L. LE MESLE, concl. Cass., avis, 12 sept. 2016, précité. Rapp., concluant à l'absence de difficulté sérieuse au terme d'une analyse approfondie du fond : L. DAVENAS, rapp. Cass., avis, 4 mai 2010, n° 10-00.001, *Bull. crim.*, avis, n° 2. Voir encore, concluant à l'existence d'une difficulté sérieuse au stade de la recevabilité tout en ajoutant que « L'appréciation du sérieux de la question sera confirmée par son étude au fond » : R. BONHOMME, concl. Cass., avis, 3 juin 2013, n° 13-70.003, *Bull. civ.*, avis, n° 9.

³⁴¹ L. DAVENAS, cité à la note précédente.

³⁴² F. ZENATI, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *D.* 1992. 247. La formule est presque constamment reprise par les conseillers à la Cour de cassation, voir notamment : C. CARBONARO et P. CABY, rapp. et concl. Cass., avis, 5 mai 2014, n° 14-70.003 ; J. MOUTY-TARDIEU, rapp. Cass., avis, 24 mars 2014, n° 13-70.010 ; D. CHAUCHIS et B. DE BEAUPUIS, rapp. et concl. Cass., avis, 8 avr. 2013, n° 13-70.002 ; I. GUYON-RENARD, rapp. Cass., avis, 17 déc. 2012, n° 12-00.013 ; G. HENON, rapp. Cass., avis, 17 sept. 2012, n° 12-00.011 ; A. FOULQUIÉ, rapp. Cass., avis, 10 oct. 2011, n° 11-00.005 ; L. LAZERGES, rapp. Cass., avis, 7 févr. 2011, n° 10-00.009 ; F. AGOSTINI et P. FOERST, rapp. et concl. Cass., avis, 31 janv. 2011, n° 10-00.008 ; P. LABROUSSE, rapp. Cass., avis, 4 mai 2010, n° 10-00.001. Dans le même sens : V. ROULET, « La saisine pour avis : Conseil d'État et Cour de cassation », *LPA* 22 janv. 1992, n° 10, p. 12 ; H. M. DARNANVILLE, « La saisine pour avis du Conseil d'État et de la Cour de cassation », *AJDA* 2001. 416 ; J. et L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, Dalloz, 2015, n° 24-33, p. 77. Pour un exemple très clair où la pluralité de solutions envisageables implique la difficulté sérieuse : E. ALT, rapp. Cass., avis, 25 juin 2012, n° 12-00.005, *Bull. civ.*, avis, n° 5. Rapp., à propos des questions préjudicielles administratives : « d'une manière générale, les juges devraient exclure la clarté de la question en cas de pluralité des solutions possibles [...] » (B. SEILLER, « Questions préjudicielles », *op. cit.*, n° 74).

³⁴³ Groupe de travail commun au Conseil d'État et à la Cour de cassation, *Bilan quantitatif et qualitatif de la question prioritaire de constitutionnalité*, p. 8, disponible sur le site de la Cour.

100. Référence au doute subsistant. La certitude se présente encore comme le critère opérant dans un arrêt rendu du 19 novembre 1987, par lequel la chambre sociale de la Cour de cassation renvoie une question préjudicielle à la Cour de justice des Communautés européennes au motif qu'« eu égard notamment aux règles institutionnelles définies audit article 51 pour l'adoption de ces mesures de coordination, il *subsiste* une *incertitude* sur les dispositions régissant désormais le service des prestations familiales aux travailleurs migrants soumis à la législation française »³⁴⁴. La Cour de cassation subordonnant généralement la mise en œuvre du mécanisme préjudiciel européen à l'existence d'une difficulté sérieuse³⁴⁵, il semble que celle-ci soit caractérisée, comme en matière de demande d'avis, par la persistance d'un doute au terme du raisonnement. Inversement, la certitude acquise par le juge quant à l'application du droit européen exclurait tout renvoi ; le doute éprouvé initialement ne caractérise pas une difficulté sérieuse s'il a pu être levé par l'analyse des dispositions et de la jurisprudence européennes. Ainsi, le doute constitutif d'une difficulté sérieuse n'est donc pas le doute qui précède le raisonnement, le rend nécessaire faute d'évidence, mais le doute qui le termine ; point d'arrivée de la réflexion plutôt que point de départ.

La référence au doute subsistant n'est pas absente de la doctrine. Xavier Vuitton explique ainsi à propos des pouvoirs du juge des référés, que « si un doute *subsiste* [...], une contestation sérieuse existe »³⁴⁶. De même, il a pu être écrit que « c'est seulement lorsque l'état de la jurisprudence pousse dans le sens de l'inconstitutionnalité ou, du moins, laisse *persister* un doute *sérieux* sur la constitutionnalité de la disposition, qu'il y a lieu de renvoyer [la question prioritaire de constitutionnalité] »³⁴⁷. Des notions équivalentes, telles l'« incertitude raisonnable »³⁴⁸ ou le « doute réel »³⁴⁹, sont aussi utilisées pour définir les caractères sérieux et manifeste. L'incertitude et le doute éprouvés par le juge ne suffisent donc pas : encore faut-il qu'ils offrent une certaine résistance à l'analyse, qu'ils soient justifiés.

101. L'effacement de la distinction entre le trouble manifestement illicite et le trouble illicite. La définition des caractères sérieux et manifeste par la certitude est encore corroborée par les observations qui ont pu être faites à propos du trouble manifestement illicite. En effet, selon Bruno Petit, « doctrine et jurisprudence ne discutent pas de l'évidence mais du caractère illicite et se bornent à affirmer *après coup*, une fois ce caractère établi, qu'il l'est manifestement »³⁵⁰. Autrement dit, le caractère manifeste est établi au terme de la démonstration de l'illicéité, si celle-ci s'avère ne plus faire aucun doute à ce stade. Le trouble manifestement illicite n'est donc rien d'autre que le trouble dont

³⁴⁴ Cass., soc., 19 nov. 1987, n° 81-14.044, *Bull. civ.*, V, n° 653. Voir aussi Fort-de-France, 13 mars 2009, rapporté dans Cass., civ. 3^e, 13 juill. 2010, n° 09-15.115, où la cour d'appel statuant en référé rejette la demande au motif « qu'elle se heurte à une contestation sérieuse, dès lors qu'il *subsiste* une *incertitude* sur le tracé de la servitude de passage grevant son fonds ».

³⁴⁵ Cf. note 3.

³⁴⁶ X. VUITTON, « Référé. – Conditions générales des pouvoirs du juge des référés », *op. cit.*, n° 25.

³⁴⁷ S.-J. LIÉBER, D. BOTTEGHI et V. DAUMAS, « La question prioritaire de constitutionnalité vue du Conseil d'État », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* n° 29 (oct. 2010), p. 101.

³⁴⁸ J. NORMAND, « Les fonctions des référés », in J. VAN COMPENOLLE et G. TARZIA (dir.), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, p. 73, spéc. 82.

³⁴⁹ L. USUNIER, « La compatibilité de l'article 14 du Code civil avec les droits fondamentaux, une question dépourvue de caractère sérieux ? », *Rev. crit. DIP* 2012. 775, n° 14.

³⁵⁰ B. PETIT, *op. cit.*, p. 491.

l'illicéité est certaine au regard des éléments de fait et de droit débattus devant le juge³⁵¹. Jacques Normand observe ainsi : « en pratique, et de multiples décisions de censure le donnent à penser, l'attention se porte essentiellement, lorsqu'est en cause l'application de cette partie du texte, sur le caractère licite ou illicite du comportement à l'origine du trouble. Tantôt les chambres qui exercent un contrôle qualifient d'illicite ce que les juges du provisoire n'avaient pas voulu voir tel [...], tantôt elles refusent de déceler un trouble illicite là où ils en avaient pourtant découvert une manifestation [...] sans que le caractère manifeste ou non de l'illicéité ne soit spécialement analysé. Ce dont on discute, et qui doit être recherché en référé, c'est de savoir si le comportement à l'origine du trouble était illicite ou s'il ne l'était pas. Lorsqu'il l'est, on affirme qu'il l'est manifestement, et il est ainsi satisfait aux exigences du texte. [...] L'appréciation de l'illicéité demeure donc, pour l'application de la seconde branche de l'article 809 alinéa 1^{er}, le passage obligé. À l'inverse de ce qui a pu être écrit, il nous semble que ce n'est pas l'illicite qui s'efface au profit de l'évidence du trouble, c'est au contraire le manifeste qui tend à devenir secondaire, tandis que la recherche de l'illicéité occupe le premier plan. C'est dire que, quel qu'en doive être l'intensité, le contrôle de la Cour de cassation y est parfaitement en situation. [...] Le juge du trouble manifestement illicite est véritablement juge du droit »³⁵².

102. L'effacement de la distinction entre le moyen non sérieux et le moyen infondé. La définition des caractères sérieux et manifeste par la certitude s'impose encore au regard des explications de Franck Terrier, président de la troisième chambre civile de la Cour de cassation, qui, étudiant les décisions de non-admissions des pourvois, indique qu'il ne s'en dégage aucun « critère opératoire qui distinguerait le moyen non sérieux au sens de l'article 1014 du code de procédure civile du moyen seulement mal fondé. En pratique, il semble que le caractère plus ou moins irréprochable de l'arrêt attaqué est déterminant »³⁵³. Là encore, il apparaît que le caractère sérieux des moyens est apprécié à l'issue d'un examen approfondi de la cause, de sorte que le moyen non sérieux sera simplement le moyen dont le juge a acquis la certitude qu'il doit être écarté, alors que le moyen sérieux sera celui à l'égard duquel subsiste un doute, ou dont le juge est certain qu'il doit être accueilli.

À cet égard, l'on se reportera utilement à un arrêt du 22 octobre 1991, dans lequel la première chambre civile de la Cour de cassation a jugé que la cour d'appel devant qui la légalité d'un acte administratif était discutée, n'était pas tenue de surseoir à statuer dès lors « que l'exception d'illégalité soulevée ne présentait pas un caractère *suffisamment* sérieux

³⁵¹ « Il se peut donc que le bon droit du demandeur ne puisse être établi que par l'analyse d'éléments relevant du fond du droit. Mais dès lors que ce bon droit est établi, si le fait du défendeur y porte un trouble, ce trouble sera manifestement illicite » (L. LÉVY, note sous Cass., com., 27 oct. 1992, *JCP G* 1994. II. 22214). Voir aussi : A. PERDRIAU, « Le contrôle de la Cour de cassation en matière de référé », *JCP G* 1988. I. 3365, n° 18 à 20 où l'auteur explique que, dès lors que la preuve de l'illicéité d'un trouble est rapportée, la Cour de cassation tiendra cette illicéité pour manifeste.

³⁵² J. NORMAND, « Le contrôle de l'illicéité manifeste du trouble par la Cour de cassation », *RTD civ.* 1997. 216, précité. Du même auteur, voir aussi : « On sait en effet que le débat se concentre en cette matière sur la licéité ou l'illicéité de la situation ou du comportement litigieux, et que le caractère « manifeste » du trouble illicite passe généralement à l'arrière-plan. Le contrôle de la Haute juridiction porte habituellement sur la rectitude juridique de l'affirmation critiquée » (« Référé-provision. Le contrôle, par la Cour de cassation, de l'obligation non sérieusement contestable », *RTD civ.* 2001. 42, précité).

³⁵³ F. TERRIER, *op. cit.*, p. 100.

pour constituer une question préjudicielle »³⁵⁴. Si l'utilisation du terme « suffisamment » a été critiquée au motif que le « juge semble affirmer que des moyens, même sérieux, ne justifient pas le sursis à statuer »³⁵⁵, elle nous semble toutefois éclairer avantageusement la notion de contestation sérieuse. Il ne suffit pas qu'une contestation *paraisse* sérieuse, qu'elle fasse naître un doute dans l'esprit du juge, il faut qu'elle le soit suffisamment, c'est-à-dire qu'elle résiste à un examen attentif : la contestation qui susciterait un doute mais dont le caractère infondé peut être révélé n'est pas suffisamment sérieuse pour justifier le renvoi d'une question préjudicielle.

103. Retour sur les arrêts liant la difficulté sérieuse ou la contestation sérieuse à l'existence d'une analyse préalable. Plusieurs arrêts causent néanmoins un certain trouble car ils semblent définir le doute délimitant les caractères sérieux et manifeste comme un doute *ab initio*, constitué avant tout raisonnement. La Cour de cassation a ainsi cassé plusieurs jugements qui avaient refusé de renvoyer une question préjudicielle au juge administratif et avaient tranché cette question « à l'issue d'une analyse révélant le caractère sérieux de la difficulté soulevée ». Ces arrêts ont été rendus sur des questions relatives à l'appartenance d'un bien au domaine public³⁵⁶, à la validité d'une convention d'affermage conclue avec une commune³⁵⁷ ou à la légalité de la circulaire Pers. 793 du 11 août 1982 et/ou de la note du 23 février 2007 du Groupement Centre Sud-Est de Gaz de France³⁵⁸.

On pourrait voir là l'affirmation du critère d'évidence et l'idée selon laquelle toute question dont la résolution requerrait une analyse quelconque soulèverait une difficulté sérieuse. Tout doute éprouvé *ab initio* influencerait directement sur les caractères sérieux et manifeste. Cependant, ces arrêts ne doivent pas être compris ainsi. Ils n'énoncent pas que toute analyse d'un point litigieux caractérise un doute déterminant pour l'appréciation des caractères sérieux et manifeste ; ils relèvent plutôt que l'analyse réalisée *en l'espèce* révèle l'existence d'une difficulté sérieuse. Une telle lecture s'impose si l'on rapproche ces décisions des nombreux arrêts dans lesquels la Cour de cassation conclut à l'absence de difficulté sérieuse au terme d'une analyse³⁵⁹ ou énonce que les juges du fond doivent « rechercher » si le moyen soulevé devant eux est sérieux³⁶⁰. L'utilisation de ce verbe indique que le caractère sérieux d'un moyen n'est pas donné au juge et mais résulte d'une construction intellectuelle.

De plus, dans son avis pour l'arrêt du 13 décembre 2005, l'avocat général Jerry Sainte-Rose conclut à l'existence d'une difficulté sérieuse, non au motif que la juridiction du fond a procédé à une analyse pour répondre à la question, mais au motif que « la jurisprudence [administrative] relative au caractère accessoire d'un bien par rapport à une

³⁵⁴ Cass., civ. 1^{ère}, 22 oct. 1991, n° 90-12.793.

³⁵⁵ B. SEILLER, « Questions préjudicielles », *op. cit.*, n° 86.

³⁵⁶ Cass., civ. 1^{ère}, 13 déc. 2005, n° 04-14033, *Bull. civ.*, I, n° 501 ; 28 févr. 2006, n° 04-14032 ; 23 janv. 2007, n° 05-19.449, *id.* n° 39 ; 25 févr. 2009, n°s 06-17.648 et .0649.

³⁵⁷ Cass., civ. 1^{ère}, 12 juill. 2012, n° 11-16.445.

³⁵⁸ Cass., soc., 12 sept. 2012, n° 10-26.157 ; 26 juin 2013, n° 11-21.810 ; 16 oct. 2013, n° 12-13.933 ; 18 déc. 2013, n° 12-23.992 ; 4 févr. 2014, n° 13-10.060, *id.*, V, n° 44.

³⁵⁹ Cass., civ. 1^{ère}, 19 avr. 1988, n° 86-16.997, *Bull. civ.*, I, n° 113 ; 26 juin 1990, n° 89-10.541, *id.* n° 180 ; civ. 3^e, 16 janv. 2013, n° 11-24.213, *id.*, III, n° 2.

³⁶⁰ Notamment : Cass., soc., 29 nov. 1972, n° 71-40.612, *Bull. civ.*, V, n° 655 ; civ. 1^{ère}, 3 avr. 1979, n° 78-10.507, *id.*, I, n° 111 ; civ. 3^e, 21 juin 1995, n° 92-21.535 ; 26 févr. 1997, n° 94-19.939, *id.*, III, n° 44 ; 19 avr. 2000, n° 97-20.558 ; 1^{er} juill. 2014, n° 13-15.663.

dépendance du domaine public est quelque peu fluctuante et ne permet pas d'aboutir à une solution indiscutable »³⁶¹. Ce n'est donc pas tant le fait que la cour d'appel se soit interrogée sur la localisation des locaux³⁶² qui a entraîné la censure, mais le fait que les conséquences de ces différentes constatations sur l'appartenance au domaine public restent encore indéterminées au regard de la jurisprudence administrative. Cette observation peut être étendue à tous les arrêts relatifs à l'étendue du domaine public.

En ce qui concerne les arrêts qui portent sur les questions relatives à la légalité de la circulaire et de la note précitées, l'analyse réalisée par les juges du fond révèle que le grief tiré de l'illégalité de cette circulaire est fondé. Ils constatent en effet que « la note du 23 février 2007 restreint, sans respect des formalités préalables prévues par la circulaire Pers. 793 du 11 août 1982, le droit des salariés défini par cette circulaire »³⁶³ ou que « les dispositions de cette circulaire étant moins favorables aux salariés que celles contenues dans le code du travail, seules ces dernières devaient recevoir application »³⁶⁴. Il semble en aller de même en ce qui concerne l'arrêt relatif à la validité du contrat d'affermage conclu par une commune³⁶⁵. Le caractère sérieux du moyen fondant la question préjudicielle est donc établi au terme d'une analyse qui révèle son bien-fondé, plutôt qu'il se déduirait de la seule nécessité de procéder à une analyse.

Plus problématique est cependant un arrêt du 19 janvier 1988, par lequel par la chambre commerciale de la Cour de cassation énonce que « ayant estimé, au vu des pièces versées aux débats, que seul un examen approfondi des documents produits pouvait permettre de connaître la commune intention des parties et la nature exacte du contrat conclu entre elles, la cour d'appel [...] a pu, sans violer l'article 809, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile, retenir qu'il existait en l'espèce une contestation sérieuse excluant la compétence du juge des référés »³⁶⁶. La seule nécessité de procéder à un examen approfondi des pièces semble suffisante pour établir le caractère sérieusement contestable de l'obligation du défendeur. Cet arrêt n'a, à notre connaissance, aucun équivalent. Il est en outre quelque peu contradictoire dès lors que la cour d'appel a jugé « *au vu des pièces versées aux débats*, que seul un examen approfondi des documents produits pouvait permettre de connaître la commune intention des parties ». Il semble qu'en réalité, la cour d'appel ait estimé, après avoir analysé les documents produits, que ceux-ci ne lui permettaient pas en l'état de connaître avec certitude la commune intention des parties mais nécessitait une interprétation ou un complément d'instruction, plutôt qu'un examen approfondi.

³⁶¹ J. SAINTE-ROSE, concl. civ. 1^{ère}, 13 déc. 2005, citées par E. FATÔME, « La consistance du domaine public immobilier : évolution et questions ? », *AJDA* 2006, 1087. Voir aussi : L. RAPP, « Le code général de la propriété des personnes publiques », *RFDA* 2006, 916, note 146 ; G. ECKERT, « Compétence juridictionnelle pour statuer sur l'appartenance d'un bien au domaine public », *Contrats et Marchés publics* n° 3, Mars 2006, comm. 87.

³⁶² Cass., civ. 1^{ère}, 13 déc. 2005, n° 04-14033, *Bull. civ.*, I, n° 501 ; 28 févr. 2006, n° 04-14032.

³⁶³ Cass., soc., 4 févr. 2014, 13-10.060, *Bull. civ.*, V, n° 44.

³⁶⁴ Cass., soc., 12 sept. 2012, n° 10-26.157 ; 16 oct. 2013, n° 12-13.933 ; 18 déc. 2013, n° 12-23.992.

³⁶⁵ Cass., civ. 1^{ère}, 12 juill. 2012, n° 11-16.445. En effet, il était soutenu que le contrat était nul en raison de l'absence de droit de la commune sur les biens donnés affermés. Or, si les juges du fond avaient relevé que si les statuts de la société propriétaire des biens prévoyaient leur cession gratuite à la commune, ils ont également relevé que cette société « n'a pas mené à son terme la procédure d'intégration de ces installations dans le patrimoine communal ».

³⁶⁶ Cass., com., 19 janv. 1988, n° 85-17.918, *Bull. civ.*, IV, n° 45.

104. Retour à formule initiale du « doute dans un esprit éclairé ». L'ensemble de ces développements nous invitent à revenir sur les propos d'Édouard Laferrière, pour qui une question préjudicielle soulève une difficulté sérieuse lorsqu'elle est « de nature à faire naître un doute dans un esprit éclairé »³⁶⁷. « Éclairé » peut être synonyme d'« instruit » ou « cultivé », mais peut aussi signifier « qui reçoit de la lumière ». Selon la première acception, l'« esprit éclairé » auquel il est fait référence est une qualité générale et constante, qui s'acquiert par l'expérience acquise dans les prétoires et par la formation académique reçue³⁶⁸. Il s'oppose alors à l'esprit d'un profane : seul le doute éprouvé par un professionnel du droit est susceptible de rendre sérieuse la difficulté soulevée. Dans cette perspective, la difficulté sérieuse est réduite à un état d'esprit du juge. Il nous semble que cette lecture doit être rejetée et qu'il faille retenir la seconde acception, selon laquelle l'« esprit éclairé » est celui qui, *hic et nunc*, dispose d'informations suffisantes. Le débat contradictoire, la recherche des dispositions textuelles et jurisprudentielles pertinentes et leur analyse attentive sont autant d'éléments qui contribuent à faire un esprit éclairé, au même titre que la formation et l'expérience professionnelle du juge. Frédéric Dumon note dans ce sens : « il va de soi que le juge national ne peut se fonder sur son instinct, sur son information purement personnelle, pour décider s'il y a ou non une question. Il doit s'informer, notamment consulter la doctrine et la jurisprudence. Ce n'est pas lui seul qui peut apprécier s'il y a contestation sérieuse. *Il faut qu'il s'éclaire*. Il constatera alors s'il y a ou non sérieusement une question. C'est à ce moment-là seulement que l'on pourra dire qu'il n'y a pas de problème pour « un esprit éclairé » »³⁶⁹.

105. Objectivation de la certitude et du doute. Intervenant au terme du raisonnement et dépendant de la certitude du juge ou de l'existence d'un doute résiduel, l'appréciation des caractères sérieux et manifeste conduit le juge à s'interroger, outre sur la portée et la valeur des éléments de preuve qui lui sont soumis, sur les limites et les faiblesses du système juridique. Dès lors que seul le doute subsistant, c'est-à-dire le doute qui, résistant au raisonnement et à l'analyse, s'avère insurmontable, est pertinent pour l'appréciation des caractères sérieux et manifeste, le juge est généralement amené à porter un jugement sur la complétude du droit lorsqu'il se prononce sur ces caractères. En effet, il ne saurait se contenter de son sentiment mais doit s'assurer que celui-ci a un pendant objectif ; qu'il existe un vide juridique en raison duquel son doute est justifié et ne saurait être vaincu. Dire qu'un doute subsiste, c'est dire qu'il semble au juge que les ressources normatives constituant le système juridique sont insuffisantes. Ce n'est pas seulement affirmer un doute, mais aussi l'absence de certitude *possible*. Les caractères sérieux et manifeste procèdent ainsi d'une analyse objective³⁷⁰ qui porte sur le point de savoir s'il est

³⁶⁷ E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, tome I, Paris, Berger-Levrault, 1896, p. 498.

³⁶⁸ J.-F. CESARO, *op. cit.*, n° 379 et les références aux notes 36 et 38, p. 400.

³⁶⁹ F. DUMON, « Le renvoi préjudiciel (art. 41 CECA, 177 CEE et 150 CEA) – rapport », in Collège d'Europe, *Droit communautaire et droit national*, Semaine de Bruges 1965, Bruges, De Tempel, p. 243.

³⁷⁰ Édouard Laferrière ne prétendait pas autre chose lorsqu'il écrivait : « il est quelquefois difficile de distinguer entre la difficulté réelle et sérieuse devant laquelle le juge du fond doit surseoir et la difficulté purement apparente. *La difficulté qu'on peut éprouver à appliquer*, dans certains cas, *les principes de compétence*, comme tous autres principes du Droit, *ne prouve rien contre la vérité de ces règles*. Dans le doute, le juge doit – tel est du moins l'esprit de la jurisprudence du Conseil d'État – *exagérer* plutôt que restreindre sa déférence pour les pouvoirs d'un autre juge ; s'il hésite, il doit surseoir, car lorsqu'on est embarrassé de dire si une question est ou non douteuse, tout porte à croire qu'elle l'est réellement » (E. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, p. 499).

possible d'acquiescer une certitude ou si cela s'avère absolument impossible en raison des insuffisances du système juridique ou des éléments de preuve.

L'appréciation des caractères sérieux et manifeste repose donc sur une tentative d'objectivation du doute, qui doit être justifié. Dans ce sens, la jurisprudence se réfère généralement à des éléments objectifs, qui démontrent qu'il est impossible d'acquiescer une certitude, pour justifier de l'existence d'une difficulté sérieuse, d'un moyen sérieux, de l'absence de trouble manifestement illicite, etc.

B/Les caractères sérieux et manifeste dépendants de la possibilité objective d'acquiescer une certitude

106. L'insuffisance ou l'in vraisemblance des éléments de preuve, élément déterminant pour l'appréciation des caractères sérieux et manifeste. L'existence d'une contestation sérieuse à laquelle se heurtait une demande de provision formulée devant le juge suite à un accident de la circulation a pu être justifiée par l'absence d'élément de preuve permettant d'établir si le demandeur se trouvait dans son véhicule au moment de l'accident³⁷¹ ou s'il était le conducteur du véhicule accidenté³⁷². De même, la Cour de cassation a déjà considéré que la question de la délimitation du domaine public soulevait une difficulté sérieuse en raison de l'absence d'élément de preuve permettant de déterminer si une rue est à l'état de ruine ou si elle est affectée à la circulation du public³⁷³. L'on citera encore un arrêt dans lequel il a été jugé que la question de la nationalité du défendeur soulevait une difficulté sérieuse lorsque les documents produits par lui, dont la valeur probante n'était pas définie par la loi mais laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond, ne permettaient pas d'établir la réalité d'un lien de filiation mais le rendaient néanmoins probable³⁷⁴.

Parallèlement aux cas où les éléments de preuve sont insuffisants ou inexistant, leur invraisemblance peut justifier un doute et, donc, s'avérer déterminante pour l'appréciation des caractères sérieux et manifeste. Il a ainsi aussi pu être jugé que l'obligation pour le cocontractant d'un représentant de commerce de lui payer les commissions demandées était sérieusement contestable en raison de l'in vraisemblance des conclusions de l'expertise relative au nombre des ventes réalisées par le représentant³⁷⁵. Faute de disposer d'un élément de preuve crédible lui permettant de connaître le volume des ventes réalisées, le juge ne pouvait savoir si le paiement sollicité était effectivement dû.

Si les décisions relatives aux caractères sérieux et manifeste peuvent être justifiées par l'impossibilité d'atteindre une certitude sur les faits dont dépend la résolution du litige, elles peuvent également être fondées sur l'impossibilité d'atteindre une certitude sur le sens et la portée des règles de droit applicables. L'appréciation des caractères sérieux et manifeste s'apparente alors à un jugement porté sur la complétude du droit, le doute du

³⁷¹ Cass., civ. 2^e, 19 juin 1991, n° 90-13.301, *Bull. civ.*, II, n° 188.

³⁷² Cass., civ. 2^e, 10 mars 2004, n° 01-14.794, *Bull. civ.*, II, n° 119.

³⁷³ Cass., civ. 1^{ère}, 14 juin 2000, n° 98-18.576. Si des éléments du dossier démontraient que « le bourg était partiellement habité, que certaines voies étaient affectées à la circulation publique y compris aux véhicules automobiles et que le courrier était distribué », ils ne permettaient pas de connaître l'état de l'ensemble des rues et chemins.

³⁷⁴ Cass., civ., 25 avr. 1877, *D.* 1877. 1. 203.

³⁷⁵ Cass., soc., 9 févr. 1977, n° 75-12.775, *Bull. civ.*, V, n° 96.

juge pouvant être justifié par l'absence de règles disponibles permettant de résoudre les problèmes dont il est saisi, par l'ambiguïté des règles en vigueur ou par leur contradiction.

107. L'absence de règle, élément déterminant pour les caractères sérieux et manifeste. Une première illustration du lien entre la complétude du droit et les caractères sérieux et manifeste est fournie par le rapport rédigé en vue d'un avis du 26 juin 2006 qui conclut à l'existence d'une difficulté sérieuse en raison d'un « vide juridique »³⁷⁶. L'avis de l'avocat général pour l'avis du 14 janvier 2013 conclut pareillement à l'existence d'une difficulté sérieuse en raison de l'absence de règle résolvant la question posée à la Cour de cassation³⁷⁷. De même, la Cour de cassation a pu considérer que la question de droit de l'Union européenne dont elle avait à connaître soulevait une difficulté sérieuse dès lors que la jurisprudence européenne ne se prononçait pas sur la situation en cause³⁷⁸. Il a également été jugé par la Cour de cassation que « le litige présente à juger une question de compétence qui soulève une difficulté sérieuse de nature à justifier le renvoi devant le Tribunal des conflits » en raison de l'inapplicabilité au litige des critères dégagés par le Tribunal dans un arrêt précédent³⁷⁹ ou en raison du silence des textes sur la juridiction compétente pour statuer sur les contestations dirigées contre l'arrêté préfectoral constatant la non-mise en valeur de terres agricoles incultes et adopté sur le fondement de l'article 39 de l'ancien code rural³⁸⁰.

³⁷⁶ CHARDONNET et F. RENAULT-MALIGNAC, rapp. Cass., avis, 26 juin 2006, n° 06-00.004, *Bull. civ.*, avis, n° 3.

³⁷⁷ « Aucune disposition légale ne régleme les conséquences du non-respect de ces délais à l'origine d'un certain nombre de contentieux tranchés par des décisions divergentes des juridictions prud'homales et des cours d'appel » (G. TAFFALEAU, concl. Cass., avis, 14 janv. 2013, n° 12-00.014, *Bull. civ.*, avis, n° 1).

³⁷⁸ Cass., com., 4 janv. 1994, n° 91-18.964 ; 8 mars 2016, n° 14-13.540. Voir aussi : civ. 1^{ère}, 21 juin 1988, n° 86-11.448, *Bull. civ.*, I, n° 197 ; com., 19 déc. 2006, n° 03-12.724, *id.*, IV, n° 253. Si ces deux arrêts ne font pas référence à la difficulté sérieuse, il s'agit néanmoins d'une condition générale du renvoi selon la jurisprudence de la Cour de cassation.

³⁷⁹ Cass., civ. 2^e, 13 sept. 2007, n° 06-17.428. Dans son arrêt du 15 février 1999 (n° 03021, *Lebon* 441), le Tribunal des conflits avait jugé que la responsabilité des membres de l'enseignement public, à laquelle est substituée celle de l'État, était engagée du fait d'un accident subi par un enfant « au cours d'une activité organisée dans le cadre de l'enseignement sous la responsabilité du directeur d'école et de l'instituteur chargé de la classe », nonobstant le fait qu'il ait été placé sous la surveillance d'un moniteur, agent de la commune, plutôt que sous celle de l'instituteur. Cette solution ne constituait qu'une application de la loi du 5 avril 1937, citée par le Tribunal, selon laquelle « Dans tous les cas où la responsabilité des membres de l'enseignement public à la suite ou à l'occasion d'un fait dommageable commis, soit par les enfants ou jeunes gens qui leur sont confiés à raison de leurs fonctions, soit à ces enfants ou jeunes gens dans les mêmes conditions, la responsabilité de l'État sera substituée à celle desdits membres de l'enseignement [...] Il en sera ainsi toutes les fois que, pendant la scolarité ou en dehors de la scolarité, dans un but d'éducation morale ou physique, non interdit par les règlements, les enfants ou jeunes gens confiés ainsi aux membres de l'enseignement public se trouveront sous la surveillance de ces derniers ». Or, dans l'affaire dont la Cour de cassation était saisie, le dommage avait été subi par l'enfant alors qu'il était « sous la surveillance d'agents communaux pendant "l'interclasse" après le déjeuner précédant la reprise de la scolarité », soit en dehors de toute activité d'enseignement. Il n'existait donc aucune disposition permettant de déterminer précisément si la responsabilité de l'État pouvait être engagée.

³⁸⁰ Cass., civ. 1^{ère}, 5 juill. 1983, n° 82-12.689, *Bull. civ.*, I, n° 198. L'article 43 du code rural énonçait : « Les contestations relatives à la constatation de l'état d'inculture prévue à l'article 39 sont portées devant le tribunal paritaire de baux ruraux./ Les contestations relatives à l'état des fonds incultes dressé en application de l'article 40 et à l'autorisation d'exploiter accordée par le préfet en vertu de ce même article, sont portées devant le tribunal administratif ». Le texte demeurait donc silencieux sur les

108. L’ambiguïté d’un texte ou de la jurisprudence, élément déterminant pour l’appréciation des caractères sérieux et manifeste. Outre l’absence de règle, l’ambiguïté d’un texte peut également s’avérer déterminante pour l’appréciation des caractères sérieux et manifeste. Qu’elle concerne les conditions d’application du texte ou les conséquences de son application, l’ambiguïté légitime le doute du juge, elle révèle qu’il est impossible d’atteindre une certitude sur le point de droit discuté. Ainsi, alors qu’elle s’interroge sur l’existence d’une difficulté sérieuse soulevée par une demande d’avis, Anne-Sophie Texier, conseiller référendaire à la Cour de cassation, relève : « Le livre VI du code de commerce ne définit ni « l’intérêt collectif des créanciers », ni les actions en justice qui participent de cet intérêt. Quant à l’extension de procédure collective, sa finalité et ses effets ne sont pas inscrits dans la loi. »³⁸¹. De même, en matière de référé, l’existence d’une contestation sérieuse est souvent rattachée à l’ambiguïté du contrat liant les parties³⁸² et a même pu tirée de l’imprécision de la notion de gros ouvrage figurant à l’article 2270 ancien du Code civil³⁸³. Il a également été jugé que le trouble dont la cessation était recherchée en référé n’était pas manifestement illicite en raison « d’un doute sur la qualification de cigarette électronique »³⁸⁴ ou en raison de l’imprécision du contrat conclu entre les parties et dont le défendeur prétendait qu’il justifiait le trouble³⁸⁵. De façon tout à fait similaire, la chambre commerciale a déjà pu justifier le renvoi d’une question préjudicielle à la Cour de justice de l’Union européenne, ce qui implique généralement une difficulté sérieuse, au motif que « les arrêts précités de [cette juridiction] qui tendent à admettre la recevabilité de l’action en restitution des taxes ou cotisations perçues en méconnaissance de l’obligation de notification soit ne se prononcent sur ce point que de manière implicite, soit ont trait à un régime d’aide [différent de celui en cause] »³⁸⁶. Le renvoi à la Cour de justice a aussi pu être décidé en raison de l’absence de définition suffisamment précise de la prestation contributive, pour laquelle le règlement

contestations dirigées contre les autres actes adoptés dans le cadre de l’article 39. Il peut être observé, à cet égard, que le Conseil d’état saisi de la même question avait aussi conclu à l’existence d’une difficulté sérieuse et saisi le Tribunal des conflits (CE, 6 mai 1983, n° 27234).

³⁸¹ A.-S. TEXIER, rapp. Cass., avis, 3 juin 2013, n° 13-70.003, *Bull. civ.*, avis, n° 9.

³⁸² Cass., civ. 1^{ère}, 26 avr. 1978, n° 76-14.424, *Bull. civ.*, I, n° 157 ; 14 avr. 1982, n° 81-10.566, *id.* n° 127 ; 11 mai 1982, n° 81-12.191, *id.* n° 169 ; civ. 3^e, 26 févr. 1986, n° 84-14.371 ; 10 févr. 1988, n° 86-18.864, *id.*, III, n° 34 ; civ. 1^{ère}, 31 mars 1998, n° 96-13.781, *id.*, I, n° 137 ; 4 juill. 2006, n° 05-11.591, *id.*, I, n° 337 ; civ. 3^e, 15 sept. 2010, n° 09-15.928 ; civ. 2^e, 16 sept. 2010, n° 09-16.827 ; civ. 3^e, 9 mars 2011, n° 09-70.930 ; civ. 2^e, 23 juin 2011, n° 10-20.076 ; com., 23 sept. 2014, n° 13-11.836, *id.*, IV, n° 140. B. LYONNET, « Les pouvoirs du juge des référés, en fonction des notions de contestation sérieuse et d’apparence du droit », *Revue de jurisprudence commerciale* 1975. 3. Voir aussi les références doctrinales citées à la note suivante.

³⁸³ Cass., civ. 3^e, 5 juill. 1989, n° 87-18.333, *id.*, III, n° 159. Rapp. : civ. 3^e, 4 janv. 1979, n° 77-15.234. Voir, définissant l’ambiguïté de la loi invoquée par le demandeur comme la cause d’une contestation sérieuse : Y. STRICKLER, *op. cit.*, p. 114 s. ; A. LIENHARD, « Assistance du dirigeant par un avocat lors de sa révocation », *D.* 2006, p. 1533 ; J. HÉRON et T. LE BARS, *op. cit.*, n° 407, p. 335 ; E. GARSONNET et C. CÉZAR-BRU, *Traité théorique et pratique de procédure*, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, Paris, 1904, tome VIII, p. 334, §3008 ; M.-C. RONDEAU-RIVIER, « L’évidence et la notion de contestation sérieuse », *Gaz. Pal.* 1991. 1. 355, spéc. 356 ; J. NORMAND, « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », *RTD civ.* 1979. 650.

³⁸⁴ Cass., com., 24 mai 2016, n° 14-25.210.

³⁸⁵ Cass., civ. 2^e, 8 juin 2000, n° 98-13.807.

³⁸⁶ Cass., com., 14 déc. 2004, n° 02-31.241, *Bull. civ.*, IV, n° 224.

1408/71/CE abolit toute clause de résidence dans l'État payeur³⁸⁷, de l'imprécision de la notion de déchet employée par la directive 75/442/CEE³⁸⁸ ou de la notion de prestation de service et de l'insuffisance de la jurisprudence européenne s'y rapportant³⁸⁹. La Cour de cassation a encore pu décider de saisir le Tribunal des conflits d'une question relative à la répartition des compétences entre les juridictions administratives et judiciaires, au motif qu'il existait une difficulté sérieuse dès lors qu'il n'existait pas de définition opérante de la contribution directe, de la contribution indirecte et de la contribution *sui generis*³⁹⁰, qu'il était nécessaire d'affiner la définition du contrat administratif³⁹¹ ou que la définition de la voie de fait était insuffisante³⁹². Enfin, il a pu être décidé que l'inapplicabilité d'une convention d'arbitrage dont se prévaut une partie ne revêt pas un caractère manifeste lorsqu'une interprétation de la convention est nécessaire³⁹³.

109. La contradiction de règles ou de décisions, élément déterminant pour l'appréciation caractères sérieux et manifeste.

L'appréciation des caractères sérieux et manifeste pourra encore être fondée sur l'existence d'une contradiction entre différentes règles qu'aucune règle de conflit ne résout. Le rapport pour l'avis du 8 septembre 2014 en témoigne³⁹⁴, ainsi qu'un arrêt du 7 novembre 2006 par lequel la chambre sociale de la Cour de cassation saisit la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle en raison de la contradiction entre l'article 6 et l'article 18 du règlement n° 44/2001, qui fixent des règles de compétences concurrentes³⁹⁵. Un arrêt du 6 mars 2001 est encore en ce sens. La première chambre civile de la Cour de cassation y renvoie une question préjudicielle au Tribunal des conflits au motif qu'il existait une difficulté sérieuse³⁹⁶. Elle s'appuie, à cet égard, sur le conflit entre, d'une part, la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985, et, d'autre part, les lois du 28 pluviôse an VIII et du 31 décembre 1957. Le premier texte donne compétence aux juridictions judiciaires pour connaître de l'action en réparation de la victime d'un accident de la circulation, et prévoit que sa faute réduit son indemnisation. Les seconds consacrent la compétence des juridictions administratives pour connaître des actions en réparation des dommages causés par le mauvais entretien d'un ouvrage public. Dans cette affaire, c'est la société concessionnaire d'une autoroute qui se présentait comme victime de l'accident causé par un automobiliste, cet accident ayant causé des dommages à l'infrastructure et lui ayant donc causé un préjudice matériel. La conductrice à l'origine de l'accident reprochait à la société concessionnaire un défaut

³⁸⁷ Cass., civ. 2^e, 21 juin 2005, n° 04-30.050, *Bull. civ.*, II, n° 160.

³⁸⁸ Cass., civ. 3^e, 28 mars 2007, n° 04-12.315.

³⁸⁹ Cass., civ. 2^e, 10 sept. 2009, n° 09-10.445.

³⁹⁰ Cass., com., 29 janv. 2008, n° 06-10.423.

³⁹¹ Cass., ass., 4 juill. 1997, n° 93-21.167, *Bull. civ.*, A. P., n° 9. Rapp. : civ. 1^{ère}, 8 avr. 1986, n°s 84-12.224 et 84-16545, *id.*, I, n° 79.

³⁹² Cass., civ. 1^{ère}, 6 févr. 2013, n° 12-10.048.

³⁹³ Cass., civ. 1^{ère}, 30 sept. 2009, n° 08-15.708 ; 24 févr. 2016, n° 14-26.964, *Bull. civ.*, I, à paraître.

³⁹⁴ « En l'espèce, l'arbitrage entre les deux textes est d'autant plus incertain qu'ils ont tous deux une valeur réglementaire et que la règle "*specialia generalibus derogant*" est d'application malaisée : l'article R. 1454-13 du code du travail concerne tous les mandataires habilités à représenter les parties ; les articles 416 et 417 code de procédure civile concernent tous les avocats. La condition [de l'existence d'une difficulté sérieuse] paraît donc remplie » (H. ADIDA-CANAC, rapp. Cass., avis, 8 sept. 2014, n° 14-70.005).

³⁹⁵ Cass., soc., 7 nov. 2006, n° 04-44.713, *Bull. civ.*, V, n° 323.

³⁹⁶ Cass., civ. 1^{ère}, 6 mars 2001, n° 99-11.083.

d'entretien de la voirie, dont elle soutenait qu'il avait conduit à la réalisation de l'accident. Ce moyen de défense entre donc également dans le champ des lois de 1985 et du 28 pluviôse an VIII, puisqu'il s'agit de limiter l'indemnisation due par la victime d'un accident de la circulation en raison de sa faute et, dans le même temps, de juger de l'existence d'un dommage imputable à des travaux publics. L'on rappellera encore que le caractère fluctuant de la jurisprudence administrative a déjà été invoqué pour caractériser la difficulté sérieuse soulevée par une question préjudicielle³⁹⁷.

110. Éléments de droit comparé. Il est intéressant de relever que le Conseil d'État recourt aux mêmes justifications pour étayer le doute qu'il éprouve quant à l'application du droit de l'Union européenne et caractériser une difficulté sérieuse³⁹⁸.

111. Les développements qui précèdent ont permis de montrer la pertinence de la définition des caractères sérieux et manifeste à partir du concept de certitude. Ils relèvent d'une appréciation faite au terme du raisonnement par laquelle le juge s'interroge sur l'état objectif du droit ainsi que sur la valeur et la portée des éléments de preuve qui lui sont soumis. Une telle lecture est corroborée par le fait que la jurisprudence semble exclure toute considération étrangère à la certitude acquise par le juge ou au doute insurmontable qu'il éprouve pour déterminer si un moyen est sérieux, s'il existe une difficulté sérieuse, si un trouble est manifestement illicite, etc.

II/ Les caractères sérieux et manifeste indépendants de toute considération étrangère à la certitude

112. Le lien supposé entre le désaccord et les caractères sérieux et manifeste. Il semble généralement admis que l'existence d'un désaccord sur la réponse à apporter à une question préjudicielle est caractéristique d'une difficulté sérieuse. C'est ainsi que, par un arrêt du 28 mars 1889, la Cour de cassation a jugé qu'il y avait lieu de renvoyer à l'autorité diplomatique une question préjudicielle au motif que l'interprétation du traité « a donné lieu à des solutions diverses »³⁹⁹. Bien plus récemment, la chambre commerciale a renvoyé une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne après avoir relevé qu'il existait une difficulté sérieuse et que cette question, « qui se pose dans des termes similaires dans tous les États membres, [recevait] des réponses divergentes »⁴⁰⁰. Dans ce sens, des auteurs soutiennent qu'il faut considérer qu'une question de droit de l'Union européenne soumise au juge national soulève une difficulté sérieuse dès lors qu'il existe

³⁹⁷ J. SAINTE-ROSE, concl. civ. 1^{ère}, 13 déc. 2005, citées par E. FATÔME, « La consistance du domaine public immobilier : évolution et questions ? », *AJDA* 2006. 1087, précité.

³⁹⁸ C. VOCANSON, *Le Conseil d'État français et le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne*, thèse Saint-Étienne, 2012, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2014, n^{os} 66 à 69.

³⁹⁹ Cass., civ., 28 mars 1889, S. 1889. I. 435. La question diplomatique a toutefois été abandonnée suite à la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme (Cour EDH, 24 nov. 1994, *Beaumartin c/ France*, n^o 15287/89) : Cass., civ. 1^{ère}, 19 déc. 1995, n^o 93-20.424, *Bull. civ.*, I, n^o 470.

⁴⁰⁰ Cass., com., 20 mai 2008 (3 arrêts), n^{os} 06-20.230, 05-14.331 et 06-15.136, *Bull. civ.*, IV, n^o 101.

un désaccord sur la façon de la résoudre entre les membres de la formation de jugement⁴⁰¹, entre différentes juridictions⁴⁰², entre une partie de la doctrine et une juridiction⁴⁰³. Nombreux sont aussi les travaux préparatoires aux avis de la Cour de cassation qui concluent à l'existence d'une difficulté sérieuse en raison d'une divergence dans les réponses apportées par les juridictions du fond⁴⁰⁴. De même, dans ses conclusions pour un avis du Conseil d'État du 7 juillet 1989⁴⁰⁵, le commissaire du gouvernement avait estimé que la question concernant la légalité d'un décret soulevait une difficulté sérieuse dès lors que s'il concluait à son illégalité, une formation administrative du Conseil d'État l'avait considéré licite, puisqu'elle avait émis un avis conforme⁴⁰⁶. Enfin, des auteurs soutiennent que les chambres civiles de la Cour de cassation ne peuvent statuer en formation restreinte qu'à l'unanimité⁴⁰⁷. La pratique semble aller dans ce sens⁴⁰⁸. Bien qu'aucun texte n'impose expressément une telle solution⁴⁰⁹, qui relève du simple usage interne à la Cour⁴¹⁰, tout désaccord entre les magistrats du siège ou même avec l'avocat général⁴¹¹ caractériserait une difficulté sérieuse interdisant de statuer en formation restreinte, cette formation ne pouvant connaître que des pourvois dont la solution s'impose⁴¹².

⁴⁰¹ M. BROBERG et N. FENGER, *Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne*, Larcier, 2013, p. 303 à 305 ; « L'application de la doctrine de l'acte clair par les juridictions des États membres », *RTD eur.* 2010. 861, spéc. p. 873 ; C. VOCANSON, *Le Conseil d'État français et le renvoi préjudiciel...*, *op. cit.*, n° 140, p. 117.

⁴⁰² M. BROBERG et N. FENGER, *Le renvoi préjudiciel...*, *op. cit.*, p. 304 ; « L'application de la doctrine de l'acte clair... », *op. cit.*, p. 874.

⁴⁰³ C. VOCANSON, *Le Conseil d'État français et le renvoi préjudiciel...*, *op. cit.*, n° 140, p. 116

⁴⁰⁴ P. BEAU, concl. Cass., avis, 4 janv. 2016, n° 15-70.004, *Bull. civ.*, avis, à paraître ; S. TRÉARD, rapp. Cass., avis, 3 mars 2014, n° 13-70.008, *id.* n° 2 ; J.-C. LAUTRU, concl. Cass., avis, 6 oct. 2008, n° 08-00.009, *Bull. civ.*, avis, n° 7 ; T. MOUSSA, rapp. Cass., avis, 2 avr. 2007, 07-00.007, *Bull. civ.*, avis, n° 4. Rapp., procédant à une recherche de décisions divergentes sans en trouver : D. CHAUCHIS, rapp. Cass., avis, 8 avr. 2013, n° 13-70.002, *id.* n° 7 ; A.-S. TEXIER, rapp. Cass., avis, 3 juin 2013, n° 13-70.003, *Bull. civ.*, avis, n° 9.

⁴⁰⁵ CE, avis, 7 juill. 1989, n° 106902, *Lebon* 160.

⁴⁰⁶ Concl. Laroque, cité par A. ASHWORTH, « Singularité et tradition : l'article 12 de la loi du 31 décembre 1987 », *RDP* 1990. 1439 spéc. p. 1448. Rapp., critiquant le Conseil d'État pour n'avoir pas renvoyé une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne en se fondant sur une interprétation des dispositions européenne différente de celle retenue par le commissaire du gouvernement : B. SEILLER, « Questions préjudicielles », *op. cit.*, n° 72.

⁴⁰⁷ S. AMRANI-MEKKI, « Les textes organisant la non-admission des pourvois... », *op. cit.*, p. 28 ; V. VIGNEAU, *op. cit.*, p. 108 ; A. PERDRIAU, « La non-admission des pourvois », *op. cit.*, n° 40.

⁴⁰⁸ D. TRICOT, « L'élaboration d'un arrêt de la Cour de cassation (1) », *op. cit.*, n° 8 et 18 ; V. VIGNEAU, *op. cit.*, p. 108.

⁴⁰⁹ En matière pénale, en revanche, l'article 567-1-1 du code de procédure pénale énonce que « le renvoi [à la formation ordinaire] est de droit si l'un des magistrats composant la formation restreinte le demande ». Cette formule figurait initialement au sein de l'article L131-6 du code de l'organisation judiciaire, instituant la formation restreinte au sein des chambres civiles, mais elle a disparu avec la loi n° 97-395 du 23 avril 1997.

⁴¹⁰ « Il est toutefois d'usage que si l'un ou l'autre de ces trois magistrats, lors de l'étude du dossier ou au moment du délibéré, le demande, l'affaire soit renvoyée devant la formation de section de la chambre (FS) en application des dispositions de l'article L. 131-6, alinéa 3, du Code de l'organisation judiciaire. » (D. TRICOT, « L'élaboration d'un arrêt de la Cour de cassation (1) », *op. cit.*, n° 8). Dans le même sens, Claire Favre, Présidente de la même chambre, relève que « le refus d'admission doit être unanime en matière pénale », sans faire mention de cette exigence en matière civile (C. FAVRE, « La procédure de non-admission des pourvois en cassation », *in Le juge de cassation en Europe*, Dalloz, 2012, p. 41, spéc. p. 45).

⁴¹¹ A. PERDRIAU, « La non-admission des pourvois », *op. cit.*, n° 40.

⁴¹² Art. L441-1 COJ.

Mais le désaccord n'est pas regardé comme un élément déterminant uniquement en ce qui concerne la difficulté sérieuse. En effet, la Cour de cassation a été très critiquée pour avoir jugé non sérieuse une question prioritaire de constitutionnalité au motif que le principe dont le demandeur se prévalait ne constituait pas un principe fondamental reconnu par les lois de la République⁴¹³, alors pourtant que le Conseil d'État avait retenu la solution contraire. Le désaccord sur l'existence d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République impliquait, selon les auteurs, que la question avait un caractère sérieux⁴¹⁴. Par ailleurs, il est généralement soutenu que la non-admission d'un pourvoi ne peut pas être prononcée lorsque le bien-fondé ou la recevabilité d'un des moyens font l'objet d'un désaccord entre les membres de la formation de jugement⁴¹⁵ ou entre la formation de jugement et l'avocat général⁴¹⁶. Un tel désaccord imposerait de regarder le moyen comme sérieux et interdisant de considérer comme manifestes son irrecevabilité ou son absence de fondement.

113. L'influence supposée de l'appréciation portée par les tiers sur les caractères sérieux et manifeste. Il semble également admis que, outre le désaccord, le juge devrait tenir compte de l'avis exprimé par des tiers quant au caractère sérieux d'un moyen, au caractère manifeste d'une appréciation ou à l'existence d'une difficulté sérieuse. Ainsi, il a pu être soutenu que le Conseil d'État perdait toute marge d'appréciation en ce qui concerne le point de savoir si une question préjudicielle de droit de l'Union européenne soulève une difficulté sérieuse lorsque le rapporteur public a conclu à l'existence d'une telle difficulté⁴¹⁷. De même, le juge judiciaire perdrait toute marge d'appréciation en ce qui concerne l'existence d'une difficulté sérieuse soulevée par une question préjudicielle administrative lorsque l'administration aurait conclu à l'existence d'une telle difficulté⁴¹⁸.

Déterminant pour l'identification d'une difficulté sérieuse, l'avis des tiers serait tout aussi important pour l'appréciation du caractère sérieux d'un moyen ou du caractère manifeste d'une solution. Dans ce sens, il a longtemps été avancé que la non-admission ne pourrait pas être prononcée contre les pourvois bénéficiant de l'aide juridictionnelle⁴¹⁹. En effet, en attribuant l'aide juridictionnelle, le bureau d'aide juridictionnelle de la Cour de cassation a estimé que le pourvoi n'était pas manifestement irrecevable et que le moyen

⁴¹³ Cass., ass., 20 mai 2011, n^{os} 11-90.025, 11-90.032 et .033, *Bull. crim.*, A. P., n^{os} 6, 7 et 8. Ces arrêts sont étudiés *supra* (cf. n^o 66).

⁴¹⁴ D. ROUSSEAU, « La Cour de cassation a ses raisons, la raison les siennes », *Gaz. Pal.* 31 mai 2011, p. 7 ; H. MATSOPOULOU, « L'application de la constitution par le juge judiciaire... en droit pénal », in A. MARTINON et F. PETIT (dir.), *Le juge judiciaire et la Constitution*, Dalloz, 2012, p. 92 – 94, précité ; B. DE LAMY, « La conception constitutionnelle de la légalité pénale et les aléas de la jurisprudence de la chambre criminelle », *RSC* 2012. 221. Articles déjà cités.

⁴¹⁵ S. AMRANI-MEKKI, « Les textes organisant la non-admission des pourvois... », *op. cit.*, p. 28 ; V. VIGNEAU, *op. cit.*, p. 108 ; A. PERDRIAU, « La non-admission des pourvois », *op. cit.*, n^o 40.

⁴¹⁶ A. PERDRIAU, « La non-admission des pourvois », *op. cit.*, n^o 40.

⁴¹⁷ C. VOCANSON, *Le Conseil d'État français et le renvoi préjudiciel...*, *op. cit.*, n^o 140, p. 117.

⁴¹⁸ J.-X. BRÉMOND, *Traité théorique et pratique de la compétence administrative*, Paris, L. Larose, 1894, n^o 111, p. 17.

⁴¹⁹ G. CANIVET, *op. cit.*, p. 2197. Jusqu'à très récemment la pratique des chambres de la Cour de cassation allait dans ce sens : A. PERDRIAU, « La non-admission des pourvois », *op. cit.*, n^o 9 ; J.-F. WEBER, *La Cour de cassation*, La documentation française, 2006, p. 38 et 39 ; P. BLONDEL, in S. AMRANI-MEKKI et L. CADIET (dir.), *op. cit.*, p. 96. Mais depuis septembre 2016, l'octroi de l'aide juridictionnelle n'empêche plus le prononcé d'un arrêt non spécialement motivé : *Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, avr. 2017, p. 99.

reposait sur un moyen sérieux, appréciation qui lierait la formation de jugement⁴²⁰. La non-admission serait également exclue lorsque l'avocat général ou l'un des membres de la formation de jugement considèrent que les moyens au soutien du pourvoi sont sérieux ou que l'irrecevabilité du pourvoi n'est pas manifeste⁴²¹, même si l'ensemble des membres de la formation de jugement ou la majorité estiment que le pourvoi est irrecevable et les moyens sont irrecevables et/ou infondés.

114. Une analyse attentive de la jurisprudence conduit à rejeter ces deux thèses : il peut être jugé qu'une question ne soulève aucune difficulté sérieuse, qu'un moyen n'est pas sérieux ou qu'une solution est manifeste alors qu'un désaccord sur les points de fait et de droit en cause existe ou qu'un avis contraire a été formulé (A). Si elle corrobore la définition des caractères sérieux et manifeste fondés sur la certitude acquise par le juge au terme du raisonnement, cette solution pourrait toutefois paraître incompatible avec le droit de l'Union européenne (B).

A/ Les caractères sérieux et manifeste indépendants du désaccord et de l'appréciation portée par les tiers sur ces caractères

115. La jurisprudence exclut tout lien systématique entre, d'une part, l'appréciation des caractères sérieux et manifeste par le juge et, d'autre part, l'existence d'un désaccord sur les points de fait et de droit en cause ou l'appréciation réalisée par des tiers quant à ces caractères (1). Il ne faut toutefois pas en conclure que le juge ne prend jamais en compte ces éléments. Ceux-ci participent de la réflexion relative aux caractères sérieux et manifeste, sans l'épuiser pour autant (2).

1/ Les caractères sérieux et manifeste indépendants du désaccord et de l'appréciation portée par les tiers sur ces caractères

116. Une analyse attentive de la jurisprudence démontre qu'il n'existe aucun lien systématique entre le désaccord et les caractères sérieux et manifeste : une question peut ne soulever aucune difficulté sérieuse alors que sa résolution fait l'objet d'un désaccord (a). Quant à l'idée selon laquelle l'avis des tiers sur les caractères sérieux et manifeste serait déterminante pour l'appréciation de ces caractères par le juge, elle doit également être rejetée : un moyen peut être qualifié de non sérieux, une solution jugée manifeste ou une question ne soulever aucune difficulté sérieuse malgré l'existence d'avis contraires (b).

a/ Les caractères sérieux et manifeste déterminés indépendamment d'un désaccord

117. Une question prioritaire de constitutionnalité relative à l'existence d'un principe de prescription de l'action publique jugée non sérieuse malgré le désaccord entre la Cour de cassation et le Conseil d'État sur ce point. L'absence de tout lien systématique entre le désaccord et l'existence d'une difficulté sérieuse s'observe dans les arrêts rendus le 20 mai 2011 par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation. Il y est jugé que la question prioritaire de constitutionnalité tirée de la violation du principe

⁴²⁰ Art. 7 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991.

⁴²¹ A. PERDRIAU, « La non-admission des pourvois », *op. cit.*, n° 40.

de prescription de l'action publique ne présente pas un caractère sérieux dès lors que « la prescription de l'action publique ne revêt pas le caractère d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République et ne procède pas des articles 7 et 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789, ni d'aucune disposition, règle ou principe de valeur constitutionnelle »⁴²². Un avis administratif du Conseil d'État du 29 février 1996 énonçait pourtant que « l'existence d'une règle de prescription qui est un principe fondamental reconnu par les lois de la République, exige que pour les crimes dont la nature n'est pas d'être imprescriptible, un délai de prescription soit fixé dans le statut »⁴²³. Or, les hauts conseillers n'ignoraient pas la position du Conseil d'État, qui était exposée dans le mémoire en demande, dans l'avis rédigé par l'avocat général François Cordier et dans le rapport rédigé par le conseiller Xavier Prétot⁴²⁴. C'est donc que l'avis du Conseil d'État ne constituait pas un élément pertinent pour l'appréciation du caractère sérieux de la question. L'avocat général et le conseiller-rapporteur concluaient d'ailleurs tout deux à l'absence de caractère sérieux au terme d'une longue démonstration. Le conseiller-rapporteur avait en outre pris soin de noter que « l'on peut s'interroger à bon droit sur le bien-fondé de la position prise ainsi par la haute assemblée ». Le désaccord entre le Conseil d'État et les membres de l'Assemblée plénière n'est pas déterminant, seule compte la certitude que ces derniers ont pu acquérir au terme du délibéré sur la constitutionnalité de la loi.

Si certains auteurs ont considéré que l'avis du Conseil d'État rendait la question sérieuse et ont ainsi reproché à la Cour de cassation de procéder à un filtrage trop strict des questions, Nicolas Maziau, conseiller à la chambre criminelle, leur répond justement : « derrière le reproche de « discordance », ne faudrait-il pas voir alors, en réalité, la critique d'un manque de loyauté de la Cour de cassation dès lors qu'elle n'aurait pas suivi le Conseil d'État dans son avis de 1996 ? Aussi, l'autonomie institutionnelle et fonctionnelle dont la Cour de cassation jouit serait-elle mise à son débit lorsque la Cour entend exercer sa liberté d'apprécier, par elle-même, l'existence d'un principe constitutionnel, alors qu'il est établi que ledit principe n'est pas reconnu comme étant formellement de nature constitutionnelle, c'est-à-dire qu'il ne figure ni dans la Constitution et les textes qui s'y rattachent ni n'a été dégagé expressément par le Conseil constitutionnel ? »⁴²⁵.

118. L'absence de difficulté sérieuse soulevée par une question de droit de l'Union européenne retenue malgré le désaccord entre la chambre commerciale et l'Assemblée plénière de la Cour de cassation sur l'application des dispositions européennes en cause. De façon très similaire, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a jugé que les articles 15 à 17 de la loi n° 84-46, du 24 janvier 1984, étaient incompatibles avec l'article 59 du Traité de Rome, qui interdit les restrictions à la libre prestation de service⁴²⁶ alors même que la chambre commerciale avait retenu la solution

⁴²² Cass., ass., 20 mai 2011, n°s 11-90.025, 11-90.032 et .033, *Bull. crim.*, A. P., n°s 6, 7 et 8. Ces arrêts sont étudiés *supra* (cf. n° 66).

⁴²³ Avis non contentieux du 29 février 1996, n° 358.597 (section de l'intérieur).

⁴²⁴ Rapport et avis disponibles sur le site de la Cour de cassation.

⁴²⁵ N. MAZIAU, « Les « bonnes raisons » de la Cour de cassation », *D.* 2011. 1775, n° 9. Également : « Considérer que le seul fait que la Cour de cassation ne partage pas l'opinion du Conseil d'État confère à une question un caractère sérieux apparaît singulièrement abusif et réducteur des enjeux de la question » (*id.* n° 10).

⁴²⁶ Cass., ass., 4 mars 2005, n° 03-11.725, *Bull. civ.*, A. P., n° 3.

inverse dans la même affaire⁴²⁷ en application de sa jurisprudence constante⁴²⁸.

La formation solennelle a estimé que l'obligation imposée à tout opérateur bancaire proposant des prêts en France d'obtenir un agrément préalable et de détenir une succursale sur le territoire national constituait une restriction à cette liberté fondamentale et que celle-ci n'est pas justifiée par un impératif d'intérêt général, comme l'exige la jurisprudence européenne⁴²⁹. Elle relève à cet égard que le prêteur mis en cause dispose déjà d'un agrément délivré par la Belgique et est, à ce titre, soumis à des règles prudentielles semblables à celles imposées en France ainsi qu'à la surveillance d'une autorité de contrôle bancaire collaborant avec les autorités françaises. Elle souligne ensuite « que l'implantation d'une succursale de cet organisme sur le territoire français n'aurait pas été de nature à assurer une meilleure protection aux emprunteurs ». Ainsi, l'incompatibilité de la loi française avec le droit de l'Union est établie au-delà de tout doute raisonnable : le juge n'a d'autre choix que d'exonérer l'établissement prêteur de son obligation d'obtenir un agrément.

Ici, le fait que la chambre commerciale ait jugé en faveur de la compatibilité alors qu'elle-même penchait pour l'incompatibilité n'a pas amené l'Assemblée plénière à considérer qu'elle se heurtait à une difficulté sérieuse justifiant un renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne. C'est que la position de la chambre commerciale, fondée sur une appréciation purement abstraite et générale de la nécessité de la mesure et de sa proportionnalité⁴³⁰, était parfaitement injustifiée au regard des exigences de la jurisprudence européenne et ne pouvait qu'être abandonnée⁴³¹. Elle avait d'ailleurs fait l'objet d'une résistance farouche de la part des juridictions du fond⁴³², et n'établissait donc en rien l'existence d'une difficulté sérieuse. C'est donc logiquement que la décision de l'Assemblée plénière a été saluée par la doctrine sur ce point⁴³³.

119. L'absence de difficulté sérieuse retenue malgré le désaccord entre juridictions du fond. Comme nous l'avons relevé ci-dessus, plusieurs travaux préparatoires aux avis de la Cour de cassation énoncent que la demande d'avis transmise soulève une difficulté sérieuse dès lors que des juridictions du fond saisies de la même

⁴²⁷ Cass., com., 16 mai 2000, n° 98-14.038.

⁴²⁸ Cass., com., 20 oct. 1998, n° 93-17.988, *Bull. civ.*, IV, n° 246 ; 13 mars 2001, n° 96-20.840 ; 9 oct. 2001, n° 99-15.381 ; 4 juin 2002, n° 00-16.915 ; 9 avr. 2002, n° 99-19.487 et 98-20.101 ; 9 juill. 2002, n° 00-21.284 ; 25 mars 2003, n° 00-22.064 ; 7 janv. 2004, n° 01-02.481.

⁴²⁹ Sur la loi n° 84-46 précisément : CJCE, 9 juill. 1997, *SCI Parodi*, C-222/95, *Rec.* p. I-03899.

⁴³⁰ R. DE GOUTTES, concl. Cass., ass., 4 mars 2005, 03-11.725, *Bull. civ.*, A. P., n° 3.

⁴³¹ *Ibid.* ; B. SOUSI, « L'article 59 du Traité CE et l'octroi de prêts hypothécaires », *D.* 1999. 10 ; « L'article 49 du Traité CE (ex article 59) et l'octroi de prêts hypothécaires », *D.* 2000-614 ; H. SYNVEY, « Exiger l'établissement d'une succursale ou d'une filiale en France pour toute banque agréée dans un autre État membre est contraire au principe de libre prestation de services », *D.* 2000. 452 ; « Agrément d'une banque étrangère et protection de l'emprunteur », *D.* 2002. 633 ; M. CABRILLAC, « Banques et opérations de banque », *RTD com.* 2000. 989.

⁴³² Versailles, 12 nov. 2002, cité par l'arrêt étudié ; Paris, 14 juin 2000, *D.* 2000. 614 ; 9 mai 2001, *D.* 2002. 633 ; Montpellier, 22 mars 1999, cité par Cass., com. 9 oct. 2001, n° 99-15.381 ; Lyon, 7 sept. 2000, cité par Cass., com., 9 juill. 2002, n° 00-21.284 ; Bordeaux, 27 oct. 1999, cité par Cass., com., 25 mars 2003, n° 00-22.064 ; 13 déc. 2000, cité par Cass., com., 7 janv. 2004, n° 01-02.481.

⁴³³ D. R. MARTIN et H. SYNVEY, « Droit bancaire », *D.* 2006. 155 ; S. PIEDELIÈVRE, note sous l'arrêt étudié, *Gaz. Pal.* 7 juin 2005, p. 25.

question ont déjà pu y apporter des réponses divergentes⁴³⁴. Cette position s'explique par l'objet de la procédure d'avis, qui tend « à prévenir le risque de contrariété de jurisprudence »⁴³⁵ : le risque étant réalisé, il convient de considérer que la demande soulève une difficulté sérieuse⁴³⁶.

Si séduisante que puisse être cette thèse, il faut rappeler que la procédure de saisine pour avis n'a pas pour objet de faire de la Cour de cassation un service de consultation juridique à destination des juridictions du fond⁴³⁷. Elle ne les dispense donc pas de leur obligation de juger lorsque cela est possible⁴³⁸ ; elles doivent rechercher les règles de droit applicables et les appliquer quand elles existent. Il en résulte que le juge du fond ne peut se réfugier derrière l'existence de solutions contradictoires des autres juridictions pour procéder au renvoi. Il doit s'assurer que celles-ci sont toutes « d'égale pertinence » et ne pas s'arrêter à celles qui résulteraient d'erreurs quant aux règles applicables⁴³⁹. Cette approche critique est d'autant plus nécessaire qu'avec le développement de la diffusion des décisions des juridictions du fond sous la forme électronique, il se trouvera presque toujours et en toutes matières un jugement à rebours de la tendance jurisprudentielle générale. Aussi, dans une décision du 4 mai 2010, la Cour de cassation a jugé que la demande d'avis qui lui était soumise ne soulevait pas de difficulté sérieuse, alors que le conseiller-rapporteur avait relevé que des décisions contradictoires avaient pu être rendues par plusieurs cours d'appel, tout en émettant toutefois un doute sur la pertinence de certaines de ces décisions⁴⁴⁰. Il ne semble donc pas que l'existence d'un désaccord entre juridictions du fond sur la façon de résoudre la question suffise à caractériser une difficulté sérieuse. Encore faut-il s'assurer que les solutions divergentes apportées sont d'égale pertinence⁴⁴¹ et qu'il est donc impossible de dégager une solution qui s'imposerait à

⁴³⁴ P. BEAU, concl. Cass., avis, 4 janv. 2016, n° 15-70.004, *Bull. civ.*, avis, à paraître ; T. MOUSSA, rapp. Cass., avis, 2 avr. 2007, n° 07-00.007, *Bull. civ.*, avis, n° 4 ; S. TRÉARD, rapp. Cass., avis, 3 mars 2014, n° 13-70.008, *id.* n° 2 ; J.-C. LAUTRU, concl. Cass., avis, 6 oct. 2008, n° 08-00.009, *id.* n° 7. Rapp. : D. CHAUCHIS, rapp. Cass., avis, 8 avr. 2013, n° 13-70.002, *id.* n° 7 et A.-S. TEXIER, rapp. Cass., avis, 3 juin 2013, n° 13-70.003, *id.* n° 9 où l'existence d'une difficulté sérieuse est appréciée à l'aune d'une consultation de la base de données *Jurica*.

⁴³⁵ Notamment : T. MOUSSA, rapp. Cass., avis, 2 avr. 2007, cité note précédente.

⁴³⁶ Indiquant la possibilité d'adopter une telle conception de la difficulté sérieuse mais sans se prononcer expressément sur son existence en l'espèce : A. MARTINEL, rapp. Cass., avis, 24 janv. 2005, n° 04-00.005, *Bull. civ.*, avis, n° 2.

⁴³⁷ F. ZENATI, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *D.* 1992. 247 ; J.-D. SARCELET, concl. Cass., avis, 22 sept. 2014, n° 14-70.007 ; I. GUYON-RENARD, rapp. Cass., avis, 17 déc. 2012, n° 12-00.013, *Bull. civ.*, avis, n° 10 ; L. DAVENAS, rapp. Cass., avis, 4 mai 2010, n° 10-00.001, *Bull. crim.*, avis, n° 2.

⁴³⁸ A.-M. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, « Le point sur la saisine pour avis », *BICC* 15 déc. 1993, p. 12.

⁴³⁹ Ainsi les conclusions de l'avocat général pour l'avis du 21 janvier 2013 indiquent : « La question présente une difficulté sérieuse : elle peut certainement donner lieu à des solutions divergentes *mais* pertinentes de la part des juridictions du fond » (J.-A. LATHOUD, concl. Cass., avis, n° 12-00.016, *Bull. civ.*, avis, n° 3).

⁴⁴⁰ Cass., avis, 4 mai 2010, n° 10-00.001, *Bull. crim.*, avis, n° 2. Rapport P. LABROUSSE.

⁴⁴¹ L. LEROY-GISSINGER, rapp. Cass., avis, 13 févr. 2012, n° 11-00.008, *Bull. civ.*, avis, n° 1. Voir aussi, proposant de « rejeter la demande d'avis comme non sérieuse » après avoir pourtant relevé « l'existence de solutions divergentes adoptées par certaines cours d'appel » : A. MARTINEL, rapp. Cass., avis, 24 janv. 2005, n° 04-00.005, *Bull. civ.*, avis, n° 2. Voir encore, ne se contentant pas de faire état de décisions divergentes mais mettant en lumière les causes juridiques de cette divergence : CHARDONNET, rapp. Cass., avis, 13 sept. 2010, n° 10-00.004, *id.* n° 4 ; G. TAFFALEAU, concl. Cass., avis, 14 janv. 2013, *Bull. civ.*, avis, n° 1.

l'exclusion de toute autre avec certitude.

120. Éléments de droit comparé. La Cour de cassation n'est pas la seule juridiction à refuser d'établir un lien systématique entre les caractères sérieux et manifeste et l'existence d'un désaccord. Le Conseil d'État a jugé qu'un arrêté du 3 janvier 1959 n'était pas contraire à l'article 37 du Traité instituant la Communauté économique européenne et qu'il n'y avait pas lieu de saisir la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle relative à l'interprétation de ce texte, alors même que le commissaire du gouvernement avait conclu à sa violation⁴⁴². La même attitude peut être observée de la part de juridictions étrangères qui, saisies d'une question relative à l'interprétation d'une disposition de droit de l'Union européenne, ont jugé que l'application de cette disposition s'imposait avec une évidence telle qu'elle ne laissait place à aucun doute raisonnable alors que l'un de leur membre inclinait en faveur d'une autre interprétation ou que les juridictions inférieures avaient retenu une autre interprétation⁴⁴³.

121. Éclairage logique. D'un point de vue logique, rien ne permet d'établir un lien d'équivalence entre le désaccord et la difficulté sérieuse, le caractère sérieux d'un moyen ou le caractère non manifeste d'une solution. L'on pourrait certes penser que si des réponses différentes ont été données à propos d'un même problème, c'est parce qu'il existe des arguments en faveur et en défaveur de chacune d'entre elles et qu'aucune réponse univoque ne peut être dégagée avec certitude. Le désaccord prouverait l'indétermination du droit ou l'insuffisance des éléments de preuve ; il légitimerait ainsi le doute du juge. Cependant, l'existence d'un désaccord étant un constat purement factuel, il est logiquement impossible d'en déduire quoique ce soit à propos de l'état des normes juridiques et, donc, de la possibilité pour le juge d'acquiescer une certitude sur les points de droit et de fait en cause à travers l'appréciation des caractères sérieux et manifeste⁴⁴⁴.

122. Si le juge apprécie le caractère sérieux des moyens et questions soulevés devant lui ainsi que l'existence d'une difficulté sérieuse sans devoir tenir compte du désaccord qui pourrait exister sur les points de fait et de droit en cause, il ne semble pas non plus devoir tenir compte des avis émis par des tiers sur le caractère sérieux des moyens et questions qui lui sont soumis ou sur l'existence d'une difficulté sérieuse.

b/ Les caractères sérieux et manifeste déterminés indépendamment de l'appréciation portée par les tiers sur ces caractères

123. Les caractères sérieux et manifeste appréciés indépendamment de l'avis des parties. Selon une jurisprudence constante, le fait qu'une partie prétende qu'une question soulève une difficulté sérieuse ou qu'une contestation présente un caractère sérieux ne prive pas le juge de sa liberté d'appréciation à cet égard⁴⁴⁵. Cette solution est

⁴⁴² CE, ass., 19 juin 1964, *Société des pétroles Shell-Berre, Lebon* 344.

⁴⁴³ Voir, avec les références : M. BROBERG et N. FENGER, *Le renvoi préjudiciel...*, *op. cit.*, p. 304 ; « L'application de la doctrine de l'acte clair... », *op. cit.*, p. 873, 874 et 878 ; M. N. WAHL, concl. sous CJUE, 9 sept. 2015, *X et T. A. van Dijk*, C-72/14 et C-197/14, §64 et note 55.

⁴⁴⁴ D. HUME, *La morale – Traité de la nature humaine III*, Flammarion, 1993, section I, spéc. p. 65 ; H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962, p. 6 à 13, spéc. p. 8.

⁴⁴⁵ Voir, notamment : Cass., civ. 1^{ère}, 19 juin 1985, n° 84-11.528, *Bull. civ.*, I, n° 200 ; civ. 3^e, 26 févr. 1997, n° 94-19.939, *id.*, III, n° 44 ; Versailles, ch. 6, 15 avr. 2008, n° 07/03134.

très ancienne et est justifiée par la nécessité de lutter contre les manœuvres dilatoires des parties, ainsi que le soulignait déjà la chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 13 mai 1824 : « Attendu qu'on ne peut, sans abuser des termes des lois précitées [loi du 24 août 1790 et décret du 16 fructidor an 3] et méconnaître le décret du 30 thermidor an 12, soutenir qu'il y ait nécessité pour les juges de renvoyer la cause devant l'administration, aussitôt que l'une des parties prétend trouver des doutes et matière à interprétation dans l'acte administratif invoqué par l'autre ; que ce serait, en effet, laisser à la discrétion d'un plaideur téméraire le droit de suspendre le cours de la justice, en élevant des doutes contre l'évidence, et soutenant qu'il est nécessaire d'interpréter ce qui ne présenterait ni équivoque, ni obscurité ; qu'au contraire, et par la nature des choses, et par celle de leurs devoirs, les Cours et tribunaux doivent examiner si, ou non, l'acte produit devant eux attribue les droits réclamés »⁴⁴⁶.

Certains arrêts jugent pourtant que la demande formée en référé se heurte à une contestation sérieuse après avoir relevé qu'un point de droit ou de fait « était discuté » par les parties⁴⁴⁷, faisait l'objet d'un désaccord entre elles⁴⁴⁸ ou que les parties « s'opposaient » sur un point de droit ou de fait⁴⁴⁹. Cependant, cette mention peut s'analyser comme une indication du fait que la contestation jugée sérieuse n'a pas été relevée d'office par le juge des référés mais était bien dans la cause.

Si l'on admet aisément que le positionnement des parties soit sans incidence sur la détermination du caractère sérieux des moyens soumis au juge, sur l'identification d'une difficulté sérieuse ou sur le caractère manifeste d'une solution, qu'en est-il du positionnement de juristes désintéressés, qui ne représentent pas les parties ?

124. Les caractères sérieux et manifeste appréciés par la Cour de cassation indépendamment de l'avis des juridictions inférieures. La Cour de cassation exerce généralement un contrôle sur les décisions par lesquelles les juridictions du fond jugent qu'une contestation sérieuse est élevée en référés⁴⁵⁰, qu'une convention d'arbitrage n'est pas manifestement nulle ou inapplicable⁴⁵¹ ou qu'une question préjudicielle soulève une difficulté sérieuse^{452 453}. Ainsi, selon la Cour de cassation, une convention d'arbitrage peut être manifestement inapplicable alors que la juridiction du fond l'avait tenue pour applicable, une question préjudicielle peut ne soulever aucune difficulté sérieuse alors que la juridiction du fond avait conclu à l'existence d'une telle difficulté ou les contestations dont est saisi le juge des référés peuvent ne pas être sérieuses alors que la juridiction du fond les aurait tenues pour telles. L'appréciation des caractères sérieux et manifeste par la

⁴⁴⁶ Cass., civ., 13 mai 1824, *Bull. civ.* n° 60, p. 206.

⁴⁴⁷ Cass., soc., 7 févr. 1989, n° 87-42.684, *Bull. civ.*, V, n° 93 ; 11 oct. 1989, n° 87-18.574 ; 13 nov. 1990, n° 89-13.952, *id.* n° 278 ; 7 mai 1997, n° 96-45.446.

⁴⁴⁸ Cass., civ. 2^e, 12 févr. 1992, n° 90-18.665.

⁴⁴⁹ Cass., com., 9 oct. 1984, n° 83-15.036, *Bull. civ.*, IV, n° 257 ; soc., 30 avr. 1987, n° 86-40.068 ; 5 janv. 1994, n° 90-44.463 ; 24 janv. 1996, n° 92-45.303.

⁴⁵⁰ Cass., com., 21 janv. 2004, n°s 01-10.928 à .930, *Bull. civ.*, IV, n° 16 ; civ. 3^e, 18 févr. 2004, n° 02-17.976, *id.*, III, n° 29

⁴⁵¹ Cass., soc., 4 mai 1999, n° 97-41.860, *Bull. civ.*, V, n° 191.

⁴⁵² Cass., civ. 1^{ère}, 18 oct. 1994, n° 92-18.142, *Bull. civ.*, I, n° 299.

⁴⁵³ Cependant, le renvoi par les juridictions du fond d'une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne échappe au contrôle de la Cour de cassation. De fait, le juge ayant procédé au renvoi est seul habilité à apprécier la nécessité et l'opportunité d'une telle mesure (CJCE, 16 déc. 2008, *Cartesio*, C-210/06, *Rec. p.* I-09641 §96).

Cour de cassation est donc indépendante de la position des juges du fond à cet égard.

125. L'absence de difficulté sérieuse soulevée par une question de droit de l'Union européenne retenue contre l'avis de l'avocat général. Deux arrêts d'Assemblée plénière du 5 avril 2013⁴⁵⁴ démontrent encore que le juge détermine librement s'il existe une difficulté sérieuse, selon qu'il réussit à acquérir une certitude ou non, sans devoir s'arrêter à l'avis exprimé par un tiers sur ce point, fût-ce un juriste particulièrement averti et désintéressé. Le droit français y a été jugé contraire au droit de l'Union européenne alors que l'avocat général suggérait le renvoi d'une question préjudicielle à la Cour de justice⁴⁵⁵. Ses conclusions avaient, sur ce point, trouvé un écho favorable sous la plume d'un auteur⁴⁵⁶.

La Cour de cassation a écarté l'application des articles L512-2 et D512-2 du code de la sécurité sociale, qui subordonnent le versement des prestations familiales aux étrangers résidant régulièrement en France et dues au titre de l'entretien de leurs enfants à la production du certificat médical délivré par l'Office français de l'immigration et de l'intégration à l'issue de la procédure d'introduction ou d'admission de leurs enfants au séjour au titre du regroupement familial. Elle relève que ces textes imposent aux ressortissants turcs et algériens une obligation à laquelle ne sont pas soumis les ressortissants français ou de l'Union européenne qui font venir sur le sol national leurs enfants et qu'il s'agit donc d'une discrimination prohibée par l'article 68 de l'accord d'association conclu le 22 avril 2002 entre l'Union européenne et l'Algérie et par l'article 3§1 de la décision 3/80 du conseil d'association Communauté économique européenne – Turquie, qui interdisent toute discrimination fondée sur la nationalité dans l'attribution des prestations sociales aux résidents algériens ou turcs en situation régulière.

L'effet direct de ces instruments ne faisait aucun doute⁴⁵⁷ et il faut bien admettre que les arguments avancés par l'avocat général au soutien de la conformité ne résistaient pas à l'examen.

Il relève d'abord qu'il n'y a aucune discrimination dès lors que les enfants résidant

⁴⁵⁴ Cass., ass., 5 avr. 2013, nos 11-17.520 et 11-18.947, *Bull. civ.*, A. P., n° 2 et 3.

⁴⁵⁵ Concl. G. AZIBERT, disponibles sur le site internet de la Cour de cassation.

⁴⁵⁶ A. BUGADA, « Pas de restriction aux allocations familiales pour les migrants des pays tiers sous accord d'association avec l'Union européenne. - Cas de la Turquie et de l'Algérie », *JCP G* 2013. 685.

⁴⁵⁷ Elle avait été expressément consacrée pour l'article 3§1 de la décision 3/80 : CJCE, 4 mai 1999, *Sürül*, C-262/96, *Rec.* p. I-02685. En ce qui concerne l'article 68 de l'accord d'association avec l'Algérie, la Cour de justice avait retenu l'applicabilité directe de l'article 65 de l'accord d'association avec le Maroc, rédigé dans les mêmes termes (ord., 13 janv. 2006, *Echouick*, C-336/05, *id.* p. I-05223 ; 17 avr. 2007, *El Youssfi*, C-276/06, *id.* p. I-02851), ainsi que de l'article 39 de l'accord de coopération antérieur avec l'Algérie, du 26 septembre 1978, qui interdisait déjà toute discrimination dans l'attribution des prestations sociales et a été remplacé par l'article 68 susvisé (5 avr. 1995, *Krid*, C-103/94, *id.* p. I-00719 ; 15 janv. 1998, *Babahenini*, C-113/97, *id.* p. I-00183).

Cette solution pouvait aussi s'inférer sans hésitation à partir des principes généraux dégagés par la Cour de justice pour l'applicabilité directe des accords conclus entre l'Union et des États tiers. En effet, les dispositions de ceux-ci et des décisions des organes qu'ils instituent (28 avr. 2004, *Öztürk*, C-373/02, *id.* p. I-03605) ont un effet direct lorsqu'elles sont « claires, précises et inconditionnelles » et ne sont pas « subordonnées, dans [leur] exécution ou dans [leurs] effets à l'intervention d'aucun acte, soit des institutions communautaires, soit des États membres » (5 avr. 1979, *Ratti*, 148/78, *id.* p. 01629 ; 3 avr. 1968, *Molkeir-Zentrale Westfalen-Lippe*, 28/67, *id.* p. 00211 ; 10 sept. 1996, *Taflan-Met*, C-277/94, *id.* p. I-04085 ; 13 déc. 2007, *Asda Stores*, C-372/06, *id.* p. I-11223). Or, une disposition proscrivant les discriminations fondées sur la nationalité est bien claire précise et inconditionnelle (O.-L. BOUVIER, « Les mineurs étrangers et le droit aux prestations familiales », *D.* 2013. 1298).

en France sont, dès après leur naissance, soumis à divers examens médicaux obligatoires et que l'inobservation de cette obligation peut entraîner le placement de l'enfant et, en conséquence, le versement des allocations familiales au conseil général. Ainsi, l'article D512-2 précité aurait pour effet de soumettre les étrangers résidant en France, et notamment les enfants qui y arrivent, au même régime que les français. Cette argumentation ne peut qu'être écartée. D'une part la sanction en cas d'inexécution n'est pas la même : la suspension automatique des prestations sociales ne concerne que les parents étrangers. D'autre part, l'obligation d'examen médical est imposée alors même que l'enfant aurait été soumis dans son pays d'origine à des consultations obligatoires équivalentes à celles prévues en France. Enfin et surtout, les français ou ressortissants de l'Union européenne qui font venir leurs enfants d'un pays tiers ne se voient imposer aucune visite obligatoire préalable. Il y a bien là une discrimination indéniable⁴⁵⁸.

Ensuite, l'avocat général souligne que les accords d'association n'ont pas pour objet d'instaurer la libre circulation des personnes entre l'Union et les États tiers. Ainsi, l'entrée et le séjour en France des ressortissants algériens et turcs est régie par la loi française et ceux-ci sont bien soumis aux exigences procédurales et substantielles du regroupement familial⁴⁵⁹. À cet égard, l'obligation de se soumettre à un examen médical préalable pour être autorisé à entrer sur le territoire national est justifiée par des impératifs de santé publique et est donc conforme à la directive n° 2003/86, qui vise à harmoniser les règles du regroupement familial au sein de l'Union et autorise le rejet de la demande de regroupement familial pour des motifs de santé publique. La loi française ne constitue donc pas une atteinte disproportionnée aux droits du résident. Ces arguments sont pourtant inopérants. En effet, il n'est pas discuté du point de savoir si les enfants de ressortissants algériens ou turcs peuvent entrer sur le territoire national et y résider dans les mêmes conditions que les citoyens de l'Union. Le séjour et l'entrée peut bien leur être refusés lorsqu'ils ne satisfont pas aux exigences du regroupement familial. Ici, c'est la discrimination dans les règles d'attribution d'une prestation sociale qui est contraire aux accords d'association, pas l'existence d'une restriction dans le droit d'entrée et de séjour. En outre, les exigences de santé publique ne sauraient rendre licite une discrimination fondée sur la nationalité entre les enfants de citoyens de l'Union en provenance de pays tiers et les enfants de ressortissants turcs ou algériens, qui présentent un risque identique pour la santé publique.

L'avocat général relève encore que la Convention internationale des droits de

⁴⁵⁸ J.-G. HUGLO, rapp. les arrêts commentés ; F. MONÉGER, « Nouvelles précisions sur l'attribution des allocations familiales aux enfants entrés en France hors regroupement familial » *RDSS* 2013. 527. Dans ce sens, un commentaire souligne que la législation française n'avait que deux options possibles pour être conforme au droit de l'Union : « Soit supprimer le contrôle médical pour tous les enfants nés à l'étranger et résidant auprès de leurs parents régulièrement entrés sur le territoire. Soit, l'imposer aussi pour tous les enfants nés à l'étranger, y compris ceux français (situation soulignée en creux par le défenseur des droits pour stigmatiser l'inégalité) » (A. BUGADA, « Pas de restriction aux allocations familiales [...] », *JCP G* 2013. 685, précité).

⁴⁵⁹ Il cite dans ce sens un arrêt dans lequel la Cour de justice admet que les ressortissants turcs ne bénéficient pas de la même protection que les citoyens de l'Union en matière de droit au séjour et de protection contre l'éloignement (CJUE, 8 déc. 2011, C-371/08, *Nural*). Il s'appuie également sur plusieurs arrêts où la Cour consacre le droit au séjour et ses accessoires au profit de ressortissants turcs après avoir pris soin de relever que ceux-ci avaient été autorisés à entrer et à séjourner sur son territoire par l'État d'accueil (4 oct. 2007, *Murat-Polat*, C-349/06, *Rec.* p. I-08167 ; 25 nov. 2008, *Hakan Er*, C-453/07, *id.* p. I-07299 ; 16 juin 2011, *Fatma Pkelivan*, C-484/07, *id.* p. I-05203).

l'enfant doit primer sur les accords d'association conclus par l'Union européenne. En effet, bien que la Cour de justice juge que le droit de l'Union s'oppose à l'application d'accords internationaux contraires conclus entre les États membres et des États tiers, la Convention émane de l'Assemblée générale des Nations Unies. La conformité du droit français au premier texte devrait donc exclure l'application des accords d'association. Outre qu'elle repose sur un postulat parfaitement faux⁴⁶⁰, cette affirmation est encore inopérante. Pour cause, il n'y a aucune contradiction entre la Convention et les accords d'association : l'interdiction de toute discrimination fondée sur la nationalité n'est en aucun cas contraire à la protection de la santé de l'enfant. Bien au contraire, exiger des États qu'ils versent aux parents une allocation pour l'entretien de leur enfant semble bien compatible avec la Convention. Par conséquent, en l'absence de contradiction entre les deux instruments, l'application prioritaire de la Convention ne devrait pas exonérer les États des exigences supplémentaires contenues dans les accords d'association.

Enfin, l'avocat général se fondait sur un projet de décision du conseil d'association Union européenne – Algérie visant à interdire le versement des prestations familiales pour les enfants entrés illégalement sur le territoire où réside légalement le parent algérien demandeur. Un tel argument ne saurait cependant justifier un doute sur le défaut de conformité du droit français. D'abord, il ne s'agit que d'un projet de décision, qui n'a donc aucune force obligatoire. Ensuite, l'existence d'un tel projet semble au contraire démontrer qu'à l'heure actuelle le versement des prestations familiales est dû pour les enfants entrés illégalement sur le territoire de l'État d'accueil.

Ainsi, l'incompatibilité du droit français avec les textes susvisés était établie et rien ne permettait de remettre cette conclusion en cause, malgré l'absence de disposition textuelle ou de décision de la Cour de justice consacrant expressément le droit pour les ressortissants d'un État ayant conclu un accord d'association semblable à ceux en cause de percevoir des prestations familiales pour leurs enfants entrés sur le territoire de l'État d'accueil en violation des règles relatives au regroupement familial⁴⁶¹. Aussi la Cour de cassation a pu considérer que, en dépit de la complexité de l'argumentation de l'avocat général et du doute exprimé par lui, il n'y avait pas lieu de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle qui ne soulevait aucune difficulté sérieuse au regard de tous ces éléments. La solution adoptée par la Cour de cassation avait d'ailleurs été adoptée antérieurement par des juridictions du fond⁴⁶² et était soutenue par le Défenseur des droits⁴⁶³.

126. Le rejet du pourvoi par un arrêt non spécialement motivé indépendamment de la décision du bureau d'aide juridictionnelle. Comme nous

⁴⁶⁰ La Cour de justice a déjà jugé que la responsabilité des États membres mettant en œuvre une résolution du Conseil de sécurité des Nations-Unies peut être retenue lorsque cette résolution serait contraire au droit de l'Union européenne (3 sept. 2008, *Kadi*, C-402/05, *Rec.* p. I-06351).

⁴⁶¹ Le rapporteur souligne à ce titre que les accords confèrent au travailleur algérien ou turc résidant légalement dans l'État d'accueil le droit aux prestations sociales dans les mêmes conditions que les nationaux. S'ils font référence à la légalité de l'entrée du travailleur, ils ne font toutefois pas référence aux conditions d'entrée et de séjour des enfants de celui-ci.

⁴⁶² Des juridictions du fond avaient déjà retenu l'incompatibilité de la loi française à la décision 3/80 du conseil d'association : Chambéry, 9 oct. 2012, *JurisData* n° 026249 ; Lyon, 4 sept. 2012, *JurisData* n° 027203.

⁴⁶³ Sur ce point, voir le communiqué de la Cour de cassation, disponible sur le site de la Cour.

l'avons relevé, la Cour de cassation a longtemps refusé de prononcer la non-admission des pourvois lorsque le demandeur s'est vu attribuer l'aide juridictionnelle⁴⁶⁴, le bureau d'aide juridictionnelle de la Cour de cassation ayant alors estimé que le pourvoi n'était pas manifestement irrecevable et reposait sur un moyen sérieux⁴⁶⁵. Cette pratique a cependant été abandonnée en septembre 2016⁴⁶⁶. Une telle solution s'imposait dès lors que le bureau d'aide juridictionnelle statue au vu des seuls éléments communiqués par le demandeur et sans que le mémoire ampliatif ait été établi⁴⁶⁷.

À cet égard, il peut être observé que la non-admission était également exclue lorsque l'avocat général avait considéré qu'un moyen soulevé au soutien du pourvoi était sérieux⁴⁶⁸. Cette solution ne semble pas avoir été remise en cause. Cependant, il n'est pas exclu qu'un arrêt de rejet soit rendu en formation restreinte dans une telle hypothèse⁴⁶⁹. Or, la formation restreinte ne peut statuer que « lorsque la solution du pourvoi s'impose », c'est-à-dire lorsqu'il n'existe aucun doute, lorsqu'elle est certaine. Par conséquent, le rejet en formation restreinte sanctionne soit l'irrecevabilité manifeste du pourvoi, soit l'absence de moyen sérieux⁴⁷⁰. L'on ne saurait donc soutenir que l'appréciation de l'avocat général impose de considérer comme sérieux les moyens au soutien du pourvoi ou de considérer que le pourvoi n'est pas manifestement irrecevable ; seule la conviction des membres de la formation restreinte au terme du délibéré importe. Si la non-admission est exclue, il n'en résulte pas que les moyens sont nécessairement regardés comme sérieux ou l'irrecevabilité comme non manifeste.

Il est intéressant d'observer sur ce point que, même lorsqu'elle considérait que l'attribution de l'aide juridictionnelle interdisait la non-admission, la Cour s'est néanmoins toujours autorisée à prononcer des rejets en formation restreinte, faisant ainsi abstraction de la décision du bureau d'aide juridictionnelle⁴⁷¹.

127. Éléments de droit comparé. La Cour de cassation n'est pas la seule juridiction à refuser d'opérer un lien systématique entre les caractères sérieux et manifeste et l'appréciation réalisée par des tiers quant à ces caractères. En effet des juridictions des

⁴⁶⁴ Cf. n° 113 ; G. CANIVET, *op. cit.*, p. 2197 ; J.-F. WEBER, *La Cour de cassation*, La documentation française, 2006, p. 38 et 39 ; P. BLONDEL, in S. AMRANI-MEKKI et L. CADIET (dir.), *op. cit.*, p. 96. Cependant, dans les premières années de la procédure de non-admission, la pratique de la Cour n'était pas encore totalement fixée et certaines chambres s'autorisaient à prononcer une non-admission malgré l'attribution de l'aide juridictionnelle : A. PERDRIAU, « La non-admission des pourvois », *op. cit.*, n° 9.

⁴⁶⁵ Art. 7 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991.

⁴⁶⁶ *Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, avr. 2017, p. 99.

⁴⁶⁷ *Ibid.* Voir, soutenant que le filtre exercé par le bureau d'aide juridictionnelle n'entre pas en conflit avec l'appréciation réalisée par la Cour de cassation : D. GUIRIMAND, *Synthèse de l'expérimentation dans les chambres*, p. 4, disponible sur le site internet de la Cour de cassation ; D. LE PRADO, *op. cit.*, p. 223 et 224. Rapp. : J.-F. WEBER, *La Cour de cassation*, La documentation française, 2006, pp. 38 et 39.

⁴⁶⁸ D. TRICOT, « L'élaboration d'un arrêt de la Cour de cassation (1) », *JCP G* 2004. I. 108, n° 16.

⁴⁶⁹ Cass., crim., 9 nov. 2010, n° 09-88.272. Indiquant le sens de l'avis de l'avocat général : X. SALVAT, « Recevabilité de la constitution de partie civile d'une association non habilitée pour agir en défense d'un intérêt collectif », *RSC* 2011. 858. Rapp., soutenant que l'avocat général ne peut pas imposer le dessaisissement à la formation restreinte : D. TRICOT, « L'élaboration d'un arrêt de la Cour de cassation (1) », *op. cit.*, n° 8 ; V. VIGNEAU, *op. cit.*, p. 108.

⁴⁷⁰ A. PERDRIAU, « Les formations restreintes de la Cour de cassation », *JCP G* 1994. I. 3768.

⁴⁷¹ Cass., civ. 2°, 9 nov. 2000, n° 99-11.725 ; crim., 15 janv. 1998, n° 95-84.165 et 95-84.166 ; 29 janv. 1998, n° 95-83.125.

autres États membres de l'Union européenne ont déjà considéré que l'application du droit européen s'appliquait avec une évidence telle qu'elle ne laissait place à aucun doute raisonnable sur la manière de résoudre la question alors qu'un de leurs membres préconisait un renvoi préjudiciel ou que la Cour de justice de l'Union européenne était saisie de cette question par une juridiction nationale inférieure⁴⁷². Le Conseil d'État a fait de même⁴⁷³ et a, par ailleurs, déjà refusé l'admission d'un pourvoi contre l'avis de son rapporteur public⁴⁷⁴.

128. Appréciation critique. La position adoptée par la Cour de cassation est parfaitement rationnelle car le fait que l'avocat général, le bureau d'aide juridictionnelle, une autre juridiction, l'administration ou la doctrine aient soutenu qu'un moyen était sérieux, qu'une question soulevait une difficulté sérieuse, etc. ne prouve rien quant à la validité de ce jugement. Outre que ces affirmations peuvent reposer sur une erreur, il ne s'agit là que d'un constat factuel dont on ne saurait tirer de conséquence normative sans méconnaître la loi de Hume⁴⁷⁵. De plus, il doit être rappelé qu'il est interdit aux magistrats de « se déterminer sur des considérations étrangères à la loi, [ou de] renvoyer à d'autres la responsabilité de dire le droit »⁴⁷⁶.

129. Si les juges se prononcent sur les caractères sérieux et manifeste sans devoir s'arrêter à l'existence d'un désaccord ou à l'appréciation réalisée par d'autres sur ces caractères, il ne faut toutefois pas conclure que ces éléments n'ont aucune importance. Au contraire, ils participent de la réflexion relative aux caractères sérieux et manifeste.

2/ Les caractères sérieux et manifeste éclairés par le désaccord et l'appréciation portée par des tiers sur ces caractères

130. Le désaccord comme argument appuyant la démonstration relative aux caractères sérieux et manifeste. L'existence d'une controverse doctrinale, de décisions divergentes émanant des juridictions ou d'un désaccord entre la doctrine et les juridictions permet d'éclairer l'analyse juridique relative aux caractères sérieux et manifeste. L'identification d'un désaccord est un élément appelant les juges à la prudence : la question donnant lieu à des appréciations divergentes, il est fort possible que les règles de droit soient insuffisamment déterminées pour induire une solution certaine et il convient de bien peser les arguments avancés de part et d'autre pour apprécier le caractère sérieux de la question, du moyen ou le caractère manifeste de la solution ou de l'appréciation controversée⁴⁷⁷. Il s'agit, pour le juge, de se forger une opinion, de s'éclairer en tenant

⁴⁷² Voir, avec les références : M. BROBERG et N. FENGER, *Le renvoi préjudiciel...*, *op. cit.*, p. 303 ; « L'application de la doctrine de l'acte clair... », *op. cit.*, p. 878.

⁴⁷³ CE, ass., 27 juill. 1979, *Syndicat national des fabricants de spiritueux consommés à l'eau*, n° 09664, *Lebon* 335. Pour les conclusions du commissaire du gouvernement GENEVOIS : *AJDA* 1979. 36.

⁴⁷⁴ CE, 7^e ss, 4 nov. 2015, n° 390128.

⁴⁷⁵ Cf. note 444.

⁴⁷⁶ *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, D.4.

⁴⁷⁷ M. BROBERG et N. FENGER, *Le renvoi préjudiciel...*, *op. cit.*, p. 313 à 314 ; C. NAÔMÉ, *Le renvoi préjudiciel en droit européen, guide pratique*, Larcier, 2007, n° 71, p. 43. Rapp. : « aucune règle légale n'impose le renvoi du dossier vers une formation ordinaire lorsqu'il est demandé par l'avocat général ou l'une des parties, leur avis ne pouvant bien évidemment pas lier la délibération de magistrats du siège indépendants. Il est cependant indéniable que les membres de la conférence en tiennent le plus grand compte [...] » (V. VIGNEAU, *op. cit.*, p. 108).

compte de l'argumentation développée par les protagonistes du désaccord.

131. L'absence de controverse comme argument appuyant la démonstration relative aux caractères sérieux et manifeste. À l'inverse, l'absence de toute controverse doctrinale ou de toute divergence jurisprudentielle, de même que l'existence d'un accord ou d'un consensus servent parfois à étayer la démonstration réalisée à propos des caractères sérieux et manifeste. Cependant, l'absence de désaccord, tout comme son existence, ne constitue pas un élément déterminant mais un argument permettant au juge de conforter une éventuelle certitude à laquelle il serait arrivé. Ainsi, l'avocat général Yves Charpenel écrit dans ses conclusions pour un avis du 26 septembre 2006 : « sans chercher à procéder à une évaluation trop subjective du sérieux de la question posée, vous pourriez également estimer que la question de droit soulevée ne présente pas de manière indiscutable l'intérêt qui doit être réservé aux demandes d'avis ; [...] Il me semble [...] que l'acuité des questions juridiques est ici au minimum faible, sinon artificielle ; elles n'ont *en outre*, à ma connaissance, fait l'objet d'analyses ou d'interrogations ni des commissions des lois, ni de la chancellerie (cf. circulaire DACG du 30/3/2005), ni de la doctrine »⁴⁷⁸. L'absence de difficulté sérieuse est établie au terme d'une analyse des règles de droit et n'est pas le résultat de l'absence de discussion ; il s'agit là d'un élément qui ne tend qu'à renforcer une conviction déjà acquise par le juge, qui ne dispose d'aucun élément qui lui permettrait encore de douter de la solution au terme de son analyse. Il ne peut en aller autrement dès lors que l'absence de controverse peut s'expliquer par des facteurs conjoncturels plutôt que par l'existence d'un consensus sur une question : les juridictions du fond pourraient n'avoir pas encore été saisies de la question soumise à la Cour de cassation, la doctrine pourrait s'être désintéressée de la question en cause ou ne l'avoir tout simplement pas encore envisagée⁴⁷⁹.

Il semble que l'existence d'un consensus sur le point de droit soumis au juge ait la même valeur que l'absence de controverse. S'il s'agit là d'un élément de nature à appuyer la certitude éprouvée par le juge, il ne peut néanmoins pas s'agir d'un élément conclusif⁴⁸⁰.

⁴⁷⁸ Y. CHARPENEL, concl. Cass., avis, 26 sept. 2006, n° 06-00.010, *Bull. crim.*, avis, n° 2. Voir aussi : « Les dispositions visées par le juge de Fontainebleau dans sa première question n'ont suscité aucune interrogation ou discussion de la part des parlementaires, de la chancellerie, de la doctrine ou de praticiens, s'agissant de la répartition des compétences entre le tribunal de police et la juridiction de proximité ou de la procédure à suivre devant ces juridictions en matière de jugement des mineurs./ Toutes les analyses semblent aller dans le même sens./ Les développements qui suivent tenteront de donner quelques éclaircissements sur la pertinence de la demande » (rapp. D. CARON pour le même avis). Et aussi : « sur le second critère [la question posée pourrait donner lieu à plusieurs solutions divergentes de la part des juridictions du fond] : outre qu'aucune divergence n'a été signalée sur ce point, de la part des juridictions du fond, et si l'on considère, au vu des observations à l'audience de l'officier du ministère public, qu'on se trouve en présence d'une situation pouvant être qualifiée d'exercice illégal de la profession d'avocat, la rédaction de l'article 544, alinéa 2, du code de procédure pénale est suffisamment claire, et par conséquent ne nécessite pas une clarification : soit le mandataire du prévenu est un avocat, soit il est un fondé de procuration n'ayant pas le titre d'avocat et, en tout cas, n'intervenant pas en tant que tel. » (rapp. A. FOULQUIÉ, sous Cass., avis, 10 oct. 2011, n° 11-00.005, *Bull. crim.*, avis, n° 2).

⁴⁷⁹ « La doctrine [...] n'a jamais envisagé la pluralité d'indemnités de requalification. Encore fallait-il qu'elle se posât la question, ce qui ne semble pas avoir été le cas. Peut-être est-ce là la preuve que la problématique est inexistante » (A. MARTINEL, rapport pour Cass., avis, 24 janv. 2005, n° 04-00.005, *Bull. civ.*, avis, n° 2).

⁴⁸⁰ M. BROBERG et N. FENGER, *Le renvoi préjudiciel...*, op. cit., p. 301.

132. L'obligation de prendre en compte la position des juridictions des autres États membres pour déterminer si la question de droit de l'Union européenne soulève une difficulté sérieuse. Détacher la réflexion relative aux caractères sérieux et manifeste de la recherche et de l'identification du désaccord et de l'appréciation réalisée par des tiers peut s'avérer problématique au regard de l'interprétation que la Cour de justice de l'Union européenne donne de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. En effet, dans l'arrêt *CILFIT*, elle autorise certes les juridictions suprêmes à ne pas lui renvoyer de question préjudicielle lorsque l'application du droit de l'Union « [s'impose] avec une évidence telle qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable sur la manière de résoudre la question posée », mais précise toutefois que « la juridiction nationale doit être convaincue que la même évidence s'imposerait également aux juridictions des autres États membres et à la Cour de justice »⁴⁸¹.

Il en résulte que la Cour de cassation ne devrait pas pouvoir conclure à l'absence de difficulté sérieuse lorsque l'interprétation de la norme européenne qu'elle retient diverge de celle qu'a pu retenir une juridiction étrangère. La Cour de justice de l'Union européenne a consacré une telle analyse dans son arrêt *Ferreira da Silva e Brito* : « dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, marquées à la fois par des courants jurisprudentiels contradictoires au niveau national [...] et par des difficultés d'interprétation récurrentes de cette notion dans les différents États membres, une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'un recours juridictionnel de droit interne doit déférer à son obligation de saisine de la Cour et ce afin d'écartier le risque d'une interprétation erronée du droit de l'Union »⁴⁸². Dans une telle hypothèse, la Cour de cassation est privée de toute marge d'appréciation quant à l'opportunité du renvoi. Trois arrêts rendus le 20 mai 2008 par la chambre commerciale de la Cour de cassation vont dans ce sens : « Attendu qu'il existe une difficulté sérieuse quant au point de savoir si le prestataire qui propose un service de référencement payant sur internet tel que celui décrit ci-dessus fait un usage de la marque que son titulaire est habilité à interdire sur le fondement des articles 5, paragraphe 1, sous a) et b) de la directive [89/104/CEE] et 9, paragraphe 1, sous a) et b) du règlement [40/94/CE] ; attendu que la question, qui se pose dans des termes similaires dans tous les États membres, reçoit des réponses divergentes ; [...] qu'afin d'éviter que la protection accordée au titulaire de la marque nationale et de la marque communautaire varie d'un État à l'autre, il convient que soit donnée une interprétation uniforme de l'article 5, paragraphe 1, de la directive et de l'article 9, paragraphe 1, du règlement, en particulier de la notion d'« usage » y figurant ; qu'il convient donc de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle »⁴⁸³.

Contrairement à ce qui a pu être soutenu, rien ne permet de distinguer selon que le désaccord porte sur la compréhension de la norme européenne ou sur le caractère certain de l'interprétation qui en est faite. Dès lors qu'une juridiction étrangère a jugé que

⁴⁸¹ CJCE, 6 oct. 1982, *CILFIT* 283/81, *Rec.* p. 3415, §16

⁴⁸² CJUE, 9 sept. 2015, *João Filipe Ferreira da Silva e Brito e.a.*, C-160/14, §44. Voir aussi : M. BROBERG et N. FENGER, *Le renvoi préjudiciel...*, *op. cit.*, p. 301 à 304.

⁴⁸³ Cass., com., 20 mai 2008 (3 arrêts), n^{os} 06-20.230, 05-14.331 et 06-15.136, *Bull. civ.*, IV, n^o 101.

l'interprétation d'une disposition européenne soulevait une difficulté sérieuse justifiant un renvoi à la Cour de justice, la condition selon laquelle « la même évidence s'imposerait aux juridictions des autres États membres » n'est pas remplie. Dans cette hypothèse, la Cour de cassation perd donc toute liberté d'appréciation⁴⁸⁴ et, si elle ne peut être tenue de renvoyer une question dont est déjà saisie la Cour de justice, elle doit au moins surseoir à statuer le temps qu'il y soit répondu⁴⁸⁵. Encore faut-il, cependant, que la décision de la juridiction étrangère saisissant la Cour de justice fasse bien état d'un doute sur l'interprétation de la norme européenne. Il convient de souligner, à cet égard, que les dérogations à l'obligation de renvoi pesant sur les juridictions suprêmes posées par l'arrêt *CILFIT* ne constituent pas les conditions générales du renvoi préjudiciel : si les juridictions suprêmes ne sont pas tenues de renvoyer une question dont la résolution ne laisse place à aucun doute raisonnable, elles conservent toujours la faculté de le faire ; une juridiction nationale est en droit de saisir la Cour de justice d'une question qui ne soulèverait aucune difficulté⁴⁸⁶. De sorte que s'il apparaît que la juridiction étrangère a décidé du renvoi sans s'être interrogée sur l'affaire et sans avoir recherché si elle soulevait une difficulté sérieuse, la Cour de cassation conservera alors sa liberté d'appréciation⁴⁸⁷.

Malgré cette atténuation, la condition posée par l'arrêt *CILFIT* réduit considérablement la liberté d'appréciation des juridictions nationales quant à l'existence d'une difficulté sérieuse. Aussi, par crainte que le renvoi ne devienne systématique, l'abandon de cette condition, par ailleurs peu aisée à mettre en œuvre, a pu être suggéré⁴⁸⁸. Il convient toutefois d'observer que l'utilité d'une telle solution est limitée dès lors que les termes de l'arrêt *CILFIT* permettent déjà de réduire significativement la rigueur de cette condition.

133. Une obligation limitée à la prise en compte de la position des juridictions étrangères. En vertu de l'arrêt *CILFIT*, les juridictions suprêmes sont simplement appelées à s'assurer que « la même évidence s'imposerait également aux juridictions des autres États membres et à la Cour de justice ». Aussi la Cour de justice a-t-elle jugé qu'un désaccord avec une autorité administrative ou avec diverses opinions doctrinales n'est pas, en soi, constitutif d'une difficulté sérieuse imposant le renvoi⁴⁸⁹. Un tel désaccord ne prive pas la Cour de cassation de sa liberté d'appréciation, mais doit seulement l'inciter à faire preuve de précaution⁴⁹⁰. L'existence d'une difficulté sérieuse dans l'application du droit de l'Union européenne est donc appréciée par les juridictions indépendamment de la position que des autorités administratives ou doctrinales ont pu adopter. Ainsi, une juridiction suprême ne saurait refuser de renvoyer une question préjudicielle au seul motif que la

⁴⁸⁴ *Contra* : M. BROBERG et N. FENGER, *Le renvoi préjudiciel...*, *op. cit.*, p. 306, 310 et 311 ; « L'application de la doctrine de l'acte clair... », *op. cit.*, p. 875 et 878.

⁴⁸⁵ Pour un exemple de sursis à statuer de ce type : Cass., civ. 1^{ère}, 2 févr. 1999, n° 97-10.679.

⁴⁸⁶ CJCE, 6 oct. 1982, *CILFIT*, 283/81, *Rec.* p. 3415.

⁴⁸⁷ Rapp. : « Parfois, il est difficile de ne pas avoir l'impression qu'une juridiction nationale a introduit une demande préjudicielle qui aurait pu être épargnée si la juridiction nationale s'était un peu plus penchée sur l'affaire en détail » (M. BROBERG et N. FENGER, *Le renvoi préjudiciel...*, *op. cit.*, p. 310).

⁴⁸⁸ *Id.*, p. 321.

⁴⁸⁹ CJCE, 15 sept. 2005, *Intermodal Transports BV*, C-495/03, *Rec.* p. I-08151, §39.

⁴⁹⁰ M. BROBERG et N. FENGER, *Le renvoi préjudiciel...*, *op. cit.*, p. 313 à 314 ; « L'application de la doctrine de l'acte clair... », *op. cit.*, p. 880 ; C. NAÔMÉ, *op. cit.*, n° 71, p. 43. *Contra* : C. VOCANSON, *Le Conseil d'État français et le renvoi préjudiciel...*, *op. cit.*, n° 140, p. 116.

compatibilité d'une législation nationale avec le droit de l'Union ne soulève aucune difficulté sérieuse dès lors que la Commission européenne a renoncé à poursuivre en manquement du fait de cette législation⁴⁹¹.

La même conclusion devrait s'imposer lorsque l'interprétation retenue par la Cour de cassation entre en contradiction avec celle retenue par une juridiction française, qu'il s'agisse d'une juridiction inférieure ou d'une juridiction appartenant à un autre ordre de juridictions, car l'arrêt *CILFIT* ne se réfère qu'aux « juridictions *des autres États membres* »⁴⁹². D'ailleurs, comme cela a déjà été relevé, plusieurs décisions émanant de juridictions suprêmes étrangères ont refusé de procéder au renvoi malgré une divergence avec la juridiction inférieure, au motif que l'interprétation retenue par celle-ci est manifestement erronée⁴⁹³. Dans ce sens, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé, dans son arrêt *Ferreira da Silva e Brito*, que « la juridiction statuant en dernier ressort peut [...] estimer, nonobstant une interprétation déterminée d'une disposition du droit de l'Union effectuée par des juridictions subordonnées, que l'interprétation qu'elle se propose de donner de ladite disposition, différente de celle à laquelle se sont livrées ces juridictions, s'impose sans aucun doute raisonnable »⁴⁹⁴.

Le désaccord entre les membres de la formation de jugement eux-même ou entre eux et l'avocat général ne devrait pas non plus priver la Cour de cassation de sa liberté d'appréciation, faute de démontrer que la même évidence ne s'imposerait pas également « aux *juridictions des autres États membres* »⁴⁹⁵. Là encore, la jurisprudence étrangère semble globalement aller dans cette direction⁴⁹⁶.

Au regard de ces différents éléments, la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de renvoi préjudiciel à la Cour de justice ne semble pas aujourd'hui critiquable. Passant outre l'avis de l'avocat général, de la doctrine ou d'une autre juridiction française lorsqu'il lui semble que l'application du droit de l'Union ne laisse place à aucun doute

⁴⁹¹ CJCE, 22 févr. 2001, *Gomes Valente*, C-393/98, §16 à 19.

⁴⁹² L. COUTRON, « Assouplissement de l'obligation de renvoi préjudiciel vs. affermissement de la responsabilité judiciaire de l'État : à la recherche d'un équilibre », *RTD eur.* 2016. 407. *Contra*, considérant que le renvoi doit intervenir lorsque la juridiction suprême entend retenir une interprétation qui diffère de celle retenue par une juridiction inférieure : M. BROBERG et N. FENGER, *Le renvoi préjudiciel...*, *op. cit.*, p. 304 ; « L'application de la doctrine de l'acte clair... », *op. cit.*, p. 874 et 877.

⁴⁹³ M. BROBERG et N. FENGER, *Le renvoi préjudiciel...*, *op. cit.*, p. 304 ; « L'application de la doctrine de l'acte clair... », *op. cit.*, p. 874 et 878 ; M. N. WAHL, concl. sous CJUE, 9 sept. 2015, *X et T. A. van Dijk*, C-72/14 et C-197/14, §64 et note 55.

⁴⁹⁴ CJUE, 9 sept. 2015, *João Filipe Ferreira da Silva e Brito e.a.*, C-160/14, §42. Voir également : CJUE, 9 sept. 2015, *X et T. A. van Dijk*, C-72/14 et C-197/14, où il est jugé que : qu'il appartient aux seules juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne d'apprécier, sous leur propre responsabilité et de manière indépendante, si elles sont en présence d'un acte clair. [...] dans la mesure où la circonstance qu'une juridiction de rang inférieur a posé une question préjudicielle à la Cour sur la même problématique que celle soulevée dans le litige dont est saisi la juridiction nationale statuant en dernier ressort n'implique pas, en elle-même, que les conditions de l'arrêt *Cilfit e.a.* ne puissent plus être remplies, de sorte que cette dernière juridiction pourrait décider de s'abstenir de saisir la Cour et résoudre la question soulevée devant elle sous sa responsabilité » (§59 à 63).

⁴⁹⁵ *Contra* : M. BROBERG et N. FENGER, *Le renvoi préjudiciel...*, *op. cit.*, p. 303 à 305 ; « L'application de la doctrine de l'acte clair... », *op. cit.*, p. 873 ; C. VOCANSON, *Le Conseil d'État français et le renvoi préjudiciel...*, *op. cit.*, n° 140, p. 117. À cet égard, il semble difficile d'expliquer pourquoi le désaccord avec un magistrat devrait être distingué du désaccord avec une autorité administrative indépendante ou une partie de la doctrine.

⁴⁹⁶ Voir les décisions citées par : M. BROBERG et N. FENGER, *Le renvoi préjudiciel...*, *op. cit.*, p. 311.

raisonnable, mais procédant au renvoi en cas de divergence avec des juridictions des autres États membres, elle ne méconnaît pas les règles fixées par l'arrêt *CILFIT*.

134. Une fois admis que les caractères sérieux ou manifeste ne sont pas le prélude au raisonnement juridique mais sa conclusion et qu'ils correspondent à l'affirmation d'une certitude construite ou d'un doute regardé comme insurmontable, il reste encore à déterminer quelle certitude et quel doute sont en cause. En effet, les caractères sérieux ou manifeste pourraient encore renvoyer à une certitude ou un doute sur les faits litigieux, sur le sens et la portée des règles de droit qui leur sont applicables ou sur ces deux éléments. Le caractère sérieux et manifeste dépendent-ils de l'existence d'un doute insurmontable quant au droit, quant aux faits ou quant aux deux ?

§2. L'étendue de la certitude exigée à travers les caractères sérieux et manifeste

135. La détermination de l'étendue de la certitude que requiert l'appréciation des caractères sérieux et manifeste appelle deux questions distinctes. La première correspond au point de savoir s'il doit être exigé du juge qu'il ait une certitude quant aux faits litigieux et/ou quant au sens et à la portée des règles de droit susceptibles de s'appliquer à ces faits : dans quelle mesure le doute sur les faits et le doute sur le droit sont-ils déterminants pour la mise en œuvre des dispositions qui font référence aux caractères sérieux et manifeste ? (I) La seconde question porte sur le caractère abstrait ou concret de la certitude exigée. La règle de droit dont l'application est envisagée doit-elle être généralement certaine ou doit-elle l'être seulement ponctuellement, compte tenu des particularités de l'espèce ? (II)

I/ Une certitude étendue au droit et/ou aux faits

136. L'étendue de la certitude susceptible d'influer sur l'appréciation des caractères sérieux et manifeste varie généralement selon l'objet de la disposition qui fait référence à ces caractères. Ainsi, lorsqu'il s'agit de déterminer si une question soulève une difficulté sérieuse ou présente un caractère sérieux, il faut distinguer selon que cette question est de pur droit ou que sa résolution implique aussi de prendre position sur des éléments de fait. S'il s'agit d'une question de pur droit, alors la certitude et le doute quant au droit sont seuls en cause. La difficulté sérieuse se réduit alors à l'incertitude du droit. En revanche, lorsque la question est mélangée de fait et de droit, le juge ne peut conclure à l'absence de difficulté sérieuse qu'en vertu de la certitude la plus étendue, couvrant à la fois les éléments de fait et de droit pertinents. La difficulté sérieuse renvoie alors à l'incertitude du fait et/ou du droit. Il en va de même pour le caractère sérieux d'un moyen, d'une contestation ou d'une demande, ou pour le caractère manifeste d'une appréciation quelconque, telle l'illicéité manifeste, qui dépendent d'une certitude étendue aux faits et au droit.

Si cette délimitation de la certitude selon l'objet des dispositions en cause est bien admise (A), la définition classique de la contestation sérieuse soulevée devant le juge des référés pourrait toutefois avoir été abandonnée (B).

137. La certitude quant au droit, critère de détermination de la difficulté sérieuse soulevée par une question d'interprétation. L'étendue de la certitude requise pour juger des caractères sérieux et manifeste dépendra principalement de l'objet des dispositions qui y font référence. Il est en effet assez aisé de comprendre que lorsque les caractères sérieux et manifeste participent des conditions de transmission d'une question de pur droit à une juridiction autre que celle saisie du principal, ils renvoient nécessairement à une certitude sur le sens et la portée des règles en cause. Ainsi, la difficulté sérieuse que doit soulever une question transmise à la Cour de cassation pour avis ne peut correspondre qu'à un doute sur le sens et la portée d'une règle de droit. Il ne pourrait pas en aller autrement dès lors qu'une demande d'avis ne peut porter que sur une « *question de droit* nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges »⁴⁹⁷. La question transmise tendant seulement à déterminer la façon dont une règle de droit doit être comprise, elle ne « présentera » de difficulté sérieuse qu'à cet égard. La même analyse prévaudra en ce qui concerne les questions préjudicielles d'interprétation renvoyées à la Cour de justice de l'Union européenne, dès lors que celle-ci refuse de trancher des questions relatives à l'appréciation des faits de la cause⁴⁹⁸. La difficulté sérieuse sera constituée par l'impossibilité de déterminer avec certitude le sens et la portée exacts de la disposition dont l'interprétation est sollicitée.

Il devrait normalement en aller de même pour les questions préjudicielles portant sur l'interprétation d'un acte administratif. Cependant, quand l'acte en cause est de nature contractuelle, le doute sur sa signification se fonde avec le doute sur l'intention des parties. Les questions préjudicielles en interprétation d'un contrat administratif seront donc nécessairement mélangées de fait et de droit et la difficulté sérieuse s'entend alors aussi bien comme un doute sur les faits que comme un doute sur la règle de droit applicable au litige⁴⁹⁹.

138. La certitude quant aux faits et au droit, critère de détermination du caractère sérieux de la question en appréciation de validité. En ce qui concerne les questions relatives à l'appréciation de la validité d'un acte, la situation est plus complexe. S'agissant de contrôler la conformité d'une norme ou d'un acte à une norme supérieure, elles peuvent correspondre à des questions de pur droit, de pur fait ou être mélangées de fait et de droit. Il s'agira généralement de préciser soit le sens de la norme supérieure, afin de déterminer si l'acte ou la norme contestés lui sont conformes⁵⁰⁰, soit le sens de ces

⁴⁹⁷ Il n'y a donc pas lieu à avis lorsque la question, mélangée de fait et de droit, impose à la Cour de se prononcer sur les faits dont est saisie la juridiction du fond : Cass., avis, 8 oct. 1993, n° 09-30.009, *Bull. civ.*, avis, n° 12 ; 24 janv. 1994, n° 09-30.017, *id.* n° 1 ; 2 mai 1994, n° 09-04.005, *id.* n° 11 ; 20 juin 1997, n° 09-70.006, *id.* n° 4 ; 1^{er} déc. 2003, n° 00-00.000, *id.* n° 2 ; 8 oct. 2007, n° 07-00.011, *id.* n° 7 ; 10 oct. 2011, n° 11-00.005, *Bull. crim.* n° 2 ; 5 déc. 2011, n° 11-00.006, *Bull. civ.*, avis, n° 8 ; 12 déc. 2011, n° 11-00.007, *id.* n° 9.

⁴⁹⁸ CJCE, 23 janv. 1975, *Van der Hulst*, 51/74, *Rec.* p. 79, §11 et 12.

⁴⁹⁹ J.-F. FLAUSS, *Les questions préjudicielles...*, *op. cit.*, p. 62.

⁵⁰⁰ Voir, par exemple : Cass., soc., 29 mai 1990, n° 88-15.649, *Bull. civ.*, V, n° 251 ; civ. 3^e, 28 mars 2007, n° 04-12.315 ; com., 20 mai 2008, n° 06-20.230 ; civ. 2^e, 10 sept. 2009, n° 09-10.445.

derniers, afin de les confronter aux prescriptions de la norme supérieure⁵⁰¹. La difficulté sérieuse conditionnant le renvoi s'entendra alors comme le doute sur le sens et la portée d'une règle de droit, qu'il s'agisse de celle dont la validité est discutée ou d'une norme supérieure. Cependant, il doit être relevé, sur ce point, que la Cour de justice de l'Union européenne juge constamment qu'il ne lui appartient pas de statuer sur l'interprétation des dispositions de droit national⁵⁰². Elle ne peut pas être saisie d'une question portant sur l'interprétation d'une disposition de droit français dont la conformité au droit de l'Union serait discutée. Il en résulte que la difficulté sérieuse soulevée par la question de validité ne peut se comprendre que comme un doute sur le sens d'une règle appartenant à l'ordre juridique européen. De même, il ne revient pas au Conseil constitutionnel de se prononcer sur l'interprétation d'une loi, sauf à émettre des réserves d'interprétation. Il incombera donc au juge ordinaire de fixer le sens des dispositions législatives qui lui sont soumises pour apprécier ensuite si elles sont compatibles avec les règles constitutionnelles⁵⁰³. Aussi le doute sur le sens et la portée d'une loi ne sera pas de nature à rendre sérieuse une question prioritaire de constitutionnalité, qui suppose un doute insurmontable sur le sens exact des règles constitutionnelles⁵⁰⁴.

Mais la question en appréciation de validité n'est pas toujours de pur droit. En effet, lorsque l'adoption d'un acte dépend de la réunion de certains faits, l'appréciation de sa validité pourra faire naître une question de pur fait, tenant au point de savoir si les éléments de faits justifiant son adoption sont bien réunis. De sorte que le caractère sérieux du grief d'invalidité ou l'existence d'une difficulté sérieuse dépendront de la possibilité pour le juge d'acquiescer une certitude quant au sens et à la portée des règles de droit fixant les conditions de validité et quant aux faits litigieux susceptibles d'influer sur l'application de ces règles. Il a ainsi été jugé qu'il y avait lieu de saisir le juge administratif d'une question préjudicielle en appréciation de validité d'une décision ministérielle ordonnant la réintégration d'un salarié, au motif que « la société soutenait que la décision ministérielle était fondée sur des faits matériellement inexacts, qu'elle fournissait certaines précisions impossibles à écarter sans vérification et que sa contestation était sérieuse »⁵⁰⁵. Pareillement, une partie pourrait conclure à l'invalidité d'un acte en raison de la méconnaissance des règles fixant les modalités de son adoption. Si une telle argumentation

⁵⁰¹ Voir, par exemple : Cass., soc., 17 avr. 1985, n° 83-10.450, *Bull. civ.*, V, n° 229 ; civ. 1^{ère}, 14 nov. 2006, n° 04-20.009, *id.*, I, n° 490.

⁵⁰² CJCE, 2 déc. 1964, *Dingemans*, 24/64, *Rec. p.* 1259 ; 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon*, 78-70, *Rec. p.* 487, §3.

⁵⁰³ P. DEUMIER, « QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du contrôle de l'interprétation de la loi) », *RTD civ.* 2010. 508 ; « L'interprétation de la loi : quel statut ? quelles interprétations ? quel(s) juge(s) ? quelles limites ? », *RTD civ.* 2011. 90.

⁵⁰⁴ Il doit être relevé à cet égard qu'en vertu des principes à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et de clarté de la loi, l'incertitude sur le sens de la loi pourra caractériser en elle-même l'inconstitutionnalité (sur ces principes : C. const. 16 janv. 1982, n° 81-132 DC, §68 à 70 ; 16 déc. 1999, n° 99-421 DC, §13). Le doute quant au sens de la loi rendra alors sérieuse la question de constitutionnalité soumise au juge ordinaire (Cass., com., 14 déc. 2010, n° 10-40.047, *Bull. civ.*, QPC, n° 9 ; 3 sept. 2013, n° 13-40.035). Il ne s'agira toutefois pas d'obtenir du Conseil constitutionnel une interprétation de la loi contestée mais de l'interroger sur la portée du principe d'intelligibilité. Le caractère sérieux découlera donc soit du doute sur la portée de ce principe, mais non sur le sens de la loi lui-même, soit du caractère certain de sa violation.

⁵⁰⁵ Cass., soc., 4 mai 1972, n° 70-40.412, *Bull. civ.*, V, n° 326. Rapp. : civ. 1^{ère}, 8 mars 2005, n° 02-21.574, *id.*, I, n° 127.

est recevable⁵⁰⁶, le juge devra se prononcer sur deux points : d'une part, quelles sont ces modalités et quelle est la conséquence de leur inobservation et, d'autre part, ont-elles *effectivement* été méconnues ?⁵⁰⁷

À cet égard, il doit néanmoins être observé que, bien qu'elle soit relative à la validité d'une loi, la question prioritaire de constitutionnalité semble devoir être nécessairement de pur droit. D'une part, le Conseil constitutionnel écarte toute question qui porterait sur les modalités d'adoption de la loi⁵⁰⁸, l'article 61-1 de la Constitution ne prévoyant la saisine du Conseil que s'« il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte *aux droits et libertés* que la Constitution garantit ». D'autre part, l'adoption des lois n'est généralement pas subordonnée à la caractérisation de faits quelconques. Ainsi, dire d'une question prioritaire de constitutionnalité qu'elle est sérieuse ou qu'elle ne l'est pas, c'est nécessairement exprimer un doute ou une certitude sur le sens et la portée des règles constitutionnelles, non sur un fait quelconque.

139. La certitude quant au droit et aux faits, critère général de l'appréciation des caractères sérieux et manifeste. En dehors des dispositions relatives à la transmission d'une question d'interprétation ou en appréciation de validité, rien ne permet de limiter aux seuls éléments de droit l'étendue de la certitude dont dépendra l'appréciation des caractères sérieux et manifeste.

Aussi, la jurisprudence détermine s'il existe une difficulté sérieuse soulevée par la question préjudicielle relative à l'application directe de la loi à l'aune de la certitude du juge sur les faits et sur le sens de la loi applicable. Le juge saisi d'une telle question est dispensé de surseoir à statuer lorsqu'il est mis à même d'y répondre « par l'évidence du fait et du droit »⁵⁰⁹. Ainsi, par exemple, lorsque la délimitation du domaine public est en jeu, le point de savoir si des terres sont recouvertes par les marées les plus hautes doit faire l'objet d'une question préjudicielle au juge administratif si les documents produits devant le juge judiciaire ne permettent pas de lever ses éventuels doutes⁵¹⁰. De même, la Cour de cassation a jugé qu'il y avait lieu pour le juge paix de renvoyer au tribunal civil une question préjudicielle concernant la nationalité du demandeur lorsque, faute d'acte de naissance, les documents produits par lui font naître un doute sur l'identité de son père⁵¹¹.

⁵⁰⁶ La possibilité reconnue aux personnes physiques ou morales de se prévaloir d'un tel grief est souvent limitée. Ainsi, par exemple, la jurisprudence européenne retient qu'elles ne peuvent se fonder que sur les règles de procédures destinées à protéger leurs intérêts (CJCE, 7 mai 1991, *Nakajima All Precision*, C-69/89, *Rec. p. I-02069*, § 49 à 51).

⁵⁰⁷ Voir, par exemple, un arrêt où le demandeur se prévalait de la nullité d'un règlement communautaire selon le moyen que le comité de gestion de la viande bovine n'aurait pas été consulté à temps. Bien que ce moyen ait été jugé infondé au motif qu'il n'existe aucun délai particulier entre la saisine du comité et le moment où il doit rendre son avis, il n'en demeure pas moins que l'appréciation de validité implique de déterminer si le comité a été effectivement consulté et que tout doute à cet égard serait constitutif d'une difficulté sérieuse : CJCE, 12 déc. 1996, *The Queen c/ Intervention Board for Agricultural Produce*, C-241-95, *Rec. p. I-06699*, §43 à 46.

⁵⁰⁸ C. const., 22 juill. 2010, n° 2010-4/17 QPC, § 7 ; 28 févr. 2014, n° 2013-370 QPC, §11.

⁵⁰⁹ Cass., civ., 10 mai 1881, *Bull. civ.* n° 90 ; 24 mars 1891, *id.* n° 41 ; 25 avr. 1904, *Recueil de législation et de jurisprudence coloniale* 1904. 94 ; 6 mai 1908, *id.* 1908. 247 ; 25 oct. 1911, *id.* 1911. 45 ; 3 juill. 1912, *id.* 1912. 278 ; 23 déc. 1908, *D.* 1911. I. 211, spéc. p. 214 ; Trib. civ. Chandernagor, 27 févr. 1900, *Recueil des sommaires de la jurisprudence française* 1902. 952.

⁵¹⁰ Cass., civ. 1^{ère}, 29 avr. 1958, *Bull. civ.*, I, n° 223. Voir aussi : civ. 1^{ère}, 3 oct. 1961, n° 59-11.313, *id.* n° 428 ; 16 juin 1966, *id.* n° 372 ; 14 juin 2000, n° 98-18.576.

⁵¹¹ Cass., civ., 25 avr. 1877, *D.* 1877. I. 203.

Ainsi, le doute sur les faits dont dépend l'application de la règle en cause caractérise une difficulté sérieuse, tout comme le doute sur la signification de cette règle⁵¹².

Il ne devrait pas en aller autrement en ce qui concerne la saisine préjudicielle du Tribunal des conflits sur le fondement de l'article 35 du décret n° 2015-233. Certes, les arrêts qui décident de sa saisine retiennent tous, à notre connaissance, qu'il existe une difficulté sérieuse en raison du caractère incertain des règles de compétence⁵¹³. Mais aucun arrêt n'exclut pourtant qu'une difficulté sérieuse soit constituée en raison d'un doute sur les faits conditionnant l'application des règles de compétence. La saisine du Tribunal devrait pouvoir intervenir dans une telle hypothèse afin de prévenir tout conflit qui risquerait de surgir en raison d'une appréciation divergente des faits déterminants par les juridictions judiciaires et administratives.

En ce qui concerne les pouvoirs du juge des référés, la Cour de cassation juge d'abord qu'un trouble ne présente pas de caractère manifestement illicite lorsqu'il existe un doute sur le sens de la loi dont résulterait l'illicéité⁵¹⁴ ou du contrat dont se prévaut l'auteur du trouble⁵¹⁵, mais également lorsqu'il existe un doute sur des circonstances factuelles déterminante pour l'application de cette loi⁵¹⁶. Ensuite, à propos de la contestation sérieuse, la jurisprudence retient qu'elle peut consister en un doute sur les faits fondant la demande⁵¹⁷ ou sur la portée exacte des règles de droit applicables⁵¹⁸. Cependant, cette solution est aujourd'hui contestée.

B/ Évolution récente : le doute sur le droit constitue-t-il une contestation sérieuse ?

140. Reconnaissance jurisprudentielle d'une obligation d'interpréter les textes obscurs pour le juge des référés. Deux arrêts rendus le 24 novembre 1998 et le 24 juin 2009 ont pu être interprétés comme des revirements, car ils énoncent qu'« il appartenait au juge des référés d'appliquer la loi même si elle requérait interprétation, et de rechercher si l'obligation de l'employeur était sérieusement contestable »⁵¹⁹.

⁵¹² Ainsi, par exemple, jugeant que la détermination de la nationalité du demandeur soulève une « difficulté réelle d'une importance considérable » sur l'interprétation des traités du 30 mai et de la loi du 14 octobre 1814 : Cass., civ., 19 oct. 1893, S. 1894. I. 95. Voir aussi, sur la contestation sérieuse dans la délimitation du domaine public : Cass., civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 1969, n° 66-12.910, *Bull. civ.*, I, n° 259.

⁵¹³ Voir, par exemple : Cass., soc., 27 avr. 1989, n° 86-42.731, *Bull. civ.*, V, n° 312 ; ass., 4 juill. 1997, n° 93-21.167, *Bull. civ.*, A. P., n° 9 ; soc., 10 juill. 2002, n° 00-60.373 ; civ. 1^{ère}, 11 mars 2012, n° 12-14.606 ; 6 févr. 2013, n° 12 10.048. Voir aussi les arrêts cités aux notes 388 à 390.

⁵¹⁴ Cass., civ. 2^e, 27 nov. 1991, n° 90-17.078, *Bull. civ.*, II, n° 324 ; com., 24 mai 2016, n° 14-25.210. Rapp., jugeant que « n'est pas manifeste au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative l'illégalité susceptible d'entacher une décision prise sur le fondement de dispositions comportant une ambiguïté » (CE, réf., 18 mars 2002, n° 244081, *Lebon* 106).

⁵¹⁵ Cass., civ. 2^e, 8 juin 2000, n° 98-13.807.

⁵¹⁶ Cass., com., 15 janv. 1991, n° 89-12.064.

⁵¹⁷ Cass., soc., 9 févr. 1977, n° 75-12.775, *Bull. civ.*, V, n° 96 ; civ. 2^e, 19 juin 1991, n° 90-13.301, *id.*, II, n° 188 ; 10 mars 2004, n° 01-14.794, *id.* n° 119. Y. STRICKLER, *op. cit.*, p. 110 à 113.

⁵¹⁸ Cass., civ. 2^e, 10 nov. 1968, n° 67-11.170, *id.*, II, n° 132 ; com., 16 nov. 1971, n° 70-14.520, *id.*, IV, n° 278 ; civ. 3^e, 4 janv. 1979, n° 77-15.234 ; com., 9 oct. 1984, n° 83-15.036, *id.*, n° 257 ; 21 juin 1988, n° 86-16.210, *id.* n° 213 ; civ. 3^e, 5 juill. 1989, n° 87-18.333, *id.*, III, n° 159, précité ; civ. 1^{ère}, 20 juill. 1994, n° 92-14.665, *id.*, I, n° 259 ; civ. 2^e, 5 oct. 1994, n° 92-19.006, *id.*, II, n° 191 ; com., 24 mai 2016, n° 14-25.210. S'inscrivant dans cette ligne jurisprudentielle : Rennes, 14 sept. 2011, n° 10/06127, où le juge des référés est défini comme « juge de l'évidence des faits ou du droit ». Voir aussi : P. ESTOUP, *op. cit.*, n° 76 et les références doctrinales citées à la note 381.

⁵¹⁹ Cass., soc., 24 nov. 1998, n° 96-44.111 ; 24 juin 2009, n° 08-42.116.

141. Réception doctrinale : l'inanité de la contestation portant sur le sens de la loi à l'égard du juge des référés. Non publiés, ces arrêts n'ont pas suscité de commentaires. D'éminents auteurs y voient pourtant le signe qu'« une contestation sérieuse quant à l'interprétation de la loi ne fait bien sûr pas obstacle à l'exercice de ses pouvoirs par le juge des référés »⁵²⁰. Désormais, la contestation sérieuse à laquelle font référence les articles 808 et 809 du code de procédure civile ne serait pas caractérisée par un doute sur le droit, mais seulement par un doute sur les faits ou par la certitude que la demande est infondée, en droit et/ou en fait. Le juge des référés ne peut donc pas rejeter la demande de provision au motif que le sens de la loi est incertain, car il ne s'agit pas là d'une contestation sérieuse au sens des textes précités. Il doit interpréter la loi et il ne peut conclure à l'existence d'une contestation sérieuse que s'il résulte de son interprétation que la demande est infondée. Inversement, s'il interprète la loi en faveur du demandeur, il devra écarter comme non sérieuses les contestations du défendeur fondées sur une autre interprétation. En disant une contestation sérieuse portant sur le sens de la règle de droit, le juge la déclarerait ainsi simplement fondée, alors qu'antérieurement les décisions par lesquelles le juge disait sérieuse une contestation n'éclairaient pas réellement le sens de la règle de droit puisqu'elles pouvaient correspondre à la reconnaissance du bien fondé de la contestation ou à l'affirmation d'un doute sur ce point⁵²¹. En revanche, il se heurte bien à une contestation sérieuse lorsque le sens et la portée d'un contrat sont incertains, car il s'agit là d'une question de fait tenant à la recherche de la commune intention des parties⁵²².

Les arrêts précités ne décident pourtant pas que le doute sur le sens de la loi n'est pas constitutif d'une contestation sérieuse. Ils se contentent d'énoncer que le juge des référés doit appliquer la loi même si elle requiert interprétation et qu'il doit rechercher s'il existe une contestation sérieuse. Deux lectures sont alors possibles : une lecture extensive, selon laquelle le doute sur le droit n'est jamais constitutif d'une contestation sérieuse, ou une lecture restrictive, selon laquelle le doute sur le droit est bien constitutif d'une contestation sérieuse mais ne saurait résulter de la seule obscurité de la loi, la nécessité

⁵²⁰ L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 9^e éd., 2016, note 558, p. 551. Dans le même sens : « Selon cet arrêt, le juge des référés est donc tenu d'appliquer la loi, quand bien même il devrait l'interpréter, ce qui exclut toute contestation sérieuse de pur droit. » (X. VUITTON, « Référés. – Conditions générales des pouvoirs du juge des référés », n° 32). Voir aussi : X. et J. VUITTON, *op. cit.*, n° 126, p. 32 s.

⁵²¹ Il a ainsi été noté que « s'agissant de juger en cassation de la validité d'une ordonnance de référé, la décision de la Haute Juridiction laisse, nécessairement, le commentateur sur sa faim quant à sa portée au fond. [...] La 3^e chambre civile de la Cour de cassation approuve le juge des référés d'avoir refusé de trancher un point qui soulevait une contestation sérieuse. Ce faisant, elle ne prend pas parti sur le fond certes, mais, implicitement contrainte par le pourvoi, en reconnaissant que la question soulève un point de droit en ce qui concerne la portée de l'article 186, elle admet, sans l'affirmer, que la passation d'un bail de locaux commerciaux *pourrait* entrer dans les cas prévus par ledit texte. » (C. CHAMPAUD et D. RANET « Dirigeants sociaux. Interdictions de gérer, d'administrer ou de contrôler une entreprise ou une personne morale ayant une activité économique (art. 186 et 192, L. du 25 janv. 1985). Portée de ces interdictions », *RTD com.* 1999. 432). Voir aussi : M. CABRILLAC, « Redressement et liquidation judiciaires des entreprises », *JCP E* 1999. 809, n° 58. Rapp. : « Si [la méconnaissance de la loi] ne saute pas aux yeux, le trouble est peut-être illicite, il ne l'est pas « manifestement » » (P. BERTIN, « Un trouble manifestement illicite... », *op. cit.*, p. 420).

⁵²² X. VUITTON, « Référés. – Conditions générales des pouvoirs du juge des référés », *op. cit.*, n° 32. Sur ce point, voir la jurisprudence citée à la note 380 et les arrêts suivants : Cass., civ. 3^e, 10 févr. 1988, n° 86-18.864, *Bull. civ.*, III, n° 34 ; 21 janv. 2016, n° 15-10.566, *id.* à paraître.

d'interpréter la loi pour pouvoir l'appliquer ne suffisant pas à rendre son sens incertain.

142. Examen critique : une lecture erronée de la jurisprudence. Plusieurs arguments juridiques ont été avancés en faveur de la lecture extensive. D'abord, l'article 4 du Code civil interdirait au juge de se réfugier derrière l'obscurité, le silence ou l'insuffisance des lois pour refuser de statuer⁵²³. Cet argument ne souffre cependant pas l'examen, puisque le juge des référés ne s'abstient aucunement de juger. Au contraire, il rejette la demande, au motif que l'une des conditions légales pour sa satisfaction, à savoir l'absence de contestation sérieuse, n'est pas remplie. Ensuite, l'article 12 du code de procédure civile, visé par la chambre sociale, impose au juge de trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables⁵²⁴. De sorte que le juge ne peut écarter un texte sous prétexte que son sens est ambigu. *Via* l'interprétation du texte, il doit déterminer la règle qu'il contient. Or, l'article 12 s'applique au juge des référés, comme à tout juge. Par conséquent, il ne saurait s'arrêter aux textes clairs pour se prononcer sur la demande qui lui est soumise et doit, au contraire, se prononcer sur le sens de tout texte qui pourrait avoir une incidence sur le sort de la demande. Mais c'est oublier que le juge des référés ne se prononce pas directement sur le fond. Il n'est pas chargé de juger si le droit subjectif invoqué par le demandeur existe réellement et a effectivement été méconnu. Il est simplement appelé à se prononcer sur l'existence d'un droit à des mesures provisoires⁵²⁵, qui repose sur des conditions autonomes parmi lesquelles figurent parfois l'absence de contestation sérieuse quant à un droit subjectif dont les conditions d'existence paraissent réunies. Ainsi, pour statuer sur les demandes, le juge des référés fait application des articles 808 et 809 uniquement, non des dispositions qui pourraient régir la demande au fond. L'article 12 a donc pour seul effet de lui imposer de mettre en œuvre ces deux textes. Par conséquent, tout se jouera dans la délimitation du concept de « contestation sérieuse » qu'ils contiennent.

Si aucun texte n'impose donc de considérer que le doute sur le droit n'est pas constitutif d'une contestation sérieuse, un argument d'ordre pratique a encore pu être avancé au soutien d'une telle solution. Il a été souligné que la recherche d'une sécurité juridique maximale et la nécessité de favoriser la constitution rapide d'une jurisprudence sur un point de droit incertain devrait conduire à autoriser le juge des référés à statuer malgré le doute qu'il éprouve à l'égard du sens de la loi⁵²⁶. Maintenant que le pourvoi en

⁵²³ X. VUITTON, « Référé. – Conditions générales des pouvoirs du juge des référés », *op. cit.*, n° 32 ; J. NORMAND, « Action en justice ; juridiction ; Organisation judiciaire et compétence », *RTD civ.* 1979. 656 ; Y. STRICKLER, *op. cit.*, p. 114. Dans ce sens : TGI Paris, réf., 22 déc. 1976, *D.* 1977. 447 ; X. et J. VUITTON, *op. cit.*, n°s 116 et 129, p. 30 et 32.

⁵²⁴ X. VUITTON, « Référé. – Conditions générales des pouvoirs du juge des référés », *op. cit.*, n° 32 ; X. et J. VUITTON, *op. cit.*, n° 128, p. 32.

⁵²⁵ Cass., soc., 7 mai 1987, n° 84-41.005, *Bull. civ.*, V, n° 274 ; civ. 2^e, 27 janv. 1993, n° 90-20.928, *id.*, II, n° 38 ; R. MARTIN, « Le référé, théâtre d'apparence », *D.* 1979. chron. 158 ; P. HÉBRAUD, « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », *RTD civ.* 1973. 162 ; J. NORMAND, « Action en justice ; juridiction ; Organisation judiciaire et compétence », *RTD civ.* 1975. 146 ; E. GARSONNET et C. CÉZAR-BRU, *Traité théorique et pratique de procédure*, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, Paris, 1904, tome VIII, n° 3008, p. 334.

⁵²⁶ Y. STRICKLER, *op. cit.*, p. 116 ; X. et J. VUITTON, *op. cit.*, n° 138, p. 33. Voir également « Ces questions ne relevaient pas de la sphère de compétence dévolue à la juridiction des référés et justifiaient probablement le rejet du pourvoi, ce qui aurait permis au juge du fond de se prononcer./ Ce n'est pourtant pas ce qu'a décidé la Cour de cassation en exerçant d'emblée son contrôle normatif./ Ceci témoigne sans doute d'une volonté de trancher sans tarder une question qui agite les praticiens depuis quelques temps

cassation est admis au sein de la procédure de référé⁵²⁷, celle-ci paraît être un expédient pour accélérer la formation de la jurisprudence. Bien que puissant, cet argument doit cependant être écarté car permettre au juge de statuer malgré l'incertitude qu'il éprouve quant aux règles de droit remet en cause l'équilibre général dans lequel s'inscrit la procédure de référé.

Provisoire, l'ordonnance de référé peut toujours être remise en cause par les juges statuant au fond et l'extension de ses pouvoirs à laquelle concluent les auteurs précités pourrait se retourner contre les parties elles-mêmes. Si le défendeur condamné à payer une provision ou à exécuter une obligation obtenait gain de cause devant la juridiction saisie du fond, le demandeur en référé engagerait sa responsabilité à son égard, l'exécution de l'ordonnance de référé se faisant à ses risques et périls⁵²⁸, quand bien même le défendeur y procéderait spontanément suite à la signification de l'ordonnance⁵²⁹. Quant au défendeur condamné, il pourrait ne jamais pouvoir obtenir la restitution de ce qu'il a versé dans le cas où le demandeur en référé serait devenu insolvable. Il est donc absolument essentiel que le juge des référés demeure dans la sphère de la certitude la plus absolue quant à l'issue d'un éventuel procès au fond : les prétentions du demandeur doivent être certaines et donc ne se heurter à aucune contestation sérieuse quant aux faits allégués ou quant au sens des règles de droit applicables.

En outre, imposer au juge des référés de ne pas s'arrêter au caractère incertain des règles de droit remettrait en cause la finalité même du référé provision. Si le législateur lui a reconnu le pouvoir d'ordonner l'exécution d'obligations non sérieusement contestables, c'est afin d'offrir aux justiciables une voie de droit peu coûteuse et rapide pour faire régler les litiges dans lesquels le demandeur dispose de suffisamment d'éléments pour établir ses droits avec certitude. Bien que la procédure de référé provision ne soit pas exclusive de la procédure au fond, elle tend à s'y substituer complètement dans les litiges qui, par définition, ne devraient pas donner lieu à de trop de contestations⁵³⁰. Le demandeur dont les droits sont certains pourra obtenir satisfaction aisément et le défendeur, déjà condamné, n'aura pas d'intérêt à saisir les juridictions d'une demande au fond. Il s'agit donc d'éviter les lourdeurs de la procédure ordinaire lorsqu'elles s'avèrent inutiles⁵³¹. Or, permettre au juge des référés de statuer malgré l'incertitude remet en cause cet équilibre. Le juge des référés n'étant plus appelé à anticiper la décision des juges du fond, et donc à éviter la saisine de ceux-ci, mais à régler provisoirement le litige, la procédure de référé se surajoutera à la procédure au fond sans s'y substituer. Les procédures font alors doublon et la saisine du juge des référés ne sera pas en mesure de mettre fin au litige : le demandeur débouté ou le défendeur condamné auront toujours intérêt à tenter leur chance en formant une demande au fond.

143. Proposition : la contestation tirée de l'ambiguïté de la loi n'est pas nécessairement sérieuse. Une lecture restrictive des arrêts précités doit donc être

et donc de sortir de l'incertitude » (A. BILLEMONT, note sous Cass., civ. 3^e, 18 févr. 2004, n° 02-17.976, *JCP G* 2004. II. 10095).

⁵²⁷ Cass., ass., 2 nov. 1990, n° 90-12.698, *Bull. civ.*, A. P., n° 11.

⁵²⁸ Art. L111-10 CPCE ; Cass., civ. 2^e, 22 janv. 2004, n° 01-00.580, *Bull. civ.*, II, n° 18.

⁵²⁹ Cass., ass., 24 févr. 2006, n° 05-12.679, *id.*, A. P., n° 2.

⁵³⁰ Cf. n° 428.

⁵³¹ *Ibid.*

retenue. Le fait qu'ils n'aient pas été publiés laisse penser que la chambre sociale n'y a pas vu un revirement. Il faut donc considérer que ces arrêts retiennent simplement que la nécessité d'interpréter la loi ne rend pas, en soi, sérieusement contestable l'obligation du défendeur. La contestation tirée de l'obscurité de la loi n'est pas nécessairement sérieuse. Encore faut-il que plusieurs interprétations du texte ambigu en cause puissent raisonnablement être admises au regard de sa finalité, de son esprit, de l'intention de ses rédacteurs et/ou des enjeux socioéconomiques de son application⁵³². Ambiguïté ne signifie pas toujours incertitude indique la chambre sociale. Nous tenterons de montrer dans le titre suivant que la jurisprudence exclut généralement tout lien systématique entre ces deux termes. En revanche, qu'une contestation sérieuse quant au sens et la portée des règles de droit existe bel et bien et il conviendra de rejeter la demande de provision.

Dans ce sens, un arrêt du 30 juin 2010 retient que « le juge des référés *peut* interpréter une convention collective » pour déterminer s'il existe une contestation sérieuse⁵³³. Il « peut » plutôt qu'il « doit ». L'interprétation des dispositions obscures n'est donc pas une obligation générale à laquelle il doit toujours déférer, un préalable systématique à la détermination du caractère sérieux des contestations. Le juge des référés demeure toutefois dans son rôle lorsque l'interprétation à laquelle il procède, rendue nécessaire par l'ambiguïté du texte, ne se heurte néanmoins à aucune contestation sérieuse.

144. Ayant montré quelle était, à l'égard des éléments constituant le litige, la portée de la référence à la certitude pour établir si un moyen est sérieux, si une question soulève une difficulté sérieuse ou si une appréciation ou une solution est manifeste, il faut nous demander comment le caractère certain du droit et/ou des faits doit être apprécié. Cela relève-t-il d'un questionnement abstrait et général ou d'une recherche concrète limitée aux spécificités de la cause ?

II/ Une certitude appréciée concrètement

145. Exiger du juge une certitude générale et abstraite conduirait à ruiner ce critère car toute règle de droit comporte une part d'indétermination. Il faut donc relever que les notions étudiées ne dépendent pas d'une certitude abstraite, mais impliquent de s'interroger sur le caractère certain de l'application des règles de droit *in concreto* (A).

Il en résulte que le critère n'induit pas une modification de l'office du juge : celui-ci n'a pas à raisonner hypothétiquement et ne peut être tenu d'apprécier le caractère certain des droits et prétentions des parties qu'au regard des éléments de fait et de droit dans la cause (B).

A/ La certitude limitée aux besoins du litige

146. L'exigence de certitude quant aux faits doit toutefois être relativisée, car elle n'est pas absolue. D'abord, il n'est pas nécessaire d'être certain de tous les éléments factuels composant le litige ; la solution peut être acquise nonobstant un doute quant à la véracité de tels faits allégués par le demandeur ou le défendeur. Il en ira ainsi dès lors que ces faits sont sans incidence sur l'application des règles de droit au litige. Soit que la règle de droit

⁵³² Cf. nos 181 à 192.

⁵³³ Cass., soc., 30 juin 2010, n° 08-42.836.

dont ils visent à permettre l'application est déjà applicable en raison d'autres éléments factuels établis par ailleurs, soit qu'ils ne conditionnent l'application d'aucune règle. Ensuite, les présomptions et règles régissant la charge de la preuve permettent de pallier certaines incertitudes quant aux faits et imposeront au juge de tenir pour certain ce qui ne l'est pas nécessairement. La solution pourra alors ne faire aucun doute⁵³⁴.

La certitude quant au droit n'est pas non plus une exigence détachée du litige, générale et absolue. Il n'est pas question d'exiger du juge qu'il connaisse le sens et la portée exacts de la règle de droit qu'il applique pour dire qu'aucune difficulté sérieuse n'est constituée. Ce qui doit être pris en considération, c'est le sens de la règle vis-à-vis du litige, peu important que son application puisse être douteuse dans telle autre situation ou que ses contours puissent être mal tracés par ailleurs. Un tel doute n'est pas de nature à rendre douteuse la solution du litige et les droits des parties qui s'opposent⁵³⁵.

B/ La certitude et le respect du principe dispositif

147. Le critère de certitude n'a pas vocation à modifier l'équilibre général propre au système judiciaire français. Il ne remet pas en cause le rôle du juge et des parties dans le procès ; au contraire, il intervient au sein de ce cadre. Il s'agit d'exiger du juge qu'il s'interroge sur l'existence d'une solution certaine au regard des moyens de droit et de fait dont il a l'obligation de tenir compte⁵³⁶ ; soit qu'ils ont été soulevés par les parties, soit qu'ils doivent ou peuvent être relevés d'office en raison de leur caractère d'ordre public. Rejeter l'évidence ou la facilité au profit de la certitude implique que le juge exerce pleinement ses pouvoirs, non qu'il les excède. La recherche de la certitude se fait donc à partir des éléments dont dispose le juge et de ceux dont il doit disposer. Le recours au critère vise uniquement à imposer qu'il analyse ces éléments précisément et sérieusement et qu'il en tire les conséquences juridiques nécessaires lorsque cela est logiquement possible, là où l'évidence lui permettrait de procéder à un examen superficiel et rapide.

Ainsi, comme le juge du fond, le juge des référés saisi d'une demande de provision ne dispose que d'une faculté d'ordonner des mesures d'instruction : le caractère douteux d'une allégation factuelle essentielle justifiera le rejet de la demande sans qu'il puisse se voir reprocher de ne pas avoir ordonné une mesure permettant de lever le doute constaté⁵³⁷. De même, il ne peut être fait grief à une juridiction d'avoir jugé qu'une question préjudicielle soulevait une difficulté sérieuse ou, au contraire, n'en soulevait pas, sans avoir recherché d'office si tel moyen de droit ou de fait non soulevé par les parties

⁵³⁴ J.-F. CESARO, *op. cit.*, n° 115 s.

⁵³⁵ H. L. A. HART, *op. cit.*, p. 146 ; C. MARRAUD, *La notion de dénaturation en droit privé français*, thèse Grenoble, 1974, p. 188 s.

⁵³⁶ Dans ce sens : « On objectera peut-être qu'il est aussi difficile à l'orée du procès de justifier l'indivisibilité que d'apprécier l'absence de sérieux d'une action. Aussi bien, les positions respectives de parties ne sont-elles pas, à ce stade de la procédure, suffisamment définies. [...] D'une façon générale, on peut dire que les codéfendeurs sont des contradicteurs sérieux toutes les fois que, *compte tenu de ce que l'on sait du litige*, l'on a des raisons plausibles de penser qu'ils sont susceptibles d'être débiteurs de la demande [...] » (J. NORMAND, note sous Cass., com., 2 janv. 1968, *Rev. crit. DIP* 1969, p. 506, spéc. 524)

⁵³⁷ Cass., civ. 2^e, 30 juin 1976, n° 75-10.033, *Bull. civ.*, II, n° 216 ; com. 14 déc. 2004, n° 02-31.241, *id.*, IV, n° 224.

conduisait à la conclusion contraire⁵³⁸. Un tel reproche ne peut prospérer que lorsque le moyen en cause est d'ordre public et devait être relevé par le juge.

Le juge ne saurait, en revanche, se réfugier derrière le caractère non contesté d'une qualification pour la juger certaine et en déduire que l'application des règles au litige ne se heurte à aucune contestation sérieuse, mais doit au contraire apprécier le caractère certain de la qualification retenue par les parties au regard de l'ensemble des règles de droit en vigueur.

148. Puisque l'existence d'une solution certaine s'apprécie au regard des éléments dont dispose le juge, une question au départ incertaine peut devenir certaine au fil des débats et de l'instruction, et inversement. Or, un argument souvent avancé par la doctrine pour qualifier de subjectifs les concepts de sérieux et manifeste et les écarter est qu'il est très fréquent que, dans un même litige, une demande ait pu être qualifiée tantôt de sérieuse et tantôt de non sérieuse par des magistrats différents⁵³⁹.

Selon nous, il y a là une confusion importante qui repose sur le rapprochement anachronique de décisions qui ne peuvent être mises au même niveau. Il est en effet nécessaire de distinguer chaque stade de la procédure, pour déterminer quels sont les éléments à partir desquels le jugement de certitude doit être éprouvé. Pour que la contradiction dénoncée par la doctrine soit synonyme de subjectivité, encore faut-il que les décisions contraires aient été rendues à partir des mêmes moyens et pièces. Par exemple, il est parfaitement artificiel de prétendre que le bureau d'aide juridictionnelle ne partage pas la même conception du moyen sérieux que la juridiction appelée à statuer dès lors que le premier ne se prononce qu'au regard des éléments fournis par le demandeur et sans que le demandeur n'ait encore conclu. Si ces deux institutions ont eu à connaître de la même demande et apprécient différemment son caractère sérieux, elles ne disposaient néanmoins pas des mêmes informations pour statuer. Il n'est donc pas surprenant que la Cour de cassation admette désormais qu'un pourvoi qui a reçu le bénéfice de l'aide juridictionnelle peut néanmoins faire l'objet d'un arrêt de rejet non spécialement motivé⁵⁴⁰. De même, l'arrêt d'appel qui retient que la demande en référé se heurte à une contestation sérieuse et infirme de ce fait l'ordonnance de première instance peut se fonder sur un moyen nouveau⁵⁴¹. D'ailleurs, quand bien même des décisions contraires statueraient au regard des mêmes éléments de droit et de fait, il se peut toujours que l'une d'entre elles soit le fruit d'une erreur.

Cela évoque un débat doctrinal assez virulent autour d'une décision de non-admission du 8 octobre 2003, rendue par la chambre commerciale de la Cour de cassation. Après avoir eu communication du mémoire ampliatif, deux auteurs ont jugé sérieux le

⁵³⁸ Sur l'absence d'obligation pour le juge de relever d'office les moyens de pur droit : Cass., ass., 21 déc. 2007, n° 06-11.343, *Bull. civ.*, A. P., n° 10 ; civ. 1^{ère}, 19 juin 2013, n° 12-11.767 ; civ. 3^e, 25 juin 2013, n° 11-27.799.

⁵³⁹ Par exemple : P. BERTIN, « Un trouble manifestement illicite... », *op. cit.*, p. 420.

⁵⁴⁰ *Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, avr. 2017, p. 99 ; D. GUIRIMAND, *Synthèse de l'expérimentation dans les chambres*, p. 4, disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

⁵⁴¹ Art. 563 CPC.

moyen invoqué au soutien du pourvoi et critiqué la décision rendue⁵⁴². Mais, s'ils avaient eu connaissance de l'arrêt d'appel et du mémoire en défense, ils n'auraient pas manqué de constater que le moyen manquait en fait et ainsi d'exclure son caractère sérieux⁵⁴³. Ici encore, il est impossible de conclure à la subjectivité du concept en raison de la divergence d'appréciation entre ces auteurs et la Cour de cassation.

149. Dans cette section, nous avons démontré que la certitude constitue bien le critère qui régit la délimitation des caractères sérieux et manifeste et nous avons cerné précisément la signification exacte de ce critère. Ce constat impose alors d'interroger la validité d'une telle pratique. Il convient de s'assurer qu'elle n'est pas contraire aux prescriptions législatives et qu'elle est cohérente avec le reste des règles et principes de droit processuel.

SECTION II : OBSTACLES À L'APPLICATION DE LA CERTITUDE

150. En faveur de l'utilisation du critère de certitude, on peut d'abord relever que celui-ci a déjà été expressément consacré en contentieux administratif, puisque l'article R611-8 du code de justice administrative dispose : « Lorsqu'il apparaît au vu de la requête que la solution de l'affaire est d'ores et déjà certaine, le président [de la juridiction ou de la formation de jugement] peut décider qu'il n'y a pas lieu à instruction ». Distinguer parmi les demandes en raison de la certitude qui s'y rattache n'apparaît donc pas totalement fantaisiste ou hérétique. Mais ce texte demeure isolé et l'emploi du concept de certitude peut appeler plusieurs objections.

La première question qu'une telle définition soulève se rattache aux discussions portant sur les concepts de connaissance et de vérité : le droit permet-il les certitudes ou est-ce un non-sens de prétendre être certain de quoi que ce soit en droit ? Nous n'aborderons pas ce problème ici mais dans le cadre du titre suivant car il renvoie à l'identification des fondements de la certitude. Ici, nous traiterons uniquement des obstacles juridiques qui pourraient s'opposer à la reconnaissance du critère de certitude.

Ceux-ci sont de deux sortes : directs et indirects. D'abord, l'érection de la certitude au rang de critère supplantant l'évidence ou la facilité heurterait frontalement différentes dispositions législatives (§1). Ensuite, les règles relatives à la répartition du coût inhérent à toute action en justice, qui font peser ce coût principalement sur le justiciable débouté, tiendraient à l'écart de la sphère juridictionnelle les causes nécessairement vouées à l'échec. De sorte qu'aucun litige soumis à un juge ne pourrait être considéré comme appelant une réponse indiscutable (§2).

§1. Les obstacles tirés de la rédaction de certains textes

151. Quatre arguments pourraient être avancés contre la définition des concepts étudiés par la certitude. Le premier s'appuierait sur la signification généralement admise

⁵⁴² F. DESCORPS-DECLÈRE, « Prescription d'une obligation commerciale authentifiée par un acte notarié : une solution inédite victime de la procédure de non-admission », *JCP G* 2004. II. 10096, p. 1126 ; M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 3 à 6.

⁵⁴³ D. TRICOT, « Le fabuleux destin d'une décision de non-admission ou les périls de l'interprétation », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, 2007, p. 459

du terme manifeste, qui imposerait d'assimiler le caractère manifeste au critère d'évidence (I). Le deuxième obstacle concernerait précisément les concepts de nullité et d'inapplicabilité manifestes de la convention d'arbitrage international, pour lesquels la jurisprudence pourrait sembler privilégier le critère d'évidence (II). Le troisième obstacle concernerait les concepts de moyen sérieux ou de moyen manifestement pas de nature à entraîner la cassation au sein de la procédure de non-admission des pourvois : l'existence d'arrêts de rejet motivés rendus en formation restreinte imposerait de restreindre la non-admission à l'évidence (III). Enfin, le quatrième obstacle concernerait les questions prioritaires de constitutionnalité : l'existence d'un second filtrage assuré par les juridictions de cassation imposerait de définir le concept de question non dépourvue de caractère sérieux à partir l'évidence pour ce qui concerne le premier filtrage assuré par les juridictions du fond (IV).

I/ Obstacle tenant à l'emploi du terme manifeste

152. Synonymie des adjectifs « manifeste » et « évident ». Dès lors que le législateur utilise le terme manifeste, il serait impossible de recourir au critère de certitude sans méconnaître le sens de ce terme, qui renvoie à l'évidence. Seule l'évidence du droit et/ou du fait devrait entrer en compte pour l'attribution de ce caractère à une qualification ou appréciation juridiques données : pour être manifestes, la nullité ou inapplicabilité de la convention d'arbitrage, l'illicéité du trouble, ou autres devraient être évidentes, sauter aux yeux.

153. Une définition conforme au sens commun du terme. Dans leur acception commune, cependant, les termes « manifeste » et « évident » entretiennent des rapports complexes avec le concept de démonstration. Pour cause, ils correspondent à ce qui va de soi, ce qui se donne immédiatement pour vrai ou faux et pour quoi une démonstration est inutile, voire absurde⁵⁴⁴. Mais l'évident et le manifeste peuvent, au contraire, être le résultat de la démonstration. C'est là le sens courant des expressions « mettre en évidence » et « rendre manifeste »⁵⁴⁵. L'analyse étymologique incite à retenir un tel ordre : alors que la *démonstration* est à l'origine l'action de faire voir⁵⁴⁶, l'*évident* et le *manifeste* renvoient à ce qui est visible ou palpable⁵⁴⁷.

Cette acception des termes se trouve sous la plume de certains auteurs. Ainsi Jean-Pierre Gridel explique-t-il que le refus de transmettre une question prioritaire est souvent opposé par la Cour de cassation après « une *mise en évidence* de l'inexactitude du grief »⁵⁴⁸. Nous rappellerons aussi les propos précités de Frédéric Dumon⁵⁴⁹ ou de Jacques Normand, selon qui, derrière la jurisprudence en matière de trouble manifestement illicite en référé, « se trouve plus ou moins sous-jacente l'idée qu'à force de chercher, il n'est rien

⁵⁴⁴ *Trésor de la langue française*.

⁵⁴⁵ *Ibid.*

⁵⁴⁶ Dérive du substantif latin *demonstratio* (*onis*, f.), lui-même formé à partir du verbe *demonstro* (*avi, atum, are*, tr.) qui signifie montrer, faire voir.

⁵⁴⁷ Évident vient de l'adjectif latin *evidens* (*tis*), visible, formé à partir verbe latin *video* (*vidi, visum, ere*). Pour l'étymologie de manifeste voir ci-dessus.

⁵⁴⁸ J.-P. GRIDEL, « Question prioritaire de constitutionnalité... », *op. cit.*, p. 10.

⁵⁴⁹ F. DUMON, *op. cit.*, p. 243.

de complexe qui n'atteigne à la simplicité, ni rien d'obscur qui ne finisse par devenir évident »⁵⁵⁰. Le terme manifeste est alors synonyme de certain et, loin d'évoquer le caractère indubitable ou indiscutable *a priori* d'une décision, il signifie simplement que celle-ci est suffisamment justifiée, c'est-à-dire qu'elle est juridiquement prouvée, étayée par des arguments valides et pertinents et qu'il n'y a plus lieu d'en douter. Dans ce sens, Jean-François Cesaro insiste sur la dualité inhérente au concept d'évidence : « Affirmer qu'une proposition « ne fait aucun doute » peut procéder de deux démarches différentes. Dans la première l'évidence s'impose *a priori*, à la manière d'un savoir révélé qu'il n'est pas possible de mettre en doute. Dans la seconde, l'absence de doute résulte d'un processus où la connaissance recherchée n'existait pas *a priori*. Elle est obtenue au terme d'une démonstration ; c'est-à-dire d'une opération mentale censée établir une vérité »⁵⁵¹.

De même, certains auteurs ont avancé que la « violation flagrante » de l'ordre public, qui résulte de la reconnaissance ou de l'exécution d'une sentence arbitrale et qui impose d'annuler la sentence⁵⁵², peut s'entendre comme la « violation certaine », celle qui apparaît suffisamment établie au regard des différents éléments de preuve avancés par les parties⁵⁵³. Bien que ce point de droit ait trait au fond et sorte de notre champ d'étude, ces propositions de la doctrine témoignent de l'ambiguïté des termes relatifs à l'évidence.

Il peut encore être observé sur cette question, que la Cour de justice de l'Union européenne définit l'évidence dans l'application du droit de l'Union, qui autorise les juridictions suprêmes à ne pas procéder au renvoi préjudiciel, comme une absence de « doute *raisonnable* »⁵⁵⁴. Or, souvent, le doute n'apparaît raisonnable qu'à l'issue d'une analyse approfondie du droit, qui permettra de déterminer s'il est objectivement justifié ou non.

II/ Obstacle spécifique à l'arbitrage international

154. L'interdiction de procéder à un examen substantiel et approfondi pour établir la nullité manifeste de la convention d'arbitrage international. En vertu de l'article 1448 du code de procédure civile, le juge étatique doit se déclarer incompétent lorsqu'une convention d'arbitrage a été conclue, sauf nullité ou inapplicabilité manifestes de cette convention. Bien que ce texte soit relatif à l'arbitrage interne, son application est étendue à l'arbitrage international par l'article 1506 du même code. Or, la Cour de cassation a déjà approuvé un arrêt de la cour d'appel de Paris énonçant « à bon droit [...] que le principe de validité de la convention d'arbitrage international et celui selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence sont des règles matérielles du droit français de l'arbitrage international, qui consacrent, d'une part, la licéité de la clause d'arbitrage indépendamment de toute référence à une loi étatique et, d'autre part, l'efficacité de l'arbitrage en permettant à l'arbitre, saisi d'une contestation de son pouvoir

⁵⁵⁰ J. NORMAND, « Le contrôle de l'illicéité manifeste du trouble par la Cour de cassation », *RTD civ.* 1997. 216, spéc. p. 222.

⁵⁵¹ J.-F. CESARO, *op. cit.*, n° 386. Voir aussi n° 387 à 392.

⁵⁵² Cf. n° 42.

⁵⁵³ C. JARROSSON, « L'intensité du contrôle de l'ordre public », in E. LOQUIN et S. MANCIAUX (dir.), *L'ordre public et l'arbitrage*, LexisNexis, 2014, p. 161, spéc. n° 21 s., p. 172 s. ; L.-C. DELANOY, *Intervention*, *id.*, p. 225, spéc. n° 8 et 10, p. 226 et 227. Voir aussi : D. HASCHER, *The Review of International Arbitral Awards*, IAI series n° 6, E. GAILLARD (dir.), 2010, p. 97.

⁵⁵⁴ CJCE, 6 oct. 1982, *CILFIT* 283/81, *Rec.* p. 3415, §16.

juridictionnel, de la trancher par priorité ; que *la combinaison des principes de validité et de compétence-compétence interdit, par voie de conséquence, au juge étatique français de procéder à un examen substantiel et approfondi de la convention d'arbitrage* [...] la seule limite dans laquelle le juge peut examiner la clause d'arbitrage avant qu'il ne soit amené à en contrôler l'existence ou la validité dans le cadre d'un recours contre la sentence, étant celle de sa nullité ou de son inapplicabilité manifeste »⁵⁵⁵. Ces motifs ont été repris par la suite par la cour d'appel de Lyon⁵⁵⁶. Et le principe a été étendu à l'inapplicabilité manifeste dans un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 21 septembre 2016⁵⁵⁷.

Malgré les apparences, une prise en compte des spécificités de l'arbitrage permet d'admettre que cette jurisprudence n'est pas incompatible avec la reconnaissance du critère de certitude plutôt que celui d'évidence.

155. Une interdiction fondée sur le principe de validité de la convention. En matière d'arbitrage international, la jurisprudence a reconnu l'autonomie de la convention d'arbitrage vis-à-vis de toute loi étatique et en a déduit un principe de validité de cette convention indépendamment de toute référence à une loi étatique⁵⁵⁸. Il en résulte que le juge étatique saisi d'une exception d'incompétence tirée d'une convention d'arbitrage international ne peut s'interroger, pour apprécier sa validité, que sur la compatibilité de celle-ci avec l'ordre public international et les lois de police françaises⁵⁵⁹. Il ne saurait, en revanche, s'enquérir de la loi applicable à la convention en vertu des règles de conflit de lois françaises et s'assurer de son respect. Le contrôle du juge étatique est donc bien restreint mais il ne s'agit que d'une conséquence logique du principe de validité, auquel la Cour de cassation fait d'ailleurs expressément référence.

Aussi, l'on ne saurait en déduire que le juge doit se dispenser de procéder à un examen approfondi et substantiel de la convention au regard des règles d'ordre public international et lois de police, ce qu'aucun arrêt n'a d'ailleurs jamais expressément énoncé. Si de nombreux arrêts relèvent certes que la juridiction fond s'est déclarée compétente en se fondant sur des « motifs impropres à établir le caractère manifeste de la nullité ou de l'inapplicabilité de la clause d'arbitrage »⁵⁶⁰, ils ne sanctionnent pas une trop grande complexité des motifs retenus par la juridiction mais simplement leur insuffisance – ils ne permettent pas d'établir avec certitude la nullité ou l'inapplicabilité. Un contrôle superficiel est d'autant moins admissible que l'ordre public est en cause : interdire au juge de procéder à un contrôle approfondi à cet égard reviendrait à donner effet à une convention dont la nullité est pourtant d'ordre public et à cautionner ainsi les agissements

⁵⁵⁵ Cass., civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, n° 03-12.034, *Bull. civ.*, I, n° 287.

⁵⁵⁶ Lyon, 7 mai 2015, motifs reproduits dans les moyens annexés à Cass., civ. 1^{ère}, 13 juill. 2016, n° 15-21.345.

⁵⁵⁷ Cass., civ. 1^{ère}, 21 sept. 2016, n° 15-28.941, *id.* à paraître. Voir également, énonçant que l'inapplicabilité manifeste « se constate "prima facie" et doit ne laisser subsister aucun doute quant à son existence. Elle ne suppose nullement que le juge se livre à un examen substantiel et approfondi de la convention d'arbitrage » (Agen, 15 sept. 2008, n° 08/0086).

⁵⁵⁸ Cass., civ. 1^{ère}, 20 déc. 1993, n° 91-16.828, *Bull. civ.*, I, n° 372 ; Paris, 8 mars 1990, *Entreprise Ducler, Rev. arb.* 1990. 675 ; 17 déc. 1991, *Gatoil, id.* 1993. 281 ; 7 déc. 1994, *Jaguar, RTD com.* 1995. 401. Sur ce point, voir : P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, n° 436 s., p. 245 s.

⁵⁵⁹ Sur l'applicabilité de ces lois à la convention d'arbitrage et au fond du litige : C. SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale*, Dalloz, 2001.

⁵⁶⁰ Notamment : Cass., civ. 1^{ère}, 25 avr. 2006, n° 05-15.528, *Bull. civ.*, I, n° 196 ; 6 oct. 2010, n° 09-68.731, *id.* n° 183 ; com., 23 avr. 2013, n° 12-12.101, *id.*, IV, n° 67.

des parties contraires à l'ordre public.

III/ Obstacle spécifique à la non-admission

156. Les arrêts de rejet motivés rendus en formation restreinte : des pourvois certainement irrecevables ou infondés mais qui reposent sur des moyens sérieux ?

Franck Terrier, Président de la troisième chambre civile de la Cour de cassation, écrit à propos de la non-admission des pourvois en cassation : « Un moyen non sérieux n'est pas seulement un moyen mal fondé. Certains conseillers ont pourtant une doctrine radicale : le moyen non sérieux serait celui dont le rejet s'impose. Dans cette perspective, la formation de trois juges de L. 431-1 du code de l'organisation judiciaire ne rendrait plus d'arrêts de rejet, mais seulement des arrêts de cassation et des décisions de non-admission. Cette doctrine n'a jamais prévalu en pratique. Les formations restreintes continuent de rendre des arrêts de rejet. Il en résulte que si le moyen non sérieux n'est pas le moyen mal fondé, il n'est pas davantage celui dont le rejet s'impose »⁵⁶¹.

La réforme issue du décret n° 2014-1338 du 6 novembre 2014 ne résout pas la difficulté posée par l'articulation des articles 1014 du code de procédure civile et L. 431-1 du code de l'organisation judiciaire mise en lumière ici. Alors que ce dernier prévoit que la formation restreinte « statue lorsque la solution du pourvoi s'impose », le second énonce qu'elle « décide qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée lorsque le pourvoi est irrecevable ou lorsqu'il n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ». Aussi, si le pourvoi dont la solution s'impose recouvre nécessairement celui qui « n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation », l'inverse pourrait sembler faux. En effet, s'il existe toujours des arrêts de rejet motivés, c'est qu'il existe des pourvois dont le rejet s'impose, qui permettent l'application de l'article L. 431-1 précité, mais qui ne sont pour autant pas manifestement insusceptibles d'entraîner la cassation, et qui sortent ainsi du champ d'application de l'article 1014.

157. Rejet certain et absence de moyen sérieux : des conditions équivalentes et une dispense de motivation facultative.

Cette lecture des deux textes est pourtant difficile à admettre tant elle apparaît paradoxale. Constaté que le rejet d'un pourvoi s'impose, c'est établir au-delà de tout doute que la cassation ne peut s'ensuivre. Cela implique d'avoir rendu tangible et indiscutable le caractère infondé, inopérant et/ou nouveau des moyens soulevés à son soutien. Si le rejet pouvait bien n'être pas manifeste, au moment de la présentation du pourvoi et en amont de toute analyse, il l'est *devenu* à l'issue de l'instruction réalisée par le conseiller-rapporteur qui met en lumière le caractère inéluctable du rejet. À ce stade, le pourvoi dont le rejet s'impose est, par définition, celui qui n'est manifestement *plus* susceptible d'entraîner la cassation.

Pour considérer que le rejet sanctionné par l'article L. 431-1 demeure étranger à l'article 1014, il faudrait opérer une réduction considérable de l'emprise de ce dernier texte et le comprendre comme renvoyant à une appréciation juridique du pourvoi réalisée par les membres de la formation restreinte en amont de toute instruction et de toute démonstration. Le pourvoi qui « n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation » devrait s'entendre comme celui qui apparaît *immédiatement* insusceptible d'entraîner la cassation.

⁵⁶¹ F. TERRIER, *op. cit.*, p. 100.

Textuellement, nous ne disposons d'aucune indication sur le moment où doit intervenir la qualification du pourvoi au regard de l'article 1014. Rien n'impose donc de considérer que le choix d'appliquer cet article doit être réalisé avant toute étude du dossier. Cela reviendrait, *de facto*, à un abandon du recours à cette disposition, dont les conditions d'application ne seraient que très exceptionnellement satisfaites.

Il nous faut alors revenir ici aux propos de Franck Terrier, pour reconnaître avec lui qu'aucune typologie des moyens non sérieux n'offre « un critère opératoire qui distinguerait le moyen non sérieux au sens de l'article 1014 du code de procédure civile du moyen seulement mal fondé »⁵⁶². Dans ce sens, il peut être relevé que la doctrine et la Cour de cassation considèrent que la dispense de motivation ne saurait être appliquée à toutes les décisions d'irrecevabilité, mais uniquement à celles qui sanctionnent une irrecevabilité manifeste⁵⁶³. Aucune mention du caractère manifeste de l'irrecevabilité ne figure pourtant à l'article 1014, qui énonce simplement qu'il peut être décidé de ne pas statuer par une décision spécialement motivée « lorsque le pourvoi est irrecevable ».

L'exigence d'une certitude quant à l'irrecevabilité tient dans le fait que la décision non motivée rendue en application de l'article 1014 émane de la formation restreinte, qui statue seulement si la solution du pourvoi s'impose. Ce dont on déduit qu'elle ne peut rejeter un pourvoi irrecevable qu'en cas d'irrecevabilité manifeste⁵⁶⁴. Il y a donc bien une correspondance entre le moyen non sérieux, ou « manifestement pas de nature à entraîner la cassation », et celui dont le rejet s'impose.

158. Doit-on en conclure que les formations restreintes n'ont pas le pouvoir de rendre des arrêts de rejet motivés ? Autrement formulée, cette question revient à se demander si la pratique actuelle de la Cour de cassation ne constitue pas une violation de l'article 1014.

Il est vrai que l'usage du présent de l'indicatif laisse penser que la Cour de cassation a l'obligation de rendre un arrêt non motivé dès lors que le rejet s'impose : « cette formation décide qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée lorsque le pourvoi [...] n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ». Cependant, le décret n° 2014-1338 a substitué l'expression « décide qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée » à la formule « déclare non admis ». Cette modification n'est pas neutre car elle semble indiquer que l'absence de motivation ne constitue pas la suite automatique et systématique du caractère manifeste du rejet, mais, au contraire, implique une décision préalable de la formation restreinte. Le recours au verbe « décider » semble conférer un pouvoir discrétionnaire au juge de cassation pour la mise en œuvre de l'article 1014, si tant est que le pourvoi apparaisse comme n'étant pas de nature à justifier la cassation.

Il n'est pas inutile de souligner ici que ce texte vise à assurer une meilleure lisibilité et accessibilité de la jurisprudence à favoriser l'exercice de ses missions par la Cour de cassation⁵⁶⁵, en instituant une dérogation à l'obligation générale de motivation des

⁵⁶² *Ibid.*

⁵⁶³ M. COTTIN, *op. cit.*, p. 749 ; G. CANIVET, *op. cit.*, p. 2196. ; S. AMRANI-MEKKI, « Les textes organisant la non-admission des pourvois en cassation en droit français », *op. cit.*, p. 25.

⁵⁶⁴ M. COTTIN, *op. cit.*, p. 749.

⁵⁶⁵ Notamment : F. TERRIER, *op. cit.*, p. 95 ; M. COTTIN, *op. cit.*, p. 750 ; G. CANIVET, *op. cit.*, p. 2195 et 2199 ; V. VIGNEAU, *op. cit.*, p. 110.

décisions de justice. Protégée au plus haut niveau de notre système juridique⁵⁶⁶, cette obligation a une grande importance juridique, politique et sociale⁵⁶⁷. Ses exceptions doivent donc être maniées avec précaution et réserve. Il ne doit y être recouru que dans la mesure où elles permettent d'assurer un objectif d'intérêt général⁵⁶⁸. L'objectif d'accessibilité de la jurisprudence constitue donc une condition *implicite* pour l'application de l'article 1014, qui doit être écartée lorsqu'elle serait contraire aux exigences de cet objectif.

Par conséquent, il faut considérer que la mise en œuvre de l'article 1014 est une question de pure opportunité pour la formation restreinte, qui va chercher à déterminer s'il est souhaitable de rendre une décision motivée accessible au public.

159. Ce qui a posé problème dans le recours au critère de certitude pour qualifier un moyen de manifestation insusceptible d'entraîner la cassation, c'est le fait que cette qualification vient se surajouter à celle, réalisée préalablement, qui fonde la compétence de la formation restreinte et qui repose sur l'appréciation du caractère certain du rejet ou de la cassation.

Un obstacle similaire se rencontre en ce qui concerne le contrôle du sérieux des questions prioritaires de constitutionnalité par les juges du fond. Ce contrôle précède celui de la Cour de cassation qui, lui, porte sur le caractère certain ou douteux de l'atteinte aux règles constitutionnelles. Sauf à admettre un doublon procédural, il faudrait considérer que les juges du fond s'interrogent uniquement sur l'évidence de l'atteinte.

IV/ Obstacle spécifique à la question prioritaire de constitutionnalité

160. Différences textuelles. L'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 prévoit désormais en son article 23-2 que la question prioritaire de constitutionnalité soulevée devant une juridiction du fond est transmise « sans délai » à la Cour de cassation ou au Conseil d'État si « la disposition contestée est applicable au litige, ou constitue le fondement des poursuites », « si elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution [...] sauf changement de circonstance » et si elle « n'est pas dépourvue de caractère sérieux ». En application de l'article 23-4, la transmission de la question au Conseil constitutionnel par les juridictions de cassation se fait dans « un délai de trois mois » et suppose que la question satisfasse les deux premières conditions susmentionnées et qu'elle soit « nouvelle ou présente un caractère sérieux ».

Cette différence de rédaction a conduit la doctrine à distinguer l'office des juridictions inférieures de celui des juridictions suprêmes dans le filtrage des questions. Le contrôle des premières ne serait qu'un contrôle superficiel, cantonné à l'évidence, alors que les secondes devraient procéder à un contrôle approfondi du grief d'inconstitutionnalité⁵⁶⁹. Cette division des rôles s'appuie également sur les travaux

⁵⁶⁶ Cf. n° 437.

⁵⁶⁷ Cf. nos 440 à 452.

⁵⁶⁸ Notamment : Comm. EDH, 25 févr. 1997, *Rebai e.a.*, n° 26561/91 ; Cour EDH, déc., 9 mars 1999, *Immeuble Groupe Kossier*, n° 38748/97.

⁵⁶⁹ P. DEUMIER, « QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du filtrage) », *RTD civ.* 2010, 504 ; A. ROBLOT-TROIZIER, « La question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions ordinaires : entre méfiance et prudence », *AJDA* 2010, 80 ; P. DIDIER, « L'application de la Constitution par le juge judiciaire... en droit des affaires », in A. MARTINON et F. PETIT (dir.), *Le juge*

préparatoires de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009⁵⁷⁰ et semble avoir été adoptée par certaines juridictions du fond⁵⁷¹.

161. Des contrôles de même nature. Cette lecture ne peut pourtant être adoptée et son succès doctrinal ne cesse d'étonner. Les formulations qui figurent aux articles 23-2 et 23-4 précités sont parfaitement interchangeables : si la question n'est pas dépourvue de caractère sérieux, c'est bien qu'elle présente un caractère sérieux, et réciproquement. La différence rédactionnelle s'apparente plus à un effet de style qu'elle n'est porteuse de modifications substantielles dans la signification de chacune de ces dispositions⁵⁷². Il en résulte que le filtrage que sont appelées à réaliser les juridictions du fond et les juridictions de cassation reposent sur les mêmes critères. De sorte que lorsque ces dernières se voient transmettre une question par les premières, il s'agit bien pour elles de contrôler

judiciaire et la Constitution, Dalloz 2012, p. 44 et 45 ; C. MAUGÜÉ et J.-H. STAHL, *La Question prioritaire de constitutionnalité*, Dalloz, 2^e éd., 2013, p. 68 ; X. MAGNON *et alii*, *QPC, La question prioritaire de constitutionnalité : principes généraux, pratique et droit du contentieux*, LexisNexis, 2013, n^{os} 281 à 283, p. 225 et 226 ; A. VIALA (dir.), *Nature de l'office du juge de 1^{ère} instance et d'appel dans l'appréciation du caractère sérieux d'une QPC : Filtrage ou contrôle de constitutionnalité*, sept. 2012, CERCOP, Université de Montpellier 1, disponible sur le site GIP droit et justice, p. 5 et 6 ; P. BON, « Les conditions de recevabilité de la question préjudicielle de constitutionnalité en droit comparé », in L. GAY (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité, approche de droit comparé*, 2014, Bruylant, p. 31, spéc. p. 38 et 39 ; P. BELLOIR, *La question prioritaire de constitutionnalité*, L'Harmattan, 2012, p. 40 ; M. VERPEAUX, *La question prioritaire de constitutionnalité*, Hachette, 2013, p. 73. Cette lecture de l'ordonnance de 1958 est défendue par d'éminents praticiens, tel le Président de la section du Conseil d'État (B. STIRN, audition par la Commission des lois de l'Assemblée nationale, Rapport AN n° 2838 du 5 oct. 2010, p. 40), un président de chambre à la cour administrative d'appel de Marseille (C. LAMBERT, « La question prioritaire de constitutionnalité et le juge du fond », in X. PHILIPPE et M. STÉFANINI (dir.), *Question Prioritaire de Constitutionnalité – Premiers bilans*, Actes du colloque du 26 novembre 2010, PUAM, Les cahiers de l'Institut Louis-Favoreu, p. 35) ou encore des conseillers d'État (S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI, « Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ? », *AJDA* 2010. 1355).

⁵⁷⁰ H. PORTELLI, « Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale du Sénat sur le projet de loi organique, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à l'application de l'art. 61-1 de la Constitution, n° 637 du 29 sept. 2009 », p. 29.

⁵⁷¹ T. com. Bordeaux, 19 oct. 2012, n° 2011F00167, cité par A. BONNET et L. BRIAND, « Le contentieux constitutionnel devant les juridictions du fond : 2nd semestre 2012 », *Gaz. Pal.* 7 févr. 2013 (n° 38), spéc. note 33. Rappr. : « La question « mérite d'être transmise à la Cour de cassation qui appréciera son caractère sérieux » (Lyon, 6 sept. 2011, n^{os} 2011/00856 et 2011/00857, cité par A. BONNET et L. BRIAND, « Le contentieux constitutionnel devant les juridictions du fond : 1^{er} semestre 2012 », *Gaz. Pal.* 9 août 2012 (n° 222), p. 5, spéc. note 26). Voir encore : Paris, 17 janv. 2012, JurisData n° 000444, où il est procédé à la transmission d'une question prioritaire au motif qu'elle « revêt *prima facie* un caractère sérieux ».

⁵⁷² « Ce passage d'une formule négative à une formule positive est parfois interprété comme une volonté du législateur organique de renforcer le contrôle des QPC au stade des juges suprêmes. En effet, la formulation positive paraît plus contraignante pour les demandeurs puisqu'ils doivent faire état – positivement – du caractère sérieux. Mais cette hypothèse n'est guère satisfaisante. En réalité, le changement de formulation – formule négative pour les juges *a quo* et formule positive pour les cours suprêmes – trouve son origine dans un amendement déposé par le gouvernement lors des débats parlementaires visant à intégrer le caractère nouveau de la question [...]. La formulation « n'est pas dépourvue de caractère sérieux » a été remplacée par la formule « est nouvelle ou présente un caractère sérieux ». Il s'agit donc, très simplement, d'un changement rédactionnel fortuit lié à une modification du texte initial. Dans les faits, cependant, il est vrai que la Cour de cassation et le Conseil d'État exercent un contrôle plus fin du caractère sérieux de la QPC, mais cela tient sans doute davantage à leur fonction qu'à une formulation particulière de la loi organique. » (J. BONNET et P.-Y. GAHDOUN, *La question prioritaire de constitutionnalité*, PUF, « Que sais-je ? », 2014, p. 58 et 59)

l'appréciation réalisée par les premières⁵⁷³ : la juridiction inférieure a-t-elle bien jugé lorsqu'elle a considéré que la loi critiquée n'était pas nécessairement conforme à la Constitution ?

Si différence il y a, elle n'est pas dans l'objet du contrôle exercé par les juridictions, mais dans les moyens dont elles disposent pour y procéder. Outre que la Cour de cassation et le Conseil d'État disposent de moyens plus importants, ces juridictions doivent statuer sur la transmission de la question dans un délai de trois mois, là où les juridictions du fond doivent statuer « sans délai ». L'analyse tendra, en revanche, toujours à déterminer si le grief d'inconstitutionnalité est fondé ou non. Alors certes, « les premiers juges ne souhaitent pas, et parfois ne peuvent pas, par manque de temps ou de compétences, analyser la question posée »⁵⁷⁴, mais l'on ne saurait leur faire grief de l'avoir fait, dès lors qu'ils l'ont fait sans délai⁵⁷⁵. Un tel reproche pourrait pourtant être retenu si le contrôle exercé par eux avait été d'une autre nature que celui incombant aux juridictions suprêmes.

Il serait dangereux de réduire le contrôle des juridictions du fond à un contrôle de l'évidence car cela conduirait à laisser impunies les manœuvres dilatoires des parties. Un filtrage fondé sur la certitude garantit le bon fonctionnement du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* : le renvoi des griefs certainement mais pas évidemment infondés pourrait générer un encombrement des cours suprêmes. Face à l'afflux de questions, le délai d'examen de trois mois ne pourrait être respecté⁵⁷⁶ et la transmission des questions au Conseil constitutionnel deviendrait quasiment automatique, compromettant ainsi son fonctionnement. En outre, distinguer les contrôles des juridictions suprêmes et des juridictions inférieures conduiraient à une situation absurde : les secondes pourraient être tenues de renvoyer une question que la Cour de cassation ou le Conseil d'État ont déjà jugé non sérieuse, alors même qu'aucun changement de circonstance ne serait intervenu⁵⁷⁷. En effet, le fait que les juridictions suprêmes aient considéré que la question ne présentait pas de caractère sérieux n'impliquerait pas, en soi, qu'elle fût dépourvue de sérieux. Une transmission par les juges du fond dans une telle

⁵⁷³ « Sans doute, le projet de loi organique distingue deux filtres : celui du juge du fond qui a pour objet de vérifier que « la question n'est pas dépourvue de caractère sérieux », celui de sa Cour suprême qui a pour objet de vérifier que « la disposition contestée soulève une question nouvelle ou présente une difficulté sérieuse ». Mais *ces nuances verbales ne trompent personne* : elles expriment seulement le souci de ménager les susceptibilités juridictionnelles puisque cette rédaction décalée permet à la décision de la Cour de cassation de n'être vue ni comme une décision d'appel de l'appréciation du juge du fond, ni comme une décision susceptible d'être cassée par le Conseil constitutionnel. Les apparences sont sauvées même si chacun doit reconnaître que tout s'entortille. *Une disposition qui présente une « difficulté sérieuse » ou « qui soulève une question nouvelle » est une disposition pour laquelle la question de constitutionnalité « n'est pas dépourvue de caractère sérieux »*. Il pourra donc y avoir, entre le juge du fond et sa cour suprême, divergence d'appréciation sur le sérieux de la contestation en inconstitutionnalité de la disposition législative litigieuse » (D. ROUSSEAU, « L'exception d'inconstitutionnalité : un chantier difficile », *RDPS* 2009. 631). « La troisième condition [celle relative au sérieux] accorde une certaine marge d'appréciation aux juridictions inférieures, mais cette appréciation s'opère *sous un contrôle étroit des juridictions suprêmes*. » (A. ROBLOT-TROIZIER, « La question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions ordinaires : entre méfiance et prudence », *AJDA* 2010. 80).

⁵⁷⁴ J. BONNET et P.-Y. GAHDOUN, *op. cit.*, p. 60.

⁵⁷⁵ Art. 23-2 de l'ordonnance susvisée et art. 126-4 du code de procédure civile.

⁵⁷⁶ Art. 23-4 de l'ordonnance n° 58-1067.

⁵⁷⁷ N. JACQUINOT, « L'utilisation par les juges du fond des arrêts de non renvoi d'une QPC », *AJDA* 2012. 2097 ; L. BRIAND, « L'office du juge du fond et les QPC jugées non sérieuses par les cours suprêmes », *Gaz Pal.* 2011. 3405. Voir aussi : A. VIALA (dir.), *op. cit.*, p. 26.

hypothèse serait pourtant inopportune, en ce qu'elle serait nécessairement vaine et conduirait à un accroissement inutile des coûts du procès et de sa durée⁵⁷⁸.

Le contrôle du caractère non dépourvu de sérieux par les juridictions du fond ne devrait pas donc être limité à un contrôle de l'évidence, sommaire et superficiel. Dans la limite de leurs moyens et en tenant compte des délais qui s'imposent à elles, les juridictions du fond devraient exercer un contrôle le plus complet possible. Leur jurisprudence semble bien dans ce sens. D'une part, des questions ont déjà été jugées dépourvues de caractère sérieux au motif que le Conseil d'État ou la Cour de cassation avaient précédemment jugé qu'elles ne présentaient pas un caractère sérieux⁵⁷⁹. D'autre part, de nombreux arrêts des juridictions administratives ou judiciaires du fond concluent que la question est dépourvue de caractère sérieux au terme d'un examen approfondi, faisant ressortir le caractère légitime et proportionné d'éventuelles atteintes aux droits constitutionnellement garantis⁵⁸⁰.

162. Le filtrage opéré par les juridictions du fond ne devrait donc pas être pris à la légère et les avocats de la partie adverse à celle ayant soulevé la question ont tout intérêt à assister les juges dans cette fonction, même si cela implique de développer une argumentation complexe et détaillée⁵⁸¹.

Après avoir examiné et réfuté les arguments qui militaient pour le maintien des critères d'évidence ou de facilité pour définir les caractères sérieux ou manifeste au sein de textes spécifiques, il nous faut envisager une critique plus large, qui repose sur le postulat que la certitude ne peut concerner aucune prétention, ni aucune argumentation élevée en justice.

§2. L'obstacle tiré des coûts induits par le procès

163. La thèse de l'effet sélectif. L'existence d'un « effet sélectif » a été principalement mise en évidence par les auteurs réalistes des États-Unis, qui soulignent qu'en raison du

⁵⁷⁸ A. VIALA (dir.), *op. cit.*, p. 27 et 28.

⁵⁷⁹ *Id.*, p. 26. Voir également : Paris, 18 nov. 2011, n° 11/08991, *Gaz. Pal.* 2011. 3405 note L. BRIAND.

⁵⁸⁰ L. BRIAND, *op. cit.*, p. 171 à 173 ; « Le contentieux constitutionnel devant les juridictions du fond : 1^{er} semestre 2011 », *Gaz. Pal.* 15 sept. 2011 (n° 258), p. 7, spéc. note 83 ; « Le contentieux constitutionnel devant les juridictions du fond : 2nd semestre 2011 », *Gaz. Pal.* 8 mars 2012 (n° 68), p. 12, spéc. notes 65 et 67 ; A. BONNET et L. BRIAND, « Le contentieux constitutionnel devant les juridictions du fond : 2nd semestre 2012 », *Gaz. Pal.* 7 févr. 2013 (n° 38), spéc. notes 39 et 41 ; « Le contentieux constitutionnel devant les juridictions du fond : 2nd semestre 2013 », *Gaz. Pal.* 30 janv. 2014 (n° 30), p. 6, spéc. notes 53 et 56 ; « Le contentieux constitutionnel devant les juridictions du fond : 1^{er} semestre 2014 », *Gaz. Pal.* 24 juill. 2014 (n° 205), p. 5, spéc. notes 51 et 58 ; « Le contentieux constitutionnel devant les juridictions du fond : 2nd semestre 2014 », *Gaz. Pal.* 5 févr. 2015 (n° 36), p. 5, spéc. notes 60 et 63 ; F. SAVONITTO, « L'appréciation, par les juges du fond, du caractère sérieux de la QPC », in E. CARTIER, L. GAY et A. VIALA (dir.), *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Institut universitaire Varenne, 2015, p. 15, spéc. p. 26 à 28 ; A. VIALA (dir.), *op. cit.*, p. 72 à 74. Outre les décisions citées par ces auteurs, voir : Toulouse, 29 mars 2013, n° 13/00014 ; Rennes, 30 sept. 2013, n° 13/06381 ; Aix-en-Provence, 17 oct. 2013, n° 13/10985 ; Montpellier, 21 mars 2014, n° 14/00617 ; Rennes, 26 nov. 2015, n° 15/07559 ; Grenoble, 10 mai 2016, n° 15/01538. Voir aussi, précédant à une analyse complexe mais sans faire ressortir la proportionnalité d'une atteinte jugée inexistant : Versailles, 18 nov. 2010, n° 10/00017. Sur la jurisprudence des juridictions administratives du fond : A. VIALA (dir.), *op. cit.*, p. 41 à 49.

⁵⁸¹ Rapp. : X. MAGNON et alii, *QPC, la question prioritaire de constitutionnalité : principes généraux, pratique et droit du contentieux*, LexisNexis, 2013, n°s 282 et 283, p. 226 et 227.

coût irréductible de tout procès, les actions dont l'issue est certaine sont naturellement étrangères à la sphère processuelle⁵⁸². En effet, si une cause a été plaidée, c'est qu'elle avait un certain mérite : toute action soumise à la justice présente nécessairement un caractère sérieux. La certitude quant à la solution ne serait donc qu'une construction *a posteriori*, destinée pour le juge à dissimuler la relativité de sa décision et l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire.

Il en découlerait que l'affirmation du caractère manifeste ou de l'absence de difficulté sérieuse ne serait qu'un artifice : le fait qu'un litige ait été soumis à la justice démontre qu'il existe une difficulté sérieuse et que les parties formulent des moyens sérieux de part et d'autre. Quand bien même les juges pourraient effectivement être amenés à connaître d'actions dont l'issue est certaine, cela ne pourrait être qu'un phénomène marginal : la quantité de jugements faisant référence au caractère manifeste de la solution ou au caractère non sérieux de la demande ou des moyens est telle actuellement qu'elle excède très largement ce cadre. De sorte que la certitude n'est qu'un critère secondaire, loin d'être ce qui dirige généralement les juridictions.

Pendant, si l'existence d'un effet sélectif est indéniable, nous ne saurions pourtant lui donner une trop grande importance. Quatre éléments distincts imposent d'admettre que parmi les litiges soumis à la justice nombreux sont ceux susceptibles de recevoir une solution certaine.

164. La possibilité irréductible d'une erreur d'appréciation des justiciables et de leurs conseils. L'obstacle le plus important à l'existence d'un effet sélectif tient dans la possibilité irréductible d'une erreur du justiciable et de son conseil lorsqu'il s'interroge sur l'opportunité d'une action en justice. La certitude quant aux faits litigieux et aux règles de droit applicables n'étant pas réductible à leur évidence ou la facilité de leur appréhension, il est possible que les parties croient dans le caractère bien fondé de leurs prétentions alors que leur inanité n'apparaîtra qu'au cours du débat contradictoire ou du délibéré. La complexité croissante du droit, résultat d'une inflation normative galopante⁵⁸³, de la multiplication de textes toujours plus précis, souvent mal rédigés et adoptés dans la précipitation⁵⁸⁴, rend d'autant plus grand le risque d'erreur et l'introduction d'une action

⁵⁸² « The invisibility of the routine operation of clear law is largely a function of what is nowadays labeled the "selection effect". The basic idea is uncomplicated: If the law (and the predicted outcome in court) applicable to a dispute is clear, then one side will expect to win and the other to lose. Under such conditions, the rational expected loser will settle or otherwise refrain from litigation in order to avoid a costly but futile courtroom battle. » (F. SCHAUER, « Legal Realism Untamed », *Texas Law Review* mars 2013, n° 91, p. 757). Voir spécialement : G. L. PRIEST et B. KLEIN, « The Selection of Disputes for Litigation », *Journal of Legal Studies* 1984, n° 13, p. 1.

⁵⁸³ L'inflation normative recouvre tant l'inflation législative et réglementaire que l'inflation jurisprudentielle (G. CORNU, « La jurisprudence aujourd'hui – Libre propos sur une institution controversée », *RTD civ.* 1992, p. 342). Mettant en lumière certaines des nombreuses causes de cette inflation : P. MBONGO, « De «l'inflation législative» comme discours doctrinal », *D.* 2005. 1300 ; CE, *Rapport public* 1991, p. 21 et 24 ; J. CARBONNIER, *Droit et passion du Droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, p. 109 et p. 72 note 56 ; *Droit civil – Introduction*, 27^e édition refondue, PUF, 2002, n° 65, 66 et 153 ; *Essais sur les lois*, Paris, Répertoire Defrénois, 2^e éd., 1979, p. 233 ; P. MALAURIE, « Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges », *Rep. Def.* 1980, art. 32345, p. 862 ; H. VIDAL, « La preuve de la mise à la disposition du public, par une préfecture ou une sous-préfecture, d'une loi nouvelle », *D.* 1993. 306.

⁵⁸⁴ CE, *Rapport public* 1991, p. 15 s. ; J. CARBONNIER, *Flexible droit*, Paris, L.G.D.J., 8^e éd., 1995, p. 182 s. ; *Essais sur les lois*, cité note précédente, p. 276 s. ; A. VIANDIER, « Observation sur le style

finalement jugée comme certainement vouée à l'échec.

Si le concours, parfois obligatoire, d'un avocat peut réduire ce risque, il ne va pas jusqu'à l'écartier complètement, les auxiliaires de justice n'étant pas infailibles. De plus, ils apprécient les chances de succès à partir des éléments que leurs clients leur fournissent. Or, ceux-ci peuvent taire un point qui se révélera fondamental durant l'instance, parce qu'ils l'imaginent alors sans importance.

165. Le possible refus des justiciables d'entendre raison. La thèse de l'effet sélectif présuppose un fait qui n'est pas toujours vrai puisqu'elle repose sur le postulat que le justiciable est un être rationnel. Si cela est généralement vrai, force est de constater qu'il existe néanmoins des justiciables qui entretiennent un rapport pathologique avec la justice et qui intenteront des actions en justice de façon compulsive, indépendamment de leurs chances objectives de succès⁵⁸⁵. Pour le plaideur obsessionnel, la revendication seule fonde le droit : il ne s'inscrit pas dans une démarche de réfutabilité et sera sourd à tout argument contraire à sa prétention, considérée comme valide en elle-même et pour elle-même⁵⁸⁶.

Notre droit comprend peu de mécanismes susceptibles de prévenir les actions de ces plaideurs. Les dispositions sanctionnant la demande ou la résistance abusives ainsi que

de la loi », *R.R.J.* 1987, p. 848 ; J.-C. ZARCA, « À propos de l'inflation législative », *D.* 2005. 660 ; P. MALINVAUD, « Gare aux lois émotionnelles », *Revue droit immobilier* 2012. 545 ; A. ARSÉGUEL et P. ISOUX, « Réflexions sur le travail législatif – Heurs et malheurs de l'article 24 de la loi Madelin », *Bull. Joly Soc.* 10 oct. 1994, p. 1057 ; J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, PUF, 2001, p. 296.

Pour exemple, l'on peut se demander pourquoi la loi n° 2009-323 n'a pas prévu l'abrogation de l'article L351-14 du code de la construction et de l'habitation, instituant la « commission départementale des aides publiques au logement ». En effet, les compétences de cette commission ont été confiées à la caisse d'allocations familiales par l'article 60 de la loi n° 2006-872, dans les départements où une « commission spécialisée de coordination des actions de prévention des expulsions locatives » est instituée. Or, la création d'une telle commission est désormais obligatoire dans tous les départements en application de l'article 59 de la loi n° 2009-323. De même, la loi n° 2006-1640, qui modifiait l'article 35 de la loi n° 85-677, a laissé l'article L454-1 du code de la sécurité sociale en l'état, alors même qu'il ne constituait qu'une modalité d'application du premier (sur ce point : H. GROUDEL, « Le recours des tiers payeurs : une réforme bâclée », *RCA* janv. 2007, étude 1 ; Cass., avis, 29 oct. 2007, n° 07-00.016, *Bull. civ.*, avis, n° 11).

⁵⁸⁵ Pour une présentation synthétique des différents types de folie processive : O. DE NERVO, « Le plaideur obsessionnel », *Gaz. Pal.* 21 oct. 2004, n° 285, p. 2 ; J.-C. WOOG, *La résistance injustifiée à l'exercice des voies de droit*, Paris, LGDJ, 1972, p. 50 s. ; J. CARBONNIER, *Flexible droit*, cité note précédente, p. 379. Pour des exemples précis : Paris, 12 ventôse an XI, *Table générale alphabétique et chronologique du recueil général des lois et des arrêts (1791 à 1850)*, tome I, p. 58, n° 21 ; Besançon, 2 févr. 1865, *S.* 1865. 2. 239 ; Toulouse, 21 juill. 1909, *S. et P.* 1910.2.43 ; Bruxelles, 13 juill. 1912, *S.* 1913. 4. 23 ; *Le Monde*, 27 juin 2014, p. 7. Voir aussi, relevant que les bureaux d'aide juridictionnelle sont familiers de ces plaideurs quérulents : L. BORÉ, « L'aide juridictionnelle », *Justice et cassation* 2008. 38, n° 20. Il est intéressant de noter que ce phénomène n'est pas une vue de l'esprit des juristes.

En effet, plusieurs études en psychiatrie et en psychologie ont porté sur les plaideurs quérulents. Sur ce point, voir les références citées par : Y.-M. MORISSETTE, « Pathologie et thérapeutique du plaideur trop belliqueux », *Revue de droit de l'université de Sherbrooke* 2002, n° 32, p. 254 et 255, spéc. notes 3 et 4.

⁵⁸⁶ « L'une des caractéristiques majeures du plaideur obsessionnel est en effet son imperméabilité au discours rationnel. Il vit dans un monde en noir et blanc ; il a raison et les autres ont tort » (O. DE NERVO, « Le plaideur obsessionnel », *Gaz. Pal.* 21 oct. 2004, n° 285, p. 2, précité). L'imperméabilité à l'argumentation rationnelle est ce qui caractérise les plaideurs quérulents. Il faut donc les distinguer de ceux que Fabrice Lemaire qualifie de « requérants d'habitude ». Ceux-ci forment une catégorie plus large au sein de laquelle se trouve des plaideurs compulsifs mais aussi de simples passionnés du droit, qui vivent parfois la justice comme un jeu addictif mais peuvent développer des prétentions et des argumentations rationnelles et contribuer ainsi à l'évolution positive du droit (F. LEMAIRE, « Les requérants d'habitude », *RFDA* 2004. 554).

la condamnation aux frais et dépens soit n'ont aucun effet, le justiciable refusant l'idée qu'il puisse échouer, soit ont même un effet incitatif sur les justiciables qui recherchent précisément l'échec et la sanction⁵⁸⁷. Quant aux mécanismes de protection judiciaire, ils ne sont pas non plus adaptés. D'une part, la sauvegarde de justice n'emporte pas de perte de la capacité d'exercer ses droits⁵⁸⁸. D'autre part, la quérulence ne saurait justifier à elle seule l'ouverture d'une curatelle ou d'une tutelle, qui supposent le besoin « d'être assisté ou contrôlé d'une manière continue dans les actes importants de la vie civile » pour la curatelle ou le besoin « d'être assisté ou contrôlé d'une manière continue dans les actes de la vie civile »⁵⁸⁹ pour la tutelle. En outre, ces mesures de protection ne peuvent être mises en place que dans des conditions très strictes, qui rendent leur utilisation assez improbable en réponse à l'exercice d'actions irraisonnées⁵⁹⁰.

Au-delà des plaideurs véritablement atteints de quérulence, il semble assez naturel à tout un chacun d'introduire certaines actions dont le caractère infondé ou irrecevable est connu, parce que le litige présente des enjeux affectifs importants. Ici, la valeur attachée à la satisfaction du désir de défendre une position jugée légitime sera considérée comme supérieure au coût inhérent au procès. De même pour le désir de contester les prétentions émanant d'une personne peu estimée. La volonté de ne pas se laisser faire par celui-ci ou celui-là, de ne pas lui donner satisfaction immédiate, de lui résister, peut être plus forte que la crainte d'une perte financière. Il s'agira alors de tout tenter pour ne rien regretter.

Certaines affaires peuvent révéler pour un temps les tendances de tout individu à la quérulence, dont on précisera qu'elle ne constitue pas une pathologie à part entière⁵⁹¹.

166. La rentabilité des actions irrecevables ou infondées. La dernière critique que l'on peut faire à la thèse de l'effet sélectif est qu'il est faux de considérer qu'il est toujours économiquement irrationnel d'intenter une action que l'on saurait ou pourrait savoir infondée ou irrecevable. En effet, une telle action peut toujours être l'occasion d'une erreur judiciaire et il convient d'intégrer cette probabilité bénéfique aux parties à la perspective de gain⁵⁹². Cela est d'autant plus vrai qu'il peut être nécessaire de procéder à

⁵⁸⁷ Exposant les enjeux propres aux « sujets, névrotiques à modalité dépressive, présentent des sentiments de culpabilité, d'indignité, d'auto-accusation, à tel point qu'ils recherchent comme soulagement la possibilité de se faire punir. » (J.-C. WOOG, *op. cit.*, p. 52).

⁵⁸⁸ Art. 435 C. civ. Seule la désignation d'un mandataire conduit à la perte de la capacité, mais ce mandat ne peut concerner que des opérations spécifiquement désignées et ne peut être général. La jurisprudence a ainsi jugé que le mandataire ne pouvait se voir confier la mission d'« engager le cas échéant toutes actions judiciaires ou toutes procédures qui s'avèreraient utiles à la protection du patrimoine [de la personne placée sous sauvegarde de justice] » (Cass., civ. 1^{ère}, 8 janv. 1991, n° 89-19.291, *Bull. civ.*, I, n° 12 ; rapp. : 12 janv. 1988, n° 86-14.112, *id.* n° 4). Cette solution est logique dès lors que la sauvegarde de justice ne tend qu'à remédier à une incapacité temporaire ou limitée (art. 433 C. civ.). Le juge ne saurait, par l'attribution d'un mandat très général, instituer un régime équivalent à la tutelle ou à la curatelle en s'exonérant des garanties procédurales qui entourent leur mise en place (Nouméa, ord., 23 janv. 2004, *JurisData* n° 246064).

⁵⁸⁹ Art. 440 C. civ.

⁵⁹⁰ Art. 430 C. civ.

⁵⁹¹ J. CARBONNIER, *Flexible droit*, *op. cit.*, p. 379.

⁵⁹² La question du bien-fondé de la demande n'entre en jeu dans une analyse économique que subsidiairement. Elle n'est prise en compte que parce qu'elle influe sur les probabilités de voir la demande rejetée : C. M. YABLON, « The good, the bad, and the frivolous case : an essay on probability and Rule 11 », *University of California Los Angeles law Review* 1996, n° 44, p. 76.

une analyse complexe pour appréhender des éléments de droit ou de fait qui imposent avec certitude une solution contraire à la thèse d'une partie. En outre, la perspective de gain lié à l'erreur judiciaire augmente pour le justiciable en même temps que le nombre d'instances auxquelles il est partie⁵⁹³. Ensuite, au-delà du gain résultant de l'application de la décision de justice, une action peut procurer un gain extra-judiciaire non négligeable⁵⁹⁴ : gain lié au retardement de l'exécution de ses obligations pour le débiteur, renforcement d'une position commerciale ou industrielle en portant atteinte à la réputation d'un concurrent ou en retardant un projet auquel il participait lorsque le recours est suspensif, acquisition d'une certaine exposition médiatique, ou autres. De même, les effets d'une action infondée peuvent être importants sur l'autre partie et l'introduction d'une action peut servir de moyen de pression à son encontre, en vue d'obtenir le versement d'une somme indue contre un désistement⁵⁹⁵. La résistance abusive d'un débiteur peut, pareillement, tendre à contraindre un créancier à lui accorder une remise partielle de dette contre un paiement avant le terme de la procédure. Enfin, lorsque le demandeur ne dispose pas des éléments matériels lui permettant d'apprécier le bien-fondé de sa prétention, il lui sera rentable d'intenter une action immédiatement, sans procéder à la recherche de ces éléments si le coût d'une recherche extra-judiciaire est supérieur au coût d'une recherche judiciaire⁵⁹⁶.

⁵⁹³ « What might seem like a reasonable risk as part of a diversified portfolio may seem like an unreasonable risk in isolation » (*id.*, p. 80).

⁵⁹⁴ R. G. BONE, « Modeling frivolous suits », *University of Pennsylvania Law Review* 1997, n° 145, p. 534.

⁵⁹⁵ Cette attitude est particulièrement vraie en matière de construction immobilière : le recours contre un permis de construire entraînant sa suspension, il est fréquent que des recours soient intentés uniquement en vue de monnayer le désistement « prix du temps perdu » (*Le Monde*, 3 janv. 2013). Les sommes en jeu sont particulièrement importantes (par exemple : Cass., civ. 3^e, 5 juin 2012, n° 11-17.919). Le problème dans le secteur est tel que le législateur a habilité le Gouvernement à prendre par ordonnance toute mesure législative propre à « Accélérer le règlement des litiges dans le domaine de l'urbanisme et prévenir les contestations dilatoires ou abusives, notamment en encadrant les conditions dans lesquelles le juge peut être saisi d'un recours en annulation ou d'une demande de suspension en particulier en exigeant des requérants un intérêt suffisamment direct à agir, en aménageant les compétences et les pouvoirs des juridictions, en vue notamment de leur permettre de condamner à dommages et intérêts l'auteur d'un recours abusif, et en réduisant les délais de traitement des procédures juridictionnelles » (art. 1 4° loi n° 2013-569 du 1^{er} juill. 2013). Mais, de manière générale, ce type de contentieux existe dans tous les litiges concernant l'industrie (*Le Monde*, 14 mai 2013).

⁵⁹⁶ R. G. BONE, « Modeling frivolous suits », *University of Pennsylvania Law Review* 1997, n° 145, p. 550 à 554 et 584. Il ne nous semble pas inutile d'illustrer notre propos avec un exemple, certes d'école, mais qui permettra d'illustrer cette hypothèse complexe. Supposons qu'un particulier soit victime d'un accident suite à l'utilisation d'un bien qu'il a acheté. Il veut obtenir une indemnisation du constructeur sur le fondement de la garantie des vices cachés. La probabilité pour que le dommage résulte bien d'un vice caché est de 70 %. Le coût des expertises nécessaires pour déterminer l'origine du dommage s'élève à 5000 € et les autres frais judiciaires s'élèvent à 1000 €. La probabilité pour que les frais judiciaires soient mis à la charge du défendeur en cas de succès de l'action est de 90 %, quant aux frais extra-judiciaires, cette probabilité tombe à 60 %. Ainsi, selon qu'elle est réalisée avant toute action en justice ou ordonnée par le juge, les chances de voir l'expertise remboursée pourront varier fortement. Cette variation dans les probabilités de prise en charge ne résulte pas de l'application des dispositifs juridiques, mais de considérations d'équité purement factuelles. En effet, si les frais d'expertise sont intégrés aux dépens lorsque celle-ci est ordonnée par le juge de la mise en état (art. 695 4° CPC), l'article 700 permet d'obtenir le remboursement des frais d'expertise extra-judiciaire. Il n'en reste pas moins que le déroulement et la tarification de cette dernière sont moins encadrés que pour une expertise judiciaire et que le juge peut considérer que l'équité suppose de les régler différemment. En cas d'action sans recherche préalable, la demande a 30 % de chances d'échouer et le coût probable pour le demandeur à ce titre s'élève donc 1800 € ((5000 + 1000)*0,3). Coût auquel il faut encore ajouter le risque de se voir

Si les textes sanctionnant les actions abusives et ceux relatifs à la charge des frais et dépens limitent les cas où une action vouée à l'échec peut être rationnelle d'un point de vue économique, ils sont néanmoins sous-utilisés⁵⁹⁷. Ils sont par ailleurs insuffisants⁵⁹⁸ : la condamnation aux frais non compris dans les dépens n'est pas automatique et le montant des sommes auxquels le plaideur abusif peut être condamné est limité par le montant des frais engagés, du préjudice subi par l'autre partie ou, pour l'amende civile, par un plafond réglementaire. L'attribution de l'aide juridictionnelle exclut en outre la plupart de ces condamnations⁵⁹⁹.

167. Le caractère révélateur du débat judiciaire. Dernier élément qui n'est pas pris en compte par la thèse de l'effet sélectif : certains éléments de fait ou de droit déterminant peuvent ne se révéler qu'au cours de l'instance. Ainsi en va-t-il lorsque des mesures d'instruction sont ordonnées ou lorsque la preuve d'un fait ou d'un acte dont une partie n'avait pas connaissance est rapportée par la partie adverse au cours du procès. De sorte que l'action peut apparaître défendable au moment où elle est portée en justice et apparaître certainement infondée au terme de la procédure.

Si la révélation d'une erreur au cours des débats pourrait bien conduire au désistement du demandeur ou à l'exécution spontanée des demandes par le défendeur, attendre l'issue du procès en cours n'est pas un comportement nécessairement irrationnel. Les dés sont déjà jetés, la condamnation aux frais apparaît inévitable alors autant attendre le jugement et gagner ainsi encore du temps. Le débat contradictoire a aussi pu aggraver les antagonismes et participer ainsi d'une attitude jusqu'au-boutiste des parties.

refuser le remboursement des frais en cas de victoire, à savoir 420 € $((5000 + 1000) * 0,7 * 0,1)$. Par conséquent, le coût probable d'une action sans recherche préalable s'élève à 2220 €. Parallèlement, en cas de recherches préalables, celles-ci ont 30 % de chances de déboucher sur le constat que l'action est vouée à l'échec, soit un coût net de 1500 € $(5000 * 0,3)$. Coût auquel il faut encore ajouter le risque de ne pas se voir rembourser le montant de l'expertise et les frais judiciaires en cas de victoire, soit 1400 € $(5000 * 0,7 * 0,4)$ et 70 € $(1000 * 0,7 * 0,1)$. Par conséquent, le coût probable de recherches préalables s'élève à 2970 €.

⁵⁹⁷ Ainsi, seul 2,2 % des arrêts de non-admission rendus par la Cour de cassation sont accompagnés d'une condamnation du demandeur au pourvoi à une amende civile. Cette proportion ne cesse d'ailleurs de baisser (V. DE MECQUENEM, B. MUNOZ-PEREZ et J.-M. SOMMER, *Le prononcé des amendes civiles par les chambres civiles de la Cour de cassation, 2000 – 2011*, p. 8, disponible sur le site de la Cour). À notre connaissance, aucun arrêt récent ne sanctionne la résistance abusive du défendeur au pourvoi.

⁵⁹⁸ M. BEHAR-TOUCHAIS, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages-intérêts punitifs ? », *LPA* 20 nov. 2002, n° 232, p. 36.

⁵⁹⁹ On pourrait objecter que, pour le demandeur, l'attribution de l'aide juridictionnelle suppose que la demande soit sérieuse (art. 7 de la loi n° 91-647) mais l'appréciation de ce caractère se fait au vu des seuls éléments apportés par le demandeur. En outre, l'attribution de l'aide au défendeur n'est subordonnée qu'à des conditions de ressources.

CONCLUSION DU CHAPITRE ET DU TITRE

168. Un examen attentif de la jurisprudence nous a conduit à écarter les concepts d'évidence et de facilité pour définir les caractères sérieux et manifeste au profit du critère de certitude et nous avons pu en cerner l'objet exact : certitude étendue au droit et aux faits mais toujours cantonnée aux nécessités du litige et tributaire des limites des pouvoirs reconnus au juge.

Nous avons également écarté les obstacles juridiques qui pourraient s'opposer au recours à un tel critère.

169. Si ce critère est globalement opérant et est plus pertinent que ceux d'évidence ou de facilité, il demeure toujours des arrêts où il peut être regardé comme défaillant, spécialement en ce qui concerne le filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité fondé sur leur caractère sérieux ou le renvoi de questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne. De telles procédures mettent en jeu des rapports de pouvoir extrêmement importants et il arrive que la Cour de cassation manipule les caractères sérieux ou manifeste afin de se soustraire à son obligation de renvoyer. L'appréciation des caractères sérieux et manifeste et leur justification sont ainsi parfois tributaires de stratégies discutables traduisant la défiance de la Cour vis-à-vis des deux juridictions précitées ou vis-à-vis des conséquences potentielles d'un éventuel renvoi. De sorte qu'un grief tiré de l'inconstitutionnalité d'une loi ou de son incompatibilité avec le droit de l'Union peut être parfois qualifié de non sérieux alors même qu'il serait certainement bien fondé ou qu'il existerait un doute insurmontable sur ce point, le droit constitutionnel ou le droit de l'Union étant indéterminés⁶⁰⁰. À l'inverse, la « vigueur des débats dans la

⁶⁰⁰ « S'abstenant de toute référence à cette importante décision [Cour EDH, gr. ch., 30 août 2007, *JA. Pye (Oxford)*, n° 44302/02], la troisième chambre civile de la Cour de cassation a préféré qualifier de « non sérieuse » la question, pourtant essentielle dans l'ordre du régime fondamental des biens, de la compatibilité entre la prescription acquisitive et le respect de la propriété. C'est à se demander qui n'est pas sérieux dans cette affaire... » (T. REVET, « N'est ni nouvelle ni sérieuse la question de savoir si la prescription acquisitive porte atteinte aux droits et libertés garantis par les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (non renvoi au Conseil constitutionnel) », *RTD civ.* 2011. 562, spéc. 565). Ici, nous pouvons aussi prendre pour exemple l'arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 7 mai 2010, jugeant non sérieuse la question de constitutionnalité portant sur la conformité de la loi Gayssot avec l'article 11 de la Déclaration des droits de 1789 (Cass., crim., 7 mai 2010, n° 09-80.774), qui a été sévèrement critiquée par une partie de la doctrine (A.-M. LE POURHIET, « Politiquement correct mais juridiquement incorrect », *Constitution* 2010. 366) et à même servi de fondement à deux propositions de lois tendant à la suppression du filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité fondé sur l'appréciation de leur caractère sérieux (Proposition de loi organique n° 63, enregistrée le 26 septembre 2010 au Sénat et présentée par Jean-Louis Masson ; proposition de loi organique n° 3325, enregistrée le 11 avril 2011 à l'Assemblée nationale et présentée par Marie-Jo Zimmermann). De même, nous pouvons nous référer aux deux arrêts étudiés ci-dessus au n° 51, par lesquels la chambre criminelle a jugé que la question de la compatibilité de la loi Evin avec l'article 28 du Traité instituant la Communauté européenne ne soulevait aucune difficulté sérieuse, alors que la réponse à cette question était à tout le moins incertaine, ainsi que le montrent les conclusions de l'avocat général à la Cour de justice Nial FENNELLY pour l'arrêt CJCE, 5 mars 2000, *République fédérale d'Allemagne c/ Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, C-376/98, *Rec. p.* I-08423, §163, 175 et 176. L'on renverra encore à un arrêt du 15 juin 2016, rendu par

société » peut avoir exercé une influence sur l'appréciation du caractère sérieux d'une question prioritaire de constitutionnalité dans certains arrêts de la Cour de cassation⁶⁰¹.

Mais même à l'égard de tels arrêts, le recours au critère de certitude semble pertinent : il permet de montrer la rupture entre ces décisions et le reste de la jurisprudence et permet ainsi de souligner leur incohérence et leur anormalité. La certitude doit être reconnue comme pertinente précisément parce qu'elle constitue un critère de rationalisation optimal de la jurisprudence et conduit ainsi à distinguer les décisions qui font une application normale des concepts de caractère sérieux et de caractère manifeste, de celles qui en font une application déviante. En outre, le critère d'évidence n'est pas plus satisfaisant que celui de certitude à l'égard de tels arrêts.

170. L'identification de la certitude comme critère définitoire des caractères sérieux et manifeste renouvelle la réflexion autour de ceux-ci et amène à se poser une nouvelle question : Qu'est-ce qui autorise le juge à tenir une solution ou une appréciation pour certaine ? Pour cerner précisément les cas où un moyen ou une difficulté présentent un caractère sérieux et les cas où une solution présente un caractère manifeste, il faut s'atteler à déterminer les fondements de la certitude en droit.

En ce qui concerne la certitude quant aux faits litigieux, ce sont les preuves avancées par les parties qui permettent de la construire⁶⁰². Nous n'étudierons pas plus avant la question de savoir ce qui, dans la jurisprudence, rend un fait certain. D'une part, l'extrême diversité des situations matérielles soumises à la Justice interdit de procéder à une systématisation : le caractère certain ou douteux d'un fait relève d'une analyse *hic et nunc* propre à chaque litige, fondée sur les éléments de preuve produits. Ensuite, une telle question ne peut pas être résolue par le biais d'un raisonnement strictement juridique, mais relève normalement d'autres disciplines, telles la médecine, la biologie, la psychologie, l'économie, etc.⁶⁰³ Le droit n'intervient dans ce domaine qu'en instaurant des présomptions ou fictions, afin de palier à l'incertitude des faits ou de neutraliser leur caractère certain. La littérature relative à ces mécanismes est importante et nous ne pouvons qu'y renvoyer⁶⁰⁴.

En revanche, l'identification des fondements rationnels de la certitude quant au droit relève pleinement de l'analyse juridique. Il s'agit en effet d'identifier les points de convergence entre les différents arrêts qui, à travers les caractères sérieux ou manifeste, concluent à la certitude ou à l'incertitude dans l'application et l'interprétation des règles

la première chambre civile de la Cour de cassation (n° 15-20.022, *Bull. civ.*, I, à paraître), qui, refusant le renvoi d'une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne sous couvert de « l'absence de doute raisonnable quant à l'interprétation de l'article 10 de la directive [85/374/CEE] », adoptent en réalité une solution contraire à ce texte : J. MATTUSSI, « Du nouveau en matière de prescription de l'action en responsabilité du fait des produits défectueux », *D.* 2016. 2052 (rapp. : N. BLANC, « Point de départ de la prescription et interprétation à la lumière d'une directive non transposée », *Gaz. Pal.* 4 oct. 2016, n° 34 ; L. GRYNBAUM, « Application dans le temps de la directive de 1985 « responsabilité du fait des produits défectueux » et délai de prescription », *JCP G* 2016. II. 953).

⁶⁰¹ P. FLORES, « La chambre sociale et la question prioritaire de constitutionnalité : de la distorsion entre l'image doctrinale et la réalité juridictionnelle », *Droit social* 2014. 308.

⁶⁰² Sur la notion de fait constant, voir notamment : Cass., civ. 2^e, 10 mai 1991, n° 89-10.460.

⁶⁰³ R. POIRIER, « Rationalité juridique et rationalité scientifique », *Archives de philosophie du droit* n° 23, 1978, p. 24.

⁶⁰⁴ Notamment : J.-Y. VINCENT, *op. cit.*, p. 231 à 309 ; A. ROUYÈRE, « Traité l'incertitude en droit. Faire si ce n'est dire », in *Liber Americum Darcy*, Bruylant, 2012, p. 733.

de droit. La réflexion se déporte alors vers les sources du droit : quels sont les éléments qui entrent en compte dans la construction de la certitude ? La réponse à une telle question va permettre d'éclairer les caractères sérieux et manifeste, en délimitant leur emprise et en précisant leur signification.

Il nous faut donc désormais montrer comment la résolution de questions pratiques et théoriques sur les contours de la certitude éclaire ces concepts.

TITRE II – LES CARACTÈRES SÉRIEUX ET MANIFESTE ÉCLAIRÉS PAR LA CERTITUDE

« Le roi tenait essentiellement à ce que son autorité fût respectée. Il ne tolérait pas la désobéissance. C'était un monarque absolu. Mais, comme il était très bon, il donnait des ordres raisonnables. [...]

- Si j'ordonnais à un général de voler d'une fleur à l'autre à la façon d'un papillon, ou d'écrire une tragédie, ou de se changer en oiseau de mer, et si le général n'exécutait pas l'ordre reçu, qui, de lui ou de moi, serait dans son tort ?

- Ce serait vous, dit fermement le petit prince.

- Exact. Il faut exiger de chacun ce que chacun peut donner, reprit le roi. L'autorité repose d'abord sur la raison. Si tu ordonnes à ton peuple d'aller se jeter à la mer, il fera la révolution. J'ai le droit d'exiger l'obéissance parce que mes ordres sont raisonnables. »

Antoine DE SAINT-EXUPÉRY, *Le Petit Prince*.

171. La certitude généralement ramenée à la clarté des textes et de la jurisprudence. Les caractères sérieux et manifeste sont généralement appréhendés à travers le concept de clarté. La clarté de la loi ou de la jurisprudence induirait la certitude, quand leur obscurité serait, au contraire, génératrice d'un doute insurmontable.

La paternité d'un tel rapprochement revient à Édouard Laferrière, selon qui il n'y a « une question, c'est-à-dire une difficulté réelle [...] de nature à faire naître un doute dans un esprit éclairé » que « si le titre [invoqué devant le juge et relevant d'un autre ordre de juridictions] est contesté, s'il est réellement contestable, *s'il exige avant d'être appliqué, une vérification ou une interprétation contentieuse* »⁶⁰⁵. L'auteur fait ici référence à une jurisprudence essentielle, et toujours d'actualité, du Tribunal des conflits et de la Cour de cassation en vertu de laquelle « si les tribunaux sont compétents lorsqu'il y a lieu non pas d'interpréter un acte administratif obscur, mais bien d'appliquer un acte clair, il ne dépend pas d'eux d'usurper les attributions de l'autorité administrative en qualifiant actes clairs des actes ambigus, et en prétendant appliquer quand ils ne font véritablement qu'interpréter »⁶⁰⁶. Commentant cette jurisprudence, Marcel Waline explique qu'il y a application d'un acte administratif, relevant de la compétence des juridictions judiciaires, « si le simple exposé des faits de la cause, rapproché de l'énoncé de la règle contenue dans l'acte administratif, permet de constater directement, et sans hésitation, la conformité ou la non-conformité de ces faits avec la règle », puis que « le criterium de la simple application est la possibilité de trancher le litige en opposant, *directement et sans moyen terme,*

⁶⁰⁵ E. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, tome I, p. 498.

⁶⁰⁶ Cass., civ., 27 févr. 1855, *D.* 1855. I. 295. Voir, parmi de très nombreux arrêts : Cass., civ., 5 avr. 1865, *S.* 1865. I. 254 ; 28 déc. 1874, *D.* 1875. I. 120 ; 3 juill. 1881, *D.* 1881. I. 462 ; req., 25 nov. 1884, *D.* 1885. I. 35 ; 3 nov. 1885, *S.* 1886. I. 249 ; 14 nov. 1887, *D.* 1888. I. 129 ; civ. 1^{ère}, 22 mai 1963, *Bull. civ.*, I, n° 271 ; soc., 3 juill. 1963, n° 62-40.864, *id.*, IV, n° 564 ; com., 10 avr. 1964, n° 61-10.857, *id.*, III, n° 170 ; civ. 3^e, 3 nov. 1982, n° 81-12.824 ; civ. 1^{ère}, 4 juin 2014, n° 13-19.832 ; T. confl., 20 mai 1882, *Rodier, Lebon* 527 ; 12 mai 1883, *Faget, D.* 1885. III. 10 ; 12 déc. 1885, *Comp. parisienne du gaz, D.* 1887. III. 52 ; 22 juin 1889, *de Rolland, D.* 1891. III. 5 ; 12 janv. 1970, n° 01935, *Lebon* T. 975.

les faits de la cause et l'acte administratif »⁶⁰⁷. À l'inverse, l'interprétation impliquerait un raisonnement portant sur la définition des termes employés par l'acte administratif, parce qu'ils seraient ambigus ou obscurs⁶⁰⁸. Or, la référence à la « difficulté réelle et sérieuse »⁶⁰⁹ faisant naître un « doute dans un esprit éclairé » en tant que critère du renvoi préjudiciel ne se présente pas autrement que comme une synthèse de la jurisprudence dans l'ouvrage d'Édouard Laferrière. L'assimilation de cette notion à l'obscurité de l'acte administratif en cause est donc totale : il n'y a « doute dans un esprit éclairé » et, donc, difficulté sérieuse que lorsque l'application de l'acte ou son inapplication suppose une interprétation préalable⁶¹⁰. Cette présentation semble toujours admise par la doctrine⁶¹¹.

La théorie de l'acte clair n'est toutefois plus cantonnée au domaine des questions préjudicielles portant sur l'interprétation d'un acte administratif. Il a ainsi pu y être fait référence à propos des questions préjudicielles en appréciation de validité d'un acte administratif, dont l'interprétation n'était pas en cause : le grief d'invalidité ne peut pas être tenu pour sérieux si une loi autorise clairement et précisément l'adoption d'un acte tel que celui en cause. À l'inverse, s'il est nécessaire d'interpréter une loi pour statuer sur la validité de l'acte, alors le grief sera sérieux⁶¹². Quant aux questions qui n'ont trait ni à l'interprétation d'un acte administratif ni à l'appréciation de sa validité, mais qui sont relatives à l'application directe de la loi à une situation de fait⁶¹³, elles ne soulèveront aucune difficulté sérieuse si la loi peut être appliquée sans interprétation préalable, du fait de sa clarté. En fait d'acte clair, il est donc plutôt question de clarté de la loi ou de la jurisprudence administrative.

La même analyse prévaut en matière de renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne. Alors que la jurisprudence européenne ne dispense les juridictions suprêmes des États membres de procéder au renvoi des questions d'interprétation que lorsque l'*application* du droit de l'Union européenne « [s'impose] avec une évidence telle qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable sur la manière de résoudre la question posée »⁶¹⁴, ce que la jurisprudence interne assimile à l'absence de difficulté sérieuse⁶¹⁵, de nombreux auteurs y voient la consécration de la théorie de l'acte clair⁶¹⁶. La Cour de justice

⁶⁰⁷ M. WALINE, note sous Cass., req., 3 juin 1926, *D.* 1926. I. 217 (expression soulignée par l'auteur lui-même).

⁶⁰⁸ *Ibid.*

⁶⁰⁹ La « difficulté réelle et sérieuse » remplace « la difficulté réelle [...] de nature à faire naître un doute dans un esprit éclairé » à la page suivante (E. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, tome I, p. 499).

⁶¹⁰ Voir aussi : E. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, tome II, p. 604 et 605.

⁶¹¹ J.-F. FLAUSS, *Les questions préjudicielles...*, *op. cit.*, p. 76 ; H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, tome II, n° 463, p. 515 ; J. HÉRON et T. LE BARS, *op. cit.*, n° 1006, p. 800.

⁶¹² J.-F. FLAUSS, *Les questions préjudicielles...*, *op. cit.*, p. 73 à 76.

⁶¹³ Pour un exemple de telles questions, voir, à propos de la délimitation du domaine public : Cass., civ. 1^{ère}, 29 avr. 1958, *Bull. civ.*, I, n° 223 ; 16 juin 1966, *id.*, n° 372 ; 1^{er} juill. 1969, n° 66-12.910, *id.*, n° 259 ; 24 févr. 1970, n° 65-10.188, *id.* n° 70.

⁶¹⁴ CJCE, 6 oct. 1982, *CILFIT*, 283/81, *Rec.* p. 3415, §16.

⁶¹⁵ Cf. note 3.

⁶¹⁶ Voir, notamment : C. NAÔMÉ, *op. cit.*, n° 69, p. 41 et n° 72, p. 43 ; G. VANDERSANDEN, *La procédure préjudicielle devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruylant, 2011, n° 94, p. 91 ; M. BROBERG et N. FENGER, *Le renvoi préjudiciel...*, *op. cit.*, p. 295 s. ; « L'application de la doctrine de l'acte clair... », *op. cit.*, p. 865 ; C. VOCANSON, *Le Conseil d'État français et le renvoi préjudiciel...*, *op. cit.*, n° 137 s., p. 113 s. ; C.-J. BERR, « L'insertion dans les procès français du mécanisme européen des questions préjudicielles », *JCP* 1967. I. 2060, n°s 22 à 24.

elle-même semble s'être rangée à cette analyse dans un arrêt récent⁶¹⁷. Ainsi, si la Cour de cassation et le Conseil d'État peuvent trancher eux-mêmes les contestations relatives à la signification des textes de droit de l'Union lorsqu'ils sont clairs, ils devraient, en revanche, surseoir à statuer en présence de la moindre ambiguïté, car l'application de ces dispositions ne s'imposerait alors plus avec une évidence telle qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable. Là encore, l'acte clair s'entend comme la disposition de droit de l'Union européenne claire, en elle-même ou en vertu de la jurisprudence de la Cour de justice.

Dans le même sens, il a pu être écrit à propos des arrêts rendus par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 20 mai 2011 et étudiés ci-dessus⁶¹⁸ que « si l'on pouvait se féliciter du fait que la Cour s'attache à vérifier que la question soulevait une méconnaissance d'une norme constitutionnelle, l'on s'interroge ici sur le fait que la Cour se fait interprète de la Constitution »⁶¹⁹. L'obligation de transmettre au Conseil constitutionnel toute question présentant un caractère sérieux imposerait ainsi de transmettre tout grief d'inconstitutionnalité qui ne serait pas expressément contredit par la jurisprudence du Conseil ou par les dispositions claires et précises de la Constitution⁶²⁰.

Ainsi, pour la mise en œuvre des mécanismes préjudiciels, il semble acquis que l'existence d'un doute insurmontable ou d'une certitude, caractéristiques d'une difficulté sérieuse ou d'une contestation sérieuse, dépendront entièrement de l'identification d'un acte clair fournissant directement une réponse à la question posée. Mais la théorie de l'acte clair trouve application bien au-delà du mécanisme préjudiciel. En effet, il est parfois soutenu que toute ambiguïté de la loi ferait obstacle à l'attribution d'une provision par le juge des référés, en rendant l'obligation du défendeur sérieusement contestable⁶²¹. Pouvant faire application des textes clairs et précis, le juge des référés ne pourrait pas interpréter la loi sans trancher une contestation sérieuse. Il a été aussi soutenu que la convention d'arbitrage invoquée devant le juge étatique ne peut pas être regardée comme manifestement nulle ou inapplicable si le juge est contraint d'interpréter la loi avant de pouvoir l'appliquer, toute interprétation impliquant de sa part un choix subjectif⁶²². Des

⁶¹⁷ CJUE, 9 sept. 2015, *X et T. A. van Dijk*, C-72/14 et C-197/14, §59 et 60.

⁶¹⁸ Cass., ass., 20 mai 2011, n^{os} 11-90.025, 11-90.032 et .033, *Bull. crim.*, A. P., n^{os} 6, 7 et 8. Arrêts commentés *supra* (cf. n^o 66).

⁶¹⁹ J.-B. PERRIER, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par la Cour de cassation », *RFDA* 2011. 711, n^o 14. Voir aussi, reprochant à la chambre criminelle de la Cour de cassation de s'arroger le droit d'interpréter la Constitution dans un arrêt du 10 novembre 2010 (n^o 10-85.678, *Bull. crim.* n^o 180) : B. MATHIEU, note sous l'arrêt, *JCP G* 2010. 1147.

⁶²⁰ Un auteur évoque ainsi l'apparition d'une « théorie de la Constitution claire » : A. ROBLOT-TROIZIER, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État », *RFDA* 2011. 691, spéc. p. 700 et 701.

⁶²¹ J. HÉRON et T. LE BARS, *op. cit.*, n^o 407, p. 335.

⁶²² « Si le juge étatique doit interpréter ou a dû interpréter la règle de droit (par exemple, l'article 2060 du Code civil) ou le contrat pour décider de la compétence arbitrale, il doit faire ou a fait un choix que l'arbitre lui-même ne partagerait peut-être pas, si bien que la nullité ou l'inapplicabilité de la clause d'arbitrage ne s'impose alors pas. En effet, l'interprétation est l'outil qui permet au juriste de dépasser les ambiguïtés de la règle de droit ou du contrat. Par définition, l'interprète n'est pas encadré et fermement guidé dans une direction claire et unique. Il est au contraire à la croisée des chemins. Plusieurs voies possibles s'offrent à lui et il va choisir entre elles celle qui lui semble la meilleure, la voie la plus conforme à l'esprit de la règle de droit, la voie la plus conforme à l'intention commune des parties contractantes. Sa décision apparaît teintée de subjectivité, puisqu'il arrive à une conclusion à laquelle ne serait pas forcément parvenu un autre interprète confronté à la même difficulté. L'interprétation représente ainsi un choix où s'exprime la subjectivité de l'interprète. » (N. BOUCHE, « L'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage », *RJDA* 2006. 1109, n^o 8).

arrêts ont également retenu qu'une convention d'arbitrage ne peut être regardée comme manifestement inapplicable lorsqu'elle requiert une interprétation⁶²³.

À l'inverse, la clarté des textes en cause ou de la jurisprudence conduirait toujours à l'affirmation d'une certitude. Comme l'écrit par exemple Frédéric Descorps-Declère à propos de la non-admission des pourvois en cassation : « Dès lors que la Cour de cassation décide que "nul n'a le droit à une jurisprudence figée", aucun moyen de droit ne devrait pouvoir être considéré comme *a priori* non sérieux, sauf peut-être à remettre en cause un texte tellement clair et univoque qu'aucune interprétation jurisprudentielle ne saurait en modifier la substance »⁶²⁴.

La théorie de l'acte clair semble ainsi constituer un cadre régissant généralement l'appréhension des caractères sérieux et manifeste, quelle que soit la disposition qui s'y réfère. Parce qu'elles seraient consubstantielles à une indétermination des règles de droit, l'ambiguïté des textes ou de la jurisprudence et la nécessité d'interprétation qui en découle excluraient systématiquement toute certitude.

172. Un examen attentif de la jurisprudence nous conduira à revenir sur cette présentation. Il s'avère en effet relativement fréquent que des arrêts expriment une certitude au terme de l'interprétation d'un texte obscur si le sens de cette interprétation ne fait pas de doute : telle question ne soulève pas de difficulté sérieuse bien qu'aucun texte n'y apporte de réponse précise, tel trouble est jugé manifestement illicite sans qu'aucun texte ne fonde expressément l'illicéité et tel moyen est qualifié non sérieux alors même qu'il ne contredit aucun texte. À l'inverse, il arrive qu'une difficulté sérieuse soit caractérisée, et la solution considérée comme non manifeste, malgré l'existence d'un texte clair et précis, ou qu'un moyen soit considéré comme sérieux alors qu'il méconnaît le sens littéral d'une loi. L'analyse de la jurisprudence nous montre ainsi que la clarté et la certitude sont deux notions qui ne se recouvrent pas entièrement. Le sens et la portée de la règle de droit qui permet de regarder la solution comme certaine, et donc de se prononcer sur les caractères sérieux et manifeste, ne sont pas toujours donnés au juge par le législateur ou la jurisprudence existante, ils sont souvent le fruit d'une interprétation et le résultat d'une construction par le juge.

173. La certitude souvent définie comme un critère arbitraire. Détacher la certitude de la clarté soulève toutefois une difficulté importante en ce qui concerne l'admissibilité du critère de certitude. Celui-ci n'étant plus nécessairement adossé à des ressources formelles et ses fondements n'étant pas donnés par une autorité législative ou quasi-législative, l'on pourrait être tenté de penser que le juge est libre de tenir toute proposition pour certaine ou incertaine et de justifier par n'importe quel argument son appréciation quant aux caractères sérieux et manifeste. La certitude pourrait ainsi sembler être un critère subjectif et arbitraire, ainsi que le soutient une partie de la doctrine⁶²⁵.

Cette critique du critère de certitude, défini comme subjectif, n'appelle plus une réflexion en droit mais en théorie du droit. En effet, son objet n'est plus de rechercher quels sont le sens et la portée d'une règle de droit déterminée. La difficulté se situe un degré plus haut : il s'agit de déterminer dans quelle mesure et à quelles conditions le

⁶²³ Cass., civ. 1^{ère}, 30 sept. 2009, n° 08-15.708 ; 24 févr. 2016, n° 14-26.964, *Bull. civ.*, I, à paraître.

⁶²⁴ F. DESCORPS-DECLÈRE, *op. cit.*, p. 1127.

⁶²⁵ B. PETIT, *op. cit.*, p. 490 ; P. BERTIN, « Un trouble manifestement illicite... », *op. cit.*, p. 420.

concept de certitude peut être admis à propos du sens et de la portée des règles de droit. Prétendre à une certitude en droit est-il un non-sens ?

La réponse à une telle question pourrait paraître non déterminante, mais elle est en réalité essentielle à deux égards. D'abord, elle conditionne l'admission des caractères sérieux ou manifeste au sein du droit processuel. Si la certitude est un critère subjectif résultant d'une décision arbitraire, alors il y a lieu de supprimer toute référence aux caractères sérieux et manifeste au sein du droit positif⁶²⁶, car l'utilisation de ces notions serait « incompatible avec les règles qui gouvernent un état de droit qui ne peut se concevoir que dans le cadre de normes objectives dans lequel l'arbitraire doit être exclu autant que possible »⁶²⁷. Ensuite, définir la certitude comme un critère subjectif conduit à frustrer la doctrine de sa fonction critique vis-à-vis de la jurisprudence se rapportant aux caractères sérieux et manifeste. S'il s'agit de notions relevant d'une appréciation nécessairement subjective, alors elles ne sont rien d'autre que ce que les juridictions en disent dans chaque espèce⁶²⁸ et l'on ne pourrait jamais soutenir ou montrer qu'une décision fait une mauvaise application de ces concepts⁶²⁹. La doctrine serait alors cantonnée à une fonction purement descriptive : elle ne pourrait que décrire et paraphraser les décisions qui se prononcent sur les caractères sérieux et manifeste, sans pouvoir émettre aucune appréciation sur leur bien-fondé.

174. Ainsi, il apparaît nettement que des clarifications relatives à la délimitation pratique et théorique du critère de certitude sont nécessaires et sont susceptibles d'éclairer la définition des caractères sérieux et manifeste. Après avoir démontré que ceux-ci ne peuvent pas être appréhendés uniquement à partir d'une interrogation portant sur la clarté de la loi et de la jurisprudence, nous devons démontrer qu'ils ne constituent pas pour autant des notions purement subjectives. Il s'agira donc de revenir sur la théorie de l'acte clair afin d'en cerner les limites (chapitre I), avant d'interroger le scepticisme juridique, qui consiste à rejeter la possibilité même d'une certitude en droit (chapitre II).

⁶²⁶ « Peut-être serait-il judicieux de modifier l'article 1014 [du code de procédure civile] en supprimant la référence au caractère sérieux du moyen de cassation ? » (L. POULET, « Pratique des décisions de non-admission. Point de vue d'un avocat à la Cour de cassation », *Gaz. Pal.* 2014. 155). Voir aussi : D. Le PRADO, *op. cit.*, p. 222 ; F. TERRIER, « La pratique de la procédure de non-admission à la Cour de cassation », *Justice et Cassation* 2012. 95.

⁶²⁷ A. BERDAH, « Brèves réflexions sur l'article 1014 du code de procédure civile », *D.* 2010. 1426.

⁶²⁸ « Constitue un moyen sérieux celui que la Cour de cassation juge comme tel » (L. POULET, *op. cit.*, p. 157). Voir aussi : « le “moyen sérieux” peut-il être défini comme celui que la Cour de cassation décide d'examiner et “l'absence de moyen sérieux” n'est-elle que le réceptacle de l'ensemble des griefs jugés par la Cour insuffisamment intéressants pour retenir son attention ? » (A. LACABARATS, « Le moyen sérieux », intervention à la Cour de cassation, 25 janv. 2010, disponible sur le site de la Cour).

⁶²⁹ Il s'agit là d'une difficulté inhérente au psychologisme, qui « aboutit [en philosophie] à un scepticisme radical : il n'y a plus de jugements vrais et de jugements faux, il y a seulement [...] des opinions différentes, relatives à la psychologie de chacun [...] il y aura autant de vérités que d'individus : il n'y aura plus de vérité » (A. VERGEZ et D. HUISMAN, *Court traité de la connaissance*, Nathan, 1969, p. 127).

CHAPITRE I : RETOUR SUR LA THÉORIE DE L'ACTE CLAIR

175. L'assimilation de la certitude à la clarté, et donc l'articulation des caractères sérieux et manifeste autour de l'opposition entre application et interprétation des règles, peut se décliner en deux thèses différentes.

176. **L'incertitude en l'absence d'acte clair.** Il est d'abord possible de considérer que l'existence d'un texte clair est une condition *sine qua non* de la certitude : en l'absence de texte clair et précis, le droit serait nécessairement indéterminé. Le juge saisi d'une question préjudicielle à laquelle aucun texte ni aucun arrêt ne répond directement devrait alors considérer qu'elle soulève une difficulté sérieuse. De même, le moyen qui ne trouverait de réponse immédiate ni dans un texte de loi ni dans la jurisprudence devrait toujours être tenu pour sérieux : si aucun texte ni aucun arrêt n'impose clairement et précisément son rejet ou son accueil, il suscite un doute insurmontable. Quant à la nullité, l'inapplicabilité, l'irrecevabilité ou l'illicéité alléguées, notamment, elles ne sauraient jamais être tenues pour manifestes en l'absence de ressource formelle univoque dont elles pourraient être déduites directement.

177. **La certitude en présence d'un acte clair.** Symétriquement, il est aussi possible de considérer que l'existence d'un texte clair et précis caractérise systématiquement la certitude. Dans cette perspective, la question à laquelle un texte ou la jurisprudence apportent une réponse claire et précise ne soulèverait aucune difficulté sérieuse. Pareillement, le moyen qui se contenterait de reprendre les termes univoques d'un texte de loi ou d'une jurisprudence serait toujours sérieux, car certainement fondé, du moins s'il est opérant et recevable, et si le texte sur lequel il se fonde est valide et toujours en vigueur. Inversement, le moyen qui remettrait en cause le sens clair et précis d'un texte ou de la jurisprudence serait nécessairement non sérieux, car certainement infondé. Dans ces hypothèses, l'existence d'un acte clair rendrait manifeste la solution au problème juridique soumis au juge.

178. Afin de mieux cerner ce sur quoi est fondée la certitude qui définit les caractères sérieux et manifeste et afin de délimiter ceux-ci précisément, il nous faudra éprouver chacune de ces deux thèses en les confrontant à la jurisprudence. Aussi, après avoir montré que la certitude peut être affirmée en l'absence de tout texte clair et précis ou d'une jurisprudence présentant ces caractères (section I), nous tenterons de montrer qu'elle peut, à l'inverse, être écartée en présence d'un texte clair et précis ou d'une jurisprudence claire et précise (section II).

SECTION I : LA CERTITUDE MALGRÉ L'ABSENCE D'ACTE CLAIR

179. **La référence jurisprudentielle à l'absence d'acte clair.** Comme cela a été relevé dans titre précédent, de nombreuses décisions justifient une appréciation relative aux caractères sérieux et manifeste en se fondant sur le fait que les textes ou actes

susceptibles d'être applicables au litige sont ambigus, contradictoires ou même inexistants sans que la jurisprudence résolve clairement et précisément ces difficultés ; la nécessité pour le juge d'interpréter un ou plusieurs textes ou actes que la jurisprudence n'éclaire pas suffisamment lui permet de qualifier les moyens de sérieux, de conclure à l'existence d'une difficulté sérieuse ou d'écarter l'existence d'un trouble manifestement illicite ou d'une irrecevabilité, nullité ou inapplicabilité⁶³⁰. Parmi ces décisions, figurent, par exemple, deux arrêts dans lesquels la chambre commerciale de la Cour de cassation juge que l'application d'une disposition de droit de l'Union européenne soulève une difficulté sérieuse en raison de l'absence d'arrêt de la Cour de justice se prononçant sur la question dont elle est saisie⁶³¹. Un autre arrêt de la chambre sociale retient aussi que la question relative aux droits qu'un salarié tirait d'une décision administrative soulevait une difficulté sérieuse au motif que cette décision requerrait une interprétation⁶³².

Doit-on en déduire qu'il existe un lien systématique entre l'absence d'acte clair et l'incertitude ? Les arrêts pourraient certes le laisser penser, mais ils peuvent pourtant se comprendre différemment : si l'absence d'acte clair *participe* de l'incertitude, elle ne l'induit pas mécaniquement. Bien qu'elle soit normalement constitutive d'une imperfection du droit et fasse naître un doute insurmontable, l'absence d'acte clair pourrait parfois être surmontée. Cette lecture semble préférable car de nombreuses décisions retiennent qu'une question ne soulève aucune difficulté sérieuse en se fondant sur un texte ou une jurisprudence qui n'ont, à première vue, rien de clair. De même, il est parfois jugé qu'un moyen n'est pas sérieux alors même que ni les textes ni la jurisprudence ne prévoient expressément et directement son rejet. La nécessité d'interpréter un texte ou une jurisprudence obscurs n'exclut donc pas la certitude (§1).

Une telle solution soulève des interrogations importantes en ce qui concerne la délimitation des pouvoirs du juge national, du juge judiciaire et du juge des référés, qui se voient dénier le pouvoir d'interpréter respectivement les dispositions de droit de l'Union européenne, les actes administratifs individuels et les contrats (§2).

§1. La certitude retenue malgré l'obscurité de la loi et de la jurisprudence

180. Il arrive assez fréquemment que des arrêts affirment une certitude, soit en qualifiant un moyen de non sérieux, soit en retenant que la question soumise ne soulève pas de difficulté sérieuse, en l'absence de tout acte clair (I). La Cour de cassation est cependant allée plus loin puisqu'elle a retenu que le juge chargé de se prononcer sur les caractères sérieux et manifeste disposait, à cette fin, du pouvoir d'interpréter les textes

⁶³⁰ Cf. nos 107 à 109.

⁶³¹ « Attendu, toutefois, que la Cour de justice ne s'est pas prononcée à ce jour sur la situation où la charge financière n'a pas été instituée par l'État ou par une autorité étatique ;/ Attendu, *dès lors*, que la solution du présent litige soulève une difficulté sérieuse [...] » (Cass., com., 4 janv. 1994, n° 91-18.964). « [Attendu] que la Cour de justice n'a, semble-t-il, pas eu à connaître du cas où l'organisme considéré n'a pas été créé par un pouvoir adjudicateur ;/ [...] Attendu que la question de savoir si les Atm ont été créées et ont pour fin de satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial pose *ainsi* une difficulté sérieuse » (Cass., com., 8 mars 2016, n° 14-13.540).

⁶³² « La décision prise le 9 avril 1947 par la commission régionale de classement nécessitant [...] une interprétation pour déterminer si elle avait été prise [...] par référence à la convention collective du 16 octobre 1946 ou à la réglementation antérieure, [...] la cour d'appel, qui en présence de cette difficulté sérieuse eût dû surseoir à statuer, a violé les textes susvisés » (Cass., soc., 20 nov. 1963, n° 62-40.762, *Bull. civ.*, IV, n° 810).

ambigus (II).

I/La certitude affirmée en l'absence d'acte clair

181. Une analyse attentive de la jurisprudence montre que l'application ou l'inapplication d'un texte ou d'une solution jurisprudentielle doit être considérée comme certaine malgré leur ambiguïté lorsque l'interprétation qui doit en être faite s'impose, soit au regard d'un autre texte clair mais non obligatoire (A), soit au regard de leur finalité (B).

A/ La certitude fondée sur des ressources formelles non obligatoires

182. L'assimilation de l'incertitude à l'obscurité se heurte à une jurisprudence qui décide que l'application d'un texte obscur ne soulève aucune difficulté sérieuse dès lors que son sens est éclairé par un autre texte dépourvu de valeur obligatoire intrinsèque. Dans cette hypothèse, la certitude se fonde non sur le sens clair d'un texte obligatoire, mais sur un texte qui n'est pas obligatoire.

183. L'interprétation guidée par le préambule du texte. Quatre arrêts de la deuxième chambre civile relatifs à la compatibilité de l'article L132-5 du code des assurances avec la directive n° 2002/83/CEE, prise en ses articles 35 et 36, illustrent bien cette pratique⁶³³. L'article 35 instaure au profit du souscripteur d'assurance un droit de rétractation, qui peut être exercé pendant une durée fixée par chacun des États membres à au moins quatorze jours et au plus trente jours après la conclusion du contrat. L'article 36 oblige l'assureur à délivrer certaines informations au souscripteur d'un contrat, mais ne prévoit aucune sanction en cas de méconnaissance de cette obligation. Il était argué que ces dispositions procédaient à une harmonisation complète des règles de souscription des contrats d'assurance et s'opposaient donc à l'application de l'article L132-5, qui sanctionnait le défaut d'information par une prorogation du délai de rétractation au trentième jour suivant la date de remise effective des documents. La Cour écarte cette thèse et retient une lecture permissive des dispositions européennes en se fondant sur « la finalité de la directive 2002/83/CEE, telle qu'elle résulte de son préambule, [qui] est de veiller à garantir au preneur d'assurance le plus large accès aux produits d'assurance en lui assurant, pour profiter d'une concurrence accrue dans le cadre d'un marché unique de l'assurance, les informations nécessaires pour choisir le contrat convenant le mieux à ses besoins ». Ainsi, si aucune disposition textuelle appartenant au corps du règlement ne réglait la question, cela n'a pas été regardé comme un élément imposant la saisine de la Cour de justice.

Dans le même sens, la chambre criminelle a rendu le 4 octobre 2016 un arrêt semblable, dans lequel elle se prononce sur la compatibilité de l'article 63-1 du code de procédure pénale avec l'article 6 de la directive 2012/13/UE⁶³⁴. Alors que le premier texte prévoit seulement que la personne placée en garde à vue est informée de la qualification, de la date et du lieu de l'infraction qu'elle est soupçonnée d'avoir commise ou tentée, l'article 6 de la directive impose « que les suspects ou les personnes poursuivies qui sont

⁶³³ Cass., civ. 2^e, 7 mars 2006, n° 05-10.366, *Bull. civ.*, II, n° 63 ; 5 oct. 2006, n° 05-16.329 ; 10 juill. 2008 (deux arrêts), n°s 07-12.071 et .072, *Bull. civ.*, II, n° 177.

⁶³⁴ Cass., crim., 4 oct. 2016, n° 16-82.309, *Bull. crim.* à paraître.

arrêtés ou détenus soient informés des *motifs* de leur arrestation ou de leur détention, *y compris de l'acte pénalement sanctionné* qu'ils sont soupçonnés ou accusés d'avoir commis ». Malgré le caractère vague du terme « motif », la Cour juge que le droit français est conforme au droit de l'Union, « sans qu'il y ait lieu de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne ». Pour ce faire, elle approuve la chambre de l'instruction qui avait interprété l'article 6 de la directive au regard de l'objectif énoncé au paragraphe 28 de son préambule, qui « est celui d'un équilibre entre, d'une part, l'équité de la procédure et le respect des droits de la défense, d'autre part, les nécessités de la procédure ». De sorte que « l'information sur la description des faits est préconisée “en tenant compte du stade de la procédure pénale auquel une telle description intervient” ».

184. L'interprétation par référence aux débats parlementaires. Les documents préparatoires aux avis rendus par la Cour de cassation nous montrent que, parfois, l'absence de difficulté sérieuse peut être adossée aux débats parlementaires relatifs de la loi sur laquelle porte la question transmise par les juges du fond⁶³⁵. Si un tel argument n'est jamais avancé isolément, il constitue tout de même un élément participant de la certitude quant au sens et à la portée des règles de droit.

185. La Cour de cassation va cependant plus loin dans le détachement des critères de certitude et de clarté puisqu'il lui arrive d'affirmer une certitude en l'absence de tout fondement textuel.

B/ La certitude fondée sur la finalité d'un texte ou d'une jurisprudence obscurs

186. Malgré un arrêt ambigu de la Cour de justice, la question de la compatibilité de l'interdiction faite à l'avocat salarié d'avoir une clientèle propre avec le droit de l'Union européenne ne soulève aucune difficulté sérieuse justifiant de procéder à un renvoi préjudiciel. L'on se reportera à un arrêt de la première chambre civile rendu le 24 avril 2013⁶³⁶ pour constater que la nécessité d'interpréter une décision ambiguë portant sur le texte dont il est question n'implique pas systématiquement une difficulté sérieuse. La Cour avait à se prononcer sur la compatibilité de l'article 7 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 avec l'article 8 de la directive n° 98/5/CE. Le premier texte interdit à l'avocat salarié d'avoir une clientèle propre et empêche donc l'exercice simultané de la profession sous le statut libéral et salarié. Le second énonce « L'avocat inscrit dans l'État membre d'accueil sous le titre professionnel d'origine peut exercer en qualité d'avocat salarié d'un autre avocat, d'une association ou société d'avocats, ou d'une entreprise publique ou privée, dans la mesure où l'État membre d'accueil le permet pour les avocats inscrits sous le titre professionnel de cet État membre ».

La portée exacte de cette disposition n'est pas évidente : autorise-t-elle généralement l'exercice de la profession d'avocat sous la forme salariée ou se contente-t-elle de formuler expressément le principe d'égalité entre ressortissants de l'Union dans l'accès à la profession et dans son exercice ? Compte tenu des règles

⁶³⁵ Y. CHARPENEL, concl. Cass., avis, 26 sept. 2006, n° 06-00.010, *id.* n° 2 ; F. AGOSTINI et P. FOERST, rapp. et concl. Cass., avis, 31 janv. 2011, n° 10-00.008, *Bull. civ.*, avis n° 5 ; J.-D. SARCELET, concl. Cass., avis, 24 mars 2014, n° 13-70.010, *id.* n° 3.

⁶³⁶ Cass., civ. 1^{ère}, 24 avr. 2013, n° 12-21.443, *Bull. civ.*, I, n° 82.

inhérentes à la libre circulation des travailleurs salariés, il semble difficile de soutenir que ce texte ne constitue qu'un rappel du principe de non-discrimination fondée sur la nationalité. Toute entrave à l'exercice d'une profession salariée étant interdite⁶³⁷, il faut en conclure que tout ressortissant a généralement le droit d'exercer la profession d'avocat sous les statuts indépendant et salarié. Seules les entraves justifiées par un objectif d'intérêt général sont admises, par dérogation. L'article 8 se lit donc comme conférant aux ressortissants de l'Union un droit général d'exercer la profession d'avocat sous le statut salarié, que l'État peut encadrer dans le respect du principe d'égalité et si cela s'avère nécessaire à la protection de l'intérêt général. Ainsi, une restriction imposée aux nationaux n'est opposable aux ressortissants d'un autre État membre que si elle est légitime, nécessaire et proportionnée⁶³⁸.

Il en résulte que l'article 8 de la directive ne permet pas nécessairement l'application de l'article 7 de la loi n° 71-1130 aux avocats salariés originaires d'un autre État membre. En effet, l'interdiction d'avoir une clientèle propre constitue une restriction à la liberté d'établissement des ressortissants des autres États et à leur droit de « répondre à des emplois effectivement offerts ». Cette interdiction pourrait constituer un élément dissuadant un ressortissant étranger de venir exercer son activité en France sous quelle que forme que ce soit, surtout si son pays d'origine autorise le cumul⁶³⁹.

Reste à déterminer si cette atteinte participe de la protection de l'intérêt général. La Cour de justice a rendu un arrêt *Jakubowska*⁶⁴⁰ semant le trouble sur ce point. Elle y énonce que « l'article 8 porte sur l'ensemble des règles que l'État membre d'accueil a instauré afin de prévenir les conflits d'intérêts qui pourraient, selon ses appréciations, résulter d'une situation dans laquelle un avocat est, d'une part, inscrit au tableau de l'ordre des avocats et, d'autre part, employé par un autre avocat, par une association ou société d'avocats, ou par une entreprise publique ou privée »⁶⁴¹.

Le demandeur au pourvoi se fondait sur cette décision pour soutenir que la loi française est excessive. S'il est vrai qu'elle permet d'éviter les conflits d'intérêts dès lors qu'elle empêche un avocat de conseiller les parties opposées à un même litige sous deux statuts différents, l'interdiction d'avoir une clientèle propre est cependant disproportionnée en raison de sa généralité. En effet, elle empêche à l'avocat salarié d'exercer sa profession sous la forme libérale avec des clients qui n'ont aucun lien avec ceux qu'il assiste en tant qu'avocat salarié. Le dispositif restrictif pourrait donc être remplacé par une mesure moins attentatoire, comme la simple interdiction d'avoir une clientèle propre entretenant des relations avec les clients de son employeur.

Selon le demandeur, le fait que la restriction ne soit pas justifiée par l'objectif de prévention des conflits d'intérêts suffisait à la rendre illicite. Aucune autre justification d'intérêt général ne saurait être retenue pour sauver l'article 7 de la loi n° 71-1130, dès lors

⁶³⁷ Notamment : CJCE, 15 déc. 1995, *Bosman*, C-415/93, *Rec.* p. I-04921 ; 7 mars 1996, *Commission c/ France*, C-334/94, *Rec.* p. I-01307, §21.

⁶³⁸ CJCE, 16 juin 1994, *Steen*, C-132/93, *Rec.* p. I-02715.

⁶³⁹ L'entrave est caractérisée par le caractère dissuasif de la réglementation : CJUE, 12 juill. 2012, *Commission c/ Espagne*, C-269/09, §53 ; 16 avr. 2013, *Las*, C-202/11, §22. Voir, à propos des législations restreignant l'exercice concomitant d'une profession indépendante et salariée : CJCE, 7 juill. 1988, *Stanton*, 143/87, *Rec.* p. 3877.

⁶⁴⁰ CJUE, 2 déc. 2010, *Jakubowska*, C-225/09, *Rec.* p. I-12329.

⁶⁴¹ *Id.* §59.

que la Cour de Luxembourg a décidé dans l'arrêt *Jakubowska* « qu'il est loisible à l'État membre d'accueil d'imposer, aux avocats y inscrits et employés – que ce soit à temps plein ou à temps partiel – par un autre avocat, une association ou société d'avocats, ou une entreprise publique ou privée, des restrictions sur l'exercice concomitant de la profession d'avocat et dudit emploi, *pourvu que ces restrictions n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif de prévention de conflits d'intérêts* et s'appliquent à l'ensemble des avocats inscrits dans ledit État membre »⁶⁴². Encore plus clairement, elle y énonce : « il convient de considérer que ledit article 8 porte sur l'ensemble des règles que l'État membre d'accueil a instauré afin de prévenir les conflits d'intérêts ». L'examen de la compatibilité de la loi nationale avec la directive s'épuise donc dans la recherche d'un lien suffisant avec la prévention des conflits d'intérêts.

En réponse, la Cour de cassation refuse de renvoyer une question préjudicielle et écarte purement et simplement le moyen. Suivant la décision de la cour d'appel, elle considère que la solution retenue par l'arrêt *Jakubowska*, qui interdit les atteintes à la liberté d'établissement et à la libre prestation de service qui ne seraient pas justifiées par l'objectif de prévention des conflits d'intérêts, n'est applicable qu'aux législations qui restreignent « l'exercice concomitant de la profession d'avocat et d'un *autre* emploi ».

En ce qui concerne les restrictions à l'exercice d'un même emploi sous des formes différentes, tel que l'article 7 précité le prévoit, la Cour de cassation juge que leur validité s'apprécie au regard de tout objectif d'intérêt général et, donc, à travers un spectre plus large que la seule prévention des conflits d'intérêt. Or, l'interdiction consacrée par l'article 7 texte compte parmi les « restrictions inhérentes au salariat » et est alors compatible avec l'article 8 de la directive : « l'obligation d'exécuter de bonne foi le contrat de travail implique, par nature, une obligation de fidélité qui interdit à tout salarié d'exercer une activité concurrente pour son propre compte »⁶⁴³. L'atteinte est donc bien justifiée par l'intérêt général et apparaît parfaitement proportionnée.

Il faut observer qu'ici, la Cour refuse le renvoi en vertu d'une interprétation de l'arrêt *Jakubowska*. De fait, celui-ci ne mentionnait à aucun moment que la solution consacrée n'était applicable qu'aux réglementations relatives au cumul de professions différentes et non à celles relatives à l'exercice de la seule profession d'avocat sous des modalités différentes. La juridiction européenne fait généralement référence aux règles nationales régissant « la situation dans laquelle un avocat est, d'une part, inscrit au tableau de l'ordre des avocats et, d'autre part, employé par un autre avocat, par une association ou société d'avocats, ou par une entreprise publique ou privée », sans jamais spécifier à quel titre l'avocat inscrit au tableau de l'ordre occupe un emploi salarié. Jean-François Barbiéri considère en conséquence que « la lecture de l'arrêt « *Jakubowska* » qui ressort [de l'arrêt de la Cour de cassation] peut ne pas paraître vraiment fidèle, par omission (volontaire ?), à ce qu'exprimait la Cour de justice le 2 décembre 2010. Il semble bien, en effet, que celle-ci visait non pas seulement le cumul de deux activités professionnelles distinctes, mais le cumul de deux modes d'exercice de la profession d'avocat : l'exercice comme « employé » par un autre professionnel (ou par un cabinet d'avocats), et l'exercice indépendant de l'avocature, afin d'encadrer les éventuelles restrictions nationales à ce

⁶⁴² *Id.* §65 2°.

⁶⁴³ R. GUICHARD, « L'interdiction faite à l'avocat salarié d'avoir une clientèle personnelle est conforme au droit européen », *JCP G* 2013, 524.

cumul exercice indépendant – exercice salarié de la profession d’avocat en exigeant que ces restrictions soient d’application générale et limitées à l’objectif de prévention des conflits d’intérêts. Le pourvoi n’était donc peut-être pas dans l’erreur sur le sens à donner à l’interprétation prétorienne de l’article 8 de la directive... »⁶⁴⁴.

Il est vrai que dans le litige à l’origine de la décision *Jakubowska*, la législation italienne en cause interdisait l’exercice de la profession d’avocat aux fonctionnaires et ne concernait donc pas l’exercice de cette profession sous des statuts différents. C’est donc avec justesse que la Cour de cassation relève que l’article 7 de la loi n° 71-1130 est « d’une toute autre nature que celles dont la Cour de justice de l’Union européenne a eu à connaître ». Pourtant, il n’en résulte pas que la solution de la Cour de justice soit inapplicable aux législations relatives à l’exercice de la profession d’avocat sous des modalités différentes. Un doute sur ce point ne peut être levé par une analyse littérale de l’arrêt *Jakubowska* : sa formule générale semble bien indiquer un champ d’application très large, alors que le rapprochement avec la législation italienne en cause conduit à retenir un champ d’application restreint.

L’interprétation que la haute juridiction française en fait doit toutefois être approuvée car il serait parfaitement absurde de restreindre la protection de l’intérêt général à la prévention des conflits d’intérêts. Si les deux termes coïncident lorsqu’il s’agit de limiter l’exercice de professions différentes, l’intérêt général impose d’interdire aux salariés de faire concurrence à leurs employeurs. En outre, il convient de relever que la directive ne vise pas à l’harmonisation des règles professionnelles et déontologiques auxquelles les avocats en exercice sont soumis⁶⁴⁵.

L’interprétation restrictive de l’arrêt européen s’imposait donc, de sorte l’application du droit européen ne soulevait aucune difficulté sérieuse.

187. Malgré l’absence de texte ou d’arrêt fournissant une définition précise de la notion d’employeur au sein du règlement 44/2001/CE, la question de son application à une société mère s’immisçant dans la gestion de sa filiale ne soulève aucune difficulté sérieuse qui justifierait son renvoi à la Cour de justice. Cette décision pourra être avantageusement rapprochée de deux arrêts de la chambre sociale statuant sur la même question à quatre années d’intervalle⁶⁴⁶. Dans ces deux affaires, il a été jugé qu’aucune difficulté sérieuse n’était soulevée par le point de savoir si les salariés d’une société pouvaient se prévaloir de l’article 19 du règlement n° 44/2001/CE à l’encontre d’une société tierce, avec laquelle ils n’avaient conclu aucun contrat de travail, mais appartenant au même groupe que la société employeur, dont « les intérêts, les

⁶⁴⁴ J.-F. BARBIÈRI, « SCM d’avocats hébergeant gracieusement un confrère « sous-traitant » : collaboration ou salariat ? », *Joly sociétés* 2013. 493, n° 6.

⁶⁴⁵ « 2. [...] ladite directive a pour objectif l’intégration de l’avocat dans la profession de l’État membre d’accueil et ne vise ni à modifier les règles professionnelles applicables dans celui-ci ni à soustraire cet avocat à l’application de ces règles ; [...] 8. considérant qu’il convient de soumettre les avocats visés par la présente directive à l’obligation de s’inscrire auprès de l’autorité compétente de l’État membre d’accueil afin que celle-ci puisse s’assurer qu’ils respectent les règles professionnelles et déontologiques de l’État membre d’accueil ». (Préambule de la directive n° 98/5/CE).

« Indépendamment des règles professionnelles et déontologiques auxquelles il est soumis dans son État membre d’origine, l’avocat exerçant sous son titre professionnel d’origine est soumis aux mêmes règles professionnelles et déontologiques que les avocats exerçant sous le titre professionnel approprié de l’État membre d’accueil pour toutes les activités qu’il exerce sur le territoire de celui-ci. » (Art. 6 de la directive).

⁶⁴⁶ Cass., soc., 19 juin 2007, n° 05-42.551, *Bull. civ.*, V, n° 109 ; 30 nov. 2011, n° 10-22.964, *id.* n° 284.

activités et la direction étaient confondus » avec les siens. L'article 19 précité disposant que « un employeur ayant son domicile sur le territoire d'un État membre peut être attrait [...] devant le tribunal du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail », la question était donc de savoir comment devait se comprendre le terme « employeur ».

La Cour de cassation a jugé que cette disposition était claire car, « selon l'interprétation faite par la Cour de justice des Communautés européennes des dispositions de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, qui est transposable pour l'application de l'article 19 du règlement n° 44/2001/CE, l'employeur est défini comme la personne pour le compte de laquelle le travailleur accomplit pendant un certain temps, en sa faveur et sous sa direction, des prestations en contrepartie desquelles elle verse une rémunération ». Les sociétés dont la responsabilité était recherchée en l'espèce devaient donc être qualifiées d'employeur au sens de l'article 19, et l'action à leur encontre relevait bien de la compétence des juridictions françaises dès lors que les contrats de travail litigieux étaient exécutés en France. Cette motivation appelle des observations sur deux points importants.

En premier lieu, la Cour de justice ne s'était encore jamais prononcée sur la délimitation du concept d'employeur dans le cadre de la Convention de Bruxelles. Si elle avait pu soutenir que la notion d'emploi salarié devait s'entendre de manière autonome pour ce qui concerne l'application de l'article 45 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne⁶⁴⁷, aucune décision de ce type n'existe pour l'application de la Convention⁶⁴⁸. Au contraire, la juridiction européenne a refusé de dégager une règle d'interprétation unique pour les concepts ambigus de ce texte et a jugé qu'« aucune de ces deux options [définition des termes par référence au droit national ou de façon autonome] ne s'impose à l'exclusion de l'autre, le choix approprié ne pouvant être dégagé qu'à propos de chacune des dispositions de la Convention »⁶⁴⁹. De sorte qu'un raisonnement par analogie ne saurait conduire à la transposition de la jurisprudence portant sur le traité à l'espèce dès lors que « à la différence de ce qui prévaut, par exemple pour la notion de travailleur en matière de libre circulation, on peut en effet se demander si la notion d'employeur est bien consubstantielle aux règles gouvernant le règlement des conflits de juridictions en matière de relations de travail »⁶⁵⁰.

Par conséquent, lorsque la Cour de cassation se réfère à la jurisprudence

⁶⁴⁷ Ancien art. 48 TCEE. Voir notamment : CJCE, 23 mars 1982, *Levin*, 53/81, *Rec.* p. 1035, §9 à 11.

⁶⁴⁸ « Il faut pourtant reconnaître que l'on peine à trouver dans la jurisprudence européenne un arrêt définissant la notion d'employeur au regard de la question de la compétence des tribunaux. » (F. MÉLIN, « Compétence internationale des tribunaux français et coemployeurs », *Lettre d'actualité des Procédures collectives civiles et commerciales* n° 2, févr. 2012, repère 19). Voir aussi : F. JAULT-SESEKE, « Délocalisation d'activité et détermination de l'employeur dans un groupe de sociétés », *RDT* 2007. 543 ; G. DEDESSUS-LE-MOUSTIER, « Qualification de coemployeur et application des règles de compétence juridictionnelle prévues par le règlement « Bruxelles I » », *JCP G* 2012. 110. Des arrêts existent bien qui énoncent que « lorsqu'il s'agit d'un contrat de travail, il convient de déterminer le lieu d'exécution de l'obligation pertinente, aux fins de l'application de l'article 5, point 1, de la convention, non pas par référence à la loi nationale applicable selon les règles de conflit de la juridiction saisie, mais, au contraire, sur la base de critères uniformes qu'il incombe à la Cour de définir en se fondant sur le système et les objectifs de la convention » (CJCE, 13 juill. 1993, *Mulox IBC*, C-125/92, *Rec.* p. I-04075, §16 ; voir aussi : 10 avril 2003, *Giulia Pugliese*, C-437/00, *id.* p. I-03573, §16). Ils ne se prononcent toutefois pas sur la compréhension du terme « employeur ».

⁶⁴⁹ CJCE, 6 oct. 1976, *Industrie Tessili Italiana c/Dunlop AG*, 12/76, *id.* p. 01473, §10 et 11.

⁶⁵⁰ *Revue de jurisprudence sociale* 2007, n° 1105.

européenne relative à la Convention, elle se réfère plutôt à l'esprit de celle-ci, prise dans sa globalité, qu'à un ou plusieurs arrêts précisément identifiés qui fourniraient une réponse toute faite à la question et n'auraient qu'à être appliqués⁶⁵¹. À cet égard, il est symptomatique qu'aucune décision de la Cour de justice ne soit mentionnée précisément par la Cour de cassation.

Il est vrai que, considérée dans son ensemble, la jurisprudence de l'Union fait de la définition autonome le principe et de la définition par référence à la législation nationale l'exception⁶⁵². La solution retenue par la Cour de cassation se justifie donc parfaitement. Ce, d'autant que renvoyer au droit national pour appliquer l'article 19 du règlement « compromettrait l'application uniforme des règles de compétence et irait à l'encontre de l'objectif de protection des parties faibles qui sous-tend ces règles, dès lors que certains systèmes juridiques retiennent une conception restrictive du contrat de travail »⁶⁵³.

L'on voit bien ici que les juridictions nationales peuvent conclure à l'absence de difficulté sérieuse et au caractère manifeste de l'application du droit européen au terme d'une innovation⁶⁵⁴, dès lors que cette innovation ne les conduit pas à prendre une décision discutable.

En second lieu, même une fois admis qu'il y a lieu de rechercher une définition de la notion d'employeur indépendante du droit national, il faut bien constater qu'il n'existe aucune décision de la Cour de justice qui fournisse une définition suffisamment précise pour être utile en l'espèce. En effet, s'il est établi que l'employeur est « la personne pour le compte de laquelle le travailleur accomplit pendant un certain temps, en sa faveur et sous sa direction, des prestations en contrepartie desquelles elle verse une rémunération », aucune précision n'est fournie quant aux éléments qui constituent le pouvoir de direction. Certes, le travailleur semble bien placé sous la direction de l'entreprise qui lui adresse directement et individuellement des ordres et instructions et qui exerce personnellement le pouvoir disciplinaire. Toutefois, tel n'était pas le cas ici car, au moins dans l'arrêt du 30 novembre 2011, l'entreprise mise en cause n'exerçait qu'un pouvoir *indirect* sur l'ensemble des salariés, *via* le contrôle et la supervision des dirigeants de sa filiale⁶⁵⁵. Or, au regard de

⁶⁵¹ « Le renvoi fait par la Chambre sociale aux arrêts de la Cour de Luxembourg est donc sans doute un peu rapide, mais il ne nous paraît pas en trahir l'esprit. » (F. JAULT-SESEKE, « Délocalisation d'activité et détermination de l'employeur dans un groupe de sociétés », *RDT* 2007. 543, précité). Voir aussi : G. DEDESSUS-LE-MOUSTIER, « Qualification de coemployeur et application des règles de compétence juridictionnelle prévues par le règlement « Bruxelles I » », *JCP G* 2012. 110, précité.

⁶⁵² « Il ressort d'une jurisprudence constante que la Cour se prononce, dans la mesure du possible, en faveur d'une interprétation autonome des termes employés par la convention, de façon à assurer à celle-ci sa pleine efficacité dans la perspective des objectifs de l'article 220 du traité CEE, en exécution duquel la convention a été établie. » (CJCE, 13 juill. 1993, *Mulox IBC*, C-125/92, *Rec.* p. I-04075, §10, précité) ; F. JAULT-SESEKE, « Délocalisation d'activité et détermination de l'employeur dans un groupe de sociétés », *RDT* 2007. 543, précité ; D. ALEXANDRE et A. HUET, « Compétence, reconnaissance et exécution (Matières civile et commerciale) », *Répertoire de droit européen*, n° 14 ; M. AUDIT, « L'interprétation autonome du droit international privé communautaire », *JDI* 2004. 789.

⁶⁵³ F. JAULT-SESEKE, « Délocalisation d'activité et détermination de l'employeur dans un groupe de sociétés », *RDT* 2007. 543, précité. Rapp. : CJCE, 13 juill. 1993, *Mulox IBC*, C-125/92, *Rec.* p. I-04075, §11, précité.

⁶⁵⁴ Le terme a pu être employé pour qualifier l'arrêt étudié : P. COURSIER, « La dualité d'employeurs permet d'élargir la compétence internationale », *JCP S* 2007. 1618.

⁶⁵⁵ P. MORVAN, « Coemploi dans les groupes », *JCP S* 2012. 1052. Précisons que cet élément n'est pas certain en ce qui concerne l'arrêt du 19 juin 2007, où il est juste précisé que « la salariée avait accompli

la seule définition donnée par la Cour de justice de l'employeur, cette dernière « pourrait exiger que soit démontrée l'existence d'un rapport de subordination *individuel* de chacun des salariés de la société filiale à l'égard de la société mère »⁶⁵⁶.

Aucun des arrêts de la Cour de justice que la doctrine a pu utiliser pour éprouver la solution de la chambre sociale ne sont véritablement pertinents. Ainsi, l'arrêt *Giulia Pugliese*⁶⁵⁷ ne saurait conforter la position de la Cour de cassation⁶⁵⁸ dès lors que la Cour de justice y a simplement jugé que le lieu d'exécution d'un contrat de travail suspendu pour en conclure un second avec un autre employeur peut être le lieu d'exécution de ce second contrat, lorsque le premier employeur avait un intérêt à la conclusion du second contrat et a accepté en conséquence la suspension du premier⁶⁵⁹. De même, l'arrêt *Albron Catering*⁶⁶⁰ ne saurait justifier à lui seul la position de la chambre sociale⁶⁶¹. Enfin, l'arrêt *Akavan*⁶⁶² ne peut pas non plus être regardé comme s'opposant à la décision française⁶⁶³.

son travail sous la direction et au profit des sociétés Aspocomp et Aspocomp Group OYJ ». Notre analyse portera donc principalement sur le second arrêt rendu par la chambre sociale.

⁶⁵⁶ A. DEVERS, « Compétence internationale du juge français en présence de coemployeurs », *Droit social* 2012. 140.

⁶⁵⁷ CJCE, 10 avr. 2003, *Giulia Pugliese*, C-437/00, *Rec.* p. I-03573.

⁶⁵⁸ S'y référant pourtant à cette fin : F. JAULT-SESEKE, « Délocalisation d'activité et détermination de l'employeur dans un groupe de sociétés », *RDT* 2007. 543, précité.

⁶⁵⁹ §23 et 24. Il ne s'agissait pas ici d'imposer au premier employeur des obligations qui seraient tirées du second contrat de travail, mais de déterminer quelle est la juridiction compétente pour connaître de la violation des obligations liées au premier contrat que les parties avaient entendu maintenir malgré sa suspension. Il s'agissait donc uniquement de déterminer quelle juridiction est compétente pour statuer sur ces obligations subsistantes.

⁶⁶⁰ CJUE, 21 oct. 2010, *Albron Catering*, C-242/09, *Rec.* p. I-10309.

⁶⁶¹ Rapprochant les deux : G. LOISEAU, « Le co-emploi, nouveau virus des groupes de sociétés ? », *Bull. Joly Société* 1^{er} févr. 2012, n° 2, p. 168. Il est vrai que le rapprochement est séduisant car la Cour de justice y consacre l'existence d'un « employeur non contractuel » et juge que, lorsque des salariés ont signé un contrat de travail avec une entreprise d'un groupe mais sont affectés à une autre entreprise du même groupe, puis transférés à une entreprise extérieure, l'entreprise auprès de laquelle ils étaient affectés peut être qualifiée de « cédant », au sens de l'article 2 de la directive 2001/23, même si elle n'a pas signé le contrat de travail (§20 et 22). Cependant, la Cour prend soin de préciser que si l'entreprise en cause supporte les obligations que la directive fait peser sur l'employeur, c'est en raison du « libellé même de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/23, [dont il résulte que] la protection conférée par cette directive aux travailleurs en cas de changement de chef d'entreprise concerne les droits et les obligations qui résultent pour le cédant de l'existence, à la date du transfert d'entreprise, d'un contrat de travail ou d'une relation de travail, étant entendu que l'existence ou non d'un contrat ou d'une relation de travail doit, selon l'article 2, paragraphe 2, de cette directive, être appréciée en fonction du droit national. L'exigence, en vertu de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/23, soit d'un contrat de travail, soit, de manière alternative et donc équivalente, d'une relation de travail, à la date du transfert, conduit à considérer que, dans l'esprit du législateur de l'Union, un lien contractuel avec le cédant n'est pas, en toutes circonstances, requis pour que les travailleurs puissent bénéficier de la protection conférée par la directive 2001/23 » (§23 et 24). Ainsi, la notion d'employeur non contractuel résulte de l'économie générale de cet acte. La décision de la Cour de justice est donc nécessairement limitée au champ d'application de la directive.

⁶⁶² CJUE, 10 sept. 2009, *Akavan*, C-44/08, *Rec.* p. I-08163.

⁶⁶³ Procédant à une telle opposition : A. DEVERS, « Compétence internationale du juge français en présence de coemployeurs », *Droit social* 2012. 140, précité. Certes, la Cour de justice décide qu'« une entreprise qui contrôle l'employeur, même si elle peut prendre des décisions contraignantes à l'égard de ce dernier, n'a pas la qualité d'employeur » (§58) et, que « indépendamment du fait que des licenciements collectifs sont envisagés ou projetés à la suite d'une décision de l'entreprise qui emploie les travailleurs concernés ou d'une décision de sa société mère, c'est toujours la première qui est obligée, en tant qu'employeur, d'engager les consultations avec les représentants de ses travailleurs » (§62).

Compte tenu de cet état lacunaire de la jurisprudence européenne, Patrick Morvan a pu écrire : « la Cour de cassation rend donc un hommage virtuel à la jurisprudence européenne [...]. Cette figure rhétorique (dite de l'« obscure lumière ») ne laisse pas d'étonner »⁶⁶⁴. Nous pensons néanmoins que le renvoi n'était pas nécessaire car la solution adoptée par la haute juridiction française s'imposait, nonobstant l'absence de fondement textuel clair et précis. En effet, que l'on envisage l'objectif de lutte contre les fraudes aux droits des salariés et le principe de protection de la partie la plus faible et le *sens qui doit être donné* à l'article 19 du règlement apparaît très nettement⁶⁶⁵. Définir l'employeur strictement, comme celui qui exerce un pouvoir direct et immédiat sur les salariés laisserait aux entreprises une marge absolument considérable pour contourner leurs obligations sociales, en créant des sociétés écrans *ad hoc*. L'ensemble des droits et obligations que l'employeur supporte en contrepartie du gain qu'il tire de la prestation de travail pourrait alors être privé d'effet et les droits accordés aux salariés être vidés de toute substance⁶⁶⁶.

188. Malgré l'absence de texte ou d'arrêt consacrant l'existence d'un domaine public mobilier et délimitant précisément son étendue, la détermination de la domanialité d'une esquisse se trouvant dans un musée ne soulève aucune difficulté sérieuse qui justifierait le renvoi d'une question préjudicielle au juge administratif. C'est en vain que l'on rechercherait un texte qui consacrerait l'existence d'un domaine public mobilier sur lequel la Cour de cassation aurait pu se fonder pour juger, dans un arrêt du 2 avril 1963, que la question de la domanialité d'une esquisse de Seurat ne soulevait aucune difficulté sérieuse⁶⁶⁷.

D'abord, force est de constater que les dispositions législatives qui traitaient alors du domaine public n'en donnaient encore aucune définition précise ; elles consistaient simplement en une énumération de biens y appartenant⁶⁶⁸. Quant à la jurisprudence administrative, elle ne s'était encore jamais explicitement prononcée sur la possible appartenance de biens meubles au domaine public. Or, la délimitation et la définition de ce domaine relève de la compétence générale des juridictions administratives depuis 1946⁶⁶⁹. Le Conseil d'État n'avait alors retenu la domanialité qu'à l'égard de meubles constituant les dépendances d'un ouvrage public, donc immeubles par destination⁶⁷⁰. Il

Cependant, cet arrêt n'exclut pas généralement la théorie du coemploi ; il indique uniquement que l'appartenance à un groupe et l'existence d'un contrôle exercé par une société mère sur ses filiales ne suffit pas à lui conférer la qualité d'employeur vis-à-vis des salariés des secondes.

⁶⁶⁴ P. MORVAN, « Coemploi dans les groupes », *JCP S* 2012. 1052, précité

⁶⁶⁵ Sans que cela doive être tenu pour un prérequis indispensable à la référence à ces principes, il peut être relevé que la protection de la partie la plus faible constitue la finalité des règles spéciales énoncées dans le règlement en matière de contrat de travail (préambule du règlement, §13).

⁶⁶⁶ Dans ce sens : F. MÉLIN, « Compétence internationale des tribunaux français et co-employeurs », *Lettre d'actualité des Procédures collectives civiles et commerciales* n° 2, févr. 2012, repère 19, précité ; F. JAULT-SESEKE, « Délocalisation d'activité et détermination de l'employeur dans un groupe de sociétés », *RDT* 2007. 543, précité ; G. LOISEAU, « Le co-emploi, nouveau virus des groupes de sociétés ? », *Bull. Joly Société* 1^{er} févr. 2012, n° 2, p. 168, précité.

⁶⁶⁷ Cass., civ. 1^{ère}, 2 avr. 1963, *Bull. civ.*, I, n° 203.

⁶⁶⁸ Art. 538 à 541 C. civ.

⁶⁶⁹ Cass., soc. 21 nov. 1946, *D.* 1947. I. 89.

⁶⁷⁰ Sur la domanialité des grues d'un port de commerce : CE, 25 avr. 1934, *Cie havraise péninsulaire, Lebon* 480 ; 1^{er} mars 1935, *Ministre des travaux publics, Lebon* 274. Sur ces arrêts voir : F. HERVOUËT, « Contravention de grande voirie – Champ d'application. Avaries à une drague et ses accessoires. Installations du port (non). Contravention de grande voirie (non) », *JCP G* 1988. II. 21011. Sur la

avait également exclu la domanialité de certains meubles, sans pour autant lier cette exclusion à la nature mobilière du bien⁶⁷¹. Si certaines décisions avaient pu être lues comme la consécration d'un domaine public mobilier, elles se fondaient pourtant sur des lois spéciales instaurant un régime de protection exorbitant du droit commun à l'égard de certains meubles⁶⁷². De même, si plusieurs arrêts avaient retenu une domanialité de l'eau, ils se fondaient sur des dispositions spéciales et n'apportaient donc rien pour la compréhension du concept de domaine public⁶⁷³. C'est donc à tort que divers auteurs ont affirmé que la jurisprudence administrative avait déjà admis l'existence d'un domaine public mobilier en tant que tel⁶⁷⁴ ; il est d'ailleurs symptomatique qu'ils ne citent aucune décision pour étayer leur affirmation.

domanialité de l'eau se trouvant « dans [un] lavoir pour y servir aux fins auxquelles correspond cet ouvrage » ou de l'eau captée par les ouvrages assurant l'alimentation en eau de la population d'une commune : CE, 13 févr. 1953, *Susini, Lebon* 67 ; 16 nov. 1962, *Ville de Grenoble, Lebon* 611. Précisons que la définition de l'eau comme un bien meuble n'est pas toujours acquise. À cet égard, le caractère mobilier de l'eau dans l'affaire *Susini* ne semble pas poser de problème. En effet, il s'agit d'une eau jaillissante dont le débit est trop faible pour constituer un cours d'eau. Or, ces eaux font l'objet d'un droit de propriété (F. TERRÉ, P. SIMLER, *Droit civil – Les biens*, Dalloz, Précis, 8^e édition, 2010, n^{os} 222 à 225) et échappent donc à la qualification de *res commune* prévue à l'article 714 du Code civil : elles constituent donc un bien qui, en application de l'article 516, est soit meuble soit immeuble. Dans l'affaire *Susini*, elle serait d'abord un immeuble par destination appartenant au domaine public, pour devenir un meuble appartenant au domaine privé lorsqu'elle quitte le lavoir. Dans l'affaire *Ville de Grenoble*, l'eau devrait en revanche être regardée comme une *res commune* : les eaux stagnantes sous forme de lac alimenté par un cours d'eau ne sont pas susceptibles d'appropriation (*id.*, n^{os} 225 à 239). Sur la qualification des différentes eaux au regard de l'article 714, voir : M.-L. MATHIEU, *Droit civil – Les biens*, Sirey, 3^e éd., 2013, n^o 18.

⁶⁷¹ CE, 3 févr. 1954, *Fédération nationale des moyens de transports, Lebon* 72 ; CE 12 févr. 1954, *Simon, Lebon* 97 ; 6 oct. 1954, *Dame Gay, Lebon* T. 793 ; 4 nov. 1955, *Sté transatlantique aérienne, Lebon* T. 704 ; 23 mars 1960, *Sté Spiesshofer et Braun, Lebon* 215. Sur l'appartenance de l'eau au domaine privé lorsqu'elle n'est pas située dans un ouvrage du domaine public et n'est plus affecté à l'usage du public, voir les arrêts cités à la note précédente.

⁶⁷² Ainsi, les arrêts ayant refusé de qualifier d'infraction de grande voirie le dommage subi par un bateau dragueur et pompeur (CE, 7 mai 1880, *Min. Travaux publics c. Meikle, Lebon* 448 ; 6^e et 2^e srr., 24 oct. 1986, *Sté Jan Kooren*, n^o 67312, *Lebon* T. 525 - 642) ont pu être regardés comme excluant du domaine public les meubles (F. HERVOUËT, « Contravention de grande voirie – Champ d'application. Avaries à une drague et ses accessoires. Installations du port (non). Contravention de grande voirie (non) », *JCP G* 1988. II. 21011). Rien ne sous-tend pourtant cette analyse dès lors que si les biens protégés par les textes relatifs aux contraventions de voirie appartiennent nécessairement au domaine public, tous les biens du domaine public ne sont pas protégés par ces textes (M. LEROUX, « Contraventions de voirie », *JurisClasseur administratif*, fasc. 1170, n^o 23 ; M. WALINE, note sous *Nîmes*, 4 déc. 1944, *D.* 1946, juris. 28).

De même, un arrêt ayant décidé que les meubles garnissant une église ne pouvaient être cédés (CE, 17 févr. 1932, *Commune de Barran, D.* 1933. 3. 49) a été analysé comme consacrant l'existence d'un domaine public mobilier (R. CAPITANT, note sous l'arrêt, *D.* 1933. 3. 49) alors même que l'inaliénabilité résultait de l'application de la loi du 2 janvier 1907. Un tel fondement interdit d'en généraliser la portée (J.-G. SORBARA, « Le domaine public mobilier au regard du CGPPP », *AJDA* 2007. 619 ; F. HOURQUEBIE, « Le domaine public mobilier », *RD publ.* 2005. 635 ; G. BACHELIER, concl. CE, 8^e et 3^e srr., 28 mai 2004, n^o 241304, *Aéroports de Paris, Bulletin juridique des collectivités locales* 2004 (n^o 9), p. 631). La position de René Capitant est d'autant plus surprenante qu'il souligne d'emblée dans sa note que l'arrêt est « appuyé tout entier sur la loi de 1907 et semble ne valoir que dans le champ d'application de cette loi ».

⁶⁷³ CE, ordonnance, 23 oct. 1835, *Delorme, Lebon* 578 ; sect., 1^{er} juin 1849, *Pommier, Lebon* 277 ; 21 avr. 1930, *Sté agricole industrielle du Sud-Algérien, RD publ.* 1931, p. 763.

⁶⁷⁴ P. SANDEVOIR, « La notion d'aménagement spécial dans la détermination du domaine public », *AJDA* 1966. 84 ; F. HOURQUEBIE, « Le domaine public mobilier », *RD publ.* 2005. 635, précité ; P. YOLKA, « Domaine public mobilier », *JurisClasseur propriétés publiques*, fasc. 45, n^o 15 s.

Faute de trouver une réponse portant spécifiquement sur ce point, la certitude pourrait encore naître de l'application de décisions plus générales, qui fourniraient les critères qui permettent d'intégrer tout bien dans le domaine public. Mais là encore, aucune décision de ce type n'existe. Certes, le juge administratif avait déjà énoncé que la domanialité impliquait l'affectation du bien à l'usage du public ou au service public et un aménagement spécial à cette fin. Mais ces deux critères ne sont opérants qu'à l'égard des immeubles⁶⁷⁵ et ne pouvaient aucunement guider la Cour de cassation dans l'affaire dont elle avait à connaître. En outre, la jurisprudence administrative consacrant ces critères demeurait « incertaine »⁶⁷⁶ en ce qui concernait l'aménagement spécial : si celui-ci était toujours exigé pour les biens affectés à un service public⁶⁷⁷, certains arrêts avaient retenu la domanialité des biens affectés à l'usage du public sans rechercher s'ils avaient fait l'objet d'un aménagement quelconque⁶⁷⁸ alors que d'autres avaient pris soin de relever son existence⁶⁷⁹.

Quant à la jurisprudence judiciaire, elle était divisée et aucun critère univoque ne s'en dégageait alors⁶⁸⁰.

⁶⁷⁵ Sur l'inadéquation du critère d'aménagement spécial : P. YOLKA, « Domaine public mobilier », *JurisClasseur propriétés publiques*, fasc. 45, n° 36, précité ; note sous l'arrêt commenté, in C. CHAMARD-HEIM, F. MELLERAY, R. NOGUELLOU, P. YOLKA, *Les Grandes décisions de droit administratif des biens*, Dalloz, 2013, n° 13, p. 327 ; D. ARTUS, « Les œuvres d'art et l'inaliénabilité du domaine public mobilier », *LPA* 1994, n° 153, p. 8 ; F. HOURQUEBIE, « Le domaine public mobilier », *RD publ.* 2005. 635, précité ; J. DUFAU, note sous l'arrêt commenté, *AJDA* 1963. 487 ; J.-G. SORBARA, « Le domaine public mobilier au regard du CGPPP », *AJDA* 2007. 619, précité.

Sur l'inadéquation du critère d'affectation des œuvres d'art au service public de la culture ou à l'usage direct du public : références précédentes et C. LAVIALLE, « Remarques sur la définition législative du domaine public », *RFDA* 2008. 491.

⁶⁷⁶ F. MELLERAY, note sous CE, 11 mai 1959, *Dauphin*, in C. CHAMARD-HEIM, F. MELLERAY, N. NOGUELLOU et P. YOLKA, *Les Grandes décisions de droit administratif des biens*, Dalloz, 2013, p. 60, n° 9. Voir aussi : M. GROS, « L'affectation, critère central de la domanialité publique », *RD publ.* 1992. 749, spécialement pp. 772 à 775 ; P. SANDEVOIR, « La notion d'aménagement spécial dans la détermination du domaine public », *AJDA* 1966. 84, précité, spéc. 98.

⁶⁷⁷ CE, sect., 19 oct. 1957, *Sté Le Béton*, *Lebon* 375 ; 11 mai 1959, *Dauphin*, n° 9229, *id.* 294 ; 13 juill. 1961, *Ville de Toulouse*, *id.* 513.

⁶⁷⁸ CE, sect., 28 juin 1935, *Mougamadousadagnetoullah*, *Lebon* 734 ; Cass., civ., 7 nov. 1950, *Administration des chemins de fer algérien*, *Bull. civ.* n° 217.

⁶⁷⁹ CE, ass., 22 avr. 1960, *Berthier*, *Lebon* 264 ; sect., 13 juill. 1961, *Lauriau et Compagnie fermière du casino municipal de Constantine*, *id.* p. 486 et 487 ; Sur la réception doctrinale de ces décisions : E. FATÔME, « La consistance du domaine public immobilier : évolution et questions ? », *AJDA* 2006. 1087 et les références citées.

⁶⁸⁰ Des décisions fondaient la domanialité sur le rattachement du meuble à un immeuble appartenant au domaine public : TGI Rouen, 3^e ch., 13 nov. 1961, *Gaz. Pal.* 1962. 1. 99 ; T. civ. Gap, 30 oct. 1895, *Amat*, *D.* 1897. 2. 54 ; T. civ. Mâcon, 18 juin 1890, *Bonnin*. D'autres sont fondées sur la nature des meubles artistiques et historiques : Nancy, 16 mai 1896, *Dufresne*, *D.* 1896. II. 411 ; T. civ. Epernay, 1^{er} juin 1877, *Cordelat*, *D.* 1880. II. 100. D'autres sur l'affectation du bien : Dijon, 3 mars 1886, *de Vesvrotte*, *D.* 1887. II. 254 ; Lyon, 10 juill. 1894, *Bonnin*, *D.* 1897. I. 257 ; C. d'ass. de la Creuse, 29 avr. 1910, *D.* 1913. II. 182. D'autres sur ces deux derniers critères : T. civ. Lyon, 25 janv. 1899, *D.* 1899. II. 230 ; T. Lyon, 20 févr. 1897, *Verna*, *Répertoire périodique de l'enregistrement* 1897. 631, art. 9079 ; T. civ. de la Seine, 22 juin 1877 *Récappé* ; Paris, 12 juill. 1879, *D.* 1880. II. 101. Une décision retenait enfin tous ces critères de façon alternative, en ajoutant au critère de l'affectation à un service public la condition que le bien soit indispensable à sa réalisation : Nîmes, 4 déc. 1944, *Brun*, *D.* 1946, juris. 28. D'autres jugements n'avancent pas de critères précis et affirment purement et simplement la domanialité : Paris, 3 janv. 1846, *Naudet*, *D.* 1846. II. 212 ; T. civ. de la Seine, 15 janv. 1890, *Journal de l'enregistrement et des domaines* 1890, p. 250, art. 23,364. D'autres décisions sont susceptibles de diverses interprétations : Lyon, 19 déc. 1873, *Brame*, *D.* 1876. II. 90, qui peut être lu comme retenant la domanialité du meuble ou non (F. REYMOND, « Le domaine public mobilier », *RD publ.* 1960. 54) ;

L'arrêt du 2 avril 1963 est donc parfaitement novateur et, pour cette raison, a été fortement critiqué par Christian Lavalie, selon qui : « le Conseil d'État alors n'avait pas reconnu [la domanialité des meubles] et [...] il retarda même d'une vingtaine d'années son revirement, c'est dire qu'il y avait vraiment une difficulté sérieuse et qu'en la tranchant le juge judiciaire est allé au-delà de sa compétence »⁶⁸¹. Alors qu'elle n'a qu'une « compétence d'enregistrement »⁶⁸², la Cour de cassation « ne se contente [...] pas de déterminer, en l'espèce la domanialité publique d'un tableau, elle définit de nouvelles règles [...] Le juge judiciaire affirme sa compétence mais au fond il modifie l'état du droit »⁶⁸³. Pour cause, la « clarté [de la domanialité de l'esquisse de Seurat] résulte non de la jurisprudence antérieure mais de la règle posée par la Cour elle-même dans le litige en cours »⁶⁸⁴. L'affirmation de l'absence de difficulté sérieuse n'est donc qu'une « clause de style, un effet d'annonce »⁶⁸⁵ servant de prétexte à un excès de pouvoir.

Nous pensons cependant que, si la Cour de cassation fait bien œuvre créatrice, sa décision ne modifie pas véritablement l'état du droit. Certes, la règle qu'elle énonce et sur laquelle elle fonde son appréciation n'avait été consacrée expressément par aucun texte ni aucune décision. Elle ne correspond pas non plus à la concrétisation d'un texte ou d'une jurisprudence plus générale, dont elle ne constituerait qu'une application ponctuelle et particulière. Pour cause, seule une identité de nature implique logiquement une identité de régime, de sorte que faute d'identité entre les meubles et les immeubles, la jurisprudence administrative n'était pas transposable *mutatis mutandis* à l'espèce : sa transposition à l'esquisse de Seurat ne saurait être le résultat d'une opération simple de logique déontique pure mais suppose une analyse critique. Ainsi la règle qui fonde la domanialité n'avait encore été ni précisément, ni généralement consacrée.

Pourtant, la solution retenue par la Cour de cassation n'en demeurerait pas moins nécessaire et indiscutable dès lors que le concept de domaine public était parfaitement admis et consacré par la jurisprudence administrative. Il était établi que certains biens appartenant à une personne publique doivent se voir appliquer un régime protecteur en raison de leur utilité sociale particulière⁶⁸⁶. À cet égard, l'arrêt Dauphin du Conseil d'État⁶⁸⁷ consacre bien la domanialité des biens qui constituent l'objet même d'un service public⁶⁸⁸

Cass., req., 17 juin 1896, S. 1896. I. 408, qui peut être lu comme retenant la domanialité en raison de la nature du bien (S. DUROY, « Considérations sur une appartenance exclusive au domaine public mobilier », *RFDA* 2007. 1155) ou de son rattachement à un immeuble (note L. GUÉNÉE, *D.* 1897. I. 257 ; J. DUFAU, note sous l'arrêt commenté, *AJDA* 1963. II. 487, précité ; J.-G. SORBARA, « Le domaine public mobilier au regard du CGPPP », *AJDA* 2007. 619, précité ; D. ARTUS, « Les oeuvres d'art et l'inaliénabilité du domaine public mobilier », *LPA* 1994, n° 153, p. 8 ; F. HOURQUEBIE, « Le domaine public mobilier », *RD publ.* 2005. 635, précité).

⁶⁸¹ C. LAVIALLE, « Atypie et auteur de la décision. Sur un grand arrêt domanial de la Cour de cassation », in M. HECQUARD-THÉRON (dir.), *Les décisions juridictionnelles atypiques*, PU Toulouse I, 2006, p. 28.

⁶⁸² *Id.* p. 26.

⁶⁸³ *Id.* p. 28.

⁶⁸⁴ *Ibid.*

⁶⁸⁵ *Id.* p. 25.

⁶⁸⁶ P. SANDEVOIR, « La notion d'aménagement spécial dans la détermination du domaine public », *AJDA* 1966. 84, spéc. p. 99 à 102, précité.

⁶⁸⁷ CE, 11 mai 1959, *Dauphin*, n° 9229, *Lebon* 294.

⁶⁸⁸ Le Conseil d'État y énonce que l'allée des Alsycamps « est affectée à un service public de caractère culturel et touristique », mais il s'agit là d'une formulation trompeuse dès lors que cette allée est un « site classé à la fois comme monument historique et comme site artistique » et que le service public en cause tend principalement à « assurer sa protection ». Sur ce point, les débats de la Commission de

et ouvre donc la voie à l'arrêt du 2 avril 1963⁶⁸⁹. Ainsi, si la jurisprudence administrative n'avait jamais eu l'occasion d'appliquer ce statut à un bien tel que celui en cause, ni de dégager des critères permettant de le faire, rien ne s'y opposait et, au contraire, *tout y commandait*⁶⁹⁰. Les remarquables explications du commissaire du gouvernement Latournerie le démontrent très bien : « la protection des objets mobiliers est, dans de nombreux cas, beaucoup plus nécessaire et urgente pour les objets mobiliers que pour les objets immobiliers. Il est, quoiqu'en ait dit le Président De Harlay, difficile de voler les tours de Notre-Dame ; il est beaucoup plus facile, dans tel musée de province où le gardien sans enthousiasme savoure un loisir somnolent, de distraire une petite statue et de la mettre dans sa poche. On a pu subrepticement faire disparaître du musée de Nevers la Nativité du Maître de Moulins, ce primitif incomparable, qui tenait dans quelques centimètres carrés. N'est-ce pas le type des objets qui mérite une protection ? »⁶⁹¹ Y aurait-il un sens à juger que le bâtiment abritant des œuvres d'art relève du domaine public alors que les ouvrages le composant y échapperaient⁶⁹² ? Sur ce point, il peut être relevé que la Cour de cassation a finalement été suivie par les juridictions administratives lorsqu'elles ont eu à connaître de la question⁶⁹³ et qu'elle avait été précédée par Marcel Waline⁶⁹⁴.

Ainsi, il faut bien admettre que la Cour de cassation a fait œuvre créatrice. Cependant il ne s'agit pas d'une décision arbitraire pour autant : la Cour a été guidée par une analyse critique qui ne laissait place à aucun doute. Elle avait des raisons solides de statuer comme elle l'a fait et n'en avait aucune lui permettant d'écarter la domanialité de l'esquisse. En recherchant la raison d'être de la jurisprudence administrative relative au domaine public, en découvrant le principe qui permet de la justifier et de l'expliquer, elle a pu dégager avec certitude la solution au problème de l'étendue du domaine public à l'égard des biens qui sont l'objet même d'un service public. La Cour a procédé à une recherche de la règle *derrière* les arrêts du Conseil d'État et résolu la question soulevée devant elle par l'application celle-ci.

189. Malgré l'absence de texte y répondant expressément, la demande d'avis relative à l'applicabilité des articles L3133-4 et suivants du code du travail en Alsace-Moselle ne soulève pas de difficulté sérieuse. Dans ses conclusions pour un avis du 17 septembre 2012, Pierre Foerst écrit : « La question présente en outre une

réforme du Code civil sur les raisons de la domanialité des routes et chemins sont très éclairants : *Travaux de la commission de réforme du Code civil – année 1946 – 1947*, Sirey, 1948, séance du 5 juin 1947, p. 811 et 812. Voir spécialement l'exposé de M. Latournerie : « je crois que certains auteurs considèrent qu'il n'y a pas de service public de la circulation dans ce sens-là... Quant à moi, j'incline à penser que le service des ponts et chaussées est un service d'entretien de la route et que, dans ce sens, c'est un service public de la route » (p. 811).

⁶⁸⁹ C. LAVIALLE, « Atypie et auteur de la décision. [...] », *op. cit.*, p. 29.

⁶⁹⁰ Selon Jean Dufau, l'arrêt de la Cour de cassation s'inscrit parfaitement dans la continuité de la jurisprudence administrative qui distingue, « d'une manière implicite mais néanmoins certaine », les biens objet du service et des autres bien affectés à ce service, pour ranger les premiers dans le domaine sans qu'il soit nécessaire qu'un aménagement ait eu lieu (J. DUFAU, note sous l'arrêt commenté, *AJDA* 1963. II. 487, précité).

⁶⁹¹ M. LATOURNERIE, *Travaux de la commission de réforme du Code civil – année 1946 – 1947*, Sirey, 1948, séance du 5 juin 1947, précité, p. 869.

⁶⁹² *Id.* p. 843.

⁶⁹³ CE, 19 juin 1990, *Berckelaers*, *RD publ.* 1992, 1176 ; 29 nov. 1996, *Syndicat général des affaires culturelles CFDT*, *Lebon T.* 732.

⁶⁹⁴ M. WALINE, note sous Nîmes, 4 déc. 1944, *D.* 1946, juris. 28, spéc. p. 29.

difficulté sérieuse puisqu'à défaut de texte spécifique prévoyant l'application ou la non-application de l'article L3133-4 du code du travail en Alsace-Moselle, *il n'est pas déraisonnable* de s'interroger sur le point de savoir si l'inclusion du 1^{er} Mai parmi les autres jours fériés chômés d'Alsace-Moselle ne témoigne pas de la volonté du législateur d'appliquer les règles particulières concernant le 1^{er} Mai [dont l'article L3133-6] à tous les jours fériés et chômés dans les trois départements »⁶⁹⁵. Constatons avec l'avocat général que si l'article L3134-13 du code du travail dresse la liste des jours chômés en Alsace-Moselle, aucun texte ne fixe précisément leur régime. Plus particulièrement, aucune disposition ne détermine si le travail durant ces jours donne lieu au versement de l'indemnité prévue à l'article L3133-6 en cas de travail le premier mai, seul jour chômé à l'échelle nationale. Cette lacune rend la question sérieuse. Certes, l'article L3133-6 ne vise que le travail le premier mai et non le travail les jours chômés en général mais il n'exclut pas expressément son application aux autres jours chômés. Aucun texte ne permet donc de répondre à la question posée. Pourtant, la Cour de cassation juge que « la question ne présente pas de difficulté sérieuse » et il faut bien admettre avec elle que la thèse selon laquelle tous les jours chômés d'Alsace-Moselle doivent se voir appliquer l'article L3133-6 ne peut pas être retenue.

D'abord, il faut rappeler que les exceptions sont normalement d'interprétation stricte. Or, l'article L3133-6 constitue bien une exception au droit général des contrats et au principe selon lequel la convention est la loi des parties, dont il résulte que l'employeur n'est obligé qu'au paiement du salaire en contrepartie de la réalisation de la prestation de travail⁶⁹⁶. Ensuite, il faut observer que si le législateur avait entendu établir le principe général d'une indemnisation en cas de travail un jour chômé, il aurait opté pour une autre rédaction de l'article L3133-6, lequel ne mentionne ce droit que pour le travail le premier mai. Certes, cette date constitue le seul jour nécessairement chômé à l'échelle nationale. Cependant d'autres jours peuvent bien être chômés hors d'Alsace-Moselle, soit en raison d'une décision de l'employeur, soit en raison d'une convention collective. Ainsi, parce qu'il fait référence uniquement au premier mai alors que d'autres jours chômés pourraient entrer dans son champ d'application, il est impossible d'attribuer à l'article L3133-6 une portée générale et d'y voir l'expression d'un principe général de compensation en cas de travail un jour chômé. Enfin, il ne peut être soutenu que l'article L3134-13 opère une extension du champ d'application de l'article L3133-6 à l'égard de tous les jours qu'il mentionne au seul motif qu'il fait figurer le premier mai parmi ceux-ci et retient une qualification unique à leur égard : celle de jour férié et chômé. L'avocat général et le rapporteur soulignent que la loi n° 2005-296, qui a consacré le caractère chômé des jours désormais visés à l'article L3134-13, n'a pas eu pour objet de modifier le régime antérieur leur étant applicable⁶⁹⁷ en vertu duquel seul le premier mai donnait droit à une indemnisation spécifique en cas de travail⁶⁹⁸. Il s'agissait au contraire uniquement de rappeler le caractère férié et chômé de ces jours alors que la jurisprudence avait pu laisser

⁶⁹⁵ P. FOERST, concl. Cass., avis, 17 sept. 2012, n° 12-00.011, *Bull. civ.*, avis, n° 7. Les conclusions sont disponibles sur le site internet de la Cour de cassation.

⁶⁹⁶ Dans ce sens, la chambre sociale juge que le travail les jours fériés ne donne droit à aucune compensation, faute de texte spécifique le prévoyant, quand bien même cela pourrait être inéquitable : Cass., soc., 4 déc. 1996, n° 94-40.693, *id.*, V, n° 421.

⁶⁹⁷ P. FOERST et G. HENON, concl. et rapp. Cass., avis, 17 sept. 2012, n° 12-00.011, *Bull. civ.*, avis, n° 7.

⁶⁹⁸ Cass., soc., 2 avr. 1984, n° 83-40.257, *Bull. civ.*, V, n° 134.

croire qu'elle leur déniait de ces qualités⁶⁹⁹. En énonçant que le premier mai et d'autres jours sont chômés, cet article ne fait donc que reprendre l'interdiction antérieure de travailler ces jours⁷⁰⁰.

Ainsi, l'application de l'article L3133-6 ne pouvait être que rejetée et la Cour de cassation en a logiquement déduit que la question d'interprétation dont elle était saisie ne soulevait pas de difficulté sérieuse. Ce, malgré l'absence de texte la résolvant expressément. La Cour adopte donc une définition de la difficulté sérieuse distincte de celle proposée par l'avocat général : la notion est autonome et ne se confond pas avec celle d'obscurité ou d'ambiguïté de la loi ou de la jurisprudence.

190. Le moyen tiré de la validité de l'opposition au paiement par chèque faite oralement et sans confirmation écrite ne présente pas de caractère sérieux et n'est pas de nature à permettre l'admission du pourvoi. Un autre exemple du décalage entre l'absence d'acte clair et la caractérisation d'une difficulté sérieuse pourra être trouvé dans un arrêt du 8 janvier 2009 rendu par la première chambre civile, réunie en formation de section⁷⁰¹. Le cinquième moyen y est jugé comme n'étant « pas de nature à permettre l'admission du pourvoi », alors qu'il invitait la Cour à se prononcer sur la portée de l'article L131-35 du code monétaire et financier qui dispose : « Il n'est admis d'opposition au paiement par chèque qu'en cas de perte, de vol ou d'utilisation frauduleuse du chèque, de procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires du porteur. Le tireur doit immédiatement confirmer son opposition par écrit, quel que soit le support de cet écrit. »

Une association de consommateurs soutenait que cet article « [n'autorise] pas la banque à passer outre une opposition orale qui n'a fait l'objet d'aucune confirmation » et n'a pas pour effet de l'exonérer de sa responsabilité pour avoir encaissé un chèque dont elle connaît le caractère frauduleux. Plusieurs éléments plaident en faveur d'une telle interprétation. D'abord, aucune disposition ne prive expressément l'opposition réalisée par voie orale d'un quelconque effet. Bien au contraire, l'article en cause instaure l'obligation de « *confirmer* son opposition », ce qui laisse penser que l'opposition est valablement formée par voie orale. À cet égard, l'article L131-38 dispose uniquement que « celui qui paie un chèque sans opposition est présumé valablement libéré ». Ensuite, la banque qui encaisse un chèque ayant fait l'objet d'une opposition orale apporte sciemment son concours à une fraude au droit du tireur. Or, il est de principe que celui qui commet une faute doit réparation du dommage qui en résulte. Ce principe est protégé au niveau constitutionnel et il déjà été jugé que la banque qui encaisse un chèque alors qu'elle ne peut légitimement ignorer son caractère frauduleux engage sa responsabilité vis-à-vis du tireur⁷⁰².

Il est difficile de procéder à l'analyse d'une décision qui déclare non-admis un moyen sans citer le rapport établi par le conseiller-rapporteur. En effet, l'inanité du moyen peut résulter de motifs divers que bien souvent seul le rapport permet d'appréhender : il peut être infondé, irrecevable car nouveau ou de fait, etc. Or, en raison du secret des

⁶⁹⁹ Cass., soc., 26 janv. 2005, n° 02-47.569, *id.* n° 33.

⁷⁰⁰ Art. 105a et 105g c. local des professions ; Cass., soc., 29 oct. 2003, n° 01-45.485, *Bull. civ.*, V, n° 274 ; 11 juill. 2007, n° 06-40.567, *id.* n° 124.

⁷⁰¹ Cass., civ. 1^{ère}, 8 janv. 2009, n° 06-17.630.

⁷⁰² Cass., com., 28 nov. 1995, n° 93-15.472, *Bull. civ.*, IV, n° 272 ; 3 déc. 2002, n° 00-20.566, *id.* n° 183.

délibérés, nous ne pourrions pas nous y référer à ce document ici. Il doit cependant être observé que, dans cette affaire, le moyen n'a pu être regardé comme n'étant pas de nature à permettre l'admission du pourvoi qu'en raison de son caractère infondé : il ne vise pas à remettre en cause une appréciation souveraine des juges du fond, il ne semble pas manquer en fait et il n'est ni de fait ni nouveau⁷⁰³.

Il est remarquable de constater que le caractère certainement infondé ne repose ici sur aucun texte, l'article L131-35 n'énonçant pas les conséquences attachées à l'absence de confirmation écrite. De même aucune jurisprudence n'existait sur ce point⁷⁰⁴. Néanmoins, l'interprétation proposée par l'association requérante ne pouvait être admise. L'article L131-35 doit être interprété comme faisant de la confirmation écrite immédiate une condition de validité de l'opposition, car la protection des droits du tireur doit être conciliée avec la nécessité de préserver l'efficacité du chèque comme moyen de paiement et ne saurait justifier une atteinte au droit des tiers à être payés⁷⁰⁵. À cet égard, la confirmation écrite permet au banquier de vérifier que l'opposition est bien fondée sur un des motifs énumérés à l'alinéa 1 de l'article L131-35 et donc qu'elle n'est pas frauduleuse. Elle est donc un élément indispensable à la mise en œuvre de l'article L163-1, selon lequel « est puni d'une amende de 6 000 euros le fait, pour le tiré, de refuser le paiement d'un chèque hors les cas mentionnés au deuxième alinéa de l'article L. 131-35, au motif que le tireur y a fait opposition ». L'obligation de confirmation immédiate par écrit est donc essentielle et il convient d'en assurer l'effectivité. Elle doit donc être regardée comme une condition de recevabilité de l'opposition et son non-respect analysé en une cause de caducité de celle-ci⁷⁰⁶.

191. Élément de droit comparé. Bien qu'elle s'éloigne très nettement de la théorie de l'acte clair, la Cour de cassation n'est pas la seule juridiction à s'affranchir de l'absence d'acte clair pour apprécier les caractères sérieux et manifeste indépendamment. Ainsi, dans une sentence du 24 mai 2014, la Cour permanente d'arbitrage a jugé non sérieuse la demande initiale qui lui était soumise au terme d'une interprétation solidement argumentée de l'article 5 du traité bilatéral d'investissement conclu entre les Pays-Bas et la République Slovaque⁷⁰⁷.

⁷⁰³ Voir l'arrêt attaqué : Lyon, 11 mai 2006, n° 05/00699.

⁷⁰⁴ Un arrêt de la cour d'appel de Paris a certes énoncé : « considérant que l'article L. 131-35 du Code monétaire et financier, qui énumère limitativement les causes d'opposition au paiement par chèque, exige du tireur qu'il confirme immédiatement son opposition par écrit ; qu'il suffit donc, pour qu'une opposition soit valable qu'elle soit faite par un écrit dont le contenu permette à la banque d'identifier le chèque en cause. » (Paris, 28 sept. 2004, JurisData n° 264833). Toutefois, il s'agit d'un arrêt isolé et émanant d'une seule cour d'appel. En outre, l'opposition avait bien été réalisée par écrit et la cour d'appel ne s'est donc pas prononcée sur la licéité de l'opposition orale.

⁷⁰⁵ « L'Assemblée nationale laisse un délai de sept jours à l'opposant [pour procéder à la confirmation écrite] : ce n'est pas de bonne pratique, car, dès lors que l'on fait une opposition, on doit immédiatement la confirmer, sinon se trouvera mise en cause, une fois de plus, la nature du chèque qui est, faut-il le rappeler, un instrument de paiement et non un moyen d'obtenir des délais de paiement. » (J.-M. GIRAULT, rapporteur de la commission des lois du Sénat, séance du 10 déc. 1991, *JO Sénat*, p. 5193).

⁷⁰⁶ M. VASSEUR, « Le banquier est-il en droit de payer un chèque frappé d'opposition par le tireur pour un motif autre que ceux prévus par la loi ? », *JCP G* 1992. I. 3598.

⁷⁰⁷ Cour permanente d'arbitrage (CNUDCI), 20 mai 2014, *Achmea BV c. République Slovaque*, *Rev. arb.* 2015. 596, note M. LAAZOUZI, spéc. n° 18, p. 602.

192. L'interprétation comme œuvre scientifique. En ce qu'elle admet le caractère certain d'une solution ou d'une appréciation malgré l'absence d'acte clair, la jurisprudence de la Cour de cassation fait écho aux propos de Gérard Timsit, qui évoque l'existence de « solutions extrêmes » définies comme « des solutions “inventées” : inventées en ce double sens qu'elles ne sont pas inscrites dans la loi – sinon le juge n'aurait qu'à appliquer la loi [...] – et que cependant elles sont ancrées dans le droit, le droit positif dont le juge “découvre” la signification comme on découvre – on “invente”, dit-on chez les juristes – un trésor existant, enfoui et déjà là, mais qu'il faut avoir fait l'effort de chercher. L'invention de la norme appliquée dans les solutions extrêmes se fait de manière objective »⁷⁰⁸. Dans ce sens, Dominique Rousseau écrit : « Le Conseil [constitutionnel] sait, comme tous les juges, « découvrir » le sens normatif clair d'un énoncé ambigu »⁷⁰⁹. C'est que les ressources argumentatives et rhétoriques à la disposition des juristes peuvent souvent pallier l'insuffisance du droit formel⁷¹⁰ et permettent au juge d'*acquérir* la certitude que le moyen qui lui est soumis est fondé ou non, que la question soulevée doit recevoir telle réponse et ne soulève donc pas de difficulté sérieuse, que l'illicéité ou l'irrecevabilité allégués sont manifestes, etc.

La théorie systémale du droit a mis en lumière la nature duale de l'interprétation, qu'il est impossible de réduire à une fonction unitaire⁷¹¹. Si elle correspond parfois à l'assignation arbitraire d'un sens à un texte par le juge, elle est aussi parfois acte de connaissance, œuvre scientifique⁷¹². Daniel Mainguy écrit ainsi, à propos du contrôle de la légitimité des normes, « ce sont les cas difficiles qui interrogent l'observateur, ceux qui nécessitent le recours à une interprétation nouvelle de la norme de référence, parce qu'elle est peu claire, imprécise ou absente *et que la solution implique une solution politiquement, économiquement ou socialement délicate* »⁷¹³. Il n'y a de place ni pour une divergence jurisprudentielle ni pour le doute lorsque l'interprétation d'un texte ou d'une solution jurisprudentielle obscurs s'impose au regard des enjeux politiques et socioéconomiques

⁷⁰⁸ G. TIMSIT, « Éléments pour une théorie des cas extrêmes », in J. CANTEGREIL (dir.), *Pour une théorie des cas extrêmes – aux limites du pouvoir juridictionnel*, éditions ENS rue d'Ulm, 2006, p. 31. Rapp. : « Les cas intermédiaires se caractérisent par le fait qu'en dernière analyse, le juge ne décide pas discrétionnairement. De ce point de vue ce sont des cas faciles. [...] [Mais] un acte conscient d'interprétation est [...] nécessaire avant que le juge ne puisse conclure que le problème n'existe pas réellement et qu'il y a seulement une seule solution juridique. N'importe quel juriste [...] arriverait à cette conclusion [...], de telle sorte que si le juge avait décidé d'une autre façon, la réaction de la communauté aurait été que celui-ci a commis une erreur » (A. BARAK, *Judicial Discretion*, cité et traduit par M. ATIENZA, « Les limites de l'interprétation constitutionnelle », in D. DE BÉCHILLON, V. CHAMPEIL-DESPLATS, P. BRUNET et É. MILLARD (dir.), *L'architecture du droit – Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, p. 93, spéc. p. 99).

⁷⁰⁹ D. ROUSSEAU, « L'intégration du Conseil constitutionnel au système juridique européen », *Gaz. Pal.* 5-7 mai 2013, p. 14. Voir aussi : F. DUMON, *op. cit.*, p. 243, où l'auteur souligne qu'une contestation peut apparaître non sérieuse alors même qu'elle est dirigée contre une interprétation et non contre le sens littéral du texte.

⁷¹⁰ Dans ce sens : K. GEENAWALT, « How Law Can Be Determinate », *UCLA Law Review* vol. 38 (1990 – 1991), p. 1, spéc. p. 85 s.

⁷¹¹ J. CANTEGREIL *et alii*, « De l'opportunité d'un droit de l'extrême », in J. CANTEGREIL (dir.), *Pour une théorie des cas extrêmes – aux limites du pouvoir juridictionnel*, éditions ENS rue d'Ulm, 2006 p. 52. Voir aussi : C. RAMOND, « Décision », in *Vocabulaire des philosophes, Philosophie contemporaine*, Ellipses, 2002, Entrée « Derrida », p. 1065.

⁷¹² J.-Y. CHÉROT, « Jurisprudence en droit privé français et exigences de sécurité juridique », Canada, *Revue du notariat de la Chambre des notaires du Québec* déc. 2008, p. 11.

⁷¹³ D. MAINGUY, « De la légitimité des normes, et de son contrôle », *JCP G* 2011. I. 250, n° 7.

de son application. La certitude peut bien être atteinte malgré l'ambiguïté et l'imprécision de la loi et de la jurisprudence.

Il n'est donc pas particulièrement surprenant que la Cour de cassation ait admis que le juge appelé à apprécier les caractères sérieux et manifeste dispose du pouvoir d'interpréter les dispositions ambiguës auxquelles il est confronté.

II/ Le pouvoir d'interprétation reconnu au juge appelé à statuer sur les caractères sérieux et manifeste

193. Reconnaissance du pouvoir d'interpréter la loi pour apprécier le caractère sérieux de l'exception d'illégalité soulevée contre un acte administratif. Un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 22 juin 2004 retient expressément que le juge judiciaire saisi d'une question préjudicielle en appréciation de la validité d'un acte administratif peut interpréter la loi pour déterminer si le grief tiré de l'invalidité est sérieux⁷¹⁴.

Le demandeur en cassation reprochait à l'arrêt attaqué d'avoir dit non sérieuse la question préjudicielle tirée de l'invalidité d'un acte administratif réglementaire, qui instaurait des surtaxes aux usagers du service public de l'eau et de l'assainissement alors que ce service était affermé. D'une part, l'article L2224-2 du code général des collectivités territoriales interdit aux communes de prendre en charge sur leur budget propre les dépenses des services affermés. Cet argument ne pouvait qu'être rejeté dès lors que l'article L2224-2 2° autorise une telle prise en charge « lorsque le fonctionnement du service public exige la réalisation d'investissements qui, en raison de leur importance et eu égard au nombre d'usagers, ne peuvent être financés sans augmentation excessive des tarifs » et que l'article L2224-8 énonce que « les communes prennent obligatoirement en charge les dépenses relatives aux systèmes d'assainissement collectif [...] ». D'autre part, il y a lieu d'interpréter ces textes conformément à l'article 34 de la Constitution, qui dispose que la loi fixe les règles concernant « l'assiette, le taux et les modalités de revouvement des impositions de toute nature », si bien que les communes pourraient mettre à la charge des usagers qu'une contribution au plus égale au prix du service rendu. Toute taxe d'un montant supérieur et destinée à « contribuer au financement de travaux d'investissement et d'équipement général » serait une taxe fiscale ou parafiscale. La cour d'appel a toutefois écarté cette argumentation en se référant à la loi n° 83-1181 du 29 décembre 1983, relative au prix de l'eau en 1984, qui autorise la création de surtaxes « pour tenir compte de la création de services et d'installations », disposition que le Conseil constitutionnel a jugé conforme à l'article 34 de la Constitution dès lors que « ces surtaxes sont un élément constitutif du prix de l'eau correspondant à la part des charges d'investissement dans le coût global du produit distribué par le service et réparti entre les usagers ; qu'il suit de là que ces surtaxes communales ou syndicales n'ont pas le caractère de taxes fiscales ou parafiscales »⁷¹⁵.

Ainsi, bien qu'aucune disposition n'indique précisément que les communes peuvent instituer des surtaxes destinées à financer des travaux relatifs à l'*assainissement* des

⁷¹⁴ Cass., civ. 1^{ère}, 22 juin 2004, n° 02-18.709, *Bull. civ.*, I, n° 177.

⁷¹⁵ C. const., 29 déc. 1983, n° 83-166 DC, §5.

eaux usées⁷¹⁶, la cour d'appel a raisonné par analogie et c'est « à l'issue d'une démarche classique d'interprétation de la loi »⁷¹⁷ qu'elle a jugé non sérieux le grief d'invalidité soulevé devant elle. Or, la première chambre civile de la Cour de cassation a approuvé l'arrêt attaqué, au motif que « la cour d'appel a énoncé qu'il résultait de la combinaison des articles L. 2224-2 et L. 2224-8 du Code général des collectivités territoriales, que, contrairement à ce que soutenait l'appelante, les taxes correspondant à des dépenses d'investissement n'étaient pas à exclure des facturations comme ne correspondant pas aux services rendus ; que, se référant également à la "loi sur l'eau" du 3 janvier 1972, elle a ajouté que le coût des charges résultant des investissements réalisés était un élément entrant dans le coût global des produits et services d'eau et d'assainissement fournis ; que, justifiant ainsi son refus de retenir le caractère préjudiciel de l'exception d'illégalité soulevée par l'appelante, elle n'a pas excédé ses pouvoirs en interprétant les textes précités »⁷¹⁸.

194. Reconnaissance du pouvoir d'interpréter la loi pour apprécier le caractère sérieux de la contestation élevée en référé ou le caractère manifestement illicite d'un trouble. Le 30 juin 2010, la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé « que le juge des référés peut interpréter une convention collective »⁷¹⁹. Elle avait déjà jugé auparavant qu'« il appartenait au juge des référés d'appliquer la loi même si elle requérait interprétation, et de rechercher si l'obligation de l'employeur était sérieusement contestable »⁷²⁰.

Comme nous l'avons indiqué, une partie de la doctrine en a déduit qu'« une contestation sérieuse quant à l'interprétation de la loi ne fait bien sûr pas obstacle à l'exercice de ses pouvoirs par le juge des référés »⁷²¹. Cette lecture repose sur la thèse selon laquelle toute imprécision de la loi, tout besoin d'interprétation, caractérise une indétermination du droit et donc une contestation sérieuse. En effet, le pouvoir d'interpréter la loi et celui de trancher une contestation sérieuse quant au sens de la loi sont présentés comme équivalents : si l'on peut déduire de la reconnaissance d'un pouvoir d'interprétation au juge des référés qu'il peut trancher les contestations sérieuses quant au sens d'une loi, d'un règlement ou d'une convention collective, c'est que le besoin

⁷¹⁶ La loi de 1983 n'était relative qu'au prix du service de distribution de l'eau et la décision du Conseil constitutionnel se référait exclusivement à ses dispositions : « Considérant que ces surtaxes sont instituées uniquement dans le cas où le service de l'eau est exploité en affermage ; qu'elles sont perçues, dans ce mode particulier de gestion, par la société fermière et reversées à la collectivité affermante qui finance les investissements ; qu'ainsi ces surtaxes sont un élément constitutif du prix de l'eau correspondant à la part des charges d'investissement dans le coût global du produit distribué par le service et réparti entre les usagers ; qu'il suit de là que ces surtaxes communales ou syndicales n'ont pas le caractère de taxes fiscales ou parafiscales » (*ibid.*). Quant aux articles L2224-2 et L2224-8 précités, ils disposaient seulement que « le conseil municipal peut décider [de la] prise en charge [des dépenses exposées au titre d'un service public affermé] [...] lorsque le fonctionnement du service public exige la réalisation d'investissements qui, en raison de leur importance et eu égard au nombre d'usagers, ne peuvent être financés sans augmentation excessive des tarifs » et que « Les communes prennent obligatoirement en charge les dépenses relatives aux systèmes d'assainissement collectif ». Ces dispositions, d'ordre strictement budgétaires, sont donc muettes sur la possibilité de créer une surtaxe à charge des usagers.

⁷¹⁷ O. RENARD-PAYEN, note sous l'arrêt de la Cour de cassation, *JCP A* 2004. 1555.

⁷¹⁸ Cass., civ. 1^{ère}, 22 juin 2004, n° 02-18.709, *Bull. civ.*, I, n° 177.

⁷¹⁹ Cass., soc., 30 juin 2010, n° 08-42.836.

⁷²⁰ Cass., soc., 24 nov. 1998, n° 96-44.111 ; 24 juin 2009, n° 08-42.116. Ces arrêts ont été commentés *supra* (cf. n°s 140 à 143).

⁷²¹ L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 9^e éd., 2016, note 558, p. 551. Voir aussi : X. VUITTON, « Référé. – Conditions générales des pouvoirs du juge des référés », *op. cit.*, n° 32.

d'interpréter ces textes caractérise à lui seule une contestation sérieuse. Les arrêts de la chambre sociale pourraient donc être interprétés ainsi : l'obscurité des textes serait toujours synonyme d'incertitude, mais celle-ci ne constituerait plus une limite aux pouvoirs du juge dans la mesure où elle porte sur l'interprétation d'une règle de droit applicable.

Mais, si l'on refuse d'assimiler le besoin d'interprétation au doute insurmontable et à la contestation sérieuse, et que l'on admet que l'ambiguïté d'un texte peut être parfois dépassée, les arrêts apparaissent sous un jour très différent. Dans cette perspective, la Cour énonce simplement que, comme tout juge, le juge des référés dispose du pouvoir d'interpréter la loi et rappelle que son pouvoir n'est borné que par la notion de contestation sérieuse. De sorte que tant qu'il n'est pas face à une telle contestation, il peut accorder une provision, quand bien même il aurait eu besoin d'interpréter les textes invoqués par les parties. Autrement dit, le juge des référés ne saurait se réfugier derrière le fait que la loi requérait interprétation pour rejeter la demande, du moins si ce besoin d'interprétation ne caractérise pas, en fonction des circonstances de la cause, une contestation sérieuse.

Parmi les deux lectures proposées, seule la seconde nous semble admissible. La première doit être rejetée car elle conduirait à regarder les arrêts commentés comme des revirements, la jurisprudence antérieure retenant constamment qu'un doute sur le sens de la loi constitue une contestation sérieuse faisant obstacle à l'attribution d'une provision⁷²². Or, cela est difficilement acceptable dès lors que ces arrêts sont demeurés inédits. Si la chambre sociale y avait vu un revirement, elle aurait décidé de les publier. De plus, la troisième chambre civile en 1999, puis la chambre commerciale en 2016 ont réaffirmé leur jurisprudence antérieure en vertu de laquelle une contestation relative au sens de la loi peut faire obstacle aux pouvoirs du juge des référés⁷²³. Si les hauts magistrats avaient considéré que leurs arrêts divergeaient de ceux rendus par la chambre sociale, ils n'auraient pas manqué de demander la réunion d'une chambre mixte. Tout comme ceux de la chambre sociale n'auraient pas manqué de le faire en 2009 et 2010.

La seconde lecture proposée ne présente pas cet écueil car la simple affirmation que le juge des référés dispose du pouvoir d'interpréter la loi ne constitue pas un revirement. En effet, bien que de nombreux arrêts fassent correspondre la contestation sérieuse à un doute sur le sens et la portée de la loi⁷²⁴, ou écartent le caractère manifestement illicite d'un trouble en raison d'un tel doute⁷²⁵, aucun n'énonce expressément que le juge des référés ne dispose pas du pouvoir d'interpréter la loi. Il a certes déjà été reproché au juge des référés d'avoir statué « sur le sens et la portée d'une disposition légale touchant au fond du droit » en fixant le sens de la notion de logement de famille⁷²⁶, mais l'on ne saurait en tirer un principe général selon lequel il ne dispose pas du pouvoir d'interpréter la loi. De même, l'on ne saurait conclure que l'interprétation de

⁷²² Cass., civ. 2^e, 10 nov. 1968, n° 67-11.170, *Bull. civ.*, II, n° 132 ; com., 16 nov. 1971, n° 70-14.520, *id.*, IV, n° 278 ; civ. 3^e, 4 janv. 1979, n° 77-15.234 ; com., 9 oct. 1984, n° 83-15.036, *id.*, n° 257 ; 21 juin 1988, n° 86-16.210, *id.*, n° 213 ; civ. 3^e, 5 juill. 1989, n° 87-18.333, *id.*, III, n° 159, précité ; civ. 1^{ère}, 20 juill. 1994, n° 92-14.665, *id.*, I, n° 259 ; civ. 2^e, 5 oct. 1994, n° 92-19.006, *id.*, II, n° 191.

⁷²³ Cass., civ. 3^e, 27 janv. 1999, n° 96-22.253, *Bull. civ.*, III, n° 20 ; com., 24 mai 2016, n° 14-25.210.

⁷²⁴ Cf. note 518.

⁷²⁵ Cf. note 514.

⁷²⁶ Cass., civ. 2^e, 10 nov. 1968, n° 67-11.170, *Bull. civ.*, II, n° 132.

la loi lui est toujours interdite du seul fait qu'il a été jugé qu'une contestation sérieuse était caractérisée dès lors que le juge était saisi « d'un litige portant sur l'interprétation de la loi relative au mode de calcul des retenues salariales en cas de grève »⁷²⁷. L'on pourra encore ajouter que dans son arrêt du 30 juin 2010, la Cour de cassation énonce seulement que « le juge des référés *peut* interpréter une convention collective », non qu'il doit le faire. Cela laisse penser qu'il n'a pas une obligation absolue d'interpréter tout texte ambigu, mais qu'il dispose seulement du pouvoir de le faire dans la mesure où il ne se heurte pas à une contestation sérieuse sur l'interprétation. Enfin, l'on renverra aux développements du titre précédent expliquant que rien n'oblige à considérer que le juge des référés doit se prononcer malgré un doute sur le sens de la loi, que cela pourrait être contraire à l'intérêt des parties et remettrait en cause la répartition des litiges que le législateur a voulu opérer entre lui et le juge du fond.

Les arrêts de la chambre sociale ont donc bien reconnu le pouvoir d'interpréter la loi au juge des référés saisi d'une demande de provision. La nécessité d'interpréter les règles de droit ne caractérise pas systématiquement une contestation sérieuse et ne s'oppose pas toujours à l'attribution d'une provision.

195. La reconnaissance du pouvoir d'interprétation au juge chargé de se prononcer sur les caractères sérieux et manifeste s'avère toutefois problématique dans plusieurs cas qu'il nous faut désormais envisager.

§2. Examen critique

196. La reconnaissance d'un pouvoir d'interprétation au juge chargé de se prononcer sur les caractères sérieux et manifeste peut sembler contraire à la délimitation des pouvoirs du juge des référés ainsi qu'à la répartition des compétences entre le juge judiciaire et le juge administratif, ou entre le juge national et la Cour de justice de l'Union européenne.

197. L'interdiction d'interpréter les conventions des parties pour le juge des référés. La doctrine considère unanimement que le juge des référés ne peut pas interpréter les dispositions obscures des conventions et des actes conclus par les parties⁷²⁸. La plupart des arrêts ne conduisent toutefois pas à une telle conclusion car ils se contentent d'énoncer que le juge a tranché une contestation sérieuse en interprétant une convention⁷²⁹,

⁷²⁷ Cass., soc., 26 juin 1996, n° 95-40.410.

⁷²⁸ B. LYONNET, « Les pouvoirs du juge des référés, en fonction des notions de contestation sérieuse et d'apparence du droit », *Revue de jurisprudence commerciale* 1975. 3 ; Y. STRICKLER, *op. cit.*, p. 114 s. ; A. LIENHARD, « Assistance du dirigeant par un avocat lors de sa révocation », *D.* 2006, p. 1533 ; J. HÉRON et T. LE BARS, *op. cit.*, n° 407, p. 335 ; E. GARSONNET et C. CÉZAR-BRU, *Traité théorique et pratique de procédure*, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, Paris, 1904, tome VIII, p. 334, §3008 ; M.-C. RONDEAU-RIVIER, « L'évidence et la notion de contestation sérieuse », *Gaz. Pal.* 1991. 1. 355, spéc. 356 ; J. NORMAND, « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », *RTD civ.* 1979. 650 ; X. VUITTON, « Référés. – Conditions générales des pouvoirs du juge des référés », *op. cit.*, n° 32.

⁷²⁹ Cass., civ. 1^{ère}, 26 avr. 1978, n° 76-14.424, *Bull. civ.*, I, n° 157 ; 14 avr. 1982, n° 81-10.566, *id.* n° 127 ; civ. 3^e, 26 févr. 1986, n° 84-14.371 ; 10 févr. 1988, n° 86-18.864, *id.*, III, n° 34 ; civ. 1^{ère}, 31 mars 1998, n° 96-13.781, *id.*, I, n° 137 ; 4 juill. 2006, n° 05-11.591, *id.*, I, n° 337 ; civ. 3^e, 15 sept. 2010, n° 09-15.928 ; civ. 2^e, 16 sept. 2010, n° 09-16.827 ; civ. 3^e, 9 mars 2011, n° 09-70.930 ; com., 23 sept. 2014, n° 13-11.836, *id.*, IV, n° 140.

ou que, les clauses du contrat nécessitant une interprétation, le juge a retenu à bon droit qu'il existait une contestation sérieuse⁷³⁰. Si l'on peut bien y voir l'affirmation d'une interdiction générale d'interpréter les actes passés par les parties, l'on peut aussi considérer que la contestation sérieuse découlait dans chaque espèce de ce que l'interprétation en cause était discutable, et non seulement de ce que le juge avait procédé ou devait procéder à une interprétation. Cependant, un arrêt rendu le 21 janvier 2016 par la troisième chambre civile de la Cour de cassation lève tout doute puisqu'il énonce « ayant relevé, *sans procéder à une interprétation excédant les pouvoirs du juge des référés*, que l'article 15 du cahier des charges [...] »⁷³¹.

Il est regrettable que la jurisprudence ne soit pas plus nuancée, car il n'est pas à exclure que le sens d'un contrat imprécis ou ambigu apparaisse certain au juge des référés au regard des différents éléments de preuve qui sont produits devant lui et il serait alors inutile d'imposer aux parties de saisir les juridictions du fond. La reconnaissance du pouvoir d'interpréter les lois obscures lorsque le sens qui doit leur être assigné ne fait pas de doute devrait conduire à étendre les pouvoirs du juge des référés en ce qui concerne l'interprétation des contrats. À cet égard, il peut être rappelé que seule la contestation sérieuse fait obstacle aux pouvoirs du juge des référés et qu'il devrait donc disposer du pouvoir d'interpréter les contrats dès lors que, *en raison des circonstances de la cause*, l'interprétation ne se heurte à aucune contestation sérieuse.

198. L'interdiction d'interpréter les actes administratifs individuels pour le juge judiciaire. Il est de jurisprudence constante que s'il appartient au juge judiciaire d'appliquer les actes administratifs individuels, il n'est pas compétent pour les interpréter⁷³². Cependant, la jurisprudence subordonne généralement le renvoi d'une question préjudicielle à l'existence d'une difficulté sérieuse quant à l'interprétation⁷³³. L'on pourrait alors en conclure que le juge judiciaire peut interpréter les actes administratifs ambigus lorsque la détermination du sens qui doit leur être assigné ne suscite aucun doute et, donc, ne soulève aucune difficulté sérieuse.

Cette solution ne semble pas pouvoir être admise au regard de la jurisprudence. Des arrêts anciens refusent de prendre en compte tout élément extérieur au texte, tels sa finalité⁷³⁴ ou des documents préparatoires et usages⁷³⁵, pour déterminer s'il y a lieu de saisir

⁷³⁰ Cass., civ. 2^e, 23 juin 2011, n° 10-20.076

⁷³¹ Cass., civ. 3^e, 21 janv. 2016, n° 15-10.566, *id.* à paraître.

⁷³² Cass., civ., 27 févr. 1855, *D.* 1855. 1. 295 ; 28 déc. 1874, *D.* 1875. 1. 120 ; 3 juill. 1881, *D.* 1881. 1. 462 ; civ. 1^{ère}, 5 mai 1954, *Bull. civ.*, I, n° 135 ; 14 janv. 1957, *D.* 1957. somm. 81 ; 22 mai 1963, *Bull. civ.*, I, n° 271 ; soc., 3 juill. 1963, *id.* IV, n° 564 ; com., 10 avr. 1964, *id.*, III, n° 170 ; civ. 3^e, 3 mai 1972, 70-14.127, *id.*, III, n° 282 ; com., 11 févr. 1992, n° 89-20.642, *id.*, IV, n° 69 ; civ. 1^{ère}, 13 janv. 1993, n° 90-20.426, *id.*, I, n° 8 ; 8 févr. 2000, n° 98-13.309, *id.* n° 45 ; T. confl., 12 mai 1883, *Faget*, *D.* 1885. 3. 10 ; 18 déc. 1943, *Chouard*, *Lebon* 325 ; 10 févr. 1949, *Roubaud*, *Lebon* 591.

⁷³³ T. confl., 20 mai 1882, *Rodier*, *Lebon* 527 ; Cass., civ. 1^{ère}, 19 avr. 1988, n° 86-16.997, *Bull. civ.*, I, n° 113 ; 6 avr. 2011, n° 10-15.092 à .096. Voir aussi, jugeant que la juridiction du fond devait surseoir à statuer au motif que l'interprétation de l'acte administratif en cause soulevait une difficulté sérieuse : Cass., soc., 16 juill. 1964, *Bull. civ.*, IV, n° 621 ; 6 mai 1975, n° 74-60.144, *id.*, V, n° 237 ; 17 avr. 1985, n° 83-10.450, *id.* n° 229 ; 21 juill. 1986, n° 84-14.891, *id.* n° 442 ; 10 nov. 1994, n° 91-20.877 ; 12 nov. 2008, n° 07-16.799.

⁷³⁴ Cass., civ., 3 juill. 1881, *D.* 1881. 1. 462.

⁷³⁵ Cass., civ., 5 avr. 1865, *S.* 1865. 1. 254 ; 28 déc. 1874, *D.* 1875. 1. 120 ; T. confl., 12 mai 1883, *Faget*, *D.* 1885. 3. 10.

les juridictions administratives de la question préjudicielle. Bien qu'elle n'ait pas été réaffirmée expressément, cette solution semble toujours prévaloir, la Cour de cassation appréciant la nécessité de surseoir à statuer au regard de la seule clarté de l'acte considéré isolément⁷³⁶. L'ambiguïté d'un acte administratif individuel sembler donc constituer en elle-même une difficulté sérieuse interdisant au juge judiciaire de statuer sur son interprétation. L'exigence d'une difficulté sérieuse et l'interdiction d'interpréter les actes administratifs individuels obscurs seraient donc des conditions équivalentes.

Mais la jurisprudence est loin d'être aussi univoque qu'il n'y paraît. En effet, certains arrêts ne se contentent pas de faire état de l'ambiguïté de l'acte administratif en cause pour justifier un sursis à statuer, mais prennent également soin de relever qu'il a fait l'objet d'interprétations divergentes⁷³⁷, ce qui laisse penser que l'ambiguïté de l'acte ne constitue pas à elle seule une difficulté sérieuse quant à son interprétation. Surtout, il arrive que la Cour de cassation dissimule une interprétation de l'acte litigieux sous couvert de clarté⁷³⁸. C'est ainsi que la première chambre civile de la Cour de cassation a jugé le 13 mai 1964 que « [les juges du fond] n'ont pas non plus interprété l'ordonnance royale du 10 février 1842 mais ont estimé seulement qu'elle ne constituait pas la reconnaissance des droits de propriété des B... *en se fondant sur* « une nombreuse correspondance administrative émanant tant du directeur général des domaines que du préfet de la Vienne » et de laquelle il résultait qu'à cette époque "toutes les parties étaient d'accord pour reconnaître l'existence de dettes des B... envers l'État, lesdites dettes ayant le caractère de redevances usagères" »⁷³⁹. Une telle pratique, consistant à présenter comme clair un sens construit par l'interprétation, n'est pas spécifique à la Cour de cassation tant elle semble être une constante de la jurisprudence du Conseil d'État⁷⁴⁰.

Un tel artifice ne peut qu'être dénoncé car il conduit à vider les concepts de clarté, d'obscurité et d'interprétation de leur sens et laisse croire que le contrôle opéré par le juge judiciaire est teinté d'arbitraire⁷⁴¹. Plutôt que d'écarter le sursis à statuer sous le prétexte fallacieux qu'il n'y aurait pas lieu à interprétation, la Cour de cassation et le Conseil d'État gagneraient à faire de l'interprétation un élément participant de la délimitation des compétences plutôt qu'une condition de la mise en œuvre du mécanisme préjudiciel. Le fait que le juge judiciaire soit contraint d'interpréter un acte administratif n'impliquerait alors pas toujours qu'il sursoie à statuer. En effet, selon l'article 49 du code de procédure civile, pour qu'il y ait sursis à statuer sur une question préjudicielle, il faut non seulement que la résolution de la question soulevée relève de la compétence des juridictions administratives, mais il faut encore que la question présente certains caractères, *i.e.* être pertinente et soulever une difficulté sérieuse⁷⁴². Il nous semble que la jurisprudence devrait se lire à travers ce prisme. S'il est vrai que le juge judiciaire est incompétent pour interpréter les actes administratifs individuels et doit donc surseoir à statuer au profit des

⁷³⁶ J.-F. FLAUSS, *Les questions préjudicielles...*, *op. cit.*, p. 79 ; Y. GAUDEMET, « Les questions préjudicielles devant les deux ordres de juridiction », *RFDA* 1990. 764.

⁷³⁷ Cass., civ., 28 mars 1889, *S.* 1889. I. 435 ; civ. 1^{ère}, 2 mai 1978, n° 76-15.418, *Bull. civ.*, I, n° 170.

⁷³⁸ J.-F. FLAUSS, *Les questions préjudicielles...*, *op. cit.*, p. 81 et 82.

⁷³⁹ Cass., civ. 1^{ère}, 13 mai 1964, n° 61-13.646, *Bull. civ.*, I, n° 254.

⁷⁴⁰ J.-F. FLAUSS, *Les questions préjudicielles...*, *op. cit.*, p. 76 et 82 à 85 ; Y. GAUDEMET, « Les questions préjudicielles devant les deux ordres de juridiction », *RFDA* 1990. 764.

⁷⁴¹ *Mutatis mutandis* : C. MARRAUD, *op. cit.*, p. 325 à 400.

⁷⁴² « Lorsque la solution d'un litige dépend d'une question soulevant une difficulté sérieuse et relevant de la compétence de la juridiction administrative, la juridiction judiciaire initialement saisie la transmet à la juridiction administrative compétente [...] ».

juridictions administratives quand la question d'interprétation soulève une difficulté sérieuse, encore faut-il qu'une telle difficulté existe ; ce que l'on ne saurait déduire de l'ambiguïté de l'acte lorsqu'il est possible de déterminer avec certitude l'interprétation qui doit en être faite et qui en serait faite par les juridictions administratives.

199. La compétence de la Cour de justice de l'Union européenne pour statuer sur l'interprétation du droit de l'Union. L'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui énonce : « La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel : a) sur *l'interprétation* des traités, / b) sur la validité et *l'interprétation* des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union. / [...] Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est *tenue* de saisir la Cour ». Faut-il en déduire que les juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours juridictionnel ne disposent d'aucun pouvoir d'interprétation ?

L'arrêt *CILFIT*, qui précise quelles sont les limites de l'obligation de renvoi et détermine ainsi quels sont les pouvoirs des juridictions suprêmes des États membres, ne répond pas expressément à cette question. Cette décision permet seulement à ces juridictions de « s'abstenir de soumettre cette question à la Cour et la résoudre sous sa propre responsabilité » dans le cas où « la question soulevée est matériellement identique à une question ayant déjà fait l'objet d'une décision à titre préjudiciel dans une espèce analogue » ou dans le cas où « l'application correcte du droit communautaire [s'impose] avec une évidence telle qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable sur la manière de résoudre la question posée »⁷⁴³. Une partie importante de la doctrine voit dans cette dernière exception une consécration de la théorie de l'acte clair et en conclut que toute ambiguïté ou imprécision des dispositions européennes impose un renvoi préjudiciel⁷⁴⁴. La jurisprudence de la Cour de cassation serait donc condamnable en ce qu'elle reconnaît au juge national un pouvoir d'interprétation dont le prive pourtant l'article 267 précité.

Pourtant, rien ne permet de déceler dans l'arrêt *CILFIT* une consécration de la théorie de l'acte clair⁷⁴⁵. Certes la Cour de justice fait référence à l'« application correcte »⁷⁴⁶, mais elle n'énonce aucunement que le juge national ne peut pas interpréter les dispositions dont le sens est discuté devant lui, pas plus qu'elle ne fait référence à leur obscurité ou à leur clarté. Or, il peut tout à fait être soutenu que l'application correcte du droit de l'Union « [s'impose] avec une évidence telle qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable sur la manière de résoudre la question posée » lorsque, malgré l'ambiguïté ou l'imprécision des textes, l'interprétation qui doit en être faite ne suscite aucun doute raisonnable au regard de leur finalité, du préambule ou d'autres éléments pertinents qui emportent la conviction du juge. L'avocat général Francesco Capotorti avait en outre

⁷⁴³ CJCE, 6 oct. 1982, *CILFIT*, 283/81, *Rec.* p. 3415, §13 à 16.

⁷⁴⁴ Voir les références citées à la note 614. Voir également, faisant référence à la théorie de l'acte clair comme limite à l'obligation de renvoi préjudiciel avant l'arrêt *CILFIT* : M. LAGRANGE, concl. CJCE, 27 mars 1963, *Da Costa*, 28/62 à 30/62, *Rec.* p. 79, spéc. p. 88.

⁷⁴⁵ Dans ce sens : J. PERTEK, *Coopération entre juges nationaux et Cour de justice de l'Union européenne. Le renvoi préjudiciel*, Bruylant, 2013, n° 442, p. 198.

⁷⁴⁶ C. STIX-HACKL, concl. CJCE, 15 sept. 2005, *Intermodal Transport*, C-495/03, *Rec.* p. I-08151, §85.

vigoureusement combattu la théorie de l'acte clair en soutenant qu'elle était illogique⁷⁴⁷. L'on observera encore que la Cour a repris les termes de l'arrêt *CILFIT* dans ses arrêts *João Filipe Ferreira da Silva e Brito e.a.* et *Intermodal Transport*, sans y ajouter de référence à la clarté ou à l'obscurité⁷⁴⁸, alors même que, dans ce dernier arrêt, l'avocat général soutenait que l'arrêt *CILFIT* constituait une consécration de la théorie de l'acte clair⁷⁴⁹.

Seul l'arrêt *X et T. A. van Dijk* comporte une référence à l'existence d'un acte clair : « Il en découle qu'il appartient aux seules juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne d'apprécier, sous leur propre responsabilité et de manière indépendante, si elles sont en présence d'un acte clair »⁷⁵⁰. Une telle motivation n'implique cependant pas une confusion de la condition établie par l'arrêt *CILFIT* avec l'existence d'un acte clair. Si l'identification d'un acte clair par la juridiction nationale peut généralement équivaloir à la conclusion que le droit de l'Union s'impose avec une évidence telle qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable, rien n'indique qu'il s'agit de constatations équivalentes. Il n'est pas exclu que le droit de l'Union puisse s'imposer avec une évidence suffisante même en l'absence d'acte clair en lui-même, si l'interprétation d'une disposition de droit de l'Union ambiguë ne peut faire l'objet d'aucun débat.

Il nous semble que le juge national peut se voir reconnaître un pouvoir d'interprétation des dispositions appartenant au droit de l'Union européenne dans la mesure où il ne trancherait pas ainsi une difficulté sérieuse⁷⁵¹. Là encore, il faut distinguer le problème de la délimitation des compétences du juge national et celui des limites à l'obligation de renvoi. Si seule la Cour de justice est généralement compétente pour interpréter les dispositions du droit de l'Union, le renvoi suppose néanmoins, pour être obligatoire, que l'application correcte du droit de l'Union ne s'impose pas avec une évidence telle qu'elle ne laisserait de place à aucun doute raisonnable.

200. Au cours de cette section, nous avons pu montrer que l'affirmation d'une certitude par le juge ne requiert pas nécessairement d'identifier un acte clair et précis d'où découlerait la solution du litige. La nécessité de procéder à l'interprétation préalable d'un texte ou d'un arrêt imprécis ou ambigu n'est pas synonyme d'incertitude lorsqu'une seule interprétation s'impose au regard de l'esprit et de la finalité du texte ou de l'arrêt. Ainsi, un moyen peut être qualifié de non sérieux en l'absence de texte ou d'arrêt l'écartant expressément et une question peut ne soulever aucune difficulté sérieuse malgré l'absence de texte ou d'arrêt y apportant une réponse claire et précise.

Mais si la détermination des caractères sérieux et manifeste ne s'épuise pas dans le constat qu'aucun texte ni aucun arrêt ne fournit expressément de réponse au problème soumis au juge, qu'en est-il de l'hypothèse inverse, lorsqu'un acte clair existe ? L'existence d'un acte clair est-elle synonyme de certitude ? Justifie-t-elle l'affirmation selon laquelle une question ou un moyen ne soulève aucune difficulté sérieuse, la réponse à lui apporter

⁷⁴⁷ F. CAPOTORTI, concl. CJCE, 6 oct. 1982, *CILFIT*, 283/81, *Rec.* p. 3415, spéc. p. 3436.

⁷⁴⁸ CJCE, 15 sept. 2005, *Intermodal Transport*, C-495/03, *Rec.* p. I-08151, §33 à 45 ; CJUE, 9 sept. 2015, *João Filipe Ferreira da Silva e Brito e.a.*, C-160/14, §38.

⁷⁴⁹ C. STIX-HACKL, concl. l'arrêt, §83 à 89.

⁷⁵⁰ CJUE, 9 sept. 2015, *X et T. A. van Dijk*, C-72/14 et C-197/14, §59 et 60.

⁷⁵¹ Dans ce sens : J. PERTEK, *Coopération entre juges nationaux et Cour de justice de l'Union européenne. Le renvoi préjudiciel*, Bruylant, 2013, n° 442, p. 198 et 199 ; *La pratique du renvoi préjudiciel en droit communautaire*, Litec, 2001, n° 132, p. 47 et 48.

étant alors manifeste ? Le moyen conforme à un acte clair est-il sérieux en ce sens qu'il serait certainement bien fondé ? Inversement, le moyen contraire à un acte clair est-il toujours non sérieux, car certainement infondé ?

SECTION II : L'INCERTITUDE MALGRÉ L'EXISTENCE D'UN ACTE CLAIR

201. Les décisions qui font référence à l'existence d'un acte clair à propos des caractères sérieux et manifeste sont extrêmement nombreuses. Cela s'observe en matière de demande d'avis, pour lesquelles il est jugé qu'il n'existe pas de difficulté sérieuse lorsque la question trouve directement une réponse dans un texte de loi⁷⁵² ou dans la jurisprudence de la Cour de cassation⁷⁵³. Cela s'observe encore en matière préjudicielle, la Cour de cassation écartant tout renvoi à la Cour de justice de l'Union européenne quand les dispositions⁷⁵⁴ ou la jurisprudence⁷⁵⁵ européennes en cause ne nécessitent aucune interprétation. La Cour de justice elle-même a pu lier expressément identification d'un acte clair et obligation de renvoi préjudiciel dans un arrêt récent⁷⁵⁶. De même, il est constamment jugé qu'il n'y a pas lieu de surseoir à statuer, faute de difficulté sérieuse, sur les questions préjudicielles en interprétation d'un acte administratif individuel quand l'acte est clair et ne nécessite aucune interprétation⁷⁵⁷. Hors de la sphère préjudicielle, il a aussi été jugé que les contestations soumises au juge des référés qui tendent à remettre en cause le sens clair et précis d'un contrat sont dépourvues de caractère sérieux⁷⁵⁸. L'on renverra encore à un arrêt dans lequel la Cour de cassation énonce que « l'arrêt retient d'abord que

⁷⁵² Cass., avis, 4 avr. 2011, 11-00.001, *Bull. civ.*, avis, n° 5. Sur cet avis : « pour qu'une difficulté soit considérée comme sérieuse, il faut qu'il existe une réelle interrogation sur la solution à apporter. / Est-ce le cas en l'espèce ? / À mon sens aucunement. / Il résulte d'abord clairement de l'article 25 de la loi du 9 août 2004 transformant l'établissement public industriel et commercial EDF en société anonyme que cette transformation ne permet aucune remise en cause des biens, droits, obligations, contrats et autorisations. » (P. FOERST, concl. pour l'avis). Voir également : « Pour rejeter cette critique, la chambre sociale a relevé que le tribunal des affaires de sécurité sociale tenait de l'article L.142-9 du code de la sécurité sociale le pouvoir de soulever d'office les prescriptions prévues par ce code (Soc., 17 mars 1994, *Bull.* 1994, n° 102, p.71). Cette solution est induite par la simple lecture de ce texte, issu de la loi n° 85-10 du 3 janvier 1985 [...] Ainsi, la première question n'étant pas nouvelle et ne présentant pas de difficulté sérieuse » (J.-P. FEYDEAU, rapp. Cass., avis, 10 juill. 2006, n° 06-00.007, *Bull. civ.*, avis, n° 7).
⁷⁵³ Cass., avis, 12 avr. 1999, n° 99-00.003 ; Cass., avis, 10 juill. 2006, n° 06-00.007, *Bull. civ.*, avis, n° 7 ; Cass., avis, 24 mars 2014, n° 13-70.010, *id.* n° 3, rapp. J. MOUTY-TARDIEU ; Cass., avis, 4 janv. 2016, n° 15-70.004, *id.* à paraître, rapp. T. SILHOL ; Cass., avis, 12 sept. 2016, n° 16-70.008, *id.* à paraître, rapp. F. SCHMIDT et concl. L. LE MESLE ; Cass., avis, 9 janv. 2017, n° 16-70.011, concl. F. FELTZ. Voir également : G. LACAN, concl. Cass., avis, 10 oct. 2011, n° 11-00.005 ; P. CHAUVIN, « Le point sur la saisine pour avis », *BICC* 15 déc. 1993, p. 7, spéc. p. 11.

⁷⁵⁴ Cass., com., 21 juin 2011, n° 09-16.116 ; civ. 2^e, 7 juill. 2016, n° 15-23.517, *id.*, II, à paraître.

⁷⁵⁵ Cass., com., 11 déc. 2012, n° 11-28.053, *Bull. civ.*, IV, n° 226 ; 26 févr. 2013, n° 11-22.029.

⁷⁵⁶ CJUE, 9 sept. 2015, *X et T. A. van Dijk*, C-72/14 et C-197/14, §59 et 60.

⁷⁵⁷ Cass., req., 25 nov. 1884, *D.* 1885. 1. 35 ; 14 nov. 1887, *D.* 1888. 1. 129 ; 3 nov. 1885, *S.* 1886. 1. 249 ; civ. 1^{ère}, 5 mai 1954, *Bull. civ.*, I, n° 135 ; soc., 6 déc. 1961, n° 60-20.178, *id.*, IV, n° 1003 ; civ. 3^e, 8 juin 1988, n° 86-19.431 ; com., 14 déc. 2010, n° 08-19.225 ; civ. 1^{ère}, 6 avr. 2011, n° 10-15.092 à .096 ; civ. 3^e, 16 janv. 2013, n° 11-24.213, *id.*, III, n° 2 ; T. confl., 12 déc. 1885, *Comp. parisienne du gaz*, *D.* 1887. 3. 52 ; 17 déc. 1962, *Sté civ. du domaine de Comteville*, *RDJ* 1963. 771 ; 18 déc. 1943, *Chouard, Lebon* 325 ; 10 févr. 1949, *Roubaud, Lebon* 591 ; 27 nov. 1952, *Benaud, Lebon* 644 ; 12 janv. 1970, *Gaz. Pal.* 1970. 1. somm. 50.

⁷⁵⁸ Cass., com., 1^{er} déc. 1965, n° 64-14.238, *Bull. civ.*, IV, n° 620 ; 22 mai 2002, n° 97-20.326.

les réservations de fret comportent une convention d'arbitrage et une clause selon laquelle ces documents seront annulés et remplacés par les stipulations du connaissement, et ensuite que les connaissements contiennent une clause attributive de compétence au profit du pays où est établi le transporteur ; que la cour d'appel, *qui n'a pas eu à procéder à une quelconque interprétation*, en a exactement déduit que la clause compromissaire [...] avait été remplacée [...] de sorte qu'elle était de ce fait devenue manifestement inapplicable »⁷⁵⁹.

Il ne faut toutefois pas en déduire que l'existence d'un acte clair implique toujours une certitude. Tout comme l'obscurité de la loi ou de la jurisprudence participe de l'incertitude, leur clarté *participe* seulement de la certitude, sans l'induire constamment. En effet, il n'est pas exceptionnel que des arrêts retiennent qu'une question soulève une difficulté sérieuse alors même qu'une réponse peut être trouvée dans les énonciations claires et précises d'un texte ou de la jurisprudence, le juge faisant état d'un doute lorsque le sens clair d'un texte contredit son esprit ou ses finalités (§1) ou lorsqu'il lui semble que la jurisprudence est contestable ou erronée (§2).

§1. L'incertitude fondée sur la contradiction entre le sens d'un texte univoque et son esprit, ses finalités ou les exigences de l'équité

202. La prise en compte systématique des éléments contextuels entourant l'application et l'adoption d'un texte par le juge chargé de se prononcer sur l'existence d'une difficulté sérieuse. L'arrêt *CILFIT* liste les éléments que les juridictions suprêmes nationales doivent prendre en compte pour déterminer si « l'application correcte du droit communautaire [s'impose] avec une évidence telle qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable sur la manière de résoudre la question posée »⁷⁶⁰. Outre qu'il est nécessaire de procéder à une « comparaison des versions linguistiques »⁷⁶¹, la Cour de Luxembourg souligne que « chaque disposition de droit communautaire doit être replacée dans son contexte et interprétée à la lumière de l'ensemble des dispositions de ce droit, de ses finalités, et de l'état de son évolution à la date à laquelle l'application de la disposition en cause doit être faite »⁷⁶². Il en résulte que la clarté d'un texte n'est pas un élément suffisant pour que son application « ne laisse place à aucun doute raisonnable » : l'application d'un acte selon son sens littéral ne constitue pas nécessairement « l'application correcte » du droit de l'Union. Les finalités de l'Union européenne constituent des principes interprétatifs qui commandent au juge national de relever l'existence d'une difficulté sérieuse justifiant le renvoi d'une question préjudicielle, là où un texte indique pourtant clairement et précisément dans quel sens il devrait trancher.

Mais, si le juge national est tenu de s'assurer que la lettre des textes est conforme à leur finalité et leur esprit pour déterminer si la question préjudicielle de droit de l'Union européenne soulève une difficulté sérieuse, il semble aussi devoir procéder ainsi en dehors du champ d'application de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. En témoigne un arrêt très explicite rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 5 mai 1954⁷⁶³. La société Électricité et Gaz d'Algérie soutenait qu'un décret de nationalisation du 12 mai 1949 lui conférait le droit d'exploiter une usine

⁷⁵⁹ Cass., civ. 1^{ère}, 11 juill. 2006, n° 03-19.838, *Bull. civ.*, I, n° 366.

⁷⁶⁰ CJCE, 6 oct. 1982, *CILFIT*, n° 283/81, *Rec.* p. 3415, §16.

⁷⁶¹ *Id.* §18.

⁷⁶² *Id.* §20.

⁷⁶³ Cass., civ. 1^{ère}, 5 mai 1954, *Bull. civ.*, I, n° 135.

hydraulique située sur la chute d'eau de Ponteba. Ce texte emportait effectivement au profit de la société cession des droits que Gastambide avait acquis par une concession accordée en 1929. La cour d'appel d'Alger a refusé de surseoir à statuer sur les questions relatives à l'interprétation de la concession et du décret. La Cour de cassation rejette le moyen tiré de la violation de la loi des 16 et 24 août 1790 en se fondant sur les motifs suivant : « Attendu que des motifs de l'arrêt attaqué il résulta, d'une part, que « la production » de l'électricité n'a pas été concédée à Gastambide, mais seulement la distribution », « la chute de Ponteba ayant été seulement, avec son service hydraulique, mise à la disposition de Gastambide » ; que, *sans avoir à interpréter le sens de la convention de concession de 1929*, la Cour a simplement constaté « que le droit accordé à Gastambide de la jouissance d'eau est indépendant de la concession et de la distribution d'énergie électrique, que la convention comporte deux droits bien distincts, séparés, nettement définis juridiquement dans les termes eux-même » ;/ Attendu, d'autre part, qu'en présence de la rédaction du décret du 12 mai 1949 la Cour considère que seuls ont été nationalisés les réseaux de ligne de distribution d'énergie de la commune d'Orléansville concédés par Gastambide et elle précise que par les mots « ainsi que les droits et obligations y afférant », le décret n' a pas pu viser la branche « production » de l'usine de Ponteba, laquelle n'était pas mentionnée dans le décret ;/ Attendu que *si la Cour*, en l'état des actes en cause, *a cru devoir consacrer à la loi du 8 avril 1946, au décret du 12 mai 1949 et à la concession de 1929 les longs développements que lui reproche le pourvoi, elle n'a eu pour but que d'écarter les conclusions prises en appel par l'E.G.A. dont la thèse se révélerait contraire, non seulement à la lettre du décret de nationalisation, mais encore à l'esprit de ce texte et de la loi dont il était l'application* ;/ Attendu qu'à cet égard, après avoir rappelé que le décret dont s'agit avait été précédé d'un projet dont il cite les termes et qui comprenait « l'ensemble des biens, droits et obligations de l'entreprise des consorts Gastambide » et par suite « la branche production », l'arrêt attaqué relève que ce projet a été renvoyé « non approuvé » et compte tenu de la comparaison entre le texte du premier projet et le texte définitif « après l'avis du Ministère », il conclut qu'« à ne s'en tenir qu'à la lettre du décret », les droits de la jouissance de la chute d'eau » de Ponteba étaient formellement exclus ; « qu'en effet si le décret avait entendu transférer en plus les installations de production, il n'aurait pas manqué de le dire comme il était précisé dans le premier projet, car un tel transfert ne saurait être implicite » ;/ D'où il suit qu'en statuant comme elle l'a fait, la Cour d'Alger, sans violer le principe de la séparation des pouvoirs, a légalement appliqué les actes administratifs dont le sens était clair [...] ».

Cet arrêt démontre bien que l'existence d'une difficulté sérieuse peut résulter d'une dissociation entre la lettre du texte et son esprit ou ses objectifs. Le juge est ainsi appelé à porter un regard critique sur les textes clairs, comme en témoignent des arrêts qui concluent à l'existence d'une difficulté sérieuse alors que la question soulevée trouve directement une réponse dans le sens clair et précis d'un texte.

203. L'existence d'une difficulté sérieuse retenue lorsque l'application littérale du texte serait contraire à ses objectifs. Un arrêt rendu par la chambre commerciale le 13 février 2001 illustre bien l'incidence des objectifs et principes fondamentaux sur l'applicabilité d'un règlement selon son sens littéral⁷⁶⁴. La Cour de cassation y sursoit à statuer et renvoie à la Cour de justice la question suivante : « L'article 40 du règlement n° 2392/89 doit[-il] être interprété en ce sens qu'est interdit le dépôt à titre de marque

⁷⁶⁴ Cass., com., 13 févr. 2001, n° 98-23.501, *Bull. civ.*, IV, n° 35.

pour les produits visés au règlement d'une mention géographique dont l'usage n'est pas prévu par l'article 11, même lorsque l'enregistrement d'une telle marque n'est pas de nature à tromper le consommateur sur la provenance du vin et ne suscite aucune confusion avec une dénomination géographique enregistrée, dans la mesure où un tel enregistrement pouvait laisser supposer que la mention géographique en cause, relative à la région où ce vin est effectivement produit mais qui recouvre d'autres appellations d'origine, fait l'objet d'une protection [?] »

Cette question trouve une réponse claire et précise dans les termes de l'article 40, sur lequel elle porte pourtant. En effet, ce texte dispose que « 1. La désignation et la présentation des [vins et moûts de raisin] [...] ne doivent pas être erronées et de nature à créer des confusions ou à induire en erreur les personnes auxquelles elles s'adressent, notamment en ce qui concerne : [...] les propriétés des produits telles que, notamment, [...] l'origine ou la provenance [...] / 2. Lorsque la désignation, la présentation et la publicité se référant aux [vins et moûts de raisin] sont complétées par des marques, celles-ci ne peuvent pas contenir de mots, parties de mots, signes ou illustrations : a) qui soient de nature à créer des confusions ou à induire en erreur les personnes auxquelles elles s'adressent au sens du paragraphe 1 [...] ». L'expression « induire en erreur » recouvre sans aucune ambiguïté le fait de « laisser supposer que la mention géographique en cause [...] fait l'objet d'une protection », l'erreur se définissant comme l'« action [...] de tenir pour vrai ce qui est faux et inversement »⁷⁶⁵. Quant à l'énumération par l'article 40 des éléments factuels sur lesquels l'erreur doit porter, elle n'est pas exhaustive comme l'indique sans équivoque le terme « notamment ».

La difficulté sérieuse relevée par la Cour de cassation n'apparaît que si l'on se détache du sens littéral et immédiat du texte, pour le soumettre à un regard critique. Outre qu'elle constituerait une atteinte très importante à la liberté du commerce, une application littérale de l'article 40 pourrait s'avérer contre-productive en ce qui concerne la protection du consommateur : elle reviendrait *de facto* à priver celui-ci de toute information quant à l'origine géographique d'un vin qui ne bénéficierait pas d'une appellation d'origine contrôlée. Or, la liberté du commerce et la protection du consommateur sont deux principes directeurs du droit, ainsi que le rappelle le préambule du règlement en cause, qui les cite au titre des objectifs qu'il poursuit et les érige ainsi en raison d'être des règles qu'il contient⁷⁶⁶.

Il est utile de souligner que le doute exprimé par la Cour de cassation au soutien du renvoi ne puise pas sa source dans la jurisprudence de la Cour de justice, qui aurait obscurci le sens du texte en en faisant une interprétation équivoque⁷⁶⁷. Le doute existe donc en présence d'un texte bel et bien clair et précis.

La réponse de la Cour de justice valide d'ailleurs la défiance de la Cour de cassation vis-à-vis du sens immédiat de l'acte puisqu'elle juge que « pour que l'interdiction établie

⁷⁶⁵ *Trésor de la langue française*.

⁷⁶⁶ §4, 6 et 7 du préambule du règlement n° 2392/89.

⁷⁶⁷ Bien au contraire, l'arrêt cité par la chambre commerciale au soutien du renvoi conforterait plutôt l'application littérale du règlement dès lors que la juridiction européenne y énonce, à propos des dispositions équivalentes du règlement n° 355/79/CEE : « ces dispositions concourent au même but qui est l'élimination, dans la commercialisation des vins, de toutes pratiques de nature à créer de fausses apparences, peu importe que ces pratiques suscitent, dans l'esprit du commerce ou des consommateurs, des confusions avec des productions existantes ou l'illusion d'une origine ou de caractéristiques en réalité inexistantes » (CJCE, 25 févr. 1981, *Firma A. Weigand*, 56/80, *Rec.* p. 583, §18).

par l'article 40 du règlement n° 2392/89 soit applicable, il ne suffit pas de constater que l'utilisation d'une marque qui contient une mention géographique est, en elle-même, susceptible de faire croire qu'il s'agit d'une mention géographique faisant l'objet d'une protection qui n'existe pas en réalité. Il faut en outre établir l'existence d'un risque réel que le comportement économique des consommateurs concernés soit affecté par l'utilisation d'une telle marque »⁷⁶⁸. Le risque d'erreur ne suffit plus à emporter l'interdiction de la présentation, encore faut-il que l'erreur en cause ait un effet potentiel sur le comportement du consommateur. Cette solution, parfaitement équilibrée, permet de réserver l'interdiction contenue dans l'article 40 aux situations qui portent véritablement atteinte aux droits du consommateur⁷⁶⁹.

Ainsi, le caractère douteux de l'application correcte du droit de l'Union résulte de la confrontation du sens clair et précis du règlement avec des principes regardés comme essentiels.

204. L'existence d'une difficulté sérieuse retenue lorsque l'application littérale du texte trahirait son esprit. Une telle analyse se retrouve également dans un arrêt rendu par la chambre commerciale le 21 janvier 2014⁷⁷⁰. Dans cette affaire, une entreprise ayant pour activité l'importation de chiens et de furets destinés à la recherche en laboratoire entendait bénéficier de la franchise sur les droits d'importation prévue à l'article 60 du règlement n° 918/83, qui dispose « 1. Sont admis en franchise de droits à l'importation : a) les animaux spécialement préparés pour être utilisés en laboratoire [...] / 2. La franchise [...] est limitée aux animaux [...] qui sont destinés :

- soit aux établissements publics ou d'utilité publique ayant pour activité principale l'enseignement ou la recherche scientifique, ainsi qu'aux services relevant d'un établissement public ou d'utilité publique et ayant pour activité principale l'enseignement ou la recherche scientifique,
- soit aux établissements de caractère privé ayant pour activité principale l'enseignement ou la recherche scientifique, agréés par les autorités compétentes des États membres pour recevoir ces objets en franchise. »

L'administration des douanes, jugeant que cette franchise était limitée aux animaux importés par les établissements cités à l'article 60, exigea de l'entreprise qu'elle payât les droits de douanes sur les animaux qu'elle avait importés. La cour d'appel donna raison à l'importateur au motif que « si, comme le soutient l'appelante, la franchise était limitée aux animaux et aux substances biologiques ou chimiques qui sont « importées » par ces établissements, on ne comprend pourquoi l'article en cause n'a pas expressément employé ce terme clair, précis et non équivoque. / *Il n'y a aucun motif sérieux, ni invoqué, justifiant l'interprétation du terme également clair de « destinés », beaucoup moins restrictif, ce qui serait ajouter au texte une condition qu'il ne pose pas, la rigueur d'application de celui-ci devant, en tout état de cause, être assurée par le fait qu'il en résulte, sans besoin d'interprétation, qu'il doit être justifié, pour l'application de la franchise, que l'établissement destinataire des animaux, donc l'établissement qui en aura l'usage, conformément à la définition usuelle, remplit les conditions imposées par ledit texte »*⁷⁷¹. Mais la clarté relevée par la cour d'appel n'empêcha pas de

⁷⁶⁸ CJCE, 24 oct. 2002, *Borie Manoux*, C-81/01, *Rec.* p. I-09509, §27.

⁷⁶⁹ Dans ce sens : J.-M. BAHANS et M. MENJUCQ, « Marques vinicoles : des mentions géographiques plus libres », *D.* 2004. 2139.

⁷⁷⁰ Cass., com., 21 janv. 2014, n° 12-15.117.

⁷⁷¹ Lyon, 20 oct. 2011, n° 11/01326.

renvoyer une question préjudicielle à la Cour de justice portant sur le sens du mot « destiné », après avoir relevé que « l'administration des douanes soutient que cette interprétation de la cour d'appel méconnaît tant la lettre que *l'esprit* de l'article 60 du règlement du 28 mars 1983 ». La cour d'appel relevait d'ailleurs que des « motifs sérieux » peuvent justifier d'interpréter des termes clairs.

Une autre illustration de ce que l'esprit d'un texte clair doit être pris en compte pour déterminer s'il existe une difficulté sérieuse peut être trouvée dans un avis rendu par la Cour de cassation le 4 juin 2012⁷⁷². La demande d'avis était relative à l'article 21-12 1° du Code civil dans sa rédaction issue de la loi n° 2003-1119, qui énonçait : « L'enfant qui, depuis au moins cinq années, est recueilli en France et élevé par une personne de nationalité française [...] ». Le tribunal de grande instance de Paris invitait la Cour de cassation à se prononcer sur le point de savoir s'il était nécessaire que la personne ayant recueilli l'enfant ait eu la nationalité française durant cette période ou s'il suffisait qu'elle ait la nationalité française au jour de la déclaration. Ce à quoi la Cour a répondu qu'il était nécessaire que l'enfant ait été « élevé par une personne ayant la nationalité française depuis au moins cinq années au jour de la déclaration ». Répondant à la demande d'avis, la Cour juge nécessairement, bien qu'implicitement, qu'elle soulevait une difficulté sérieuse. L'avocat général avait pourtant conclu à l'irrecevabilité en arguant qu'une telle difficulté faisait défaut⁷⁷³.

La lecture du rapport permet de comprendre pourquoi la Cour n'a pas suivi les préconisations de l'avocat général. Il y est d'abord relevé que « la lettre même des dispositions en cause semble appeler une réponse univoque à la question posée, qui commande incontestablement l'issue du litige en ce qu'elle concerne la détermination d'une condition de recevabilité de la déclaration de nationalité souscrite à ce titre./ En effet, il prévoit que peut réclamer la nationalité française "L'enfant qui, depuis au moins cinq années, est recueilli en France et élevé par une personne de nationalité française ...". Et la locution "et" situé entre les mots "recueilli en France" et "élevé par une personne de nationalité française" suggère la concordance de temps entre la durée du recueil et celle de la qualité de Français du recueillant./ Toutefois, la lettre d'un texte ne saurait suffire, en soi, à son interprétation et il convient de rechercher si l'objectif de la réforme dont il est issu, son accueil en doctrine et les travaux parlementaires de cette réforme confortent ce résultat. Une analyse de la finalité et de la pratique du texte se révèle ainsi nécessaire pour permettre à la formation pour avis de se prononcer sur la pertinence de la question posée »⁷⁷⁴. L'analyse des éléments contextuels à laquelle il est procédé par la suite révèle qu'une application littérale du texte pourrait être regardée comme contraire à son esprit. En effet, l'examen des travaux préparatoires révèlent que l'instauration du délai de cinq ans, qui ne figurait pas dans le texte avant l'adoption de la loi n° 2003-1119, tend à lutter contre les filières d'immigration clandestine et à durcir les conditions d'attribution de la nationalité. L'on pourrait alors en déduire, avec l'avocat général, que la lettre du texte traduit parfaitement la finalité de la réforme intervenue en 2003. Cependant, le conseiller-rapporteur souligne que le choix d'imposer

⁷⁷² Cass., avis, 4 juin 2012, n° 12-00.004, *Bull. civ.*, avis, n° 4.

⁷⁷³ B. PAGÈS, concl. l'avis commenté.

⁷⁷⁴ A. BODARD-HERMANT, rapp. l'avis commenté. Rapp. : « La question peut raisonnablement donner lieu à des solutions divergentes de la part des juridictions du fond, compte tenu notamment d'une évolution terminologique sans lien avec l'esprit de la réforme. » (E. ALT, rapp. Cass., avis, 4 mai 2010, n° 10-00.002, *id.* n° 2).

un délai de cinq ans a pu être justifié par une volonté d’aligner ce mode d’acquisition de la nationalité sur les autres modes d’acquisition ouverts aux mineurs, prévus aux articles 21-7 et 21-12 2°. Or, l’application littérale du texte conduirait à dissocier les régimes plutôt qu’à les rapprocher. Par ailleurs, le rapport souligne que l’article 21-12 s’inscrit dans un mouvement du droit qui rattache l’acquisition de la nationalité à l’intégration et à l’adhésion aux valeurs fondamentales de la société française, en substituant les éléments liés à la naissance à une « garantie d’attachement qui tient à l’éducation », comme le révèle très clairement le 2° de cet article. Or, le rapporteur explique que l’acquisition de la nationalité française par la personne ayant recueilli le mineur durant la période du recueil implique toujours son intégration préalable et donc que le mineur a été élevé et éduqué dans le respect des valeurs de la société française. Une application littérale de l’article 21-12 paraît donc contraire à son esprit, ce qui explique pourquoi la Cour de cassation a jugé que la question était recevable. Les références citées par le rapport montrent d’ailleurs que la doctrine est divisée sur la question.

205. L’existence d’une difficulté sérieuse retenue lorsque l’application littérale du texte conduirait à une discrimination. L’on se reportera encore à un arrêt de la chambre sociale du 11 janvier 1984⁷⁷⁵, qui saisit la Cour de justice d’une question portant sur le point de savoir comment il faut entendre le concept de « résidence », tel que prévu à l’article 73 2° du règlement n° 1408/71⁷⁷⁶, alors même que l’article 1 H de cet acte dispose que « le terme «résidence» signifie le séjour habituel », ainsi que le relèvent la Cour de cassation et l’avocat général près la Cour de justice⁷⁷⁷. La chambre sociale souligne toutefois que « eu égard aux considérations qui auraient justifié l’adoption et le maintien en vigueur de dispositions particulières visant le service des prestations familiales aux travailleurs salariés soumis à la législation française », la définition du terme résidence pourrait se faire par référence au concept éponyme en droit français. Ici, le doute se fonde sur les principes de cohérence et de non-discrimination. Définir la résidence de façon autonome romprait l’équilibre inhérent à la législation nationale et conduirait à soumettre à des régimes distincts les travailleurs français placés dans une situation purement interne et les autres, sans que rien ne puisse justifier cette différence de traitement.

Précisons que les juges de Luxembourg n’ont pas pu apporter de réponse à cette question dès lors qu’ils ont répondu à la première question transmise en constatant la nullité de l’article 73, et ont ainsi privé d’objet la seconde question⁷⁷⁸.

206. Élément de droit comparé. Il est notable que le Conseil d’État adopte une

⁷⁷⁵ Cass., soc., 11 janv. 1984, n° 81-14.044, *Bull. civ.*, V, n° 5.

⁷⁷⁶ « 1. Le travailleur soumis à la législation d’un État membre autre que la France a droit, pour les membres de sa famille qui résident sur le territoire d’un autre État membre, aux prestations familiales prévues par la législation du premier État, comme s’ils résidaient sur le territoire de celui-ci.

2. Le travailleur soumis à la législation française a droit, pour les membres de sa famille qui résident sur le territoire d’un État membre autre que la France, aux allocations familiales prévues par la législation de l’État sur le territoire duquel résident ces membres de la famille ; il doit remplir les conditions relatives à l’emploi auxquelles la législation française subordonne l’ouverture du droit aux prestations. »

⁷⁷⁷ G. F. MANCINI, concl. CJCE, 15 janv. 1986, *Pietro Pinna*, 41/84, *Rec.* p. 1, n° 9.

⁷⁷⁸ Arrêt cité note précédente.

posture semblable vis-à-vis du droit positif. Dans une décision du 10 juillet 1970⁷⁷⁹, il juge qu'il y a lieu de procéder au renvoi d'une question préjudicielle relative à l'application de l'article 1 du règlement n° 1028/68. Ce, alors même que cette disposition est claire et précise, ainsi que le relève la Cour de justice dans sa réponse⁷⁸⁰. À l'appui de sa décision, la Haute Assemblée se réfère aux motifs du règlement. L'arrêt rendu par la Cour de justice sur renvoi va dans le même sens puisqu'elle prend soin de préciser qu'une application non littérale du règlement serait contraire à ses finalités après avoir dit que le règlement ne comportait aucune ambiguïté⁷⁸¹.

207. Éclairage théorique. Au regard des arrêts étudiés ci-dessus, il apparaît nettement que l'existence d'un texte clair et précis ne suffit pas à écarter tout doute quant à son application, le juge devant encore s'interroger sur sa finalité et sur les conséquences de son application. La jurisprudence fait ainsi écho aux critiques qui ont pu être opposées à la théorie de l'acte clair, que l'on résumera en citant André Pépy : « Dire que le texte est clair, c'est dire qu'entre les divers modes d'interprétation possibles (esprit du traité, but, etc.), il faut choisir l'interprétation littérale, et donc faire œuvre d'interprète »⁷⁸². Il est donc faux de prétendre qu'en présence d'un texte clair, la solution est donnée au juge ; elle est toujours le fruit d'une interprétation. Dans ce sens, Pascale Deumier observe, au terme d'une analyse des documents préparatoires aux arrêts : « Il arrive que les membres des juridictions constatent le sens clair d'un texte, quitte à reconnaître la relativité d'une telle appréciation. Mais, jusque dans ces cas, l'examen va s'étendre aux autres éléments juridiques, seuls à même de garantir le choix d'une solution s'insérant de façon cohérente dans l'ensemble ainsi constitué. Ainsi, la démarche de consulter les autres sources du droit ne doit pas uniquement à un besoin d'interprétation du texte ou de comblement d'une lacune ; elle semble obéir au besoin plus général de disposer de l'intégralité des données juridiques avant de prendre une décision »⁷⁸³. La théorie de l'acte clair repose ainsi sur un

⁷⁷⁹ CE, 10 juill. 1970, n° 76643, *Lebon* 477.

⁷⁸⁰ CJCE, 17 déc. 1970, *Syndicat national du commerce extérieur des céréales*, 34/70, *Rec.* p. 1233, §5. Voir aussi : J.-M. RAINAUD, note sous CJCE, 17 déc. 1970, et CE, 27 janv. 1971, *Syndicat national du commerce extérieur des céréales et autres*, *D.* 1971. 645. L'auteur affirme que le Conseil d'État « obscurcit » sciemment le texte (p. 649).

⁷⁸¹ *Id.* §12.

⁷⁸² A. PÉPY, « Essai d'ensemble sur l'application de l'article 177 du Traité de Rome », *D.* 1964. 11. Voir également : F. CAPOTORTI, concl. CJCE, 6 oct. 1982, *CILFIT*, n° 283/81, *Rec.* p. 3415, n° 4 ; O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juges du droit communautaire*, thèse Bordeaux, 1999, Dalloz, 2001, p. 95 ; P. PESCATORE, « L'attitude des juridictions nationales à l'égard du problème des effets directs du droit communautaire », *RTD eur.* 1970. 300 ; R. JOLIET, *Le droit institutionnel des Communautés européennes – Le contentieux*, Faculté de Droit, d'Économie et de Sciences sociales de Liège, 1981, p. 184 ; C.-J. BERR, « L'insertion dans les procès français du mécanisme européen des questions préjudicielles », *JCP G* 1967. I. 2060, n° 24 ; F. DUMON, *op. cit.*, p. 242. Pour une analyse théorique du concept de clarté comme résultat de l'interprétation : R. DWORKIN, *L'empire du droit*, PUF, 1994, p. 381 à 385.

⁷⁸³ P. DEUMIER, « Synthèse », in P. DEUMIER (dir.), *op. cit.*, p. 255 et 256. Dans le même sens : « L'analyse des travaux préparatoires révèle que le texte et son exégèse sont omniprésents. Néanmoins leur omniprésence ne signifie pas qu'ils sont dominants dans le raisonnement. Bien au contraire, le juge mobilise tous les arguments qui lui sont nécessaires pour résoudre le litige qui lui est soumis et qu'il a le devoir de trancher. Le texte n'est que le point de départ dans la recherche de l'identification de la règle de droit et son exégèse n'est que le point de départ dans le procédé interprétatif. Autrement dit, il ne peut suffire seul. » (C. VOCANSON, « Le texte », in P. DEUMIER (dir.), *op. cit.*, n° 35). Voir aussi : M. JÉOL, in Laboratoire d'épistémologie juridique de la faculté de droit d'Aix-Marseille & Cour de

paralogisme en ce qu'elle définit l'interprétation comme l'opération consistant à éclairer un texte obscur, qui serait donc exclue à l'égard des actes clairs⁷⁸⁴, alors qu'il s'agit d'une opération consistant à déterminer quel sens doit *lui être assigné*, fussent ses termes dépourvus de toute ambiguïté. C'est ainsi que doit se lire un arrêt du 11 mai 2017, dans lequel la première chambre civile de la Cour de cassation énonce : « attendu, enfin, que, si toute recherche de la volonté du législateur par voie d'interprétation est interdite au juge, lorsque le sens de la loi, tel qu'il résulte de sa rédaction, n'est ni obscur ni ambigu, et doit par conséquent être tenu pour certain, *il y a exception si l'application du texte aboutit à quelque absurdité* »⁷⁸⁵.

La clarté du texte dont l'application est discutée n'exclut donc pas toute interrogation et ne constitue alors pas une justification pertinente du refus de renvoyer une question préjudicielle. En effet, en cas de contradiction entre la lettre du texte et sa finalité, son esprit ou les exigences de l'équité, le juge est contraint d'opérer un choix entre faire prévaloir les exigences de sécurité juridique et l'autorité reconnue au législateur ou faire prévaloir la poursuite d'autres objectifs socio-économiques en procédant à une application *contra legem* ou à un revirement⁷⁸⁶. Il est donc enfermé dans un dilemme qui ne peut être résolu que par une décision teintée d'une part d'arbitraire. Le doute qu'il éprouve ne saurait alors être surmonté par le raisonnement. Une difficulté sérieuse est alors caractérisée malgré la clarté des textes. L'on peut certes discuter du point de savoir quel est véritablement l'esprit du texte ou sa finalité ou du point de savoir s'il y a véritablement une contradiction, mais dès lors que l'analyse conduit à la conclusion qu'une telle contradiction existe, l'affirmation d'une certitude s'avérerait particulièrement problématique.

208. Il résulte cette analyse que la question relative à l'application d'un acte clair mais dont la lettre semble méconnaître l'esprit, les finalités ou l'équité soulève nécessairement une difficulté sérieuse. Il faut également considérer que le moyen conforme au sens clair et précis de la loi est toujours sérieux car si sa conformité au texte n'implique pas systématiquement qu'il soit certainement fondé, une interprétation *contra legem* pouvant être retenue, il existera à tout le moins un doute sur son bien-fondé. De même, les agissements autorisés expressément et sans équivoque par la loi ne peuvent constituer un trouble manifestement illicite ; le trouble pourra bien être jugé illicite si le juge du fond estime qu'il y a lieu de faire prévaloir une interprétation *contra legem*, mais le juge des référés ne saurait prétendre que cette illicéité est manifeste et qu'elle serait certainement retenue

cassation, *L'image doctrinale de la Cour de cassation, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993*, La Documentation française, 1994, p. 39, où il est expliqué que la Cour de cassation recourt généralement aux méthodes de la libre recherche scientifique et ne se cantonne jamais à une démarche purement exégétique.

⁷⁸⁴ « L'interprétation n'étant autre chose que l'éclaircissement d'un texte obscur, la demande d'interprétation n'a pas de raison d'être et n'est pas recevable si elle porte sur un acte clair, dans lequel on ne signale aucune ambiguïté de nature à entraver son application » (E. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, tome II, p. 605). Dans le même sens : M. LAGRANGE, concl. CJCE, 27 mars 1963, *Da Costa*, 28/62 à 30/62, *Rec. p. 79*, spéc. p. 88 ; « Cour de justice européenne et tribunaux nationaux ; la théorie de l'« acte clair » : pomme de discorde ou trait d'union », *Gaz. Pal.* 1971, 1, p. 132 ; H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, tome I, Sirey, 1961, p. 529, n° 475 ; J.-Y. VINCENT, *op. cit.*, p. 107 à 111).

⁷⁸⁵ Cass., civ. 1^{ère}, 11 mai 2017, n°s 16-15.549 et 16-60.115, *Bull. civ.*, I, à paraître.

⁷⁸⁶ Voir, notamment : K. GEENAWALT, « How Law Can Be Determinate », *UCLA Law Review* vol. 38 (1990 – 1991), p. 1, spéc. p. 38 s.

par le juge du fond. La même observation vaut pour toute appréciation manifeste, qu'il s'agisse d'une nullité, inapplicabilité, irrecevabilité ou autre.

Une telle solution est difficilement critiquable mais en va-t-il de même lorsque le juge est face à une jurisprudence claire qu'il estime erronée ou, à tout le moins, contestable ? Nul n'ayant de droit acquis à une jurisprudence figée⁷⁸⁷, l'on pourrait penser qu'une certitude pourrait être affirmée dans une telle situation. Pourtant, il n'en est rien.

§2. L'incertitude fondée sur le caractère erroné ou contestable d'une jurisprudence claire

209. Dès lors que nul n'a de droit acquis à une jurisprudence figée, il est logique que l'existence d'une jurisprudence claire n'induisse pas toujours la certitude. Si un doute peut surgir en présence d'un texte clair par lui-même, à plus forte raison un doute devrait-il pouvoir surgir lorsqu'un texte n'est clair qu'en tant qu'il est éclairé par une jurisprudence univoque. Aussi, il semble bien que la certitude est écartée en présence d'une jurisprudence claire dont il est démontré qu'elle devrait être abandonnée, parce qu'elle repose sur une erreur ou conduit à un résultat contestable. Cette solution est pourtant loin d'être intuitive car l'on pourrait penser que la démonstration du caractère erroné ou contestable de la jurisprudence devrait induire une certitude : un revirement devrait intervenir et aucun doute ne saurait être tiré de l'existence d'une jurisprudence infondée quoique claire. La jurisprudence n'admet cependant pas la possibilité d'une certitude *contra jurisprudentiam*, pas plus qu'elle n'admet une certitude *contra legem*. La démonstration de l'erreur ou du caractère contestable de la jurisprudence ne génère pas une certitude mais suscite un doute (I). En revanche, la Cour de cassation admet qu'une solution contraire à celle expressément consacrée par un arrêt puisse être considérée comme certaine quand il est démontré que cet arrêt procédait d'une erreur (II).

I/ L'incertitude fondée sur le caractère erroné ou contestable d'une jurisprudence claire

210. **L'existence d'une difficulté sérieuse retenue lorsqu'une jurisprudence univoque de la Cour de justice fait l'objet de vives critiques doctrinales.** Par un arrêt du 9 décembre 1997, la chambre commerciale de la Cour de cassation a renvoyé à la Cour de justice des Communautés européennes la question de savoir si « en vue de l'application de l'article 5.1 de la Convention du 27 septembre 1968, [...] le lieu où l'obligation a été ou doit être exécutée, au sens de ce texte, doit être déterminé conformément à la loi qui régit l'obligation litigieuse selon les règles de conflit de la juridiction saisie ou si les juges nationaux ne doivent pas déterminer le lieu d'exécution de l'obligation en recherchant, en fonction de la nature du rapport d'obligation et des circonstances de l'espèce, le lieu où la prestation a été, ou devait être, effectivement fournie, sans avoir à se référer à la loi qui régit l'obligation litigieuse selon la règle de conflit du for »⁷⁸⁸. Saisie peu après de la même question, la première chambre civile a jugé qu'elle soulevait une difficulté sérieuse et a

⁷⁸⁷ Voir, notamment : Cass., civ. 1^{ère}, 21 mars 2000, n° 98-11.982, *Bull. civ.*, I, n° 97 ; 9 oct. 2001, n° 00-14.564, *id.* n° 249 ; soc., 12 nov. 2002, n° 00-45.414 ; com., 12 nov. 2008, n° 08-10.138 ; civ. 1^{ère}, 11 juill. 2009, n° 07-14.932 ; civ. 2^e, 3 févr. 2011, n° 09-16.364.

⁷⁸⁸ Cass., com., 9 déc. 1997, n° 95-17.619, *Bull. civ.*, IV, n° 334.

décidé de surseoir à statuer le temps que la Cour de justice réponde à la chambre commerciale⁷⁸⁹.

La réponse à la question posée était pourtant expressément donnée par la jurisprudence européenne, ainsi que le relève d'ailleurs la Cour de cassation : « la Cour de justice des Communautés européennes a dit pour droit, par son arrêt du 6 octobre 1976 (*Tessili*), que le lieu où l'obligation a été ou doit être exécutée, au sens de l'article 5.1 de la Convention, est déterminé conformément à la loi qui régit l'obligation litigieuse selon les règles de conflit de la juridiction saisie ». L'arrêt de la chambre commerciale énonce néanmoins « qu'il apparaît *cependant* opportun de poser à la Cour de justice une question préjudicielle » et que le second moyen soulevé par le pourvoi, tiré de ce que la compétence des juridictions françaises est déterminé par référence à la loi applicable au contrat, « soulève une difficulté sérieuse ». L'identification d'une difficulté sérieuse pourrait surprendre dès lors que la Cour de cassation a déjà jugé qu'une telle difficulté faisait défaut lorsque la question trouve une réponse claire et précise dans la jurisprudence européenne⁷⁹⁰.

Le rapport rédigé en vue de l'arrêt commenté permet, toutefois, de comprendre cette solution. En effet, après avoir relevé que les auteurs sont « généralement hostiles » à la jurisprudence de la Cour de justice, dont la réception « n'est pas uniforme », et après avoir exposé « les critiques habituellement adressées à la jurisprudence *Tessili* », le conseiller-rapporteur indique « que la meilleure solution, pour trancher le débat, consisterait certainement soit à provoquer une évolution de la jurisprudence de la CJCE, si on le souhaite, soit à obtenir la confirmation de sa position antérieure. Pour cela, on pourrait songer à lui poser une nouvelle question préjudicielle. La possibilité n'en est nullement exclue par cette juridiction qui accepte qu'un juge national, s'il l'estime opportun, lui défère à nouveau une question d'interprétation qui a déjà fait l'objet d'une décision à titre préjudiciel dans une espèce analogue afin de savoir s'il n'y aurait pas lieu de revenir sur l'interprétation antérieure ou, dans le cas contraire, de s'assurer de la

⁷⁸⁹ Cass, civ. 1^{ère}, 2 févr. 1999, n° 97-10.679.

⁷⁹⁰ « Attendu, toutefois, que la Cour de justice ne s'est pas prononcée à ce jour sur la situation où la charge financière n'a pas été instituée par l'État ou par une autorité étatique ;/ Attendu, *dès lors*, que la solution du présent litige soulève une difficulté sérieuse [...] » (Cass., com., 4 janv. 1994, n° 91-18.964). Voir aussi : « Que la Cour de justice n'a, semble-t-il, pas eu à connaître du cas où l'organisme considéré n'a pas été créé par un pouvoir adjudicateur ;/ [...] Attendu que la question de savoir si les Atm ont été créées et ont pour fin de satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial pose *ainsi* une difficulté sérieuse/ » (Cass., com., 8 mars 2016, n° 14-13.540).

permanence de celle-ci »⁷⁹¹. Précisons toutefois que, dans cette affaire, la Cour de justice a confirmé sa jurisprudence malgré l'invitation qui lui était faite d'opérer un revirement⁷⁹².

Cet arrêt n'est pas isolé et peut être rapproché d'un arrêt rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 6 novembre 2015, qui renvoie à la Cour de justice de la question suivante : « L'effet attaché au certificat E 101 délivré [...], par l'institution désignée par l'autorité de l'État membre dont la législation de sécurité sociale demeure applicable à la situation du travailleur salarié, s'impose-t-il, d'une part, aux institutions et autorités de l'État d'accueil, d'autre part, aux juridictions du même État membre, lorsqu'il est constaté que les conditions de l'activité du travailleur salarié n'entrent manifestement pas dans le champ d'application matériel des règles dérogatoires de l'article 14, paragraphes 1 et 2, du règlement n° 1408/71 ? »⁷⁹³. L'arrêt relève pourtant qu'« il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJCE, 10 février 2000, C-202/97, *Fitzwilliam Executive Search* ; 30 mars 2000, C-178/97, *Barry Bank*, et 26 janvier 2006, C-2/05, *Herbosch Kiere*) qu'aussi longtemps qu'il n'est pas retiré ou déclaré invalide par les autorités de l'État membre qui l'a délivré, le certificat E 101, qui atteste de l'application de la législation de ce dernier au travailleur salarié ainsi qu'à son employeur, lie l'autorité compétente et les juridictions de l'État membre dans lequel le travailleur exerce son activité ». La jurisprudence européenne était donc claire : les juridictions de l'État d'accueil ne peuvent pas apprécier elles-mêmes les contestations concernant la validité du certificat émis par un autre État membre – ou par la Confédération helvétique, qui produit ses effets jusqu'à son retrait ou à son annulation par les autorités de l'État qui l'a émis⁷⁹⁴.

⁷⁹¹ J.-P. RÉMERY, rapp. pour l'arrêt, *Rev. crit. DIP* 1998. 117. Au titre des critiques faites à l'arrêt *Tessili*, le conseiller-rapporteur explique qu'« il lui est souvent reproché de résoudre un problème de compétence juridictionnelle en commençant par rechercher la loi applicable au fond. Par ailleurs, il est souligné que la technique de l'arrêt *Tessili* est d'un maniement complexe et que le raisonnement conflictualiste qui la sous-tend n'est ni facile à mettre en oeuvre, ni conforme aux objectifs de simplification affichés par la Convention de Bruxelles, d'autant que rien ne garantit, contrairement au but de cette dernière, que l'on désigne ainsi la juridiction dont le rattachement avec le litige sera le plus étroit. » Sur la possibilité de saisir la Cour de justice d'une question qu'elle a déjà résolu si cela semble opportun à la juridiction nationale : CJCE, 27 mars 1963, *Da Costa*, 28/62 à 30/62, *Rec.* p. 59, spéc. p. 76 ; 6 oct. 1982, *CILFIT*, 283/81, *id.* p. 3415, §15 ; CJUE, 12 oct. 2010, *Rosenbladt*, C-45/09, *id.* p. I-09391 §31 ; 26 mai 2011, *Stichting Natuur en Milieu*, C-165/09, §52.

⁷⁹² CJCE, 28 sept. 2009, *GIE Groupe Concorde e.a.*, C-440/97, *Rec.* p. I-06307.

⁷⁹³ Cass., ass., 6 nov. 2015, n° 13-25.467, *Bull. civ.*, A. P., à paraître. Voir aussi, sursoyant à statuer le temps que la Cour de justice de l'Union européenne se prononce sur la question : Cass., crim., 15 mars et 21 juin 2016, n° 13-88.632 ; civ. 2°, 31 mars 2016, n° 14-13.937.

⁷⁹⁴ La jurisprudence des juridictions des autres États membres retenait également cette solution (voir le rapport rédigé par le haut conseiller Laurent TRUCHOT, p. 35 et 36 et les conclusions du Procureur général Jean-Claude MARIN, p. 23). La doctrine était également unanime, la plupart des auteurs dénonçant comme contraire à la jurisprudence de la Cour de justice des arrêts par lesquels la chambre criminelle de la Cour de cassation a décidé que la production du certificat E 101 ne pouvait pas empêcher les juridictions françaises de rechercher si les règles de droit français étaient applicables au travail des salariés afin de déterminer si l'employeur ne les avait pas sciemment méconnues (J.-C. FILLON, « EasyJet et Vueling : un trou d'air dans l'application du droit européen », *Liaisons sociales Europe* n° 350 ; J.-P. LHERNOULD, « Une compagnie aérienne peut-elle détacher des navigants en France ? L'étonnante leçon anti-européenne de la chambre criminelle à propos du formulaire E.101 », *RJS* 2014. 307 ; « Certificat E101/A1 : il est indispensable de saisir la Cour de justice de l'Union européenne », *Dr. soc.* 2014. 1050 ; N. CHAVRIER et L. CHABAUD, « Affaire EasyJet et Vueling. Une atteinte grave à la primauté du droit de l'Union européenne », *Semaine sociale Lamy* 1^{er} sept. 2014,

Bien qu'il ne soit pas fait mention d'une difficulté sérieuse dans l'arrêt, la Cour de cassation y voit généralement une condition du renvoi⁷⁹⁵. De sorte que l'arrêt peut se comprendre comme retenant implicitement mais nécessairement qu'une telle difficulté existe. Une telle solution pourrait sembler critiquable en présence d'une solution directement et expressément fournie par la Cour de justice dans ses arrêts antérieurs. Aussi un auteur a-t-il pu écrire : « On ne peut qu'accueillir avec satisfaction le fait que la Cour de cassation prenne enfin en compte la jurisprudence européenne évoquée plus haut, même au prix d'une question préjudicielle qui se veut complémentaire, mais nous laisse perplexe dans la mesure où la Cour de justice a déjà répondu à tous ses aspects »⁷⁹⁶.

Les éléments figurant dans le rapport établi par le haut conseiller Laurent Truchot permettent, cependant, de comprendre les raisons du renvoi. Il y est fait état des vives critiques doctrinales qu'ont suscitées les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne⁷⁹⁷, qui lui reprochent de favoriser la fraude et l'optimisation sociale et fiscale, ainsi que de faire peser la charge du contrôle sur un État d'origine, alors même que celui-ci est peu enclin à poursuivre les fraudes et est généralement dans l'impossibilité de les rechercher et de les constater, le travail étant réalisé sur le territoire d'un autre État. Dans le même sens, Jean-Claude Marin, Procureur général près la Cour de cassation, insistait sur les risques de fraude engendrées par la jurisprudence européenne et préconisait en conséquence un renvoi préjudiciel, malgré la possibilité de prononcer la cassation « dans la droite ligne de la jurisprudence communautaire »⁷⁹⁸. Ainsi, si la Cour de cassation a décidé de mettre en œuvre l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, c'est en raison du caractère contestable de la solution énoncée clairement et

n° 1641, p. 6 ; J. ICARD, « Travail dissimulé et détachement européen », *Cahiers sociaux* 1^{er} avr. 2014 n° 62, p. 255). Si certains auteurs ont approuvé ces arrêts, ils ne soutiennent toutefois pas qu'ils soient conformes à la jurisprudence de la Cour de justice (A. LYON-CAEN, « Quelle est l'inspiration de la loi n° 2014-790 du 11 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale ? », *D.* 2014. 1816), mais semblent plutôt appeler à une remise en cause de celle-ci (F. MULLER, « Face aux abus et contournements, la directive d'exécution de la directive détachement est-elle à la hauteur ? », *Dr. soc.* 2014. 788 ; H. GUICHAOUA, « Une avancée remarquable dans la lutte contre le travail illégal et le dumping social du fait des entreprises étrangères : les arrêts Easyjet et Vueling », *Droit ouvr.* 2014. 385).
⁷⁹⁵ Voir, notamment : Cass., com., 5 mai 1982, n° 80-11.490, *Bull. civ.*, IV, n° 156 ; 9 déc. 1997, n° 95-17.619, *Bull. civ.*, IV, n° 334 ; civ. 3^e, 28 mars 2007, n° 04-12.315 ; com., 12 févr. 2008, n° 06-16.202 ; 20 mai 2008 (3 arrêts), n°s 06-20.230, 05-14.331 et 06-15.136, *Bull. civ.*, IV, n° 101 ; soc., 9 juill. 2008, n° 07-42.023, *id.*, V, n° 149 ; civ. 2^e, 10 sept. 2009, n°s 09-10.445 et .605 ; soc., 2 juin 2010, n° 08-44.834. Rapp. : civ. 1^{ère}, 2 févr. 1999, n° 97-10.679.

⁷⁹⁶ J.-C. FILLON, « La valeur des certificats E 101 désignant la législation applicable en France à des travailleurs d'entreprises établies dans un autre État de l'Union européenne », *JCP G* 2016. 19. Voir aussi : « On avancera pour conclure que si une question devait être utilement posée à la Cour de justice, même si nous ne sommes pas convaincus du bien-fondé ici de cette démarche, elle aurait plutôt dû concerner ces deux dernières affaires [Cass., ass., 6 nov. 2015, n°s 14-10.182 et 14-10.193, deux arrêts] et les conséquences d'une absence de certificats E 101 dans les dossiers des travailleurs et des entreprises, plutôt que la première. » (*ibid.*)

⁷⁹⁷ Voir le rapport pour l'arrêt commenté, p. 30 à 35.

⁷⁹⁸ « Force est de constater que la "porte est étroite", ce qui pourrait vous conduire à casser l'arrêt attaqué dans la droite ligne de la jurisprudence communautaire. / Mais l'ampleur de la fraude sociale de cette nature et l'inquiétude grandissante sur ces questions ne commandent-elles pas de saisir la Cour de justice des difficultés des États et de la nécessité de renforcer la lutte contre un phénomène de dumping social. » (J.-C. MARIN, concl. l'arrêt commenté, p. 33).

précisément par la Cour de justice, qu'elle invite à procéder à un revirement. Elle a ainsi suivi ainsi les vœux de la doctrine et du Conseil économique, social et environnemental⁷⁹⁹.

À titre purement informatif, il convient d'indiquer que la Cour de justice s'en est finalement tenue à sa position initiale et s'est refusée à opérer un revirement. Par arrêt du 27 avril 2017, elle a répondu à la question préjudicielle que le certificat E 101 « lie tant les institutions de sécurité sociale de l'État membre dans lequel le travail est effectué que les juridictions de cet État membre, même lorsqu'il est constaté par celles-ci que les conditions de l'activité du travailleur concerné n'entrent manifestement pas dans le champ d'application matériel de cette disposition du règlement n° 1408/71 »⁸⁰⁰. La Cour de cassation en a tiré les conséquences par un arrêt d'Assemblée plénière du 22 décembre 2017⁸⁰¹, dont les documents préparatoires confirment que la question préjudicielle avait été posée dans l'attente d'un éventuel revirement, alors même que « *la décision de la Cour de justice n'est pas une surprise* »⁸⁰².

211. Éclairage théorique. Ces deux arrêts semblent montrer que le caractère contestable, et à plus forte raison le caractère erroné, d'une solution clairement et précisément consacrée par la jurisprudence génère un doute dans l'esprit du juge chargé de se prononcer sur les caractères sérieux et manifeste. Une telle solution pourrait surprendre car s'il est établi que la jurisprudence est contestable ou erronée, le juge devrait l'abandonner. Nul n'ayant de droit acquis à une jurisprudence figée⁸⁰³, la démonstration du caractère erroné ou contestable de la solution dégagée par la jurisprudence devrait rendre certaine la solution issue d'un revirement. Si l'on admet qu'une certitude *contra legem* puisse difficilement exister, une certitude *contra jurisprudentiam* est envisageable. Par conséquent, il faudrait considérer que ces deux arrêts ne témoignent pas d'un doute mais d'une certitude. En affirmant qu'il existe une difficulté sérieuse, la Cour de cassation affirmerait qu'une solution contraire à celle retenue par la Cour de justice, qui a fait l'objet de vives critiques, s'impose avec certitude. Si elle constate l'existence d'une difficulté sérieuse et renvoie une question préjudicielle à la Cour de justice, c'est en raison de l'autorité reconnue aux arrêts de la Cour de justice, qui s'imposent aux juridictions nationales⁸⁰⁴, non parce qu'elle éprouverait un doute.

Une telle analyse doit cependant être rejetée car en présence d'une jurisprudence claire mais erronée, le juge est en présence de deux impératifs contradictoires : préserver la sécurité juridique et la confiance légitime des justiciables dans la jurisprudence de la Cour de cassation ou assurer une meilleure application des règles de droit. Une telle contradiction impose de faire un choix comportant une part discrétionnaire et l'on ne saurait alors prétendre que la solution fondée sur un revirement est certaine, des arguments importants en faveur du maintien de la solution antérieure existant. Le raisonnement n'est pas ici de nature à surmonter les doutes éprouvés à propos de la

⁷⁹⁹ J.-P. LHERNOULD, « Certificat E101/A1 : il est indispensable de saisir la Cour de justice de l'Union européenne », *Dr. soc.* 2014. 1050 ; Conseil économique, social et environnemental, avis, 22 sept. 2015, p. 86 et 87 (disponible sur le site du Conseil). Voir également, approuvant l'arrêt du 6 novembre 2015 commenté : E. JEANSEN, « Portée du formulaire A1 », *JCP S* 2015. 1454.

⁸⁰⁰ CJUE, 27 avr. 2017, *A-Rosa Flussschiff GmbH*, C-620/15.

⁸⁰¹ Cass., ass., 22 déc. 2017, n° 15-28.777, *Bull. civ.*, A. P., à paraître.

⁸⁰² Rapport du haut conseiller Laurent Truchot, p. 4.

⁸⁰³ Cf. note 787.

⁸⁰⁴ CJCE, 3 févr. 1977, *Benedetti*, 52-76, *Rec.* p. 163.

résolution du cas. Dans ce sens, il peut être observé que la doctrine s'accorde avec d'éminents membres de la Cour de cassation pour considérer que les formations restreintes de cette juridiction ne peuvent opérer aucun revirement dès lors qu'elles ne peuvent statuer que si la solution du pourvoi s'impose, qu'elle est certaine⁸⁰⁵.

212. Il résulte de ces développements que la question à laquelle la jurisprudence apporte une réponse univoque mais erronée ou contestable soulèvera toujours une difficulté sérieuse. Par ailleurs, le moyen conforme à une jurisprudence claire devra nécessairement être qualifié de moyen sérieux⁸⁰⁶. En effet, soit aucun argument pertinent ne permet de remettre en cause la jurisprudence et le moyen sera alors fondé, soit il existe des arguments en faveur d'un revirement et il existera alors un doute sur le bien-fondé du moyen. Quant au trouble dont la jurisprudence prévoit sans ambiguïté la licéité, par exemple, il ne saurait jamais être qualifié de manifestation illicite par le juge des référés ; soit la jurisprudence paraît fondée et le trouble est alors licite, soit elle paraît erronée ou contestable et il existe alors un doute sur la licéité et l'on ne peut prétendre que le juge du fond retiendra certainement l'illicéité.

Il faut toutefois distinguer selon que le juge appelé à se prononcer sur les caractères sérieux et manifeste se trouve véritablement en présence d'une jurisprudence claire mais contestable ou qu'il est seulement en présence d'un arrêt d'espèce clair mais contestable. Il semble en effet qu'un moyen conforme à un arrêt d'espèce reposant sur une erreur peut être qualifié de non sérieux, qu'un trouble expressément autorisé par un arrêt d'espèce erroné peut être qualifié de trouble manifestement illicite, etc.

II/ La certitude fondée sur la démonstration du caractère erroné d'un arrêt d'espèce clair et précis

213. Un trouble jugé manifestement illicite malgré un arrêt non publié rendu en formation restreinte qui avait conclu à sa licéité. Dans un arrêt du 27 octobre 1992, la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé que la vente par un distributeur non agréé d'un produit sur lequel est mentionné qu'il ne peut être vendu que par un distributeur agréé constitue un trouble manifestement illicite dont peut se prévaloir le fabricant du produit en référé⁸⁰⁷. La Cour de cassation censure en conséquence un arrêt de la cour d'appel de Dijon, ayant jugé qu'une telle pratique ne constituait pas une publicité trompeuse et n'était pas illicite « dès lors que [le distributeur mis en cause] n'est pas l'auteur de ce message ».

L'originalité de cette affaire tient dans le fait que la solution retenue par la cour d'appel avait déjà été retenue par la chambre commerciale, qui s'était appuyée exactement

⁸⁰⁵ J. BORÉ, « La Cour de cassation de l'an 2000 », *D.* 1995. 133 ; P. MALINVAUD et B. BOUBLI « Désordre futur et application de la garantie décennale », *RDI* 1996. 576 ; P. LYON-CAEN, concl. Cass., soc., 3 avr. 2002, n° 99-43.492, 99-43.163 et 99-44.288, *Droit social* 2002. 527 ; S. AMRANI-MEKKI, « À propos de la rétroactivité de la jurisprudence », *RTD civ.* 2005. 293.

⁸⁰⁶ « Quand [...] un arrêt de la Cour de cassation rendu quelques mois auparavant s'est prononcé en faveur d'une solution, comment peut-on dire que le moyen de cassation soutenant la même solution n'est pas suffisamment sérieux pour mériter une admission du pourvoi ? » (R. PERROT, « Cassation : la procédure de non-admission », *RTD civ.* 2004. 778). Voir aussi : S. AMRANI-MEKKI, « À propos de la rétroactivité de la jurisprudence », *RTD civ.* 2005. 293.

⁸⁰⁷ Cass., com., 27 oct. 1992, n° 89-21.064, *Bull. civ.*, IV, n° 330.

sur le même motif dans trois arrêts du 18 décembre 1990⁸⁰⁸. Entre ces arrêts et celui du 27 octobre 1992 aucun arrêt n'avait été rendu sur ce point. Que la Cour de cassation procède à un revirement n'est pas un événement extraordinaire et ne surprendra pas dès lors que l'abandon de la thèse de la licéité s'imposait au vu de la protection des droits tant du producteur que des consommateurs⁸⁰⁹, ainsi que l'avait souligné l'avocat général⁸¹⁰. La solution affirmée le 18 décembre 1990 était dénoncée unanimement par la doctrine comme une erreur à laquelle il devait être mis fin⁸¹¹. D'ailleurs, avant cette date, la qualification de publicité trompeuse était admise par presque toutes les juridictions du fond⁸¹² et par la Cour de cassation elle-même⁸¹³. En outre, la chambre criminelle avait jugé que « la circonstance que des documents publicitaires aient été conçus par un tiers ne saurait exonérer celui qui les utilise pour son propre compte de la responsabilité pénale qu'il encourt lorsque l'utilisation qu'il en fait [...] aboutit à en rendre le contenu trompeur »⁸¹⁴. En revanche, que la Cour affirme que la solution qu'elle consacre dans un arrêt de revirement est manifeste ne manquera pas d'étonner.

Mais s'agit-il véritablement d'un revirement ? Il est permis d'en douter dès lors que les arrêts du 18 décembre 1990, n'avaient fait l'objet d'aucune publication et émanaient d'une formation restreinte. En outre, la solution était contraire à celle retenue constamment par les juridictions du fond, la chambre criminelle et la chambre commerciale elles-mêmes. Aussi, si cette dernière avait entendu procéder à un revirement, elle aurait sans doute orienté le pourvoi vers la formation ordinaire et lui aurait donné une large audience en ordonnant sa publication au Bulletin. Le choix de la formation restreinte et l'absence de publication indiquent que ces arrêts ne reflètent pas une évolution de la position de la Cour quant à la définition de la publicité mensongère, et qu'ils doivent être appréhendés comme de simples arrêts d'espèce. Le motif contenu dans les arrêts du 18 décembre 1990 et sur lequel s'appuyait la contestation jugée non sérieuse en 1992 doit être regardé comme une erreur ou une anomalie dont il ne doit pas être tenu compte et qui ne reflète aucunement la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de publicité mensongère.

Il résulte de cet arrêt que le juge ne saurait se réfugier derrière un arrêt d'espèce

⁸⁰⁸ Cass., com., 18 déc. 1990, nos 89-12.921, 88-15.806 et 88-15.807 : « en statuant ainsi, alors que [...] [la société distributrice] était étrangère à l'apposition de la mention figurant sur l'emballage du produit, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

⁸⁰⁹ Dans ce sens : G. CANIVET et L. VOGEL, « La distribution sélective des produits de marque dans la jurisprudence judiciaire », *D.* 1991, 283, n° 11 ; G. BONET et J.-M. MOUSSERON, « Donner et retenir ne vaut (II) », *Cahiers de droit de l'entreprise* 1993-1, p. 23, nos 49 et 50 ; G. BONET, « Distribution sélective des parfums : les arrêts sur renvoi après cassation », *D.* 1991, chron. 9.

⁸¹⁰ Cité par : M. et J.-M. MOUSSERON, « Le bonheur retrouvé de la distribution sélective », *RJDA* janv. 1993, p. 7, spéc. 14. Voir aussi : G. BONET et J.-M. MOUSSERON, cité note précédente, n° 2 et 29.

⁸¹¹ *Ibid.*

⁸¹² Caen, 25 févr. 1988, *JurisData* n° 043263 ; Bourges, 3 juill. 1989 (cité par M. JÉOL, « La protection des réseaux de distribution sélective : faut-il désespérer de la justice ? », *JCP G* 1992. I. 3588, n° 22) ; Lyon, 25 juin 1990, (cité par J.-M. MOUSSERON, « La jurisprudence des parfumeurs : suite et fin », *Cahiers de droit de l'entreprise* 1990-5, p. 8, n° 7). De même, interprétés *a contrario* : Versailles, 4 mars 1987, *JurisData* n° 043817 ; Paris, 28 sept. 1989, *La Lettre de la distribution* 1989, n° 10, p. 4.

Un seul arrêt excluait cette qualification : Dijon, 11 sept. 1990, *lettre de la distribution* 1990, n° 9, p. 3.

⁸¹³ G. BONET et J.-M. MOUSSERON, « Donner et retenir ne vaut (II) », *Cahiers de droit de l'entreprise* 1993-1, p. 23. Sur l'historique, voir : P. JOURDAIN, « les réseaux de distribution et la responsabilité des revendeurs hors réseau », *D.* 1990. 43, n° 4 s.

⁸¹⁴ Cass., crim., 3 sept. 1992, n° 91-86.591, *Bull. crim.* n° 281.

clair et précis pour justifier d'un doute lorsque le raisonnement et l'argumentation juridiques permettent de révéler que cet arrêt est erroné. Ici la certitude est affirmée en dépit de l'acte clair, contre celui-ci. Une telle solution n'est pas vraiment critiquable car lorsque l'arrêt en question émane d'une formation restreinte et n'a fait l'objet d'aucune publication, sa portée normative est faible et les praticiens et justiciables sont appelés à l'envisager avec précaution⁸¹⁵. De sorte que la sécurité juridique n'est pas en cause.

214. Des arrêts rendus en formation restreinte malgré leur opposition avec des arrêts antérieurs également rendus en formation restreinte. Dans le même sens, il faut souligner que la Cour de cassation rend parfois des arrêts en formation restreinte allant à l'encontre de la solution retenue antérieurement par un arrêt également rendu en formation restreinte. Évoquons pour exemple un arrêt de la chambre sociale du 7 avril 1993⁸¹⁶, qui juge que l'employeur peut dénoncer unilatéralement un usage favorable aux employés, à condition de les en informer et d'en informer les institutions représentatives du personnel dans un délai suffisant. La chambre revient alors sur la position adoptée dans un arrêt du 27 janvier 1993, dans lequel elle avait considéré que l'avantage consenti par usage s'incorporait au contrat de travail et ne pouvait être dénoncé qu'avec l'accord du salarié concerné⁸¹⁷. Il a donc été jugé le 7 avril 1993 que la solution constatant le droit de dénoncer unilatéralement l'usage s'imposait, nonobstant l'arrêt contraire rendu le 27 janvier 1993. Cela ne surprendra pas dès lors que cet arrêt se heurtait à la jurisprudence de la chambre sociale, qui rejetait constamment la théorie de l'incorporation de l'usage au contrat de travail⁸¹⁸. Outre qu'elle est difficilement

⁸¹⁵ Sur l'appréhension des décisions non publiées ou rendues en formation restreinte : A. PERDRIAU, « La portée doctrinale des arrêts civils de la Cour de cassation », *JCP G* 1990. I. 3468 ; J. CARBONNIER, *Sociologie juridique : le procès et le jugement*, rédigé d'après la sténographie du cours et avec l'autorisation de M. Jean Carbonnier, Association corporative des étudiants en droit, Paris, 1961, p. 265 ; C. GUÉGUEN, rapp. Cass., com., 31 oct. 2006, n° 04-10.766, *Droit fiscal* 2007. 194 ; J.-F. WEBER, « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », site internet de la Cour ; A. LACABARATS, « Les outils pour apprécier l'intérêt d'un arrêt de la Cour de cassation », *D.* 2007. 889 ; P. WAQUET, « La dénonciation des usages de l'entreprise et des engagements unilatéraux de l'employeur », *Semaine sociale Lamy* 25 avr. 1994 n° 693, p. 4, n° 1 ; « Les arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation », *Droit social* 1998. 62 ; J. MASSIP, note sous Cass. civ. 1^{re}, 28 janv. 2003, n° 00-12.498, *LPA* 24 oct. 2003 n° 213, p. 18 ; M. CABRILLAC, « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires des entreprises », *JCP G* 2010. 401, n° 9 ; J.-Y. FROUIN, « La construction formelle et intellectuelle d'un arrêt », *LPA* 25 janv. 2007 n° 19, p. 15 ; C. JAMIN, note sous Cass. com., 15 janv. 2002, n° 99-21.172, *JCP E* 2002. 1641 ; O. SABARD, « La hiérarchisation de la jurisprudence », *Revue Lamy droit civil* nov. 2009 n° 65 ; B. HATOUX, « La portée des arrêts non publiés de la Cour de cassation en matière civile », *BICC* 15 déc. 1993, p. 21 ; M. ASSELAIN, note sous Cass., civ. 2^e, 6 févr. 2014, n° 13-10.160, *RGDA* 1^{er} avr. 2014 n° 4, p. 214 ; P. LE CANNU, note sous Cass. com., 13 mars 2001, n° 98-18.759, *Bulletin Joly Sociétés*, 1^{er} août 2001 n° 8-9, p. 919 ; F.-X. LUCAS, note sous Cass. com., 3 juill. 2001, *JCP G* 2002. II. 10007 ; M.-C. MEYZEAUD-GARAUD, « Répudiation musulmane : la Cour de cassation renoue avec le principe européen d'égalité entre époux », *Revue juridique personnes et famille* mai 2004 n° 5 ; J.-E. RAY, « Partage du travail et plan social », *Droit social* 1994. 444, note 63 ; B. PERRIN, cité par J. LÉONNET, « Le service de documentation et d'études mémoire de la Cour de cassation », in Laboratoire d'épistémologie juridique de la faculté de droit d'Aix-Marseille & Cour de cassation, *L'image doctrinale de la Cour de cassation, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993*, La Documentation française, 1994, p. 66.

⁸¹⁶ Cass., soc., 7 avr. 1993, n° 89-45.108.

⁸¹⁷ Cass., soc., 27 janv. 1993, n° 90-45.946.

⁸¹⁸ Notamment : Cass., soc., 11 juin 1981, n° 78-41.841, *Bull. civ.*, V, n° 533 ; 25 févr. 1988, n° 85-40.821, *id.* n° 139 ; 22 déc. 1988, n° 86-42.715 ; soc., 16 mars 1989, n° 85-45.934, *id.* n° 221 ;

compatible avec le droit des obligations, cette théorie pourrait être contraire à l'intérêt même du salarié qu'elle entend pourtant protéger, en ce qu'elle pourrait dissuader l'employeur de conférer à ses salariés des avantages ponctuels. L'arrêt du 27 janvier apparaît donc comme parfaitement isolé⁸¹⁹. Le refus de l'incorporation des avantages accordés par un usage de l'entreprise a d'ailleurs été réaffirmé à maintes reprises par la suite, par les formations restreinte et ordinaire de la chambre⁸²⁰.

Il doit être noté que ces deux arrêts ont été rendus sous la présidence du conseiller Philippe Waquet. Il est donc peu probable que, lors du délibéré pour l'arrêt du 7 avril, les conseillers composant la formation restreinte n'aient pas tenu compte de la position exprimée le 27 janvier. Il semble bien qu'ils en aient eu connaissance et aient sciemment décidé que cet arrêt ne s'opposait pas à ce qu'ils jugent que le rejet du pourvoi s'imposait. Autrement dit, l'arrêt du 27 janvier a été regardé comme non déterminant pour l'appréciation du caractère sérieux du moyen fondé sur l'incorporation, alors même qu'il n'avait encore jamais été désavoué par la chambre sociale dans sa formation ordinaire⁸²¹,

2 oct. 1990, n° 89-40.851, *id.* n° 408 ; 13 nov. 1990, n° 88-45.804, *id.* n° 544 ; 23 sept. 1992, n° 89-45.656, *id.* n° 479.

⁸¹⁹ Deux arrêts ont pu être rapprochés de celui rendu le 27 janvier (P. WAQUET, « Contrat de travail et statut collectif », *Revue de jurisprudence sociale* juin 1994. 401, note 3). D'abord, un arrêt du 6 avril 1993 (n° 89-42.731) admettrait l'incorporation puisque la Cour y approuve une cour d'appel ayant jugé que la suppression d'un avantage conféré par usage de l'entreprise aux salariés constituait une modification unilatérale du contrat de travail à laquelle le salarié pouvait s'opposer sans que ce refus ne constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement. Mais, la Cour de cassation n'a pas retenu elle-même la thèse de la modification du contrat et a simplement relevé que « la cour d'appel a constaté que le transport des salariés de leur domicile à leur chantier d'affectation constituait un usage de l'entreprise auquel l'employeur avait mis fin sans préavis et sans aucune justification ; qu'elle a, dès lors, pu décider que la rupture s'analysait en un licenciement [...] [qui] ne procédait pas d'une cause réelle et sérieuse ». C'est donc l'absence de préavis et de justification qui rend fautive la dénonciation de l'usage. Il n'est donc pas possible de voir là une consécration de la théorie de l'incorporation (F. DUQUESNE, « Les conséquences de la dénonciation irrégulière d'un usage d'entreprise », *Droit social* 1994. 360). Ensuite, deux arrêts du 19 janvier 1993 (n° 89-44.598 et 89-44.597) auraient ouvert la voie de l'incorporation avant l'arrêt du 27 janvier. Pour cause, la Cour de cassation y confirme des jugements ayant retenu que la dénonciation unilatérale d'un usage était inopposable à l'employé au motif que « que l'acceptation par le salarié de la modification substantielle de ses conditions de travail ne peut résulter de la seule poursuite du contrat de travail ». Ce motif laisse penser que l'usage s'est bien incorporé au contrat de travail, sa dénonciation constituant une modification de celui-ci. Cependant, le conseil de prud'hommes avait jugé la dénonciation inopposable car tardive, mais ne l'avait pas remise en cause dans son principe. En outre, la motivation de la Cour de cassation s'explique par le moyen auquel elle répond, qui reprochait au conseil de prud'hommes de ne pas avoir répondu aux conclusions de l'employeur, soutenant que l'employé avait manifesté son acceptation de la modification du contrat de travail par la continuation du travail. Il était donc inévitable pour la Cour de se placer sur ce terrain : le rejet est acquis et le moyen infondé dès lors que la continuation du travail ne constitue pas une acceptation de la modification du contrat. La Cour n'a donc pas été amenée à prendre position sur une éventuelle modification du contrat et il n'est alors pas possible de considérer qu'elle a validé une telle thèse.

⁸²⁰ Cass., soc., 7 déc. 1993, n° 90-42.168 ; 7 avr. 1998, n° 95-42.992, *Bull. civ.*, V, n° 206.

⁸²¹ Précisons sur ce point que deux arrêts de formation ordinaire pourraient être regardés comme ayant désavoué l'arrêt du 27 janvier 1993 avant l'arrêt du 7 avril 1993. Il en résulterait alors que l'existence de cet arrêt serait bien génératrice d'incertitude et rendrait sérieux le moyen se fondant dessus. Cette analyse doit cependant être rejetée. Le premier arrêt en cause a été rendu le 3 mars 1993 (n° 89-45.785). Il y est jugé que la dénonciation de l'usage n'est pas opposable au salarié parce qu'elle est tardive. Il pourrait s'agir d'une décision validant implicitement le pouvoir de dénonciation unilatérale de l'usage par l'employeur. Cependant, une telle lecture est erronée car cette question n'était pas soulevée : seul était discuté le point de savoir si une dénonciation le 1^{er} décembre pouvait être opposable alors que l'avantage devait être versé le 31 du mois. Le second est un arrêt du 17 mars 1993 (n° 89-40.027) par lequel la Cour décide que l'employeur peut dénoncer unilatéralement un accord conclu pour une durée

ainsi qu'en témoigne une note dans laquelle Philippe Waquet lui-même a écrit que l'arrêt du 27 janvier est un arrêt d'espèce qui « n'[engage] pas la chambre » dès lors qu'il comporte une « solution hétérodoxe », qu'il a été rendu en formation restreinte et qu'il n'a fait l'objet d'aucune publication⁸²². Le fait que l'arrêt du 7 avril n'ait, lui non plus, pas été publié, comme d'ailleurs les arrêts ultérieurs rejetant aussi la théorie de l'incorporation, corrobore cette analyse. Cela montre qu'il s'inscrit dans une jurisprudence constante et ne mérite pas d'attirer particulièrement l'attention malgré la contradiction avec l'arrêt du 27 janvier.

215. Il ressort de cette jurisprudence que l'on ne saurait prétendre qu'un moyen est sérieux dès qu'il se trouverait un arrêt ayant clairement admis la thèse correspondante, il faut encore « tenir compte du caractère plus ou moins certain de la règle [affirmée] »⁸²³. Si cet arrêt n'a fait l'objet d'aucune publication, qu'il émane d'une formation restreinte et s'avère être erroné, le moyen devra être qualifié de non sérieux⁸²⁴. De même lorsqu'un tel arrêt a retenu la licéité d'un trouble, celui-ci pourra néanmoins être qualifié de manifestement illicite. L'appréciation des caractères sérieux et manifeste se fait donc sans tenir compte des arrêts d'espèces auxquels le juge pourrait être confronté.

CONCLUSION DU CHAPITRE

216. La certitude détachée des questions textuelles. L'ensemble des décisions et des travaux préparatoires que nous avons étudiés au cours de ce chapitre nous montrent que l'appréciation des caractères sérieux et manifeste ne peut pas se résumer à la recherche d'un texte clair et précis. La certitude à laquelle ces caractères renvoient ne dépend pas directement de la nature des justifications disponibles et mobilisées au soutien de la certitude. En effet, les justifications extra-textuelles, parmi lesquelles figurent les arguments d'opportunité, de justice et d'équité, interviennent dans l'appréciation des caractères sérieux et manifeste au même titre que les justifications formelles.

Ainsi, un texte clair et précis exclura l'existence d'une difficulté sérieuse si et seulement si aucune justification contextuelle ne s'oppose à l'application de ce texte selon son sens littéral. De même, si le caractère sérieux d'un moyen est déterminé par l'existence d'un texte clair et précis, il ne lui est pas réductible. En effet, le moyen contraire à tel texte ne sera dépourvu de caractère sérieux qu'en l'absence de raisons justifiant de s'écarter du sens littéral. Si de telles raisons existent, le moyen devra être qualifié de sérieux nonobstant sa contrariété avec le sens clair de la loi. Symétriquement, le moyen conforme au sens clair

indéterminée avec l'ensemble de son personnel dès lors que celui-ci ne constitue pas un accord répondant aux conditions énoncées à l'article L132-19 du code du travail (actuel art. L2232-16 s.). Cependant, cette décision ne porte pas sur l'incorporation d'un avantage conféré par l'usage, mais par un engagement formel. La décision est certes transposable à l'usage, mais cette transposition n'est pas nécessaire et soulève des questions spécifiques. L'arrêt du 17 mars ne démentant pas directement la solution du 27 janvier 1993, c'est donc bien l'arrêt du 7 avril 1993 qui en constitue le premier abandon.

⁸²² P. WAQUET, « La dénonciation des usages de l'entreprise et des engagements unilatéraux de l'employeur », *Semaine sociale Lamy* 25 avr. 1994 n° 693, p. 4, n° 1 ; « Contrat de travail et statut collectif », *Revue de jurisprudence sociale* juin 1994. 401, note 3. Rappr. : « [Une jurisprudence constante ne saurait être] remise en cause par quelque décision classée "Inédite" » (Nîmes, 24 févr. 2009, n° 08/00064).

⁸²³ J. RIVERO, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA* 1968. 17.

⁸²⁴ *Contra* : R. PERROT, « Cassation : la procédure de non-admission – note sous Cass., com., 8 oct. 2003 », *RTD civ.* 2004. 778.

et précis d'une loi sera nécessairement qualifié de sérieux, sans que cela implique qu'il soit toujours bien fondé : le caractère sérieux du moyen peut résulter du fait qu'il soulève une difficulté sérieuse, s'il existe une contradiction entre ce que le sens littéral de la loi impose et ce que les principes généraux et objectifs régissant l'interprétation des textes imposent.

Il ne faudrait toutefois pas en déduire que l'existence d'un acte clair ou son absence n'a aucune incidence sur la certitude et sur la réflexion relative aux caractères sérieux et manifeste ; si elles ne l'épuisent pas, elles y participent néanmoins directement. Le juge ne saurait trouver matière à douter partout. Celui qui prétend qu'il y a lieu de s'écarter du sens clair d'un texte ou d'opérer un revirement doit avancer des arguments solides au soutien de cette thèse, il lui incombe de démontrer qu'une interprétation *contra legem* ou un revirement sont raisonnables. À défaut ses moyens doivent être qualifiés de non sérieux et les questions qu'il formule ne soulèvent aucune difficulté sérieuse⁸²⁵. Il n'en demeure pas moins que, malgré cela, la clarté et la certitude ne sont pas synonymes car, non seulement la certitude peut être exclue en présence d'un acte clair mais, fait plus rarement observé, peut aussi être constituée en l'absence d'un tel acte. Il faut donc conclure que le texte a un rôle premier mais pas supérieur : il joue un rôle très important sur le plan normatif mais il n'est plus envisagé comme une source isolée et autonome du droit qui jouirait d'une primauté absolue. Il s'inscrit désormais dans un ensemble complexe qui régit sa réception normative et qui détermine son influence sur la certitude⁸²⁶.

217. La certitude, un critère subjectif ? Détacher la certitude de la clarté amène à se poser la question de l'objectivité des caractères sérieux et manifeste. Si le sens et la portée de la règle sur laquelle se fonde la certitude ne sont plus donnés au juge par une autorité extérieure, alors il pourrait sembler que le juge est libre de donner à cette règle n'importe quel sens et n'importe quelle portée. La difficulté est la suivante : si le juge ne décrit pas le sens clair et précis d'un texte lorsqu'il détermine le sens de la règle qui fonde sa certitude et son appréciation des caractères sérieux et manifeste, alors il n'existe plus aucun moyen de vérifier si cette certitude est fondée ou non, si elle est justifiée ou non. La certitude n'étant pas fondée sur la description d'un fait précis, à savoir ici le sens d'un texte au sein de conventions linguistiques déterminées, il devient impossible de l'éprouver, et son affirmation ou sa négation équivaut à une proposition vide de sens.

Comprendre ainsi la certitude serait fatal à toute tentative d'appréhension rationnelle des caractères sérieux et manifeste, qui ne correspondraient qu'à des notions dont la délimitation et la signification seraient laissées à la discrétion des juges et qu'il faudrait alors abandonner⁸²⁷. Dans une telle perspective, la doctrine serait paralysée et privée de sa fonction critique à l'égard de la jurisprudence : les caractères sérieux et

⁸²⁵ H. LAUTERPACHT, in « De l'interprétation des traités, Rapport et projet de Résolutions de la douzième commission », *Annuaire de l'Institut de droit international* 1950. I. 387, spéc. p. 389 ; A. D. MCNAIR, *id.*, p. 449 ; S. AMRANI-MEKKI, « À propos de la rétroactivité de la jurisprudence », *RTD civ.* 2005. 293 ; G. CANIVET, *op. cit.*, p. 2197 ; F. DUMON, *op. cit.*, p. 239 ; F. TERRIER, *op. cit.*, p. 99 ; A. PERDRIAU, « La non-admission des pourvois », *op. cit.*, n° 60 et 88 ; D. TRICOT, « L'élaboration d'un arrêt de la Cour de cassation », *op. cit.*, n° 9.

⁸²⁶ Cf. note 783.

⁸²⁷ A. BERDAH, « Brèves réflexions sur l'article 1014 du code de procédure civile », *D.* 2010. 1426 ; D. Le PRADO, *op. cit.*, p. 222 ; F. TERRIER, « La pratique de la procédure de non-admission à la Cour de cassation », *Justice et Cassation* 2012. 95 ; L. POULET, « Pratique des décisions de non-admission. Point de vue d'un avocat à la Cour de cassation », *Gaz. Pal.* 2014. 155.

manifeste ne pouvant plus se définir que comme ce qu'en disent les juges dans chaque arrêt⁸²⁸, il serait impossible aux commentateurs d'apprécier le bien-fondé de ces arrêts.

Il apparaît donc essentiel d'envisager plus précisément les objections théoriques que pourrait rencontrer le critère de certitude, tel que nous l'avons défini et délimité.

⁸²⁸ « Constitue un moyen sérieux celui que la Cour de cassation juge comme tel » (L. POULET, *op. cit.*, p. 157). Voir aussi : « le “moyen sérieux” peut-il être défini comme celui que la Cour de cassation décide d'examiner et “l'absence de moyen sérieux” n'est-elle que le réceptacle de l'ensemble des griefs jugés par la Cour insuffisamment intéressants pour retenir son attention ? » (A. LACABARATS, « Le moyen sérieux », intervention à la Cour de cassation, 25 janv. 2010, disponible sur le site de la Cour).

CHAPITRE II : RETOUR SUR LE SCEPTICISME JURIDIQUE

218. L'affirmation du caractère subjectif des concepts étudiés. La subjectivité des caractères sérieux et manifeste est affirmée par de nombreux auteurs, parmi lesquels figurent des membres éminents de la Cour de cassation⁸²⁹. Il a même été écrit que ces concepts ne renvoient qu'à un sentiment du juge⁸³⁰. Ainsi, la mise en œuvre des procédures dont l'application dépend de ces concepts supposerait toujours une décision arbitraire⁸³¹.

219. Le scepticisme quant au droit, fondement théorique de la subjectivité des concepts étudiés. Il est assez difficile de percevoir ce qui justifie de telles affirmations mais deux contributions doctrinales nous permettent d'entrevoir qu'elles reposent sur un scepticisme généralisé à l'égard du droit. Bruno Petit écrit ainsi « Le droit, pourtant, est-il jamais certain ? [...] Se référer à l'évidence du droit, c'était croire, avec une certaine naïveté, que le droit autorise les certitudes *a priori* et surtout les certitudes intangibles : c'était nier l'évolution du droit et oublier les revirements de jurisprudence »⁸³². Philippe Bertin explique également qu'« il serait téméraire de soutenir que la science juridique est une science exacte. [...] Si l'on est parvenu à définir correctement la notion d'urgence [...] il n'en est pas de même quant à la notion de « contestation sérieuse ». Les exemples foisonnent d'espèces où le juge des référés ayant estimé que la contestation était sérieuse, a vu sa décision infirmée par la cour d'appel, pour qui elle ne l'était pas, le tout se terminant par un arrêt de la Cour suprême selon lequel la contestation en question était bien sérieuse. Le schéma inverse est aussi fréquent, sinon plus »⁸³³.

Il nous semble que le scepticisme, exprimé dans ces deux contributions, quant à la possibilité d'une certitude en droit constitue l'arrière-fond théorique implicite des autres contributions qui affirment le caractère subjectif des caractères sérieux et manifeste, même si aucune d'entre elles n'énonce expressément que la certitude serait inconcevable en droit. En effet, la définition subjective des concepts ne se déduit pas du seul décalage entre la

⁸²⁹ D. LE PRADO, *op. cit.*, p. 222 ; V. BERNAUD, « Faut-il (encore) soulever des QPC en droit du travail ? », *Droit social* 2012. 458 ; A. PERDRIAU, « Le contrôle de la Cour de cassation en matière de référé », *JCP G* 1988. I. 3365, n° 18 ; R. PERROT, « L'évolution du référé », in *Mélanges Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 645, spéc. 657 ; A. LEVADE, intervention devant la commission des lois de l'Assemblée nationale, Rapport n° 1898 fait par le député Jean-Luc WARSMANN, p. 124 ; F. SAVONITTO, *op. cit.*, spéc. p. 16 ; P. ÉGÉA, « Les Cours suprêmes, « contre-pouvoirs » face au Conseil constitutionnel ? », in X. MAGNON, P. ESPLUGAS, W. MASTOR et S. MOUTON (dir.), *Question sur la question 3, De nouveaux équilibres institutionnels ?*, actes du colloque du 14 juin 2013 à l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ, 2014, p. 167, spéc. p. 175 à 178. Rapp., niant le caractère objectif de ces notions : G. WIEDERKEHR, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *Justices* n°1, 1995, 258, spé. p. 259 ; B. MATHIEU, intervention devant la commission des lois de l'Assemblée nationale, Rapport n° 1898 précité, p. 106.

Cette conception semble partagée par certains parlementaires : A. GUÉRIN, député, intervention à l'Assemblée nationale le 22 novembre 1994, *JOAN* p. 7328.

⁸³⁰ Y. STRICKLER, *op. cit.*, p. 263.

⁸³¹ M. BILLIAU, « Retour sur la décision de non-admission d'un pourvoi de la Chambre commerciale du 8 octobre 2003 », *JCP E* 2004. 1194 ; A. BERDAH, « Brèves réflexions sur l'article 1014 du code de procédure civile », *D.* 2010. 1426.

⁸³² B. PETIT, *op. cit.*, p. 490.

⁸³³ P. BERTIN, « Un trouble manifestement illicite... », *op. cit.*, p. 420.

jurisprudence et les critères traditionnels d'évidence et de facilité. Constaté que la jurisprudence ne peut pas être systématisée à partir de ces critères n'induit pas qu'elle soit irrationnelle. Il demeure encore possible qu'il existe, derrière le voile jeté par les présentations traditionnelles, un autre critère qui permette d'appréhender les décisions relatives aux concepts étudiés comme un ensemble cohérent et rationnel. Il nous semble donc que la définition des caractères sérieux et manifeste comme des concepts arbitraires et subjectifs repose sur l'idée qu'il est impossible de prétendre que l'on puisse jamais tenir une appréciation pour certaine en droit.

À cet égard, il convient de rapprocher la position doctrinale qui tient les concepts étudiés pour subjectifs de l'affirmation assez répandue en doctrine selon laquelle le droit serait un art et non une science⁸³⁴, et qui implique une indétermination radicale du droit. Celui-ci autoriserait toujours l'existence de points de vue contradictoires d'une valeur équivalente⁸³⁵ et la certitude ne se rattacherait pas véritablement à un processus argumentatif mais correspondrait plutôt à un sentiment⁸³⁶.

Afin de pouvoir apprécier la pertinence et la portée de la définition des caractères sérieux et manifeste comme des notions subjectives, il nous faut donc déterminer quels sont les fondements du scepticisme quant au droit et tenter d'y répondre.

220. Fondements théoriques du scepticisme. Pour bien comprendre la portée de la conception sceptique du droit, il convient de procéder à un rapide rappel relatif à la nature des règles de droit. Prescriptives, les règles de droit invoquées par les juristes au soutien d'une décision ou d'une argumentation relèvent de la raison pratique : elles ne contraignent pas leur destinataire, mais l'*obligent* à adopter un comportement. Les règles de droit appartiennent au champ des valeurs, non des faits. Ainsi, un justiciable ou son conseil ne chercheront pas à démontrer au juge qu'il *va* prendre une décision leur étant favorable, mais qu'il *doit* adopter une telle décision. Il s'agit ici de *justifier*, de *légitimer* des prétentions. De même, lorsque le juge se réfère à des règles de droit, c'est pour justifier sa décision, non pour l'expliquer ; les causes réelles de la décision importent peu dès lors que la décision est légitime et conforme aux règles de droit⁸³⁷.

⁸³⁴ A. RALKOS, note sous CE, 22 sept. 2014, *Droit fiscal* 2014, comm. 663 ; J.-P. GASNIER, note sous CA Paris, 24 juin 2011, *Propriété industrielle* 2012, comm. 17 ; A. AYNÈS, « Responsabilité des avocats et avoués face aux revirements de jurisprudence », *D.* 2008. 1448 ; B. PLESSIX, « Droit administratif », *JCP G* 2007. I. 120, n° 4 ; R. MARTIN, « La justice en faute lourde ou simple », *Procédures* mai 2001, chron. 8 ; Y. CHAPUT, « Maintien de la personnalité morale », *Droit -des sociétés* févr. 2000, comm. 27 ; P. TRÉFIGNY, « Risque de confusion : mode d'emploi ? », *Propriété industrielle* mai 2002, comm. 17 ; C. JUBAULT, « L'exercice de l'usufruit « ab intestat » du conjoint survivant (le retour de la masse d'exercice) », *Droit de la famille* sept. 2003, chron. 24, n° 30.

⁸³⁵ « Grâce aux ressources infinies de la rhétorique, tous les arguments sont légitimes : le droit est un art et non une science » (B. PLESSIX, cité note précédente, n° 4). Voir aussi : J.-P. GASNIER, cité note précédente. Rapp. : « Le droit n'est pas une « science » exacte et la pertinence d'une argumentation dépend en partie de sa réception par celui qu'elle est destinée à convaincre » (A. AYNÈS, « Responsabilité des avocats et avoués face aux revirements de jurisprudence », *D.* 2008. 1448, précité).

⁸³⁶ « À cette interrogation, comme à chacune de celles qui précèdent, des réfutations, inégalement convaincantes, sont certainement envisageables : le droit n'est pas une science exacte. Il restera que certaines solutions sont, *par-delà les arguments*, préférables, et d'autres, moins préférables. » (C. JUBAULT, « L'exercice de l'usufruit « ab intestat » du conjoint survivant (le retour de la masse d'exercice) », *Droit de la famille* sept. 2003, chron. 24, précité, n° 30).

⁸³⁷ H. L. A. HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint Louis, 2^e éd., 2005, p. 70 à 76 et 102 à 108.

Le scepticisme quant au droit s'appuie alors sur un argument essentiel : les propositions émises par les juges ou les parties et relatives au sens et à la portée des règles de droit sont invérifiables. David Hume ayant démontré que l'on ne peut jamais conclure à l'existence d'une règle de comportement à partir de l'observation des faits, ni procéder à l'inférence inverse⁸³⁸, la règle de droit constitue une entité logique qui n'appartient pas au domaine empirique. En tant que telle, elle échappe nécessairement à toute forme de connaissance car il est impossible de déterminer objectivement si une règle ayant un sens et une portée déterminés existe⁸³⁹. L'affirmation selon laquelle un moyen est sérieux ou non au motif qu'une règle de droit déterminée impose son rejet est absolument invérifiable, faute d'entité empirique correspondante qu'il serait possible d'appréhender. L'appréciation du sens et de la portée des règles de droit est alors un processus nécessairement subjectif⁸⁴⁰.

Si l'identification d'une règle et l'assignation d'un contenu à celle-ci ne sont pas des actes de connaissance, il peut néanmoins y avoir une science du droit qui prendrait pour objet le discours des juges et des parties. Les propositions relevant de la science du droit seraient alors réfutables, car relatives à un fait. De sorte que les règles de la science du droit, descriptives, se distingueraient des règles de droit, prescriptives.

221. Dans ce chapitre, nous voulons démontrer que le processus par lequel les juges, les parties et la doctrine identifient une règle de droit et lui attribuent un sens déterminé n'est pas un processus subjectif ou arbitraire, et que rien n'impose de considérer que les concepts de caractère sérieux ou manifeste relèvent nécessairement d'une décision arbitraire et non rationalisable.

Notre démonstration sur ce point se veut conceptuelle : il s'agit de montrer que la reconnaissance de règles ayant un sens déterminé et constituant des raisons d'agir est consubstantielle au concept de droit et est un élément essentiel de la pratique juridique⁸⁴¹. Pour ce faire, nous nous fonderons principalement sur les travaux de Ludwig Wittgenstein, à l'exception notable du *Tractatus logico-philosophicus*, qui nous semblent

⁸³⁸ D. HUME, *La morale – Traité de la nature humaine III*, Flammarion, 1993, section I, spéc. p. 65. Sur l'importance de la rupture logique entre faits et valeurs, voir : E. MILLARD, « Positivismes logiques et réalisme juridique », *Analisi e diritto* 2008, p. 177 ; P. MINDUS, « À l'origine du non-cognitivismes moderne : Axel Hägerström », *id.* p. 160 ; J.-Y. CHÉROT et E. MILLARD, « La dichotomie faits/ valeurs en question. Points de vue croisés », *id.* p. 153 ; P. LIVET, « Les critiques de la distinction entre faits et valeurs, le problème de la reconnaissance des valeurs et le statut des obligations juridiques », *id.* p. 190.

⁸³⁹ Sur ce point, voir principalement : J. MACKIE, « The Third Theory of Law », *Philosophy and Public Affairs* vol. 7, n° 1 (automne 1977), p. 3 ; *Ethics, Inventing Right and Wrong*, New York, Penguin Books, 1977, chapitre 1, spéc. p. 15 s. Voir aussi : « Toute science doit pouvoir déterminer les conditions d'après lesquelles ses propositions peuvent être tenues pour vraies. Or, une proposition de droit décrit une norme, et elle est vraie si la norme correspondante existe dans le droit positif – autrement dit, si elle est valide. Pourtant, la science du droit est incapable de dire si cette norme existe bien. En effet, si la validité n'est pas une qualité empirique, elle ne peut se constater. » (M. TROPER, *Philosophie du droit*, PUF, Que sais-je ?, 2011, p. 41). Rapp. : L. WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, *op. cit.*, n° 6.41 s.

⁸⁴⁰ Spécialement : J. MACKIE, « The Third Theory of Law », *Philosophy and Public Affairs* vol. 7, n° 1 (automne 1977), p. 3, spéc. p. 9.

⁸⁴¹ Dans ce sens : H. L. A. HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint Louis, 2^e éd., 2005, p. 70 à 76 et 102 à 108 ; K. GREENAWALT, « How Law Can Be Determinate », *UCLA Law Review* vol. 38 (1990 – 1991), p. 1, spéc. p. 16 à 19 ; M. R. COHEN, « Rule versus Discretion », in *Law and the Social Order*, New Brunswick, Transaction Books, 1982, p. 259.

constituer encore aujourd'hui une réponse indépassable au scepticisme et qui ont fait l'objet d'analyses extrêmement intéressantes et fructueuses en théorie du droit⁸⁴². La réponse de ce philosophe est innovante et puissante en ce qu'elle ne repose sur aucune métaphysique ni aucune ontologie et s'affranchit ainsi du cadre des controverses antérieures.

Notre propos ne sera donc pas ontologique, ou plus largement métaphysique : nous n'entreprenons pas de démontrer quelle est la *nature* des règles de droit et de démontrer qu'elles existent bien en tant qu'entités objectives relativement indépendantes de l'esprit qui les conçoit.

222. Dégager une réponse au scepticisme quant au droit est une entreprise difficile tant les réflexions relatives à la certitude en droit sont nombreuses et diverses. Il est même difficile de déterminer qui défend véritablement un scepticisme radical⁸⁴³.

Il est donc nécessaire de procéder dès à présent à une clarification : nous admettons la plupart des propositions théoriques et conceptuelles faites par les réalistes américains, et notamment celle que selon laquelle l'appréciation du caractère sérieux ou manifeste ne peut résulter d'une simple déduction à partir de la règle de droit relevée par le juge, les parties ou les commentateurs au soutien de cette appréciation. Comme Karl Llewellyn l'explique brillamment, il est nécessaire de distinguer ce que les juges disent faire, à savoir arriver à une conclusion certaine par syllogisme en rapprochant une règle de droit déterminée et les faits litigieux, de ce qu'ils font réellement⁸⁴⁴. La règle énoncée par le juge comme majeure du syllogisme qui justifie sa conclusion ne constitue pas une justification suffisante car, comme tout énoncé, elle peut être comprise de nombreuses façons et peut se voir assigner des significations différentes⁸⁴⁵ parmi lesquelles le juge devra opérer une sélection⁸⁴⁶. De sorte qu'il convient de distinguer les règles de papier, qui ne sont que des

⁸⁴² La discussion autour des apports des travaux de Wittgenstein pour le droit a fait l'objet d'un numéro spécial du *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* (vol. 3, n° 2 – juill. 1990). Voir aussi : J. W. DANFORD, *Wittgenstein and Political Philosophy*, Chicago, Chicago University press, 1978 ; M. KLATT, *Making the Law Explicit: The Normativity of Legal Argumentation*, États-Unis, Portland, Hart Publishing, 2008 ; J.-Y. CHÉROT, « Le droit comme pratique normative », in *Mélanges en l'honneur de Pierre André Côté*, Yvon Blais, 2012, p. 57 ; « Suivre une (la) règle », in J.-J. SUEUR (dir.), *La transgression*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 365.

⁸⁴³ Relevant une telle difficulté mais considérant que le scepticisme radical est présent de façon implicite dans de nombreux travaux de théorie du droit : K. GREENAWALT, « How Law Can Be Determinate », *UCLA Law Review* vol. 38 (1990 – 1991), p. 1, spéc. p. 4.

⁸⁴⁴ K. N. LLEWELLYN, *The Bramble Bush*, New York, Oceana Publications, 1951, p. 13 s. Voir aussi : J. MACKIE, « The Third Theory of Law », *Philosophy and Public Affairs* vol. 7, n° 1 (automne 1977), p. 3, spéc. p. 7 ; E. BULYGIN, « Alexy Between Positivism and Non-Positivism », *Law of Ukrain*, 2011/1, p. 51, spéc. p. 56 ; K. GREENAWALT, « The Nature of Rules and the Meaning of Meaning », *Notre Dame Law Review* vol. 72 (1996 – 1997), p. 1449, spéc. p. 1475. Voir aussi : H. OLIPHANT, « A Return to Stare Decisis », *American Bar Association Journal* vol. 14, n° 2 (févr. 1928), p. 72.

⁸⁴⁵ « Mais comment une règle peut-elle m'enseigner ce que j'ai à faire à telle place ? Quoi que je fasse, cela est néanmoins conciliable avec la règle selon une certaine interprétation. » (L. WITTGENSTEIN, *Recherches philosophiques*, op. cit, n° 198).

⁸⁴⁶ « L'affirmation [d'une règle imposant au juge une solution déterminée] résulte elle-même d'une interprétation de tel texte ou de telle pratique et dissimule, ou du moins passe sous silence, que d'autres interprétations étaient envisageables voire qu'elles sont elles aussi effectivement pratiquées » (P. BRUNET, « Le raisonnement juridique : une pratique spécifique ? », *International Journal for the Semiotics of Law*, Vol. 26, n° 4 (déc. 2013), p. 767, spéc. p. 777). Voir également : P. BRUNET, « Analyse réaliste du jugement juridique », *Cahiers philosophiques* 2016/4 (n° 147), p. 9, spéc. p. 17 et 18.

formules vides de sens n'imposant aucune décision, et les règles véritables qui sont celles construites par le juge au gré des différents cas⁸⁴⁷. L'acquisition d'une certitude quant à l'application du droit suppose une construction des prémisses, qui est difficilement modélisable sous la forme d'une déduction logique⁸⁴⁸. Dans le chapitre précédent nous avons précisément essayé de mettre en lumière le fait que les textes invoqués par les juges au soutien de leur appréciation des caractères sérieux et manifeste ne permettaient souvent pas de fonder la certitude nécessaire à la caractérisation de ces concepts.

Loin de remettre en cause cette distinction fondamentale, nous voulons simplement montrer que le processus par lequel les juges, et plus largement les juristes, identifient un énoncé comme une règle de droit et lui attribuent une signification juridique n'est pas subjectif ou arbitraire. Ainsi, ce sont moins les critiques réalistes à l'égard de la certitude auxquelles nous nous intéresserons qu'au scepticisme radical qui peut y être adossé.

223. Pour ce faire, nous devons d'abord exposer les grandes lignes des travaux de Ludwig Wittgenstein et montrer en quoi ils permettent de neutraliser les thèses sceptiques en philosophie (section I). Nous verrons ensuite comment ces travaux éclairent la théorie du droit et la question de la certitude en droit (section II).

SECTION I : LA RÉPONSE DE WITTGENSTEIN AUX SCEPTIQUES

224. Ludwig Wittgenstein n'envisage pas précisément le problème de l'identification et de l'interprétation des règles de droit ou, plus généralement des règles morales. Sa réflexion porte sur les règles du langage, au sens large, c'est-à-dire les règles qui permettent d'attribuer une valeur de vérité à une proposition, celles qui *structurent* toute forme de discours et qui sont la condition même de l'activité intellectuelle. La philosophie moderne de l'esprit nous apprend que tout jugement, au sens philosophique du terme, en tant qu'il est un acte de connaissance suppose des règles préalables sur lesquelles se fonder⁸⁴⁹. Ce sont ces règles que nous envisagerons dans cette section, et non les règles de droit.

⁸⁴⁷ K. N. LLEWELLYN, « A Realistic Jurisprudence – The Next Step », *Columbia Law Review* vol. 30, n° 4 (avr. 1930), p. 431, spéc. p. 444 à 457.

⁸⁴⁸ O. W. HOLMES, « The Path of the Law », *Harvard Law Review* vol. 10, n° 8 (mars 1897), p. 457, spéc. p. 465 s. Voir aussi, tentant toutefois de démontrer l'existence d'une logique de la construction des prémisses qui ne serait pas déductive : J. DEWEY, « Logical Method and Law », *Cornell Law Quarterly* vol. 10, n° 1 (déc. 1924), p. 17.

⁸⁴⁹ W. V. O. QUINE, « Two Dogmas of Empiricism », *The Philosophical Review* vol. 60, n° 1 (janv. 1951), p. 20, spéc. p. 31 à 33 ; L. WITTGENSTEIN, *De la certitude*, *op. cit.*, n° 136 à 192, 205 à 253 et 357 à 359 ; K. POPPER *La quête inachevée*, Paris, Calmann-Lévy, 1981, p. 210 et *La logique de la découverte scientifique*, Paris, Payot, 1982, p. 33, 42 et 50. Voir, spécifiquement au droit : H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962, p. 266 à 273 ; J. RAZ, « Two Views of the Nature of the Theory of Law », in J. COLEMAN (dir.), *Hart's Postscript*, Oxford University Press, 2001, p. 1 spéc. p. 22. Rappr. : J. L. AUSTIN, *Quand dire c'est faire*, *op. cit.*, p. 142 à 152 ; R. DAVAL « Illusion descriptive », in *Vocabulaire des philosophes, Philosophie contemporaine*, Ellipses, 2002, Entrée « John Austin », p. 815 ; D. MAINGUENEAU, *Aborder la linguistique*, Paris, Seuil, Essais, 2009, p. 132 ; F. RECANATI, « La pensée d'Austin et son originalité par rapport à la philosophie analytique antérieure », in P. AMSELEK (dir.), *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, Paris, PUF, 1986, p. 34.

225. Comment savoir ce que ces règles prescrivent réellement, et donc savoir si nos jugements sont fondés et justifiés ? Avons-nous même des raisons de les suivre ? La force des travaux de Ludwig Wittgenstein est de mettre en lumière ce que ces questions ont d'artificiel et de trompeur. Selon lui, il est illusoire de chercher à définir les règles et à les comprendre en dehors de la pratique qui consiste à les suivre. La règle n'existe pas en tant qu'entité autonome des jugements qu'elle fonde : elle n'existe qu'en tant qu'elle est instituée par ces jugements (§1).

Si de telles explications pourraient sembler vivifier les thèses sceptiques, il n'en est rien (§2).

§1. La définition des règles par Wittgenstein

226. L'un des points les plus subtils de la philosophie de Ludwig Wittgenstein tient sans doute dans la dénonciation de la définition psychologue des règles. S'opposant à la philosophie de l'esprit classique, il démontre que la règle ne peut se définir comme une contrainte, mais correspond à une justification au sein d'un discours déterminé. La règle n'est pas la cause du jugement, elle en est le fondement logique (I).

Aussi, elle ne n'existe pas indépendamment des jugements qui la mettent en œuvre ; elle n'en est pas la condition nécessaire mais en est le fruit. De sorte que la règle n'existe pas indépendamment de la pratique qui consiste à la suivre (II).

I/ Réfutation de la définition causale et psychologue des règles fondamentales

227. Ludwig Wittgenstein entend rompre avec la philosophie classique, qui fait de la règle un élément psychologique *expliquant* les jugements effectués par les individus. Selon lui, la règle n'est pas la *cause* empirique des jugements ponctuels qui s'y réfèrent. Il est nécessaire de rompre avec cette idée selon laquelle il serait nécessaire de comprendre une règle pour pouvoir l'appliquer : suivre une règle, l'appliquer correctement est une question sans rapport avec un quelconque état mental⁸⁵⁰.

Certes, intuitivement, il paraît logique de soutenir que, pour pouvoir déterminer si tel jugement ou telle affirmation est conforme à une règle, le sujet dispose nécessairement, dans son esprit, d'une vue d'ensemble de toutes les applications possibles de cette règle. Connaître la règle, ce serait entrevoir par avance toutes ses applications potentielles⁸⁵¹. Cette conception psychologue des règles rejoint la conception classique de la signification, au sein de laquelle les mots ont pour fonction l'évocation d'une représentation intérieure. En observant l'utilisation des différents mots par les adultes, l'enfant se forgerait progressivement une image mentale qui en constituera la signification. Si un individu est capable de savoir qu'une chose est rouge, c'est qu'il dispose dans son esprit d'une vue synthétique de toutes les nuances possibles de cette couleur, à laquelle il

⁸⁵⁰ J. JAYEZ, « Règles et conventions dans les actes de langage », in P. AMSELEK (dir.), *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, Paris, PUF, 1986, p. 39 à 45. Aussi : « Notre usage du concept est indiscutablement fondé sur certains faits [neurobiologiques], mais il n'est pas fondé sur la connaissance de ces faits » (J. BOUVERESSE, in C. CHAUVIRÉ, S. LAUGIER et J.-J. ROSAT, *Wittgenstein : les mots de l'esprit*, Vrin, 2001, p. 356).

⁸⁵¹ L. WITTGENSTEIN, *Recherches philosophiques*, op. cit., n° 218.

a associé l'usage de ce mot⁸⁵².

228. L'inintelligibilité du langage privé. Une telle conception du langage est pourtant fondamentalement erronée, car elle prend l'effet pour la cause : la survenance d'une image mentale lorsque l'on prononce un mot n'est pas un *critère* de sa connaissance mais une simple conséquence de celle-ci. En effet, « croire que l'on suit la règle n'est pas la suivre »⁸⁵³, de même que croire qu'une chose est rouge ne suffit pas à la rendre effectivement rouge. La survenance brusque et spontanée d'une image mentale n'indique rien quant à sa définition ni quant au bon usage du mot qui l'a provoquée. Il reste encore à déterminer si cette représentation intérieure est rouge et donc à évaluer sa valeur et à juger de son lien de parenté avec ce qui est rouge par ailleurs⁸⁵⁴. La sensation et la représentation intérieure ne sont pas le fondement du jugement portant sur la signification, elles en sont l'objet.

Ludwig Wittgenstein insiste ici sur l'impossibilité pour un langage privé d'exister⁸⁵⁵. Par langage privé, il entend un langage au sein duquel l'usage des mots ne dépendrait que de représentations intérieures⁸⁵⁶. Tout langage, pour exister en tant que langage, suppose une forme d'indisponibilité et des critères publics⁸⁵⁷. À cet égard, l'auteur envisage comme exemple paradigmatique la situation suivante : un sujet ressent une sensation particulière et décide « j'appellerai désormais cette sensation douleur »⁸⁵⁸. Ce faisant, un lien *objectif et permanent* est établi entre le mot et le type de sensation, qui recouvre d'ailleurs des sensations très diverses. Le langage quitte alors irrésistiblement la sphère intérieure : il n'est plus fonction de pures représentations mentales. En effet, la signification du mot ne peut plus se réduire à une sensation mémorisée, qui serait disponible et qu'il suffirait de comparer avec la sensation nouvellement éprouvée : la mémoire peut jouer des tours et il est nécessaire de porter un jugement sur la sensation mémorisée elle-même pour savoir si elle est bien représentative de la douleur. Il ne suffit pas que le locuteur ressente que sa sensation est identique à celle qu'il appelle douleur, il faut qu'elle le soit réellement : « un son que je peux employer comme je veux n'est pas un mot »⁸⁵⁹. En outre, une sensation a une part d'irréductibilité qui empêche de l'assimiler à une autre, toujours différente : se remémorer une douleur n'apprend rien vis-à-vis d'une sensation nouvelle.

L'usage correct du mot douleur dépend certes de l'existence d'une sensation déterminée, de sorte que seul le locuteur peut vraiment savoir s'il fait un bon usage de ce terme⁸⁶⁰. Mais il ne peut fonder ce jugement sur aucune représentation intérieure de la douleur qui ferait foi : le langage de la sensation est un langage incorrigible par les tiers, mais non pas intérieur car il dépend de critères extérieurs à mes seules représentations⁸⁶¹.

⁸⁵² *Id.*, n° 239.

⁸⁵³ *Id.*, n° 202.

⁸⁵⁴ *Id.*, n° 56 et 265.

⁸⁵⁵ Sur ce point : C. CHAUVIRÉ et J. SACKUR, « Langage privé », in *Vocabulaire des philosophes, Philosophie contemporaine*, Ellipses, 2002, Entrée « Wittgenstein », p. 289 et 290 ; J. PIAGET, *Le structuralisme*, 7^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, « Que sais-je ? », 1979, p. 63.

⁸⁵⁶ L. WITTGENSTEIN, *Recherches philosophiques*, *op. cit.*, n° 243.

⁸⁵⁷ N. MALCOLM, « Les recherches philosophiques de Wittgenstein », *Archives de philosophie* 2005/1 (n° 84), p. 22, spéc. 29.

⁸⁵⁸ L. WITTGENSTEIN, *Recherches philosophiques*, *op. cit.*, n° 257 s.

⁸⁵⁹ N. MALCOLM, « Les recherches philosophiques de Wittgenstein », *op. cit.*, p. 29.

⁸⁶⁰ *Id.*, p. 35 s.

⁸⁶¹ *Id.*, p. 37 s.

Il n'y a donc pas lieu d'opposer intériorité et extériorité⁸⁶². La vie intérieure est essentielle pour de très nombreux mots, par exemple ceux qui appartiennent à la sphère de la sensation ou du sentiment. Cependant, elle l'est au sein de critères extérieurs⁸⁶³. La subjectivité se pense alors objectivement⁸⁶⁴ : si je peux m'affirmer et me penser en tant que sujet souffrant, c'est par le recours à des critères extérieurs qui m'échappent⁸⁶⁵.

Le problème soulevé par l'idée de langage privé réside dans l'impossibilité de porter un jugement sur l'utilisation du mot à propos de représentations qui surgissent chez le locuteur. Elle rompt alors ce qui est essentiel à la signification : l'indisponibilité. Ce qui fait le propre du langage et du rapport de signification, c'est leur dimension normative : l'usage correct d'un mot *s'impose* au locuteur, quand bien même les critères de l'utilisation auraient été arbitrairement fixés par lui par le passé⁸⁶⁶. Le langage est donc naturellement ouvert aux tiers et communicable : ceux-ci peuvent former des phrases compréhensibles par moi et inversement. Le langage implique la réfutation et la prise de parole. Il a alors nécessairement une dimension universaliste⁸⁶⁷.

229. La vérité acquiert ainsi une dimension intersubjective essentielle et les thèses de Ludwig Wittgenstein rejoignent ici la pragmatique contemporaine : « Le vrai ne relève plus seulement d'un langage donné. Il relève de la possibilité d'un accord intersubjectif dans un langage donné. Le vrai n'est pas une représentation, il n'est pas non plus l'adéquation de la représentation à l'objet. [...] La sémantique qui se dégage d'une telle conception est moins celle de l'expression d'un absolu déjà là que celle d'une vérité commune à produire. On abandonne une conception représentationnaliste de la sémantique au profit d'un

⁸⁶² S. LAUGIER, « Le privé, l'intérieur et l'extérieur », *Psychanalyse* 3/2005 (n° 4), p. 71, p. 83 ; C. PASTORINI, « L'analyse du mental chez Wittgenstein », *Le Philosophoïre* 2007/2 (n° 29), p. 281, spéc. 292 s.

⁸⁶³ L. WITGENSTEIN, *Recherches philosophiques*, *op. cit.*, n° 580.

⁸⁶⁴ S. LAUGIER, « Le privé, l'intérieur et l'extérieur », *op. cit.*, p. 87.

⁸⁶⁵ Cette thèse peut être rapprochée de celles de la pragmatique contemporaine, issues de la théorie des actes de langage : « À partir de là s'édifie une philosophie de la personne. Ni un sujet réduit à la structure du moi (Kant), ni un moi sans sujet (Hume), mais un *ego communicans*. Loin de l'immédiate et leurrante conscience de soi, ou de la biographie individualiste, la personne est « une unité structurale d'une énorme complexité logique ». Elle a une capacité transinstancielle d'identification aux trois positions dans un acte de communication : je/tu/il. Aussi l'expérience du moi comme personne est-elle discursive avant d'être existentielle. Relationnelle, la notion de personne est soumise à une élaboration logico-linguistique en termes de prédicats personnels. [...] La personne est donc une notion à la fois intersubjective, communicationnelle et diachronique » (F. ARMENGAUD, *La pragmatique*, PUF, « Que sais-je ? », 2007, p. 116). Voir aussi : *id.*, p. 113 ; D. MAINGUENEAU, *op. cit.*, p. 135 ; C. BOUCHINDHOMME, « Intersubjectivité » et « Monde (et Image du monde) », in *Vocabulaire des philosophes, Philosophie contemporaine*, Ellipses, 2002, Entrée « Habermas », p. 1024 à 1025 et 1028.

⁸⁶⁶ « S'il est bien vrai qu'être autonome implique de se donner des règles, cette autonomie ne va pas jusqu'à constituer un pouvoir par lequel je décide de ce que je me fais dire par la règle, elle ne fait pas de moi son auteur. Même si je forge pour moi-même une règle inédite, son application, une fois qu'elle est instituée, reste soumise à un contrôle externe : les autres doivent pouvoir juger si je l'applique correctement ou non et je ne puis décider, de façon complètement insulaire, que ce qui en constitue une violation caractérisée un jour en constitue une parfaite application le lendemain » (M. LE DU, « Le constructivisme comme mythologie », *Revue de métaphysique et de morale* 2007/4 (n° 56), p. 449, spéc. 458). Dans ce sens : « [Si le sujet] construit [les structures], [...] il n'est nullement libre de les arranger à sa guise » (J. PIAGET, *op. cit.*, p. 53 ; voir également p. 63)

Rappr. : R. DWORKIN, *L'empire du droit*, *op. cit.*, p. 252 à 260 et 281.

⁸⁶⁷ « Ma voix individuelle prétend à être (claim), est universelle » (S. LAUGIER, « Le privé, l'intérieur et l'extérieur », *op. cit.*, p. 94).

concept pragmatique du vrai »⁸⁶⁸.

230. La règle distincte de l'image que s'en fait le sujet. Il en va de la signification du mot rouge comme de la compréhension de toute règle. En effet, le concept de règle repose tout entier sur la distinction entre le contenu objectif de celle-ci et le contenu que le sujet lui attribue : « croire que l'on suit la règle n'est pas la suivre »⁸⁶⁹. Le fait de suivre une règle laisse toujours une place à la transgression et à la correction⁸⁷⁰ ; la règle s'oppose ainsi à la contrainte psychique.

Le sujet reconnaît régulièrement que ce qu'il tenait initialement pour une application correcte d'une règle lui est en réalité contraire : il identifie des erreurs et les corrige. À défaut, il ne suivrait aucune règle, mais s'en remettrait à ses inclinations immédiates. Ce faisant, il s'interroge sur la portée et le sens de la règle, qui sont donc relativement ouverts. La règle n'est pas une notion psychologique mais logique et ses exigences ne sont pas déterminées par ce que le sujet peut en penser.

Bien sûr, tout jugement émis par l'individu repose ultimement sur ce qu'il croit que la règle prescrit, sur l'idée qu'il s'en fait, et non sur la règle elle-même. La cause du jugement est bien une disposition psychique critique de celui qui l'émet ; il ne peut pas en être autrement. Le jugement de correction, qui tient tel jugement antérieur pour erroné, ne fait pas exception et procède nécessairement d'un tel fait psychologique. Mais il n'en demeure pas moins que, d'un point de vue logique, la règle n'est pas réductible à sa représentation intériorisée.

Ce décalage est admis par le sujet lui-même et il constitue l'élément essentiel de l'activité intellectuelle. L'affirmation d'une valeur de vérité et l'établissement de toute connaissance reposent sur cette distinction entre sentiment de vérité et vérité⁸⁷¹. L'activité

⁸⁶⁸ G. LEJEUNE, « Vers une pensée moderne du dialogue F. Schlegel et F. D. E. Schleiermacher », *Archives de philosophie* 2014/1 (n° 77), p. 148. De même : « L'idée même de raison s'incarne au mieux dans l'échange discursif, voire dans la controverse et la délibération, la validation intersubjective du savoir » (F. ARMENGAUD, *op. cit.*, p. 97). Ou encore : « Apel donne l'exemple suivant : "Je pense" veut dire, en fait, "J'argumente", donc "Je parle avec autrui", et "J'ai accepté les normes pratiques de la communication", et encore : "Je fais partie d'une communauté de communication". Nul ne pense seul. La pragmatique montre qu'en posant "Je pense" on est déjà dans l'ordre de l'éthique, celle qui résulte d'un consensus. La vérité se gagne par un consensus intersubjectif » (*Id.*, p. 106 et 107). Enfin : « On peut se demander légitimement si le discours intérieur du *cogito* n'est pas déjà un mode dérivé de l'entretien avec autrui ; si le symbolisme linguistique dont use l'âme « s'entretenant avec elle-même » ne suppose pas un dialogue avec un interlocuteur autre que soi ; si l'interruption même de l'élan spontané de la pensée réfléchissant sur elle-même, et jusqu'aux alternances dialectiques du raisonnement où ma pensée se sépare d'elle-même et se rejoint comme si elle était autre qu'elle-même, n'attestent pas d'un dialogue originel et préalable. » (E. LEVINAS, « Le dialogue », *De Dieu qui vient à l'idée*, Paris, Vrin, 1998, p. 224).

Voir aussi : C. BOUCHINDHOMME, « Vérité », in *Vocabulaire des philosophes, Philosophie contemporaine*, Ellipses, 2002, p. 1044 ; P. AMSELEK, « La question de la vérité aujourd'hui : bref essai de mise en perspective », *Revue de la recherche juridique* 2008/2, p. 625, spéc. p. 628 ; S. GOYARD-FABRE, « Les questions *quid facti* ? et *quid juris* ? Leur incidence sur la recherche de la vérité », *Archives de philosophie du droit* 1978 (n° 23), p. 647.

⁸⁶⁹ Cf. note 853.

⁸⁷⁰ J. BOUVERESSE, « Que veut dire faire la même chose ? », *Archives de philosophie* 2001/3 (n° 64), p. 496 et 497 ; J.-Y. CHÉROT, « Suivre une (la) règle », in J.-J. SUEUR (dir.), *La transgression*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 365 à 367 ; L. WITTGENSTEIN, *Recherches philosophiques, op. cit.*, n° 147 s.

⁸⁷¹ L. WITTGENSTEIN, *De la Certitude, op. cit.*, n° 13 à 30 et 458. Critiquant les sophistes, Socrate soulignait déjà que les idées et les valeurs doivent exister hors de l'Homme et de sa volonté, car il ne suffit pas de penser d'une chose qu'elle est juste ou belle, par exemple, pour qu'elle le soit réellement.

intellectuelle se distingue de la sensation pure et du sentiment par ce qu'elle est ouverte à la réfutation et à la révision. Affirmer la véracité d'une proposition revient à admettre l'existence d'un critère extérieur à partir duquel cette affirmation peut être éprouvée, et donc vérifiée ; c'est admettre la possibilité, hypothétique, de sa fausseté. La règle est nécessairement hors de soi.

Si les applications d'une règle étaient confondues avec l'image mentale qu'en avait le sujet, l'idée même d'erreur serait inconcevable⁸⁷². Pour cause, toute proposition que le sujet regarderait comme valide le serait nécessairement en raison de ce seul acte de pensée, et cette validité ne serait pas susceptible d'être remise en cause⁸⁷³. Le jugement exprimant les exigences d'une règle et porteur d'une valeur de vérité n'est pas réductible à un sentiment, car le seul état d'esprit du sujet est insuffisant pour le constituer : il ne suffit pas de *penser* qu'une chose est vraie pour *savoir* qu'elle l'est. Contrairement à la contrainte physique ou psychique, qui se traduisent par des ressentis et des sentiments, la règle ne nous *impose* pas un contenu de pensée, elle constitue un simple guide.

231. Ainsi, il n'y a pas dans notre esprit de vue d'ensemble de ce qui est rouge et qui délimiterait par avance tous les usages légitimes du concept. Il n'y a pas non plus de préconception de toutes les applications possibles d'une règle. Si tel était le cas, cela n'aurait de toute façon pas d'incidence sur la définition et la signification du mot ou sur la portée de la règle. De fait, si la connaissance du sens d'un mot ou d'une règle a sans aucun doute un pendant cérébral, celui-ci n'en est que la condition physiologique. Ce ne peut être un critère de la bonne application, qui est une question objective. Ce peut bien être la *cause* du jugement, mais en aucun cas un élément permettant de le justifier et d'établir son bien-fondé.

Ces considérations conduisent à dépsychologiser les concepts de règle et de signification⁸⁷⁴. Celles-ci n'*expliquent* pas les jugements émis ponctuellement par le sujet mais les justifient⁸⁷⁵. Elles ne doivent surtout pas être appréhendées comme des causes⁸⁷⁶.

232. Puissantes, ces explications nous amènent à réenvisager totalement les rapports entre une règle et ses applications, ainsi qu'entre la signification d'un mot et ses usages

Ainsi, nous admettons que les sensations issues d'un rêve n'ont pas la même valeur cognitive que celles issues d'une perception éveillée et, parmi ces dernières, nous reconnaissons qu'il peut en être des trompeuses (PLATON, « Théétète », in L. BRISSON (dir.), *Platon – Œuvres complètes*, p. 1911, 158a et p. 1963, 201a à 201c). Voir aussi : J.-M. BESNIER, *Théories de la connaissance*, PUF, Que sais-je ?, 2005, p. 19 à 20 et 28 à 29 ; K. POPPER, *La logique de la découverte scientifique*, Paris, Payot, 1982, p. 43 ; *La quête inachevée*, Paris, Calmann-Lévy, 1981, p. 209.

⁸⁷² « L'inconvénient majeur de la conception magique de la règle est de supprimer la différence entre ce qui est correct et ce qui semble à chaque fois correct (ce que la formule de la règle m'« inspire » ou me suggère irrésistiblement le moment venu) » (J. BOUVERESSE, « Que veut dire faire la même chose ? », *op. cit.*, p. 497).

⁸⁷³ L. WITTGENSTEIN, *Recherches philosophiques*, *op. cit.*, n° 193 et 194.

⁸⁷⁴ « Il faut donc que la preuve que je suis effectivement une règle fasse appel à quelque chose d'*indépendant* de mon impression. » (N. MALCOLM, « Les recherches philosophiques de Wittgenstein », *op. cit.*, p. 25).

⁸⁷⁵ L. WITTGENSTEIN, *Recherches philosophiques*, *op. cit.*, n° 217 s.

⁸⁷⁶ Rapp. : « Le danger permanent qui menace le structuralisme [...] est le réalisme de la structure sur lequel on débouche sitôt que l'on oublie ses attaches avec les opérations dont elle est issue » (J. PIAGET, *op. cit.*, p. 124 ; voir aussi p. 12, 52 s. et 74 à 78) ; B. LAKS, *Langage et cognition*, Paris, Hermes, 1996, p. 129 et 148, notes 9 et 11.

corrects.

II/ La règle comprise au sein d'une pratique

233. La règle instituée et délimitée par son usage. Si je n'ai aucun moyen de savoir si ce que je vois *est* rouge, il ne me reste alors que ce jugement, cette pratique. Pour moi, ceci est rouge et cela ne peut être mis en doute. Il ne s'agit pas d'un jugement subjectif, car cette caractéristique est dissociée de mon ressenti. Suivre une règle est donc une pratique⁸⁷⁷, qui se singularise des autres pratiques par ce qu'elle est ouverte à la réfutation.

Ainsi, la question de l'existence et du contenu d'une règle renvoie à la recherche d'une pratique normative, c'est-à-dire une pratique qui consiste, pour un acteur déterminé, à admettre son existence et à la suivre⁸⁷⁸. Dire que telle règle oblige d'adopter tel comportement ou de tenir telle proposition pour vraie ou fausse, c'est renvoyer à une pratique en ce sens : dans une communauté donnée, les individus jugent avoir l'obligation de faire cela en application de cette règle, à laquelle ils donnent cette signification⁸⁷⁹. Le sens d'une règle est déterminé par ses applications et non l'inverse.

La règle est donc instituée par le sujet lui-même, qui la postule et s'y réfère pour forger des jugements ponctuels et tenir un discours qui se veut rationnel. Elle est autant la condition que le produit de l'activité intellectuelle. En tant que telle, elle est indissociable des jugements qu'elle fonde. Loin de leur préexister, elle leur est concomitante puisqu'elle n'est pas réductible à une contrainte qui les déterminerait causalement : elle n'existe que par et pour ses applications⁸⁸⁰. Avant de pouvoir donner une définition du concept de chaise, par exemple, il me faut en connaître l'extension, être capable de dire si *ceci* est une chaise ou n'en est pas. À défaut, il n'existerait rien sur quoi bâtir la définition et l'éprouver. Mais, dans le même temps, identifier un usage correct de ce concept, c'est déjà en *fixer* la définition⁸⁸¹. Jean Piaget écrit ainsi : « Lorsqu'il s'agit de déterminer si c'est un système *A* qui entraîne *B* ou l'inverse, comme dans les relations [...] entre le concept et le jugement, etc., on peut être certain qu'aux priorités ou filiations linéaires finiront toujours par succéder des interactions ou cercles dialectiques »⁸⁸². C'est à ce titre qu'il a pu mettre en garde les auteurs se réclamant du structuralisme contre une tendance forte à la réification des structures : celles-ci n'existent pas indépendamment de la pratique qui consiste à les mettre en œuvre⁸⁸³.

⁸⁷⁷ L. WITTGENSTEIN, *Recherches philosophiques*, *op. cit.*, n° 198 à 202.

⁸⁷⁸ *Id.*, n° 198, 199, 202 et 217.

⁸⁷⁹ L. WITTGENSTEIN, *De la certitude*, *op. cit.*, n° 420, 578 et 614.

⁸⁸⁰ « Ces règles et ces régularités, qui « déterminent », si l'on veut, le comportement du savant, n'existent en tant que telles [...] que parce qu'elles sont perçues par des savants dotés de l'habitus qui les rend capables de les percevoir et de les apprécier [...]. Bref, elles ne les déterminent que parce qu'ils se déterminent par un acte de connaissance et de reconnaissance pratique qui leur confère leur pouvoir déterminant ou, autrement dit, parce qu'ils sont disposés (au terme d'un travail de socialisation spécifique) à être sensibles à leurs injonctions. On voit qu'il serait sans doute vain de se demander, dans ces conditions, où est la cause et où est l'effet, s'il est possible même de distinguer entre les causes de l'action et les raisons d'agir » (P. BOURDIEU, « Wittgenstein, le sociologisme & la science sociale », in J. BOUVERESSE, S. LAUGIER et J.-J. ROSAT (dir.), *Wittgenstein, dernières pensées*, Agone, 2002, p. 353).

⁸⁸¹ J.-Y. CHÉROT, « Le droit comme pratique normative », *op. cit.*, p. 70.

⁸⁸² J. PIAGET, *op. cit.*, p. 104 et 105.

⁸⁸³ « Le danger permanent qui menace le structuralisme [...] est le réalisme de la structure sur lequel on débouche sitôt que l'on oublie ses attaches avec les opérations dont elle est issue » (*id.*, p. 124). Voir aussi : p. 12, 52 s. et 74 à 78. Dans le même sens : J. JAYEZ, *Théorie des actes de langage, éthique et*

234. Ludwig Wittgenstein invite à envisager la façon dont l'enfant apprend ce que signifie une règle. Initialement, la règle que l'on formule devant lui n'est encore qu'une suite de sons informes dénuée de toute signification. Pour apprendre ce que la règle signifie, il apprend à l'appliquer correctement. L'auteur prend alors pour exemple l'enseignement ostensif du langage. Celui-ci est impossible⁸⁸⁴ : un mot ne fait pas sens indépendamment de son usage. Le mot prononcé par une personne lorsqu'elle montre une chose n'est pas susceptible de recevoir une signification univoque. Il est possible de le comprendre comme désignant uniquement la chose montrée, à la manière d'un nom propre, ou comme désignant toutes les choses semblables, à la manière d'un nom commun. Mais alors semblables sous quel aspect ? Le mot peut être ramené à la désignation de la couleur ou de la forme. Ou encore, il peut être le signe de l'acte de montrer lui-même. Le mot n'acquiert de signification qu'au sein d'un usage qui veut qu'il soit utilisé et compris comme le signe de choses présentant un certain nombre de caractéristiques communes identifiées. Pour l'apprenti, comprendre le mot c'est comprendre son usage par le maître, ce qu'il fait lorsqu'il l'utilise⁸⁸⁵.

La façon dont se fait cet apprentissage est assez mystérieuse⁸⁸⁶ mais il est admis qu'il s'agit d'un processus non réflexif⁸⁸⁷ : l'enfant apprend en faisant, il acquiert un savoir-faire⁸⁸⁸. Ainsi, les normes collectives qui font la vérité d'un énoncé ne sont pas intégrées parce qu'elles paraissent bien fondées, elles sont intégrées *via* le processus de socialisation, sans le secours d'aucune évaluation rationnelle⁸⁸⁹. Il n'existe pour le sujet apprenant aucun moyen de savoir que les licornes n'existent pas, qu'un objet continue d'exister quand il ne le perçoit pas ou que la terre existe depuis plus de cent ans⁸⁹⁰. Rien de cela n'est constatable. Lorsqu'il apprend ces faits, l'enfant *intègre* nécessairement ce que c'est qu'exister. Ce concept ne préexiste pas à l'apprentissage mais en résulte de sorte qu'il ne peut être émis aucun jugement sur son usage correct avant l'apprentissage. Il observe simplement ce que

droit, Paris, PUF, 1986, p. 39 à 45.

⁸⁸⁴ L. WITGENSTEIN, *Recherches philosophiques*, *op. cit.*, n° 28 à 35.

⁸⁸⁵ « La signification d'un mot est son emploi dans le langage » (*id.* n° 43).

⁸⁸⁶ J. W. DANFORD, *op. cit.*, p. 108.

⁸⁸⁷ Ludwig Wittgenstein emploie le mot « dresser » (« abrichten ») pour évoquer la manière dont un enfant ou un apprenti acquiert la compréhension d'un jeu de langage (L. WITGENSTEIN, *Recherches philosophiques*, *op. cit.*, n° 198 ; C. CHAUVIRÉ et J. SACKUR, « Apprentissage », in *Vocabulaire des philosophes, Philosophie contemporaine*, Ellipses, 2002, Entrée « Wittgenstein », p. 268).

⁸⁸⁸ J. W. DANFORD, *op. cit.*, p. 89.

⁸⁸⁹ L. WITGENSTEIN, *De la certitude*, *op. cit.*, n° 94, p. 41.

Soutenant cette thèse : « On n'agit pas conformément aux règles de la méthode scientifique, pas plus qu'on ne suit une règle quelconque, par un acte psychologique d'adhésion consciente, [...] mais pour l'essentiel en se laissant porter par un sens du jeu scientifique qui s'acquiert par l'expérience prolongée du jeu scientifique avec ses régularités autant que ses règles » (P. BOURDIEU, *op. cit.*, p. 352).

Voir encore : « Ni mon image du monde, ni les traditions qui me sont familières ne forment des systèmes de représentations et de croyances dont on puisse dire que je les ai adoptées délibérément ; encore moins, pourrait-on dire, que je les ai adoptées après les avoir comparées avec des images du monde et des traditions concurrentes, et après avoir décidé qu'elles sont correctes à mes yeux, ou plus à mon goût que leurs rivales. De même, si on se débarrasse d'une partie de sa propre image du monde, [...] ce n'est jamais uniquement parce qu'on aurait reconnu [son] inexactitude, ou découvert en [elle] quelque faille. Une image du monde ressemble davantage à une religion que l'on acquiert du seul fait d'être élevé au sein d'une communauté religieuse » (J. SCHULTE, « Le lit de la rivière & les gonds », in J. BOUVERESSE, S. LAUGIER et J.-J. ROSAT (dir.), *op. cit.*, p. 96).

⁸⁹⁰ Ces exemples sont tirés de : L. WITGENSTEIN, *De la certitude*, *op. cit.*, n° 165, 187 et 476.

font ses pairs lorsqu'ils énoncent qu'une chose existe. Dans leur pratique, il repère ce qui *fait* l'existence d'un fait ou d'une obligation. Il remarque que, pour eux, exister c'est être attesté par certaines observations directes ou indirectes, ou encore par certains écrits d'une nature spécifique, etc. Il remarque également que cela engendre certaines conséquences ; par exemple, si un objet continue d'exister alors qu'on ne le voit pas, il est possible d'exiger qu'il nous soit remis. Le sujet fait ainsi figure de grand imitateur⁸⁹¹ : tout jugement, tout savoir repose ultimement sur une pratique qui consiste à *faire comme* ses semblables.

235. Savoir appliquer la règle correctement est donc le *critère* de sa connaissance⁸⁹², pas sa conséquence. Ce sont bien les usages qui constituent la règle elle-même ; sans eux, elle est dépourvue de toute signification et n'est qu'un énoncé vide de sens. La définition formaliste de la règle doit donc être absolument rejetée : une règle ne peut être conçue comme un énoncé synthétique qui contiendrait par avance en lui-même l'intégralité de ses applications⁸⁹³. De fait, comprendre un tel énoncé implique de savoir l'appliquer.

236. Des règles sans fondement. Si loin que l'on cherche le *fondement* de nos jugements, nous ne pourrions trouver qu'une pratique. C'est là tout l'objet des derniers écrits de Ludwig Wittgenstein. Considérons par exemple l'affirmation suivante : « Si je lâche un stylo, il se peut qu'il reste comme suspendu dans les airs ». Aucune observation empirique ne prouvera la fausseté de cette affirmation, car constater que le stylo tombe prouve simplement qu'il est tombé, mais non qu'il ne *pouvait* pas également flotter dans les airs⁸⁹⁴. La répétition des observations ne me permettra ni d'infirmer ni de confirmer cette affirmation⁸⁹⁵. Pourtant, je *sais* que cette affirmation est fausse, car je sais que le stylo *doit* tomber. Il s'agit là d'une application du principe d'induction que je considère s'imposer et justifier mon jugement.

Supposons que l'on me demande maintenant ce qui me permet de dire que la règle de l'induction existe, qu'elle est correcte et que je dois la suivre. Embarrassé, je serais tenté de répondre que je n'en sais rien, que je n'entrevois rien qui fonderait cette règle. Mais je devrais plutôt répondre que, pour moi, cette règle existe : elle me permet de savoir que le stylo tombera et tant d'autres choses. Cette règle existe au sein de mon jugement et je n'ai pas besoin qu'elle existe au dehors. Je ferais encore la même réponse si l'on me demandait ce qui m'autorise à dire que cette règle s'applique aussi aux stylos. Comment sais-je que la règle de l'induction signifie bien que les stylos tombent quand on les lâche ? Je pourrais tout aussi bien considérer qu'il s'agit d'entités étranges, qui ne sont pas soumises aux mêmes règles que les autres entités empiriques. Là encore, la règle que je suis a bien cette signification pour moi et je n'ai pas besoin de chercher son sens hors de cette certitude.

⁸⁹¹ Cette tendance naturelle est d'ailleurs admise comme un élément fondamental et structurant par les sociologues et les anthropologues (J. CARBONNIER, *Flexible Droit*, *op. cit.*, p. 109 s.). Il convient toutefois de préciser qu'elle n'est pas exclusive d'une grande marge d'inventivité (*ibid.*).

⁸⁹² L. WITTGENSTEIN, *Recherches philosophiques*, *op. cit.*, n° 146.

⁸⁹³ J.-P. COMETTI, « Qu'est-ce qu'une règle ? », *Éducation et didactique*, vol. 2 - n° 2/2008, p. 139, spéc. p. 144, 145 et 147.

⁸⁹⁴ « La possibilité ne fait pas partie du mobilier du monde, elle n'a pas de référent dans le monde qui puisse faire l'objet d'une description et d'une observation » (P. AMSELEK, « La question de la vérité aujourd'hui... », *op. cit.*, p. 634).

⁸⁹⁵ D. HUME, *Enquête sur l'entendement humain*, Garnier-Flammarion, 1983, p. 109 ; L. WITTGENSTEIN, *De la certitude*, *op. cit.*, n° 292 et 295 ; *Tractatus logico-philosophicus*, *op. cit.*, n° 6.37.

À la question « La règle que tu suis existe-t-elle vraiment ? », une seule réponse est envisageable : « Je n'en sais rien, je la suis ». De même, pour la question « Comment sais-tu ce que cette règle t'impose ? Comment peux-tu savoir qu'elle est applicable à toutes les observations empiriques, y compris celles relatives aux stylos ? », je ne peux donner que cette réponse-ci : « Je n'en sais rien, je la suis ». Comment puis-je savoir que je dois faire confiance à mes sens, sauf quand je dors, délire, etc. ? *Je n'en sais rien ; je le fais* pour juger les affirmations qui me sont soumises⁸⁹⁶. Ludwig Wittgenstein résume ainsi le problème : « "Comment puis-je suivre une règle ?" – Si la question n'est pas causale, elle porte sur ce qui me justifie à agir de telle manière d'après la règle. Dès que j'ai épuisé les justifications, j'ai atteint le roc dur, et ma bêche se tord. Je suis tenté de dire : "C'est ainsi justement que j'agis." »⁸⁹⁷.

237. Et si je ne la suivais pas ? Aurais-je tort de considérer que le stylo peut bien se mettre à flotter dans les airs ? Non, car je ne la suivrais pas. Dire que j'ai eu tort suppose que je suive la règle de l'induction au moment même où je juge avoir tort. L'erreur est une appréciation rétroactive, qui ne résulte pas d'un écart vis-à-vis de la règle que l'on affirmait suivre au moment où l'erreur a été commise mais vis-à-vis de la règle que l'on suit au moment où l'on relève l'existence d'une erreur.

238. L'inintelligibilité de certains doutes. Face à l'enfant qui, vers l'âge de trois ans, pose inlassablement la question « pourquoi ? », tout adulte sera inmanquablement confronté, à un stade ou à un autre de cette interaction, aux limites de son savoir. Alors contraint de répondre « c'est comme ça », il pourrait ajouter « je n'ai pas besoin d'avoir de réponse à cette question précise »⁸⁹⁸. Il ne faut pas voir dans ces interrogations de l'enfant l'expression d'un authentique doute ou d'un scepticisme généralisé. Par ces questions, il ne remet pas en cause le savoir du maître, il l'interroge véritablement. L'on pourrait formuler ainsi sa question : « Lorsque tu dis que la terre est ronde, que fais-tu ? Acceptes-tu cela comme un fait qu'il n'est pas nécessaire de démontrer, ou te fondes-tu plutôt sur des justifications spécifiques ? Si oui, lesquelles ? » Il cherche à savoir si, derrière l'affirmation faite par le maître, il y a plus que cette affirmation.

⁸⁹⁶ « "Comment sais-tu cela ?" – Je le crois » (L. WITTGENSTEIN, *De la certitude, op. cit.*, n° 291, p. 86).

⁸⁹⁷ L. WITTGENSTEIN, *Recherches philosophiques, op. cit.*, n° 217. Dans le même sens : « 246. « Là, je suis arrivé au *fondement de toutes mes croyances*. » « Cette position, je m'y tiendrai ! » Mais n'est-ce pas précisément parce que j'en suis parfaitement convaincu ? – C'est comment être parfaitement convaincu ? / 247. Ça ressemblerait à quoi de douter, là, que j'ai deux mains ? Pourquoi est-ce que je n'arrive pas du tout à me le représenter ? *Je croirais quoi, si je ne croyais pas cela ?* Je n'ai encore aucun système dans lequel il pourrait y avoir un tel doute. / 248. Je suis arrivé au *socle* de mes convictions. / *Et de ce mur de fondation on pourrait presque dire qu'il est supporté par la maison toute entière* » (L. WITTGENSTEIN, *De la Certitude, op. cit.*, p. 77).

⁸⁹⁸ Ce type de situations est utilisé comme exemple par : *id.* n° 159 à 165, 275 à 283 et 310 à 317. Il est intéressant de relever que Hans Kelsen illustre le problème du fondement logique des normes juridiques par l'exemple du questionnement, apparemment sans fin, d'un enfant à son père à propos de la légitimité du commandement émis par ce dernier : « Un père ordonne à son enfant d'aller à l'école. À la question de l'enfant : "Pourquoi dois-je aller à l'école ?", on pourra répondre : "Parce que ton père te l'a ordonné et que l'enfant doit obéir aux ordres de son père." Mais l'enfant pose alors cette nouvelle question : "Mais pourquoi dois-je obéir aux ordres de mon père ?" On lui répondra peut-être : "Parce que Dieu a ordonné d'obéir aux parents et qu'on doit obéir aux ordres de Dieu". » (H. KELSEN, *op. cit.*, p. 259). Ainsi, la justification ultime a pour spécificité d'être indubitable (M. TROPER, *Philosophie du droit, op. cit.*, p. 80). Sur la justification par référence à la volonté divine voir : J.-F. CESARO, *op. cit.*, p. 142.

Il faut bien percevoir que l'enfant débutant son apprentissage ne peut que croire ses maîtres⁸⁹⁹. En effet, en doutant de ce qu'ils lui disent, l'enfant porte un jugement et manifeste ainsi qu'il *sait* déjà une règle⁹⁰⁰. Cela signifie qu'il a déjà intégré quels sont les usages corrects de la règle que suivent les adultes et qu'il est capable de distinguer les bonnes applications des mauvaises. Ainsi, le doute ne peut précéder l'apprentissage. Tout comme la certitude, il s'apprend et n'émerge qu'après une période durant laquelle l'enfant observe ce que font les adultes lorsqu'ils affirment une chose, en doutent ou corrigent leurs jugements antérieurs. Le fondement ultime du savoir s'apparente donc à un argument d'autorité : « Sais-tu que la terre existait alors [il y a cent cinquante ans] ? – Bien sûr, que je le sais. Je le tiens de quelqu'un qui s'y connaît parfaitement »⁹⁰¹.

239. Dans de nombreuses situations, le doute n'est pas *permis*⁹⁰² et toute personne qui persisterait à douter d'un fait certain, au sens des règles de langage admises au sein de la communauté avec laquelle elle interagit, serait alors regardée comme étant de mauvaise foi ou comme étant atteinte de folie⁹⁰³. Norman Malcolm nous fournit ainsi l'exemple suivant : « si un enfant qui apprend à parler disait, dans une situation où nous sommes assis dans une pièce où se trouvent des chaises, qu'il est « hautement probable » qu'il y a des chaises dans cette pièce, nous souririons, *et corrigerions son langage* »⁹⁰⁴. Le doute est ici *interdit* nonobstant la possibilité irréductible que les chaises perçues soient une illusion : l'enfant dont il est question doit avoir des raisons de soutenir que sa perception peut, dans les circonstances spécifiques de son énonciation, être une illusion.

Sitôt que l'on reconnaît des règles, et donc sitôt que l'on se situe dans le champ de l'activité intellectuelle, le doute doit être justifié, tout comme la certitude. Il doit exister des raisons de douter ou d'être certain, raisons dont l'existence et le sens nous sont donnés précisément par ce doute ou cette certitude.

240. La certitude détachée du risque d'erreur. Il en résulte que la possibilité irréductible de faire une erreur ne suffit pas à exclure la certitude⁹⁰⁵, encore faut-il

⁸⁹⁹ L. WITTGENSTEIN, *De la Certitude, op. cit.*, n° 283.

⁹⁰⁰ *Id.*, n° 122 et 160.

⁹⁰¹ *Id.*, n° 187. Dans le même sens : « Un enfant dit à un autre : « Je sais que la terre a déjà plus de cent ans » et cela voudrait dire : je l'ai appris » (*id.*, n° 165).

⁹⁰² La pensée s'inscrivant nécessairement dans un cadre normatif préalable, le jugement critique a nécessairement une limite sur laquelle le doute vient buter. C'est ainsi que, pour Bruno Petit, l'évidence, parce qu'elle est le point de départ et l'assise nécessaire de toute connaissance, est « l'écueil sur lequel vient se briser le doute philosophique, elle est le fondement de toute connaissance, de toute règle, de toute solution. » (B. PETIT, *op. cit.*, p. 486).

⁹⁰³ L. WITTGENSTEIN, *De la Certitude, op. cit.*, n° 71 à 82.

⁹⁰⁴ N. MALCOLM, « Moore and Ordinary Language », cité par C. ALSALEH, « Quand est-il valide de dire « je sais » ? », *Revue de métaphysique et de morale* 3/2006 (n° 51), p. 375, p. 377.

⁹⁰⁵ N. MALCOLM, « Knowledge and Belief », *Mind*, Vol. 61, n° 242 (avr. 1952), p. 178, p. 180 ; « Il est toujours possible (humainement possible) que je me trompe [...] mais cela en soi ne m'empêche pas d'utiliser [l'expression] "Je sais" [...] comme nous le faisons » (J.-L. AUSTIN, « Other Minds », cité par S. LAUGIER, « Le sujet de la certitude », in J. BOUVERESSE, S. LAUGIER et J.-J. ROSAT (dir.), *Wittgenstein, dernières pensées*, Agone, 2002, p. 237, spéc. p. 250). « Si je devais informer quelqu'un que ceci est un arbre, ce ne serait pas une simple supposition [...] Ce ne serait pas une supposition et je pourrais en informer autrui avec une assurance absolue, comme de quelque chose qui ne fait aucun doute. Mais est-ce que cela veut dire que c'est inconditionnellement la vérité ? Ce que je reconnais avec une parfaite certitude comme l'arbre que j'ai vu tout au long de ma vie ne peut-il se révéler être autre chose ? Ne peut-il me déconcerter ?/ Et cependant il était correct, dans les circonstances qui donnent

démontrer cette possibilité à partir des règles qui structurent notre langage et nos pratiques⁹⁰⁶.

241. La nouvelle compréhension de ce en quoi consiste suivre une règle que nous avons exposée ici a donné lieu à de multiples commentaires, dont certains arrivent à des conclusions radicalement opposées. Des auteurs ont pu y voir un argument très fort en faveur des critiques sceptiques à l'encontre du savoir juridique, et plus généralement de tout savoir. D'autres considèrent, à l'inverse, que Ludwig Wittgenstein apporte une réponse nouvelle et originale au scepticisme.

Face à de telles divergences, il nous faut chercher à déterminer quelles sont les implications exactes de la redéfinition des règles pour la théorie sceptique.

§2. Réponse aux sceptiques

242. Le style utilisé par Ludwig Wittgenstein dans ses derniers écrits, principalement constitués d'aphorismes, les rend difficiles d'accès et riches de potentialités théoriques. Cela explique sans doute pourquoi ils ont été l'objet d'une exégèse foisonnante qui a conduit à des lectures souvent très différentes.

Parmi celles-ci, il en est une qui soutient que les explications contenues dans les *Recherches philosophiques* conduisent à légitimer le scepticisme le plus radical (I). Très critiquée, cette analyse doit être rejetée car elle méconnaît la portée véritable de l'ouvrage, qui offre au contraire les moyens d'écarter les thèses sceptiques (II).

I/ La lecture sceptique des Recherches philosophiques

243. Il revient à Saul Kripke d'avoir vu dans les *Recherches* une démonstration de la validité des prétentions sceptiques. Selon lui, si la règle n'existe pas indépendamment de la pratique qui la met en œuvre, elle devient une ressource inutilisable dont le sens et la bonne application deviennent indéterminables. Si bien que toute affirmation se prévalant de la règle et se présentant comme nécessaire s'avère arbitraire (A).

Saul Kripke a tenté d'apporter une réponse à cette conclusion sceptique en recourant au concept de convention. Une telle solution ne peut toutefois pas être admise (B).

A/ L'indétermination irréductible des règles définies comme des pratiques

244. La lecture sceptique des Recherches. Saul Kripke a fait une analyse remarquée et très commentée des textes de Ludwig Wittgenstein, au terme de laquelle il conclut que les arguments qui y sont avancés conduisent à un scepticisme radical à l'égard de tout

son sens à cette phrase, de dire : « Je sais (je ne fais pas que supposer) que ceci est un arbre. » Dire qu'en vérité je ne fais que le croire serait faux. Il serait complètement *trompeur* de dire : « Je crois que mon nom est L. W. » Et cela aussi est correct : en cela, je ne peux faire *erreur*. Ce qui ne veut pas dire que là-dessus je sois infallible » (L. WITTGENSTEIN, *De la certitude*, *op. cit.*, n° 425 ; voir aussi n° 606).⁹⁰⁶ « Une fois qu'une hypothèse a été proposée, soumise à des tests, et qu'elle a fait ses preuves, on n'est plus autorisé à la supprimer sans « bonne raison » » (K. POPPER, *La logique de la découverte scientifique*, *op. cit.*, p. 51).

savoir.

Pour ce faire, Saul Kripke se fonde sur le constat que fait Ludwig Wittgenstein selon lequel toute règle, tout énoncé, peut être ramené à une infinité de significations⁹⁰⁷. Il prend ainsi l'exemple d'un individu qui n'aurait appris les additions qu'à l'aide d'exemples pour lesquels le résultat est inférieur à 57. Il pourrait ramener ces opérations à deux fonctions différentes : la fonction « plus », que nous utilisons effectivement, et la fonction « quus », pour laquelle les additions ont le même résultat qu'avec la fonction « plus » sauf si ce résultat devait être supérieur ou égal à 57, auquel cas l'addition aura 5 pour résultat⁹⁰⁸. Dans ces circonstances, il est impossible pour le sujet de connaître la règle qui permet d'affirmer que « $57 + 65 = 122$ », puisqu'aucune pratique dans ce sens n'existe.

Selon Saul Kripke, la définition des règles proposée par Ludwig Wittgenstein est à la source d'un problème insurmontable : si la règle est instituée par les jugements particuliers qui la mettent en œuvre, alors elle est inconnaissable et il devient impossible pour les sujets d'émettre un jugement qu'ils estimeraient valide. C'est que les acteurs ont besoin d'une règle pour porter un jugement et tenir une proposition pour vraie. Il est donc impossible que la règle découle de ces jugements.

B/ L'impasse de la solution communautariste

245. La référence à la collectivité ne résout pas le problème sceptique. Pour sortir de l'impasse dans laquelle le mène sa lecture des *Recherches philosophiques*, Saul Kripke propose de fonder la règle sur un accord de communauté⁹⁰⁹. Savoir ce que prescrit la règle dans un cas déterminé, c'est en fait savoir ce que la collectivité dans laquelle le sujet s'inscrit attend qu'il fasse. La règle correspond donc à un consensus sur ce qui doit être fait dans une série illimitée de cas. Dans ce sens, il peut être observé que Ludwig Wittgenstein avance bien l'idée de consensus intersubjectif comme fondement du savoir. En effet, jouer un jeu de langage suppose selon lui d'habiliter autrui à y participer : les jugements émis par autrui sont alors à l'égal des miens puisqu'aucun langage privé n'est concevable. Savoir consiste précisément à s'exposer à la critique ; cela suppose de reconnaître la voix d'autrui et de lui conférer un poids égal à la mienne. Affirmer la vérité, c'est asserter que toute personne raisonnable sera en accord avec l'affirmation tenue pour vraie ou valide⁹¹⁰.

246. Cependant, une assimilation de la règle à un accord sur les pratiques demeure impossible. Chez Ludwig Wittgenstein, l'accord ne *fonde* pas la règle, dont il est utile de rappeler qu'elle ne peut en aucun cas être *justifiée* par un fait. Le fait que les hommes s'accordent pour dire que telle obligation s'impose à eux ou que tel état de fait existe ne suffit pas à établir que ce soit le cas⁹¹¹. Croire collectivement que l'on suit la règle n'est toujours pas la suivre ; la croyance collective n'est pas ce qui fonde la règle.

⁹⁰⁷ L. WITTGENSTEIN, *Recherches philosophiques*, *op. cit.*, n° 198 à 201 ; S. KRIPKE, *Wittgenstein on Rule and Private Language*, Cambridge, Harvard University Press, 1982, p. 7.

⁹⁰⁸ *Id.*, p. 7 s.

⁹⁰⁹ *Id.*, p. 71 s. et spéc. p. 92 à 95.

⁹¹⁰ L. WITTGENSTEIN, *De la certitude*, *op. cit.*, n° 453.

⁹¹¹ S. LAUGIER, « Où se trouvent les règles ? », *Archives de philosophie* 3/2001 (Tome 64), p. 505, spéc. p. 517 s. ; P. BOURDIEU, *op. cit.*, p. 349 ; B. BIX, *op. cit.*, p. 110.

Si la voix d'autrui a le même poids que la mienne, alors elle est tout aussi fragile. Comme moi, mes pairs peuvent se tromper et ce qu'ils disent de la règle peut être sans rapport avec ce qu'elle impose réellement. Il en résulte que le jugement émis par autrui n'est pas plus susceptible de constituer un critère de vérité que le mien. Ne me croyant pas moi-même sur parole, je ne saurais croire autrui sur parole. L'approbation et l'opposition de mes pairs ne sont significatives que dans la mesure où nous formons une « communauté fondée sur une science commune »⁹¹², c'est-à-dire à condition qu'ils suivent les mêmes règles que moi⁹¹³.

Nous sommes alors comme prisonniers de notre individualité⁹¹⁴ : lorsque je suis certain de quelque chose, je formule une évaluation objective, sur laquelle le désaccord et la controverse n'ont aucune prise. Certes, il se pourrait qu'une rupture trop radicale entre ma pratique et celle de mes semblables m'amène à abandonner mes croyances fondamentales, à en changer. Mais la probabilité d'une telle conversion aux croyances majoritaires n'exprime en rien la fausseté de mes croyances *actuelles*.⁹¹⁵

247. L'accord : simple fait issu d'une forme de vie partagée. Selon Ludwig Wittgenstein, si rien ne m'impose, logiquement, d'être en accord avec mes semblables, il se trouve pourtant que nous le sommes ; nous formons une communauté de croyances. Il ne s'agit pas ici d'une convergence de vues, mais bien d'un accord sur les fondements du savoir ou du droit : nous suivons les mêmes règles lorsque nous considérons qu'une obligation ou une règle de droit existe⁹¹⁶. Cet accord délimite les frontières d'un système juridique, moral ou scientifique ; il est la marque d'une culture partagée et de l'existence d'une communauté sociale relativement homogène.

Comment pourrait-il en aller autrement d'ailleurs ? L'homme ne naît pas hors de la société et l'enfant qui apprend à parler n'a accès au langage que de façon indirecte, à travers les utilisations qu'en font ses pairs. L'accord au sein d'une communauté relève d'une réalité biologique et sociale⁹¹⁷.

⁹¹² L. WITTGENSTEIN, *De la certitude*, *op. cit.*, n° 298 ; B. BIX, *op. cit.*, p. 110 à 112.

⁹¹³ « Le recours à la pratique et à la communauté n'est donc pas un effacement du subjectif : car quel est mon rapport à ces propositions admises de tous ? [...] Il ne suffit pas de dire que *ma* certitude se fonde sur un ensemble de choses acceptées et une forme de vie. Il reste que c'est *moi* qui suis d'accord, exactement comme c'est toujours *moi* qui sais » (S. LAUGIER, « Le sujet de la certitude », *op. cit.*, p. 260 et 261).

⁹¹⁴ « Il n'y a donc pas de « traitement » à ce scepticisme, qui n'est pas seulement un doute sur la validité de ce que nous faisons et disons, mais nous révèle à quel point « je » suis la seule source possible. Récuser cela, comme le fait Kripke, en plaçant dans le maître (ou « les autres », la communauté) la source de l'autorité, ce n'est pas répondre au scepticisme, mais le réitérer. » (S. LAUGIER, « Où se trouvent les règles ? », *op. cit.*, p. 518). Voir aussi : S. LAUGIER, « Règles, formes de vie et relativisme chez Wittgenstein », *Noesis* 2008/14, p. 56 et 57.

⁹¹⁵ N. MALCOLM, « Knowledge and Belief », *Mind New Series* Vol. 61, n° 242 (avril 1952), p. 186 s.

⁹¹⁶ Rapp. : « La loi synchronique est générale, mais elle n'est pas impérative. Sans doute elle s'impose aux individus par la contrainte de l'usage collectif mais nous n'envisageons pas ici une obligation relative au sujet parlant. Nous voulons dire que dans la langue, aucune force ne garantit le maintien de la régularité quand elle règne sur quelque point. Simple expression d'un ordre existant, la loi synchronique constate un état des choses ; elle est de même nature que celle qui constaterait que les arbres d'un verger sont disposés en quinconce. Et l'ordre qu'elle définit est précaire, précisément parce qu'il n'est pas impératif [...] Si l'on parle de loi en synchronie, c'est dans le sens d'arrangement, de principe de régularité. » (F. DE SAUSSURE, *Cours de linguistique générale*, Paris, Payot, 1976, p. 131, cité par B. LAKS, *op. cit.*, p. 135 et 136).

⁹¹⁷ L. WITTGENSTEIN, *Recherches philosophiques*, *op. cit.*, n° 241

Il n'a toutefois rien de logique ou de nécessaire et le recours à la convention ne constitue pas une réponse au scepticisme⁹¹⁸. De fait, il s'agirait encore de fonder les règles sur un fait psychologique, la recherche d'une entente. À cet égard, il faut souligner qu'aucun accord *sur* le langage n'est concevable, dès lors que celui-ci est le cadre dans lequel s'exerce la pensée et tout jugement critique. Seul un accord *dans* le langage est envisageable⁹¹⁹. David Hume insistait déjà sur ce point⁹²⁰. L'on est alors tenté de décrire le langage comme l'horizon des événements intellectuels : « il est toujours là » avec les règles qu'il charrie, précédant la pensée critique.

II/ Réfutation du scepticisme

248. Si la tentative de réfutation du scepticisme par un recours à la convention est vaine, elle s'avère surtout inutile. En effet, les travaux de Ludwig Wittgenstein ne conduisent aucunement à la conclusion selon laquelle le sens et la portée des règles instituées par la pratique est inconnaissable. Au contraire, si la règle existe et se comprend au sein de la pratique qui consiste à l'appliquer, cette pratique a une dimension normative essentielle qui la caractérise. Si cette pratique consiste bien à se reconnaître *obligé* par une règle à laquelle un certain sens est attribué, alors cette règle devient indisponible pour le sujet, sans quoi elle ne serait pas instituée comme règle. Dans cette perspective la connaissance et la certitude sont bien fondées sur des critères objectifs (A).

Par cette démonstration, Ludwig Wittgenstein nous enseigne que la distinction entre savoir et croyance, entre objectivité et subjectivité ou entre sentiment et connaissance ou certitude, n'a pas besoin d'être fondée sur un critère empirique extérieur à l'activité intellectuelle. Ce faisant, il ne démontre pas que les thèses sceptiques sont fausses, mais que rien n'impose de les accepter à celui qui affirme savoir quelque chose (B).

A/ L'erreur méthodologique des sceptiques

249. La règle appréhendée indépendamment de la pratique la mettant en œuvre. L'analyse de Saul Kripke repose toute entière sur une méprise quant à la nature des règles : il les analyse comme si elles étaient en dehors de la pratique, comme si faire *quous* ou *plus* pouvait se comprendre sans se référer à une pratique⁹²¹. Il réalise ce que Ludwig Wittgenstein défend de faire : au lieu de se contenter d'observer un comportement et de se demander ce qu'il signifie, il recherche sa cause et, faute de pouvoir trouver dans l'esprit du sujet une règle qui prédéterminerait toutes ses applications, il est bien forcé de conclure que le sujet est libre et ne peut donc porter aucun jugement⁹²².

⁹¹⁸ « The claim that language for Wittgenstein is essentially communal cannot mean he thinks being communal is a common and defining feature of language. » (J. V. CANFIELD, « The Community View », *The Philosophical Review* Vol. 105, n° 4 (October 1996), p. 469, spéc. 474).

⁹¹⁹ L. WITTGENSTEIN, *Recherches philosophiques*, *op. cit.*, n° 241 ; C. CHAUVIRÉ, « Engagement et politique chez Wittgenstein », *Cités* 2009/2 (n° 38), p. 25, spéc. 29.

⁹²⁰ « Thus two men pull the oars of a boat, by common convention, for common interest, without any promise or contrat [...] thus speech and words and language are fixed by human convention and agreement » (D. HUME, cité par A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 2010, p. 188, entrée « convention »).

⁹²¹ S. LAUGIER, « Où se trouvent les règles ? », *op. cit.*, p. 508 à 510.

⁹²² *Ibid.* ; M. LYNCH, « Wittgenstein, règles et épistémologie », *Rue Descartes* 2001/1 (n° 31), p. 25 s. ; J.-P. COMETTI, *op. cit.*, p. 144.

250. Trouver la règle dans son usage, sans vouloir regarder au-delà. Si l'on comprend la règle pour ce qu'elle est, à savoir une pratique normative, alors le paradoxe n'existe pas : il nous faut considérer que, lorsqu'ils émettent un jugement sur un cas nouveau et identifient une application correcte d'une règle qui n'y avait pas encore été appliquée, les acteurs expriment l'existence de cette règle et témoignent de ce qu'elle signifie quelque chose pour ce cas. Au moment où elle se réalise, leur pratique témoigne bien de ce qu'il existe, de leur point de vue, une obligation de dire que $65 + 57 = 122$. Le sens d'une règle et sa portée sont donc constitués par ses applications antérieures mais aussi par ses applications futures ; lesquelles, au moment où elles se réalisent, constituent bien une pratique actuelle indiquant et instituant l'existence d'une obligation⁹²³.

Il faut donc cesser de se demander *pourquoi* les acteurs ont dit 122 et ont considéré qu'il s'agissait de la bonne application. Il faut seulement constater qu'ils jugent ainsi : « Lorsque Wittgenstein énonce le précepte « Interrogez l'usage », il ne veut pas dire « Construisez une théorie de l'usage », mais simplement « Constatez l'usage, il n'y a rien à voir au-delà »⁹²⁴. Jacques Bouveresse écrit dans ce sens : « S'il est légitime de parler de création normative à propos de la décision que nous prenons d'adopter une certaine règle, on ne peut manifestement pas considérer comme des créations normatives, dans le même sens ou dans un sens comparable, nos décisions de traiter telles ou telles actions comme des conséquences ou applications correctes de la règle. Cela reviendrait en effet à admettre que nous n'avons pour ainsi dire rien décidé en décidant de nous soumettre à la règle, que ce que nous avons mis dans la règle, son sens, ne peut être que le résultat d'une sorte de création collective continue, qui se poursuit à travers toute la suite des applications, alors que l'idée de connexion interne entre la règle et ses applications signifie justement que l'une des deux choses (la règle), était déjà en un certain sens l'autre (l'application) et que par conséquent il n'y avait rien à créer et rien à décider »⁹²⁵.

B/ Accepter notre savoir pour ce qu'il est

251. Questionner l'utilité de l'attitude sceptique. Au regard des développements précédents, il apparaît nettement que chercher à réfuter les thèses sceptiques est une entreprise vaine, car force est de constater que nos discours n'ont pas de fondement extérieur et sont partiellement injustifiables. Toutefois, ce constat révèle justement que nous n'avons pas besoin d'un tel fondement pour distinguer entre le vrai et le faux, pour nous situer dans le champ du savoir plutôt que dans celui de la croyance. Ce que Ludwig Wittgenstein nous apprend, c'est à voir que la critique sceptique, si fondée soit-elle, demeure sans conséquence sur notre appréhension du monde. Plutôt que de réfuter le scepticisme, Ludwig Wittgenstein pose la question de son utilité. Pourquoi vouloir que la

⁹²³ « Le sens d'un mot est supposé déterminer (et déterminer, dans le cas idéal, complètement) ses applications futures. Mais pourquoi la signification d'un mot ne dépendrait-elle pas également jusqu'à un certain point de ses applications futures ? » (J. BOVERESSE, « Que veut dire faire la même chose ? », *op. cit.*, p. 485 et 486). Aussi « Nous ne devrions appeler « interprétation » que la substitution d'une expression de la règle à une autre » (L. WITTGENSTEIN, *Recherches philosophiques*, *op. cit.*, n° 201).

⁹²⁴ S. AUROUX, *La philosophie du langage*, 2^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, « Que sais-je ? », 2013, p. 95 ; J. BOVERESSE, « Que veut dire faire la même chose ? », *op. cit.*, p. 502.

⁹²⁵ J. BOVERESSE, « Le paradoxe de Wittgenstein ou comment peut-on suivre une règle », *sup* 1986, hors-série Ludwig Wittgenstein, p. 51.

règle que nous suivons soit justifiée ? Qu'est-ce que cela nous apporterait ? Quel est le but d'une telle recherche ? La règle n'en sera pas plus une raison d'agir qu'elle ne l'est actuellement à nos yeux, car elle constitue bien déjà un guide intellectuel malgré son absence de fondement logique. Réclamer un tel fondement est superflu et la liberté radicale que les sceptiques prétendent mettre en lumière n'est qu'un leurre, parce qu'elle ignore ce en quoi consiste le fait de reconnaître et de suivre une règle⁹²⁶. Il ne nous faut pas tomber dans une « stupeur catatonique »⁹²⁷ mais, au contraire, accepter cette « vision aussi simple que difficile, et aussi difficile que terrifiante – difficile parce que terrifiante »⁹²⁸. La leçon des *Recherches philosophiques* est puissante autant qu'elle est déroutante : elle nous invite à abandonner nos aspirations les plus profondes et se situe ainsi à contre-courant de toute la philosophie antérieure : « À la différence de la plupart des philosophes qui réfléchissent sur ce type de question, [Ludwig Wittgenstein] ne semble pas du tout gêné par l'idée que nous devrions peut-être simplement nous satisfaire de l'existence de ce sentiment de sécurité, sans nous croire obligés d'en expliquer la provenance »⁹²⁹. Nous pouvons parfaitement nous contenter de ce que nous avons, car cela est amplement suffisant : nos certitudes sont inébranlables justement parce que nous les appréhendons comme telles, les justifier apparaît alors comme une entreprise aussi vaine qu'inutile. Il ne nous est pas indispensable de chercher hors de notre pratique le principe de l'existence des règles de droit et une réponse à la question de leur objectivité⁹³⁰.

Il est vrai que « cette pratique ne prouve pas que le scepticisme moral est mal fondé et qu'il existe quelque chose de "vraiment" objectif en vertu de quoi les jugements moraux peuvent être vrais ou faux. Néanmoins, elle montre que l'idée qu'il puisse exister une "morale objective" a un sens pour les juristes (et les citoyens) malgré toutes les expressions qui valorisent le scepticisme »⁹³¹.

252. Refuser de tomber dans le relativisme. Certes, puisque notre pratique n'a aucun fondement extérieur, il se pourrait que l'on agisse différemment. Cela remet-il toutefois en cause la validité de nos jugements actuels ? Non, ceux-ci sont fondés au regard des critères justificatifs que nous acceptons et reconnaissons⁹³². Que nous puissions en suivre d'autres n'est pas de nature à remettre en cause la sécurité que nous inspirent ceux que nous reconnaissons actuellement, pour la simple raison que nous n'en suivons justement pas d'autres⁹³³. Que les règles que nous suivons et reconnaissons comme intangibles et

⁹²⁶ « In [...] easy cases, it is not fuel for scepticism that nothing more can be offered in justification for how the rule is applied. The sceptic's complaint is unwarranted because there is nothing more that *could* be offered as justification and there is nothing more that is *needed* as a justification. » (B. BIX, *op. cit.*, p. 109 et note 17).

⁹²⁷ J.-Y. CHÉROT, « Le droit comme pratique normative », *op. cit.*, p. 75. Voir aussi : « La distinction entre "scepticisme interne" et "scepticisme externe" chez Dworkin », *Analisi e diritto* 2009, n° 3, p. 160.

⁹²⁸ S. CAVELL, *Must We Mean What We Say ?*, cité par S. LAUGIER, « Où se trouvent les règles ? », *op. cit.*, p. 517.

⁹²⁹ J. BOUVERESSE, « Que veut dire... », *op. cit.*, p. 502.

⁹³⁰ « L'idée que nous pourrions nous tenir hors de ces pratiques et identifier des faits moraux est un non-sens » (J.-Y. CHÉROT, « Le droit comme pratique normative », *op. cit.*, p. 74 ; « La distinction entre "scepticisme interne" et "scepticisme externe" chez Dworkin », *Analisi e diritto* 2009, n° 3, p. 160).

⁹³¹ L. B. TREMBLAY, « Le droit a-t-il un sens ? Réflexions sur le scepticisme juridique », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 1999/42, p. 41.

⁹³² *Ibid.* Voir aussi : R. DWORKIN, *L'empire du droit*, *op. cit.*, p. 93 et 94, spéc. note 1.

⁹³³ « Il est logiquement possible que des êtres humains violent toutes leurs promesses : d'abord peut-être en ayant le sentiment d'accomplir un acte irrégulier et ensuite sans avoir un tel sentiment. À partir de ce

inébranlables ne correspondent pas à des entités naturelles, qu'elles soient propres à une communauté et à une époque, ne retire rien à leur normativité et à leur pertinence⁹³⁴.

253. Si les thèses de Wittgenstein fournissent effectivement une réponse satisfaisante au scepticisme, il reste encore à les transposer au droit afin de montrer en quoi le scepticisme en ce domaine ne constitue pas une objection pertinente au concept de certitude.

SECTION II : L'APPLICATION DES THÈSES DE WITTGENSTEIN AU DROIT

254. Comme nous l'avons expliqué ci-dessus, les thèses de Ludwig Wittgenstein ne concernent pas les normes morales ou juridiques mais les règles du langage. Elles fournissent néanmoins un éclairage essentiel en ce qui concerne la certitude en droit. Elles démontrent en effet que le processus d'identification d'une règle de droit et d'attribution d'une signification à cette règle n'est pas subjectif : il s'agit d'un processus rationnel et non d'un acte de volonté. Cela ressort assez nettement si l'on appréhende le processus d'identification et d'interprétation des règles de droit, qui fonde la certitude en droit, comme une pratique spécifique au sein de laquelle des règles existent indépendamment de la volonté de ceux qui s'y réfèrent (§1).

Définir le droit comme pratique normative soulève toutefois quelques difficultés qu'il sera nécessaire d'envisager (§2).

§1. Appréhender le droit en tant que pratique normative

255. **L'identification des règles de droit et leur interprétation s'inscrivent dans un processus discursif.** Lorsque les acteurs du droit justifient une prétention, une appréciation ou une décision, ils se réfèrent à des règles de droit qui, selon eux, *imposent* une décision déterminée. Ce faisant, ils formulent des propositions décrivant des normes et leur signification pour le cas précis : il existe telle règle qui impose telle solution. Descriptives, ces propositions sont susceptibles de se voir attribuer une valeur de vérité⁹³⁵. En tant que telles, elles sont ouvertes à la réfutation et la détermination de leur véracité se présente comme un acte de connaissance et non de volonté⁹³⁶ : la proposition sera tenue pour vraie si la règle existe et a bien la signification affirmée.

moment la règle qui oblige de tenir ses promesses cesserait d'exister ; cela constituerait, cependant, un faible support pour étayer l'idée qu'une telle règle n'existe nullement en ce moment et que les promesses ne sont pas réellement obligatoires » (H. L. A. HART, *op. cit.*, p. 165).

⁹³⁴ « Il arrive de nier l'existence objective du juste ou du bien pour le motif que ces concepts justifient des représentations communautaires ou individuelles plurielles. [...] Cependant, le pluralisme moral ou éthique ne prouve rien. [...] il n'y a rien qui prouve que le juste et le bien doivent être uniformes en tout lieu et en tout temps » (*id.*, p. 44). Dans le même sens : « Naturellement, ces règles ne sont pas objectives au sens des lois de la nature. Elles sont peut-être des croyances [...] ; elles sont plus sûrement comprises en fonction d'une convention sociale ; mais elles n'en sont pas moins effectives et tout dans le droit n'est pas une question de stratégie, de pouvoir et de contrepois » (J.-Y. CHÉROT, « Rapport de synthèse », *op. cit.*, p. 131).

⁹³⁵ R. DWORKIN, *L'empire du droit*, *op. cit.*, p. 4.

⁹³⁶ J. COLEMAN, *The Practice of Principles*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 88 et 89.

Ainsi, parce qu'il se présente comme vérifiable et réfutable, le discours juridique repose nécessairement sur des critères extérieurs au sujet et ne dépend pas de sa seule volonté ou de ses sentiments⁹³⁷. Dans le champ du discours juridique, le vocabulaire de la croyance et du savoir sont bien distincts : je ne *crois* pas que quiconque cause un dommage à autrui doive l'indemniser du préjudice subi, je le *sais*. En revanche, je croyais seulement qu'il n'existait pas règle imposant un délai de réflexion d'une semaine avant de pouvoir pratiquer une interruption volontaire de grossesse, parce que je pensais à tort que l'article L.2212-5 du code de la santé publique avait été abrogé⁹³⁸.

Ainsi, la majeure du syllogisme est construite à travers un processus argumenté : toute affirmation quant à l'existence et au sens d'une règle de droit imposant la solution voulue doit être justifiée et se fonder sur des raisons déterminées et regardées comme opérantes⁹³⁹, que l'on pourrait qualifier de justifications de second ordre.

256. S'il est courant que la Cour de justice de l'Union européenne⁹⁴⁰ et la Cour européenne des droits de l'Homme⁹⁴¹ énoncent les justifications qui fondent leur interprétation de la règle appliquée, les juridictions françaises sont très peu loquaces sur ce point. De nombreux arrêts rendus par des cours d'appel sont néanmoins explicites. Citons dans ce sens un arrêt particulièrement limpide de la cour d'appel de Rouen : « En présence d'un texte de loi qui peut recevoir des interprétations différentes, il appartient au juge pénal de rechercher la volonté du législateur s'il peut la déduire avec certitude, non de textes réglementaires ultérieurs, mais des travaux parlementaires qui ont précédé l'adoption de la loi, notamment en ce qui concerne la finalité de celle-ci, et du soutien de la raison lorsqu'elle lui permet de vérifier que l'une des interprétations possibles de la loi peut conduire à une application manifestement contraire à son esprit et doit être écartée »⁹⁴². Une pratique similaire était également courante à la Cour de cassation au XIX^e siècle⁹⁴³, avant d'être abandonnée au profit d'une motivation lacunaire. Cependant, plusieurs arrêts énoncent encore privilégier l'« interprétation stricte [d'un texte] en raison de son caractère exceptionnel »⁹⁴⁴. De même, dans le chapitre précédent, nous avons aussi

⁹³⁷ *Id.*, p. 90.

⁹³⁸ Si l'Assemblée nationale et le Sénat ont voté en première lecture la suppression de ce délai dans le cadre de l'examen du projet de loi relatif à la modernisation de notre système de santé (voir les débats au Sénat le 6 octobre 2015 sur l'article 17 bis du projet), le Sénat a finalement rejeté le projet de loi en deuxième lecture le 14 décembre 2015.

⁹³⁹ « There may be no assertions without reasons – whatever is asserted may be challenged, and, upon challeng, a reason must be offered for whatever is asserted » (N. MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 17).

⁹⁴⁰ CJCE, 21 nov. 1974, *Moulin*, 6/74, *Rec.* p. 1287, §10 s. ; 5 févr. 1976, *Süddeutsche Zucker*, 94/75, *id.* p. 153, §5 ; 19 juin 1980, *Roudolff*, 803/79, *id.* p. 2015, §7 ; CJUE, 13 déc. 2012, *BLV Wohn*, C-395/11, §25.

⁹⁴¹ Cour EDH, 21 févr. 1975, *Golder*, 4451/70, §29s. ; 9 oct. 1979, *Airey*, 6289/73, §24.

⁹⁴² Rouen, 13 avr. 2006, n° 2006/00183. Tout aussi clair : Paris, 8 avr. 1993, n° 92-013012 ; Poitiers, 16 mars 1994, *JurisData* n° 040555 ; Reims, 10 mars 2008, n° 07/00702. Parmi une jurisprudence abondante des cours d'appel, voir aussi : Paris, 1^{er} mars 2011, n° 07/17884 ; 20 nov. 2007, n° 2007/00369 ; Lyon, 17 mai 2011, n° 10/05647 ; Montpellier, 4^e ch., 20 janv. 2010, n° 08/06253 ; Versailles, 2 févr. 2009, n° 09/00836 ; Douai, 11 avr. 2009, n° 09/00196.

⁹⁴³ Par exemple : Cass., civ., 1^{er} août 1820, *Bull. civ.* n° 67 ; crim., 26 avr. 1845, *Bull. crim.* n° 154 ; 15 nov. 1855, *id.* n° 356.

⁹⁴⁴ Notamment : Cass., civ. 2^e, 20 nov. 1964, *Bull. civ.*, II, n° 744 ; civ. 1^{ère}, 28 mai 1968, n° 66-13.579, *id.*, I, n° 155 ; comm., 11 avr. 1995, n° 92-20.985, *id.*, IV, n° 121 ; soc., 26 mai 2010, n° 08-43.105 ; civ. 3^e, 19 juin 1993, n° 95-70.170.

pu étudier des arrêts au sein desquels il est expressément fait référence au préambule d'un acte. Il existe aussi des arrêts qui citent des décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme pour étayer l'interprétation retenue, alors que ces décisions n'ont qu'un effet *inter partes*⁹⁴⁵. La mention de justifications secondaires se retrouve même dans deux décisions du Conseil constitutionnel⁹⁴⁶.

Au-delà des motifs des jugements, on peut encore relever que les travaux préparatoires cités précédemment contiennent souvent des références aux débats parlementaires, aux principes généraux du droit ou à des arguments d'équité pour justifier l'interprétation proposée.

Mais surtout, la seule référence à un texte de loi constitue une forme de justification de l'affirmation relative à l'existence et au sens de la règle de droit dont il est fait application : l'existence d'une loi claire et précise permet souvent de démontrer qu'une règle de droit correspondante existe⁹⁴⁷.

257. L'existence d'une règle de droit et son interprétation dépendent donc de règles fondamentales qui définissent ce que sont les sources du droit et la façon de les appréhender⁹⁴⁸. Ces règles forment la *structure* de la juridicité, au sens philosophique : elles rendent possible le fait même de penser *en* droit et constituent l'espace au sein duquel l'argumentation et le raisonnement juridiques se déploient. Elles constituent la condition logique sans laquelle le concept d'erreur serait inintelligible et sans laquelle la distinction entre savoir et croyance serait impraticable. Elles recouvrent ce qu'Aristote qualifiait de *topoi*⁹⁴⁹ et permettent au droit d'exister en tant que phénomène objectif, discutable et disputable.

258. L'inanité du questionnement relatif au fondement des règles discursives. S'interroger sur l'existence et la validité de ces règles structurantes constitue une fausse question. Le fait que les juristes les mettent en œuvre pour apprécier la valeur des affirmations juridiques démontre qu'elles constituent, pour eux, dans le cadre de leur pratique, des critères opérants⁹⁵⁰ indépendants de leur volonté⁹⁵¹. Leur usage porte en

⁹⁴⁵ Par exemple : Cass., ass., 15 avr. 2011, n° 10-30.313, *Bull. crim.* n° 3 ; civ. 1^{ère}, 9 mars 2011, n° 09-14.743, *Bull. civ.*, I, n° 49.

⁹⁴⁶ C. const., 20 janv. 1961, n° 60-11 DC, §1 ; 6 nov. 1962, n° 62-20 DC, §1 à 4.

⁹⁴⁷ Il est utile de préciser à ce propos qu'il existe une distinction logique nécessaire entre la source de la règle (la loi) et la règle elle-même. Sur ce point, voir notamment : J. C. GRAY, *The Nature and Sources of Law*, États-Unis, Gloucester, Peter Smith, 2^e éd., 1972 ; M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, 1994, p. 87 et 99.

⁹⁴⁸ « Une personne qui affirme la validité d'une règle de droit fait elle-même un usage d'une règle de reconnaissance qu'elle admet comme apte à identifier le droit. » (H. L. A. HART, *op. cit.*, p. 129).

⁹⁴⁹ N. MACCORMICK, *op. cit.*, p. 17 à 19.

⁹⁵⁰ « What is crucial is that the judge treats the rule of recognition as a *rule*, that is, as a general standard of conduct that forbids him to depart from its structures [...]. The internal point of view is the attitude of rule acceptance, and it precludes its bearer from engaging in this short-term, case-by-case analysis (S. J. SHAPIRO, *Legality*, Harvard University Press, 2011, p. 96).

⁹⁵¹ « On ne peut identifier les jugements de valeur à l'expression de ce que sont nos désirs et préférences ; une des fonctions des jugements de valeur est justement de signaler à partir de quel moment des états motivationnels d'une personne sont déficients en ce qu'ils ne permettent pas de poursuivre ce qu'elles jugent bon » (J.-Y. CHÉROT et É. MILLARD, *op. cit.*, p. 154) ; Voir aussi : *id.*, note 1 ; F. JACQUES, *op. cit.*, p. 64, 70 et 76 ; R. POIRIER, « Rationalité juridique et rationalité scientifique », *Archives de philosophie du droit* 1978 (n° 23), p. 11, spéc. p. 14 ; L. ROLLAND, « Les

lui-même la marque de leur existence et de leur normativité⁹⁵². Herbert Lionel Adolphus Hart démontre ainsi que ces règles, qui constituent ce qu'il appelle « la règle de reconnaissance »⁹⁵³, sont des règles pour les juristes précisément parce qu'ils les reconnaissent comme telles, qu'ils les regardent comme des justifications pertinentes et fondent leurs argumentations et appréciations relatives au droit dessus⁹⁵⁴.

Par conséquent, s'interroger sur leur validité n'a pas de sens si on les appréhende ainsi : pour les juristes qui les suivent dans le cadre de leur activité intellectuelle spécifique, elles sont valides en elles-mêmes⁹⁵⁵. Leur validité n'est problématique que si on les envisage de l'extérieur, que l'on s'interroge sur l'existence d'une *obligation* de les suivre et, donc, que l'on se réfère à d'autres règles. Mais une telle attitude ne suffit pas à soutenir la thèse selon laquelle l'identification et la reconnaissance d'une règle comme étant une règle de droit seraient subjectives.

259. L'inanité du questionnement relatif au sens des règles discursives. Pour les mêmes raisons, s'interroger sur la signification des règles fondamentales ne peut conduire à des conclusions sceptiques. En effet, quand le sujet prétend savoir quel est le sens d'une règle de droit et considère que telle affirmation relative à cela est vraie ou fausse, il témoigne de ce que les règles qui fondent ce jugement ont pour lui une signification particulière. À défaut, il ne pourrait porter aucun jugement sur la véracité des affirmations relatives aux règles de droit et ne pourrait justifier de façon convaincante aucune décision, prétention ou appréciation juridique⁹⁵⁶.

faits dans les jugements de valeur – L'homme qui a vu l'homme qui a vu l'ours », in *Mélanges Andrée Lajoie*, p. 387. Rapp. : « Nous faisons usage du discours de l'objectivité non pas pour donner à nos affirmations de morale ou d'interprétation courante un fondement métaphysique bizarre, mais bien pour les répéter [...]. Nous utilisons ce discours, par exemple, pour différencier de véritables affirmations morales [...] du simple exposé de nos goûts. [...] Nous utilisons aussi le discours de l'objectivité pour différencier les affirmations qui ne doivent valoir que pour des gens qui ont des convictions, des relations, des besoins ou des intérêts particuliers [...] et celles qui doivent valoir de manière impersonnelle, pour tous. » (R. DWORKIN, *L'empire du droit*, *op. cit.*, p. 90).

⁹⁵² « Le fait que j'en tire les conséquences ne montre-t-il pas uniquement que j'accepte cette hypothèse ? » (L. WITTGENSTEIN, *De la Certitude*, *op. cit.*, n° 399 ; voir aussi n° 248). De même : « Il y a [...] quelque forfanterie à soutenir qu'un acte intellectuel (= la construction de la règle) est possible qui instituerait, pour ainsi dire, l'agent comme son auteur, alors que la vérité est qu'il ne parvient à suivre celle-ci que parce que d'abord il se trouve inscrit dans une normativité qui le précède et qui est celle des formes sociales et des institutions : c'est cet enracinement qui met à sa portée la capacité à produire des actions correctes au regard de la règle concernée » (M. LE DU, « Le constructivisme comme mythologie », *Revue de métaphysique et de morale* 2007/4 (n° 56), précité, p. 460).

Quant au droit, voir spécifiquement : H. L. A. HART, *op. cit.*, p. 165.

⁹⁵³ H. L. A. HART, *op. cit.*, p. 119 s.

⁹⁵⁴ *Id.*, p. 119 à 128.

⁹⁵⁵ « Nous n'avons besoin du terme "validité", et nous ne l'utilisons d'habitude, que pour répondre à des questions qui se posent à l'intérieur d'un système de règles, où une règle doit son statut d'appartenance au système au fait qu'elle satisfait à certains critères fournis par la règle de reconnaissance. Une telle question ne peut se poser en ce qui concerne la validité de la règle de reconnaissance elle-même qui nous fournit ces critères ; elle ne peut être ni valide ni invalide, mais elle est simplement acceptée comme appropriée à un tel usage. » (*id.*, p. 127 et 128).

⁹⁵⁶ « Comment une règle dont le principe serait inconnaissable par nous pourrait produire une fonction normative ? Les faits en rapport avec la signification des règles sont réels et connaissables, mais seulement depuis la pratique pertinente dans laquelle elle prend place » (J.-Y. CHÉROT, « Le droit comme pratique normative », *op. cit.*, p. 74).

Bien qu'elle ne soit fournie par aucune entité extérieure, la signification de la règle fondamentale ne résulte pas d'une interprétation⁹⁵⁷ : elle s'impose d'elle-même à celui qui émet un jugement sur l'existence ou la signification d'une règle de droit. Les explications de Jocelyn Benoist à propos de la compréhension et de la signification des concepts sont à cet égard très éclairantes : « Un des bénéfices essentiels du type d'analyse inauguré par Wittgenstein au XX^e siècle a été de mettre en lumière que, en règle générale, il n'y a pas de règle qui nous dise comment appliquer une règle. Il n'y aurait pas de sens, sauf en certains cas très localisés, à en réclamer une. Alors, du reste, le problème serait simplement itéré ; il y a un moment où il faut cesser d'interpréter, et où il faut appliquer. Ce que nous nommons "concepts" intervient exactement en ce point : celui où *cela n'a plus de sens de demander des raisons parce qu'on a, précisément, d'ores et déjà atteint le terrain des raisons*. Il est donc essentiel, même si ce n'est certainement pas là l'unique forme d'intervention des concepts dans nos discours, qu'ils puissent s'y faire jour sous cette figure : – Mais pourquoi dis-tu qu'il a grillé le feu ? – Mais parce que *c'est cela, précisément, griller un feu !* Il y a concept là où, en un certain sens, on sait (ou croit savoir) de quoi on parle »⁹⁵⁸.

260. L'inanité de la posture sceptique. Au regard de ces explications, il apparaît nettement que le fait qu'« il n'existe pas de fait sémantique juridique qui puisse nous garantir que telle signification existe objectivement »⁹⁵⁹ ne permet pas d'établir que la certitude relative au sens et à la portée des règles de droit, qui conditionne l'appréciation des caractères sérieux et manifeste, correspond à une appréciation subjective. Luc Tremblay écrit ainsi : « il arrive de nier l'existence objective du juste ou du bien pour le motif que nous ne pouvons pas la "prouver" conformément aux critères scientifiques qui permettent de démontrer l'existence des faits physiques et psychologiques. Mais cette objection est limitée. Que le juste et le bien ne soient pas perceptibles par l'observation, cela va de soi. Et alors ? Que peut-on en déduire ? Peu de choses si ce n'est que l'épistémologie positiviste est inadéquate »⁹⁶⁰. S'inscrivant dans cette perspective, Ronald Dworkin écrit que le scepticisme quant au droit « s'ajoute après coup à nos convictions

⁹⁵⁷ « Il me paraît important pourtant de ne pas oublier que le droit est formé de règles que nous comprenons souvent sans avoir à les interpréter, sous peine, si c'était le cas, d'une régression à l'infini » (J.-Y. CHÉROT, « Rapport de synthèse », *op. cit.*, p. 131).

Rappr. : « [lorsqu'il fait une erreur], l'étudiant ne produit pas une interprétation possible de la règle ; simplement, ses actions n'obéissent pas à la règle. Pour les membres, elles révèlent une erreur de compréhension et non la nature relativiste du sens ou de l'application de la règle. » (M. LYNCH, *op. cit.*, p. 34 et 35).

⁹⁵⁸ J. BENOIST, *Concepts – introduction à l'analyse*, Cerf, 2010, pp. 177 – 178.

⁹⁵⁹ P. BRUNET, « Le raisonnement juridique... », *op. cit.*, p. 779.

⁹⁶⁰ L. B. TREMBLAY, *op. cit.*, p. 43. Également : « If Wittgenstein's investigations accomplished nothing else, they would be valuable simply for permitting us to question what has to many of us seemed unquestionable, namely, the idea that the only knowledge one should be willing to stand behind is scientific knowledge in the strict sense. We may doubt this, it now appears, without wholly turning away from reason to emotion or blind commitment. [...] The strict requirements of knowledge urged by Hobbes were intended to bring into being a true science of morality. When moral concepts did not turn out to be susceptible to investigation by his method, such concepts were eventually abandoned as an improper subject for study. We retained the strict notion of knowledge and merely restricted its focus. But we may recall Aristotle's principle that we demand of our knowledge only such exactness as is appropriate to the subject matter. We can and do know a good deal about virtues or goals, that is, about the "normative" » (J. W. DANFORD, *op. cit.*, p. 203).

morales et politiques, mais [...], d'une certaine façon les laisse inchangées »⁹⁶¹. Aussi demande-t-il : « Que perdriions-nous en l'abandonnant ? »⁹⁶².

Ces éclaircissements peuvent être rapprochés des explications concernant la fonction de la dogmatisation pour le raisonnement et l'argumentation juridiques : « L'instrument de travail juridique est la dogmatique. En dogmatique juridique, il s'agit d'un ensemble ordonné d'opinions qui sont mises hors de question. Cet ensemble d'opinions sert à arriver à des décisions dans le domaine des valeurs juridiques. La fortuité de l'arbitraire du penser en opinions ne peut pas être neutralisée par une vérification empirique ou théorique de certaines opinions, mais elle doit être supprimée par la dogmatisation de quelques-unes de ces opinions. Dogmatisation veut dire mettre une opinion hors question. La cause de la naissance d'une dogmatique est la décision, d'une façon plus précise, la *contrainte* de décision, de devoir juger, *d'être forcé à porter des jugements de valeur* »⁹⁶³.

261. Certes, rien ne nous garantit que nous penserons toujours notre vie et nos relations sociales à travers le spectre des obligations juridiques. Nous sommes encore moins certains du fait que nous identifierons toujours les règles de droit selon les mêmes critères que ceux que nous utilisons actuellement. Après tout, pourquoi ne seraient-elles pas réduites à des éléments formels et à la recherche de la clarté ? Mais cela ne prouve pas que nous devrions abandonner notre pratique et devenir sceptique. Penser le droit autrement, ou ne pas le penser du tout, reviendrait à changer de forme de vie. Il nous faut accepter ce qui est là, sous nos yeux⁹⁶⁴ : nous *vivons* le droit, nous *éprouvons* l'existence de règles juridiques qui nous dictent des comportements indépendamment de notre volonté ou de nos inclinaisons. Luc Tremblay exprime là encore très clairement ce point : « bien que [les juristes] puissent dire, dans un moment de recul ou de modestie, que ces jugements ne constituent que “leurs” opinions et que d'autres peuvent penser différemment d'eux, ils n'insinuent pas que leurs jugements reflètent leurs préférences subjectives, leurs désirs, leurs émotions, etc. Ils indiquent que ce n'est pas parce que leurs positions morales sont fondées sur de bonnes raisons que d'autres ne peuvent pas estimer qu'ils ont tort, voire même les convaincre de changer d'opinion »⁹⁶⁵.

Bien sûr, nous pouvons toujours faire le choix de ne pas nous soumettre au droit, ponctuellement ou systématiquement. Il se pourrait même que ce choix soit moralement justifié. Pourtant, il n'en demeure pas moins que ces règles existent objectivement à nos yeux, ce qu'un tel choix ne ferait d'ailleurs que confirmer. Nous ne pouvons pas lutter contre ce fait : nous ne saurions abandonner volontairement et brutalement notre forme de vie, laquelle résulte de notre histoire et s'inscrit dans l'évolution comme une réaction presque physiologique à une contrainte empirique et sociale⁹⁶⁶.

⁹⁶¹ R. DWORKIN, *Une question de principe*, PUF, 1985, p. 215. Voir aussi : *L'Empire du droit*, *op. cit.*, p. 91.

⁹⁶² R. DWORKIN, *Une question de principe*, *op. cit.*, p. 215.

⁹⁶³ O. BALLWEG, « La rationalité prudentielle », *Archives de philosophie du droit* 1978 (n° 23), p. 257, spéc. p. 259. Voir aussi : E. P. HABA, « Rationalité et méthode dans le droit », *id.* p. 265, spéc. p. 281.

⁹⁶⁴ S. LAUGIER, « Règles, formes de vie et relativisme chez Wittgenstein », *Noesis* 2008/14, p. 61 et 63 ; A. AARNIO, *Rational as Reasonable*, Dordrecht, Pays-Bas, D. Reidel, 1986, p. 213 à 218.

⁹⁶⁵ L. B. TREMBLAY, *op. cit.*, p. 40 et 41.

⁹⁶⁶ C. CHAUVIRÉ, « Engagement et politique chez Wittgenstein », *Cités* 2009/2 (n° 38), p. 25, spéc. p. 30.

262. L'analyse conceptuelle du droit et des règles de droit se fondant sur Ludwig Wittgenstein nous a permis de démontrer ce que la négation *par des juristes* de la possibilité de toute certitude en droit a d'artificiel. Pourtant, la définition du droit comme une pratique normative a pu faire l'objet de quelques critiques qu'il nous faut maintenant envisager.

§2. Critiques contre la définition du droit comme pratique normative

263. Deux critiques très différentes pourraient encore être faites qui conforteraient le scepticisme quant au droit. La première consiste à soutenir qu'il est impossible de définir le droit comme pratique normative en raison de sa dimension argumentative (I), la seconde consiste à soutenir que même compris comme une pratique normative, le droit constituerait une pratique très spécifique qui se caractériserait précisément par le fait qu'elle repose uniquement sur l'attribution aux juges du pouvoir de décider ce que sont les règles applicables (II).

I/ La dimension argumentative du droit

264. **Critiques de Brian Bix et de Ronald Dworkin.** Brian Bix et Ronald Dworkin développent tous deux une argumentation assez similaire, qui semble s'opposer à ce que le droit soit défini comme une pratique normative. L'un comme l'autre considèrent que le droit comprend une dimension réflexive et argumentative essentielle⁹⁶⁷, qui interdirait de fonder les propositions relatives au sens et la portée des règles de droit sur le simple fait qu'elles sont acceptées.

Or, selon Brian Bix, le modèle des règles dégagé par Wittgenstein est relatif à des règles du langage, c'est-à-dire des règles comprises et admises de façon non réflexives : elles ne sont pas construites consciemment par le sujet. À l'inverse, l'interprétation des règles de droit et la détermination de ce qu'elles prescrivent est un processus évaluatif et critique : il s'agit de déterminer comment la règle *doit être* comprise ou appliquée⁹⁶⁸. On ne peut donc pas soutenir que l'application correcte d'une règle de droit, sa signification juste, est celle que le sujet regarde ainsi.

De même, Ronald Dworkin critique le conventionnalisme, théorie qui fonderait le sens des règles de droit sur une pratique convergente, sur un simple accord sur ses applications. Or, on ne peut, selon cet auteur, considérer que la signification d'une règle serait fixée par l'existence d'un simple consensus : le consensus, donc l'acceptation d'une signification comme étant la bonne, est sans incidence sur la signification des règles de droit, qui dépend de justifications. Le consensus n'est bien souvent qu'une convergence dans les jugements : l'accord n'est pas le fondement de la règle, il est le résultat d'un accord sur les fondements de la règle⁹⁶⁹.

⁹⁶⁷ B. BIX, *op. cit.*, p. 113 à 115 ; R. DWORKIN, *L'empire du droit, op. cit.*, p. 151 s.

⁹⁶⁸ « The analogy does not hold. Unlike the matters with which Wittgenstein was concerned, law is a reflective activity: the participants consider, discuss and argue over how they should go on. Contrary to Wittgenstein's descriptions of mathematicians and mathematical series, disputes *do* break out in law over the question of whether a rule has been obeyed or not. Legal practice, locally and generally, *is* subject to criticism and *is* in need of further justification. » (B. BIX, *op. cit.*, p. 115).

⁹⁶⁹ R. DWORKIN, *L'empire du droit, op. cit.*, p. 145 s. Rapp. : « A social rule exists when convergent behavior is conjoined with a critical reflective attitude toward that behaviour » (J. COLEMAN, *op. cit.*,

265. Réfutation. Ainsi résumées, ces critiques manquent complètement leur cible, car l'apport des thèses de Wittgenstein pour la théorie du droit ne concerne pas la compréhension des règles de droit elles-mêmes, mais la compréhension des règles fondamentales en application desquelles l'existence et le sens des règles de droit peuvent être établis⁹⁷⁰. La définition du droit comme pratique normative vise précisément à rendre compte de sa dimension argumentative et réflexive, tout en évitant de tomber dans une régression à l'infini⁹⁷¹ qui pourrait conduire au scepticisme. Si la compréhension des règles de droit relève d'un processus réflexif, la compréhension des règles fondamentales, celles qui structurent le discours juridique, ne l'est pas et ne nécessite aucune démonstration⁹⁷².

266. Il pourra d'ailleurs être utilement relevé que Ronald Dworkin explique que le droit est une pratique interprétative qui vise à donner le meilleur sens possible au droit positif et qui se fonde ainsi sur des principes, qui sont « les paradigmes, ou les quasi-paradigmes de leur époque »⁹⁷³. Ainsi, sur ce point, Ronald Dworkin rejoint parfaitement les thèses de Herbert Lionel Adolphus Hart⁹⁷⁴, alors même que leur réfutation était sa principale préoccupation.

II/ Le pouvoir reconnu au juge de dire le droit

266. Le pouvoir de dire le droit reconnu au juge. Contre la définition du droit comme une pratique régulée, on pourrait être tenté de soutenir que les règles généralement présentées comme fondamentales ne sont qu'une mystification. Puisque la reconnaissance d'un pouvoir juridictionnel à un ensemble de personnes identifiées consiste à leur reconnaître le pouvoir de dire ce qu'est le droit, il n'existerait aucune obligation ni aucun droit préexistant à leurs décisions, qui permettraient de les justifier de façon opérante. Autrement dit, la pratique juridique reposant sur l'habilitation de juges à dire le droit, elle consisterait à faire de la volonté de ceux-ci la seule condition d'existence et

p. 82). Ou encore : « Les régularités à elles seules [...] ne peuvent suffire à rendre compte de l'existence d'une règle. Elles n'offrent pas de critères de justification et de correction des pratiques et différentes régularités pourraient renvoyer à des règles concurrentes et contradictoires » (J.-Y. CHÉROT, « Suivre une (la) règle », *op. cit.*, p. 370).

⁹⁷⁰ « La règle dont il peut être question dans la définition du droit comme pratique normative ne peut être seulement, ni même principalement, la règle qui serait donnée par un texte ou par un précédent et aux interprétations qui leur seraient conférées. [...] Si le juge suit une règle, une convention ou une coutume dans sa pratique, il s'agit d'abord une métarègle qui régit sa façon de regarder les sources du droit, les règles sur l'argumentation et les règles qui régissent ce qu'on appelle l'interprétation en droit » (J.-Y. CHÉROT, « Suivre une (la) règle », *op. cit.*, p. 375).

⁹⁷¹ B. LEITER, « Explaining Theoretical Disagreement », *The University of Chicago Law Review* vol. 76 (2009), p. 1215, spéc. 1221.

⁹⁷² H. L. A. HART, *op. cit.*, p. 125 à 128.

⁹⁷³ R. DWORKIN, *L'empire du droit*, *op. cit.*, p. 101.

⁹⁷⁴ « Positivism [...] is compatible with everything Dworkin says about the possibility and character of disagreement in legal argument » (J. COLEMAN, *op. cit.*, p. 100) ; H. L. A. HART, *op. cit.*, p. 284. « La thèse standard sur la théorie de Hart depuis sa présentation discutée par Dworkin est, parce que la règle de reconnaissance dépend d'un comportement convergent pour son existence comme règle, que son contenu est déterminé pleinement par ce comportement partagé. Mais en partant de Hart lui-même qui présente aussi la règle de reconnaissance comme une « coutume judiciaire », il est possible d'y voir l'expression d'une pratique normative qui n'est pas pour autant réductible à de simples régularités de comportement » (J.-Y. CHÉROT, « Suivre une (la) règle », *op. cit.*, p. 376).

d'interprétation des règles de droit⁹⁷⁵. Le juge serait ainsi dans une position privilégiée par rapport aux autres acteurs : « Les juges ne proposent pas des interprétations mais choisissent des significations, la doctrine juridique propose mais ne peut choisir, les avocats peuvent influencer mais non choisir... Dans ces conditions, il semble difficile de conclure que les divers participants à la pratique juridique sont complémentaires »⁹⁷⁶.

267. Dans cette perspective, il est impossible de dissocier la règle de droit de la décision la posant : elle ne lui préexiste pas mais en est au contraire le produit immédiat⁹⁷⁷. Pierre Brunet s'appuie ainsi sur la position politique privilégiée qu'occupe le juge pour « contester la distinction entre les cas faciles et les cas difficiles qui laissent penser que les juges disposent d'un pouvoir créateur uniquement lorsque le cas est difficile. Là encore cela revient à penser que la difficulté du cas s'impose aux juges alors qu'ils sont les seuls à pouvoir l'apprécier. En d'autres termes, il n'y a pas de cas faciles et d'autres difficiles : il y a des cas qui sont dits faciles (pour s'en débarrasser en se servant d'une norme existante) et d'autres qui sont dits difficiles (bien souvent pour justifier l'usage ou la création d'une norme nouvelle) »⁹⁷⁸.

268. Dans ce sens, on pourrait trouver une première justification dans l'attitude que les praticiens adoptent vis-à-vis de la jurisprudence. En effet, ceux-ci s'y réfèrent généralement sans spécialement interroger son bien-fondé. De même, lorsque la Cour de cassation rend une décision qui heurte les avis exprimés antérieurement en doctrine, cette décision est ordinairement regardée comme créatrice d'obligations et comme instituant une règle de droit⁹⁷⁹. On pourrait toutefois objecter à cela qu'il arrive régulièrement que la doctrine et des plaideurs invitent les juridictions à un revirement⁹⁸⁰ et que ces dernières estiment ces appels fondés, considérant leurs positions antérieures erronées et se regardant comme obligées de les abandonner. L'existence de décisions répétées et

⁹⁷⁵ « [La thèse qui soutient qu'il existe des règles dont le sens est prédéterminé et qui s'imposent au juge] est très contestable en ce qu'elle présuppose une identité complète et non démontrée entre les contextes de la communication ordinaire – où aucune autorité n'est *a priori* désignée pour trancher les éventuels désaccords interprétatifs – et le contexte de la communication juridique qui institue précisément une autorité qui est chargée non pas tant de trancher des désaccords que d'imposer une signification. » (P. BRUNET, « Le raisonnement juridique... », *op. cit.*, p. 779).

⁹⁷⁶ *Id.*, p. 780.

⁹⁷⁷ M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, *op. cit.*, p. 82 à 83 et 121 ; J.-F. CESARO, *op. cit.*, p. 175. Pour un résumé de cette thèse : H. L. A. HART, *op. cit.*, p. 160 et 161.

⁹⁷⁸ *Ibid.*

⁹⁷⁹ Constatant et regrettant une telle tendance : C. ATIAS, *Philosophie du droit*, Paris, PUF, 1999, p. 147. À propos des décisions de la Cour de cassation belge : « Quand elle [la Cour de cassation] a interprété la loi, son interprétation se confond avec la loi elle-même, et [...] la Cour ne rediscute pas de nouveau la difficulté déjà interprétée » (A. VANWELKENHUYZEN, « La motivation des revirements de jurisprudence », in C. PERELMAN et P. FORIERS (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruylant, p. 256).

⁹⁸⁰ « La première réaction est de s'incliner, au nom de la chose jugée, et bien définitivement jugée. Tous les arguments ont été avancés, pesés, sous-pesés, passés au crible d'une critique aiguisée, et il paraît bien inutile de revenir encore une fois sur ce qui a été soutenu pour convaincre d'une solution contraire. Le rejet du pourvoi marque non seulement la fin d'une procédure, mais aussi, semble-t-il, la fin d'un débat... Mais la question est trop grave pour s'en satisfaire. L'espèce se prêtait idéalement à une cassation, et le fait de l'avoir évitée ne peut qu'ajouter aux artifices de la motivation » (Y. MAYAUD, « Ultime complainte après l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 29 juin 2001 », *D.* 2001. 2917) ; R. DWORKIN, *L'empire du droit*, *op. cit.*, p. 43 ; H. L. A. HART, *op. cit.*, p. 165.

catégoriques de la Cour de cassation ne clôt pas nécessairement le débat juridique, même si elle affaiblit considérablement le mérite des demandes qui n'en tiennent pas compte.

Un autre argument au soutien de cette objection pourrait être trouvé dans l'autorité de chose jugée dont bénéficient les jugements en application de l'article 1355 du Code civil : sauf annulation ou infirmation par l'intermédiaire des voies de recours, la chose jugée vaut comme vérité judiciaire. Jean-Yves Vincent se demande ainsi : « Pourquoi les magistrats éprouveraient-ils le besoin de garantir par l'évidence la vérité de leurs normes quand la loi la leur accorde de plein droit ? »⁹⁸¹. On ajoutera également dans ce sens que les jugements passés en force de chose jugée sont irrévocables et ne peuvent être modifiés sous couvert d'interprétation⁹⁸², même s'ils sont dits erronés. De sorte que « l'affirmation selon laquelle le tribunal avait « tort » est sans effet à l'intérieur du système : les droits et devoirs de personne ne s'en trouvent modifiés »⁹⁸³.

Tout cela démontrerait que « la loi (ou la Constitution) est ce que les tribunaux disent qu'elle est »⁹⁸⁴.

269. Une objection ontologique ? L'idée selon laquelle il n'existerait pas de règles préalables aux décisions se retrouve d'abord dans la théorie réaliste de l'interprétation, ou néo-réalisme, développée par Michel Troper. Dans ce cadre, la négation de l'existence de règles *obligeant* les juges à prendre une décision déterminée relève d'une thèse ontologique. En effet, la théorie réaliste de l'interprétation s'inscrit dans le sillage de l'empirisme général, ontologie selon laquelle seules les propositions décrivant des entités empiriques sont susceptibles de se voir attribuer une valeur de vérité⁹⁸⁵. Aussi, le discours par lequel les juges justifient leurs décisions et les parties leurs prétentions sont creux et dépourvus de signification, en ce qu'ils renvoient à un devoir être. Il ne correspond donc pas à un discours de connaissance et aucune règle n'existerait indépendamment d'un acte de volonté du juge consistant à formuler une norme et à lui attribuer une signification⁹⁸⁶.

Dans cette perspective, il y a bien lieu de distinguer entre les énoncés formulés par les juges et ceux formulés par les parties ou la doctrine : alors que les seconds proposent des interprétations, les premiers posent des règles⁹⁸⁷. Ainsi, si un simple observateur dit que tel jugement est contraire aux règles de droit, il propose simplement une interprétation d'un texte mais aucune règle n'existe encore dans ce sens-là. En revanche, un juge situé dans une juridiction supérieure saisie d'un recours pourra rendre une décision par laquelle il invalidera le jugement attaqué. Dans cette hypothèse, il existe bien une norme posée par la juridiction supérieure en vertu de laquelle le premier jugement était erroné.

Nous ne répondrons pas à cette critique car cela nous imposerait de rentrer dans

⁹⁸¹ J.-Y. VINCENT, *op. cit.*, p. 40.

⁹⁸² Cass., soc., 17 mai 1984, n° 80-42.194, *Bull. civ.*, V, n° 208 ; com., 30 mai 1985, n° 84-11.526, *id.*, IV, n° 174 ; civ. 1^{ère}, 22 juill. 1986, n° 83-13.359, *id.*, I, n° 225 ; civ. 2^e, 27 mai 2004, n° 03-04.070, *id.*, II, n° 243.

⁹⁸³ H. L. A. HART, *op. cit.*, p. 160.

⁹⁸⁴ *Ibid.*

⁹⁸⁵ Exposant et critiquant les fondements philosophiques de la théorie réaliste de l'interprétation : O. PFERSMANN, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *Revue française de droit constitutionnel* 2002/4 (n° 52), p. 789, spéc. p. 798 à 802.

⁹⁸⁶ M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994 p. 91 à 94 ; O. PFERSMANN, *op. cit.*, p. 803 à 804.

⁹⁸⁷ Cf. n° 268.

une discussion ontologique qui déborderait largement le cadre de cette étude, sans rien apporter à la démonstration. Nous voulons rester sur le terrain conceptuel car il s'agit pour nous de montrer que le processus d'identification et d'interprétation d'une règle de droit n'est pas arbitraire *sitôt que l'on adopte les présupposés des juristes*, que l'on se situe au sein de la pratique juridique.

270. Une objection conceptuelle ? Si l'on entend la thèse selon laquelle les règles de droit sont nécessairement créées par le juge et ne préexistent pas à sa décision comme une thèse conceptuelle, alors cela signifie que le concept de règle de droit et le concept de droit impliquent le pouvoir discrétionnaire du juge. Il s'agit de dire que nous entendons le droit comme un ensemble de règles indéterminées qu'il revient au juge et à lui seul de déterminer. La règle de droit se définit-elle ainsi, comme ce que le juge en dit ?

Une telle définition des règles juridiques et de la fonction juridictionnelle n'est manifestement pas acceptable. Kent Greenawalt explique que la définition même du concept de juge implique d'être tenu d'obéir aux règles de droit et de les appliquer lorsque cela est possible : « A judge who disregards basic legal conventions is not only surprising and disappointing his fellow interpreters and reducing his opportunity for respect and advancement within the law, he is failing to meet his institutionalized role of satisfying the justified expectations of those who are subject to the law's coercion »⁹⁸⁸. La reconnaissance de règles préexistant à la décision du juge et s'imposant à lui constitue un élément essentiel de tout État de droit⁹⁸⁹. Dans ce sens Jean-Yves Vincent écrit que « le premier devoir du juge est de mettre son intelligence, sa compétence, les moyens de toute nature dont il dispose au service de la Vérité »⁹⁹⁰.

⁹⁸⁸ K. GREENAWALT, « How Law Can Be Determinate », *UCLA Law Review* vol. 38 (1990 – 1991), p. 1, spéc. p. 84. Voir aussi : « No absolute general principle of morality bars Judith's [a judge] deciding contrary to her understanding of the law's provisions. However, strong reasons oppose that course. In taking office, Judith has sworn to uphold the law. She has agreed to perform a job as conceived in a certain way. If she wanders too far; away from the widely understood job description, she has failed to keep her promise to perform *that* job » (*id.*, p. 55). Ou : « Since no one *has* to be a judge, those who assume official positions implicitly agree to perform the duties of those positions, and all judges actually take an oath of office to this effect. Those oaths amount to a promise to perform somewhere within the broad realm of the powers that judges are understood to have in our legal system » (*id.*, p. 85).

Rappr. : « Why should Sam [an employee], or an outsider who views Sam's situation, suppose that Beth's [the boss] directive carries authority? [...] Can one just refer to prevailing assumptions about business people and members of society, saying that people recognize the authority of superiors and that one's duties *as an employee* are circumscribed by this cultural understanding ? Doing what employees generally are supposed to do is part of what it means to play the "game" of being an employee » (*id.*, 17). Et aussi, relativement à l'obligation de l'arbitre d'un jeu d'en suivre les règles : H. L. A. HART, *op. cit.*, p. 162.

⁹⁸⁹ *Id.*, p. 162 à 165.

⁹⁹⁰ J.-Y. VINCENT, *op. cit.*, p. 40. Rappr. : G. JÈZE, « La force de vérité légale », *RDP* 1913. 437, spéc. p. 441.

CONCLUSION DU CHAPITRE ET DU TITRE

271. Dans ce titre, nous avons pu montrer que la certitude était un critère distinct de la clarté ou de la nouveauté et qu'il était réducteur de présenter les caractères sérieux et manifeste comme dépendant de l'existence d'une loi ou d'une jurisprudence claire et précise. Une question inédite et dont la réponse n'est pas clairement et précisément énoncée par la loi peut ne soulever aucune difficulté sérieuse et une question qui a déjà été tranchée par la jurisprudence ou à laquelle la loi prévoit expressément une réponse claire et précise peut soulever une difficulté sérieuse.

272. La doctrine et une partie significative des praticiens semblent déduire de ce décalage que la certitude serait impossible en droit et que s'y référer serait un artifice. De sorte que les caractères sérieux et manifeste résulteraient toujours d'une décision arbitraire et subjective. Nous avons donc tenté de montrer qu'il n'en était rien : le processus par lequel le juge construit une règle de droit, par lequel il attribue une signification précise à un texte obscur ou une signification *contra legem* à un texte clair, est un processus réflexif et argumentatif ouvert à la réfutation et, donc, non subjectif. De sorte que si le droit n'est pas une science, c'est au moins une pratique discursive au sein de laquelle des propositions universalisables sont émises. L'assertion d'une certitude ne correspond donc pas à un acte de volonté laissé à l'arbitraire du juge.

Le rejet doctrinal de la certitude est d'ailleurs étrange car il conduirait à vider de sens toute réflexion doctrinale. Les analyses de la doctrine n'aspirent-elles pas à construire de la certitude ? Que prétendent mettre en lumière les auteurs par leurs analyses si ce n'est le droit tel qu'il est *réellement* ?

273. Au regard de ces développements, les contours exacts des caractères sérieux et manifeste semblent se dessiner plus nettement : irréductibles à la recherche d'un acte clair, il ne s'agit pas de notions subjectives dont la caractérisation dépendrait de l'arbitraire du juge pour autant. Ce point est d'une importance capitale, car il conduit à réhabiliter la doctrine dans sa fonction critique à l'égard de la jurisprudence : une définition nominative des concepts étudiés, les réduisant à ce qu'en dit la jurisprudence, empêcherait toute analyse critique de celle-ci⁹⁹¹. Or, la doctrine se prononce et peut se prononcer sur le bien-fondé d'une décision relative aux caractères sérieux et manifeste. Ensuite, la démonstration du caractère non arbitraire de ces concepts nous permet d'admettre leur intégration au sein droit positif, là où la doctrine appelle habituellement à leur suppression⁹⁹².

⁹⁹¹ « Constitue un moyen sérieux celui que la Cour de cassation juge comme tel » (L. POULET, *op. cit.*, p. 157). Voir aussi : « le "moyen sérieux" peut-il être défini comme celui que la Cour de cassation décide d'examiner et "l'absence de moyen sérieux" n'est-elle que le réceptacle de l'ensemble des griefs jugés par la Cour insuffisamment intéressants pour retenir son attention ? » (A. LACABARATS, « Le moyen sérieux », intervention à la Cour de cassation, 25 janv. 2010, disponible sur le site de la Cour)

⁹⁹² A. BERDAH, « Brèves réflexions sur l'article 1014 du code de procédure civile », *D.* 2010. 1426 ; D. Le PRADO, *op. cit.*, p. 222 ; F. TERRIER, « La pratique de la procédure de non-admission à la Cour de cassation », *Justice et Cassation* 2012. 95 ; L. POULET, « Pratique des décisions de non-admission. Point de vue d'un avocat à la Cour de cassation », *Gaz. Pal.* 2014. 155.

CONCLUSION DE LA PARTIE

274. L'étude des caractères sérieux et manifeste et la mise au jour de ce que ces termes recouvrent s'est heurtée à de nombreux obstacles parmi lesquels deux lieux communs qu'il nous a fallu dépasser.

275. Le premier consiste à réduire l'appréciation de ces caractères à l'expression d'une évidence quant au bien-fondé d'un moyen ou d'une solution, ou à l'expression de la facilité avec laquelle il est possible d'arriver à une certitude sur ce point. Cette définition a été examinée avec attention dans le premier titre de cette partie à travers une analyse approfondie de la jurisprudence. Celle-ci révèle que les concepts étudiés ne sont réductibles ni à l'évidence ni à la facilité et ne dépendent que de l'existence d'une certitude construite par l'intermédiaire du raisonnement et de l'argumentation juridiques. Il apparaît que ce qui justifie l'affirmation du sérieux ou sa négation tient à la possibilité pour le juge d'affirmer une certitude ou non quant au bien-fondé d'un moyen, quant à la réponse à une question ou quant à la solution qu'il doit adopter.

276. Une fois le critère de certitude identifié, il a encore fallu résister à la tentation de céder au lieu commun que constituent la théorie de l'acte clair et la conception classique de l'interprétation. La discussion de celles-ci a été l'objet du second titre de cette partie, qui a mis en lumière le caractère spécieux du rapprochement traditionnel entre la détermination des caractères sérieux et manifeste et celle de l'ambiguïté des textes juridiques. En effet, il apparaît nettement à la lecture de la jurisprudence, que l'affirmation ou la négation des caractères sérieux ou manifeste ne dépend souvent pas de l'existence ou de l'absence d'une jurisprudence ou de textes clairs et précis.

C'est qu'il existe, à n'en pas douter, des interprétations de textes ambigus qui ne sont pas sérieuses, et d'autres qui s'imposent comme les seules admissibles au terme d'une démonstration très étayée. Loin d'être laissée à la discrétion du juge, la détermination de la majeure du syllogisme juridique relève d'une analyse rationnelle et réfutable qui convoque des principes reconnus comme ayant un pouvoir justificatif. La certitude sur laquelle se fonde l'affirmation ou la négation du sérieux et du manifeste n'est donc pas subjective ou arbitraire. À cet égard, la position qui consiste à soutenir que les textes peuvent recevoir n'importe quelle interprétation est difficilement compréhensible pour les juges et les praticiens. En effet, elle revient à dire que ce qu'ils reconnaissent comme des méthodes d'interprétation pertinentes et opérantes ne le sont pas nécessairement. La critique manque ainsi nécessairement sa cible : elle n'est susceptible de convaincre que ceux qui ne reconnaissent pas *déjà* comme pertinentes et opérantes les méthodes d'interprétation en question.

277. Au terme de ces développements, il nous semble donc parfaitement artificiel de nier qu'il puisse exister une certitude sur le sens et la portée des règles de droit applicables dans de nombreux litiges. L'incertitude initiale cède très souvent la place à une certitude, construite mais bien réelle. Les juristes expérimentent, vivent cela quotidiennement et

plusieurs règles étrangères à la sphère procédurale renvoient à la question de la certitude en droit pour leur application⁹⁹³.

278. Après ce long travail de clarification, il nous faut désormais passer à l'examen des fonctions des concepts de caractère sérieux ou manifeste en droit judiciaire privé. Cette étude vise à éprouver la définition que nous avons pu dégager dans cette partie en s'assurant qu'elle est adaptée aux finalités des dispositifs au sein desquels les concepts étudiés interviennent. Il s'agit là d'une réflexion essentielle pour déterminer la façon dont doivent se comprendre ces concepts et pour construire une définition acceptable.

⁹⁹³ Citons, dans ce sens, le principe de droit pénal *in dubio pro reo* (Cass., crim., 5 juill. 1900, *S.* 1903. 1. 549 ; 18 mars 1956, *Bull. crim.* n° 263) ou l'article 302 D du code général des impôts, qui dispose : « Lorsque des déchets ou des pertes n'entrant pas dans le champ d'application des a et b du présent 2° concernent des produits relevant de taux d'accises différents et pour lesquels la *base d'imposition ne peut être déterminée avec certitude*, l'impôt est liquidé sur la base du tarif le plus élevé, sauf justification contraire apportée par l'entrepositaire agréé ».

SECONDE PARTIE : FONCTIONS DES CARACTÈRES SÉRIEUX ET MANIFESTE

279. Les caractères sérieux et manifeste sont très présents au sein du droit judiciaire privé et délimitent le champ d'application de règles aussi diverses que celles relatives à la compétence des juridictions, à leur composition, à l'organisation des débats ou à la motivation des jugements. Justifiant de déroger à quelques grands principes et règles relatifs à ces différents éléments, les concepts étudiés constituent le pivot autour duquel s'organisera bien souvent la procédure.

280. Plutôt que d'envisager l'une après l'autre les procédures dans lesquelles ils interviennent, il nous semble préférable de procéder à un exposé synthétique centré sur leurs différents effets. Cela permet de mettre en lumière leur importance fondamentale dans le système procédural actuel, dont ils constituent une des clefs de voute. Aussi, les aménagements d'une même procédure ne seront parfois pas exposés ensemble s'ils sont d'une nature différente : la même procédure pourra faire l'objet de développements distincts et nous pourrions être amenés à revenir dessus à plusieurs reprises si les concepts étudiés y induisent des conséquences distinctes. Ce sera, par exemple, le cas de la procédure de jugement des pourvois en cassation, où l'existence d'un moyen sérieux va influencer à la fois sur le nombre de conseillers appelés à statuer sur le pourvoi et sur la motivation de l'arrêt rendu, ou de la procédure européenne de règlement des petits litiges, où l'existence d'un tel moyen déterminera si le jugement est susceptible de recours et s'il y a lieu d'assigner et d'entendre le défendeur avant de statuer.

Une telle présentation a l'avantage de faciliter les rapprochements entre des procédures distinctes et ouvre ainsi la voie à une rationalisation de la référence aux concepts étudiés, dont l'extension ou la restriction peut être plus aisément envisagée. Révélant l'uniformité fonctionnelle de dispositions éparses, l'approche synthétique contribue à identifier les raisons juridiques et extra-juridiques de la référence aux caractères sérieux ou manifeste.

281. Au sein des règles de compétence et des règles relatives au déroulement de l'instance, cette référence tend à accélérer le cours de la justice et à limiter son coût, pour la collectivité et pour les parties. Les concepts étudiés tendent ainsi à assurer une bonne administration de la justice et permettent de concilier des droits concurrents ou des principes antagonistes.

Au sein des règles applicables au jugement lui-même, leur fonction s'avère différente. Délimitant l'étendue de l'obligation de motivation pour la Cour de cassation, ils auront pour effet de soustraire ses arrêts à la connaissance des commentateurs et des praticiens et contribueront ainsi à donner à la Cour la maîtrise de la jurisprudence.

Cette différence de fonction justifie que nous procédions à l'analyse des dispositions suivant l'ordre chronologique de la procédure : après avoir montré que les caractères sérieux et manifeste tendaient à assurer une bonne administration de la justice

en délimitant le champ d'application des règles relatives à la compétence et au déroulement de l'instance (Titre I), nous tenterons de montrer qu'ils visent à permettre à la Cour de cassation de mieux assurer sa fonction jurisprudentielle en délimitant le champ de l'obligation de motivation (Titre II).

TITRE I – LA RÉFÉRENCE AUX CARACTÈRES SÉRIEUX ET MANIFESTE COMME INSTRUMENT DE BONNE ADMINISTRATION DE LA JUSTICE

Bdélycléon. — Au nom des dieux, mon père, ne prononce pas avant de les avoir entendus tous les deux !

Philocléon. — Mais, mon cher, la chose est claire ; elle parle d'elle-même.
ARISTOPHANE, *Les Guêpes*.

282. L'activité juridictionnelle est encadrée par de très nombreuses règles, qui fixent les conditions selon lesquelles un jugement valide peut être rendu. Hors de celles qui ont trait à la forme du jugement lui-même, ces règles ont pour objet soit d'habiliter une juridiction déterminée à rendre un jugement, soit de fixer les formalités qui s'imposent à une juridiction afin qu'elle puisse se prononcer sur les demandes qui lui sont soumises. On aura reconnu ici la distinction entre les règles de compétence, qui tendent à répartir les litiges entre les juridictions existantes, et celles relatives à l'instance, qui déterminent comment s'exerce le droit de saisir une juridiction déterminée, comment s'organisent les débats devant elle et comment elle doit statuer.

Rattachées à une juridiction déterminée, les règles relatives à l'instance ont vocation à être appliquées une fois la juridiction compétente identifiée. Ainsi, « La question de sa compétence est la première question qu'un juge peut avoir à se poser »⁹⁹⁴. C'est pourquoi nous commencerons par montrer comment les concepts étudiés délimitent la compétence des juridictions afin d'assurer une bonne administration de la justice (chapitre I). Nous nous intéresserons ensuite à leur influence sur la procédure suivie devant une juridiction dont la compétence n'est pas en cause (chapitre II).

⁹⁹⁴ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 2008, 13^e éd., n° 287.

CHAPITRE I : LA COMPÉTENCE DÉLIMITÉE PAR LA RÉFÉRENCE AUX CARACTÈRES SÉRIEUX ET MANIFESTE

283. Les règles relatives à la compétence d'une juridiction doivent être distinguées de celles fixant sa composition ou déterminant la formation d'une juridiction appelée à statuer sur le litige⁹⁹⁵. Ces règles ont trait à la procédure et seront envisagées dans le chapitre suivant. De même, nous ne traiterons pas ici de la procédure de référé, car la contestation sérieuse et le caractère manifestement illicite du trouble y constituent des conditions encadrant l'exercice de son pouvoir par le juge des référés, et non des éléments délimitant sa compétence⁹⁹⁶. Les concepts étudiés permettent alors l'application d'une procédure allégée pour le règlement des litiges dont l'issue est certaine. Il s'agit donc d'une forme d'aménagement de la procédure applicable, qui ne passe pas par la modification de la procédure ordinaire elle-même, mais pas l'adjonction d'une procédure facultative qui aura vocation à s'appliquer *de facto* à toutes les demandes certaines. Nous étudierons donc les règles régissant l'intervention du juge des référés dans le chapitre suivant.

284. En ce qui concerne les règles de compétence proprement dites, tout lecteur averti sait qu'elles font appel au concept de caractère sérieux, au moins dans le champ des questions préjudicielles. Mais ce concept régit la compétence à un autre égard : il délimite son étendue en ce qui concerne les demandes. Or, les conséquences attachées à la compétence sur les demandes et sur les moyens de défense qui s'y rattachent sont distinctes. Alors que l'incompétence sur les premières entraîne uniquement un dessaisissement au profit d'une autre juridiction, l'incompétence sur les seconds emporte systématiquement un sursis à statuer. Les concepts de moyen sérieux et d'appréciation manifeste renverront donc à des problèmes relativement différents selon qu'ils participent de l'application des règles de compétence à l'égard des demandes ou des moyens.

Aussi, nous étudierons dans une première section leur fonction en ce qui concerne la délimitation de la compétence sur les moyens (section I) et dans une seconde section leur fonction en ce qui concerne la délimitation de la compétence sur les demandes (section II).

SECTION I : LA COMPÉTENCE SUR LES MOYENS DE DÉFENSE DÉLIMITÉE PAR LA DIFFICULTÉ SÉRIEUSE OU LE MOYEN SÉRIEUX

285. La difficulté sérieuse constitue un concept déterminant pour l'application des règles qui attribuent compétence à une juridiction déterminée pour statuer sur certains moyens soulevés devant une autre juridiction, elle-même compétente pour statuer sur les demandes qui lui sont soumises. Les règles de ce type sont diverses, mais elles ont toutes en commun de retirer à une juridiction la faculté de statuer sur des points de droit dont le règlement s'avère pourtant nécessaire pour statuer sur la demande dont elle est

⁹⁹⁵ Notamment : G. CHABOT, « Incompétence », *Répertoire de procédure civile*, n° 4.

⁹⁹⁶ Y. STRICKLER, *op. cit.*, p. 117 et 118.

régulièrement saisie et à l'égard de laquelle elle est compétente ou contre laquelle elle ne peut plus relever son incompétence.

Un exposé rapide de ces différentes règles s'avère nécessaire avant de pouvoir montrer et analyser l'incidence du concept de difficulté sérieuse pour leur application.

286. Variété des règles intégrant le concept de difficulté sérieuse. Parmi ces règles, il en est qui déterminent la compétence des juridictions à l'égard des moyens se rapportant aux demandes qu'elles ont à juger. L'article 49 du code de procédure civile interdit ainsi à toute juridiction de connaître des moyens de défense qui relèvent de la compétence exclusive d'une autre juridiction. De même, les articles 61-1 de la Constitution et 23-2 à 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 imposent aux juridictions ordinaires de transmettre au Conseil constitutionnel, directement ou par l'intermédiaire du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, les contestations relatives à la conformité d'une loi à la Constitution. L'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne détermine pareillement les conditions dans lesquelles une juridiction nationale peut statuer sur un moyen relatif à l'application du droit de l'Union européenne ou à la validité d'un acte d'une institution de l'Union. Il impose ainsi aux juridictions suprêmes de renvoyer à la Cour de justice la question soulevée par ce moyen et offre aux juridictions inférieures la faculté d'effectuer un tel renvoi. La jurisprudence européenne distingue au sein de ce texte entre un régime applicable aux moyens relatifs à l'interprétation d'une disposition de droit de l'Union⁹⁹⁷ et un régime applicable aux moyens relatifs à la validité d'un acte d'une institution de l'Union⁹⁹⁸. Enfin, l'article 35 du décret n° 2015-233 a trait, quant à lui, à la compétence du Tribunal des conflits pour statuer sur les moyens relatifs à l'étendue de la compétence respective des ordres administratif et judiciaire. Toute juridiction saisie, même d'office, d'un tel moyen a la faculté de le renvoyer au Tribunal des conflits, par dérogation aux articles 76 et suivants du code de procédure civile qui donnent compétence à la juridiction saisie d'une contestation portant sur sa compétence pour la trancher.

Il existe encore des règles qui imposent à une juridiction de surseoir à statuer sur des questions à l'égard desquelles elle est pourtant compétente en raison de l'existence d'une instance parallèle devant une autre juridiction. L'autorité de chose jugée inhérente à la décision rendue par cette dernière juridiction privera la première de toute liberté d'appréciation sur les points de droit en cause. C'est alors la saisine préalable ou concomitante d'une autre juridiction qui entraîne la perte de la faculté de statuer sur certains points, et non une incompétence générale. Ainsi, l'article 4 du code de procédure pénale impose de surseoir à statuer à la juridiction civile saisie d'une action en réparation du dommage résultant d'une faute qui fait déjà l'objet de poursuites pénales⁹⁹⁹. Pareillement, l'article 312 du code de procédure civile impose au tribunal de grande instance de surseoir à statuer sur les demandes d'inscription en faux toutes les fois que

⁹⁹⁷ CJCE, 6 oct. 1982, *CILFIT*, 283/81, *Rec.* p. 3415.

⁹⁹⁸ CJCE, 22 oct. 1987, *Foto-Frost*, n° 314/85, *Rec.* p. 4199, §13 à §20.

⁹⁹⁹ Pour que le sursis s'impose, il faut donc que deux conditions soient réunies. D'une part, il est nécessaire que des poursuites aient été effectivement engagées et donc que le ministère public ait pris une décision dans ce sens ou que le demandeur se soit constitué partie civile devant le juge d'instruction en application de l'article 85 du code de procédure pénale : Cass., civ. 2^e, 26 oct. 1961, *Bull. civ.*, II, n° 705 ; 19 févr. 1969, *id.* n° 54 ; 20 mars 2003, n° 01-11.083, *id.* n° 70. Il faut également que les poursuites pénales et l'action civile soient fondées sur la même faute et que l'action civile tende bien à la réparation du préjudice en résultant (Cass., com. 9 avr. 2002, n° 99-18.598).

des poursuites pénales ont été engagées sur ce fondement. L'article 16 1° du règlement n° 1/2003/CE¹⁰⁰⁰ institue encore une règle similaire, imposant aux juridictions nationales saisies d'une action en violation des règles de concurrence de droit de l'Union européenne de surseoir à statuer si la Commission européenne a déjà intenté une procédure à l'encontre des mêmes agissements.

287. Tous ces mécanismes ne sont pas de même nature et leurs régimes sont très divers : le sursis à statuer peut être obligatoire ou facultatif, il peut être décidé d'office ou nécessiter que l'une des parties soulève une exception dans ce sens, les formes requises pour soulever une telle exception peuvent être ordinaires ou spéciales, quand elle n'est pas déjà saisie, la saisine de la juridiction tierce peut se faire par une transmission de dossier de greffe à greffe ou se faire par assignation et être laissée à l'initiative des parties. Mais, malgré toutes ces divergences, l'ensemble de ces mécanismes présentent un trait commun fondamental : la décision sur les moyens de défense échappe à la juridiction saisie de la demande principale et revient à une autre juridiction, qui rendra une décision pourvue de l'autorité de chose jugée. Les mécanismes étudiés dans cette section instituent ainsi une forme de pluralisme juridictionnel dans le règlement d'un même litige, deux juridictions étant amenées à construire ensemble la solution. Il s'agit toujours de reconnaître, à l'égard des moyens de défense, la compétence d'une autre juridiction et donc, corrélativement, l'incompétence de la juridiction saisie de la demande principale. Si la compétence de l'autre juridiction n'est pas nécessairement exclusive, puisque le sursis est parfois facultatif, il n'en demeure pas moins que lorsque la juridiction saisie de la demande principale surseoit à statuer, elle décline sa compétence. Les mécanismes étudiés ici participent donc tous de la répartition des compétences, soit qu'ils sanctionnent une incompétence préexistante, comme par exemple le renvoi de questions préjudicielles entre juridictions administratives et judiciaires, soit qu'ils autorisent une juridiction normalement compétente à décliner sa compétence au profit d'une autre, comme par exemple le renvoi d'une question de compétence au Tribunal des conflits en dehors de toute hypothèse de conflit.

Nous n'étudierons donc pas ici la procédure de demande d'avis à la Cour de cassation ou au Conseil d'État car la juridiction du fond ne décline pas ici sa compétence : la décision rendue par ces juridictions ne s'impose pas à la juridiction qui l'a sollicitée. La procédure de demande d'avis n'est donc pas assimilable à celles que nous étudions ici, qui tendent à déboucher sur une décision ayant autorité de chose jugée et tranchant pleinement la question en cause ; elle constitue une disposition relative à la procédure suivie devant la juridiction compétente et en tant qu'elle porte sur les méthodes suivies par elle pour arriver à une décision. De même, nous n'étudierons pas immédiatement la procédure vouée à disparaître le 1^{er} janvier 2017 par laquelle la juridiction de proximité peut être amenée à renvoyer la totalité de l'affaire dont elle est saisie au tribunal d'instance, qui statuera « en tant que juge de proximité »¹⁰⁰¹. La juridiction de proximité étant compétente sur les questions qui lui sont soumises et se dessaisissant de l'ensemble du litige, cette procédure n'a pas trait à la délimitation des compétences mais plutôt à l'instance.

¹⁰⁰⁰ Antérieurement : art. 9 3° règlement n° 17/62.

¹⁰⁰¹ Art. L231-5 COJ

288. Avant de passer à l'examen de la place des caractères sérieux et manifeste au sein des règles de compétence à l'égard des moyens de défense, il nous faut préciser que nous ne chercherons pas à identifier les cas où une juridiction a l'obligation ou la faculté de surseoir à statuer sur certains points de droit. Cette question est particulièrement complexe¹⁰⁰² mais ne s'inscrit pas dans l'objet de notre étude, qui ne tend pas à déterminer quelle est l'étendue exacte de la compétence de chaque juridiction mais comment les caractères sérieux et manifeste influent sur la mise en œuvre des règles de compétence. De même, s'il peut être parfois difficile de déterminer si le fondement de l'obligation de dessaisissement est un défaut de pouvoir ou l'incompétence de la juridiction saisie, la distinction entre ces concepts étant peu sûre et la jurisprudence contradictoire¹⁰⁰³, nous ne pourrions pas aborder cette question qui est étrangère à notre démonstration. Nous voulons seulement montrer comment l'existence d'une difficulté sérieuse ou son absence influe sur la mise en œuvre de l'obligation ou la faculté de surseoir à statuer, lorsqu'elle existe.

Aussi, nous constaterons d'abord que l'existence d'une difficulté sérieuse constitue généralement une condition du sursis ou du dessaisissement : la compétence de la juridiction tierce n'est caractérisée qu'en cas de doute insurmontable, en présence d'une difficulté sérieuse (§1). Il existe toutefois plusieurs exceptions à ce principe au sein desquelles le sursis intervient toutes les fois que le moyen relevant normalement de la juridiction tierce est sérieux (§2).

¹⁰⁰² La reconnaissance d'une question préjudicielle internationale soulève ainsi plusieurs questions. Le juge français saisi d'un moyen relevant de la compétence exclusive d'une juridiction étrangère doit-il surseoir à statuer ? Plusieurs auteurs excluent cette solution : H. GAUDEMET-TALLON, « Compétence internationale », *Répertoire de droit international*, n° 189 et 190 ; A. HUET, « Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux. – Concentration des compétences ou compétence dérivée », *JurisClasseur procédure civile*, fasc. 56-10, n° 52 ; Rappr. P. MAYER, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *Rev. crit. DIP* 1979. 349, n° 45. Contre le sursis on relèvera que la question préjudicielle est peu praticable dans un contexte international et que sa mise en œuvre pourrait conduire à un déni de justice. Pour cause, si la juridiction française se considère incompétente, rien ne garantit que la juridiction étrangère désignée s'estimera compétente et acceptera de se prononcer sur le moyen. En outre, sa décision pourrait être contraire à l'ordre public international et ainsi être insusceptible d'être reconnue en France. En faveur du sursis, on peut relever que l'article 49 refuse généralement la prorogation à l'égard des moyens de défense qui relève de la compétence exclusive d'une autre juridiction. La compétence exclusive se définit donc comme celle qui joue à l'égard du principal et des moyens de défense soulevée devant une autre juridiction : sauf indivisibilité, elle ne souffre aucune atteinte. Or, les juridictions étrangères se voient généralement reconnaître une compétence exclusive (Cass., soc., 4 nov. 2009, n° 08-17.469, *Bull. civ.*, V, n° 241 ; A. HUET, « Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux. – Clauses attributives de juridiction », *JurisClasseur procédure civile*, fasc. 56-20, n° 66 ; H. GAUDEMET-TALLON, précité, n° 121 ; « La validité d'une clause attributive de compétence doit être appréciée par le juge saisi » *Rev. crit. DIP* 1991. 137 et les références).

¹⁰⁰³ E. JEULAND, « Propos conclusifs », in L. CADIET et D. LORIFERNE (dir.), *La réforme de la procédure d'appel*, 2011, Paris, IRJS p. 152 ; P. CAGNOLI, *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, thèse, LGDJ 2002, n° 494. Retenant un défaut de pouvoir des juridictions étatiques en cas de clause compromissoire : Cass., civ. 1^{re}, 9 oct. 1990, n° 89-12.561, *Bull. civ.*, I, n° 205 ; 6 févr. 2001, n° 98-20.776, *id.* n° 22 ; 8 nov. 2005, n° 02-18.512, *id.* n° 402. Retenant l'incompétence des juridictions étatiques dans cette hypothèse : Cass., civ. 1^{re}, 3 févr. 2010, n° 09-13.618, *id.* n° 31 ; 14 avr. 2010, n° 09-12.477, *id.* n° 96. La même contradiction peut être relevée dans le cas où le litige relèverait d'une juridiction étrangère. Retenant l'incompétence de la juridiction française : civ. 1^{re}, 9 juill. 1991, n° 89-20.410, *id.* n° 231 ; soc., 22 janv. 1992, n° 90-41.599, *id.*, V, n° 18 ; civ. 1^{re}, 23 mai 2012, n° 10-26.188, *id.*, I, n° 110. Retenant un défaut de pouvoir : Cass., civ. 1^{re}, 7 mai 2010, n° 09-14.324, *id.* n° 107 ; com., 7 déc. 2010, n° 09-16.811, *id.*, IV, n° 189.

§1. La compétence sur l'accessoire délimitée par la difficulté sérieuse

289. Prévue par certains textes, la difficulté sérieuse est également exigée par la jurisprudence indépendamment de tout fondement textuel pour que l'incompétence de la juridiction saisie du principal sur l'accessoire produise ses effets. Une prorogation de compétence en l'absence de difficulté sérieuse semble désormais constituer un principe général du droit judiciaire privé (I).

La reconnaissance d'un tel principe invite à réenvisager les conditions d'application de certaines règles de compétence pour lesquelles toute référence expresse au concept de difficulté sérieuse fait encore défaut (II).

I/ L'émergence d'un principe général

290. Textes exigeant une difficulté sérieuse. L'existence d'une difficulté sérieuse est parfois prévue par les textes qui instituent un mécanisme de sursis sur une question de droit le temps qu'une autre juridiction statue dessus. C'est actuellement le cas pour la saisine facultative du tribunal des conflits en dehors de tout conflit de compétence¹⁰⁰⁴ et pour le renvoi d'une question préjudicielle entre les ordres administratif et judiciaire¹⁰⁰⁵.

291. Consécration jurisprudentielle de l'exigence de difficulté sérieuse comme principe général. Parallèlement aux cas où elle est exigée par les textes, la difficulté sérieuse est depuis très longtemps une condition exigée par la jurisprudence pour la mise en œuvre des différents mécanismes préjudiciels. Ainsi, une juridiction judiciaire normalement incompétente sur un moyen de défense ne peut en renvoyer l'examen à la juridiction judiciaire exclusivement compétente que si elle caractérise préalablement une difficulté sérieuse¹⁰⁰⁶. À défaut, si le moyen est certainement fondé ou infondé, elle doit en tirer toutes les conséquences et ne saurait surseoir à statuer¹⁰⁰⁷. Dans le même sens, la jurisprudence faisait de la difficulté sérieuse une condition du sursis à statuer sur des moyens relevant normalement de la compétence du juge administratif¹⁰⁰⁸ alors même

¹⁰⁰⁴ Art. 35 décret n° 2015-233 : « Lorsqu'une juridiction est saisie d'un litige qui présente à juger, soit sur l'action introduite, soit sur une exception, une question de compétence soulevant une difficulté sérieuse et mettant en jeu la séparation des ordres de juridiction, elle peut, par une décision motivée qui n'est susceptible d'aucun recours, renvoyer au Tribunal des conflits le soin de décider sur cette question de compétence. »

¹⁰⁰⁵ Art. 49 al. 2 CPC : « Lorsque la solution d'un litige dépend d'une question soulevant une difficulté sérieuse et relevant de la compétence de la juridiction administrative, la juridiction judiciaire initialement saisie la transmet à la juridiction administrative compétente ».

Art. R771-2 CJA : « Lorsque la solution d'un litige dépend d'une question soulevant une difficulté sérieuse et relevant de la compétence de la juridiction judiciaire, la juridiction administrative initialement saisie la transmet à la juridiction judiciaire compétente. »

¹⁰⁰⁶ Cass., civ., 25 avr. 1877, *D.* 1877. 1. 203 ; 3 juin 1890, *S.* 1891. 1. 541 ; 25 mars 1891, *Bull. civ.*, n° 89 ; 29 mars 1893, *S.* 1894. 1. 94 ; 19 avril 1893, *S.* 1894. 1. 95 ; 20 nov. 1894, *S.* 1895. 1. 142 ; 25 oct. 1911, *S.* 1911. 1. 592. Rapp. : soc. 22 févr. 2000, n° 98-16.492, *Bull. civ.*, V, n° 73.

¹⁰⁰⁷ Cass., civ., 29 avril 1890, *S.* 1891. 1. 228 ; 14 juin 1900, *S.* 1904. 1. 94.

¹⁰⁰⁸ Notamment : Cass., soc., 16 juill. 1964, *Bull. civ.*, IV, n° 621 ; com., 13 févr. 1967, *id.*, IV, n° 68 ; civ. 1^{ère}, 14 avr. 1970, n° 68-10.845, *id.*, I, n° 116 ; civ. 3^e, 4 avr. 1973, n° 72-11.366, *id.*, III, n° 263 ; civ. 2^e, 12 mars 2008, n° 06-45.341 ; soc., 12 nov. 2008, n° 07-16.799 ; civ. 1^{ère}, 6 avr. 2011, n° 10-15.096.

qu'aucun texte ne le prévoyait, l'article 49 code de procédure civile ne faisant expressément référence à ce concept que depuis l'adoption du décret n° 2015-233.

Retenue même en l'absence de fondement textuel, la subordination du sursis à l'existence d'une difficulté sérieuse semble être érigée en principe général du droit, ainsi que la Cour de cassation l'a expressément admis dans un arrêt du 25 avril 1877 : « [le juge] doit [...] refuser de surseoir, lorsque l'exception proposée ne repose que sur une simple allégation et n'est appuyée d'aucun document paraissant de nature à la justifier ; [...] cette règle, écrite dans l'art. 182 [du code forestier], doit être appliquée en matière électorale comme en toute autre, sans quoi le cours de la justice pourrait toujours être suspendu par une exception soulevée de mauvaise foi »¹⁰⁰⁹. Plusieurs arguments justifient la reconnaissance d'un tel principe.

292. Fondements du principe. L'exigence générale d'une difficulté sérieuse peut d'abord se réclamer de la protection du droit d'être jugé dans un délai raisonnable consacré par l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Le sursis à statuer en raison de l'incompétence sur un moyen de défense peut, en effet, concourir au dépassement de ce délai¹⁰¹⁰, dont la Cour européenne des droits de l'Homme juge constamment qu'il doit être déterminé en tenant compte de la complexité de l'affaire¹⁰¹¹. Subordonner le sursis à statuer sur une question préjudicielle à l'identification d'une difficulté sérieuse est donc une nécessité pour éviter à l'État des condamnations à répétition. Dans ce sens, la Cour de cassation relève dans l'arrêt du 25 avril 1877 précité, que cette condition permet de mettre en échec les manœuvres dilatoires du défendeur qui, tout en sachant infondé le moyen de défense qu'il soulève, désirerait retarder une condamnation qu'il sait inéluctable¹⁰¹². Mais la lutte contre les manœuvres dilatoires du défendeur impose uniquement de rechercher si les moyens de défense sont sérieux. La jurisprudence va pourtant plus loin, puisqu'elle impose de rechercher s'il existe une difficulté sérieuse. Le sursis suppose un doute insurmontable : lorsque les moyens de défense sont certainement fondés, et sont donc sérieux, le juge qui en est saisi devra statuer. Une telle solution est tout à fait justifiée dans la mesure où elle assure aux parties un règlement rapide du litige et à un coût moindre. Si le demandeur doit être préservé contre les manœuvres dilatoires du défendeur, il n'est pas non plus souhaitable d'imposer aux parties un sursis à statuer et la participation à une instance parallèle, devant la juridiction exclusivement compétente, quand les moyens qu'elles soulèvent ne suscitent aucune difficulté sérieuse et appellent une solution certaine.

Outre la protection des droits des parties, l'exigence d'une difficulté sérieuse concourt également à la protection de l'objectif à valeur constitutionnelle de bonne

¹⁰⁰⁹ Cass., civ., 25 avr. 1877, *D.* 1877. 1. 203.

¹⁰¹⁰ Par exemple : Cour EDH, 14 nov. 2000, n° 38437/97, *Delgado c. France*.

¹⁰¹¹ Notamment : Cour EDH, 22 avr. 1998, n° 33441/96, *Richard c. France*, nos 57 à 60.

¹⁰¹² Dans ce sens : Cass., civ., 13 mai 1824, *Bull. civ.*, n° 60 ; Paris, 8 mars 1968, *D.* 1969, juris. 30 ; F. DUMON, *op. cit.*, p. 236 et 237 ; P. HAY, « Une approche politique de l'application de l'article 177 du traité CEE par les juridictions nationales », *Cah. dr. eur.* 1971. 503, spéc. 505 ; J.-L. CLERGERIE, *Le renvoi préjudiciel*, Ellipses, 2000, spéc. p. 52 ; M.-F. MAZAR, « La question prioritaire devant la Cour de cassation, une « porte étroite » ? » in J.-F. AKANDJI-KOMBÉ et M.-F. MAZAR, « QPC, la Cour de cassation filtre-t-elle trop ? » *RDT* 2010, 622 ; J.-Y. VINCENT, *op. cit.*, p. 105.

administration de la justice¹⁰¹³, en évitant les procédures parallèles et la multiplication des voies de recours dans un même litige alors que la juridiction initialement saisie du moyen de défense peut dégager avec certitude le sort à lui réserver. Cela est d'autant plus vrai lorsque le sursis à statuer joue en faveur d'une juridiction unique, tel le renvoi des questions de compétence au Tribunal des conflits. Un renvoi systématique conduirait à un engorgement tel de cette juridiction qu'il lui serait impossible de remplir sa mission.

293. Un principe limité en matière de questions préjudicielles d'interprétation à la Cour de justice de l'Union européenne. Si, en application de l'article 267 al. 3 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, les juridictions nationales suprêmes doivent renvoyer à la Cour de justice l'examen des moyens relatifs à l'interprétation du droit de l'Union européenne¹⁰¹⁴, la Cour de justice admet tout de même que cette obligation puisse être écartée lorsque la question soulevée est matériellement identique à une question déjà tranchée par la Cour ou lorsque « l'application correcte du droit communautaire s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable »¹⁰¹⁵. Cette dernière dérogation, constituée par l'absence de doute, équivaut à l'absence de difficulté sérieuse ainsi que le juge la Cour de cassation, qui ne procède au renvoi qu'après avoir constaté et démontré l'existence d'une telle difficulté¹⁰¹⁶. À défaut, elle refuse de considérer qu'une question préjudicielle relevant de la compétence de la Cour de justice est caractérisée¹⁰¹⁷.

Quant aux juridictions du fond saisies de tels moyens, l'article 267 leur confère une simple faculté de renvoi. Elles disposent ainsi d'un pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne la décision de saisir la Cour de justice et il ne peut leur être reproché de s'en être abstenues¹⁰¹⁸. Leur pratique laisse cependant entrevoir qu'elles ne procèdent au renvoi que si le moyen soulève une difficulté sérieuse¹⁰¹⁹.

La difficulté sérieuse semble donc bien constituer, *de facto*, une condition générale pour que la compétence exclusive de la Cour de justice à l'égard d'une question d'interprétation soit constituée. Cependant, la jurisprudence européenne n'interdit pas aux

¹⁰¹³ « Le double fondement de cette exception, la bonne administration de la justice et le droit à un délai raisonnable de jugement [...] » (J. LESSI, *op. cit.*, p. 277). Voir, consacrant l'existence d'un tel principe : C. const., 28 déc. 2006, n° 2006-545 DC, §24 ; 3 déc. 2009, n° 2009-595 DC, §4.

¹⁰¹⁴ Nous exposerons plus bas le régime applicable aux moyens tirés de l'invalidité d'un acte de droit dérivé de l'Union européenne (cf. n° 310).

¹⁰¹⁵ CJCE, 6 oct. 1982, *CILFIT*, 283/81, *Rec.* p. 3415, §16 et 21.

¹⁰¹⁶ Cass., com., 9 déc. 1997, n° 95-17.619, *Bull. civ.*, IV, n° 334 ; civ. 3^e, 28 mars 2007, n° 04-12.315 ; com., 12 févr. 2008, n° 06-16.202 ; 20 mai 2008 (3 arrêts), n°s 06-20.230, 05-14.331 et 06-15.136, *id.* n° 101 ; soc., 9 juill. 2008, n° 07-42.023, *id.*, V, n° 149 ; civ. 2^e, 10 sept. 2009, n° 09-10.445 ; soc., 2 juin 2010, n° 08-44.834. Rapp. : civ. 1^{ère}, 2 févr. 1999, n° 97-10.679. Voir aussi, procédant de même : CE, 12 févr. 1993, n° 115468 ; CE, ass., 14 déc. 2001, n° 211341, *Lebon* 645 ; CE, 24 nov. 2003, n° 232590, *Lebon* T. 696 ; CE, sect., 31 mai 2016, n° 393881, *Lebon* à paraître.

¹⁰¹⁷ Cass., com., 5 mai 1982, n° 80-11.490, *Bull. civ.*, IV, n° 156 ; crim., 18 oct. 1988, n° 87-90.364, *Bull. crim.* n° 352 ; 18 janv. 1990, n° 89-81.959 ; 21 juin 1990, n° 89-83.394, *id.* n° 254 ; 28 nov. 1991, n° 90-84.174 ; 14 oct. 1992, n° 90-83.026, *id.* n° 326.

¹⁰¹⁸ Notamment : Cass., crim., 2 avr. 2003, n° 02-85.680 ; civ. 2^e, 7 mars 2006, n° 05-12.338, *Bull. civ.*, II, n° 63. La solution est cependant différente si ces juridictions sont saisies d'un moyen tiré de la non-conformité d'un acte de droit dérivé aux traités fondamentaux de l'Union : cf. n° 310.

¹⁰¹⁹ Agen, 19 oct. 1992, *JurisData* n° 047247 ; Lyon, 26 mars 2009, n° 08/02689, *JurisData* n° 018369 ; Bordeaux, 24 nov. 2009, n° 08/02676, *JurisData* n° 015953 ; Pau, 22 sept. 2011, n° 11/3992, *JurisData* n° 020967 ; Paris, 19 juin 2012, n° 2011/16448, *JurisData* n° 034601.

juridictions nationales de renvoyer des questions qui ne soulèvent aucune difficulté sérieuse. La juridiction luxembourgeoise s'abstient à cet égard de tout contrôle sur l'opportunité et la pertinence de la question dont elle est saisie¹⁰²⁰ et juge que si les décisions de renvoi peuvent faire l'objet des recours prévus par le droit interne¹⁰²¹, c'est sous la réserve que « l'appréciation de la pertinence et de la nécessité de la question préjudicielle relève, en principe, de la seule responsabilité de la juridiction qui ordonne le renvoi préjudiciel »¹⁰²². Les décisions par lesquelles les juridictions du fond ordonnent un sursis à statuer et renvoient une question préjudicielle ne peuvent donc pas être censurées par la Cour de cassation au motif qu'il n'existerait aucune difficulté sérieuse. Il n'existe d'ailleurs aucune voie de recours ouverte contre de telles décisions¹⁰²³.

Par conséquent, si l'absence de difficulté sérieuse peut fonder le refus de renvoyer, elle n'impose pas un tel refus, les juridictions nationales ayant toujours la faculté de saisir la Cour de justice¹⁰²⁴. Autrement dit, la difficulté sérieuse marque la frontière entre l'obligation et la faculté de renvoi pour les juridictions suprêmes. Elle opère donc de façon spécifique par rapport aux autres procédures préjudicielles, où l'absence de difficulté sérieuse interdit le renvoi. Il en résulte que rien n'impose aux juridictions nationales de refuser le renvoi des questions d'interprétation dont la réponse est certaine.

Bien que facultatif, le contrôle de l'existence d'une difficulté sérieuse soulevée par la question d'interprétation s'avère absolument nécessaire. Permettant de faire échec à d'éventuelles manœuvres dilatoires de l'une des parties, il est nécessaire au bon fonctionnement de la Cour de justice et à son existence même dès lors qu'un renvoi systématique de toute question conduirait à un encombrement insurmontable du rôle de cette juridiction¹⁰²⁵.

294. Consolidation de la définition de la difficulté sérieuse à partir du critère de certitude : finalités des mécanismes de sursis. Définir la difficulté sérieuse comme l'expression d'une indétermination insurmontable des règles de droit, et la caractériser au terme du raisonnement plutôt qu'en amont, permet d'assurer de la façon la plus efficiente la protection des parties contre l'augmentation du coût du procès et de sa durée : le juge ne saurait se dessaisir d'une question et surseoir à statuer sans avoir recherché préalablement s'il lui était possible d'en dégager la réponse avec certitude.

À l'inverse, la définition du concept de difficulté sérieuse par référence à l'évidence conduirait à renvoyer des questions au premier doute, sans s'assurer que celui-ci est légitime. Si l'on admettait cette définition de la difficulté sérieuse, le renvoi préjudiciel ressemblerait alors fort à un mécanisme de consultation juridique récompensant la paresse

¹⁰²⁰ CJUE, 26 mai 2011, *Stichting Natuur en Milieu e.a.*, C-165/09, Rec. p. I-4599, §52 ; 15 janv. 2013, *Križan e.a.*, C-416/10, §56.

¹⁰²¹ CJCE, 6 avr. 1962, *Bosch*, 13/61, Rec. p. 89 ; 14 févr. 1974, *Rheinmülen*, 146/73, *id.* p. 131. Rappr. : ord., 3 juin 1969 et 16 juin 1970 (2 ordonnances), *SA Chanel*, 31/69, *id.* p. 25.

¹⁰²² CJCE, 16 déc. 2008, *Cartesio*, C-210/06, Rec. p. I-09641 §96.

¹⁰²³ Voir, jugeant le pourvoi irrecevable dès lors que le jugement ne caractérise aucun excès de pouvoir et ne répond pas aux exigences de l'article 606 du code de procédure civile : Cass., civ. 1^{ère}, 18 nov. 2015, n° 14-26.482, *Bull. civ.*, I, à paraître. En ce qui concerne l'appel interjeté contre le sursis ordonné par une juridiction de première instance, il est également irrecevable en application de l'article 544. Sur ce point, voir, *mutatis mutandis* : Cass., soc., 27 févr. 2013, n° 11-26.864, *id.*, V, n° 56.

¹⁰²⁴ CJCE, 6 oct. 1982, *CILFIT*, 283/81, Rec. p. 3415.

¹⁰²⁵ C. STIX-HACKL, concl. CJCE, 15 sept. 2005, *Intermodal Transports BV*, C-495/03, Rec. p. I-08151, §107 ; F. DUMON, *op. cit.*, p. 236 et 237 ; P. HAY, *op. cit.*, p. 505.

intellectuelle des juges saisis du principal, au détriment de la protection des droits des parties. Comprendre ainsi la difficulté sérieuse pourrait en outre conduire à un engorgement des juridictions de renvoi et mettre ainsi en péril la protection juridictionnelle des droits des justiciables.

En revanche, si l'on admet que la difficulté sérieuse correspond à l'incertitude qui *résulte* du raisonnement juridique alors le mécanisme préjudiciel retrouve son sens véritable. Destiné à assurer une interprétation unitaire du droit par des juridictions appartenant à différents ordres de juridiction¹⁰²⁶, le recours au mécanisme de la question préjudicielle générale ne se justifie que si le sens et la portée des règles de droit est effectivement indéterminable et indéterminé. Le doute sur l'interprétation ne justifie le renvoi que s'il est insurmontable. À défaut aucun risque de divergence n'existe d'un ordre juridictionnel à l'autre.

La définition de la difficulté sérieuse à partir de la certitude permet également de donner au mécanisme des questions préjudicielles spéciales, entre juridictions judiciaires, tout son sens. Certes, ce mécanisme ne peut tendre à assurer l'interprétation unitaire du droit car l'unité est déjà assurée au sein de l'ordre judiciaire par le contrôle disciplinaire exercé par la Cour de cassation¹⁰²⁷. Par conséquent, si une juridiction judiciaire peut être tenue de renvoyer une question préjudicielle à une autre juridiction judiciaire, ce ne peut être dans ce but. Le mécanisme des questions spéciales semble justifié par la nécessité de conférer aux décisions une légitimité qui lui fait défaut en raison de l'incertitude : en présence d'une difficulté sérieuse, la décision n'est plus un acte de connaissance mais de volonté. Le renvoi à une juridiction judiciaire ayant compétence exclusive permet alors de restaurer la légitimité d'un jugement juridiquement contestable en raison de l'incertitude. Celui-ci ne tire plus sa légitimité de sa nécessité logique mais de la spécificité de la juridiction qui l'a rendu. Ainsi, les juridictions d'exception sont généralement composées de représentants de la société civile ayant souvent une bonne connaissance des litiges auxquels s'appliquent les règles de droit faisant l'objet de la question. À défaut d'une légitimité juridique, la réponse fournie aura au moins une légitimité organique. Le renvoi préjudiciel interne tend ainsi à favoriser l'acceptation de la décision et à réduire les contestations dont elle pourrait faire l'objet, plutôt qu'à assurer l'unité de la jurisprudence. Là encore, le renvoi préjudiciel ne paraît s'imposer qu'en cas d'incertitude comprise comme la conclusion du raisonnement juridique : ce n'est que lorsqu'il est objectivement impossible de dégager une solution juridiquement indiscutable que le juge devra considérer que la question soulève une difficulté sérieuse et devra ainsi s'en dessaisir.

295. La consécration d'un principe général corrélant incompétence et existence d'une difficulté sérieuse invite à redessiner les contours de certaines règles de compétence au sein desquelles le recours à ce concept n'est généralement pas envisagé.

¹⁰²⁶ Voir, notamment : D. GRANJON, « Les questions préjudicielles », *AJDA* 1968. 75, spéc. p. 79 et 86 ; J.-F. FLAUSS, *Les questions préjudicielles...*, *op. cit.*, p. 259 ; J. BOULOUIS, « Nouvelles réflexions à propos du caractère « préjudiciel » de la compétence de la Cour de justice des communautés européennes statuant sur renvoi des juridictions nationales », in *Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Paris, A. Pedone, 1984, p. 23, spéc. n° 3, p. 26 ; H. LABAYLE, *op. cit.*, spéc. p. 158 ; R. PERROT, *Institutions judiciaires*, 15^e éd., Montchrestien, 2012, n° 324, p. 262.

¹⁰²⁷ F. LEBORGNE, « Question préjudicielle », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 1119. Voir aussi : G. CASU, *op. cit.*, n° 337 s., p. 180 s.

II/ Le recours à la difficulté sérieuse au-delà des hypothèses consacrées

296. Il nous semble qu'il serait souhaitable de subordonner à l'existence d'une difficulté sérieuse quatre mécanismes au sein desquels elle n'est pas mentionnée : le renvoi d'une question préjudicielle à la Cour européenne des droits de l'Homme (A), le sursis à statuer sur les moyens de défense relevant de la compétence d'une juridiction arbitrale (B), le sursis à statuer en raison de la mise en mouvement de l'action publique pour les mêmes faits que ceux soumis à une juridiction civile (C) et le sursis à statuer en raison de l'incompétence sur les incidents d'instance (D).

A/ Le renvoi d'une question préjudicielle à la Cour européenne des droits de l'Homme écarté en l'absence de difficulté sérieuse

297. **La procédure de saisine de la Cour européenne des droits de l'Homme pour avis.** Le protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'Homme a été adopté le 2 octobre 2013 par le Conseil de l'Europe. Il n'entrera cependant en vigueur que lorsqu'il aura été ratifié par dix États membres et devra, évidemment, être ratifié par la France pour que les juridictions françaises puissent en faire application. Son article premier instaure un mécanisme préjudiciel au profit de la Cour européenne des droits de l'Homme : « Les plus hautes juridictions d'une Haute Partie contractante [...] peuvent adresser à la Cour des demandes d'avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles./ La juridiction qui procède à la demande ne peut solliciter un avis consultatif que dans le cadre d'une affaire pendante devant elle. » La recevabilité de la demande est appréciée par un collège de cinq juges et l'avis rendu par la Cour n'est « pas contraignant » selon l'article 5 du protocole.

298. **Proposition : une procédure subordonnée à l'existence d'une difficulté sérieuse.** Si la notion de question de principe devra être précisée, il nous semble qu'elle implique nécessairement l'existence d'une difficulté sérieuse. D'abord, le protocole répond au souhait d'autoriser à la Cour à rendre des avis qui « contribueraient à clarifier les dispositions de la Convention et la jurisprudence de la Cour et fourniraient ainsi des orientations supplémentaires permettant d'assister les États Parties à éviter de nouvelles violations ». Il faudrait donc que les dispositions de la Convention soient effectivement susceptibles de plusieurs interprétations, également défendables. Ensuite, si la question doit être de principe, cela signifie qu'elle doit mettre en cause les principes qui régissent l'appréhension de la Convention comme instrument de régulation internationale, c'est-à-dire ceux qui doivent guider son interprétation. Enfin, un renvoi préjudiciel en l'absence de difficulté sérieuse conduirait à un allongement inutile d'une procédure déjà longue, puisqu'arrivée jusque devant les plus hautes juridictions. Il serait paradoxal que la mise en œuvre du protocole conduise ainsi à une potentielle violation de l'article 6 de la Convention. Il nous semble donc que l'existence d'une difficulté sérieuse est une condition *sine qua non* du renvoi d'une demande d'avis à la Cour de Strasbourg. S'il est tout à fait possible que ce ne soit pas une condition suffisante et qu'il existe des questions qui soulèvent bien une

difficulté sérieuse sans être de principe¹⁰²⁸, il ne nous appartient pas de construire une définition de cette notion dans le cadre de cet ouvrage.

B/ Le sursis à statuer sur les moyens de défense relevant d'une convention d'arbitrage écarté en l'absence de difficulté sérieuse au fond

299. Le sursis à statuer sur les moyens de défense en présence d'une convention d'arbitrage subordonné uniquement au caractère sérieux de l'exception d'incompétence. L'article 1448 du code de procédure civile énonce : « Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'État, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable »¹⁰²⁹. Ce texte impose donc au juge de surseoir à statuer sur les moyens soulevés devant lui dont la partie adverse soutient qu'ils entrent dans le champ d'une convention d'arbitrage, sauf inapplicabilité ou nullité manifestes de cette convention. *A contrario*, le juge ne peut écarter le sursis au motif que le moyen contre lequel l'incompétence est alléguée ne soulève aucune difficulté sérieuse. Le juge n'est invité, pour appliquer l'article 1448, qu'à apprécier le sérieux de l'exception d'incompétence et non le sérieux du moyen relevant prétendument de la juridiction arbitrale.

Nous étudierons dans le paragraphe suivant les règles concernant l'appréciation de l'exception tirée de la compétence arbitrale car la compétence de la juridiction étatique sur cette question dépend entièrement du caractère sérieux de cette exception : le juge étatique n'a pas compétence pour statuer sur les moyens sérieux tirés de son incompétence. Nous ne traiterons donc pas immédiatement des effets de l'incompétence sur la compétence, mais des effets de l'incompétence sur le fond.

300. Proposition : le sursis à statuer sur les moyens de défense subordonné à l'existence d'une difficulté sérieuse au fond. À cet égard, il nous faut observer que l'article 1448 doit être lu en tenant compte du principe de bonne administration de la justice et du droit des parties à être jugées dans un délai raisonnable. La convention d'arbitrage est en outre soumise à l'article 1104 du Code civil et doit être exécutée de bonne foi. Les cocontractants ne sauraient donc l'invoquer afin de faire juger par les arbitres un moyen dont le bien-fondé ou l'inanité seraient certains et qu'il serait vain de discuter plus avant. Ce faisant, elles créeraient de toute pièce un litige et une contestation et détourneraient ainsi la convention d'arbitrage de son objet véritable. Quel sens y aurait-il à surseoir à statuer sur une demande dont la solution est certaine ?

Il peut également être observé que l'article 1448 est une transposition du principe

¹⁰²⁸ Voir, envisageant différents cas où une question est de principe et considérant qu'il faut qu'elle « fasse apparaître un contentieux structurel ou systémique » : F. SUDRE, « De QPC en Qpc... ou le Conseil constitutionnel juge de la Convention EDH », *JCP G* 2014. 1027, n° 23 ; « La subsidiarité, « nouvelle frontière » de la Cour européenne des droits de l'Homme. – À propos des protocoles 15 et 16 à la Convention », *JCP G* 2013. 1086, n° 14.

¹⁰²⁹ Ce texte est également applicable en cas de contrat d'arbitrage international, par renvoi de l'article 1506 1° du même code. Le moyen tiré de la convention d'arbitrage constitue une exception d'incompétence qui ne peut être relevée d'office (art. 1448 al. 2 CPC) et doit être soulevée *in limine litis* (Cass., civ. 1^{ère}, 23 janv. 2007, n° 06-10.652 ; 3 févr. 2010, n° 09-13.618, *Bull. civ.*, I, n° 31). Elle doit donc être soulevée avant que la partie qui l'invoque n'ait répondu sur le fond aux moyens concernés.

compétence-compétence et vise à donner à l'arbitre une compétence prioritaire pour statuer sur l'étendue sa compétence¹⁰³⁰. Ramené à son objet initial, ce texte fixe le régime de l'exception d'incompétence seulement et ne concerne pas l'examen des moyens effectivement soumis à l'arbitrage, que le juge devrait pouvoir trancher en l'absence de difficulté sérieuse.

Il peut sembler surprenant de distinguer entre les conditions du sursis à statuer sur les moyens au fond et celles du sursis sur l'exception d'incompétence portant sur ces moyens. En effet, pour que le juge étatique puisse énoncer qu'il n'y a pas lieu de surseoir malgré la compétence de l'arbitre sur les moyens, il faut déjà que cette compétence ait été constatée, ce qui appartient à la juridiction arbitrale seule. Par conséquent le juge devra surseoir à statuer le temps que l'arbitre constate ou décline sa compétence, que les moyens soulèvent une difficulté sérieuse ou non.

Cependant, la dissociation des conditions de sursis sur l'exception d'incompétence et sur les moyens eux-mêmes permet au juge étatique de ne pas différer inutilement sa décision lorsque la juridiction arbitrale, saisie de l'exception d'incompétence, a retenu sa compétence mais ne s'est pas encore prononcée sur le fond. Surtout, il nous semble que le sursis à statuer sur la question de la compétence perd tout objet en l'absence de difficulté sérieuse soulevée par les moyens. Dans une telle hypothèse, la compétence exclusive de l'arbitre n'empêchera pas le juge étatique de statuer sur les moyens ; il devient donc inutile de trancher la question de la compétence et de surseoir à statuer le temps que la juridiction arbitrale se prononce sur ce point.

Il conviendrait donc d'ajouter à l'article 1448 une condition implicite tenant à l'existence d'une difficulté sérieuse soulevée par les moyens à l'égard desquels la convention d'arbitrage est opposée : lorsqu'une juridiction étatique est appelée à statuer sur des moyens relevant d'une convention d'arbitrage pour statuer sur une demande à l'égard de laquelle elle est compétente, elle se déclare incompétente lorsque ces moyens soulèvent une difficulté sérieuse, sauf si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou irrecevable.

301. L'existence d'une difficulté sérieuse appréciée selon la mission confiée à l'arbitre. Il faudrait alors apprécier l'existence d'une difficulté sérieuse en prenant en compte les spécificités de l'arbitrage. Cela implique de distinguer selon la mission confiée à l'arbitre. En effet, s'il est prévu que « l'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit »¹⁰³¹, les parties peuvent en décider autrement et lui confier la mission de statuer en tant qu'amiable compositeur¹⁰³². Seul le respect des règles d'ordre public s'impose alors à lui¹⁰³³. Lorsque l'arbitre est appelé à résoudre le litige en appliquant les règles de droit, l'appréciation de l'existence d'une difficulté sérieuse ne présentera aucune spécificité : le juge étatique devra se demander si les règles de droit imposent d'écarter ou d'admettre le moyen. En revanche, lorsque l'arbitre se voit confier la mission de trancher le litige en équité, le juge étatique ne pourra constater l'absence de difficulté sérieuse que dans des

¹⁰³⁰ Visant ce principe, voir notamment : Cass., civ. 1^{ère}, 4 juill. 2006, n° 05-17.460, *Bull. civ.*, I, n° 338 ; 3 févr. 2010, n° 09-12.669, *id.* n° 26.

¹⁰³¹ Art. 1478 CPC. En matière d'arbitrage international : art. 1511 CPC.

¹⁰³² Art. 1478 CPC. En matière d'arbitrage international : art. 1512 CPC.

¹⁰³³ Art. 1492 5° et 1514 CPC. Pour un exemple : Cass., civ. 1^{ère}, 28 sept. 2011, n° 10-18.320, *Bull. civ.*, I, n° 152.

circonstances exceptionnelles, la solution de la question ne pouvant être déterminée par l'application des règles de droit en vigueur. Dans cette hypothèse, ce n'est que si des règles d'ordre public imposent le rejet du moyen ou son admission que le juge pourra écarter la question préjudicielle et refuser de surseoir à statuer.

La même prudence s'impose en ce qui concerne l'arbitrage international car l'article 1511 dispose que « le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisi ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime approprié ». L'arbitre international ne se rattachant à aucun for, il n'est tenu par aucune règle de conflit de lois et détermine librement la législation applicable au litige¹⁰³⁴, seule la volonté des parties s'imposant à lui. Il en résulte que le juge étatique saisi d'un moyen de défense relevant d'une convention d'arbitrage international ne pourra apprécier le caractère sérieux de ce moyen qu'au regard des règles d'ordre public et lois de police, qui s'imposent toujours à l'arbitre et aux parties¹⁰³⁵, des termes même de la convention ou de la loi choisie par les parties pour régir leurs obligations. Ainsi, lorsque le moyen n'est pas infondé au regard des lois de police, qu'il n'entre pas en contradiction avec les termes de la convention et que celle-ci ne désigne pas la loi qui lui est applicable, le juge étatique ne pourra que considérer le moyen comme sérieux.

C/ Le principe le criminel tient le civil en état écarté en l'absence de difficulté sérieuse

302. Proposition : Le sursis à statuer en raison de la mise en mouvement de l'action civile subordonné à l'existence d'une difficulté sérieuse. En ce qu'il prévoit que toute juridiction civile saisie de l'action civile doit surseoir à statuer lorsque l'action publique relative aux mêmes faits a été mise en mouvement, l'article 4 du code de procédure pénale peut donner lieu à des manœuvres dilatoires injustifiées. Le défendeur à une action en responsabilité civile peut chercher à retarder une condamnation à des dommages-intérêts qu'il sait devoir payer, en arguant qu'une procédure pénale est ouverte à son encontre pour les mêmes faits¹⁰³⁶. Il peut même chercher à gagner du temps en introduisant lui-même des poursuites qu'il sait infondées contre le demandeur : « lorsqu'ils sont assignés en paiement, des débiteurs aux abois n'hésitent pas à se constituer partie civile du chef d'extorsion, de faux ou d'usure pour retarder l'issue du procès civil ; la plainte du chef d'abus de biens sociaux était, elle aussi, très utilisée aux mêmes fins avant que la chambre criminelle ne déclare irrecevable l'action civile des associés fondée sur ce grief »¹⁰³⁷. Il semble que de telles actions soient assez fréquentes¹⁰³⁸ malgré les risques de condamnation pour dénonciation calomnieuse¹⁰³⁹ et pour abus du droit d'action auxquels les débiteurs s'exposent¹⁰⁴⁰, et malgré l'obligation de verser une consignation pour se

¹⁰³⁴ P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *op. cit.*, n° 1538 s., p. 880 s.

¹⁰³⁵ C. SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale*, Dalloz, 2001.

¹⁰³⁶ Dénonçant déjà le risque d'une utilisation abusive du principe « le criminel tient le civil en état » : M. CACHIA, « La règle « le criminel tient le civil en état » dans la jurisprudence », *JCP* 1955. I. 1245.

¹⁰³⁷ J.-H. ROBERT, « Autorité de la chose jugée au pénal sur le civil », *Procédures* 2007, études 19, n° 5.

¹⁰³⁸ *Ibid.*

¹⁰³⁹ Art. 226-10 CP.

¹⁰⁴⁰ Art. 1240 C. civ. et 32-1 CPC. Sur la répression de l'abus de constitution de partie civile à des fins dilatoires : P. PAYAN, *Le sursis à statuer du juge civil après mise en mouvement de l'action publique, retour sur la règle le criminel tient le civil en l'état*, thèse Aix-en-Provence, 2010, n° 349 et 357.

constituer partie civile¹⁰⁴¹.

Afin de lutter contre de telles manœuvres, une partie de la doctrine appelle régulièrement à la suppression de l'article 4 précité¹⁰⁴². Il n'est pourtant pas nécessaire d'aller aussi loin : il suffirait de faire jouer le principe selon lequel tout sursis à statuer sur une question préjudicielle suppose une difficulté sérieuse¹⁰⁴³. La juridiction civile pourrait alors écarter le sursis dès que l'issue de l'action publique serait certaine, permettant ainsi de préserver le droit de la victime de bénéficier d'un jugement dans un délai raisonnable¹⁰⁴⁴. En l'absence de toute difficulté sérieuse, un sursis à statuer s'apparenterait à un déni de justice, spécialement lorsque les faits à l'origine de l'action civile sont reconnus par le défendeur ou établis et que l'instruction devant les juridictions répressives ne tend plus qu'à identifier les coauteurs, complices ou receleurs, ou à établir l'état de démence du mis en cause¹⁰⁴⁵.

La jurisprudence de la Cour de cassation s'oppose frontalement à une telle solution¹⁰⁴⁶. Un revirement serait souhaitable car le refus de recourir à la difficulté sérieuse pour encadrer le sursis repose sur une lecture stricte de l'article 4 que rien n'impose¹⁰⁴⁷. Il a certes pu être soutenu que cela serait contraire à la présomption d'innocence, le juge civil étant nécessairement amené à se prononcer sur la réalité des faits poursuivis, leur imputabilité¹⁰⁴⁸ et l'étendue du préjudice subi, dont peut dépendre la qualification de l'infraction. Cependant, le juge civil ne procédera jamais à leur qualification pénale¹⁰⁴⁹ et ne déclarera donc pas le défendeur coupable de l'infraction pour laquelle il est poursuivi.

¹⁰⁴¹ Art. 88 CPP. Sur cette formalité : P. PAYAN, cité note précédente, n° 243 et 244.

¹⁰⁴² V. TELLIER, « En finir avec la primauté du criminel sur le civil ! », *RSC* 2009. 797, n° 2 et 12 s. et les références citées ; P. BONFILS, « Propos hétérodoxes sur la primauté du criminel sur le civil », in V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale*, Dalloz, 2009, p. 257, spéc. p. 261. Voir aussi, soutenant que le sursis prévu à l'article 4 est contraire à la Convention européenne des droits de l'Homme : L. MINIATO, « La jurisprudence contre la loi ? Vers une interprétation (encore) audacieuse de l'article 4 du code de procédure pénale », *LPA* 24 juill. 2008, n° 148, p. 7, n°s 7 à 9. Voir aussi, proposant de rendre le sursis purement facultatif : M. PRALUS, « Observations sur l'application de la règle "le criminel tient le civil en état" », *RSC* 1972. 31, spéc. p. 68.

¹⁰⁴³ « Le maintien du principe d'un tel sursis n'implique pas nécessairement son caractère obligatoire. Le rendre facultatif présente l'avantage de permettre de passer outre à des manœuvres dilatoires évidentes dans certaines espèces. Cela conduirait à s'en remettre, bien plus qu'aujourd'hui encore, à la prudence des juges civils qui ne devraient, semble-t-il, n'écarter les demandes de sursis que dans les cas où elles seraient dépourvues de tout caractère sérieux. » (M. PRALUS, cité note précédente, p. 68).

¹⁰⁴⁴ L. MINIATO, « La jurisprudence contre la loi ? Vers une interprétation (encore) audacieuse de l'article 4 du code de procédure pénale », *LPA* 24 juill. 2008 (n° 148), p. 7, n° 7 à 9, précité.

¹⁰⁴⁵ R. BADINTER, Garde des Sceaux, intervention au Sénat le 25 mai 1983, *JO Sénat* 26 mai 1983, p. 1086.

¹⁰⁴⁶ Cass., civ. 2^e, 16 févr. 1967, *Bull. civ.*, II, n° 75 ; 20 avr. 1970, n° 69-10.383, *id.*, n° 147 ; com., 2 avr. 1979, n° 77-13.861, *id.*, IV, n° 120 ; civ. 2^e, 25 févr. 1994, n° 92-18.876.

¹⁰⁴⁷ La régularité avec laquelle les juridictions du fond refusent le sursis au terme d'une analyse du sérieux de l'action publique témoigne du caractère problématique de la jurisprudence de la Cour de cassation sur ce point. Outre les jugements attaqués devant la Cour de cassation dans les affaires citées à la note précédente, ajoutons : Aix-en-Provence, 23 sept. 1987, cité par Cass., civ. 2^e, 4 janv. 1989, n° 87-19.112.

¹⁰⁴⁸ Dans ce sens, contestant l'ouverture du référé provision sur ce fondement : J. FOYER, député, intervention à l'Assemblée nationale le 5 mai 1983, *JO AN* 6 mai 1983, p. 905 et 906.

¹⁰⁴⁹ Cour EDH, 11 févr. 2003, *Y. c/ Norvège*, n° 56568/00, §41 et 42 ; 4 juin 2013, *Teodor*, n° 46878/06, §38 à 45. Dans ce sens, à propos de la compétence du juge des référés pour ordonner une provision malgré l'introduction d'une instance pénale : A. LACABARATS, « Les compétences du juge civil des référés en matière pénale », *Justices* 1998, n° 10, p. 151, spéc. p. 153 et 154.

De plus, le jugement rendu sur l'action civile est toujours dépourvu de l'autorité de la chose jugée en ce qui concerne l'action publique, la chose demandée n'étant pas la même¹⁰⁵⁰, de sorte que le jugement civil qui ordonnerait la réparation n'opère aucune inversion de la charge de la preuve dans le procès pénal et n'impose pas au mis en cause de prouver qu'il n'a pas commis les faits poursuivis. Par ailleurs, l'exclusion du sursis à statuer lorsque le règlement de l'action civile ne soulèverait aucune difficulté sérieuse ne remet pas en cause les finalités du sursis. Outre qu'il n'existe aucun risque de contradiction de décisions¹⁰⁵¹ ni aucun risque de voir la juridiction pénale influencée par le jugement civil¹⁰⁵², les faits litigieux étant suffisamment établis, il n'apparaît pas nécessaire de permettre à une juridiction civile de bénéficier de l'éclairage des actes d'instruction réalisés au cours de l'instance pénale¹⁰⁵³, cette juridiction étant déjà suffisamment éclairée.

303. Le droit au versement d'une provision lorsque la demande ne se heurte à aucune contestation sérieuse, un correctif salubre mais insuffisant. Dans ce sens, il doit être observé que l'article 5-1 du code de procédure pénale déroge à l'article 4 en faveur du juge des référés. Celui-ci peut ordonner toute mesure qui ne se heurte à aucune contestation sérieuse malgré l'existence d'une procédure pénale en cours. Lorsque la réalité des faits poursuivis, leur caractère fautif, leur imputabilité au défendeur et la réalité du préjudice allégué par le demandeur sont établis, le juge des référés doit ainsi faire droit à la demande de provision sur la condamnation à dommages-intérêts à intervenir¹⁰⁵⁴. Au soutien de cette solution, il a été avancé que l'action en référé demeure étrangère à l'action civile, seule visée par l'article 4, dès lors qu'il s'agit seulement d'obtenir des mesures provisoires dépourvues de l'autorité de la chose jugée¹⁰⁵⁵. En ce qui concerne le référé provision, toutefois, il s'agit bien pour la victime d'obtenir une provision sur l'obligation civile née à raison des faits poursuivis pénalement, de sorte que le juge des référés est amené à anticiper la décision au fond et à se prononcer, certes provisoirement, sur l'action

¹⁰⁵⁰ Cass., crim., 29 oct. 1975, n° 73-93.253, *Bull. crim.* n° 231 ; 4 oct. 1977, n° 76-91.922, *id.* n° 287 ; 23 janv. 1978, n° 74-91.187, *id.* n° 24 ; 10 janv. 1989, n° 87-80.048, *id.* n° 10.

¹⁰⁵¹ M. CACHIA, « La règle « le criminel tient le civil en état » dans la jurisprudence », *JCP* 1955. I. 1245, précité ; J.-H. ROBERT, « Autorité de la chose jugée au pénal sur le civil », *Procédures* 2007, études 19, n° 4, précité ; V. TELLIER, « En finir avec la primauté du criminel sur le civil ! », *RSC* 2009. 797, n° 12 s., précité ; L. MINIATO, « La jurisprudence contre la loi ? Vers une interprétation (encore) audacieuse de l'article 4 du code de procédure pénale », *LPA* 24 juill. 2008 (n° 148), p. 7, n° 2, précité ; M. PRALUS, « Observations sur l'application de la règle "le criminel tient le civil en état" », *RSC* 1972. 31, spéc. 68, précité ; C. AMBROISE-CASTÉROT, « Action civile », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, n° 662.

¹⁰⁵² A. CHAVANNE, « Les effets du procès pénal sur le procès engagé devant le Tribunal civil », *RSC* 1954. 239, n° 8 ; M. CACHIA, « La règle « le criminel tient le civil en état » dans la jurisprudence », *JCP* 1955. I. 1245, précité ; J. PRADEL, *op. cit.*, p. 247 ; P. BERTIN, « Juge des référés et juge d'instruction – ou « Le criminel ne tient plus toujours le civil en état » », *Gaz. Pal.* 1985. doctr. 226, spéc. note 2, p. 227.

¹⁰⁵³ Mêmes références. Rapp. : J.-H. ROBERT, « Autorité de la chose jugée au pénal sur le civil », *Procédures* 2007, études 19, n° 4, précité ; C. AMBROISE-CASTÉROT, « Action civile », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, n° 662, précité. *Contra* : P. BONFILS, « Propos hétérodoxes sur la primauté du criminel sur le civil », in V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale*, Dalloz, 2009, p. 257, spéc. 259, précité.

¹⁰⁵⁴ Cass., civ. 2^e, 4 déc. 1985, n° 84-14.691, *Bull. civ.*, II, n° 189 ; com., 14 févr. 1989, n° 87-13.938, *id.*, IV, 65 ; civ. 1^{re}, 13 nov. 1996, n° 94-19.574 ; civ. 3^e, 7 janv. 2009, n° 07-21.501, *id.*, III, n° 4.

¹⁰⁵⁵ Paris, 23 janv. 1974, *JCP G* 1974. II. 17873 ; civ. 2^e, 12 févr. 1992, n° 90-19.789, *id.*, II, n° 48. Voir aussi les trois derniers arrêts cités à la note précédente.

civile¹⁰⁵⁶. Le droit positif admet donc bien qu'il soit dérogé au principe selon lequel le criminel tient le civil en état lorsqu'aucune contestation sérieuse n'est caractérisée.

Cette dérogation est absolument essentielle car elle permet d'assurer aux victimes d'infractions une protection équivalente aux victimes de fautes purement civiles¹⁰⁵⁷ et leur permet de bénéficier d'un « début de réparation [...] alors que le procès pénal peut s'enliser »¹⁰⁵⁸. L'exclusion du sursis à statuer en l'absence de difficulté sérieuse constitue donc un instrument au service de l'efficacité de la politique répressive, sans lequel les victimes d'infractions pourraient être tentées de rester exclusivement sur le terrain civil afin de ne pas retarder une indemnisation à laquelle elles ont droit.

La protection accordée à la victime par le biais de l'action en référé peut cependant s'avérer encore insuffisante, car le caractère provisoire de l'ordonnance interdit de faire procéder à la vente forcée d'un immeuble du débiteur lorsque celui-ci est défaillant¹⁰⁵⁹. Si bien que la possibilité d'obtenir une décision au fond sur l'action civile constitue parfois une condition nécessaire pour assurer à la victime son indemnisation malgré les lenteurs de la procédure pénale en cours.

304. Les observations qui viennent d'être faites à propos de l'article 4 du code de procédure pénale nous semblent également pertinentes en ce qui concerne l'application des articles 312 du code de procédure civile et 16 1° du règlement n° 1/2003/CE, qui prévoient un sursis à statuer sur les actions introduites devant les juridictions nationales pour sanctionner la violation des règles de la concurrence lorsque la Commission européenne a initié une procédure pour les mêmes faits. Ce sursis devrait, là encore, être subordonné à l'existence d'une difficulté sérieuse. En effet, si l'existence d'une procédure intentée par la Commission européenne laisse penser que les actes poursuivis ne sont pas certainement conformes aux règles de concurrence, ils peuvent toujours leur être certainement contraires. Dans cette hypothèse, il serait juste que les juridictions nationales puissent les condamner sans retard.

D/ La compétence étendue à tous les incidents d'instance en l'absence de difficulté sérieuse

305. La difficulté sérieuse, condition de l'incompétence sur les incidents d'instance. Si l'article 50 du code de procédure civile confie à la juridiction « devant laquelle se déroule l'instance qu'ils affectent » le soin de trancher les questions relatives aux incidents d'instance, les articles 313 et 1470 al. 2 du même code imposent à toute juridiction civile autre que le tribunal de grande instance ou la cour d'appel de surseoir à statuer lorsqu'une partie prétend qu'un acte authentique produit par l'autre est un faux. Il revient au seul tribunal de grande instance de statuer sur cette contestation¹⁰⁶⁰.

Le principe selon lequel il n'y a pas de sursis à statuer en l'absence de difficulté

¹⁰⁵⁶ A. LACABARATS, « Les compétences du juge civil des référés en matière pénale », *Justices* 1998, n° 10, p. 151, spéc. p. 153 et 154.

¹⁰⁵⁷ R. BADINTER, Garde des Sceaux, intervention au Sénat le 25 mai 1983, *JO Sénat* 26 mai 1983, p. 1086.

¹⁰⁵⁸ J. PRADEL, « Un nouveau stade dans la protection des victimes », *D.* 1983. 241, spéc. p. 247.

¹⁰⁵⁹ Art. L311-4 CPCEX. Sur ce point : P. GRANJEAN, « L'évolution du référé commercial », *Revue de jurisprudence commerciale* 1993. 177, spéc. p. 188

¹⁰⁶⁰ Art. 286 CPC.

sérieuse devrait être considéré comme opérant en ce qui concerne l'application de ces deux textes. Pourtant, la seule dérogation prévue par les textes concerne les cas où il « peut être statué au principal sans [...] tenir compte [de la pièce contestée] »¹⁰⁶¹. Or, le principe selon lequel les exceptions à une règle sont d'interprétation stricte justifierait une lecture *a contrario*, en vertu de laquelle le sursis ne peut pas être écarté au motif qu'il n'existe aucune difficulté sérieuse sur ce point¹⁰⁶². Là encore pourtant, il convient de prendre en compte le droit d'être jugé dans un délai raisonnable et l'objectif de bonne administration de la justice¹⁰⁶³ et de subordonner le sursis à statuer à l'existence d'une difficulté sérieuse.

Il n'est pas ici question d'autoriser une juridiction d'exception à se prononcer sur l'inscription en faux elle-même, mais simplement de lui permettre de statuer sur le moyen tendant à voir cet acte écarté *in casu*¹⁰⁶⁴. La décision rendue ainsi n'a pas un effet *erga omnes* en ce qui concerne la force de l'acte, sur laquelle elle n'est pas appelée à statuer directement et par voie générale. La compétence à l'égard de la demande tendant à voir déclarer l'acte faux, quant à elle, ne relève en revanche pas de l'article 49 du code de procédure civile, mais de l'article 51.

306. Dans ce paragraphe, nous avons démontré que les exceptions au principe selon lequel le juge du principal est juge de l'accessoire sont subordonnées à l'existence d'une difficulté sérieuse soulevée par la résolution de l'accessoire. Cette exigence est une conséquence nécessaire du principe de bonne administration de la justice et du droit des parties à être jugées dans un délai raisonnable.

Mais si ces principes fondent la référence à la difficulté sérieuse, qui correspond à leur application, ils en fixent aussi les limites. L'exigence de difficulté sérieuse s'efface donc dès qu'elle apparaît contraire à l'objectif de bonne administration de la justice et à la protection des droits des parties. Dans ce sens, il faut observer qu'il existe plusieurs cas où la délimitation de la compétence d'une juridiction à l'égard des questions préjudicielles ou préalables soulevées devant elle dépend directement de l'existence d'un moyen sérieux. Compétence et incompétence ne correspondent alors pas parfaitement à la certitude et au doute, puisque la juridiction sera incompétente pour statuer sur les moyens certainement fondés dont elle est saisie.

§2. Les exceptions au principe : la compétence sur l'accessoire délimitée par le moyen sérieux

307. L'existence d'un moyen sérieux délimite généralement la compétence d'une juridiction sur les moyens relatifs à la constitutionnalité d'un texte législatif ou à la validité d'un acte de droit dérivé de l'Union européenne. Le concept a aussi longtemps conditionné la mise en œuvre de la question préjudicielle en appréciation de validité entre juridictions judiciaires et administratives, avant de céder la place à la difficulté sérieuse. Le

¹⁰⁶¹ Art. 313 CPC.

¹⁰⁶² I. TALLON, R. MARTIN et V. MIKALEF-TOUDIC, « Inscription de faux », *JurisClasseur Procédure civile*, 2014, fasc. 626, n° 80.

¹⁰⁶³ *Mutatis mutandis* : R. PERROT, « Vérification d'écriture en référé », *RTD civ.* 1993. 643.

¹⁰⁶⁴ Rappr. P. MAYER, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *Rev. crit. DIP* 1979. 349, spéc. p. 364, n° 45, précité : selon qui la juridiction française peut se prononcer sur le moyen relatif à la nationalité étrangère d'une partie et en tirer les conséquences, mais ne peut en aucun cas accorder ou retirer cette nationalité étrangère.

moyen sérieux apparaît ainsi comme un instrument privilégié pour délimiter les compétences des juridictions dans l'appréciation des actes de nature législative ou les actes administratifs (I). Il intervient cependant également pour déterminer la compétence pour statuer sur les exceptions d'incompétence tirées d'une convention d'arbitrage (II).

I/ La compétence sur les questions de validité délimitée par le moyen sérieux

308. Le principe selon lequel l'incompétence d'une juridiction sur l'accessoire est neutralisée par l'absence de difficulté sérieuse trouve une limite dans la mise en œuvre des règles de compétence quant à l'appréciation de la validité de certains actes. En effet, en ce qui concerne les moyens arguant de l'invalidité d'un acte législatif au sens large, l'absence de difficulté sérieuse ne suffit généralement pas à écarter les effets de l'incompétence de la juridiction qui en est saisie. Le principe est alors que le sursis s'impose tant que ces moyens apparaissent sérieux (A).

Bien admise, cette solution a toutefois été remise en cause en ce qui concerne l'appréciation de la validité des actes administratifs, de nature réglementaire ou non, pour laquelle il y a désormais lieu de rechercher si le moyen soulève une difficulté sérieuse (B).

A/ La compétence sur les questions de validité des actes de droit dérivé de l'Union européenne et sur les questions de constitutionnalité des lois délimitée par le moyen sérieux

309. La compétence du juge national écartée en présence d'un moyen sérieux d'invalidité d'un acte de droit dérivé de l'Union européenne. L'examen des moyens tirés de l'invalidité d'un acte d'une institution de l'Union européenne est soumis à un régime particulier. Dans son arrêt *Foto-Frost*, la Cour de justice a en effet jugé que « le pouvoir de constater l'invalidité [d'un acte d'une institution de l'Union européenne], si elle est soulevée devant une juridiction nationale, [est] réservé à la Cour [de justice] »¹⁰⁶⁵. Aucune juridiction nationale, qu'il s'agisse d'une juridiction suprême ou inférieure, ne peut donc écarter l'application d'un acte de droit dérivé au motif de son invalidité. Il leur est seulement possible d'écarter les moyens dont elles jugent qu'ils sont certainement infondés¹⁰⁶⁶.

Hors de ce cas, le renvoi s'impose à toute juridiction, que l'invalidité soit incertaine ou qu'elle soit certaine et l'on ne saurait invoquer « une diminution de la durée de la procédure [...] afin de justifier une atteinte à la compétence exclusive du juge communautaire »¹⁰⁶⁷. Ainsi, le renvoi d'une question préjudicielle de validité peut être obligatoire malgré l'absence de difficulté sérieuse¹⁰⁶⁸. Le concept n'est donc pas opérant ici et cède la place au concept de moyen sérieux, compris largement : le critère du renvoi

¹⁰⁶⁵ CJCE, 22 oct. 1987, *Foto-Frost*, 314/85, *Rec.* p. 4199, §15 et 16.

¹⁰⁶⁶ « Ces juridictions peuvent examiner la validité d'un acte communautaire et, si elles n'estiment pas fondés les moyens d'invalidité que les parties invoquent devant elles, rejeter ces moyens en concluant que l'acte est pleinement valide. » (*id.*, §14).

¹⁰⁶⁷ CJCE, 6 déc. 2005, *Gaston Schul*, C-461/03, *Rec.* p. I-10513, §23

¹⁰⁶⁸ « L'interprétation retenue dans l'arrêt *Cilfit e.a.* [...] visant des questions d'interprétation ne saurait être étendue à des questions relatives à la validité d'actes communautaires » (*id.*, §19).

sera l'existence d'un moyen sérieux d'invalidité, soulevé par une partie ou d'office¹⁰⁶⁹.

Il doit tout de même être précisé que, comme en matière de question en interprétation, le caractère non sérieux du moyen n'interdit pas le renvoi, mais autorise simplement les juridictions nationales à ne pas y procéder. Le renvoi d'une question en présence d'un moyen non sérieux s'avère toutefois inutile, l'unité du droit n'étant pas compromise, et devrait donc être évité pour éviter un encombrement dangereux de la Cour de justice, un allongement et un renchérissement inutiles du procès¹⁰⁷⁰.

310. L'impossibilité de constater l'invalidité certaine a déjà été critiquée pour ce qu'elle méconnaîtrait le principe selon lequel le juge national est le juge ordinaire du droit de l'Union européenne¹⁰⁷¹, la Cour de justice jugeant que « l'article 177 du traité CEE basé sur une nette séparation de fonctions entre la juridiction nationale et la Cour de justice ne permet à celle-ci ni de connaître des faits de l'espèce, ni de censurer les motifs de la demande d'interprétation ; Qu'habilitée à se prononcer sur l'interprétation du traité et des actes pris par les institutions, la Cour ne saurait les appliquer au cas d'espèce, cette application relevant de compétence de la juridiction nationale »¹⁰⁷².

En vertu de ce principe, il devrait revenir au juge national d'appliquer les règles de validité auxquelles sont soumis les actes de droit dérivé, et donc de constater leur invalidité lorsque cela n'implique pas d'autre opération que la simple mise en œuvre de ces règles de validité. Relevons qu'en l'absence de difficulté sérieuse soulevée par l'invalidité, le risque d'atteinte à l'unité du droit de l'Union est écarté, les juridictions nationales devant toutes écarter l'acte de droit dérivé certainement. Or, c'est précisément le principe d'unité du droit de l'Union et d'égalité que la Cour de justice avance pour justifier l'interdiction de constater l'invalidité faite au juge national¹⁰⁷³.

Favorisant apparemment un règlement rapide du litige soumis à la juridiction nationale, cette solution est en fait contraire à l'objectif de bonne administration de la justice et de sécurité juridique. En effet, contrairement à la décision d'invalidité émanant d'une juridiction nationale, l'arrêt rendu par la Cour de justice a un effet *erga omnes* qui s'impose à toutes les juridictions nationales¹⁰⁷⁴ ; il entraîne ainsi la disparition de l'acte dans l'ordre juridique. En outre, cet arrêt est traduit dans toutes les langues et fait l'objet d'une diffusion sur tout le territoire de l'Union. Le renvoi en présence d'une invalidité certaine va alors permettre d'assécher le contentieux, là où une décision d'invalidité émanant d'une juridiction nationale ne serait prise en compte, dans le meilleur des cas, que par les autorités et ressortissants de son pays. Si l'invalidité a été constatée par la Cour de justice, alors il n'y aura plus lieu d'en discuter devant les juridictions nationales, qui n'auront plus

¹⁰⁶⁹ CJCE, 16 juin 1981, *Salonia*, 126/80, *Rec.* p. 1563, §7.

¹⁰⁷⁰ Cf. n° 294.

¹⁰⁷¹ A. BARAV, « La plénitude du juge national en sa qualité de juge communautaire », in *L'Europe et le droit : Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, 1991, p. 1, spéc. 3.

¹⁰⁷² CJCE, 15 déc. 1976, *Simmenthal*, 35/76, *Rec.* p. 1871, §7 et 8.

¹⁰⁷³ « Les compétences reconnues à la Cour par l'article 177 ont essentiellement pour objet d'assurer une application uniforme du droit communautaire par les juridictions nationales. Cette exigence d'uniformité est particulièrement impérieuse, lorsque la validité d'un acte communautaire est en cause. Des divergences entre les juridictions des États membres quant à la validité des actes communautaires seraient susceptibles de compromettre l'unité même de l'ordre juridique communautaire et de porter atteinte à l'exigence fondamentale de la sécurité juridique. » (CJCE, 22 oct. 1987, *Foto-Frost*, 314/85, *Rec.* p. 4199, §15)

¹⁰⁷⁴ CJCE, 13 mai 1981, *International Chemical Corporation*, 66/80, *Rec.* p. 1191, §12 et 13.

à prendre position sur ce point. Cela évite la répétition des mêmes débats devant des juridictions différentes, et la rédaction de jugements motivés identiques. Cela favorise par ailleurs la confiance légitime que les justiciables placent dans les actes de droit dérivé, auxquels ils se conforment sans avoir nécessairement connaissance des règles de validité. Ils ne peuvent aisément connaître les arrêts des juridictions nationales constatant l'invalidité et ils sont de toute façon souvent incapables d'en apprécier le bien-fondé et savoir s'ils ne donneront pas lieu à un revirement. L'arrêt de la Cour de justice offre une bien meilleure visibilité et assure ainsi une sécurité juridique optimale. Surtout, la Cour de justice dispose du pouvoir d'aménager les modalités d'application de son arrêt et, notamment, de limiter dans le temps les conséquences de l'invalidité¹⁰⁷⁵.

On ajoutera encore que le constat de l'invalidité impliquerait de mettre préalablement en cause l'auteur de l'acte et de pouvoir lui demander de fournir toute explication utile¹⁰⁷⁶. Or, il semble difficilement praticable, d'un point de vue budgétaire et administratif, d'imposer aux institutions de l'Union d'être représentées devant une juridiction nationale toutes les fois que la validité de leurs actes y est contestée.

311. La compétence du juge ordinaire écartée en présence d'un moyen sérieux tiré de l'inconstitutionnalité d'une loi. Parmi les conditions de la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité fixées par l'ordonnance n° 58-1067, figure son caractère sérieux. Les juridictions du fond doivent transmettre à la Cour de cassation ou au Conseil d'État les questions dont elles sont saisies si, notamment, elles ne sont pas dépourvues de caractère sérieux¹⁰⁷⁷. Les juridictions suprêmes, quant à elles, transmettent au Conseil constitutionnel les questions qui « [présentent] un caractère sérieux »¹⁰⁷⁸. Un tel filtrage permet non seulement de lutter contre les manœuvres dilatoires des parties mais surtout d'empêcher un engorgement du Conseil constitutionnel qui rendrait le contrôle de constitutionnalité impossible¹⁰⁷⁹.

Prima facie, l'ordonnance porte l'exigence d'une difficulté sérieuse et du caractère incertain des règles constitutionnelles. En effet, elle n'exige pas de caractériser le sérieux du « moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution »¹⁰⁸⁰. Ce n'est pas le moyen qui est transmis mais la question qu'il soulève qui doit être sérieuse. Alors que le premier constitue une affirmation relative à la teneur des règles de droit et à leur application, la seconde correspond à une interrogation relative à la valeur de vérité du moyen. Elle exprime et formalise un doute sur le bien-fondé du moyen. Exiger une question sérieuse, c'est donc exiger un *doute*

¹⁰⁷⁵ CJCE, 15 oct. 1980, *Providence agricole de la Champagne*, 4/79, *Rec.* p. 2823, §44 et 45 ; 27 févr. 1985, *Société des produits de maïs*, 112/83, *id.* p. 719, §17.

¹⁰⁷⁶ CJCE, 22 oct. 1987, *Foto-Frost*, 314/85, *Rec.* p. 4199, §18.

¹⁰⁷⁷ Art. 23-2 ordonnance n° 58-1067.

¹⁰⁷⁸ Art. 23-4 ordonnance n° 58-1067.

¹⁰⁷⁹ A. ROBLOT-TROIZIER, « La question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions ordinaires : entre méfiance et prudence », *AJDA* 2010. 80 ; M.-F. MAZAR, *op. cit.*, p. 622 ; D. ROUSSEAU et P.-Y. GAHDOUN, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2010 », *RDP* 2011, p. 266 à 268 ; J.-P. DESROSIERS, M. GREN et A. MACAYA, « Le Conseil d'État, juge constitutionnel ? », in B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dir.), *L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'État*, Dalloz, 2011, p. 33, spéc. p. 45. Le filtrage par les juridictions du fond joue indirectement le même rôle : un transfert systématique des questions aux juridictions suprêmes pourrait conduire à leur engorgement et rendrait impossible le traitement par elles des questions dans le délai de trois mois (cf. n° 161).

¹⁰⁸⁰ Art. 23-1, 23-2 al. 2 et 23-5 ordonnance n° 58-1067.

sérieux. Toute certitude quant à la réponse exclurait alors la transmission de la question. Celle-ci serait donc refusée alors même que la loi serait manifestement contraire à la Constitution, la question relative à une inconstitutionnalité semblant artificielle.

En subordonnant le renvoi à l'existence d'une question sérieuse, l'ordonnance aurait donc confié au juge ordinaire la mission de constater lui-même l'inconstitutionnalité des lois lorsqu'elle est certaine. Cette thèse a été soutenue par Bertrand de Lamy, qui écrit : « Quant au caractère "sérieux" de la question, [...] il laisse une marge de manœuvre à la Cour de cassation, dont la réforme entame la souveraineté. Ne peut-on considérer que lorsque l'inconstitutionnalité de la loi est évidente, les Hauts magistrats de l'ordre judiciaire peuvent se prononcer eux-mêmes et écarter la loi du litige comme ils le font en matière d'inconventionnalité ? »¹⁰⁸¹. Il existerait donc deux voies pour écarter l'application des lois inconstitutionnelles après leur promulgation : leur abrogation par le Conseil constitutionnel côtoierait l'exception d'inconstitutionnalité retenue par les juridictions ordinaires. L'abrogation aurait vocation à intervenir seulement dans les cas douteux, pour éviter les divergences d'appréciation, alors que l'exception d'inconstitutionnalité dans les cas certains permettrait un règlement rapide du litige sans que l'unité du droit et l'égalité devant la loi ne soit compromise.

Rien ne s'oppose à cette solution. En effet, si les articles 61-1 et 62 de la Constitution reconnaissent uniquement au Conseil constitutionnel le pouvoir d'*abroger* une loi après sa promulgation par une décision qui a une portée générale et un effet *erga omnes*, ils n'interdisent pas aux juridictions ordinaires d'écarter ponctuellement une loi inconstitutionnelle par une décision ayant une autorité relative¹⁰⁸². La reconnaissance d'un tel pouvoir serait une conséquence logique et incontournable de la supériorité de la Constitution sur la loi¹⁰⁸³.

¹⁰⁸¹ B. DE LAMY, « La question prioritaire de constitutionnalité : une nouveauté... lourde et inachevée », *RSC* 2010. 201. Dans le même sens : « On peut aussi penser que les juges décident eux-mêmes d'une inconstitutionnalité lorsque celle-ci ne pose pas de difficulté particulière, par exemple, parce que la loi a un objet analogue à celui de dispositions législatives déclarées, par le Conseil, contraires à la Constitution, cette hypothèse de contrôle n'étant, finalement, qu'une application de sa jurisprudence. L'article 61-1 pose bien que la question "peut" être renvoyée au Conseil et non qu'elle "doit" lui être soumise. C'est dans l'appréciation de la nécessité de ce renvoi que pourra s'exercer de façon plus éclatante le rôle constitutionnel de la Cour de cassation. » (B. DE LAMY, « Les incidences, possibles et souhaitables, de l'avènement de la question préjudicielle de constitutionnalité », *RSC* 2009. 154 spéc. 158).

¹⁰⁸² « Si la lettre de l'article 61-1 n'interdit pas de penser que la Cour de cassation peut, elle-même, déclarer inconstitutionnelle une loi lorsque cette solution relève de l'évidence, on se heurte, cependant, à l'article 62 qui n'envisage de décision d'inconstitutionnalité que de la part du Conseil. À moins de considérer, que la décision d'inconstitutionnalité de la Cour de cassation opère de la même manière que la déclaration d'inconventionnalité... l'article 62 s'expliquant par la nature singulière du Conseil et la portée particulière de ses décisions. » (*Ibid.*). Voir aussi : B. DE LAMY, « La question prioritaire de constitutionnalité », *op. cit.*, note 24.

¹⁰⁸³ « Ou la constitution est un droit supérieur, suprême, inaltérable par des moyens ordinaires ; ou elle est sur le même plan que la loi ordinaire et, à l'instar des autres lois, elle est modifiable selon la volonté de la législature./ Si c'est la première partie de la proposition qui est vraie, alors une loi contraire à la constitution n'est pas du droit ; si c'est la deuxième qui est vraie, alors les constitutions écrites ne sont que d'absurdes tentatives de la part des peuples de limiter un pouvoir par nature illimité./ Il est certain que ceux qui élaborent les constitutions écrites les conçoivent comme devant former le droit fondamental et suprême de la nation, et que, par conséquent, le principe d'un tel gouvernement est qu'un acte législatif contraire à la constitution est nul./ Ce principe est consubstantiel à toute constitution écrite et doit, par conséquent, être considéré par cette Cour comme l'un des principes fondamentaux de notre société. [...] Si donc les juges doivent tenir compte de la constitution, et si la constitution est supérieure

Cependant, si séduisante que soit cette thèse, elle doit être rejetée dès lors que le principe de sécurité juridique, la sauvegarde de la confiance légitime des citoyens dans la loi et l'objectif à valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice imposent de préférer une abrogation à une simple déclaration d'inconstitutionnalité dont les effets obligatoires se limiteraient au litige. Cela évite aux juridictions ordinaires de devoir assister aux mêmes débats et d'avoir à se répéter en rendant des jugements d'inconstitutionnalité successifs qui comprendraient toujours la même motivation. L'abrogation présente également l'avantage de permettre au Conseil constitutionnel d'en aménager les conséquences afin d'assurer l'équilibre des principes constitutionnellement protégés¹⁰⁸⁴.

Surtout, la jurisprudence retient depuis longtemps et de façon constante que le juge ordinaire ne peut pas refuser d'appliquer une loi promulguée et en vigueur en raison de son inconstitutionnalité¹⁰⁸⁵. L'interdiction d'un tel contrôle constitue un élément essentiel de la conception française de la séparation des pouvoirs et de la souveraineté nationale. Elle s'appuie en outre sur les travaux préparatoires de la Constitution de 1958, qui révèlent que l'article 61 a été conçu à l'origine comme la seule hypothèse dans laquelle un contrôle de constitutionnalité des lois était possible¹⁰⁸⁶. Or, force est d'observer que la loi constitutionnelle de n° 2008-724 n'a pas modifié la Constitution sur ce point. Laissant inchangé l'article 61, elle s'est contenté d'instituer avec l'article 61-1 une autre procédure de contrôle au bénéfice du Conseil constitutionnel et n'a pas eu pour objet d'ouvrir le contrôle de constitutionnalité aux juridictions ordinaires, ce que les travaux préparatoires excluent nettement¹⁰⁸⁷. Si la loi organique pourrait être à l'origine d'un doute sur ce point,

à la loi ordinaire, c'est la constitution, et non la loi ordinaire, qui régit l'affaire à laquelle toutes les deux s'appliquent. » (Opinion de la Cour suprême des États-Unis rédigée par le Président Marshall dans l'affaire *Marbury v. Madison*, 24 févr. 1803, 5 U.S. (1 Cranch) 137, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Dalloz, 2010, §15 et 16, p. 11 et 12).

¹⁰⁸⁴ Art. 62 al. 2 Const.

¹⁰⁸⁵ CE, 5^e et 4^e srr., 5 janv. 2005, n° 257341, *Lebon* 1 ; 15 mars 2005, n° 278294 ; sect., 11 déc. 2008 (2 arrêts), n^{os} 307403 et 30740 ; Cass., crim., 25 janv. 1978, n° 77-90.290, *Bull. crim.* n° 31 ; 7 mai 1987, n° 87-80.822, *id.* n° 186 ; 15 déc. 1992, n° 92-81.305 ; 13 mars 2001, n° 00-85.102 ; 5 nov. 2002, n° 01-88.461, *id.* n° 200 ; com., 7 juill. 2009, n° 08-17.541. Le Conseil constitutionnel se refuse lui-même d'écarter une loi au motif de son inconstitutionnalité lorsqu'il est saisi dans le cadre du contentieux électoral : C. const., 21 oct. 1988, n° 88-1082 AN, §3. La solution est désormais différente depuis l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité : le Conseil saisi d'une telle question dans le cadre du contentieux électoral peut y répondre directement (ex. C. const., 12 janv. 2012, n° 2011-4538 SEN).

¹⁰⁸⁶ CE, 5 janv. et 15 mars 2005, cités note précédente.

¹⁰⁸⁷ Au cours de la séance du 29 mai 2008 à l'Assemblée nationale, la députée Annick GIRARDIN a plaidé en faveur d'un contrôle exercé par tous les juges « Sans changer le texte proposé, il suffirait, pour ouvrir plus largement ce droit, que nos travaux précisent que les juges, du premier degré jusqu'au dernier ressort, disent tout le droit et peuvent écarter l'application d'une loi parlementaire contraire à une règle supérieure internationale, communautaire ou constitutionnelle. » La Garde des Sceaux Rachida DATI lui a répondu : « Nous y sommes opposés pour des raisons de sécurité juridique, la Constitution étant la loi fondamentale. Il y aurait un risque d'incohérence des jurisprudences et des interprétations. Pour des raisons de sécurité juridique, nous souhaitons réserver cette possibilité au seul juge constitutionnel. » (Compte-rendu des débats disponible sur le site internet de l'Assemblée nationale). De même : « Une deuxième voie consisterait à introduire, en sus du système actuel de contrôle par voie d'action *a priori*, un système d'exception d'inconstitutionnalité invocable devant les juridictions ordinaires. Ce système proposé par M. Maurice Duverger en 1996, outre les risques d'encombrement des juridictions et d'allongement des délais qui en résulteraient, n'empêcherait que difficilement les différences d'interprétation d'un tribunal à l'autre, d'un ordre de juridiction à l'autre, et ce d'autant plus qu'il ne prévoyait aucun filtre. » (Rapport n° 892 fait par le député Jean-Luc WARSMANN au nom de commission des lois de l'Assemblée nationale, p. 432) Voir aussi : « Les deux cours suprêmes trancheront la

il faut relever qu'il ne lui appartient pas de modifier l'ordre constitutionnel. De plus, les débats ayant précédé son adoption démontrent que ses auteurs n'entendaient pas étendre le contrôle de constitutionnalité¹⁰⁸⁸. Ceux-ci ne tenaient en outre pas pour équivalents le critère de la question sérieuse et celui de la contestation sérieuse. Ils ont en effet substitué le premier critère au second, qui figurait initialement dans le projet de loi organique¹⁰⁸⁹.

En conséquence, il faut comprendre l'exigence selon laquelle la question ne doit pas être dépourvue de caractère sérieux ou doit présenter un caractère sérieux comme une exigence tenant au caractère sérieux du moyen tiré de l'inconstitutionnalité. La question de constitutionnalité et le moyen d'inconstitutionnalité sont d'ailleurs souvent confondus, ainsi qu'en témoigne la proposition faite à deux reprises d'imposer le renvoi de toute « question qui n'est pas manifestement infondée »¹⁰⁹⁰.

312. La notion de renvoi préalable éclairée par les concepts de moyen sérieux et de difficulté sérieuse. Le recours au concept de moyen sérieux pour délimiter la compétence sur les questions de constitutionnalité des lois ou les questions de validité des actes de droit dérivé de l'Union européenne conduit à redessiner les contours de la notion de renvoi préalable, dégagée par Gatién Casu dans sa thèse de doctorat¹⁰⁹¹. Distinct de la question préjudicielle, qui n'est qu'un instrument permettant d'imposer aux juridictions le respect des règles de compétence exclusive, le renvoi préalable est un mécanisme dont la fonction est de procéder à l'unification du droit¹⁰⁹². Il s'agira de demander à une juridiction suprême¹⁰⁹³ d'interpréter un texte obscur¹⁰⁹⁴ afin d'éviter toute divergence dans son

question préjudicielle en l'écartant lorsqu'elle ne leur paraîtra pas présenter de difficulté sérieuse. Dans le cas contraire, la question sera renvoyée au Conseil constitutionnel. L'arrêt de renvoi permettra d'éclairer les termes de la question posée. » (Intervention de Jean-Marc SAUVADÉ, vice-président du Conseil d'État, auditionné par le rapporteur de la commission des lois de l'Assemblée nationale le lundi 5 mai 2008, retranscription dans le rapport n° 892 du député Jean-Luc WARSMANN, précité, p. 439). Enfin : « Sans doute le Conseil d'État et la Cour de cassation ne pourraient-ils pas reconnaître directement l'inconstitutionnalité d'une disposition législative. Toutefois, en leur permettant de s'abstenir de saisir le Conseil constitutionnel, la disposition proposée par la révision constitutionnelle leur donnerait implicitement la faculté d'affirmer la constitutionnalité de la loi. » (Rapport n° 387 fait par le sénateur Jean-Jacques HYEST au nom de la commission des lois du Sénat, p. 178)

¹⁰⁸⁸ « La question de constitutionnalité ainsi soulevée ne pourra être réglée directement par le juge. » (Rapport n° 1898 fait par le député Jean-Luc WARSMANN pour la commission des lois de l'Assemblée nationale, p. 10). Également : « si une juridiction suprême ne pourra déclarer une disposition législative inconstitutionnelle à l'occasion d'une question de constitutionnalité, elle pourrait en revanche, par son refus de renvoyer une question au Conseil constitutionnel, empêcher que ce dernier n'apprécie la constitutionnalité d'une disposition qui serait pourtant contestable » (*id.*, p. 71).

¹⁰⁸⁹ Rapport n° 2006 fait par le député Jean-Luc WARSMANN au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale, p. 7.

¹⁰⁹⁰ « Il me semblerait assez opportun d'écrire que le juge doit vérifier, "à l'issue d'un examen sommaire", que la question n'est "pas dépourvue de caractère sérieux", ou plus simplement qu'elle n'est "pas manifestement infondée". » (Intervention d'Anne LEVADE, auditionnée par la commission des lois de l'Assemblée nationale, Rapport n° 1898 fait par le député Jean-Luc WARSMANN pour ladite commission, p. 124) L'exigence d'une « question qui n'est pas manifestement infondée » figurait déjà dans le projet de loi organique n° 1203 du 30 mars 1990 instituant un contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception (*id.*, p. 51 et 52).

¹⁰⁹¹ G. CASU, *Le renvoi préalable – Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2016, précité. Voir aussi, du même auteur : « Qu'est-ce qu'une question préjudicielle ? », *Procédures* août 2016, étude 8, spéc. nos 14 et 15.

¹⁰⁹² G. CASU, *Le renvoi préalable...*, *op. cit.*, nos 339 à 341, p. 181.

¹⁰⁹³ *Id.*, n° 67 et 296, p. 35 et 160.

¹⁰⁹⁴ *Id.*, nos 198 à 210, p. 110 à 117, spéc. n° 202, p. 112.

application par les juridictions ordinaires. Étranger à la répartition des compétences, le renvoi préalable peut être mis en œuvre par une juridiction à propos d'une question à l'égard de laquelle elle est compétente, comme par exemple la demande d'avis à la Cour de cassation ou au Conseil d'État¹⁰⁹⁵.

Outre cette procédure, l'auteur définit donc comme un renvoi préalable le renvoi d'une question de compétence au Tribunal des conflits hors de toute hypothèse de conflit¹⁰⁹⁶, la question prioritaire de constitutionnalité¹⁰⁹⁷, la demande d'avis à la Cour européenne des droits de l'Homme¹⁰⁹⁸, et le renvoi de toute question préjudicielle, en interprétation ou en appréciation de validité, à la Cour de justice par quelque juridiction que ce soit¹⁰⁹⁹. En ce qui concerne la question prioritaire de constitutionnalité ou la question en appréciation de validité à la Cour de justice de l'Union européenne, il nous semble toutefois abusif d'y voir des renvois préalables plutôt que des questions préjudicielles. En effet, si leur objet était uniquement l'unification du droit, alors le renvoi s'articulerait autour du concept de difficulté plutôt que de celui de moyen sérieux. Le renvoi s'imposant non seulement en cas de doute mais aussi lorsque l'inconstitutionnalité de la loi ou l'invalidité de l'acte de droit dérivé ne font aucun doute, il intervient alors que l'unité du droit n'est aucunement menacée. Si bien que l'unification de l'interprétation des dispositions constitutionnelles et européennes pouvant en découler semblent plutôt être une conséquence de la mise en œuvre de ces mécanismes que leur objet premier.

Inversement, l'on peut contester le refus de l'auteur d'assimiler la question préjudicielle entre juridictions administratives et judiciaires à un renvoi préalable¹¹⁰⁰. Certes, le renvoi ne sera pas fait directement à une juridiction suprême mais la finalité de la procédure semble bien être désormais d'assurer l'unité du droit en confiant la résolution des questions insolubles rencontrées dans l'application du droit administratif ou judiciaire à un ordre juridictionnel placé sous l'autorité centralisatrice d'une juridiction de cassation¹¹⁰¹. Cela apparaît d'autant plus vrai que le renvoi d'une question préjudicielle administrative ou judiciaire est désormais généralement structuré autour du concept de difficulté sérieuse et non plus de moyen sérieux, comme il l'a longtemps été pour les questions en appréciation de validité.

B/ Évolution récente : la compétence sur les questions de validité d'un acte administratif délimitée par la difficulté sérieuse

313. Compétence du juge judiciaire pour constater l'invalidité certaine d'un acte administratif – la question de validité subordonnée à l'existence d'une difficulté sérieuse. Les questions préjudicielles portant sur la validité d'un acte administratif ont longtemps été soumises au même régime que celles portant sur la validité d'un acte d'une

¹⁰⁹⁵ *Id.*, n° 341, p. 181.

¹⁰⁹⁶ *Id.*, n°s 100 à 106, p. 52 à 55.

¹⁰⁹⁷ *Id.*, n°s 128 à 145 et 358 à 356, p. 71 à 79 et 188 à 190.

¹⁰⁹⁸ *Id.*, n° 156 s., p. 84 s. Cette procédure a été instituée par le Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'Homme mais celui-ci n'est pas encore entrée en vigueur et n'a pas été ratifié par la France.

¹⁰⁹⁹ *Id.*, n°s 148 à 155 et 351 à 355, p. 80 à 83 et 184 à 188.

¹¹⁰⁰ *Id.*, 338 s., p. 181 s.

¹¹⁰¹ D. GRANJON, « Les questions préjudicielles », *AJDA* 1968. 75, spéc. p. 79 et 86 ; J.-F. FLAUSS, *Les questions préjudicielles...*, *op. cit.*, p. 259.

institution européenne. Le juge judiciaire ne pouvait jamais constater l'illégalité, même certaine, de l'acte et en tirer les conséquences¹¹⁰². Il devait préalablement inviter les parties à saisir le juge administratif afin qu'il constate lui-même cette illégalité.

Le Tribunal des conflits est récemment revenu sur cette solution séculaire, pour autoriser le juge judiciaire à accueillir les exceptions d'invalidité élevées contre un acte administratif « lorsqu'il apparaît manifestement, au vu d'une jurisprudence établie, que la contestation peut être accueillie »¹¹⁰³. Ainsi, la question en appréciation de validité d'un acte administratif soulevée devant le juge judiciaire est bien subordonnée à l'existence d'une difficulté sérieuse, et non d'un moyen sérieux d'invalidité. Dès lors que l'invalidité est certaine, le juge judiciaire peut la constater lui-même et en déduire toutes les conséquences qui s'imposent pour le litige¹¹⁰⁴. Le régime des questions de validité est donc aligné sur celui des questions d'interprétation. Jean Lessi, maître des requêtes au Conseil d'État, écrit à cet égard : « En forçant le trait, on peut donc distinguer trois situations : l'absence de difficulté sérieuse, qui permet d'écarter la contestation ; la difficulté sérieuse, qui impose de renvoyer ; la difficulté plus que sérieuse, qui permet d'accueillir le moyen tiré de l'illicéité de l'acte de droit privé »¹¹⁰⁵. La terminologie « difficulté plus que sérieuse » est toutefois regrettable car c'est en vain que l'on chercherait où se trouve la difficulté lorsque le juge fait face à une invalidité qu'il regarde comme certaine : si la contestation tirée de l'invalidité est sérieuse, elle ne suscite toutefois aucune difficulté importante.

La modification de l'article 49 du code de procédure civile réalisée par le décret n° 2015-233 tire les conséquences de cette extension des pouvoirs du juge judiciaire. Le texte énonce désormais dans son second alinéa que le juge judiciaire transmet au juge administratif la question « soulevant une difficulté sérieuse » dont dépend la solution du litige. La difficulté sérieuse y apparaît bien comme le critère général du renvoi, nonobstant le fait que la question porte sur l'interprétation d'un acte administratif ou l'appréciation de sa validité¹¹⁰⁶.

314. La motivation retenue par le Tribunal des conflits peut toutefois laisser perplexe : la certitude quant à l'invalidité devrait trouver son fondement dans une jurisprudence établie. Il ne semble pas nécessaire que le juge administratif se soit déjà prononcé

¹¹⁰² Cass., soc., 9 oct. 1963, *Bull. civ.*, IV, n° 673 ; 7 juin 1974, n° 72-14.830, *id.*, V, n° 359 ; civ. 3^e, 9 oct. 1982, n° 80-16.516, *id.*, III, n° 65 ; 3 juill. 1996, n° 95-70.049, *id.*, n° 173 ; 23 juin 1999, n° 98-70.094 ; civ. 2^e, 12 oct. 2000, n° 99-50.056. Rapp., à propos du moyen relatif à la validité d'un acte de droit privé devant le juge administratif : « auparavant, le juge administratif, dispensé de renvoyer les questions vouées à l'échec, n'était en principe pas dispensé de renvoyer les questions à l'évidence vouées au succès. » (J. LESSI, *op. cit.*, p. 277).

¹¹⁰³ T. confl., 17 oct. 2011, n° C3828, *Lebon* 698 ; 16 juin 2014, n° C3953, *Lebon* T. 584 ; 11 avr. 2016, n° C4049, *Lebon* à paraître.

¹¹⁰⁴ B. SEILLER, note sous T. confl., 17 oct. 2011, n° 3823 et 3829, *RFDA* 2011. 1129 ; M. GUYOMAR et X. DOMINO, « Renvois préjudiciels et bonne administration de la justice », *AJDA* 2012. 27 ; J.-F. STRUILLLOU, « L'appréciation par le juge civil du caractère manifestement illégal des décisions de préemption », *AJDA* 2014. 1658 ; F. MELLERAY, « Que reste-t-il de la jurisprudence Septfonds ? » *Dr. adm.* 2012, comm. 10.

¹¹⁰⁵ J. LESSI, *op. cit.*, p. 277.

¹¹⁰⁶ La circulaire de présentation du décret datée du 31 mars 2015 indique clairement que « l'existence d'une difficulté sérieuse doit s'apprécier en particulier au regard de la jurisprudence développée par le Tribunal des conflits depuis son arrêt SCEA du Chéneau » (NOR : JUSC1500786C). Cela démontre que le critère est considéré comme applicable aux questions d'interprétation et à celles portant sur l'appréciation de la légalité d'un acte.

précisément en faveur de l'invalidité de l'acte contesté¹¹⁰⁷, mais seulement que sa jurisprudence fixe de façon suffisamment précise le sens et la portée de la règle de droit administratif dont la violation est alléguée¹¹⁰⁸. La notion de « jurisprudence établie » n'en demeure pas moins difficile à appréhender¹¹⁰⁹. Une décision du Conseil d'État composé en sous-section jugeant seule ou en sous-sections réunies suffit-elle ? Faut-il même que le Conseil d'État se soit prononcé ou des décisions des juridictions du fond suffisent-elles¹¹¹⁰ ? *Quid* des arrêts d'appel infirmatifs ? La jurisprudence peut-elle émaner du juge judiciaire¹¹¹¹ ? Une décision isolée suffit-elle ou faut-il une pluralité de décisions convergentes¹¹¹² ?

Surtout, il est difficile de justifier la distinction faite selon que la certitude s'appuie sur une jurisprudence constante ou résulte de l'application inédite à l'acte des règles de droit en vigueur. L'invalidité qui résulte d'une loi claire et précise et dont l'application n'est contraire à aucun principe général d'interprétation est certaine ; qu'elle ait déjà été constatée par le juge administratif n'y change rien, sauf à considérer que les règles encadrant l'élaboration des actes administratifs sont librement posées par lui. L'on peut alors regretter que la motivation adoptée dans une décision du 12 décembre 2011 n'ait pas été rétirée par la suite, le Tribunal des conflits y énonçant : « si, en cas de contestation sérieuse portant sur la légalité d'un acte administratif, les tribunaux de l'ordre judiciaire statuant en matière civile doivent surseoir à statuer [...], il en va autrement lorsqu'il apparaît clairement, au vu *notamment* d'une jurisprudence établie, que la contestation peut être accueillie par le juge saisi au principal »¹¹¹³.

¹¹⁰⁷ Il n'est évidemment pas nécessaire que le juge administratif ait annulé l'acte, car il celui-ci aurait disparu de l'ordre juridique et l'autorité de la décision d'annulation s'imposerait purement et simplement au juge judiciaire. Mais il n'est pas non plus nécessaire que le juge administratif ait déjà jugé que l'acte était illicite, sans l'annuler pour autant faute d'être saisi d'un recours pour excès de pouvoir, pour que le juge judiciaire puisse statuer lui-même.

¹¹⁰⁸ « Considérant qu'en contestant que les dispositions combinées des deux arrêtés du 12 janvier 2010, réitérées à l'article 1^{er} de l'arrêté du 16 mars 2010, puissent leur être appliquées, alors que leur situation était, selon elles, juridiquement constituée sous l'empire de la réglementation antérieure, les sociétés Green Yellow font nécessairement grief à ces dispositions réglementaires de méconnaître le principe de non-rétroactivité des actes administratifs et en mettent ainsi en cause la légalité ; que toutefois, eu égard à la jurisprudence établie du Conseil d'État sur la portée de ce principe général du droit, il apparaît manifestement qu'une telle contestation peut être tranchée par le juge judiciaire » (T. confl., 12 déc. 2011, n° 11-03.841, *Bull. civ.*, T. confl., n° 38). Voir aussi : Cass., civ. 1^{ère}, 24 avr. 2013, n° 12-18.180, *id.*, I, n° 89.

¹¹⁰⁹ Dénonçant le flou de cette notion : B. SEILLER, note sous..., *op. cit.*, p. 1134.

¹¹¹⁰ « S'il nous semble que, s'agissant de la juridiction administrative, une « jurisprudence établie » ne peut émaner que du Conseil d'État, il est tout aussi clair que cette notion peut également viser des jurisprudences en provenance d'autres juridictions. À bien chercher, il ne peut s'agir, à notre sens, que de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (étant rappelé que cette première série d'exceptions ne concerne pas le droit communautaire). » (M. GUYOMAR et X. DOMINO, *op. cit.*, p. 31).

¹¹¹¹ « Il aurait peut-être été utile de préciser de quelle juridiction doit émaner une telle jurisprudence. Il s'agira sans aucun doute de la juridiction administrative mais il n'est pas exclu que cela vise aussi la jurisprudence des cours européennes (CJUE et CEDH), voire du juge judiciaire lui-même, lorsque la légalité de l'acte dépendra, comme cela peut arriver, du respect de principes de droit privé. » (B. SEILLER, note sous..., *op. cit.*, p. 1134).

¹¹¹² *Ibid.*

¹¹¹³ T. confl., 12 déc. 2011, n° 11-03.841, *Bull. civ.*, T. confl., n° 38. Sur l'abandon de cette motivation, voir : « Comme l'a bien souligné le rapporteur public Alexandre Lallet dans ses conclusions sur la décision du 14 mai 2014, ce « notamment » avait le mérite d'ouvrir la voie à des censures directes dans le cas où le texte applicable est parfaitement clair, bien qu'aucune jurisprudence ne l'ait interprété, et où la solution s'en déduit mécaniquement. Cette voie, qui semble fermée par la rédaction du considérant

315. Critique du dispositif. Ce changement radical de position est motivé par la nécessité de concilier les règles de répartition des compétences entre les ordres juridictionnels « tant avec l'exigence de bonne administration de la justice qu'avec les principes généraux qui gouvernent le fonctionnement des juridictions, en vertu desquels tout justiciable a droit à ce que sa demande soit jugée dans un délai raisonnable »¹¹¹⁴. Sous cet aspect, la jurisprudence nouvelle du Tribunal des conflits est accueillie plutôt favorablement par la doctrine. Bertrand Seiller écrit ainsi : « En subordonnant l'assouplissement de la jurisprudence *Septfonds* à l'hypothèse dans laquelle l'illégalité de l'acte administratif est manifeste, le Tribunal des conflits fait preuve de pragmatisme et de bon sens. À quoi bon renvoyer les parties faire dire par le juge administratif ce que chacun sait qu'il dira ? En une telle hypothèse, l'extension de la compétence du juge judiciaire est raisonnable »¹¹¹⁵. Il faut dire qu'elle va dans le sens du souhait couramment exprimé d'une suppression des questions préjudicielles¹¹¹⁶.

Il nous apparaît pourtant que l'extension des pouvoirs du juge judiciaire n'est pas aussi conforme à l'objectif de bonne administration de la justice que le Tribunal des conflits ne l'affirme. En effet, la constatation de l'invalidité par le juge administratif présente un intérêt décisif : la Cour de cassation lui reconnaît une autorité générale qui s'impose hors du litige, alors même que le juge administratif n'aurait pas été saisi d'un recours pour excès de pouvoir et n'aurait pas annulé l'acte¹¹¹⁷. Le jugement rendu par le juge administratif a donc un effet *erga omnes* qui lui permet de garantir au mieux la sécurité juridique. La même conclusion qu'en matière de question prioritaire de constitutionnalité ou de question en appréciation de la validité d'un acte d'une institution européenne s'impose alors : le juge administratif devrait seul se voir reconnaître le pouvoir de constater l'invalidité d'un acte administratif. Ce, afin d'éviter la répétition de débats stériles et la réitération de jugements motivés à l'identique.

À l'inverse, les jugements par lesquels le juge judiciaire constate l'invalidité ne peuvent en aucun cas se voir attribuer une autorité générale. Au-delà de l'obstacle tiré de l'article 1355 du Code civil, le Conseil constitutionnel a reconnu l'existence d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République « selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle »¹¹¹⁸. Le constat par le juge judiciaire de l'invalidité d'un acte administratif par voie d'exception ne peut donc avoir

de principe, pourrait paraître assez opportune. Il n'est pas interdit d'imaginer qu'en pareil cas, la condition d'un non-renvoi pourrait être regardée dans certains cas comme remplie, faute, tout simplement, de place pour une quelconque « jurisprudence », établie ou pas. Mais ce n'est là que pure imagination. » (J. LESSI, *op. cit.*, p. 278).

¹¹¹⁴ Voir les trois arrêts cités.

¹¹¹⁵ B. SEILLER, note sous..., *op. cit.*, p. 1134. *Contra* : B. PLESSIX, « Compétence incidente du juge judiciaire en matière d'appréciation de la légalité des actes administratifs », *JCP G* 2011. 1423.

¹¹¹⁶ Dans ce sens, voir les propos de Maurice Hauriou cités par : J.-Y. VINCENT, *op. cit.*, p. 107.

¹¹¹⁷ Cass., civ. 1^{ère}, 19 juin 1985, n° 84-11.528, *Bull. civ.*, I, n° 200 ; soc., 18 juin 1986, n° 83-44.325, *id.*, V, n° 316 ; civ. 2^e, 21 oct. 2004, n° 02-20.694, *id.*, II, n° 465.

¹¹¹⁸ C. const., 23 janv. 1987, n° 86-224 DC, §15.

d'effet général, sauf à correspondre à l'exercice d'un pouvoir d'annulation déguisé. En outre, il serait difficile d'admettre que ces jugements aient une telle autorité alors même que le Conseil d'État ne reconnaît qu'une autorité relative aux jugements administratifs constatant l'invalidité¹¹¹⁹.

Une modification de l'article 49 précité est donc souhaitable, afin de revenir à la solution initiale. C'est en vain qu'il pourrait être objecté que le renvoi obligatoire alors que l'invalidité est certaine est contraire au droit des parties d'être jugées dans un délai raisonnable, cette atteinte étant justifiée par l'objectif de bonne administration de la justice, le principe de la sécurité juridique et la protection du droit d'être jugé dans un délai raisonnable dont sont titulaires les tiers à qui l'acte critiqué pourrait aussi préjudicier dans d'autres litiges. L'accélération de la procédure de jugement de la question préjudicielle issue du décret n° 2015-233, qui sont jugées à bref délai par une décision rendue en dernier ressort en application de l'article R771-2-1 du code de la justice administrative, limite d'ailleurs significativement l'ampleur de l'atteinte aux droits des parties. De plus, les exceptions d'illégalité manifestement infondées, et donc non sérieuses, peuvent et doivent toujours être rejetée par le juge judiciaire devant qui elles sont élevées.

316. En parallèle des hypothèses où la juridiction est saisie d'un moyen relatif à l'invalidité d'un acte relevant d'un autre ordre de juridiction, il existe un autre cas dans lequel la compétence sur l'accessoire dépend de l'identification d'un moyen sérieux, et non d'une difficulté sérieuse. Il s'agit du cas dans lequel une juridiction est appelée à statuer sur un moyen relatif à la compétence d'une juridiction arbitrale. Ici, ce n'est pas la compétence sur les questions préjudicielles mais sur une question préalable qui dépend de l'existence d'un moyen sérieux.

II/ La compétence sur la question préalable de la compétence arbitrale délimitée par le moyen sérieux

317. L'article 1448 donne priorité à la juridiction arbitrale pour statuer sur l'étendue de sa compétence et, négativement, sur l'étendue de celle des juridictions étatiques. Le juge étatique est donc incompétent pour statuer sur l'exception d'incompétence soulevée devant lui. Cette incompétence ne produit néanmoins d'effet que si l'exception présente un caractère sérieux.

Après avoir présenté les contours exacts de la référence au moyen sérieux pour la détermination de la compétence sur la question de la compétence (A), nous porterons un regard critique sur cette référence (B).

A/ L'incompétence du juge étatique pour statuer sur une exception sérieuse tirée de la clause compromissoire

318. La compétence de la juridiction étatique réservée en cas de nullité ou d'inapplicabilité manifestes de la convention d'arbitrage. L'article 1448 du code de procédure civile fait obligation au juge étatique de se déclarer incompétent lorsque le litige relève d'une convention d'arbitrage « sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si

¹¹¹⁹ CE, 1^{ère} et 4^e ssr., 3 juill. 1996, *ABC Inginneering*, n° 112171, *Lebon* 259 ; 3^e ss., 5 nov. 2003, n° 226671. Rapp. : 3^e ss., 26 août 2009, n° 306905 ; 1^{ère} et 6^e ssr., 10 oct. 2011, n° 329623, *Lebon* 462.

la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable ». Lorsqu'il est prétendu que la juridiction arbitrale est saisie du litige, il incombe au juge étatique de s'assurer que le litige dont il est saisi est bien le même que celui soumis à la juridiction arbitrale¹¹²⁰. Si tel est le cas, le juge étatique devra systématiquement se déclarer incompétent. En revanche, lorsque le tribunal arbitral n'est pas saisi du litige, le juge étatique peut écarter toute exception d'incompétence qui serait certainement infondée, et qui serait donc non sérieuse. À l'inverse, il reviendra à la juridiction arbitrale de trancher les contestations sérieuses.

Relatif à l'arbitrage interne, l'article 1448 est néanmoins applicable en matière d'arbitrage international en application de l'article 1506 1° du code de procédure civile¹¹²¹. Le contrôle du juge étatique est toutefois fortement limité par le principe de validité de la convention d'arbitrage en matière internationale, en vertu duquel seule la contradiction avec une règle d'ordre public international ou une loi de police est susceptible de constituer une cause de nullité de la convention¹¹²².

319. Compétence fondée sur l'inexistence manifeste de la convention et sur sa qualification manifestement erronée. Bien que l'article 1448 n'en fasse pas mention, il faut considérer que le juge étatique devant lequel est soulevée l'exception d'incompétence doit procéder à un contrôle de l'existence et de la qualification de la clause ou du compromis¹¹²³. La jurisprudence l'admet parfaitement¹¹²⁴, alors même qu'elle affirme régulièrement que « la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage, [sont] seules de nature à faire obstacle à la compétence arbitrale pour statuer sur l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage »¹¹²⁵.

Ce contrôle peut s'appuyer sur une lecture *a fortiori* du texte : si la nullité ou l'inapplicabilité permettent d'écarter une clause d'arbitrage, alors son inexistence y autorise d'autant plus. De même, une lecture téléologique justifie un tel contrôle afin

¹¹²⁰ Cass., civ. 1^{ère}, 4 juill. 2006, n° 05-11.591, *Bull. civ.*, I, n° 337. François-Xavier Train explique que cet arrêt a retenu la compétence du juge étatique sur le fondement de l'ancien article 1458 al. 2, en raison de l'inapplicabilité manifeste de la clause. Pourtant, le tribunal arbitral était déjà saisi d'un litige en application de la clause ; l'incompétence du tribunal était donc caractérisée au regard de l'article 1458 al. 1. Ce qui justifie l'application de l'alinéa 2 c'est que le tribunal arbitral n'était pas saisi d'une demande relative au contrat dont la juridiction étatique avait à connaître, mais d'une demande fondée sur un autre contrat, de sorte que l'exception tirée de l'alinéa 1 n'était pas constituée (F.-X. TRAIN, note sous Cass., civ. 1^{ère}, 4 juill. 2006, *Rev. arb.* 2006. 965, n° 12).

¹¹²¹ Pour l'application de ces textes *mutatis mutandis* à la sphère internationale avant même l'adoption du décret n° 2011-48, voir notamment : Cass., civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, n° 03-12.034, *Bull. civ.*, I, n° 287.

¹¹²² Cf. n° 155.

¹¹²³ C. JARROSSON et B. LE BARS, « Arbitrage commercial.- Droit interne », *JurisClasseur commercial*, fasc. 197, n° 62 ; O. CACHARD, « Le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire », *Rev. arb.* 2006. 893, spéc. n° 8 ; M. BOUCARON-NARDETTO, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, thèse Nice 2012, PUAM, 2013, n° 215 et 250. Voir aussi, *a contrario* : E. LOQUIN, « Arbitrage.- Compétence arbitrale.- conflit entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *JurisClasseur procédure civile*, fasc. 1034, n° 85.

¹¹²⁴ Procédant à un contrôle de l'existence de la clause alléguée : Cass., civ. 1^{ère}, 22 nov. 2005, n° 04-11.384 et 03-12.860, *Bull. civ.*, I, n° 421 et 422 ; 6 nov. 2013, n° 11-18.709, *id.* n° 211. Procédant à un contrôle de sa qualification : com., 13 mars 1990, n° 88-16.170, *id.*, IV, n° 76 ; civ. 1^{ère}, 30 oct. 2006, n° 04-15.512, *id.*, I, n° 441 ; 6 févr. 2007, n° 05-17.573, *id.*, n° 55 ; 12 juin 2013, n° 12-22.656, *id.*, n° 121.

¹¹²⁵ Notamment : Cass., civ. 2^e, 18 déc. 2003, n° 02-13.410, *id.*, II, n° 393 ; civ. 1^{ère}, 8 nov. 2005, n° 02-18.512, *id.*, I, n° 402.

d'éviter les manœuvres dilatoires du défendeur et le renvoi à une juridiction arbitrale qui ne pourra déboucher que sur une déclaration d'incompétence¹¹²⁶.

Surtout, ce contrôle s'infère de la lettre de l'article 1448, qui réserve son application aux cas où « un litige *relevant d'une convention d'arbitrage* est porté devant une juridiction de l'État ». Le dessaisissement impose donc de constater préalablement l'existence d'une telle convention. L'effet négatif du principe compétence-compétence n'est qu'une des conséquences attachées à la convention d'arbitrage par la loi¹¹²⁷ ; il ne saurait donc jouer sans elle¹¹²⁸.

De plus, le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifestes implique nécessairement un contrôle de l'existence et de la qualification de la convention¹¹²⁹. Un acte inexistant ne saurait être qualifié de manifestement nul ou inapplicable. Quel serait l'objet de l'appréciation ainsi réalisée ? De même, les règles de validité, d'applicabilité et d'opposabilité d'un acte, c'est-à-dire les règles qui participent de son régime, dépendent de sa qualification. Avant de pouvoir se prononcer sur la validité ou l'étendue de la convention invoquée, le juge doit donc vérifier qu'un accord de volonté quant au recours à l'arbitrage a bien eu lieu. Par conséquent, si l'on ne saurait confondre le contrôle de l'existence et de la qualification de la clause avec le contrôle de sa validité ou de son applicabilité, le second implique nécessairement le premier¹¹³⁰.

320. Une fois le contrôle de l'existence et de la qualification de la convention par le juge étatique admis, se pose encore la question de son étendue. Doit-il procéder à un contrôle complet ou se limiter à écarter les exceptions d'incompétence en raison de l'inexistence manifeste de la convention ou de l'impossibilité manifeste de la qualifier de convention d'arbitrage ?

La jurisprudence retient constamment qu'en application du principe compétence-compétence, l'arbitre est seul compétent pour statuer sur « l'existence, la validité et

¹¹²⁶ Dans ce sens : D. FOUSSARD, « Retour sur l'excès de pouvoir en matière d'arbitrage : vers une consolidation des règles ? », *Rev. arb.* 2004. 803, spéc. n° 4, p. 809.

¹¹²⁷ La compétence de l'arbitre pour statuer sur la validité de la convention ne peut résulter que de la loi ; si elle résultait de la convention, alors la nullité de celle-ci priverait l'arbitre de tout pouvoir, y compris celui de constater la nullité (J. CLAVEL, *Le déni de justice économique dans l'arbitrage international*, thèse Paris II, 2011, n° 256 et 257 ; E. GAILLARD, « L'effet négatif de la compétence-compétence », in *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, Lausanne, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 1999, p. 387, n° 3).

¹¹²⁸ Expliquant que l'incompétence de la juridiction étatique suppose « l'existence apparente d'une convention d'arbitrage » : M. BOUCARON-NARDETTO, *op. cit.*, n° 215 s.

¹¹²⁹ M. VASSEUR, note sous Paris, 14 déc. 1987, *Rev. arb.* 1989. 240, spéc. n°s 4 et 5, p. 248 et 249 ; D. VIDAL, « Une clause d'arbitrage insérée dans un projet de contrat non signé est-elle "une clause manifestement inapplicable" au sens des articles 1448 et 1455 du Code de procédure civile ? », *Lexbase La lettre juridique* n° 672, 13 oct. 2016, n°s 12 et 13.

¹¹³⁰ Étrangement, la Cour de cassation a déjà pu rattacher le contrôle de l'existence de la clause au contrôle de son applicabilité : « en statuant ainsi, par des motifs impropres à caractériser une inapplicabilité manifeste de la clause dès lors qu'elle ne constatait pas une absence de volonté des parties de recourir à l'arbitrage [...] la cour d'appel a violé le principe [compétence-compétence] » (Cass., civ. 1^{ère}, 20 févr. 2007, n° 06-14.107, *Bull. civ.*, I, n° 62). Dans ce sens : M. BOUCARON-NARDETTO, *op. cit.*, n° 250 ; O. CACHARD, *op. cit.*, n° 8. S'il faut rejeter cette assimilation qui défie la logique, il faut néanmoins approuver la décision de permettre au juge d'écarter l'effet négatif du principe compétence-compétence « en l'absence de volonté des parties de recourir à l'arbitrage ».

l'étendue de la convention d'arbitrage »¹¹³¹. Cette solution est conforme à l'article 1465 en vertu duquel, « Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel »¹¹³². Il faut en déduire que, en dehors du contentieux de l'annulation de la sentence arbitrale, le juge étatique ne peut retenir l'inexistence de la convention d'arbitrage invoquée devant lui que si elle est manifeste¹¹³³ ; le doute sur ce point profitera généralement à l'arbitre.

Cette grille de lecture permet de concilier un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation rendu le 21 septembre 2016 avec le reste de la jurisprudence. Dans cette affaire, la cour d'appel d'Aix-en-Provence avait rejeté l'exception d'incompétence soulevée devant elle au motif que la clause d'arbitrage n'avait jamais été discutée entre les parties durant les négociations et que sa présence dans un accord non signé caractérisait incontestablement l'absence de volonté de recourir à l'arbitrage. Autrement dit, la cour d'appel avait retenu la compétence des juridictions étatiques en raison de l'inexistence de la convention d'arbitrage. Pourtant, la Cour de cassation a cassé l'arrêt en retenant qu'« en statuant ainsi, par des motifs impropres à caractériser l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire stipulée dans l'accord en procédant à un examen substantiel et approfondi des négociations contractuelles entre les parties pour conclure à leur absence d'engagement, la cour d'appel a violé le texte susvisé »¹¹³⁴. Cet arrêt fait écho à une décision antérieure, dans laquelle la Cour de cassation avait également jugé que le caractère manifeste de la nullité ou de l'inapplicabilité de la clause d'arbitrage n'était pas établi par les motifs de l'arrêt d'appel, qui avait pourtant relevé que cette clause figurait dans un protocole d'accord n'ayant pas été accepté¹¹³⁵.

Deux lectures de ces décisions sont possibles. Soit la Cour a entendu refuser au juge étatique la possibilité de se prononcer sur l'existence même de la convention et d'écarter l'exception d'incompétence sur ce fondement, soit elle a simplement considéré que l'inexistence dont faisait état la cour d'appel n'était pas manifeste. Au regard des arguments en faveur d'un contrôle de l'inexistence et de la jurisprudence antérieure, cette seconde lecture doit être privilégiée. Un auteur relève à cet égard que l'« absence de signature n'exclut pas que ce contrat ait été ratifié par d'autres moyens »¹¹³⁶, ce qui conduit à considérer que c'est bien le caractère non manifeste de l'inexistence qui a entraîné la censure des arrêts d'appel.

321. Compétence fondée sur l'inopposabilité manifeste. La chambre commerciale a rendu le 21 février 2006 un arrêt troublant sur l'étendue du contrôle de l'inapplicabilité manifeste, où elle juge « qu'en retenant que n'existait pas de cause de nullité ou

¹¹³¹ Notamment : Cass., civ. 1^{ère}, 21 juin 2001, n° 99-17.120, *Bull. civ.*, I, n° 183 ; com., 4 mars 2003, n° 99-17.316 ; civ. 1^{ère}, 3 févr. 2010, n° 09-12.669, *id.*, n° 26.

¹¹³² Sur les débats qu'a suscités cette solution avant sa consécration législative et ses fondements : T. CLAY, *L'arbitre*, thèse Paris II, 2000, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2001, n° 121 s.

¹¹³³ M. BOUCARON-NARDETTO, *op. cit.*, n° 216 ; E. LOQUIN, « Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises », *Gaz. Pal.* 6 juin 2002, cah. arb. n° 1 p. 7, spéc. n° 52.

¹¹³⁴ Cass., civ. 1^{ère}, 21 sept. 2016, n° 15-28.941, *Bull. civ.*, I, à paraître.

¹¹³⁵ Cass., civ. 1^{ère}, 28 nov. 2006, n° 05-10.464.

¹¹³⁶ E. LOQUIN, « La clause compromissoire stipulée dans un « accord » litigieux non signé n'est pas manifestement inapplicable », *RTD com.* 2016. 705. La jurisprudence admet constamment que la preuve du consentement à la convention d'arbitrage est libre : Cass., civ. 1^{ère}, 3 juin 1997, n° 95-17.603, *Bull. civ.*, I, n° 177.

d'inapplicabilité manifeste de la clause compromissaire et *sans avoir à examiner l'inopposabilité alléguée* de cette stipulation, la cour d'appel, qui s'est déclarée incompétente [...] n'a pas encouru les griefs du moyen »¹¹³⁷. Une telle motivation pourrait laisser penser qu'il existe une différence entre inapplicabilité et inopposabilité sous l'angle de l'article 1448. Seule la première permettrait au juge d'écarter l'exception d'incompétence.

Une telle distinction doit cependant être rejetée car l'opposabilité d'une convention concerne justement son applicabilité aux rapports juridiques entre un cocontractant et les tiers : ceux-ci tiennent-ils des obligations de celle-là ? Constaté l'inopposabilité de la convention d'arbitrage, c'est mécaniquement constater son inapplicabilité au litige opposant le tiers demandeur et le bénéficiaire de cet acte. Aucun autre arrêt ne va d'ailleurs dans le sens de la distinction envisagée. Au contraire, nombreux sont ceux qui se placent sur le terrain de l'inopposabilité pour vérifier que le juge étatique a fait une bonne application de l'article 1448¹¹³⁸.

Dans l'arrêt du 21 février 2006 précité, il faut considérer que si l'inopposabilité invoquée ne devait pas être examinée, c'est parce qu'elle n'était pas manifeste et non parce qu'elle serait étrangère au contrôle de l'inapplicabilité. Une fois l'arrêt remis dans son contexte, une telle lecture de l'arrêt s'impose. En effet, celui-ci procède à un alignement de la jurisprudence de la chambre commerciale sur celle de la première chambre civile. Antérieurement, la chambre commerciale jugeait que la clause compromissaire insérée à une charte-partie était manifestement inapplicable au tiers ayant endossé le connaissement. Sauf manifestation spéciale et expresse de sa volonté d'accepter la clause, celui-ci demeurait étranger à la charte-partie, qui lui était donc inopposable¹¹³⁹. Paradoxalement, la première chambre civile adoptait une position moins orthodoxe au regard du droit des obligations mais plus respectueuse des usages du commerce international. Elle jugeait en effet que « dès lors qu'il est habituel qu'une clause d'arbitrage international soit insérée dans un contrat de transport maritime international », le tiers porteur du connaissement pourrait avoir manifesté son consentement à l'arbitrage par le seul endossement de ce titre¹¹⁴⁰. De sorte que la clause insérée à la charte-partie n'est pas manifestement inapplicable au litige l'opposant au transporteur sur le fondement de ce connaissement.

L'existence de l'usage invoqué par la première chambre civile a été contestée¹¹⁴¹. Il lui a aussi été opposé que le seul fait que le tiers-porteur ait pu savoir qu'il était probable que la charte-partie contienne une clause d'arbitrage ne permettait pas d'inférer qu'il pouvait savoir que c'était effectivement le cas ni, *a fortiori*, qu'il avait consenti à se la voir appliquer¹¹⁴². Ces critiques semblent toutefois mal dirigées car la première chambre civile

¹¹³⁷ Cass., com. 21 févr. 2006, n° 04-11.030, *Bull. civ.*, IV, n° 41.

¹¹³⁸ Cass., civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, n° 01-12.493, *Bull. civ.*, I, n° 82 ; 11 juill. 2006, n° 03-11.983, *id.* n° 368 ; 6 mars 2007, n° 04-16.204, *id.* n° 91.

¹¹³⁹ Cass., com., 4 juin 1985, n° 83-13.151, *id.*, IV, n° 180 ; 29 nov. 1994, n° 92-14.920 ; 8 oct. 2003, n° 01-16.028, *id.* n° 154. Dans ce sens : G. DE MONTEYNARD, rapp. com. 8 mars 2003, *DMF* 2004. 339.

¹¹⁴⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 22 nov. 2005, n° 03-10.087, *id.*, I, n° 420.

¹¹⁴¹ P. DELEBECQUE, note sous civ. 1^{ère}, 22 nov. 2005, *RTD com* 2006. 251 ; F. JAULT-SESEKE, « Opposabilité de la clause compromissaire insérée dans un connaissement maritime et pouvoir de l'arbitre de statuer sur sa propre compétence », *Revue critique DIP* 2006. 606 ; P. BONASSIES, « De l'opposabilité de la clause compromissaire au principe « compétence-compétence », *DMF* 2006. 666. *Contra* : C. HUMANN, « Opposabilité de la clause compromissaire incluse dans un connaissement de charte-partie au destinataire », *JCP G* 2006. II. 10046 ; C. LEGROS, « Arbitrage international », *JDI* avr. 2006. 12.

¹¹⁴² P. DELEBECQUE, cité note précédente ; P. BONASSIES, cité note précédente ; H. KENFACK, « Droit

n'a pas décidé que la clause était opposable au tiers-porteur, elle a simplement souligné qu'elle n'était pas manifestement inopposable. Il incombe donc aux arbitres de se prononcer sur la réalité de l'usage évoqué et sur la connaissance et l'acceptation de la clause par le tiers porteur¹¹⁴³. Il était alors logique que la chambre commerciale procède à un revirement sur ce point et c'est ainsi qu'il convient de voir l'arrêt du 21 février 2006¹¹⁴⁴.

322. L'absence problématique de chef de compétence fondé sur la caducité manifeste. Si l'article 1448 du code de procédure civile autorise le juge étatique à écarter le jeu de clauses compromissaires manifestement nulles ou inapplicables, il n'est fait aucun cas de la caducité. La jurisprudence relative à cette question est ambiguë : il a seulement été jugé à trois reprises que les motifs par lesquels une juridiction du fond concluait à la caducité de la clause étaient « impropres à établir le caractère manifeste de la nullité ou de l'inapplicabilité »¹¹⁴⁵. Certains auteurs semblent considérer que la cassation est fondée dans ces arrêts sur le caractère non manifeste de la caducité¹¹⁴⁶. Il est cependant aussi possible d'y voir un refus d'ériger la caducité, fût-elle manifeste, en exception à la compétence prioritaire reconnue à l'arbitre pour se prononcer sur la question de sa compétence¹¹⁴⁷ : l'article 1448 n'autorisant le juge étatique à écarter l'exception d'incompétence qu'en cas de nullité ou d'inapplicabilité manifeste, il ne saurait se fonder sur la caducité de la clause. La caducité ne saurait, en effet, être assimilée ni à la nullité ni à l'inapplicabilité¹¹⁴⁸. Dans ce sens, il a déjà été jugé que le juge d'appui ne pouvait pas refuser de désigner l'arbitre au motif tiré de la caducité de la convention d'arbitrage, la loi n'autorisant un tel refus qu'en cas de nullité manifeste ou d'insuffisance de la clause¹¹⁴⁹. Une telle solution semble pouvoir être transposée à l'application de l'article 1448 et à la détermination de la compétence du juge étatique pour statuer sur sa propre compétence en présence d'une convention d'arbitrage¹¹⁵⁰.

Cependant, le refus de faire de la caducité une exception à l'incompétence du juge étatique repose sur une application mécanique et déraisonnable du principe selon lequel les exceptions sont d'interprétation stricte. Critiquant la position de la Cour de cassation, Philippe Théry relève que « l'interprétation stricte ne [s'impose] que rarement et que, généralement, les exceptions [doivent], comme les dispositions générales, être interprétées selon leur raison d'être »¹¹⁵¹. Or, la finalité de l'article 1448 est d'éviter le recours à l'arbitrage lorsque celui-ci ne pourra déboucher que sur une déclaration d'incompétence

des transports », *D.* 2007. 111, précité ; A. MALAN, « La transmission des clauses d'arbitrage : vers un alignement du droit maritime sur le droit commun », *LPA* 23 août 2006, p. 4, n° 4.

¹¹⁴³ C. KAPLAN, « Les clauses d'arbitrage en transport maritime : chronique d'un rapprochement », *Gaz. Pal.* 22 avr. 2006, p. 6.

¹¹⁴⁴ J. BÉGUIN, « Droit de l'arbitrage », *JCP G* 2007. I. 216, n° 3. Voir cependant, plus prudent sur la portée de l'arrêt : H. KENFACK, « Droit des transports », *D.* 2007. 111, précité.

¹¹⁴⁵ Cass., civ. 1^{ère}, 11 févr. 2009, n° 08-10.341 ; 8 avr. 2009, n° 08-17.548 ; 18 mai 2011, n° 10-11.008.

¹¹⁴⁶ C. SERAGLINI, « Droit de l'arbitrage », *JCP G* 2009. I. 148, n° 6 ; F.-X. TRAIN, Cass., civ. 1^{ère}, 11 février 2009, *op. cit.*, p. 157 ; E. LOQUIN, « Arbitrage. – Compromis et clause compromissoire », *JurisClasseur Procédure civile*, fasc. 1020, n° 67.

¹¹⁴⁷ M. LAZOUZI, « Portée et limites du principe compétence-compétence », *op. cit.*, p. 773 et 774.

¹¹⁴⁸ *Ibid.*

¹¹⁴⁹ Cass., civ. 2^e, 8 avr. 2004, n° 02-16.163, *Bull. civ.*, II, n° 162 (art. 1444 ancien du code de procédure civile, devenu l'article 1455 du même code).

¹¹⁵⁰ B. MOREAU, « Arbitrage en droit interne », *Répertoire de procédure civile*, n° 165.

¹¹⁵¹ P. THÉRY, « Les limites de la priorité accordée à l'arbitre pour statuer sur son investiture : temps et contretemps », *RTD civ.* 2004. 770, spéc. p. 772.

de la juridiction arbitrale ou sur l'annulation de toute sentence au fond qui serait rendue au mépris de l'incompétence de la juridiction arbitrale¹¹⁵². Un raisonnement par analogie justifie alors d'étendre aux cas de caducité manifeste les cas où le juge étatique est compétent pour rejeter l'exception d'incompétence soulevée devant lui et tirée de la convention arbitrale¹¹⁵³. Dans ce sens, il peut être observé que l'exception fondée sur l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire est une création prétorienne à l'origine¹¹⁵⁴ : alors que la loi ne mentionnait que la nullité manifeste¹¹⁵⁵, le principe de l'interprétation stricte des exceptions n'avaient pas empêché la reconnaissance d'un autre chef de compétence en faveur du juge étatique. Une évolution de la jurisprudence n'est donc pas à exclure et peut même être souhaitée.

323. Ces développements démontrent que le juge étatique est généralement incompétent pour statuer sur toute exception d'incompétence sérieuse relative à une convention d'arbitrage ; il ne peut écarter que les exceptions non sérieuses, que ce caractère résulte de l'inexistence, de l'inapplicabilité, de l'inopposabilité ou de la nullité manifestes de la convention.

Maintenant que nous avons mis en lumière le rôle central du concept de moyen sérieux pour l'application des règles de compétence sur la compétence en matière arbitrale, il convient de développer un point de vue critique à leur égard : les dérogations à l'incompétence du juge étatique fondées le caractère non sérieux des exceptions soulevées devant lui sont-elles nécessaires ? Si oui, sont-elles suffisantes ?

B/ Examen critique

324. L'article 1448 fait défense au juge étatique de se prononcer sur la question de la compétence lorsque le tribunal arbitral est déjà saisi du litige ou lorsque la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou inapplicable.

Après avoir examiné de façon critique la faculté reconnue au juge étatique de statuer sur la compétence en présence d'une convention manifestement nulle ou inapplicable lorsque le tribunal n'est pas encore saisi (1), nous nous intéresserons à l'interdiction absolue qui lui est faite de statuer sur la compétence lorsque le tribunal arbitral est déjà saisi (2).

1/ La faculté pour le juge étatique de se déclarer compétent cas de nullité ou inapplicabilité manifestes lorsque le tribunal arbitral n'est pas saisi

325. Justifications de la compétence fondée sur la nullité ou l'inapplicabilité manifestes. Si le juge étatique est habilité à écarter les exceptions manifestement infondées, c'est afin d'empêcher les manœuvres dilatoires qui consisteraient pour le défendeur à faire obstacle au cours de la justice étatique en prétendant soumettre à l'arbitrage un litige qui n'en relève pas¹¹⁵⁶. Les parties sont ainsi dispensées du coût d'un

¹¹⁵² F.-X. TRAIN, note sous Cass., civ. 1^{ère}, 14 nov. 2007, *Rev. arb.* 2008. 453, spéc. n° 7, p. 457.

¹¹⁵³ P. THÉRY, « Les limites de la priorité accordée à l'arbitre... », *op. cit.*, p. 772.

¹¹⁵⁴ Cass., civ. 1^{ère}, 16 oct. 2001, n° 99-19.319, *Bull. civ.*, I, n° 254.

¹¹⁵⁵ Art. 1458 du code de procédure civile dans sa rédaction antérieure au décret n° 2011-48.

¹¹⁵⁶ J. SAINTE-ROSE, concl. Cass., civ. 1^{ère}, 11 juill. 2006, *Gaz. Pal.* 17 août 2006, p. 6 ; E. LOQUIN, « Arbitrage.- Compétence arbitrale... », *op. cit.*, n° 92 ; O. CACHARD, *op. cit.*, n° 17.

arbitrage qui ne pourrait déboucher que sur une déclaration d'incompétence ou sur une sentence au fond vouée à l'annulation.

Mais, au-delà d'un règlement rapide et rationalisé des conflits, la compétence reconnue au juge étatique en cas de nullité ou d'inapplicabilité manifestes de la convention d'arbitrage contribue à assurer l'effectivité des règles relatives à la nullité, la preuve, l'étendue, la durée ou à l'effet des contrats. Renvoyer un litige à un tribunal arbitral malgré la nullité de la convention d'arbitrage, sa caducité, son inapplicabilité, son inopposabilité, ou même son inexistence reviendrait à donner effet à cette convention au mépris de toutes les règles qui lui sont applicables.

L'on peut certes objecter que le desaisissement du juge ne conduit pas à donner effet à la convention, car l'arbitre devra encore retenir son incompétence. Cependant, interdire au juge étatique de statuer tant que l'arbitre ne s'est pas prononcé reviendrait à faire produire ses effets négatifs à la convention d'arbitrage et à en assurer l'exécution temporairement. La possibilité reconnue au juge de statuer en cas de nullité ou d'inapplicabilité manifestes permet donc bien d'assurer l'effectivité des règles applicables à la convention, qui peuvent être d'ordre public.

326. Consolidation de la définition de la nullité et de l'inapplicabilité manifestes par la certitude. Au regard de ces fonctions, il apparaît que le critère de certitude est le plus adapté au contrôle du caractère sérieux de l'exception d'incompétence par le juge étatique. En effet, les parties ne devraient jamais voir leur accès à la justice étatique entravé lorsqu'elles parviennent à démontrer au-delà de tout doute raisonnable que la convention d'arbitrage est viciée, inapplicable ou inefficace. Leur imposer de saisir une juridiction arbitrale sous prétexte que leur argumentation appellerait une analyse longue et complexe de la part du juge confinerait au déni de justice. Dans ce sens, commentant l'arrêt du 21 septembre 2016 précité, Éric Loquin écrit : « En l'espèce, l'absence d'inapplicabilité manifeste résulte du constat que la cour [d'appel] « a procédé à un examen substantiel et approfondi des négociations contractuelles entre les parties pour conclure à l'absence de tout engagement contractuel ». La nécessité de cette analyse approfondie prouve l'absence du caractère manifeste de l'inapplicabilité. L'inapplicabilité manifeste comme la nullité manifeste de la clause compromissoire ne peut être retenue que lorsqu'elle est décelable à la seule lecture de la clause et du contrat litigieux de telle sorte qu'aucune argumentation n'est susceptible de la mettre en doute. [...] *On pourra regretter, qu'en l'espèce, l'arrêt oblige les parties à constituer un tribunal arbitral, alors justement que la cour d'appel s'est livrée à un examen approfondi qui l'a convaincue de l'absence de convention d'arbitrage et que ce constat sera également fait par le tribunal arbitral. Gaspillage de temps et d'argent !* Comme l'écrit J.-B. Racine, « au nom d'une logique d'économie de moyens, ne serait-il pas plus simple et plus rapide de faire trancher la question de compétence par le juge saisi en premier ? » (Droit de l'arbitrage, *Thémis*, 2016, n° 360) »¹¹⁵⁷.

327. Extension de la compétence du juge étatique : la faculté d'écarter les

¹¹⁵⁷ E. LOQUIN, « La clause compromissoire stipulée dans un « accord » litigieux non signé n'est pas manifestement inapplicable », *RTD com.* 2016. 705, précité. Dans le même sens : S. PELLET, « Une clause compromissoire inexistante n'est-elle pas inapplicable ? », *L'essentiel droit des contrats* 30 nov. 2016, n° 10, p. 3 ; D. VIDAL, « Une clause d'arbitrage insérée dans un projet de contrat non signé est-elle "une clause manifestement inapplicable" au sens des articles 1448 et 1455 du Code de procédure civile ? », *Lexbase La lettre juridique* n° 672, 13 oct. 2016, n°s 19 à 26, précité.

contestations non sérieuses élevées contre la convention d'arbitrage. L'article 1448 permet uniquement au juge étatique de retenir sa compétence lorsque l'exception d'incompétence fondée sur la convention d'arbitrage est dépourvue caractère sérieux, la convention étant manifestement nulle ou inapplicable. En revanche, le texte ne lui permet pas de retenir son incompétence dans l'hypothèse inverse, quand l'exception d'incompétence ne se heurte à aucune contestation sérieuse, les contestations tirées de l'inapplicabilité ou de l'invalidité de la convention étant manifestement infondées¹¹⁵⁸. Pouvant juger que la convention n'est pas manifestement nulle ou inapplicable, il ne dispose pas du pouvoir de juger que, compte tenu de l'inanité des contestations soulevées à son encontre, elle est manifestement valide et applicable. Il appartient à la seule juridiction arbitrale de se dire compétente en jugeant ces contestations infondées et en constatant que la convention existe, est valide et est applicable.

La question peut se poser de savoir s'il ne serait pas opportun d'étendre les pouvoirs du juge étatique. Dès lors qu'il peut rejeter les exceptions d'incompétence manifestement infondées, ne devrait-il pas pouvoir faire droit à celles qui ne se heurte à aucune contestation sérieuse ? Plutôt que d'articuler l'intervention du juge étatique autour du caractère sérieux de l'exception d'incompétence, et donc du caractère manifestement nul ou inapplicable de la convention, ne vaudrait-il pas mieux recourir au critère de difficulté sérieuse soulevée par l'exception d'incompétence ?

Au soutien de cette solution, il peut être avancé que la décision par laquelle le juge se déclare incompétent sécurise les parties : ayant autorité de chose jugée, elle s'impose aux arbitres en ce qu'elle retient leur compétence et assure ainsi aux parties que la constitution du tribunal arbitral ne sera pas vaine et que son coût ne sera pas exposé inutilement. Elle présente en outre l'avantage d'unifier le contentieux relatif à la compétence. Dans le système actuel ce contentieux est dispersé : à l'appel interjeté contre le jugement par lequel le juge étatique se déclare incompétent au motif que la convention n'est pas manifestement nulle ou inapplicable¹¹⁵⁹ s'ajoutent aujourd'hui les recours contre la sentence par laquelle la juridiction arbitrale se déclare compétente ou incompétente¹¹⁶⁰. Ainsi, il semble souhaitable d'étendre les pouvoirs du juge étatique pour lui reconnaître le pouvoir de constater son incompétence et, corrélativement, de constater la compétence des arbitres sur le fond du litige lorsque les contestations élevées contre la convention d'arbitrage sont dépourvues de caractère sérieux.

328. Une extension exclue en cas d'arbitrage à l'étranger. Une telle extension doit toutefois être vigoureusement rejetée lorsque l'arbitrage est confié à un tribunal arbitral

¹¹⁵⁸ M. BOUCARON-NARDETTO, *op. cit.*, n° 255.

¹¹⁵⁹ L'article 1 du décret n° 2017-891, du 6 mai 2017, supprime le contredit et ouvre la voie de l'appel à l'encontre des jugements qui ne se prononcent que sur la compétence (art. 83 CPC issu de ce décret). Ce texte entre en vigueur le 1^{er} septembre 2017. Auparavant, la jurisprudence retenait de façon constante que la voie du contredit était ouverte à l'encontre des jugements par lesquels le juge étatique se dit incompétent pour se prononcer sur sa compétence en présence d'une clause d'arbitrage qui n'est ni manifestement nulle ni manifestement inapplicable (Cass., civ. 2^e, 30 juin 1971, n° 70-12.117, *Bull. civ.*, II, n° 242 ; com., 9 avr. 2002, n° 98-16.829, *id.*, IV, n° 69).

¹¹⁶⁰ La sentence peut faire l'objet d'un appel, si les parties l'ont admis (art. 1489 CPC). À défaut, elle pourra faire l'objet d'un recours en annulation (1492 1^o, 1520 1^o et 1525 CPC). Les jugements rendus sur ces recours peuvent, quant à eux, faire l'objet des voies de recours prévues par le droit commun, notamment le pourvoi en cassation (Cass., civ. 2^e, 16 mai 1988, n° 86-18.033 ; 27 mai 1998, n° 95-16.844, *Bull. civ.*, II, n° 163).

ayant son siège à l'étranger. Dans cette hypothèse, la décision par laquelle le juge étatique se déclare incompétent pourrait conduire à un déni de justice. Si le tribunal arbitral, une fois saisi, se déclarait lui aussi incompétent, les parties ne disposeraient alors d'aucune voie de droit leur permettant de faire trancher leur différend. En effet, le recours en annulation n'est admis qu'à l'encontre des sentences rendues en France¹¹⁶¹.

329. Ces réflexions sur l'extention de la compétence de la juridiction étatique en présence d'une convention d'arbitrage font écho au débat qui anime la doctrine française sur l'opportunité de maintenir l'effet négatif du principe compétence-compétence. Certains auteurs soutiennent que s'il convient de reconnaître à l'arbitre compétence pour statuer sur sa propre compétence, il ne devrait pas être fait interdiction au juge étatique de statuer également sur cette question. Celui-ci devrait pouvoir trancher toute question relativement à sa compétence et à celle de l'arbitre¹¹⁶². Une telle solution a la faveur de nombreux droits étrangers¹¹⁶³ et ses avantages sont indéniables¹¹⁶⁴.

Cependant, il ne nous appartient pas de nous prononcer sur une telle question. Le caractère manifestement nul ou manifestement inapplicable de la convention d'arbitrage autorise seulement une dérogation à l'effet négatif du principe compétence-compétence, dont elle vient tempérer la rigueur. Aussi, il s'agit uniquement de nous intéresser aux mérites et insuffisances d'une telle dérogation dans un système qui reconnaît un effet négatif au principe compétence-compétence.

Compte tenu de l'importance de cette dérogation, il pourrait paraître étonnant qu'elle soit écartée lorsque le tribunal arbitral est déjà saisi, le juge étatique devant alors toujours se déclarer incompétent.

2/ L'interdiction absolue de statuer sur la compétence lorsque le tribunal arbitral est déjà saisi

330. Une interdiction de statuer justifiée par le contrôle préalable de la nullité et de l'inapplicabilité manifestes par le juge d'appui dans le cas où le siège du tribunal arbitral est en France. L'impossibilité absolue pour le juge étatique de retenir sa compétence lorsque l'arbitre est déjà saisi du litige pourrait paraître sévère. Lorsque le

¹¹⁶¹ Art. 1491, 1492, 1519, 1520 et 1525 CPC.

¹¹⁶² V. HEUZÉ, « Arbitrage : à quoi sert la Cour de cassation ? », *RGDA* 2014. 543 ; F. JAULT-SESEKE, « Opposabilité de la clause compromissoire insérée dans un connaissance maritime et pouvoir de l'arbitre de statuer sur sa propre compétence », *Revue critique DIP* 2006. 606, précité ; P. BONASSIES, « De l'opposabilité de la clause compromissoire au principe « compétence-compétence », *DMF* 2006. 666, précité. L'argument tiré de la contradiction entre l'objectif de célérité et la conception actuelle du principe compétence-compétence a même été avancé devant la Cour de cassation par un avocat aux Conseils : A. POTOCKI, rapp. Cass., com., 21 févr. 2006, *DMF* 2006. 670.

¹¹⁶³ Pour une analyse critique de l'effet négatif du principe et une comparaison avec les systèmes étrangers : J. CLAVEL, *Le déni de justice économique dans l'arbitrage international*, thèse Paris II, 2011, n° 250 s., précité. Voir aussi : P. FOUCARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *op. cit.*, n°s 674 et 675, p. 422 et 423 ; E. LOQUIN, *L'arbitrage du commerce international*, Joly éditions, 2015, n°s 247 et 248, p. 223 et 224 ; E. GAILLARD, « L'effet négatif de la compétence-compétence », in *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, Lausanne, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 1999, p. 387, spéc. n°s 6 à 12, p. 391 à 398, précité.

¹¹⁶⁴ Sur les inconvénients de l'effet négatif du principe compétence-compétence et sa possible remise en cause : M. LAAZOUZI, « Portée et limites du principe compétence-compétence », *op. cit.*, p. 777 et 778 ; C. SERAGLINI, « Droit de l'arbitrage », *JCP G* 2006. I. 187, n° 11, précité.

tribunal arbitral est certainement incompétent, la convention étant manifestement nulle ou inapplicable, pourquoi imposer aux parties la durée et le coût d'un arbitrage qui ne pourra aboutir qu'à une déclaration d'incompétence de la part des arbitres ?

Cela n'est toutefois pas choquant lorsque le demandeur devant la juridiction étatique est également demandeur devant la juridiction arbitrale. Ayant saisi cette juridiction, il a admis sa compétence et n'est donc pas recevable à saisir une juridiction étatique de la même demande, nul ne pouvant se contredire au détriment d'autrui¹¹⁶⁵. Mais lorsque le demandeur devant la juridiction étatique est défendeur devant la juridiction arbitrale et conclut à l'incompétence de celle-ci, l'incompétence absolue de la juridiction étatique peut sembler choquante. Que l'on songe ainsi, par exemple, à la situation du défendeur à une action en paiement d'une vente dont est saisi un tribunal arbitral alors que la clause compromissoire insérée au contrat de vente est manifestement nulle ou inapplicable : tant que les arbitres ne se seront pas déclarés incompétents, il sera privé de la possibilité de faire prononcer la résolution de la vente pour inexécution.

Pendant, une telle analyse ne tient pas compte des mécanismes de constitution du tribunal arbitral. Sa saisine implique normalement la coopération des deux parties. Certes, l'article 1462 prévoit qu'elle est réalisée « soit conjointement par les parties, soit par la partie la plus diligente ». Mais, au sens de l'article 1448, le tribunal arbitral n'est saisi qu'une fois qu'il a été constitué, c'est-à-dire une fois que les arbitres ont été désignés et ont accepté leur mission¹¹⁶⁶. Or, la désignation des arbitres se fait selon les modalités fixées par la convention d'arbitrage, qui doit impérativement respecter le principe d'égalité entre les parties dans ce processus¹¹⁶⁷. Faute de stipulation spéciale, la loi prévoit la participation active des deux parties, qui devront chacune désigner un arbitre ou s'accorder sur l'identité de l'arbitre unique¹¹⁶⁸. À défaut d'accord, le juge d'appui procédera à la désignation, sauf nullité ou inapplicabilité manifestes, à moins qu'un tiers ne soit spécialement chargé par les parties d'organiser l'arbitrage¹¹⁶⁹. Or, l'article 1455 du code de procédure civile, applicable à l'arbitrage international en application de l'article 1506 2°, dispose que le juge d'appui, qui est chargé de désigner les arbitres constituant le tribunal arbitral en cas de désaccord entre les parties, « déclare n'y avoir lieu à désignation » « si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable ».

Les modalités de constitution de la juridiction arbitrale impliquent donc soit que les deux parties ont admis sa compétence, soit que le juge d'appui n'a pas jugé la convention d'arbitrage manifestement nulle ou inapplicable. De sorte que l'obligation absolue de se dessaisir pour le juge étatique en cas de saisine du tribunal arbitral n'est que la conséquence logique du contrôle préalable de la nullité et de l'inapplicabilité manifestes par le juge d'appui. Les articles 1448 et 1455 sont absolument indissociables¹¹⁷⁰ : que l'on supprime le contrôle préalable du juge d'appui et il devient nécessaire d'autoriser

¹¹⁶⁵ Sur la règle de l'estoppel en droit de l'arbitrage : Cass., civ. 2^e, 26 janv. 1994, 92-12307, *Bull. civ.*, II, n° 38 ; civ. 1^{ère}, 6 juill. 2005, n° 01-15.912, *id.*, I, n° 302 ; 6 mai 2009, 08-10.281, *id.* n° 86 ; 3 févr. 2010, n° 08-21.288, *id.* n° 25. Plus généralement : Ass., 27 févr. 2009, 07-19.841, *id.*, A. P., n° 1.

¹¹⁶⁶ Cass., civ. 1^{ère}, 25 avr. 2006, n° 05-13.749, *Bull. civ.*, I, n° 197 ; 6 févr. 2007, n° 05-20.137.

¹¹⁶⁷ Ce principe est consacré expressément en matière d'arbitrage international par l'article 1510 CPC. En matière d'arbitrage interne, il s'agit d'une exigence implicite des dispositions relatives aux conventions d'arbitrage : Cass., civ. 1^{ère}, 7 janv. 1992, n° 89-18.708 et .726, *Bull. civ.*, I, n° 2 ; 8 juin 1999, n° 96-21.837, *id.*, n° 190 ; civ. 2^e, 31 janv. 2002, n° 00-18.509.

¹¹⁶⁸ Art. 1452 CPC.

¹¹⁶⁹ Art. 1455 CPC.

¹¹⁷⁰ E. LOQUIN, « Arbitrage.- Compétence arbitrale... », *op. cit.*, n° 93.

généralement le juge étatique à contrôler l'inapplicabilité ou la nullité manifestes de la convention d'arbitrage, même lorsque que le tribunal arbitral est déjà saisi. En revanche, permettre un tel contrôle par le juge saisi au fond alors que le juge d'appui y a déjà procédé s'avère inutile.

À cet égard, il doit être relevé que compte tenu du lien de complémentarité entre l'article 1448 et l'article 1455, il est nécessaire d'entendre les concepts de nullité et d'inapplicabilité manifestes de la même façon dans l'un et l'autre de ces textes. Le critère de certitude s'avère donc également pertinent pour l'application de l'article 1455 : afin de contrer les manœuvres dilatoires d'une partie et d'éviter la constitution inutile du tribunal arbitral, le juge d'appui devrait refuser de désigner un arbitre toutes les fois que la nullité ou l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage apparaît certaine au regard des pièces produites par les parties, fut-ce au terme d'une démonstration particulièrement complexe et technique.

331. Extension de la compétence du juge étatique : la faculté de statuer lorsque le tribunal arbitral est saisi du litige par voie incidente. L'incompétence absolue du juge étatique en cas de saisine simultanée de la juridiction arbitrale reste cependant problématique dans une hypothèse très particulière. Lorsqu'une procédure d'arbitrage est en cours, l'une des parties peut suspendre les poursuites engagées contre elle devant une juridiction étatique en soulevant devant la juridiction arbitrale une demande additionnelle ou reconventionnelle ayant trait au litige dont est saisie la juridiction étatique, alors même que cette demande serait manifestement étrangère à la convention d'arbitrage et que la juridiction arbitrale aurait été initialement saisie d'un tout autre litige. Par exemple, l'acquéreur d'un bien assigné par le vendeur devant les juridictions étatiques à fin de paiement pourrait s'opposer à cette action en soulevant une demande en garantie des vices cachés contre le vendeur devant la juridiction arbitrale saisie d'un litige relatif à l'exécution d'un tout autre contrat.

Par de telles manœuvres, une partie pourrait suspendre non seulement les poursuites intentées par l'autre partie à l'arbitrage mais également les poursuites intentées par des tiers. Il semble alors nécessaire de permettre à la juridiction étatique de s'assurer que la convention d'arbitrage est bien applicable à la demande reconventionnelle ou additionnelle soulevée devant la juridiction arbitrale, car ni l'autre partie ni le juge d'appui n'ont examiné cette question. À défaut, le défendeur pourrait se soustraire à toute action intentée à son encontre tant que l'arbitrage est en cours. Il faudrait donc admettre que les juridictions étatiques peuvent écarter les exceptions d'incompétence non sérieuses soulevées devant elles lorsque le tribunal arbitral a été saisi du litige par la voie d'une demande incidente.

Y a-t-il lieu d'aller plus loin et d'autoriser le juge étatique à se dire incompetent en faveur du tribunal arbitral lorsque les contestations élevées contre la convention d'arbitrage ne sont pas sérieuses ? Cette proposition, qui a été retenue ci-dessus dans l'hypothèse où le tribunal arbitral n'est pas encore saisi du litige et où son siège se trouve en France, devrait être écartée lorsque le tribunal arbitral est déjà saisi. Lorsque le siège du tribunal arbitral se trouve à l'étranger, la décision du juge étatique de se déclarer incompetent sur le fond pourrait conduire à un déni de justice si le tribunal arbitral se déclare également incompetent, aucun recours n'étant ouvert contre sa sentence. Mais, même dans le cas où le tribunal à son siège en France, l'extension des pouvoirs du juge

étatique s'avère problématique. Elle conduit à un doublement du contentieux de la compétence, les parties devant conclure sur la compétence par deux fois devant les juridictions étatique et arbitrale, sans y trouver aucun avantage. En effet, elles ont déjà exposé les frais nécessaires à la constitution du tribunal arbitral, si bien que la décision du juge étatique ne sera pas source d'économie. En outre, les délais impartis au tribunal arbitral pour statuer étant courts, il tranchera rapidement la question de sa compétence à l'égard de la demande incidente¹¹⁷¹. Un sursis à statuer de la part du juge étatique ne sera donc pas source d'allongement de la procédure, bien au contraire.

332. Une interdiction de statuer problématique dans les cas où le siège du tribunal arbitral est à l'étranger. Lorsque le siège du tribunal arbitral est situé à l'étranger, il faut distinguer deux situations. Il est d'abord possible que toutes les parties aient coopéré à sa mise en place. Ce faisant, elles ont manifesté leur accord pour que le différend soit tranché par le tribunal arbitral, à tout le moins en ce qui concerne la compétence, et ne sont donc plus recevables à exciper de son incompétence. Mais la constitution du tribunal arbitral peut aussi avoir été assurée avec le soutien du juge d'appui étranger, l'une des parties refusant de désigner des arbitres¹¹⁷². Dans une telle hypothèse, l'existence d'un contrôle préalable de l'existence, de l'applicabilité et de la validité de la convention d'arbitrage dépendra des règles du for. Par ailleurs, ce contrôle ne se fera pas nécessairement au regard des règles équivalentes à celles qui prévalent en droit français, c'est-à-dire l'ordre public international français.

Le dessaisissement systématique des juridictions étatiques lorsqu'un tribunal arbitral étranger est déjà saisi du litige pose donc problème lorsque sa saisine s'est faite contre le gré d'une des parties. Il serait souhaitable de leur reconnaître le pouvoir de se dire compétentes lorsque l'exception d'incompétence tirée de la convention d'arbitrage est dépourvue de caractère sérieux, la convention étant manifestement inexistante, nulle ou inapplicable. En l'état actuel du droit, le règlement du litige peut être retardé significativement. Les parties doivent attendre que le tribunal arbitral statue, non seulement sur sa compétence, mais également sur le litige s'il s'estime compétent. Dans ce dernier cas, la juridiction étatique saisie par la suite devra statuer sur la reconnaissance de la sentence, qu'il s'agira d'écarter faute pour le tribunal arbitral d'être compétent, avant de pouvoir connaître du litige¹¹⁷³.

333. Après avoir déterminé quelles étaient les conditions suivant lesquelles une juridiction compétente sur une demande pouvait voir sa compétence établie également à l'égard des moyens de défense, c'est assez naturellement que nous devons nous tourner vers les règles qui établissent la compétence des juridictions sur les demandes.

Si la compétence à l'égard des moyens est générale en l'absence de difficulté sérieuse ou, dans certains cas, lorsqu'ils ne présentent pas de caractère sérieux, les concepts étudiés interviennent de façon plus limitée pour ce qui concerne la détermination de la compétence sur les demandes.

¹¹⁷¹ Art. 1463 CPC.

¹¹⁷² Les juridictions françaises ne sont pas compétentes lorsque l'arbitrage se déroule à l'étranger : Cass., civ. 1^{ère}, 20 févr. 2007, n° 06-14.107, *Bull. civ.*, I, n° 62.

¹¹⁷³ Art. 1525 et 1520 CPC.

SECTION II : LA COMPÉTENCE SUR LES DEMANDES DÉLIMITÉE PAR LEUR CARACTÈRE SÉRIEUX

334. Contrairement aux règles relatives à la compétence sur les moyens de défense, les règles relatives à la compétence sur les demandes ne font que peu de place aux caractères sérieux et manifeste. En contentieux administratif ces concepts occupent une place très importante puisque les juridictions administratives de droit commun peuvent déclarer irrecevables les demandes dont elles sont saisies mais qui ne relèvent pas de leur compétence, lorsque l'irrecevabilité est manifeste¹¹⁷⁴. Cette règle est fort utile car elle évite de renvoyer à une juridiction une action qu'elle ne pourra que juger irrecevable. En droit judiciaire privé, en revanche, seule une référence au « défendeur réel et sérieux » apparaît dans la jurisprudence relative à l'application de l'article 42 du code de procédure civile : si la juridiction compétente pour connaître de l'action dirigée contre un défendeur domicilié dans son ressort voit sa compétence territoriale prorogée à l'égard des demandes connexes élevées contre d'éventuels codéfendeurs, encore faut-il que la demande soulevée contre le premier soit sérieuse (§1). Il semble toutefois envisageable de recourir au concept de demande sérieuse pour apprécier l'étendue des compétences des juridictions à l'égard des demandes (§2).

§1. La prorogation de compétence territoriale en cas de pluralité de défendeurs subordonnée au caractère sérieux de la demande dirigée contre le défendeur domicilié dans le ressort de la juridiction saisie

335. Prorogation de compétence territoriale en cas de pluralité de défendeurs. L'article 42 du code de procédure civile énonce : « La juridiction territorialement compétente est, sauf disposition contraire, celle du lieu où demeure le défendeur./ S'il y a plusieurs défendeurs, le demandeur saisit, à son choix, la juridiction du lieu où demeure l'un d'eux. » L'alinéa 2 constitue une prorogation de la compétence territoriale seulement et ne permet pas d'attirer un défendeur devant une juridiction matériellement incompétente à son égard¹¹⁷⁵. Pour que la prorogation ait lieu, il ne suffit pas que plusieurs défendeurs aient été assignés devant la juridiction du domicile de l'un d'entre eux : les demandes formées contre les défendeurs relevant du ressort d'une autre juridiction doivent avoir un lien étroit de connexité avec celle dirigée contre celui pour lequel la juridiction saisie est territorialement compétente¹¹⁷⁶.

Cette règle tend à protéger les droits du demandeur, dont la réalisation ne doit pas être rendue impossible en raison de la complexité matérielle d'obtenir une décision judiciaire. Elle limite les coûts du règlement des litiges et assure une bonne administration

¹¹⁷⁴ Art. R351-4 CJA.

¹¹⁷⁵ Cass., com., 7 avr. 1987, n° 85-11.225, *Bull. civ.*, IV, n° 86.

¹¹⁷⁶ Cass., civ. 1^{ère}, 24 févr. 1998, n° 95-20.627, *id.*, I, n° 70 ; 8 févr. 1983, n° 81-14.573, *id.* n° 51 [à noter une erreur de plume : la Cour s'appuie sur l'article 42, et non sur l'article 46 mentionné] ; civ. 2^e, 8 juin 1979, n° 77-15.958, *id.*, II, n° 171. Rappr. : com., 3 juin 1964, *id.*, III, n° 291 ; 2 janv. 1968, *id.*, IV, n° 1 ; civ. 1^{ère}, 23 oct. 1990, n° 88-18.600, *id.*, I, n° 219 ; civ. 2^e, 10 juill. 1991, n° 90-12.184, *id.*, II, n° 215 ; 10 mars 2004, n° 01-15725, *id.* n° 107. Voir aussi, sur un autre fondement textuel : com., 31 janv. 1995, n° 92-20.375, *id.*, IV, n° 28.

de la justice en évitant que des juridictions distinctes n'aient à se prononcer successivement sur des points de fait ou de droit déjà débattus ailleurs.

336. Condition de la prorogation : l'action dirigée contre le défendeur domicilié dans le ressort de la juridiction saisie doit être sérieuse. Avantagieuse pour le demandeur, l'application de l'article 42 peut, en revanche, avoir de graves conséquences pour les défendeurs dont le domicile ne se trouve pas dans le ressort de la juridiction saisie. Ce, d'autant plus qu'il a été reconnu applicable aux codéfendeurs relevant normalement d'une juridiction étrangère¹¹⁷⁷ ou bénéficiant d'une clause attributive de juridiction¹¹⁷⁸. L'article 42 permet alors de contourner l'effet obligatoire de cette clause. Aussi, afin de ménager un juste équilibre entre les droits des parties, la jurisprudence subordonne la prorogation à la condition que le défendeur dont le domicile se situe dans le ressort de la juridiction saisie, soit un défendeur « réel et sérieux »¹¹⁷⁹.

Cette expression vague peut être comprise de deux façons. Entendue restrictivement, elle implique uniquement que le demandeur ait effectivement l'intention de voir condamné le défendeur qui fonde la compétence. Dans ce sens, il a été jugé que le défendeur contre lequel aucune demande n'était formulée ne constituait pas un véritable adversaire¹¹⁸⁰. Il en va de même lorsque les seules demandes formées contre lui ne sont que la conséquence nécessaire et accessoire de la condamnation d'un codéfendeur¹¹⁸¹. Cependant, il est possible d'aller au-delà de cette seule exigence pour apprécier la recevabilité et le bien-fondé de la demande dirigée contre celui qui justifie la saisine. Il s'agit là d'une position de bon sens qui assure au principe *fraus omnia corrumpit* sa pleine efficacité et garantit pleinement les droits que le code de procédure civile reconnaît aux codéfendeurs. La jurisprudence est nettement en faveur de cette solution¹¹⁸². Il a ainsi été jugé que « l'article 42 du nouveau code de procédure civile ne permet pas au demandeur

¹¹⁷⁷ Notamment : Cass., civ. 1^{ère}, 6 juill. 1999, n° 96-15.787 ; 23 oct. 1990, cité à la note précédente.

¹¹⁷⁸ Il convient de préciser que la jurisprudence impose généralement l'indivisibilité des demandes, et non leur connexité seulement, pour faire échec à la clause attributive de juridiction conclue par le demandeur avec un des défendeurs (Cass., civ. 1^{ère}, 23 oct. 1990 n° 88-18.600, *Bull. civ.*, I, n° 219 ; civ. 2^e, 10 juill. 1991, n° 90-12.184, *id.*, II, n° 215). Toutefois, un arrêt récent fait primer l'article 42 alinéa 2 sur la clause au seul constat de la connexité (civ. 3^e, 4 nov. 1999, n° 98-10.694 et 98-11.310, *id.*, III, n° 210). À cet égard, la clause compromissaire doit être distinguée de la clause attributive car elle s'oppose absolument à ce que le défendeur qui en bénéficie puisse être attiré devant une juridiction étatique en raison de l'assignation d'un codéfendeur contre lequel est élevée une demande connexe ou même indivisible (Cass., civ. 1^{ère}, 6 févr. 2001, n° 98-20.776, *Bull. civ.*, I, n° 22 ; 17 mars 2010, n° 08-21.641).

¹¹⁷⁹ Agen, 20 févr. 1852, *D. P.* 1852. 2. 205 ; Cass., civ. 2^e, 14 mars 1968, *Bull. civ.*, II, n° 84 ; 10 juill. 1996, n° 94-16.692, *id.* n° 198 ; com., 31 janv. 2006, n° 04-17.744 ; Douai, 14 juin 2007, n° 06/06992 ; Cass., civ. 1^{ère}, 17 oct. 2007, n° 05-20.502 ; Toulouse, 4 déc. 2007, *JurisData* n° 352431 ; Cass., civ. 3^e, 27 janv. 2009, n° 08-11.753. Voir aussi, exigeant qu'il soit une « partie sérieuse » : Cass., civ., 15 nov. 1871, *D.* 1872. 1. 54. Ou, exigeant qu'il « se présente bien comme un véritable adversaire au procès » : Rouen, 21 nov. 1963, *D.* 1965. 395.

¹¹⁸⁰ Voir, parmi les arrêts cités à la note précédente : Agen, 20 févr. 1852 ; Cass., civ., 15 nov. 1871 ; Rouen, 3 nov. 1967 ; Cass., civ. 2^e, 14 mars 1968. *Adde* : com., 18 nov. 1964, *Bull. civ.*, III, n° 508 ; civ. 2^e, 16 juill. 1975, n° 74-10.930, *id.*, II, n° 221 ; req., 20 mai 1873, *D.* 1875.1.469.

¹¹⁸¹ Cass., civ. 2^e, 29 avr. 1966, *id.*, II, n° 504.

¹¹⁸² Cass., com., 13 avr. 2010, n° 09-11.885, *id.*, IV, n° 77 ; civ. 2^e, 14 mars 1968, précité ; Nancy, 17 mars 1952, *JCP* 1952. IV. 1923. Voir aussi : J. Normand, note sous Cass., com., 2 janv. 1968, *op. cit.*, p. 523. Rapp. un arrêt où il est exigé que « le demandeur puisse réellement prétendre avoir [...] une action directe et personnelle contre les diverses parties assignées » : req., 15 avr. 1926, *DH* 1926. 249.

d'attirer un défendeur devant la juridiction dans le ressort de laquelle est domicilié un autre défendeur dont la condamnation n'est sollicitée qu'à titre hypothétique et subsidiaire sans être appuyée par la moindre argumentation »¹¹⁸³. Mais, même étayée par différents moyens, la demande ne peut être qualifiée de sérieuse qu'après un examen critique au terme duquel elle n'apparaît pas manifestement irrecevable ou infondée¹¹⁸⁴. Comme l'écrit David Martel : « ce n'est pas la quantité de personnes assignées mais la qualité des demandes formulées qui crée une pluralité de défendeurs ! »¹¹⁸⁵.

Puisqu'il s'agit d'éviter les fraudes du demandeur, la prorogation est acquise dès lors qu'un moyen sérieux est soulevé. Il n'est pas question de lui imposer de démontrer que ses prétentions sont certainement fondées ; un doute quant à leur sort suffit¹¹⁸⁶. Exiger une condamnation certaine du défendeur domicilié dans le ressort de la juridiction reviendrait à priver le demandeur du bénéfice de l'article 42 alinéa 2 alors même qu'il n'aurait commis aucune fraude et pouvait, en raison de l'insuffisance du droit ou des éléments de preuve à sa disposition, espérer légitimement cette condamnation. Cela rendrait pratiquement impossible la mise en œuvre de ce texte dès lors que le caractère sérieux de l'action est apprécié *in limine litis*¹¹⁸⁷. Jacques Normand écrit ainsi : « On objectera peut-être qu'il est aussi difficile à l'orée du procès de justifier l'indivisibilité que d'apprécier l'absence de sérieux d'une action. Aussi bien, les positions respectives de parties ne sont-elles pas, à ce stade de la procédure, suffisamment définies. [...] D'une façon générale, on peut dire que les codéfendeurs sont des contradicteurs sérieux toutes les fois que, *compte tenu de ce que l'on sait du litige*, l'on a des raisons plausibles de penser qu'ils sont susceptibles d'être débiteurs de la demande »¹¹⁸⁸. Dans ce sens, la cour d'appel de Paris a jugé que le seul fait pour le demandeur de s'être désisté de ses prétentions contre le défendeur fondant la compétence territoriale ne suffit pas à exclure le caractère sérieux de la demande dirigée contre lui et à faire échec à l'article 42 alinéa 2¹¹⁸⁹ ; encore faut-il que l'échec de cette demande puisse être établi avec certitude à partir des seuls éléments de preuve dont disposait le demandeur au jour de la saisine. Par ailleurs, l'unification de la procédure est particulièrement importante en cas de doute, car celui-ci comporte un risque irréductible de contradiction entre les décisions rendues par les différentes

¹¹⁸³ Versailles, 14 mars 1991, *JurisData* n° 042300.

¹¹⁸⁴ Mettant en lumière les éléments de fait et/ou de droit qui permettent de qualifier la demande de sérieuse : Cass., civ. 1^{ère}, 17 oct. 2007, n° 05-20.502 ; com., 31 janv. 2006, n° 04-17.744 ; civ., 8 janv. 1947, *D.* 1947. 164 ; 3 févr. 1914, *DP* 1914. 1. 312 ; 1^{er} août 1892, *DP* 1892. 1. 503. À l'inverse, retenant l'absence de sérieux au terme d'une démonstration de l'absence de fondement : Rouen, 21 nov. 1963, *D.* 1965. 395, précité. Voir aussi : « que dans le cas particulier [...] force est ici de constater que le vendeur n'avait aucun lien de droit avec le crédit preneur et que celui-ci en réalité n'était pas le défendeur principal; que le prix de vente ne pouvait être utilement réclamé par le fournisseur qu'au crédit bailleur et que la présence de Monsieur CABOT n'avait d'intérêt qu'accessoirement pour qu'il s'explique sur les circonstances de la livraison;/ que la demande de condamnation formée à son encontre n'était juridiquement pas fondée et que le seul défendeur réel et sérieux était donc le crédit-bailleur » (Toulouse, 4 déc. 2007, *JurisData* n° 352431).

¹¹⁸⁵ D. MARTEL, note sous Cass., com., 18 déc. 2007, n° 06-17.610 et civ. 3^e, 19 déc. 2007, n° 06-18.811, *JDI* 2008, comm. 9.

¹¹⁸⁶ Dans ce sens : Aix-en-Provence, 20 oct. 1961, *Droit maritime Français* 1963. 470. Voir aussi, relevant que la demande présentait des « apparences de sérieux » : Cass., com., 2 janv. 1968, *Bull. civ.*, IV, n° 1.

¹¹⁸⁷ Art. 74 CPC.

¹¹⁸⁸ J. Normand, note sous Cass., com., 2 janv. 1968, *op. cit.*, p. 524.

¹¹⁸⁹ Paris, 11 juin 1965, *Ann. Prop. Ind.* 1966. 25, spéc. p. 27.

juridictions chargées de statuer sur les demandes connexes.

337. Consolidation de la définition à partir de la certitude. L'interprétation classique de l'article 42 soulève une dernière difficulté. Si le bénéficiaire de ce texte est logiquement refusé au demandeur qui s'en prévaut à des fins frauduleuses, ne convient-il pas de constater non seulement que l'action dirigée contre le défendeur principal est dépourvue de caractère sérieux mais également que le défendeur avait connaissance de ce fait ou, à tout le moins, qu'il ne devait pas l'ignorer ? Le critère opérant pour l'appréciation de la qualité de défendeur sérieux serait alors la facilité ou l'évidence plutôt que la certitude : que les moyens soulevés contre lui soient certainement infondés ne suffirait pas, il faudrait encore constater que l'absence de fondement pouvait être établie avec suffisamment de facilité pour que le demandeur n'ait pas pu l'ignorer. Dans un arrêt ancien, la cour d'appel d'Alger avait jugé « que, sans doute, s'il est démontré que le demandeur n'a d'autre but que de faire fraude à la loi de compétence, l'appel devrait être écarté, mais que pour cela il ne suffirait pas d'établir que la demande en dommages-intérêts ne doit pas être accueillie, qu'il faudrait prouver que le demandeur lui-même savait qu'elle était inadmissible et qu'il était de mauvaise foi »¹¹⁹⁰. Bien que relatif au détournement des règles fixant le taux de ressort des jugements, cette décision peut être transposée ici.

Elle doit toutefois être rejetée car l'exigence de sérieux ne vise pas uniquement à éviter les fraudes mais tend surtout à assurer l'efficacité des règles de compétence protégeant les défendeurs. Si la condamnation à des dommages-intérêts pour abus du droit d'action implique de caractériser l'élément subjectif de l'abus¹¹⁹¹, l'équilibre à trouver entre les droits des parties n'est pas le même qu'en ce qui concerne l'application de l'article 42 alinéa 2. Dans ce cas, en effet, il ne s'agit pas de dénier au demandeur son droit d'action. Il peut toujours agir contre les défendeurs devant la juridiction normalement compétente à leur égard et obtenir de leur part le remboursement des frais occasionnés si l'action devait s'avérer fructueuse. Il peut en outre obtenir l'aide juridictionnelle afin de faire face à ces frais. De plus, pour démontrer l'intention frauduleuse, le juge serait contraint d'entrer dans une analyse casuistique complexe et hasardeuse qui alourdirait très fortement la procédure, conduirait à une multiplication des recours et rendrait très imprévisible l'application de l'article 42 qui dépendrait, notamment, de la qualité du demandeur et de sa connaissance supposée du droit applicable. Ainsi, une définition du caractère sérieux des demandes dirigées contre le demandeur domicilié dans le ressort de la juridiction à partir du concept de certitude semble la plus satisfaisante. S'agissant d'assurer l'équilibre entre la préservation du droit d'action du demandeur, dont l'effectivité serait lourdement entamée s'il devait multiplier les actions devant des juridictions différentes pour chaque codéfendeur, et la préservation du droit de se défendre de ceux-ci, les critères de facilité ou d'évidence seraient particulièrement inappropriés. Ils pourraient en effet souvent conduire à priver les défendeurs du droit d'être attirés devant la juridiction normalement

¹¹⁹⁰ Alger, 11 févr. 1874, *D.* 1876. 1. 378.

¹¹⁹¹ Si la preuve directe d'une fraude n'est pas nécessaire, il faut au moins caractériser une faute (Cass., civ. 2^e, 5 mai 1978, n° 76-14.728, *Bull. civ.*, II, n° 116). Celle-ci ne se réduit pas à l'absence de fondement de la demande (soc., 24 avr. 2003, n° 01-46.977), il faut encore que le demandeur n'ait pas pu ignorer le caractère infondé de sa demande (civ. 2^e, 11 sept. 2008, n° 07-16.972) ou qu'il ait agi avec une légèreté blâmable sans laquelle il en aurait nécessairement eu connaissance (civ. 2^e, 18 juin 1969, *id.* n° 211 ; soc., 20 janv. 2010, n° 08-41.944).

compétente pour les actions intentées à leur égard alors même que le demandeur agirait contre un défendeur dont il peut être démontré, sans que cela ne saute aux yeux, qu'il n'est certainement pas codébiteur.

338. Si la jurisprudence ne fait référence au caractère sérieux de la demande que pour la mise en œuvre de l'article 42 du code de procédure civile, le concept a pu être exploité à propos d'autres dispositions à l'égard desquels il pourrait être utilement employé.

§2. Propositions d'extension de la référence à la demande sérieuse

339. Déterminant pour la prorogation de compétence aux demandes connexes élevées contre des codéfendeurs, il pourrait sembler logique que le concept de moyen sérieux intervienne également en ce qui concerne la prorogation de compétence aux demandes connexes élevées contre un seul et même défendeur (I). Mais la jurisprudence semble également y avoir eu recours à propos de la détermination du taux de compétence et de ressort (II) ainsi que des exceptions de connexité et d'indivisibilité (III).

I/ La compétence sur les demandes incidentes délimitée par le moyen sérieux et la difficulté sérieuse

340. **La compétence sur les demandes incidentes subordonnée au caractère sérieux de la demande initiale.** Les articles 51 du code de procédure civile et R. 221-40 du code de l'organisation judiciaire confèrent au tribunal de grande instance et au tribunal d'instance compétence pour statuer sur les demandes incidentes qui ne relèvent pas de la compétence exclusive d'une autre juridiction. Il s'agit là d'une prorogation de leur compétence matérielle et territoriale. En ce qui concerne les autres juridictions judiciaires, l'article 51 énonce qu'elles « ne connaissent que des demandes incidentes qui entrent dans leur compétence d'attribution ». La jurisprudence en déduit, *a contrario*, que leur compétence territoriale est prorogée à l'égard des demandes incidentes, sauf compétence territoriale exclusive d'une autre juridiction¹¹⁹². Ces prorogations de compétence supposent généralement que les demandes incidentes présentent un lien de connexité avec la demande initiale, un tel lien étant une condition de leur recevabilité¹¹⁹³.

Une telle disposition pourrait être utilisée par les parties à des fins frauduleuses. Le demandeur désireux de se soustraire aux règles de compétence territoriale pourrait s'en affranchir en saisissant une autre juridiction d'une demande initiale parfaitement artificielle, à l'égard de laquelle elle serait compétente, afin de soulever par la suite une demande additionnelle connexe qui aurait relevé de la compétence d'une autre juridiction si elle avait été présentée à titre principal. Par une manœuvre semblable, le demandeur pourrait soustraire une demande à la juridiction d'exception normalement, mais pas exclusivement, compétente en saisissant préalablement une juridiction de droit commun d'une demande initiale connexe dénuée de tout fondement pour soulever ensuite à titre incident une demande relevant de la juridiction d'exception.

Il nous faut donc conclure que lorsque la demande initiale est dépourvue de

¹¹⁹² H. SOLUS et R. PERROT, *op. cit.*, t. II, n° 507 ; G. COUCHEZ et X. LAGARDE, *op. cit.*, p. 98 ; Versailles, 21 janv. 1999, n° 1998-4335.

¹¹⁹³ Art. 70 CPC.

caractère sérieux, la prorogation de compétence à l'égard des demandes additionnelles qui relèvent normalement de la compétence territoriale ou matérielle d'une autre juridiction n'a pas lieu. Il s'agit là d'une simple transposition de la condition déjà reconnue pour l'application de l'article 42 du code de procédure civile en cas de pluralité de défendeurs.

341. La compétence étendue à toutes les demandes incidentes qui ne soulèvent aucune difficulté sérieuse. Si la prorogation de compétence prévue par l'article 51 du code de procédure civile semble trop large et mériterait d'être subordonnée au caractère sérieux de la demande fondant la saisine de la juridiction, elle semble en même temps trop restreinte dans mesure où elle interdit généralement aux juridictions de droit commun de connaître des demandes qui relèvent de la compétence exclusive d'une autre juridiction et aux juridictions d'exception de connaître des demandes qui ne relèvent pas de leur compétence d'attribution. Il paraît en effet souhaitable de leur permettre de connaître de l'ensemble des demandes incidentes qui ne soulèvent pas de difficulté sérieuse, afin d'assurer aux parties un règlement de leur litige à moindre coût ainsi que la bonne administration de la justice. Bien qu'elle n'entraîne pas en elle-même de sursis à statuer sur le principal¹¹⁹⁴, l'incompétence résiduelle sur les demandes incidentes n'en demeure pas moins problématique en ce qu'elle leur imposera de multiplier les instances et les procédures et accroîtra ainsi le coût du service public de la justice¹¹⁹⁵. L'objectif de bonne administration de la justice et la protection du droit d'action des justiciables impose donc de considérer que l'incompétence sur les demandes incidentes n'est opposable qu'en présence d'une difficulté sérieuse. Les juridictions de droit commun pourraient ainsi connaître des demandes qui relèvent de la compétence exclusive d'une autre juridiction en cas de certitude sur le sort à leur réserver. De même, les juridictions d'exception pourraient connaître des demandes qui ne relèvent pas de leur compétence d'attribution ou qui relèvent de la compétence territoriale exclusive d'une autre juridiction dès lors qu'elles ne soulèvent aucune difficulté sérieuse.

Cette extension de compétence trouverait cependant une limite dans le défaut de pouvoir de la juridiction saisie dans un cadre procédural déterminé. Si le législateur a subordonné le prononcé de certaines décisions au respect de procédures spécifiques d'ordre public, il y a lieu de respecter ce choix : une juridiction saisie d'une demande par voie incidente ne saurait statuer dessus sans excéder ses pouvoirs si un tel jugement échappe à ses attributions. Ainsi, par exemple, un conseil de prud'hommes saisi d'une demande en paiement de salaires excèderait ses pouvoirs s'il statuait sur une demande incidente tendant à l'ouverture d'une procédure collective formulée par le salarié soucieux

¹¹⁹⁴ Seule l'incompétence sur les moyens de défense, et non sur les demandes incidentes, entraîne un sursis à statuer. Il n'est en effet pas possible de statuer sur une demande sans avoir préalablement tranché les contestations qui s'y rapportent, alors qu'il n'est pas nécessaire d'avoir préalablement résolu les demandes connexes. Si la résolution de ces dernières peut bien avoir une influence sur le sort de la demande avec laquelle elles entretiennent un lien de connexité, ce n'est qu'en tant qu'elles fondent un moyen de défense. Ainsi, par exemple, une juridiction saisie d'une action en responsabilité fondée sur l'inexécution d'un acte ne peut se prononcer sur la demande indemnitaire sans juger de la recevabilité et du bien-fondé de l'exception de nullité soulevée par le défendeur. Elle peut néanmoins statuer sur cette demande tout en laissant sans réponse la *demande* d'annulation de l'acte qui ne relève pas de sa compétence et qui conduirait à rendre une décision ayant un effet *erga omnes* sur ce point.

¹¹⁹⁵ Rapp. : M. SEGONDS, « La plénitude de juridiction du tribunal de grande instance », *JCP G* 2000. I. 223, n° 11 et les références.

de bénéficier de la sûreté prévue à l'article L3253-2 du code du travail¹¹⁹⁶. L'extension de compétence se heurterait aux limites des pouvoirs du conseil de prud'hommes¹¹⁹⁷. Quant au moyen tiré du bénéfice de la sûreté, si le conseil est bien compétent, il ne peut toutefois que le rejeter car une telle sûreté suppose qu'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation ait été ouverte.

II/ La détermination des taux de compétence et de ressort en fonction du caractère sérieux des demandes

342. L'influence d'une demande sur les taux de ressort et de compétence déterminé selon son caractère sérieux. La détermination des taux de ressort et de compétence, c'est-à-dire de la valeur des demandes soumises à une juridiction afin de déterminer si elle est compétente ou si la décision qu'elle rendra sera susceptible d'appel, dépend de règles complexes qu'il ne nous appartient pas d'exposer trop avant dans le cadre de cette étude. Deux observations doivent cependant être faites à cet égard. D'une part, le demandeur est libre de déterminer la valeur de ces demandes lorsqu'elles tendent à un paiement. D'autre part, le défendeur ou un tiers intervenant peuvent modifier le taux de ressort ou de compétence en soulevant des demandes incidentes¹¹⁹⁸.

Le demandeur peut alors gonfler artificiellement le montant de ses demandes, uniquement dans le but de se réserver le droit d'interjeter appel, de soumettre son action au tribunal de grande instance plutôt qu'au tribunal d'instance ou même de se soumettre à un régime procédural particulier dont l'application dépend de la valeur des demandes en cause. De la même façon, le défendeur pourrait se réserver le droit d'interjeter appel en exagérant à outrance la valeur de ses demandes reconventionnelles¹¹⁹⁹.

Afin d'éviter de telles manœuvres, le juge pourrait être appelé à apprécier le sérieux des demandes ou de leur évaluation pour déterminer le taux de ressort et de compétence. Une jurisprudence ancienne exclut cependant : la demande non sérieuse ou manifestement surévaluée doit bien être prise en compte¹²⁰⁰. À notre connaissance, aucun arrêt récent ne se prononce sur ce point. Cette jurisprudence est pourtant problématique, comme en témoignent la résistance des juridictions du fond¹²⁰¹ et les critiques de la

¹¹⁹⁶ On pourrait objecter qu'une telle demande serait de toute façon irrecevable car ne présentant pas un lien suffisant avec la demande en paiement des salaires (art. 70 CPC). Cependant, l'appréciation de ce lien relève du pouvoir souverain des juges du fond (Cass., civ. 3^e, 4 avr. 2002, n° 96-12.284, *Bull. civ.*, III, n° 79). De plus cette irrecevabilité n'est pas d'ordre public (15 juin 1976, n° 75-10.196, *id.*, n° 267).

¹¹⁹⁷ Rappr. : P. MAYER, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *Rev. crit. DIP* 1979. 349, n° 45, précité.

¹¹⁹⁸ Déterminant l'influence des demandes incidentes sur ces taux : art. 35, 38 et 39 CPC.

¹¹⁹⁹ Il ne peut, en revanche, pas imposer au tribunal d'instance de se dessaisir de la demande initiale qui relève du taux de sa compétence, celui-ci pouvant décider de se dessaisir de la demande initiale ou de statuer uniquement sur celle-ci tout en se déclarant incompétent sur les demandes incidentes (art. 38 CPC).

¹²⁰⁰ Cass., civ., 28 juill. 1864, *D.* 1864. 1. 353 ; 6 mai 1872, *D.* 1872. 1. 170 ; 29 mai 1876, *D.* 1876. 1. 377 ; 16 janv. 1937, *Gaz. Pal.* 1937. 1. 505 ; Besançon, 30 juin 1873, *D.* 1873. 2. 234.

¹²⁰¹ T. civ. Dax, 18 août 1869, *D.* 1872. 1. 170 ; Alger, 11 févr. 1874, *D.* 1876. 1. 378. Voir aussi les décisions antérieures à la jurisprudence de la Cour de cassation qui déclarent l'appel irrecevable en raison du caractère non sérieux des demandes ou de leur montant : Orléans, 15 août 1852, *D.* 1855. 2. 316 ; Gand, 24 mai 1855, *D.* 1855. 2. 243 ; Amiens, 1^{er} mars 1962, *D.* 1864. 1. 354.

doctrine¹²⁰² au moment de son émergence et de sa consolidation. Sa justification tient essentiellement dans le fait que la loi ne se réfère qu'au montant de la demande pour déterminer si un jugement est susceptible d'appel. Il ne s'agit néanmoins pas là d'un obstacle dirimant dès lors que les dispositions relatives au taux de ressort n'excluent pas expressément que la cour d'appel puisse s'assurer que les demandes et leur chiffrage ont un caractère sérieux. Or, un tel contrôle constitue le seul moyen d'assurer l'effet utile de ces dispositions, dont l'application ne doit pas être laissée à la discrétion du demandeur. Il convient de les concilier avec le principe *fraus omnia corrumpit*, les droits du défendeur ainsi qu'avec l'objectif à valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice¹²⁰³ dont le législateur a jugé qu'il justifiait d'appliquer aux cours d'appel l'adage *de minimis non curat praetor*. À cet égard, il peut être rappelé que la suppression du droit d'appel constitue une fin de non-recevoir d'ordre public que le juge doit relever d'office¹²⁰⁴ et à laquelle les parties ne peuvent déroger¹²⁰⁵.

Un revirement de jurisprudence serait donc souhaitable.

III/Les exceptions de connexité et d'indivisibilité conditionnées au caractère sérieux de la demande soulevée devant la juridiction de renvoi

343. L'exception de connexité. L'exception de connexité est instituée par l'article 101 du code de procédure civile, qui dispose que « s'il existe entre des affaires portées devant deux juridictions distinctes un lien tel qu'il soit de l'intérêt d'une bonne justice de les faire instruire et juger ensemble, il peut être demandé à l'une de ces juridictions de se dessaisir et de renvoyer en l'état la connaissance de l'affaire à l'autre ». Cette exception n'est admise que si la juridiction de renvoi est compétente pour statuer sur les demandes connexes dont elle est actuellement saisie¹²⁰⁶. Il faut aussi que la demande qui est l'objet de l'exception relève de la compétence des deux juridictions concernées¹²⁰⁷. Dans le cas où aucune des deux juridictions ne pourrait connaître des demandes élevées devant l'autre, l'exception ne pourra être admise devant aucune et chacune conservera les demandes dont

¹²⁰² Note critique sous Besançon, 30 juin 1873, *D.* 1873. 2. 234, note 4 ; E. GLASSON, A. TISSIER et R. MOREL, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, t. I, Sirey, 1926, n° 300. Antérieurement : A. RODIÈRE, *Exposition raisonnée des lois de la compétence et de la procédure en matière civile*, t. 1, Toulouse, 1841, p. 177.

¹²⁰³ C. const., 28 déc. 2006, n° 2006-545 DC, §24 ; 3 déc. 2009, n° 2009-595 DC, §4.

¹²⁰⁴ Art. 125 CPC.

¹²⁰⁵ Elles peuvent uniquement « convenir en vertu d'un accord exprès que leur différend sera jugé sans appel même si le montant de la demande est supérieur au taux du dernier ressort » (art. 41 CPC).

¹²⁰⁶ H. SOLUS et R. PERROT, *op. cit.*, t. II, n° 814. Cette compétence peut résulter de l'application normale des règles de compétence ou procéder de la passivité des parties, qui n'auraient pas soulevé d'exception d'incompétence *in limine litis* devant la juridiction de renvoi et auraient ainsi perdu le droit de se prévaloir de son incompétence (art. 74 CPC).

¹²⁰⁷ Cass., soc., 22 juin 1977, n° 76-40.212, *Bull. civ.*, V, n° 419 ; civ. 2^e, 12 oct. 1978, n° 77-12.779, *id.*, II, n° 208 ; soc., 11 mars 2003, n°s 00-45.855 et .856, *id.*, V, n° 91 ; com., 7 avr. 2009, n° 08-16.884, *id.*, IV, n° 51. La compétence de la juridiction d'origine sur la demande dont le dessaisissement est sollicité peut résulter du jeu normal des règles de compétence ou de la passivité des parties (cf. note précédente). Quant à la compétence de la juridiction de renvoi, elle dépendra de la nature de cette juridiction. En application de l'article 51 du code de procédure civile, s'il s'agit d'une juridiction d'exception, il est nécessaire que la demande entre dans sa compétence d'attribution. S'il s'agit d'une juridiction de droit commun (tribunal d'instance et tribunal de grande instance), il suffit que la demande ne relève pas de compétence d'attribution exclusive d'une autre juridiction.

elle est actuellement saisie¹²⁰⁸. L'incompétence territoriale de la juridiction de renvoi sur cette demande ne fait toutefois pas échec à la mise en œuvre de l'exception¹²⁰⁹, sauf à résulter de la compétence territoriale exclusive de la juridiction d'origine¹²¹⁰. En outre, la loi énonce expressément que l'exception ne doit pas être soulevée tardivement¹²¹¹ et qu'elle ne doit pas remettre en cause la hiérarchie judiciaire : il ne peut être demandé à une cour d'appel de se dessaisir au bénéfice d'une juridiction inférieure¹²¹².

Une interprétation *a contrario* de ces textes conduit à considérer que l'absence de caractère sérieux des demandes ne constitue pas une exception permettant de faire échec au jeu de la connexité et d'empêcher la réunion des demandes connexes devant une seule juridiction.

344. La connexité exclue quand la demande formulée devant la juridiction de renvoi ne présente pas un caractère sérieux. Si l'absence de moyen sérieux ou de difficulté sérieuse ne permet pas de déroger aux effets de la connexité lorsqu'elle est caractérisée, elle peut toutefois entrer en compte dans l'appréciation de la connexité elle-même en tant qu'élément excluant tout « lien tel qu'il soit de l'intérêt d'une bonne justice de [...] faire instruire et juger ensemble [les demandes] ».

Les juges du fond, souverains pour apprécier l'existence de ce lien¹²¹³, considèrent généralement qu'il est caractérisé quand il existe un risque que des décisions contradictoires soient rendues¹²¹⁴. Ce risque suppose que les demandes reposent, au moins en partie, sur des faits ou obligations identiques¹²¹⁵. Cette solution ne peut qu'être approuvée car il est effectivement de bonne justice de remédier à un tel risque. Mais le lien prévu à l'article 101 ne s'épuise pas avec le risque de contradiction¹²¹⁶ : il peut parfois

¹²⁰⁸ Mêmes arrêts.

¹²⁰⁹ H. SOLUS et R. PERROT, *op. cit.*, t. II, n° 814.

¹²¹⁰ Cass., civ., 18 mars 1931, *D. H.* 1931. 1. 269 ; 11 juill. 1932, *D. H.* 1933. 1. 5 ; civ. 2^e, 4 juill. 2007, n° 06-13.840, *Bull. civ.*, II, n° 203.

Toutefois, en matière de successions, la jurisprudence fait jouer l'exception de connexité malgré la compétence territoriale exclusive de la juridiction d'origine lorsque la juridiction de renvoi est également exclusivement compétente pour connaître des demandes connexes qui sont soulevées devant elle : Cass., req., 25 janv. 1939, *Gaz. Pal.* 1939. 1. 622 ; civ. 1^{ère}, 27 oct. 1964, *Bull. civ.*, I, n° 476 ; civ. 2^e, 18 nov. 1964, *id.*, II, n° 724.

¹²¹¹ Art. 103 CPC.

¹²¹² Art. 102 CPC.

¹²¹³ Cass., soc., 13 oct. 1988, n° 85-45.486, *Bull. civ.*, V, n° 514 ; civ. 2^e, 17 avr. 2008, n° 06-19.253. Déjà : civ., 14 janv. 1890, *D.* 1891. 1. 433.

¹²¹⁴ Par exemple : Riom, com., 17 déc. 2014, 13/02435 ; Douai, ch. 8, 10 janv. 2013, n° 12/01076 ; Grenoble, 21 nov. 2011, *JurisData* n° 031892 ; Paris, 30 mars 1994, *JurisData* n° 021986.

Il faut ici distinguer la contradiction entre les décisions, qui justifie d'appliquer l'article 101, de leur incompatibilité, prévue à l'article 618 CPC et qui constitue une hypothèse bien plus restreinte et suppose que l'exécution concurrente des décisions soit impossible (notamment : Cass., civ. 1^{ère}, 18 oct. 1983, n° 82-12.353 et .354, *Bull. civ.*, I, n° 235 ; soc., 13 nov. 1986, n° 83-42.162 et 83-42.937, *id.*, V, n° 519 ; com., 12 janv. 1988, n° 85-17.647 et .648, *id.*, IV, n° 18 ; civ. 1^{ère}, 30 juin 1992, n° 90-19.489, *id.*, I, n° 202).

¹²¹⁵ Mêmes arrêts. *Adde* : Paris, ch. 1, 8 juin 1994, *JurisData* n° 021592. Rappr. : CE, 23 févr. 1970, n° 00074, publié au recueil *Lebon* ; 3^e et 5^e srr., 26 févr. 1988, n° 65387, *Lebon* 83 ; 7^e et 10^e srr., 13 janv. 1995, n° 142049 et 146261, *Lebon* T. 728 et 907 ; ord., 23 juill. 2004, n° 270272.

¹²¹⁶ Dijon, 7 juin 2012, n° 11/01584 : « Ce texte ne définit pas en lui-même le lien de connexité qui ne saurait se réduire, contrairement à ce que soutient la Banque Patrimoine et Immobilier, à la seule hypothèse d'un risque de contrariété de décisions ». Aussi : 30 janv. 2014, *JurisData* n° 002417.

Dans ce sens : Grenoble, civ. 1^{ère}, 31 août 2011, n° 10/05008.

être conforme à l'objectif de bonne administration de la justice de faire juger ensemble des demandes qui se rattachent à des faits distincts et des obligations indépendantes. La connexité peut ainsi être caractérisée par la seule possibilité de faire jouer la compensation¹²¹⁷.

C'est dans ce cadre que le caractère sérieux des demandes est susceptible d'intervenir. En effet, si l'une des demandes apparaît non sérieuse, alors la possibilité de faire jouer la compensation demeure purement théorique. De même, le risque d'appréciations divergentes entre les deux juridictions est nul. Dans ce sens, la cour d'appel de Rennes a confirmé un jugement du tribunal de commerce de Quimper qui avait refusé de faire droit à l'exception de connexité soulevée devant lui, après avoir examiné au fond la demande pendante devant le tribunal de grande instance de Paris, au profit duquel le dessaisissement était demandé¹²¹⁸. Les demandes se rattachaient à la même opération, l'exécution d'un contrat de travaux, et étaient formées entre les mêmes parties. *Prima facie* il était utile de les faire juger ensemble, notamment pour permettre la compensation. Toutefois, la cour relève que l'action introduite devant le tribunal de grande instance de Paris est vouée à l'échec en raison de la liquidation judiciaire du débiteur et du défaut de déclaration de la créance alléguée à la procédure collective. Par conséquent, il n'y a aucun avantage à faire juger ensemble les demandes. Au contraire, le dessaisissement conduirait à retarder sans justification le règlement de la demande actuellement soumise à la juridiction quimpéroise. Cette décision peut être utilement rapprochée d'un arrêt de la cour d'appel de Dijon dans lequel l'exception de connexité a été retenue au motif que les demandes soumises aux juges de renvoi étaient sérieuses¹²¹⁹. De même, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a fait droit à une exception de connexité après avoir mis en lumière les éléments de preuve étayant les prétentions pendantes devant la juridiction de renvoi¹²²⁰.

¹²¹⁷ Nancy, civ. 2^e, 13 déc. 2012, n° 12/00899. Voir aussi : Orléans, ch. urgences, 18 mai 2011, n° 10/03284 : « Que Monsieur N. prétend justifier le dessaisissement sollicité au profit du tribunal de grande instance de Nice par la possibilité d'une compensation entre les créances réciproques des parties ;/ Or attendu que la compensation ne peut avoir lieu qu'entre créances réciproques, certaines et exigibles ;/ Que tel n'est pas le cas de la créance dont se prévaut Monsieur N. à l'encontre de Monsieur M. [...] ;/ Que le premier juge a donc pu là encore rejeter à bon droit la demande de Monsieur N. fondée sur l'article 101 du code de procédure civile [...] ». *Contra* : Paris, ch. 1, 19 mars 1990, *JurisData* n° 021035 ; 31 janv. 2007, n° 06/20154 ; 25 avr. 2007, n° 06/20154 ; Grenoble, com., 31 oct. 2007, n° 06/03306.

¹²¹⁸ Rennes, ch. 4, 18 mai 2000, *JurisData* n° 127792.

¹²¹⁹ « Attendu qu'il existe donc un lien de connexité entre les deux instances introduites respectivement par le Crédit immobilier et Monsieur Nicolas S. ; [...] / Attendu que les développements de l'information en cours devant le juge d'instruction du Tribunal de grande instance de Marseille, tels qu'ils résultent des éléments produits, permettent d'ores et déjà de retenir que l'action en responsabilité de Monsieur Nicolas S. présente un caractère sérieux et non purement dilatoire ;/ Qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments qu'il est conforme à une bonne administration de la justice que le tribunal de grande instance de Marseille, déjà saisi d'affaires connexes, instruisse et juge également l'action introduite par le Crédit Immobilier contre Monsieur Nicolas S. » (Dijon, 20 sept. 2012, n° 12/00089).

¹²²⁰ « Les deux instances sont indéniablement liées, du fait de l'incidence de la fraude alléguée par les époux P. qui font valoir que plusieurs notaires rédacteurs de procurations notariées et d'actes authentiques ont été mis en examen pour faux en écriture publique ; qu'ils n'ont jamais été en contact avec la NORFI et n'ont jamais reçu son offre de prêt qui a été retournée à la banque sans leur intervention ; que l'examen des pièces montre des discordances chronologiques ; qu'en particulier, la demande de prêt a été adressée par CAFPI à NORFI par un courrier du 21 mars 2006, tandis que ce courrier comporte une mention manuscrite d'acceptation du prêt du 20 mars 2006 et de ce que des pièces montrent qu'ils ont donné une procuration notariée le 5 mai 2006 en vue de rechercher un financement qui était déjà intervenu à leur insu. » (Aix-en-Provence, 27 févr. 2014, n° 11/20626).

La prise en compte du caractère sérieux de la demande dont est saisie la juridiction de renvoi a en outre l'avantage d'éviter de donner effet aux manœuvres frauduleuses d'une partie, qui pourrait être tentée de se soustraire aux règles de compétence applicables ou de retarder une condamnation qu'elle sait inévitable en créant une connexité artificielle. Cela est d'autant plus important que la connexité peut jouer en faveur d'une juridiction étrangère s'il existe un risque de contrariété¹²²¹. Elle peut aussi imposer le sursis à statuer sur les demandes dont la juridiction reste saisie mais dont la résolution dépend du sort de la demande dont elle s'est dessaisie¹²²². Enfin, lorsque la connexité permet de neutraliser les clauses attributives de juridiction¹²²³, l'article 1103 du Code civil impose de vérifier que la demande soulevée devant la juridiction de renvoi est sérieuse, afin d'empêcher les parties de se soustraire frauduleusement à leurs engagements contractuels.

345. L'exception d'indivisibilité. Comme la connexité, l'indivisibilité des demandes justifie qu'elles soient jugées ensemble, et ce même si elles relèvent de la compétence d'attribution exclusive de juridictions différentes¹²²⁴. L'indivisibilité est caractérisée toutes les fois que les demandes peuvent donner lieu à des décisions incompatibles dans leur exécution¹²²⁵.

L'exception d'indivisibilité peut se rattacher à l'article 101 du code de procédure civile car, de par sa nature même, elle implique qu'il est de l'intérêt de bonne justice de juger ensemble les demandes¹²²⁶. Cependant, son régime diffère de la connexité : outre qu'elle tient en échec la compétence exclusive des juridictions, sa qualification fait l'objet d'un contrôle de la part de la Cour de cassation et la doctrine considère qu'elle peut être

¹²²¹ Cass., civ. 1^{ère}, 22 juin 1999, n° 96-22.546, *Bull. civ.*, I, n° 208.

¹²²² T. civ. Bourgoïn, 15 nov. 1937, *Gaz. Pal.* 1939. 1. 624, note sous Cass., req., 25 janv. 1939. Rapp. : Cass., com., 6 mai 2003, 01-15.268, *Bull. civ.*, IV, n° 67 ; Versailles, 9 mai 1996, *JurisData* n° 044483 ; Paris, 8 mars 1968, *D.* 1969, juris. 30.

¹²²³ Cass., civ. 2^e, 9 juin 2011, n° 10-22.725. Rapp. : arrêts cités à la note 1173, qui jugent qu'en application de l'article 42 CPC, le demandeur peut, nonobstant la clause attributive qui le lierait à un défendeur, assigner celui-ci devant la juridiction territorialement compétente à l'égard d'un codéfendeur contre lequel est soulevée une demande connexe ou indivisible. Il existe toutefois des cas où le droit international fait primer la clause attributive de juridiction sur la connexité et l'indivisibilité : Cass., civ. 1^{ère}, 26 juin 2006, n° 05-16.706, *Bull. civ.*, I, n° 314. En revanche, de façon générale, ni la connexité ni l'indivisibilité n'affectent les clauses compromissoires (Cass., civ. 1^{ère}, 12 févr. 2014, n° 12-27.232 ; 17 mars 2010, n° 08-21.641 ; 6 févr. 2001, n° 98-20.776, *Bull. civ.*, I, n° 22) : il ne saurait être demandé à une juridiction arbitrale de se dessaisir en faveur d'une juridiction étatique au motif que celle-ci serait saisie d'une demande indivisible avec celle dont les arbitres ont à connaître.

¹²²⁴ Cass., soc., 21 avr. 1977, n° 75-12.345, *Bull. civ.*, V, n° 261 ; 17 déc. 2013, n° 12-26.938, *id.* n° 306 ; 28 janv. 2015, n° 13-20.685. Rapp. : civ. 3^e, 3 mai 1978, n° 76-14.823, *id.*, III, n° 187 ; soc., 11 févr. 2003, n° 01-00.597 ; 5 déc. 2006, n° 06-40.163, *id.*, V, n° 369. Seule la clause compromissoire fait échec à la réunion des instances pour indivisibilité (cf. note précédente). Sur le choix de la juridiction qui doit être saisie de l'entier litige au détriment de l'autre, voir : A. JOB et L. LEFEBVRE, « Haro sur la compétence exclusive du conseil de prud'hommes », *Cahiers sociaux* 01 mars 2007 n° 188, p. 99.

¹²²⁵ Selon la jurisprudence, il faut qu'il y ait « impossibilité d'exécution simultanée de décisions » (Cass., civ. 2^e, 30 janv. 2014, n° 12-27.102 ; soc., 17 déc. 2013, cité note précédente ; com., 26 oct. 2010, n° 09-66.731 ; voir aussi : civ. 3^e, 6 avr. 2011, n° 10-13.560 ; civ. 2^e, 30 avr. 2003, n° 00-22.712, *id.*, II, n° 127).

¹²²⁶ Visant ce texte : Cass., soc., 21 avr. 1977, n° 75-12.345, *Bull. civ.*, V, n° 261 ; 17 déc. 2013, n° 12-26.938, *id.* n° 306 ; 28 janv. 2015, n° 13-20.685.

relevée d'office¹²²⁷. On pourrait donc considérer qu'elle se distingue de la connexité dans sa nature¹²²⁸ et qu'elle s'applique indépendamment de l'article 101.

346. L'indivisibilité exclue quand la demande formulée devant la juridiction de renvoi ne présente pas un caractère sérieux. Quoi qu'il en soit, il nous semble que l'absence de sérieux d'une des demandes fait obstacle à ce que l'exception d'invisibilité puisse jouer, car elle exclut *de facto* le risque d'incompatibilité, et donc l'indivisibilité. En outre, même d'origine prétorienne, le principe de réunion des instances indivisibles doit être concilié avec le principe *fraus omnia corrumpit* et ne doit pas conduire à vider de leur substance les règles ordinaires de compétence¹²²⁹.

Si des décisions incompatibles venaient malgré tout à être rendues, les parties pourraient toujours former un pourvoi en cassation sur le fondement de l'article 618 du code de procédure civile pour obtenir l'annulation de l'une d'elles ou des deux.

347. Il ressort des développements de cette section que les règles relatives à la compétence sur les demandes gagneraient à voir leur mise en œuvre articulée autour d'une réflexion menée par le juge sur le caractère sérieux de la demande. Il semble en effet dommageable que les demandes manifestement infondées, irrecevables ou surévaluées puissent servir de fondement à la détermination des taux de ressort et de compétence ou à une prorogation de compétence. De même, il paraît difficile d'admettre qu'une juridiction doive se dessaisir des demandes dont elle est saisie pour la seule raison qu'une autre juridiction serait saisie d'une demande connexe ou indivisible alors que celle-ci serait manifestement vouée à l'échec et dépourvue de caractère sérieux.

CONCLUSION DU CHAPITRE

348. La référence aux caractères sérieux et manifeste est ancienne et n'a cessé de croître au point d'apparaître désormais comme un élément naturel des règles de compétence permettant d'en faire une application équilibrée et rationalisée. Jacques Normand a ainsi pu soutenir que l'exception liée à l'absence de caractère sérieux d'un moyen, d'une demande ou d'une question « s'applique à tous les mécanismes juridiques, dont le fonctionnement ne peut être paralysé que par des motifs sérieux »¹²³⁰. Aussi, les développements de ce chapitre ont pu mettre en lumière l'importance des caractères sérieux et manifeste pour recentrer les règles de compétence sur leurs fonctions

¹²²⁷ H. SOLUS et R. PERROT, *op. cit.*, t. II, n° 553. À l'inverse, la connexité ne peut pas être relevée d'office (*id.* n° 828 ; C. GIVERDON, « La procédure de règlement des exceptions de compétence, de litispendance et de connexité d'après le décret n° 72-684 du 20 juillet 1972 », *D.* 1973, chron. 155, n° 125).

¹²²⁸ C. TIRVAUDEY-BOURDIN, *L'indivisibilité en droit privé*, thèse Dijon, 2003, n° 212.

¹²²⁹ Dans ce sens, à propos de la prorogation de compétence à l'égard des demandes indivisibles formées contre des codéfendeurs qui relèvent normalement d'une autre juridiction : « Il existe, enfin, une troisième raison, infiniment plus juste mais moins originale, de refuser à l'indivisibilité toute force unificatrice. C'est l'absence de sérieux de l'action intentée contre le défendeur dont la juridiction est saisie de l'ensemble du litige./ La règle est générale et s'applique à tous les mécanismes juridiques, dont le fonctionnement ne peut être paralysé que par des motifs sérieux. » (J. NORMAND, note sous Cass., com., 2 janv. 1968, *op. cit.*, p. 523).

¹²³⁰ J. NORMAND, note sous Cass., com., 2 janv. 1968, *op. cit.*, p. 523.

essentielles. L'analyse des mécanismes préjudiciels est très éclairante sur ce point.

En effet, limiter le renvoi de questions d'interprétation aux hypothèses où une difficulté sérieuse existe évite le dévoiement de ce mécanisme et sa dégénérescence en un simple service de consultation juridique ouvert aux juridictions : limité aux hypothèses où une incertitude existe, le renvoi a bien pour objet d'assurer une interprétation uniforme du droit¹²³¹ entre juridictions appartenant à des ordres différents ou d'assurer une légitimation de décisions juridiquement fragiles en confiant à une juridiction spécialisée le soin de se prononcer. Hors de ces hypothèses, le renvoi n'est pas justifié et il est nécessaire d'assurer aux parties un règlement rapide et à moindre coût de leur litige.

De même, subordonner le renvoi en appréciation de validité à l'existence d'un moyen sérieux permet une application rationnelle de ce mécanisme. Délimité par le moyen sérieux, le renvoi assure une interprétation unifiée des règles constitutionnelles ou européennes en cas d'incertitude sur celles-ci, ou garantit une sécurité juridique maximale dans le cas où l'invalidité de l'acte ou de la loi serait certaine. En effet, dans cette hypothèse, le renvoi conduit à l'abrogation de l'acte ou de la loi, là où une décision du juge national ou ordinaire n'aurait pas d'effet *erga omnes*. En revanche, sitôt que le grief d'invalidité n'est pas sérieux, le renvoi perd toute raison d'être et doit être écarté afin d'assurer un règlement rapide du litige.

On peut encore faire la même observation à propos des règles qui régissent la compétence sur les demandes. Si l'objet des exceptions de connexité et d'indivisibilité est d'éviter que des décisions contradictoires ne soient rendues ou est de permettre la compensation entre des dettes réciproques dont le paiement est poursuivi devant deux juridictions différentes, alors elles doivent être conditionnées au caractère sérieux des deux demandes connexes ou indivisibles. À défaut, l'exception ralentirait inutilement le cours de la justice et permettrait à une partie de se soustraire à son juge naturel.

349. L'analyse des textes et des fonctions de la référence aux caractères sérieux et manifeste vient ainsi conforter la définition de ces concepts par le critère de certitude plutôt que celui d'évidence ou de facilité. Une application rationalisée et équilibrée des mécanismes préjudiciels suppose de s'assurer qu'il existe un véritable risque de divergence d'interprétation et donc que les règles de droit laissent réellement, et non apparemment, au juge un choix quant à la solution à adopter. Il convient donc de se placer en aval de l'analyse de ces règles pour déterminer si le renvoi est justifié.

350. Pour finir, il nous faut relever que si l'insertion des caractères sérieux et manifeste au sein des règles de compétence doit être approuvée, elle conduit à reconsidérer le caractère prioritaire de la question de la compétence. Se définissant comme « l'aptitude légale [...] à instruire et juger un procès »¹²³², la compétence est généralement présentée comme le premier élément sur lequel le juge est appelé à se prononcer¹²³³. Les moyens s'y rapportant sont d'ailleurs des exceptions de procédures qui doivent être soulevées avant toute discussion du fond¹²³⁴ et il semble logique que le juge détermine s'il est habilité à

¹²³¹ Cf. note 1026.

¹²³² S. GUINCHARD et T. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 2015, Dalloz, p. 221.

¹²³³ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 2008, 13^e éd., n^o 287.

¹²³⁴ Art. 73 s. CPC.

trancher le litige avant de rechercher la solution qu'il devra adopter. On pourrait certes objecter à cette distinction entre l'analyse relative à la compétence et celle relative au fond du litige que la compétence dépend généralement de la qualification juridique des faits. De sorte que le juge doit souvent se prononcer sur certains éléments ayant trait au fond du litige pour déterminer l'étendue exacte de sa compétence¹²³⁵. Mais la question de la compétence demeure toujours distincte de celle du fond, car qualifier les faits ce n'est pas encore statuer sur les prétentions et les dire bien ou mal fondées, c'est simplement indiquer les textes qui sont pertinents à cet égard.

La référence au moyen sérieux et à l'appréciation manifeste dans le champ des règles de compétence opère donc un véritable renversement de la chronologie des questions. Désormais, la première question que le juge doit se poser est celle de la recevabilité et du bien-fondé de la demande ou du moyen. La compétence dépendra de la réponse à cette question et de la certitude acquise ou non par le juge. Dans de nombreux cas, pour déterminer s'il est habilité à statuer sur le litige, le juge devra préalablement chercher à déterminer quelle est sa solution.

¹²³⁵ Cette hypothèse est prévue par les articles 77 et 95 du code de procédure civile. Voir, par exemple : Cass., soc., 19 juill. 1960, *Bull. civ.*, IV, n° 791 ; civ. 3^e, 9 juill. 1969, *id.*, III, n° 577 ; 13 juin 2006, n° 05-14.688.

CHAPITRE II : L'INSTANCE RATIONNALISÉE PAR LA RÉFÉRENCE AUX CARACTÈRES SÉRIEUX ET MANIFESTE

351. Les règles relatives à l'instance peuvent avoir deux objets différents. Elles peuvent d'abord porter sur les conditions d'exercice du droit d'action. Elles définissent alors les modalités selon lesquelles un justiciable peut saisir régulièrement une juridiction ainsi que les garanties accompagnant l'exercice de cette faculté.

Elles peuvent ensuite déterminer les formalités s'imposant à la juridiction régulièrement saisie pour pouvoir rendre un jugement. Elles organisent et encadrent ainsi l'instruction de l'affaire, le déroulement des débats et les délibérations des juges.

Les enjeux étant très différents, nous exposerons dans un premier temps comment les concepts étudiés influent sur l'exercice du droit d'action et ses conséquences (section I) puis, dans un second temps, nous montrerons comment ils contribuent à déterminer les formes qui s'imposent à la juridiction saisie d'une demande pour statuer (section II).

SECTION I : LA LUTTE CONTRE LES ACTIONS NON SÉRIEUSES

352. Les caractères sérieux et manifeste délimitent souvent le champ d'application de règles qui favorisent ou restreignent l'exercice du droit d'action par un justiciable. La référence à ces concepts tend ainsi à lutter contre l'introduction d'actions certainement vouées à l'échec. Il existe ainsi plusieurs textes qui contribuent à dissuader un justiciable de déposer des demandes certainement irrecevables ou infondées.

Mais la lutte contre les actions non sérieuses passe aussi par un encadrement du droit d'obtenir des mesures précontentieuses. Ces mesures règlent les rapports entre les parties à un litige dans l'attente de son règlement. Elles tendent à protéger les droits des justiciables sans se prononcer sur la réalité et l'étendue de ces droits. La demande précontentieuse se rattache donc à un litige, au moins potentiel, sans pour autant en constituer l'objet.

Bien qu'il ne soit pas appelé à se prononcer sur le fond du litige, le juge saisi d'une demande précontentieuse est néanmoins systématiquement tenu de s'assurer que les prétentions du demandeur au fond ne sont pas certainement irrecevables ou infondées. C'est là une condition générale destinée à éviter que le demandeur ne détourne la procédure précontentieuse de sa finalité, à savoir préserver les droits litigieux des parties. Il ne faudrait pas qu'un justiciable puisse obtenir une mesure indue en arguant d'une atteinte à des droits certainement inexistantes ; le litige allégué ne doit pas être purement artificiel. La référence aux caractères sérieux et manifeste vise alors à empêcher que les justiciables ne procèdent à une inversion du contentieux injustifiée et n'imposent à leur adversaire d'introduire une action au fond dont le résultat positif ne fait aucun doute.

Il ne s'agit donc pas d'encadrer le droit de *saisir* le juge de demandes précontentieuses certainement infondées, mais d'encadrer le droit à de telles mesures en raison du caractère manifestement infondé des prétentions au fond et du caractère artificiel du litige.

Il convient donc de distinguer les enjeux liés à la limitation des hypothèses dans lesquelles un justiciable est en droit d'exiger que des mesures précontentieuses soient ordonnées (§1) de ceux liés à la dissuasion des *actions* (§2).

§1. Le droit à des mesures précontentieuses subordonné à l'existence d'un moyen sérieux au fond

353. Les procédures précontentieuses dont l'issue dépend directement de l'existence d'un moyen sérieux au fond sont de deux types. Il peut d'abord s'agir de mesures d'attente ou de préparation d'un hypothétique procès. S'agissant de mesures destinées à éclairer les parties sur leurs droits éventuels ou d'éviter une dégradation du préjudice résultant d'une situation potentiellement illicite, le juge n'est pas appelé à prendre position sur les droits des parties. Il doit néanmoins s'assurer que le demandeur n'allègue pas artificiellement de l'existence d'un litige ou de sa survenance possible et, donc, que ses prétentions au fond ne sont pas manifestement infondées, qu'elles présentent un caractère sérieux (I). Il peut ensuite s'agir d'une mesure destinée à éviter tout procès en conférant à celui qui se prétend créancier un titre qui lui permettra de recouvrer son paiement sans recourir à la justice, *i.e.* en lui délivrant une injonction de payer ou de faire qu'il incombera au débiteur de contester. Là encore, le juge n'est pas appelé à se prononcer sur les droits du demandeur, il doit toutefois s'assurer que sa demande est sérieuse ou qu'elle ne se heurte à aucune contestation sérieuse (II).

I/ Les mesures conservatoires et probatoires précontentieuses subordonnées au caractère sérieux de la prétention au fond

354. Au titre des mesures destinées à préparer un éventuel procès au fond, figurent des mesures d'attente, destinées à éviter l'apparition d'un dommage ou son aggravation le temps que le conflit entre les parties soit vidé par une décision au fond (A), et des mesures probatoires, destinées à éclairer les parties sur leurs droits ou à conserver une preuve qui pourrait s'avérer déterminante dans le cas d'un litige éventuel (B).

A/ Les mesures conservatoires subordonnées au caractère sérieux de la prétention au fond

355. Parmi les mesures conservatoires qui peuvent être ordonnées en dehors de tout procès au fond, il faut distinguer celles qui sont ordonnées par le juge des référés (1) de celles qui sont ordonnées ou contrôlées par le juge de l'exécution (2).

1/ Référé conservatoire

356. La première fonction du juge des référés est d'intervenir dans l'attente du règlement d'un litige par la justice selon la procédure ordinaire, et non de servir de voie de substitution pour ce règlement. Dans ce cadre, il a pour tâche de figer les situations litigieuses afin de limiter le coût global du différend et d'éviter son aggravation dans

l'intérêt des deux parties¹²³⁶. Il est ainsi habilité par l'article 808 précité à prendre, « dans tous les cas d'urgence, [...] toutes les mesures [...] que justifie l'existence d'un différend ». De même, l'article 809 alinéa 1 lui confie le soin de « prescrire [...] les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, [...] pour prévenir un dommage imminent ».

Il est fréquemment expliqué que ces dispositions supposent une contestation sérieuse pour être mises en œuvre. Roger Perrot écrit ainsi : « il ne saurait être question d'invoquer l'existence d'une contestation sérieuse pour faire obstacle à la compétence du juge des référés [pour ordonner les mesures justifiées par l'existence d'un différend], puisque c'est elle précisément qui justifie la saisine »¹²³⁷. Cette présentation nous paraît partiellement erronée car si l'existence d'un doute permet d'adopter les mesures conservatoires, il n'est pas toujours nécessaire. Il faut, à cet égard, distinguer entre le pouvoir d'ordonner des mesures qui visent à prévenir un dommage imminent et celui d'ordonner les mesures justifiées par l'existence d'un différend.

357. Le droit à des mesures prévenant un dommage imminent subordonné à l'existence d'un moyen sérieux du demandeur. En ce qui concerne les droits d'obtenir le prononcé de mesures destinées à prévenir un dommage imminent, le pouvoir du juge sera caractérisé dès lors que la prétention qui sous-tend la demande en référé n'est pas manifestement infondée. Jacques Normand souligne à cet égard que les mesures qui préviennent un dommage imminent ne « s'imposent » que si le demandeur n'est pas manifestement tenu de le supporter¹²³⁸. Plutôt qu'une contestation sérieuse, ces dispositions supposent en fait le « sérieux des moyens du demandeur »¹²³⁹. Ainsi, au contraire, la contestation sérieuse peut parfois exclure l'intervention du juge si elle établit avec certitude le caractère infondé de la position du demandeur¹²⁴⁰.

Il faut alors rapprocher cette disposition de la règle posée par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'arrêt *Zuckerfabrick*, qui reconnaît au juge des référés le pouvoir de suspendre l'exécution des actes fondés sur un règlement de l'Union, lorsque cette exécution causerait un préjudice grave et irréparable et qu'il existe « un doute sérieux sur la validité » du règlement¹²⁴¹.

358. Le droit à des mesures justifiées par l'existence d'un différend subordonné à l'existence d'une difficulté sérieuse. En ce qui concerne le pouvoir d'ordonner les mesures justifiées par l'existence d'un différend, la délimitation des pouvoirs du juge des référés n'est pas la même. En effet, quand les droits des parties sont certains, le différend

¹²³⁶ X. VUITTON, « Référé. – Conditions générales des pouvoirs du juge des référés », *op. cit.*, n^{os} 77 et 78.

¹²³⁷ R. PERROT, « La compétence du juge des référés », *Gaz. Pal.* 1974. 2. 895, n^o 21. Voir aussi : P. ESTOUP, *op. cit.*, n^o 14 et 77 ; X. VUITTON, « Référé. – Conditions générales des pouvoirs du juge des référés », *op. cit.*, n^o 79.

¹²³⁸ J. NORMAND, « Les fonctions des référés », *op. cit.*, p. 79 à 81 ; « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », *RTD civ.* 1988. 167, *op. cit.*, p. 168 et 169. Voir aussi : Y. STRICKLER, *op. cit.*, p. 246.

¹²³⁹ Y. STRICKLER, *op. cit.*, p. 246. Dans ce sens : Cass., com., 16 févr. 1977, n^o 75-14.960, *Bull. civ.*, IV, n^o 52.

¹²⁴⁰ *Mutatis mutandis* : Cass., civ. 2^e, 14 févr. 1973, n^o 72-10.719, *Bull. civ.*, II, n^o 52.

¹²⁴¹ CJCE, 21 févr. 1991, *Zuckerfabrik*, C-143/88 et C-92/89, *Rec.* p. I-00415, §17, 23 et 28.

entre elles n'est qu'artificiel. Soit les prétentions au fond du demandeur sont dépourvues de sérieux, car manifestement infondées ou irrecevables, et les mesures qu'il sollicite ne sont pas « justifiées ». Soit, à l'inverse, sa demande ne se heurte à aucune contestation sérieuse, est certainement fondée, et la demande entre alors dans le champ des autres dispositions des articles 808 et 809¹²⁴² ; il ne s'agit plus de mesures justifiées par l'existence d'un différend, mais de mesures d'anticipation d'une future décision au fond dont le sens ne fait aucun doute.

Le doute est donc un élément inhérent à ce chef de saisine¹²⁴³ : il faut que le différend soit sérieux¹²⁴⁴. Dès que les droits des parties sont déterminables avec certitude, l'intervention du juge sur ce fondement est exclue. C'est donc la difficulté sérieuse qui est ici à l'œuvre, et non la contestation sérieuse ou le moyen sérieux.

359. Examen critique de la condition relative au caractère sérieux et consolidation de la définition fondée sur la certitude. La subordination du droit à des mesures précontentieuses à l'existence d'un moyen sérieux en demande ou d'une difficulté sérieuse s'explique par la finalité de ces procédures de référé. Destinées à préserver les droits potentiels des parties contre l'écoulement du temps nécessaire au règlement de leur litige, ces mesures tendent à assurer l'effectivité du droit d'action des parties, qui serait fortement diminué si elles devaient subir un dommage augmentant gravement le coût du procès au fond, voire un dommage irrémédiable que le jugement au fond ne pourrait pas intégralement corriger.

Ces mesures ne doivent toutefois pas conduire à une inversion du contentieux et le juge doit procéder à un examen approfondi des prétentions du demandeur et des contestations élevées par le défendeur. S'il se contentait d'un examen superficiel, portant sur l'évidence ou la facilité de l'application du droit, il pourrait soustraire le demandeur à un dommage qu'il est pourtant tenu de supporter ou limiter les prérogatives légitimes reconnues par la loi au défendeur. Dans cette perspective, l'équilibre entre les droits du demandeur et ceux du défendeur serait rompu : le premier pouvant obtenir des mesures dont le caractère injustifié pourrait être démontré par le défendeur au terme d'une argumentation étayée mais ne laissant place à aucun doute. Le défendeur serait alors tenu de saisir les juridictions du fond pour obtenir la levée de telles mesures.

2/ Les mesures d'exécution conservatoires ordonnées par le juge de l'exécution

360. Le droit de bénéficiaire de mesures d'exécution conservatoires. Le titre V du code des procédures civiles d'exécution institue plusieurs procédures d'exécution conservatoire au profit de toute personne qui se prétend créancière d'une autre ou qui prétend avoir vocation à le devenir. Ces procédures rendent indisponible certains éléments du patrimoine du prétendu débiteur ou les grèvent d'un droit de suite au profit du prétendu créancier, afin de préserver son droit de gage. Compte tenu de leur objet, les mesures conservatoires sont réalisées sans que le débiteur n'en soit informé¹²⁴⁵. Celui-ci

¹²⁴² Y. STRICKLER, *op. cit.*, p. 158.

¹²⁴³ Cass., civ. 2^e, 14 févr. 1973, n° 72-10.719, *Bull. civ.*, II, n° 52, précité.

¹²⁴⁴ Y. STRICKLER, *op. cit.*, p. 158 à 160.

¹²⁴⁵ Il en va ainsi même des mesures qui ne peuvent être réalisées qu'après autorisation judiciaire. La demande d'autorisation est en effet présentée par requête au juge de l'exécution, qui statue donc sans que le défendeur n'ait été appelé à l'instance.

peut cependant toujours en demander la mainlevée au juge de l'exécution lorsque les conditions prévues par la loi ne sont pas réunies.

L'article L511-1 du code des procédures civiles d'exécution pose deux conditions générales à toute mesure conservatoire afin de lutter contre un recours abusif aux procédures conservatoires, qui pourraient devenir un instrument de chantage à l'encontre du prétendu débiteur¹²⁴⁶. Il faut qu'une menace sur le recouvrement de la créance existe effectivement et que le bénéficiaire de la mesure justifie d'une « créance qui paraît fondée en son principe ».

361. Le caractère sérieux de la demande, condition des mesures conservatoires.

En exigeant que le demandeur fasse état d'une créance paraissant fondée en son principe, le législateur exclut celui dont le droit au paiement allégué est manifestement inexistant, nul ou éteint du bénéficiaire des mesures conservatoires. Autrement dit, si la prétention au paiement n'est pas sérieuse, le juge devra refuser d'autoriser les mesures conservatoires sollicitées ou ordonner leur mainlevée lorsqu'elles ont pu être réalisées sans autorisation judiciaire¹²⁴⁷. Mais suffit-il que la demande du créancier soit sérieuse ? Un arrêt a retenu que la créance n'apparaissait pas fondée en son principe en présence d'une difficulté sérieuse quant à l'interprétation du contrat dont le bénéficiaire se prévalait¹²⁴⁸. En présence d'une contestation sérieuse élevée par le destinataire de la mesure, les mesures conservatoires seraient donc exclues¹²⁴⁹.

Cette analyse n'est toutefois pas dominante et la plupart des auteurs insistent sur l'emploi d'un vocabulaire renvoyant à l'apparence, « créance qui *paraît* fondée en son principe », qui s'oppose aux formules employées par les textes régissant les mesures d'exécution définitives, qui imposent au créancier de faire état d'une « créance *certaine*, liquide et exigible ». Par opposition aux mesures définitives, les mesures conservatoires n'impliquent pas que le droit au paiement soit certain¹²⁵⁰, il suffit qu'il soit *vraisemblable*¹²⁵¹, que le principe de créance soit *probable*¹²⁵². Dans ce sens, un arrêt et plusieurs auteurs admettent que des mesures conservatoires puissent être ordonnées pour assurer le paiement d'une créance conditionnelle¹²⁵³. L'existence d'une contestation sérieuse élevée

¹²⁴⁶ R. PERROT, « La contrainte par dissuasion », in *Mélanges en l'honneur de Jean Buffet – La procédure dans tous ses états*, Petites affiches, 2004, p. 393, spéc. n° 5, p. 396.

¹²⁴⁷ E. PUTMAN, *La formation des créances*, thèse Aix-Marseille 1987, n° 491, p. 589 ; S. PIEDELIÈVRE et F. GUERCHOUN, « Saisies et mesures conservatoires », *Répertoire de procédure civile*, n° 48.

¹²⁴⁸ Cass., civ. 3^e, 27 juin 1978, n° 77-12.418, *Bull. civ.*, III, n° 270.

¹²⁴⁹ S. PIEDELIÈVRE et F. GUERCHOUN, « Saisies et mesures conservatoires », *Répertoire de procédure civile*, n° 53. Rapp. : R. PERROT, note sous civ. 2^e, 19 déc. 2002, *RTD civ.* 2003. 357.

¹²⁵⁰ Voir, notamment : E. PUTMAN, *op. cit.*, n° 491, p. 589 ; R. PERROT, « Procédure civile », *Procédures* 1999, comm. n° 61 ; A. LE CORRONCQ et P. CADIO, « La saisie conservatoire de marque : pourquoi et comment ? », *JCP E* 2013. 1073, spéc. n° 18 ; J.-M. SOMMER, « Conditions d'emploi des mesures conservatoires », in S. GUINCHARD et T. MOUSSA (dir.), *Droit et pratique des voies d'exécution*, Dalloz, 8^e éd., 2015, p. 521, spéc. n° 611.42, p. 528.

¹²⁵¹ C. BRENNER, *L'acte conservatoire*, Thèse Paris II, n° 510 ; P. RAYNAUD, note sous Cass., com., 21 oct. 1964, *RTD civ.* 1965. 431, spéc. p. 432.

¹²⁵² R. B. note sous TGI Bayonne, 13 nov. 1971, *JCP G* 1972. II. 16967.

¹²⁵³ Lyon, 22 nov. 2000, RG 1999/06436, *JurisData* n° 156077 ; A. WEILL et R. MAUS, « Le nantissement judiciaire du fonds de commerce », *D.* 1956, chron. 87, spéc. p. 88 ; A. LEBORGNE, *Droit de l'exécution*, 2^e éd., Dalloz, 2014, n° 2719 ; J.-M. SOMMER, « Conditions d'emploi des mesures conservatoires », in S. GUINCHARD et T. MOUSSA (dir.), *Droit et pratique des voies d'exécution*, Dalloz, 8^e éd., 2015, p. 521, §611.42, p. 528 ; M. BOITELLE-COUSSAU et D. TALON, « Mesures conservatoires

par le débiteur n'exclut donc pas systématiquement les mesures conservatoires¹²⁵⁴, encore faut-il pour ce faire que la contestation ne se limite pas à faire naître un doute sur les droits du bénéficiaire mais révèle le caractère manifestement infondé de ses prétentions. Ainsi, en fait de « créance qui paraît fondée en son principe », le créancier doit plutôt faire état d'une créance qui ne paraît pas infondée en son principe, qui n'est pas certainement infondée au regard des éléments présentés au juge. Il suffit donc qu'il convainque le juge « du sérieux de sa créance »¹²⁵⁵.

362. Consolidation de la définition fondée sur la certitude. La référence à l'apparence a pu être interprétée comme une défense faite au juge de l'exécution de procéder à une analyse poussée¹²⁵⁶. Une telle analyse serait toutefois très problématique car les mesures conservatoires peuvent avoir des effets lourds sur leur destinataire, qui ne peut plus disposer librement de ses biens et se voit même parfois privé du droit d'en jouir. Aussi de telles mesures ne devraient-elles pas être accordées à la légère et le juge ne devrait se prononcer sur le caractère sérieux des prétentions du demandeur qu'au terme d'un examen attentif des éléments rapportés par les parties et des moyens qu'elles soulèvent.

B/ Les mesures probatoires ordonnées en référé ou sur requête subordonnées au caractère sérieux de la prétention

363. En application de l'article 145 du code de procédure, le juge des référés et le juge des requêtes peuvent ordonner toute mesure d'instruction légalement admissible en dehors de tout procès, « s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige ». Il faut, d'une part, que la mesure soit utile. Cela suppose que la preuve à conserver ou les faits à établir soient susceptibles d'avoir une incidence sur une éventuelle action au fond et, également, que la mesure permette effectivement la conservation de la preuve ou la révélation des faits en cause¹²⁵⁷. Il faut donc que les faits que la mesure tend à révéler soient plausibles, le juge ne pouvant se contenter d'une simple allégation. Mais il faut aussi que le demandeur justifie d'un motif légitime, ce qui implique non seulement que la mesure ne tende pas à pallier ses défaillances dans la conservation, l'obtention ou la constitution des preuves, mais aussi que l'action au fond que la mesure a vocation à soutenir n'apparaisse pas d'ores

et sûretés », *Gaz. Pal.* 1993. Doctr. 286, spéc. p. 287. D'autres décisions sont mentionnées par la doctrine, qui prononceraient des mesures conservatoires en présence d'une créance conditionnelle ou même simplement éventuelle. Cependant, il s'agit là d'une lecture erronée de ces décisions car ce qui était incertain, c'était l'existence même d'une créance dont le demandeur prétendait qu'elle était née et parfaite (E. PUTMAN, *op. cit.*, n° 492, p. 592 s. et n° 473, p. 563 à 565).

¹²⁵⁴ C. BRENNER, *op. cit.*, n° 510 ; E. PUTMAN, *op. cit.*, n° 491, p. 589.

¹²⁵⁵ S. PIEDELIÈVRE et F. GUERCHOUN, « Saisies et mesures conservatoires », *Répertoire de procédure civile*, n° 48.

¹²⁵⁶ R. PERROT, « Mesure conservatoire : la créance apparemment fondée et la règle de conflit », *RTD civ.* 1996. 717 ; A. BÉNABENT, note sous Cass., civ. 1^{ère}, 16 avr. 1996, n° 94-15.531, *Droit et patrimoine* juillet-août 1996, juris. n° 1400, p. 78 ; P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, note sous le même arrêt, *Rev. crit. DIP* 1997. 716.

¹²⁵⁷ Cass., civ. 2^e, 20 mars 2014, n° 13-14.985, *Bull. civ.*, II, n° 78.

et déjà vouée l'échec¹²⁵⁸, qu'elle soit manifestement irrecevable¹²⁵⁹ ou manifestement infondée¹²⁶⁰. Le juge doit donc s'assurer que la demande au fond justifiant les mesures sollicitées est sérieuse¹²⁶¹.

Cette condition est absolument essentielle pour lutter contre d'éventuelles dérives dans le recours à l'article 145, qui pourrait être utilisé à des fins d'immixtion dans les affaires d'autrui ou d'intimidation¹²⁶². De sorte que le juge devrait procéder à un examen attentif de la demande et des éléments produits par les parties pour se prononcer sur le caractère sérieux de l'action qui fonde la demande de mesures probatoires, afin de ne pas permettre les atteintes injustifiées aux droits du destinataire de la mesure.

364. Parallèlement aux mesures qui visent à préparer un procès éventuel, il existe aussi une mesure destinée à éviter un procès. Il s'agit de la délivrance d'une injonction de payer ou de faire, titre qui permet au créancier d'exiger de son débiteur qu'il paie ou qu'il s'oppose à sa demande, à défaut de quoi le créancier disposera d'un titre exécutoire ayant acquis l'autorité de la chose jugée. Là encore, une telle mesure est subordonnée au caractère sérieux de la demande ou même à l'absence de toute contestation sérieuse.

II/ La délivrance d'une injonction subordonnée au caractère sérieux de la demande ou à l'absence de contestation sérieuse

365. Les procédures d'injonction sont au nombre de trois : injonction de payer, injonction de payer européenne et injonction de faire. Bien qu'elles aient la même finalité la procédure ordinaire d'injonction de payer devrait être distinguée de la procédure d'injonction de payer européenne car leurs conditions diffèrent. Alors que la délivrance d'une injonction de payer européenne suppose uniquement que la demande en paiement ne soit pas manifestement infondée, la délivrance d'une injonction de payer de droit commun suppose que la demande paraisse fondée. Celle-ci se rapproche alors de l'injonction de faire, qui n'est délivrée que si la demande paraît fondée. Aussi traiterons-nous de l'injonction de payer européenne (A) avant d'envisager les procédures d'injonction de payer et de faire de droit commun (B).

¹²⁵⁸ Cass., com., 2 juill. 2002, n° 99-10.289 ; civ. 2^e, 29 sept. 2011, n° 10-24.684 ; com., 4 févr. 2014, n° 12-27.398 ; I. DESPRES, *Les mesures d'instruction in futurum*, Thèse Strasbourg 2002, p. 206 à 213 ; N. CONTIS, « Le procès civil et les mesures avant dire droit », *JCP G* 2010. I. 1132 ; M. FOULON, « Quelques remarques d'un président de tribunal de grande instance sur l'article 145 du Nouveau code de procédure civile », in *Le juge entre deux millénaires – Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, p. 311, spéc. p. 322.

¹²⁵⁹ Cass., civ. 1^{ère}, 29 avr. 1985, n° 84-10.401, *Bull. civ.*, I, n° 131 ; com., 26 avr. 2000, n° 97-20.656, *id.*, IV, n° 83 ; civ. 3^e, 7 févr. 2001, n° 99-17.535, *Bull. civ.*, III, n° 14 ; G. CHABOT, « Remarques sur la finalité probatoire de l'article 145 du nouveau code de procédure civile », *D.* 2000, chron. 256, n° 14.

¹²⁶⁰ Cass., civ. 3^e, 7 avril 2009, n° 08-15.664 ; Orléans, 4 mars 1983, *D.* 1983. 343 ; Paris, 3 et 22 juin 1983, *RTD civ.* 1983. 783.

¹²⁶¹ M. FOULON et Y. STRICKLER, « Les pouvoirs du juge des référés », *Gaz. Pal.* 2012. 1348 ; J. NORMAND, « Les limites du référé probatoire (art. 145, nouveau c. pr. civ.) », *RTD civ.* 1990. 134.

¹²⁶² *Ibid.* ; G. CHABOT, « Remarques sur la finalité probatoire de l'article 145 du nouveau code de procédure civile », *D.* 2000, chron. 256, n° 16 ; X. VUITTON, « Référés spéciaux », *JurisClasseur procédure civile*, fasc. 474, n° 22.

366. L'injonction de payer européenne subordonnée au caractère sérieux de la demande. La procédure régissant la délivrance d'une injonction de payer européenne vise à faciliter le paiement des créances incontestées en offrant à celui qui se présente comme créancier un titre qui deviendra exécutoire en l'absence de contestation du débiteur¹²⁶³. Elle entraîne une « inversion du contentieux »¹²⁶⁴ : le créancier est dispensé de démontrer la réalité de son titre, dont la remise en cause est laissée à l'initiative du débiteur¹²⁶⁵. En l'absence d'opposition de sa part, l'injonction délivrée acquerra l'autorité de la chose jugée et le créancier pourra demander qu'elle soit transformée en titre exécutoire¹²⁶⁶. Aussi, à la différence des procédures classiques, la juridiction saisie d'une demande d'injonction ne se prononce pas sur l'existence et le bien-fondé de la créance alléguée. Elle se limite à examiner la régularité formelle de la demande et à vérifier que la créance est liquide et exigible¹²⁶⁷, de nature civile ou commerciale et que son paiement s'inscrit dans un litige transfrontalier¹²⁶⁸. Compte tenu des pouvoirs limités de la juridiction, l'instruction est réalisée sans que le défendeur ne soit appelé dans la cause et entendu. Ce n'est qu'une fois que l'injonction aura été délivrée et lui aura été notifiée qu'il pourra la contester par la voie de l'opposition ou d'un réexamen exceptionnel¹²⁶⁹. Lorsque ces voies de recours sont mises en œuvre, la procédure est continuée selon les règles ordinaires¹²⁷⁰ et le tribunal est appelé à se prononcer sur le bien-fondé de la demande en recouvrement¹²⁷¹ en examinant l'existence, la validité et l'opposabilité de la créance.

L'article 11 1° du règlement n° 1896/2007 dispose toutefois que « la juridiction rejette la demande si [...] [elle] est manifestement non fondée ». Ici, le caractère non sérieux de la demande en paiement justifie une dérogation au mécanisme de l'inversion du contentieux et permet au juge d'anticiper l'opposition du défendeur. Cela évite la continuation de la procédure selon les règles ordinaires pour juger de demandes dont le rejet est d'ores et déjà certain. Le rejet anticipé de la demande exempte ainsi de convoquer les parties à une audience¹²⁷². Mais cette faculté reconnue à la juridiction protège aussi le demandeur en le soustrayant à une condamnation au paiement des frais d'opposition¹²⁷³.

¹²⁶³ Art. 18 règlement n° 1896/2007.

¹²⁶⁴ Livre vert de la Commission européenne sur une procédure européenne d'injonction de payer, COM/2002/746, p. 6 ; S. AMRANI-MEKKI et Y. STRICKLER, *op. cit.*, p. 627 et 628 ; N. FRICERO et P. JULIEN, *Procédure civile*, 5^e éd., LGDJ, 2014, n° 521, p. 221.

¹²⁶⁵ E. GUINCHARD, « L'Europe, la procédure civile et le créancier : l'injonction de payer européenne et la procédure européenne de règlement des petits litiges », *RTD com.* 2008. 465, n° 23 ; F. JAULT-SESEKE, « Droit international privé », *D.* 2008. 1507, spéc. 1513 ; V. CHARLET, « La pratique de l'injonction de payer européenne : expression du talent des huissiers de justice en France ? », in *Un recouvrement de créances sans frontières ?*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 29, spéc. p. 36 à 39.

¹²⁶⁶ Art. 18 règlement n° 1896/2007 et art. 1424-14 CPC.

¹²⁶⁷ Art. 4 règlement n° 1896/2007.

¹²⁶⁸ Art. 2 règlement n° 1896/2007.

¹²⁶⁹ Art. 16 et 20 règlement n° 1896/2007.

¹²⁷⁰ Art. 17 1° règlement n° 1896/2007.

¹²⁷¹ Art. 1424-9 CPC.

¹²⁷² Art. 1424-10 CPC.

¹²⁷³ Dans son livre vert sur une procédure européenne d'injonction de payer, la Commission européenne souligne l'importance du mécanisme institué par l'article 11 1°, qui existe dans le droit de tous les États

367. Une condition rendue illusoire par le choix d'un modèle non documentaire.

L'examen préalable du bien-fondé de la demande se heurte toutefois au choix du législateur européen d'adopter un modèle non documentaire, dans lequel le demandeur n'est tenu que de procéder à la description des éléments de preuve dont il dispose sans devoir en produire aucun¹²⁷⁴. Ce choix vise à assurer l'uniformité du droit au sein de l'Union : en imposant la fourniture d'éléments de preuve à même d'appuyer sa requête, l'on introduit le risque que les pièces exigées varient dans les États membres en fonction des règles de preuve qui y sont applicables¹²⁷⁵. Le modèle non documentaire a aussi l'avantage d'ouvrir le bénéfice de l'injonction de payer au demandeur dont la créance n'est pas contestée mais qui ne peut pas produire immédiatement les éléments de preuve à sa disposition, notamment en raison de leur nature ou des contraintes liées à leur détention. Dans cette perspective, l'obligation pour le demandeur de décrire les éléments de preuve en sa possession n'a pas pour objet de permettre un contrôle du bien-fondé de la demande¹²⁷⁶. Il s'agit de protéger le droit du défendeur de faire opposition, en lui fournissant les éléments qui permettront d'éclairer son choix et de s'assurer de la bonne foi du demandeur.

C'est donc avec raison que la doctrine souligne le caractère illusoire du mécanisme de contrôle institué par l'article 11 du règlement¹²⁷⁷. Cette affirmation est corroborée par le considérant 16 et l'article 8, qui énoncent que l'examen de la demande « ne devrait pas nécessairement être effectué par un juge » et peut se faire « au moyen d'une procédure automatisée »¹²⁷⁸. D'ailleurs, la proposition initiale de règlement ne comprenait aucune disposition autorisant la juridiction à rejeter les demandes au motif qu'elles seraient manifestement infondées¹²⁷⁹. Le Conseil de l'Union européenne a, au demeurant, souligné la nécessité d'imposer la production d'au moins un élément de preuve pour que le contrôle préalable de la demande soit possible¹²⁸⁰. Aussi, les avantages attachés au modèle non

membres qui connaissent une procédure d'injonction de payer : « Il importe de garder à l'esprit que même les États membres qui refusent un examen institutionnalisé du fond de l'affaire disposent d'un « garde-fou » en ce sens que, sur la base de dispositions explicites à cette fin ou d'une pratique établie, les requêtes qui ne sont manifestement pas fondées sont rejetées. En d'autres termes, la nécessité d'une certaine protection des défendeurs qui restent passifs face à des demandes fantaisistes est reconnue même dans le modèle « sans preuve ». » (Livre vert de la Commission européenne sur une procédure européenne d'injonction de payer, COM/2002/746, précité, p. 35).

¹²⁷⁴ Art. 7 règlement n° 1896/2007.

¹²⁷⁵ Livre vert de la Commission européenne sur une procédure européenne d'injonction de payer, COM/2002/746, précité, p. 10.

¹²⁷⁶ La Commission explique que cette obligation « constitue avant tout une condition *formelle* de l'octroi d'une injonction de payer européenne, dont le respect est facile à vérifier. » (*id.* p. 11).

¹²⁷⁷ E. GUINCHARD, « L'Europe, la procédure civile et le créancier : l'injonction de payer européenne et la procédure européenne de règlement des petits litiges », *RTD com.* 2008. 465, n° 23, précité ; F. JAULT-SESEKE, « Droit international privé », *D.* 2008. 1507, spéc. 1513, précité ; M. LOPEZ DE TEJADA et L. D'AVOUT, « Les non-dits de la procédure européenne d'injonction de payer », *Rev. crit. DIP* 2007. 717.

¹²⁷⁸ Ces dispositions sont incompatibles avec le fait que l'examen porte sur le caractère sérieux de la demande. Le rejet correspond alors à une décision sur le bien-fondé des prétentions et il ne peut revenir qu'à un juge de le prononcer : C. NOURISSAT, « Le règlement (CE) n° 1896/2006 du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer », *Europe* 2007, étude 5, n° 14.

¹²⁷⁹ Art. 5 de la proposition de la Commission européenne de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une procédure européenne d'injonction de payer, 19 mars 2004.

¹²⁸⁰ Conseil UE, justice et affaires intérieures, séance du 14 avr. 2005, projet de procès-verbal du 31 mai 2005, p. 3.

documentaire apparaissent insuffisants par rapport à ses inconvénients. Le modèle documentaire assure une meilleure protection du défendeur¹²⁸¹ et donc, incidemment, du demandeur lui-même qui pourrait devenir victime de ses propres excès. Il participe en outre d'une bonne administration de la justice en limitant la continuation de procédures inutiles suite à une opposition rendue plus que probable par le caractère non sérieux de la demande.

B/ L'injonction de payer ordinaire et l'injonction de faire subordonnées à l'absence de contestation sérieuse

368. L'injonction de payer subordonnée au caractère sérieux de la demande.

Celui qui se prétend créancier peut solliciter la délivrance d'une injonction de payer s'il fait état d'une créance de nature contractuelle, statutaire ou cambiaire¹²⁸². Tout comme l'injonction de payer européenne, l'injonction de payer ordinaire opère un renversement du contentieux, le juge statuant au terme d'une procédure non contradictoire au vu des seuls documents produits par le demandeur. En cas de délivrance d'une injonction, il incombera au débiteur de former opposition à défaut de quoi l'injonction acquerra l'autorité de la chose jugée et pourra revêtir la formule exécutoire¹²⁸³. Aussi, pour éviter que le demandeur n'abuse de la procédure, le juge ne doit délivrer l'injonction demandée que « si la demande lui paraît fondée » au regard des documents produits par le demandeur¹²⁸⁴. Il a pu être observé que s'agissant d'une procédure non contradictoire susceptible de porter gravement atteinte aux droits du débiteur, le juge ne peut pas se contenter d'un examen superficiel mais doit procéder à un contrôle approfondi à cet égard¹²⁸⁵.

La condition tenant au caractère apparemment fondé semble laisser penser qu'un doute sur le bien-fondé de la demande s'opposerait à la délivrance de l'injonction, la demande n'apparaissant alors pas fondée. Autrement dit, il ne faudrait pas seulement que la demande soit sérieuse mais il faudrait également qu'elle ne se heurte à aucune contestation sérieuse que le juge pourrait relever, qu'il s'agisse d'une contestation révélant le caractère infondé de la demande ou suscitant simplement un doute sur ce point. Une telle lecture devrait cependant être rejetée dès lors que, comme nous l'avons souligné, la même formule est interprétée comme une simple exigence tenant au caractère sérieux de la demande lorsqu'il s'agit de déterminer si des mesures d'exécution conservatoires peuvent être ordonnées. En fait de « créance qui paraît fondée en son principe », le créancier doit simplement faire état d'une créance sérieuse¹²⁸⁶. De plus, compte tenu de la finalité de la procédure, qui tend à éviter un procès éventuel en laissant au débiteur l'initiative de la contestation, l'injonction semble particulièrement bienvenue en cas de doute. Le débiteur appréciera lui-même le bien-fondé de la demande et s'il estime qu'il n'est pas tenu former opposition. C'est d'ailleurs précisément la raison pour laquelle l'injonction de payer européenne implique uniquement que la demande ne soit pas

¹²⁸¹ C. LEGROS, « Chronique de droit international privé (1^{ère} partie) », *LPA* 30 juill. 2007, p. 8, n° 21.

¹²⁸² Art. 1405 CPC.

¹²⁸³ Art. 1422 CPC.

¹²⁸⁴ Art. 1409 CPC.

¹²⁸⁵ J. HÉRON et T. LE BARS, *op. cit.*, n° 583, note 81, p. 463 – 464.

¹²⁸⁶ Cf. n° 362.

manifestement infondée, autrement dit qu'elle soit sérieuse, et non qu'elle ne se heurte à aucune contestation sérieuse.

369. L'injonction de faire subordonnée au caractère sérieux de la demande. Le code de procédure civile institue également une procédure d'injonction de faire au bénéfice à l'encontre de celui qui serait titulaire d'une obligation contractuelle¹²⁸⁷. Une différence essentielle entre l'injonction de faire et l'injonction de payer est que seule la seconde a vocation à devenir un titre exécutoire en l'absence de contestation¹²⁸⁸. L'injonction de faire n'est qu'un « avertissement » adressé à celui qui supporte l'obligation¹²⁸⁹, ce qui explique qu'elle n'ait donné lieu à quasiment aucun contentieux¹²⁹⁰.

370. Après avoir vu comment les concepts de moyen sérieux et d'appréciation manifeste influent sur la phase précontentieuse, il nous faut montrer de quelle façon ils influent sur l'introduction de la phase contentieuse.

§2. La lutte contre l'introduction d'actions non sérieuses

371. Faire du sérieux des demandes une condition de leur recevabilité pourrait sembler être un moyen efficace de lutter contre l'introduction d'actions vouées à l'échec et à la prolifération d'instances inutiles. Une telle solution est cependant impossible car elle conduit à un paradoxe logique insoluble (I). Il est en revanche possible de lutter indirectement contre ces actions, en écartant certains mécanismes destinés à faciliter l'exercice du droit d'action lorsqu'il n'est manifestement pas utilisé à bon escient (II). Enfin, en ce qui concerne spécifiquement l'exercice vain du droit de former un recours juridictionnel contre un jugement, une troisième voie est possible qui consiste à confier au juge ayant rendu le jugement le soin de déterminer si sa décision est certaine ou si elle est susceptible de recours (III).

I/ L'impossible subordination du droit d'action à l'existence d'un moyen sérieux

372. L'absence de lien entre moyen sérieux et recevabilité de la demande en droit français. L'irrecevabilité sanctionne le défaut de droit d'action ou son exercice irrégulier¹²⁹¹. Ce droit se définit comme « *le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention* »¹²⁹². Ainsi, l'examen de la recevabilité des demandes consiste à déterminer s'il y a lieu de se prononcer sur le fond de celles-ci. Alors que la recevabilité des demandes impose au juge de rechercher si le

¹²⁸⁷ Art. 1425-1 CPC.

¹²⁸⁸ Art. 1425-8 CPC.

¹²⁸⁹ J. HÉRON et T. LE BARS, *op. cit.*, n° 578, p. 458.

¹²⁹⁰ N. FRICERO et P. JULIEN, *op. cit.*, n° 555, p. 230.

¹²⁹¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2012, « Irrecevabilité », « irrecevable », p. 571 et 572.

¹²⁹² Art. 30 CPC.

demandeur est en droit d'exiger du défendeur ce qu'il sollicite¹²⁹³, l'irrecevabilité lui interdit de procéder à une telle analyse¹²⁹⁴.

Il serait alors quelque peu contradictoire de déclarer recevable ou irrecevable une requête au motif qu'elle est bien ou mal fondée, puisqu'il s'agit précisément de dire si le demandeur est en droit d'obtenir une décision sur ce point. De par son objet, l'examen de la recevabilité se fait nécessairement en amont de l'analyse du bien-fondé des prétentions et en est indépendant¹²⁹⁵. La Cour de cassation juge, dans ce sens, « que l'existence du droit invoqué par le demandeur n'est pas une condition de recevabilité de la demande »¹²⁹⁶.

373. À cet égard, précisons que la non-admission des pourvois en cassation ne constitue pas une procédure de filtrage qui confondrait recevabilité et fond du droit. Elle ne vise pas à déterminer si les pourvois sont dignes d'être examinés par la Cour de cassation et d'obtenir une réponse, mais simplement à déterminer le nombre de conseillers appelés à statuer. Elle correspond à un mode d'examen des jugements susceptible de déboucher sur une décision de rejet au fond ou sur une décision d'irrecevabilité, selon que le pourvoi est mal fondé ou irrecevable¹²⁹⁷. La forme des décisions de non-admission varie d'ailleurs selon qu'elles constatent une irrecevabilité ou l'absence de fondement des griefs¹²⁹⁸. Sous l'impulsion de la doctrine et des praticiens concernés¹²⁹⁹, le Gouvernement

¹²⁹³ Cass., civ. 1^{ère}, 9 mai 2001, n° 99-12.752.

¹²⁹⁴ Cass., civ. 2^e, 1^{er} juill. 1966, *Bull. civ.*, II, n° 725 ; com., 7 févr. 1968, *id.*, V, n° 57 ; civ. 1^{ère}, 9 mai 1975, n° 73-11.358, *id.*, I, n° 154 ; civ. 2^e, 20 juin 1985, n° 83-14.776, *id.*, II, n° 123 ; civ. 2^e, 26 févr. 1992, n° 90-18.308, *id.*, II, n° 67 ; Ass., 15 mai 1992, n° 90-12.705, *id.*, A. P., n° 6 ; civ. 3^e, 4 oct. 1995, n° 94-10.299, *id.*, III, n° 214.

Dans ce sens, l'article 122 CPC définit la fin de non-recevoir comme « tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, *sans examen au fond*, pour défaut de droit d'agir ».

¹²⁹⁵ La distinction des conditions de recevabilité et de fond a longtemps été niée, faute de texte l'imposant : E. GARSONNET, *Traité théorique et pratique de procédure*, tome I, Paris, Librairie de la société du Recueil général des lois et des arrêts, 1898, 2^e éd., n° 289 ; G.-L.-J. CARRÉ et A. CHAUVEAU, *Lois de la procédure civile et commerciale*, tome I, Paris, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 1880, 5^e éd., n° 64 s. ; E. GARSONNET et C. CEZAR-BRU, *Précis de procédure civile*, Paris, Recueil Sirey, 1911, 7^e éd., n° 77 ; C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, tome XII, collaboration E. BARTIN, Paris, Librairie de la Cour de cassation, 1920, 5^e éd., p. 2. Elle est bien acceptée depuis le milieu du XX^e siècle et repose sur des justifications solides, auxquelles s'ajoute l'article 30 du code de procédure civile depuis 1976 : J. VINCENT, « Action », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 1955, n° 2 à 5 ; G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Paris, Presses universitaires de France, 1958, p. 272 à 274 ; H. SOLUS, R. PERROT, *op. cit.*, t. I, p. 95 s. ; H. MOTULSKY, « Le droit subjectif et l'action en justice », in *Écrits – Études et notes de procédure civile*, Dalloz, 1975, p. 87.

¹²⁹⁶ Cass., civ. 3^e, 5 févr. 1997, n° 95-12.368 ; 27 janv. 1999, n° 97-12.970, *Bull. civ.*, III, n° 19. Rapp. : civ. 1^{ère}, 17 mai 1993, n° 91-15.761, *id.*, I, n° 169 ; civ. 2^e, 6 mai 2004, n° 02-16.314, *id.*, II, n° 205.

¹²⁹⁷ A. PERDRIAU, « La non-admission des pourvois », *op. cit.*, n° 5 et 6 ; « Comment se manifeste le contrôle qu'exerce la Cour de cassation ? », *LPA* 25 décembre 2001, p. 17 ; D. LE PRADO, *op. cit.*, p. 220 ; F. TERRIER, *op. cit.*, p. 95 ; J.-F. WEBER, *op. cit.*, p. 38 et 39 ; H. HAZAN, « Le moyen sérieux », intervention du 25 janvier 2010 à la Cour de cassation au cours du colloque « Droit et technique de cassation », disponible sur le site internet de la Cour ; J.-M. SOMMER et B. MUNOZ PEREZ, *op. cit.*, p. 5 ; L. BORÉ et J. DE SALVE DE BRUNETON, « Quelques idées sur le pourvoi en cassation », *D.* 2005. 180.

¹²⁹⁸ Lorsque le pourvoi est irrecevable, la décision visera les textes de loi qui instituent la cause d'irrecevabilité retenue ; il y a là une ébauche de motivation. Lorsque le pourvoi est recevable mais infondé, la décision visera uniquement l'article 1014 CPC (cf. n° 441, spéc. note 1526).

¹²⁹⁹ L. POULET, *op. cit.*, p. 157 ; F. TERRIER, *op. cit.*, p. 100.

a supprimé les termes de « non-admission », afin d'éviter toute confusion¹³⁰⁰ ; il est désormais uniquement question de décider « qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée »¹³⁰¹. Cette modification, de pure forme, demeure toutefois incomplète puisque les textes relatifs à la procédure pénale font toujours référence à l'admission des pourvois¹³⁰².

La saisine de la Cour de cassation pour avis est la seule institution où le caractère sérieux de la demande conditionne sa recevabilité : la Cour de cassation ne donnera aucune réponse à la question qui ne soulève aucune difficulté sérieuse¹³⁰³.

Cela ne soulève pourtant aucune difficulté théorique car en disant qu'il n'existe aucune difficulté sérieuse, la Cour de cassation ne tranche pas nécessairement le fond et laisse bien la question sans réponse¹³⁰⁴. Elle peut certes indiquer les éléments qui permettent de la résoudre, mais ce faisant, elle ne statue pas sur la demande irrecevable¹³⁰⁵. Il n'y a donc aucune contradiction à juger irrecevable une demande d'avis au motif qu'elle ne soulèverait aucune difficulté sérieuse. À l'inverse, juger une demande contentieuse irrecevable car non sérieuse, c'est la juger infondée. Certaines décisions laissent toutefois perplexes en ce qu'elles énoncent directement la réponse à la question posée tout en disant n'y avoir lieu à avis¹³⁰⁶.

Quant aux questions préjudicielles proprement dites, leur caractère sérieux n'est pas une condition de recevabilité mais concerne l'étendue de la compétence de la juridiction devant qui elles sont soulevées. Le moyen ou la demande constitutifs d'une question préjudicielle seront tranchés par cette juridiction, sans qu'il soit question de leur irrecevabilité.

374. La recevabilité des requêtes subordonnée à l'existence d'un moyen sérieux devant la Cour européenne des droits de l'Homme. Depuis son adoption, la Convention européenne des droits de l'Homme subordonne la recevabilité des requêtes à leur caractère sérieux puisque son article 27 2°, dans sa rédaction initiale, énonçait : « La Commission déclare irrecevable toute requête introduite par application de l'article 25, lorsqu'elle estime la requête incompatible avec les dispositions de la présente Convention, manifestement mal fondée ou abusive ».

Cette disposition, abrogée par le protocole n° 11, a été remplacée par l'article 35 3°, dont les termes sont très semblables : « La Cour déclare irrecevable toute requête individuelle introduite en application de l'article 34 lorsqu'elle estime : a) que la requête

¹³⁰⁰ Circulaire du 12 nov. 2014, *BOMJ* 2014-11 ; E. BARADUC et L. BORÉ, « La simplification de la procédure devant la Cour de cassation. - À propos du décret n° 2014-1338 du 6 novembre 2014 », *JCP G* 2014. 1242.

¹³⁰¹ Art. 1014 CPC dans sa rédaction issue du décret n° 2014-1338.

¹³⁰² Art. L431-2 COJ et 567-1-1 CPP.

¹³⁰³ Art. L 441-1 COJ.

¹³⁰⁴ Cass., avis, 24 janv. 1994, n° 09-30.018, *Bull. civ.*, avis, n° 3 ; 11 mars 1994, n° 09-40.001, *id.* n° 8 ; 5 mai 1995, n° 09-50.001, *id.* n° 2 ; 18 oct. 1999, n° 09-90.012, *id.* n° 8.

¹³⁰⁵ Cass., avis, 31 mai 1999, n° 99-20.008, *id.* n° 4 ; 14 mai 2001, n° 01-00.002, *id.* n° 2 ; 7 juill. 2003, n° 00-00.001, *id.* n° 1 ; 10 juill. 2006, n° 06-00.007, *id.* n° 7 ; 10 janv. 2011, n° 10-00.007, *id.* n° 1 ; 17 déc. 2012, n° 12-00.013, *id.* n° 10 ; 5 mai 2014, n° 14-70.003, *id.* n° 2 ; Rapp. : 12 avr. 1999, n° 99-00.006.

¹³⁰⁶ Cass., avis, 27 janv. 2007, n° 07-00.003, *id.* n° 2 ; 31 janv. 2011, n° 11-00.001, *id.* n° 5 ; 8 avr. 2013, n° 13-70.002, *id.* n° 7 ; 24 mars 2014, n° 13-70.010, *id.* n° 3.

est incompatible avec les dispositions de la Convention ou de ses protocoles, manifestement mal fondée ou abusive ».

La Commission européenne des droits de l'Homme a exposé à plusieurs reprises la justification de cette condition de recevabilité : il s'agit de préserver l'efficacité du système de contrôle institué par la Convention en empêchant l'engorgement du rôle de la Commission puis, ultérieurement, de la Cour¹³⁰⁷.

Contre cette analyse, il est possible de relever que ce n'est qu'à l'issue de l'examen de la requête que la Commission peut déterminer qu'elle n'était pas digne d'être examinée... Aussi n'évite-t-elle pas l'examen dont elle prétend être dispensée. Loin d'éviter la charge de travail résultant de l'étude du fond du dossier, cette condition de recevabilité implique précisément la réalisation d'une telle étude. Cela est d'autant plus vrai que la Cour comme la Commission procèdent souvent à un examen poussé du fond du dossier avant de juger la requête manifestement mal fondée et de la déclarer irrecevable¹³⁰⁸. Elles examinent ainsi la réalité des éléments de faits allégués par le demandeur¹³⁰⁹, leur qualification au regard des différents articles de la Convention¹³¹⁰, ou encore le caractère justifié et proportionné d'une atteinte constatée¹³¹¹ en tenant compte de la marge d'appréciation reconnue aux États¹³¹².

La condition selon laquelle la requête ne doit donc pas être manifestement mal fondée ne peut donc pas être mise sur le même plan que les autres conditions de recevabilité, qui ne nécessitent pas de prendre position sur le fond mais portent sur l'épuisement des voies de recours internes et le respect du délai de six mois¹³¹³, le caractère

¹³⁰⁷ « La Commission, organe institué par la Convention "afin d'assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties Contractantes de la présente Convention" ne saurait avoir pour tâche d'examiner une série de plaintes chicanières et mal fondées, source de travail inutile incompatible avec ses véritables fonctions et qui l'empêche de s'en acquitter » (Comm. EDH, 15 oct. 1987, *M. c/ RU*, n° 13284/87 ; 10 oct. 1997, *Philis*, n° 28970/95).

¹³⁰⁸ J.-F. FLAUSS, « La sélection des recours et la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 47 ; F. BENOIT ROHMER, « La requête individuelle devant la Cour européenne des droits de l'homme », *JurisClasseur Liberté*, fasc. 330, n°s 263 et 264.

Pour un exemple de requête ayant été jugée manifestement non fondée au terme d'une motivation longue et circonstanciée (Cour EDH, décis., 7 déc. 2004, *Mentzen*, n° 71074/01). Pour un exemple de requête ayant été jugée manifestement non fondée par la grande chambre, alors que la 3^e chambre de la Cour avait décidé de se dessaisir et considéré que l'affaire « [soulevait] une question grave relative à l'interprétation de la Convention ou de ses protocoles, ou [...] [pouvait] conduire à une contradiction avec un arrêt rendu antérieurement par la Cour (art. 30 Convention EDH) » : décis., gr. ch., 10 juill. 2002, *Gratzinger et a.*, n° 39794/98.

¹³⁰⁹ Comm. EDH, 3 févr. 1971, *X. c/ Royaume-Uni*, n° 4220/69.

¹³¹⁰ Cour EDH, décis., 28 août 2012, *Simons*, n° 71407/10.

¹³¹¹ Cour EDH, décis., 3 nov. 2009, *Hartung*, n° 10231/07.

¹³¹² Cour EDH, décis., 7 déc. 2004, *Mentzen*, n° 71074/01.

¹³¹³ Art. 35 1° CEDH.

anonyme de la requête¹³¹⁴, le principe *non bin idem*¹³¹⁵, l'importance du préjudice¹³¹⁶, la qualité du requérant¹³¹⁷ ou le caractère abusif de la requête¹³¹⁸.

Quel peut être l'intérêt de faire du caractère sérieux de la demande une condition de sa recevabilité ? Dans le système initial, l'assimilation de la recevabilité et du fond permettait de dispenser la Commission de mener une instruction contradictoire et de rechercher un règlement amiable¹³¹⁹. L'avantage réside désormais dans la possibilité pour la Cour de statuer à juge unique. En vertu de l'article 27 de la Convention, les juges uniques ne peuvent que déclarer irrecevables les requêtes individuelles ; ils n'ont pas le pouvoir de statuer sur les demandes recevables. Ainsi, le champ d'intervention du juge unique se trouve fortement étendu si l'existence d'un moyen sérieux est une condition de recevabilité. L'on évite alors de réunir un comité de trois juges¹³²⁰ pour examiner une requête dont le rejet est acquis. Combiné avec l'article 27, l'article 35 3° tend alors à faciliter le règlement rapide des affaires et participe à son désengorgement.

Il n'en demeure pas moins paradoxal de sanctionner le défaut de caractère sérieux par l'irrecevabilité et il serait plus conforme à la logique de reconnaître au juge unique le pouvoir de rejeter toute requête dépourvue de caractère sérieux pour laquelle l'absence de violation de la Convention est manifeste.

375. Bien qu'il soit dénué d'intérêt de sanctionner l'absence de moyen sérieux par l'irrecevabilité de la demande devant les juridictions françaises, il demeure cependant possible de subordonner l'application de dispositions destinées à favoriser l'exercice du droit d'action à l'existence d'un moyen sérieux.

¹³¹⁴ Art. 35 2° a. CEDH.

¹³¹⁵ Art. 35 2° b. CEDH.

¹³¹⁶ Art. 35 3° b. CEDH.

¹³¹⁷ Art. 34 CEDH. Il doit être noté ici que si le requérant doit être « victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles », cette condition n'implique de se prononcer ni sur l'existence des agissements poursuivis, ni sur leur qualification au regard des dispositions de la Convention. Elle implique d'abord la persistance de la violation alléguée, qui ne doit pas avoir pris fin (Cour EDH, 20 janv. 2003, *Freimanis et Līdums*, n° 73443/01 et 74860/01), et du préjudice dénoncé, qui ne doit pas avoir été réparé de manière intégrale et équitable (gr. ch., 1^{er} juin 2010, *Gäfgen*, n° 22978/05). Elle suppose ensuite qu'il ne soit pas établi que le requérant ait été coauteur du fait constitutif de la prétendue violation (12 déc. 2006, *Paşa et Erkan Erol*, n° 51358/99). Elle requiert enfin que le requérant poursuive une violation, directe ou par ricochet, des droits qu'il détient personnellement de la Convention (Comm. EDH, 9 déc. 1987, *Tete*, n° 11123/84 ; 25 mai 1998, *Kurt*, n° 15/1997/799/1002 ; 8 juill. 1999, *Çakıcı*, n° 23657/94 ; pour l'atteinte au droit d'une personne morale : 27 avr. 2004, *Gorraiz Lizarraga*, n° 62543/00 ; pour la recevabilité d'une requête dirigée contre un risque avéré de violation : gr. ch., 22 oct. 1981, *Dudgeon*, n° 7525/76 ; gr. ch., 29 oct. 1992, *Open Door*, n° 14234/88).

¹³¹⁸ Art. 35 3° a. CEDH. Là encore, il faut préciser que le caractère abusif est sans lien avec l'identification d'un moyen sérieux. La Cour ne retient l'abus que dans les cas où le requérant méconnaît ses obligations tirées de la participation à la procédure : qu'il adopte un comportement déloyal en falsifiant ou en dissimulant certains faits (Cour EDH, déc., 30 mars 2004, *Jian*, n° 46640/99), utilise un langage outrancier à l'encontre de la partie adverse (déc., 11 janv. 2007, *Di Salvo*, n° 16098/05), viole son obligation de confidentialité (déc., 15 sept. 2009, *Miroļubovs et a.*, n° 798/05) ou ses engagements (déc., 13 nov. 2012, *Anibal Vieira et a.*, n° 980/12), réalise des déclarations publiques qui compromettent la sérénité de la procédure (déc., 22 mai 2007, *Parti travailliste géorgien*, n° 9180/04), multiplie les procédures ayant le même objet (Comm. EDH, 17 oct. 1996, *Philis*, n° 28970/95), ou que le préjudice allégué soit dérisoire (déc., 19 janv. 2010, *Bock*, n° 22051/07).

¹³¹⁹ Art. 28 ancien Convention EDH.

¹³²⁰ Art. 28 Convention EDH.

II/ La limitation indirecte des actions non sérieuses

376. Parmi les dispositifs qui visent à limiter les actions nécessairement vouées à l'échec, l'on pense immédiatement aux textes réprimant l'abus du droit d'ester en justice¹³²¹. Or, le caractère manifestement infondé ou irrecevable d'une action constitue un élément très important pour leur application. En effet, selon une première définition, l'abus implique de démontrer l'intention malicieuse du plaideur ou sa mauvaise foi, ou de caractériser une erreur équipollente au dol¹³²². Selon une seconde définition, l'abus peut être caractérisé par toute faute dans l'exercice du droit d'action, notamment en cas de légèreté blâmable dans l'introduction d'une procédure¹³²³. Au regard de l'une et l'autre de ces définitions, la détermination du caractère non sérieux d'une demande et, donc, de son caractère manifestement irrecevable ou infondé apparaît comme un prérequis à la caractérisation d'un abus : il ne peut y avoir d'abus que s'il est certain que la demande doit être écartée¹³²⁴. Mais les deux notions ne sont pas équivalentes pour autant : l'abus suppose une faute du plaideur, ce qui suppose qu'il ait eu connaissance ou, à tout le moins qu'il ait pu avoir connaissance de l'inanité de sa prétention¹³²⁵. Il ne suffit donc pas de caractériser cette inanité : il faut encore qu'elle soit flagrante, que le plaideur n'ait pas pu l'ignorer, ce qui implique de procéder à une appréciation *in concreto* prenant en compte ses connaissances et capacités intellectuelles¹³²⁶. La recherche et la mise au jour d'un abus du droit d'action font donc appel aux concepts d'évidence et de facilité et non à celui de certitude. Les dispositifs sanctionnant un tel abus ont ainsi un champ d'application plus restreint que ceux qui font référence au caractère manifestement infondé ou irrecevable d'une action. Ce décalage a d'ailleurs été relevé en introduction : il n'existe aucun lien systématique entre la non-admission d'un pourvoi et la condamnation du demandeur au paiement d'une amende civile, nombre de pourvois étant jugés manifestement irrecevables ou non fondés sans être considérés comme abusifs pour autant¹³²⁷. Ainsi, si l'incertitude exclut systématiquement l'abus, la qualification de celui-ci se situe en aval de

¹³²¹ Art. 32-1, 559, 581, 628 du code de procédure civile.

¹³²² Cass., civ. 2^e, 23 juin 1960, *Bull. civ.*, II, n° 401 ; rappr. : Cass., civ. 3^e, 29 oct. 2003, n° 02-14.298.

¹³²³ Cass., civ. 2^e, 5 mai 1978, n° 76-14.728, *Bull. civ.*, II n° 116 ; soc., 20 janv. 2010, n° 08-41944 ; civ. 2^e, 11 sept. 2008, n° 07-18.483.

¹³²⁴ À l'inverse, la demande fondée ne saurait être qualifiée d'abusives : Cass., civ. 2^e, 18 nov. 1971, n° 70-12.015, *Bull. civ.*, II, n° 320 ; J.-C. WOOG, *op. cit.*, p. 48.

¹³²⁵ Par exemple : Douai, ch. 2, 17 mars 1994, *Juris-Data*, n° 048366 ; Lyon, ch. 6, 20 avril 1994, *Juris-Data*, n° 041810. Inversement, le seul fait d'échouer ne suffit pas à caractériser l'abus : Cass., civ. 2^e, 24 juin 1987, n° 84-15.173, *Bull. civ.*, II, n° 137 ; soc., 24 avr. 2003, n° 01-46.977.

Rappr., au Québec : « Personne ne contesterait que le recours voué à l'échec soit bel et bien la manifestation d'une réalité qu'il importe de cerner et, dans certains cas, de réprimer. Cette réalité se prête parfois à une preuve directe [...] Dans de telles circonstances, l'intention, plus que l'échec de l'initiative judiciaire, est significative [...] Dans certains cas, cependant, le seul indice d'une faute réside dans la morphologie du recours lui-même, lequel paraît tellement mal fondé qu'on a peine à comprendre pourquoi un tribunal en est saisi. Cela justifie-t-il que l'on sanctionne la partie qui en a pris l'initiative, ou son procureur ? Non. Il importe de détailler les facteurs spécifiques qui modifient qualitativement la teneur de l'échec au point de faire de ce recours une initiative processuelle non seulement mal fondée mais fautive et condamnable. » (Y.-M. MORISSETTE, « L'initiative judiciaire vouée à l'échec et la responsabilité de l'avocat ou de son mandant », *Revue du Barreau du Québec* 1984/3, p. 400, spéc. pp. 459 et 460).

¹³²⁶ J.-C. WOOG, *op. cit.*, p. 62.

¹³²⁷ Cf. n° 11.

la réflexion sur la certitude. Par conséquent, l'étude des mécanismes réprimant les actions abusives n'entre pas dans le champ de ce travail et nous n'en traiterons pas ici.

377. En revanche, d'autres dispositions destinées à empêcher l'introduction d'actions vaines renvoient directement aux concepts étudiés. Le législateur a ainsi fait le choix de subordonner l'attribution de l'aide juridictionnelle (A) et l'arrêt de l'exécution provisoire (B) à l'existence d'un moyen sérieux.

A/ Exclusion de l'aide juridictionnelle pour les demandes non sérieuses

378. L'attribution de l'aide juridictionnelle subordonnée au caractère sérieux de la demande. Quand elle est nécessaire pour assurer un droit au recours juridictionnel effectif, l'instauration d'une aide juridictionnelle est une exigence constitutionnelle¹³²⁸ et européenne¹³²⁹. La loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 y satisfait puisqu'elle instaure un droit de voir les frais de justice pris en charge pour les personnes les plus démunies.

Indépendamment des conditions de ressource, l'attribution de cette aide est réservée « à la personne dont l'action n'apparaît pas, manifestement, irrecevable ou dénuée de fondement. Cette condition n'est pas applicable au défendeur à l'action [...]. En outre, en matière de cassation, l'aide juridictionnelle est refusée au demandeur si aucun moyen de cassation sérieux ne peut être relevé »¹³³⁰. Un abandon de ces critères est proposé en cas d'instauration d'un filtrage des pourvois devant la Cour de cassation reposant sur d'autres critères de recevabilité, tels que l'intérêt du pourvoi pour l'unification de la jurisprudence ou le développement du droit¹³³¹.

Le connecteur logique « en outre » laisse penser que l'exigence d'un moyen sérieux est distincte de celle relative au caractère manifestement infondé et/ou irrecevable de l'action. La première condition s'ajouterait à la seconde ; l'attribution de l'aide serait plus encadrée au niveau des juridictions supérieures que devant les juridictions du fond¹³³². Pourtant, comme exposé précédemment¹³³³, ces deux conditions sont interchangeables et le contrôle qu'elles appellent est le même : il s'agit, dans un cas comme dans l'autre, de

¹³²⁸ C. const., 9 juin 2011, 2011-631 DC, §88 ; 25 nov. 2011, n° 2011-198 QPC, §3 et 4.

¹³²⁹ Dispositions de droit de l'Union européenne imposant l'instauration d'un système d'aide juridique : art. 47 Charte des droits fondamentaux de l'UE ; directive n° 2002/8/CE du 27 janvier 2003 ; CJUE, 22 déc. 2010, *DEB*, C-279/09, *Rec.* p. I-13849.

Dispositions relevant du Conseil de l'Europe : art. 6-1 Convention EDH ; Cour EDH, 9 oct. 1979, *Airey*, n° 6289/73 ; 7 mai 2002, *McVicar*, n° 46311/99, §46 s. ; 17 déc. 2002, *A. c/R.-U.*, n° 35373/97, §96 s. ; 8 déc. 2009, *Yilmaz*, n° 18896/05, §43.

¹³³⁰ Art. 7 loi n° 91-647.

¹³³¹ *Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, avr. 2017, p. 277 à 279.

¹³³² C. GENTILI, *op. cit.*, n° 13 ; J. BARTHÉLEMY, « Aide juridictionnelle », *Répertoire de contentieux administratif*, n° 17 ; J.-P. DUMAS, « L'aide juridictionnelle et le pourvoi en cassation », *JCP G* 2009. I. 296, n° 3.

¹³³³ Cf. spéc. n° 156 à 158. *Adde* : « Le fait de soumettre l'octroi de l'aide juridictionnelle à l'existence d'un moyen de cassation sérieux a été contesté devant la Cour européenne des droits de l'homme, mais celle-ci a finalement validé cette exigence qui existe aussi, dans une certaine mesure, en première instance et en appel. » (L. BORÉ, « L'aide juridictionnelle », *Justice et cassation* 2008. 38, n° 12 ; voir aussi n° 17 s.).

s'assurer que la demande n'est pas certainement vouée à l'échec¹³³⁴. S'il existe une différence, elle ne réside pas dans l'objet du contrôle mais, tout au plus, tient à son intensité. Alors que les bureaux d'aide juridictionnelle de la Cour de cassation et du Conseil d'État statuent sur les demandes d'aide « après présentation et examen d'un rapport sur l'existence ou non d'un moyen de cassation sérieux »¹³³⁵, les bureaux des juridictions inférieures se prononcent directement sur la demande, sans qu'aucun rapport n'ait été établi préalablement afin d'éclairer le délibéré. L'examen réalisé ne peut être que plus superficiel que devant la Cour de cassation¹³³⁶, mais cela n'implique pas qu'il *doive* se cantonner à l'évidence.

Malgré ce que pouvaient laisser penser les premières décisions rendues par la Cour européenne des droits de l'Homme¹³³⁷, le filtrage des demandes s'étend également aux cas où la représentation par avocat est obligatoire¹³³⁸.

379. Examen critique : une restriction justifiée. La restriction tenant aux chances de succès est admise par la Cour de justice de l'Union européenne¹³³⁹ et la Cour européenne des droits de l'Homme lorsqu'elle s'accompagne de garanties prémunissant le justiciable contre une décision arbitraire¹³⁴⁰ ; il s'agit alors d'une restriction au droit d'accès à un tribunal légitime, nécessaire et proportionnée car elle tend à une utilisation raisonnée des deniers publics. L'on peut aussi relever que la restriction relative au sérieux contribue à la protection des droits du défendeur contre les recours abusifs ou dilatoires¹³⁴¹.

Le droit français offre les garanties requises, compte tenu de la composition du bureau, de la procédure suivie devant lui, de la motivation de ses décisions, de l'existence d'une voie de recours contre celles-ci et de la possibilité d'obtenir le remboursement des frais exposés en cas d'action introduite sans le bénéfice de l'aide mais à laquelle il a été finalement fait droit¹³⁴².

Là encore, il apparaît que les objectifs poursuivis par le filtrage fondé sur le

¹³³⁴ Cf. spéc. note 334 et n° 93. Il peut aussi être observé que les travaux préparatoires de la loi soulignent constamment que l'article 7, considéré dans son ensemble, vise à éviter les demandes « farfelues », sans jamais qu'une distinction ne soit faite dans le tri des demandes au niveau de la cassation ou au niveau inférieur (Suzanne SAUVAIGO et Serge CHARLES, députés, interventions à l'Assemblée lors de la 2^e séance du 29 avr. 1991, *JOAN* p. 1891).

¹³³⁵ Art. 47 décret n° 91-1266 du 19 décembre 1991.

¹³³⁶ « Autant, devant le juge de cassation, les dossiers sont déjà constitués et il est assez facile, compte tenu des limites du contrôle, de dire si les motifs de la décision attaquée sont critiquables en droit, autant il est très difficile, en première instance, de se prononcer sur les chances de succès d'une action alors que toutes les pièces décisives n'ont pas été nécessairement adressées au Bureau [...] » (L. BORÉ, « L'aide juridictionnelle », *op. cit.*, n° 19).

¹³³⁷ Cour EDH, 19 sept. 2000, *Gnahoré*, n° 40031/98.

¹³³⁸ Cour EDH, déc., 14 sept. 2000, *Kroliczek*, n° 43969/98 ; 26 févr. 2002, *Del Sol et Essaadi*, n° 46800/99 et 49384/99.

¹³³⁹ CJUE, 22 déc. 2010, *DEB*, C-279/09, *Rec.* p. I-13849, §61.

¹³⁴⁰ Comm. EDH, 10 juill. 1980, *X. c/ R.-U.*, n° 8158/78, §16 ; 14 juill. 1987, *Munro*, 10594/83 ; 10 juill. 1986, *Winer*, 10871/84 ; Cour EDH, 19 sept. 2000, *Gnahoré*, n° 40031/98, §41 ; 15 févr. 2005, *Steel et Morris*, n° 68416/01, §62.

¹³⁴¹ A. PERDRIAU, « L'aide juridictionnelle pour se pourvoir en cassation », *Gaz. Pal.* 25 juin 2002 (n° 176), p. 2.

¹³⁴² Cour EDH, 19 sept. 2000, *Gnahoré*, n° 40031/98. Rappr. : 12 juin 2007, *Bakan*, n° 50939/99, §74 à 76 ; *Contra* : 20 juill. 1998, *Aerts*, n° 25357/94, §60.

caractère sérieux des moyens sont mieux susceptibles d'être atteints si l'on définit ce caractère à partir du critère de certitude plutôt qu'à partir de celui d'évidence ou de facilité. Il est essentiel que le bureau d'aide juridictionnelle procède à un examen attentif et approfondi des demandes afin d'éviter que l'aide ne soutienne des demandes vouées à l'échec au détriment des droits du défendeur.

En dépit de ces observations, le dispositif reste très contesté pour trois raisons qui ne sont pas dirimantes. D'abord, le filtrage entraînerait une rupture d'égalité entre les justiciables les plus riches et les plus pauvres ; les premiers seraient en mesure d'intenter des actions apparemment dénuées de fondement et de tenter leur chance, quand les seconds ne se verraient pas offrir cette faculté¹³⁴³. Il apparaît néanmoins que les deux catégories de justiciables ne sont pas dans la même situation car ceux qui intendent une action vouée à l'échec sur leurs deniers subiront personnellement le coût de l'instance en cas de rejet, alors que les bénéficiaires de l'aide juridictionnelle pourraient intenter de telles actions sans risque ni conséquence et sans que le défendeur n'ait véritablement la possibilité de voir ses frais remboursés par eux. Le filtrage de l'aide juridique permet ainsi de compenser la disparition de l'effet dissuasif du coût inhérent à toute action en justice¹³⁴⁴.

Ensuite, une discrimination entre ces deux catégories de justiciables serait également constituée au stade de l'examen du pourvoi : le pourvoi de celui à qui l'aide juridictionnelle a été refusée au visa de l'article 7 précité fait l'objet d'un pré-jugement défavorable¹³⁴⁵. Bien que dépourvue d'autorité de la chose jugée et ne liant pas les juridictions, la décision de refus est susceptible d'exercer une influence sur les juges chargés de statuer sur le pourvoi. Ainsi, en sus de méconnaître le principe d'égalité, la condition relative au caractère sérieux de la demande compromettrait le droit à une procédure équitable¹³⁴⁶. Plusieurs facteurs permettent d'écarter ce reproche. Avant tout, il doit être précisé que la décision de rejet ne comporte aucun motif relatif à la recevabilité ou au fond du pourvoi ; le seul motif consiste à viser l'article 7 suscitée et à relever que le recours est manifestement infondé ou irrecevable¹³⁴⁷. Une telle mention constitue certes un préjugé, mais il est bien mince et difficilement exploitable dans le cadre de la procédure de jugement, qui débouche sur une décision motivée ou, pour certains pourvois en

¹³⁴³ Cour EDH, 19 sept. 2000, *Gnahoré*, n° 40031/98, opinion en partie dissidente des juges Françoise TULKENS et Loukis LOUCAIDES ; F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G* 2002. I. 157, n° 24 ; M. PUECHAVY, note sous Cour EDH, 26 févr. 2002, *Del Sol*, *Gaz. Pal.* 5 octobre 2002 n° 238, p. 32.

¹³⁴⁴ Dans ce sens : « Les bénéficiaires de la politique d'aide financière vont apparaître sur le marché comme des personnes ayant des moyens illimités [...] le premier effet pervers que l'on peut craindre est que la gratuité de l'information juridique conduise à sa surconsommation par les bénéficiaires de l'aide. Dans la mesure où cela ne leur coûte rien, on peut imaginer que les bénéficiaires utilisent systématiquement les voies de droit qui leur sont offertes même si leurs chances de succès sont très faibles. » (P. DIDIER, « Regard juridique sur l'accès au droit », in *L'accès au droit*, Tours, Presses universitaires François Rabelais, 2002, p. 110)

¹³⁴⁵ Cour EDH, 19 sept. 2000, *Gnahoré*, n° 40031/9, opinion en partie dissidente des juges Françoise TULKENS et Loukis LOUCAIDES ; M. PUECHAVY, note sous Cour EDH, 19 sept. 2000, *Gnahoré*, *RTDH* 2001. 1067, spécialement p. 1070 ; note sous Cour EDH, 26 févr. 2002, *Del Sol*, *Gaz. Pal.* 5 octobre 2002 n° 238, p. 32.

¹³⁴⁶ G. COHEN-JONATHAN, « Le droit au juge », in *Mélanges Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 471, spéc. 483.

¹³⁴⁷ A. PERDRIAU, « L'aide juridictionnelle pour se pourvoir en cassation », *Gaz. Pal.* 25 juin 2002 (n° 176), p. 2.

cassation, sur la communication d'un rapport motivé et détaillé. L'assistance d'un avocat, lorsqu'elle a lieu, est aussi susceptible de lever les présupposés que pourraient avoir les conseillers à l'encontre de celui qui persiste à agir malgré le refus de sa demande d'aide. Également dans ce sens, il faut relever que les membres du bureau qui ont refusé l'aide ne peuvent être appelés à statuer sur les demandes dans le cadre de la procédure juridictionnelle¹³⁴⁸. En outre, la doctrine fait état de rares cas dans lesquels le pourvoi qui s'était vu refusé le bénéfice de l'aide juridictionnelle en application de l'article 7 a abouti à une cassation¹³⁴⁹. Si ces exemples peuvent éventuellement révéler un dysfonctionnement de la part du bureau d'aide juridictionnelle, ils témoignent de l'indépendance des conseillers statuant le pourvoi.

Enfin, la vérification du caractère sérieux de l'action au stade de l'aide juridictionnelle a été dénoncée comme constituant une restriction excessive au droit d'accès à une juridiction. En effet, le justiciable qui demande l'attribution de l'aide ne bénéficiant pas encore de l'assistance d'un avocat, il lui est impossible de présenter sa demande de façon à ce qu'elle paraisse sérieuse ; il n'est pas en mesure d'exposer les éléments de fait et de droit pertinents qui justifieraient son action¹³⁵⁰. De sorte que ce critère d'attribution pourrait constituer un obstacle aux actions non abusives de certains justiciables. Toutefois, cette critique repose sur une inversion de l'équilibre du dispositif issu de la loi n° 91-647. Celui-ci n'impose pas au demandeur de prouver que son action est recevable et bien fondée. Il incombe, au contraire, au bureau d'aide juridictionnelle de caractériser une irrecevabilité ou un défaut de fondement certains à partir des éléments factuels qui sont à sa disposition. L'existence d'un doute bénéficie au justiciable.

Le système d'attribution de l'aide juridictionnelle nous paraît donc parfaitement équilibré dans son état actuel. La Cour de cassation a d'ailleurs jugé qu'il était conforme à la Constitution et qu'aucune atteinte au droit au recours effectif ou au principe d'égalité ne pouvait être retenue¹³⁵¹.

380. Extension de la restriction au défendeur. Le contrôle exercé par le bureau d'aide juridictionnelle sur le bien-fondé des prétentions n'a pas lieu en ce qui concerne le défendeur. Celui-ci se verra attribuer l'aide dès lors qu'il remplit les conditions de ressource nécessaires¹³⁵².

La résistance à une demande peut pourtant être abusive¹³⁵³ et être même à l'origine de l'action du demandeur. Il pourrait donc sembler souhaitable d'écarter l'attribution de l'aide en défense lorsque la demande paraît certainement recevable et bien fondée. Il reviendrait alors au défendeur de démontrer au bureau que cela n'est pas manifestement

¹³⁴⁸ Pour la majorité, les membres du bureau n'appartiennent pas à la juridiction à laquelle il est rattaché (art. 16 loi n° 91-647 et 12 à 19 décret 91-1266). Pour ceux qui en sont ou en deviendraient membres, l'exigence d'impartialité leur interdit de connaître des affaires pour lesquelles le demandeur a formulé une demande d'aide sur laquelle ils auraient préalablement statué (*mutatis mutandis* : Cass., ass., 6 nov. 1998, n° 94-17.709, *Bull. civ.*, A. P., n° 5). Sur ce dernier point, voir, cependant, la jurisprudence contraire du Conseil d'État : CE, sect., 12 mai 2004, n° 261826, *Lebon* 224.

¹³⁴⁹ S. GUINCHARD, « Petit à petit, l'effectivité du droit à un juge s'effrite », in *Mélanges Jacques Boré*, Dalloz, 2007, p. 275, spécialement p. 282 à 284 ; A. BÉNABENT, « Pour la Cour de cassation aussi, mais autrement... » *D.* 1989. 222.

¹³⁵⁰ F. ROLIN, « L'aide juridictionnelle face aux exigences du procès équitable », *D.* 2001. 725 ; S. GUINCHARD, « Petit à petit... », cité note précédente, p. 282.

¹³⁵¹ Cass., civ. 2^e, 21 juin 2012, n° 12-40.036, *Bull. civ.*, II, n° 109.

¹³⁵² Art. 7 al. 2 et 3 loi n° 91-647.

¹³⁵³ J.-C. WOOG, *op. cit.*

le cas, qu'il existe un doute sur l'issue de la demande ou, même qu'elle est absolument vouée à l'échec.

381. Alors que l'exclusion de l'aide juridictionnelle pour les demandes manifestement irrecevables ou infondées contribue à éviter que des actions vouées à l'échec ne soient introduites à tous les niveaux de la hiérarchie judiciaire, qu'il s'agisse d'actions en première instance ou de recours juridictionnels, le législateur a également introduit des dispositions visant spécifiquement à lutter contre les appels qui ne peuvent déboucher que sur la confirmation du jugement attaqué.

B/ L'arrêt de l'exécution provisoire en cas d'appel subordonné à l'existence d'un moyen sérieux

382. L'existence d'un moyen sérieux, condition de l'arrêt de l'exécution provisoire des jugements du juge de l'exécution et des jugements rendus en matière de procédures collectives. Indépendamment de la restriction du droit à l'aide juridictionnelle, certaines règles relatives à l'exécution provisoire d'un jugement de première instance frappé d'appel visent à dissuader l'exercice de recours certainement voués à l'échec.

C'est le cas en matière de procédures collectives et de procédures civiles d'exécution où l'effet suspensif de l'appel est écarté¹³⁵⁴ en raison de la fréquence des recours dilatoires contre les jugements du juge de l'exécution¹³⁵⁵ ou de ses conséquences dramatiques pour les créanciers d'une société en perte¹³⁵⁶. La suppression de l'effet suspensif est toutefois contrebalancée par la possibilité de demander au premier président de la cour d'appel d'arrêter ou de suspendre l'exécution si « les moyens à l'appui de l'appel paraissent sérieux »¹³⁵⁷ ou « s'il existe des moyens sérieux d'annulation ou de réformation de la décision »¹³⁵⁸.

Ces dispositions garantissent l'équilibre des droits des parties : elles assurent aux créanciers la protection de leurs droits et leur réalisation rapide, tout en évitant au débiteur d'avoir à exécuter un jugement dont l'infirmité future apparaît acquise ou, à tout le moins, probable, avec tous les risques que cela comporte. L'arrêt de l'exécution dans cette hypothèse constitue une protection pour le créancier lui-même, car celui-ci engage sa responsabilité de plein droit quand il recherche l'exécution d'une décision finalement annulée¹³⁵⁹.

La condition relative à l'existence de moyens sérieux est donc un élément essentiel

¹³⁵⁴ Art. R661-1 al. 1 c. com. et R212-21 CPCEX.

¹³⁵⁵ AN, intervention de la députée Nicole CATALA, rapporteur de la commission des lois, *Compte-rendu intégral des débats* 3 avr. 1990, 2^e séance, p. 40 ; J. NORMAND, « Le juge de l'exécution », *RTD civ.* 1993. 31.

¹³⁵⁶ J. VALLANSAN, « L'exécution provisoire de droit dans les procédures collectives », *LPA* 28 nov. 2008 (n° 239), p. 31

¹³⁵⁷ R661-1 al. 3 C. com.

¹³⁵⁸ R121-22 al. 3 CPCEX. Sur la détermination des décisions du juge de l'exécution qui peuvent faire l'objet d'un arrêt de l'exécution provisoire, voir notamment : C. BRENNER, note sous Cass., civ. 2^e, 8 juill. 2004, *Gaz. Pal.* 2005. 3645.

¹³⁵⁹ Cass., civ. 3^e, 15 nov. 1972, n° 71-13.619, *Bull. civ.*, III, n° 615 ; 2 juill. 1974, n° 73-20.046, *id.* n° 281 ; civ. 1^{ère}, 6 juin 1990, n° 87-19.661, *id.*, I, n° 140.

de la procédure d'arrêt de l'exécution provisoire de droit. Son origine jurisprudentielle en témoigne : elle a été introduite par certains premiers présidents en matière de procédures civiles d'exécution¹³⁶⁰ alors même que la loi ne posait aucune condition pour ordonner l'arrêt¹³⁶¹. De même, alors que son arrêt était généralement interdit en dehors de ces matières avant le 1^{er} janvier 2005¹³⁶², plusieurs premiers présidents ont jugé, contre la jurisprudence de la Cour de cassation, que l'arrêt devait être accordé toute les fois que le jugement attaqué était manifestement entaché d'une erreur de droit¹³⁶³.

383. Ici encore, ces objectifs justifient de définir le moyen sérieux à partir du critère de certitude plutôt que de ceux d'évidence et de facilité : il n'y a pas lieu de faire obstacle à l'exécution d'un jugement dont on peut démontrer avec certitude qu'il ne sera pas réformé en appel sous prétexte que cette appréciation ne sauterait pas aux yeux.

384. La condition tenant à l'existence d'un moyen sérieux étendue à tous les cas d'arrêt de l'exécution provisoire. Compte tenu de son importance, cette condition devrait être reprise dans tous les textes relatifs à l'arrêt de l'exécution provisoire. Son intégration à l'article 524 du code de procédure civile, qui constitue le droit commun en matière d'arrêt de l'exécution provisoire, doit être envisagée.

En effet, ce texte autorise trop largement l'arrêt de l'exécution provisoire *judiciaire*, puisqu'il la permet toutes les fois qu'elle aurait des conséquences manifestement excessives. En l'absence de référence au caractère sérieux du recours, les droits du créancier sont sacrifiés à ceux du débiteur puisque celui-ci pourra interjeter appel à des fins purement dilatoires et obtenir la cessation de l'exécution d'obligations dont il ne peut raisonnablement pas contester être débiteur.

Philippe Hoonakker écrit ainsi : « plus [le risque d'anéantissement de la décision attaquée] est élevé et plus l'exécution provisoire est insupportable. Inversement s'il est insignifiant, son maintien est justifié car le recours apparaît dilatoire et la partie condamnée ne mérite pas alors le bénéfice de l'effet suspensif »¹³⁶⁴. Dans ce sens, le premier président de la cour d'appel de Toulouse a jugé qu'en l'absence de chance de succès, l'exécution provisoire ne peut être regardée comme ayant des conséquences manifestement excessives¹³⁶⁵.

¹³⁶⁰ Paris, réf. 1^{er} Pr., 29 sept. 1995, JurisData n° 023545 ; 4 oct. 1995, JurisData n° 023546 à 023548.

¹³⁶¹ Art. 31 décret n° 92-755 et ancien art. L312-11-1 COJ, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2006-673 ; Cass., civ. 2^e, 20 juin 1996, n° 94-16.464 et 93-19.320, *Bull. civ.*, II, n° 176 et 177.

¹³⁶² Art. 524 CPC dans sa rédaction antérieure au décret n° 2004-836 ; Cass., civ. 2^e, 17 juin 1987, n° 86-14.716 et 86-14.717, *Bull. civ.*, II, n° 131 ; soc., 28 juin 2001, n° 99-43.831, *id.*, V, n° 237.

¹³⁶³ Montpellier, réf. 1^{er} Pr., 29 oct. 1997, *D.* 1999. 380 ; Basse-Terre, réf. 1^{er} Pr., 19 mars 1990, JurisData n° 604953. Rapp. : Versailles, réf. 1^{er} Pr., 26 juill. 1988, JurisData n° 048580.

¹³⁶⁴ P. HOONAKKER, « Retour sur l'arrêt de l'exécution provisoire de droit : un espoir déçu », in *Mélanges Guinchard*, 2010, Dalloz, p. 721 et 722, n° 18. Dans le même sens : « L'exécution provisoire présente ainsi l'avantage de dissuader le plaideur qui a perdu en première instance de former appel aux seules fins de retarder l'exécution d'une condamnation inévitable. L'exercice dilatoire d'une voie de recours présente un caractère foncièrement malsain, surtout lorsque la situation du demandeur est telle qu'il ne peut attendre » (J. HÉRON et T. LE BARS, *op. cit.*, n° 527, p. 419).

¹³⁶⁵ « Le caractère manifestement excessif résultant de la mise en œuvre d'une mesure d'exécution provisoire [...] ne peut résulter que de l'examen des chances de succès de l'instance d'appel, dès lors que l'exécution d'une décision absolument incontestable en son principe et dans le montant de la condamnation ne saurait présenter de caractère excessif en soi-même, la notion d'excès supposant un terme de comparaison qui ne peut être que la recherche de ce qui est susceptible d'être véritablement

La Cour de cassation s'oppose toutefois à cette solution et juge que le caractère excessif des conséquences résultant de l'exécution s'apprécie uniquement au regard de la situation matérielle du débiteur¹³⁶⁶. Une modification de l'article 524 al. 1 devrait donc être envisagée afin d'y insérer l'exigence d'un recours sérieux. De même pour les articles R202-5 du livre des procédures fiscales et 64 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, qui subordonnent l'arrêt de l'exécution provisoire de droit à la seule constatation de conséquences manifestement excessives.

En ce qui concerne l'arrêt de l'exécution provisoire *de droit*, en revanche, l'article 524 alinéa 4 est trop restrictif. Son arrêt est en effet subordonné cumulativement à l'existence de conséquences manifestement excessives et d'une « violation manifeste du principe du contradictoire ou de l'article 12 » du code de procédure civile.

La condition relative à la méconnaissance de l'article 12 fait l'objet d'interprétations divergentes. Certains premiers présidents jugent que toute méconnaissance des règles de droit applicables par les juges de première instance caractérise une telle condition¹³⁶⁷. Au soutien de cette position, il faut relever que l'article 12 dispose que « le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ». À l'inverse, la Cour de cassation entend très strictement cette condition, qui ne recouvre, selon elle, que les hypothèses où les premiers juges ont commis un excès de pouvoir¹³⁶⁸.

Cette interprétation, qui ne repose sur aucun fondement textuel¹³⁶⁹, est contraire aux exigences européennes et constitutionnelles relatives au droit d'appel. Si ni l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme ni la Constitution ne confèrent de droit au double degré de juridiction¹³⁷⁰, ces textes imposent que lorsqu'un tel droit existe, les garanties attachées au droit au procès équitable lui soient applicables. L'État doit assurer l'effectivité du droit d'appel qu'il institue¹³⁷¹ et est tenu d'offrir des garanties égales pour son exercice aux justiciables placés dans des situations identiques¹³⁷². Il en résulte que l'exécution provisoire doit être écartée lorsqu'elle aurait des conséquences irréversibles et rendrait ainsi l'appel partiellement inefficace. Sans un tel procédé,

dû » (Toulouse, réf. 1^{er} Pr., 3 juill. 1981, *JurisData* n° 042429). Rappr. Aix-en-Provence, réf. 1^{er} Pr., 26 avr. 1976, n° 76-1426 où l'erreur des premiers juges dans l'application des règles de droit apparaît comme une condition de l'excès, puisque l'arrêt prend soin de relever une telle erreur avant d'examiner les conséquences concrètes de l'exécution pour le débiteur.

¹³⁶⁶ Cass., civ. 2^e, 5 juin 1996, n° 94-12.803, *id.*, II, n° 139 ; 13 juin 2002, n° 01-14.814, *id.* n° 131.

¹³⁶⁷ Paris, réf. 1^{er} Pr., 21 avr. 2005, *JurisData* n° 276196 ; 6 févr. 2013, n° 12/22814 ; Grenoble, réf. 1^{er} Pr., 16 févr. 2005, n° 05/00018, *RTD. civ.* 2005. 453.

¹³⁶⁸ Cass., soc., 18 déc. 2007, n° 06-44.548, *id.*, n° 213 ; civ. 2^e, 15 oct. 2009, n° 08-15.489, *id.*, II, n° 246. Il résulte de cette jurisprudence que seuls les cas suivants constituent une violation manifeste de l'article 12 : le juge statue en équité sans y être invité, se prétend tenu par la qualification des faits proposée par les parties, fait droit à une demande au motif qu'elle n'est pas contestée ou modifie la qualification que les parties se sont accordées pour arrêter (P. HOONAKKER, « Retour sur l'arrêt de l'exécution provisoire de droit : un espoir déçu », in *Mélanges Guinchard*, 2010, Dalloz, p. 719, n° 11).

¹³⁶⁹ *Id.*, p. 720 à 722, n° 14 à 20.

¹³⁷⁰ Sur l'article 6-1 : Cour EDH, 23 janv. 1968, *Affaire relative à « certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »*, n° 1474/62, §9 s. ; 17 janv. 1970, *Delcourt c. Belgique*, n° 2689/65, §25. Sur le bloc de constitutionalité : C. const., 12 févr. 2004, n° 2004-491 DC, §4 ; 14 mai 2012, n° 2012-243 à 246 QPC, §13 ; 13 sept. 2013, n° 2013-338/339 QPC, §8.

¹³⁷¹ Cour EDH, arrêts cités note précédente et 23 oct. 1996, *Levages Prestations Services*, n° 21920/93, §44.

¹³⁷² C. const., 20 janv. 1981, n° 80-127 DC, §71 ; 17 déc. 2010, n° 2010-81 QPC, §4 à 7 ; 31 janv. 2014, n° 2013-363 QPC, §4 à 8.

l'effectivité du droit d'appel serait compromise et l'exécution provisoire le viderait de sa substance¹³⁷³. De même, une rupture d'égalité serait caractérisée entre les débiteurs dont les droits pourront être restaurés et ceux à qui l'exécution provisoire préjudicie de façon définitive. Dans ces cas, l'arrêt de l'exécution provisoire peut revêtir une importance fondamentale pour l'appelant¹³⁷⁴ et le droit des créanciers « doit être concilié avec l'exercice des voies de recours »¹³⁷⁵. Il peut être observé, à cet égard, que, en cas d'appel ou de recours en annulation contre une ordonnance accordant l'*exequatur* à une sentence arbitrale internationale, dont l'exécution provisoire est de droit, l'article 1526 du code de procédure civile autorise le premier président de la cour d'appel à arrêter l'exécution provisoire lorsqu'elle « est susceptible de léser gravement les droits de l'une des parties ».

Cependant, il ne semble pas nécessaire pour préserver l'effectivité du droit d'appel d'aller aussi loin et d'autoriser l'arrêt toutes les fois que l'exécution provisoire aurait des conséquences graves sur l'appelant. Il semble encore possible de subordonner l'exécution provisoire à l'existence d'un moyen sérieux d'infirmité ou de réformation de la décision attaquée car, à défaut, le droit d'interjeter appel est purement formel¹³⁷⁶.

La position des juridictions du fond assimilant toute violation des règles de droit applicables au fond à une violation manifeste de l'article 12 apparaît ainsi bien plus équilibrée que celle de la Cour de cassation, qui n'assure l'effectivité du droit d'appel qu'aux seuls justiciables qui ont été victimes d'une violation du contradictoire ou d'un excès de pouvoir. Un ralliement de la cour suprême aux juridictions du fond ne serait toutefois pas pleinement satisfaisant : il serait utile d'abandonner la référence à la violation de l'article 12 et de lui substituer l'exigence tenant à l'existence d'un moyen sérieux d'infirmité ou de réformation. Exiger de l'appelant qu'il démontre que le jugement méconnaît certainement les règles de droit, autrement dit que l'infirmité est manifeste et ne se heurte à aucune contestation sérieuse, est trop restrictif. Cela revient à refuser le bénéfice de l'arrêt de l'exécution provisoire à celui qui, démontrant le caractère incertain des règles de droit appliquées, fait état d'un moyen sérieux : la solution retenue par la première juridiction, sans être erronée, ne s'imposait pas et les chances d'infirmité ne sont donc pas nulles, ce qui justifie d'assurer l'effectivité du droit d'appel en écartant, si besoin, l'exécution provisoire.

385. Bien sûr, on pourrait encore soutenir contre l'appréciation du caractère sérieux par le premier président de la cour d'appel que « l'indication fournie en réponse par le chef de Cour, même si elle ne s'impose pas en droit à la formation à qui l'affaire est distribuée, a son poids déterminant dans le dossier d'appel »¹³⁷⁷. Il ne s'agit toutefois pas d'un motif justifiant d'exclure l'appréciation du sérieux dans la procédure d'arrêt de l'exécution provisoire, les magistrats de la formation d'appel exerçant leur fonction en

¹³⁷³ Rappr. : Cour EDH, 14 nov. 2000, *Annoni di Gussola*, n° 31819/96 et 33293/96, §53 s. ; 25 sept. 2003, *Pages*, 50343/99, §31 s. ; 31 mars 2011, n° 34658/07, *Chatellier*, §36 s.

¹³⁷⁴ Pour un exemple de l'importance d'arrêter l'exécution provisoire lorsque la décision est vouée à l'infirmité : A. BOYER, « Les conséquences sociales de l'arrêt de l'exécution provisoire de plein droit du jugement de liquidation judiciaire », *Proc. coll.* 2011, alerte 11.

¹³⁷⁵ Y. AGUILA, concl. CE, 6^e et 1^{ère} ssr., 6 avr. 2006, n° 273311, *Gaz. Pal.* 17-18 mai 2006, p. 7.

¹³⁷⁶ *Mutatis mutandis* : Cour EDH, 14 nov. 2000, *Annoni di Gussola*, n° 31819/96 et 33293/96, §58 ; 25 sept. 2003, *Bayle c. France*, n° 45840/99, §41.

¹³⁷⁷ J.-J. BOURDILLAT, « Le Noël du juge de l'exécution : un cadeau bien mérité », *Gaz. Pal.* 1997. 1070, spéc. 1072.

toute indépendance¹³⁷⁸, de même que les juges du fond exercent leur fonction indépendamment du juge des référés qui a déjà jugé sérieuses ou non les prétentions d'une partie.

386. Faudrait-il aller jusqu'à écarter l'exigence générale portant sur l'existence de conséquences manifestement excessives ? Après tout, même en l'absence de telles conséquences, il peut paraître absurde d'imposer l'exécution d'une décision dont le maintien est incertain, voire improbable. C'est dans cette voie que se sont engouffrés certains premiers présidents, qui ont jugé que l'exécution d'une décision manifestement irrégulière était nécessairement constitutive d'une conséquence manifestement excessive¹³⁷⁹.

Cette solution, rejetée par la Cour de cassation¹³⁸⁰, ne repose toutefois sur aucun fondement juridique identifiable¹³⁸¹. Le premier président ne saurait contrôler l'opportunité de l'exécution, qu'elle soit judiciaire ou de droit, dès lors que le référé devant lui vise uniquement à préserver le droit d'appel¹³⁸². Or, celui-ci n'est pas en cause en l'absence de conséquences excessives.

387. Exiger un moyen sérieux pour l'attribution de l'aide juridictionnelle ou pour l'arrêt de l'exécution provisoire n'est pas le seul moyen de lutter contre l'exercice certainement vain du droit d'intenter des recours contre les jugements. Une solution plus radicale consiste à exclure toute voie de recours contre les jugements qui se qualifient eux-mêmes de certains. Il revient alors aux premiers juges de décider de l'existence de recours à l'encontre de leur décision.

Cela ne soulève aucun problème logique car la juridiction de recours n'aura qu'à constater que le jugement n'est pas susceptible de recours, sans avoir à se prononcer sur le caractère bien fondé du recours. De sorte qu'elle n'est pas amenée à statuer sur le fond pour constater l'irrecevabilité.

III/ La suppression des recours contre les jugements qualifiant leur solution de manifeste

388. La solution qui consiste à exclure tout recours contre les jugements rendus sous le sceau de la certitude a été retenue dans les procédures d'origine européenne. Elle se retrouve ainsi dans la procédure européenne de règlement des petits litiges (A) et dans la procédure européenne d'injonction de payer (B).

¹³⁷⁸ P. HOONAKKER, « Retour sur l'arrêt de l'exécution provisoire de droit : un espoir déçu », in *Mélanges Guinchard*, 2010, Dalloz, p. 721, n° 17.

¹³⁷⁹ Aix-en-Provence, 18 oct. 1976, n° 76-5178, jugeant les conséquences manifestement excessives au seul motif que « la décision du Parquet de Marseille de classer sans suite l'enquête diligentée à la suite de l'accident mortel dont il s'agit, révèle que les éléments de fait sont susceptibles d'une interprétation différente de celle des premiers Juges ». Rappr. Toulouse, réf. 1^{er} Pr., 3 juill. 1981, JurisData n° 042429, précité.

¹³⁸⁰ Cf. note 1368.

¹³⁸¹ P. HOONAKKER, « Exécution provisoire des jugements au regard de la situation du débiteur », in S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz, 2012, n° 432.131.

¹³⁸² *Id.*, n° 432.121 et les références.

389. Le règlement n° 861/2007 du 11 juillet 2007 instaure une procédure européenne de règlement des petits litiges, applicable pour le règlement des litiges transfrontaliers de nature civile ou commerciale et dont le montant n'excède pas deux mille euros¹³⁸³. Les juridictions qui ont à connaître des demandes relevant de cette procédure sont donc le tribunal d'instance et le tribunal de commerce¹³⁸⁴.

Leur saisine se fait par simple transmission au greffe d'un formulaire spécial, exposant la demande et les moyens qui l'appuient, accompagné des éventuelles pièces justificatives¹³⁸⁵. La juridiction est alors chargée de communiquer elle-même ces éléments au défendeur¹³⁸⁶. Toutefois, « lorsque la demande apparaît manifestement non fondée ou irrecevable », la juridiction la rejette sans la communiquer préalablement au défendeur¹³⁸⁷. Si tel n'est pas le cas, la procédure est poursuivie, selon des modalités et délais précisément définis, et un jugement est rendu à l'issue du débat contradictoire¹³⁸⁸. Nous étudierons cette possibilité de rejet anticipé dans la seconde section de ce chapitre, car elle ne correspond pas à une suppression ou une limitation du droit d'action, mais à un aménagement des débats devant la juridiction.

390. La suppression des voies de recours à l'encontre des rejets certains et la limitation de leur autorité. Comme l'article 17 1° du règlement l'y autorise, le pouvoir réglementaire français a défini les voies de recours ouvertes contre les jugements rendus dans le cadre de cette procédure. À ce titre, l'article 1385 du code de procédure dispose que « lorsque le tribunal rejette la demande au motif que celle-ci apparaît manifestement non fondée ou irrecevable [...], la décision rendue est insusceptible de recours. Le demandeur peut toutefois procéder selon les voies de droit commun ».

Ce texte empêche ainsi le demandeur débouté de former un pourvoi en cassation, comme l'y autoriserait normalement le droit commun¹³⁸⁹, et prive le jugement de l'autorité de la chose jugée à l'égard des juridictions saisies selon les voies ordinaires. En ce qui concerne son autorité à l'égard des demandes identiques formées dans le cadre de la procédure européenne, l'article 7 2° prévoit que la décision est « signifiée aux parties ». Le

¹³⁸³ Art. 2 du règlement n° 861/2007. Pour un exemple de mise en œuvre, encore rare : TI Angers, Jur. prox., 6 déc. 2010, n° 91.10-438, JurisData n° 025575.

¹³⁸⁴ Art. 221-4-1 COJ et 721-3-1 c. com.

¹³⁸⁵ Art. 4 1° du règlement n° 861/2007.

¹³⁸⁶ Art. 5 du règlement n° 861/2007.

¹³⁸⁷ Art. 4 4° du règlement n° 861/2007.

¹³⁸⁸ Art. 7 du règlement n° 861/2007.

¹³⁸⁹ Le jugement est en effet rendu en dernière instance, comme l'exige l'article 605 CPC. En effet, il n'est pas susceptible d'appel dès lors qu'il porte sur un montant d'au plus deux mille euros (art. 543 CPC, R221-4 COJ et R721-6 C. com.) ou d'opposition, qui n'est ouverte qu'au défendeur (art. 571 CPC). Il n'est, en outre pas susceptible d'un recours en révision, ce qui exclurait la recevabilité du pourvoi (art. 616 CPC), car ce recours implique une manœuvre frauduleuse de l'autre partie (art. 595 CPC), laquelle fait ici nécessairement défaut dès lors que le défendeur n'a pas été invité à conclure. Le jugement met également fin à l'instance, comme l'exige l'article 607 CPC. Sur ce dernier point, il est nécessaire d'indiquer que le pourvoi est recevable nonobstant le fait que le jugement n'ait qu'une autorité de chose jugée restreinte et qu'il ne mette pas fin au litige, qui peut être encore discuté selon les voies ordinaires (*mutatis mutandis* : Cass., ass., 2 nov. 1990, n° 90-12.698, *Bull. civ.*, A. P., n° 11).

défendeur aura donc bien connaissance du rejet prononcé en son absence et pourra alors soulever la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de cette décision en cas de demande future identique.

Faute de dispositions dérogatoires spéciales, les autres jugements sont soumis au droit commun. D'abord, l'article 1355 du Code civil leur est applicable et les parties peuvent se prévaloir de l'autorité de chose jugée qui s'y rattache en cas d'action future. Ensuite, ils sont soumis aux recours généralement prévus par le droit commun, à savoir l'opposition, le pourvoi en cassation et le recours en révision¹³⁹⁰. Compte tenu du montant maximal des demandes traitées dans le cadre de cette procédure, le demandeur débouté pourra agir par la voie du pourvoi en cassation ou du recours en révision¹³⁹¹ si sa demande a été rejetée sans être jugée « manifestement mal fondée ou irrecevable ». Pour sa part, le défendeur devra faire opposition lorsque le jugement aura été rendu par défaut¹³⁹², et se pourvoir en cassation ou former un recours en révision lorsque le jugement est contradictoire ou réputé contradictoire.

391. Examen critique : un système déséquilibré. La portée exacte de l'article 1385 soulève une difficulté. La formule « Lorsque le tribunal rejette la demande au motif que celle-ci apparaît manifestement non fondée ou irrecevable » est suffisamment générale pour laisser penser que tout jugement qui constate le caractère non sérieux de la demande est insusceptible de recours, qu'il ait été rendu en amont de la mise en cause du défendeur en application de l'article 4 du règlement n° 861/2007, ou à l'issue des débats contradictoires.

Il faut toutefois noter que l'article 1385 reprend la formule qui figure à l'article 4 du règlement et peut donc être lu comme faisant référence aux seuls jugements rendus sur ce fondement, c'est-à-dire avant la phase contradictoire de la procédure. La doctrine semble retenir une telle lecture¹³⁹³, qui a l'avantage d'offrir un critère temporel clair pour la mise en œuvre de l'article 1385. Cela évite une complication excessive du contentieux qui pourrait résulter de la multiplication des discussions relatives à la portée exacte des jugements rendus à l'issue de la phase contradictoire, afin de déterminer la portée de l'autorité qui s'y rattache ou de déterminer si le pourvoi dirigé contre eux est recevable. Envisager l'article 1385 sous l'angle chronologique empêche également une division du jugement et un éclatement de la procédure lorsque des demandes reconventionnelles ont été soulevées et que seule une partie des demandes dont était saisie la juridiction est rejetée au motif qu'elles sont manifestement infondées ou irrecevables.

Ensuite, il convient de relever que la suppression des voies de recours à l'égard du demandeur dont la demande est jugée non sérieuse n'est pas absolue. Le demandeur peut

¹³⁹⁰ Voir la communication faite par la France à la Commission européenne en application de l'article 25 du règlement n° 861/2007 (site de l'Atlas judiciaire européen en matière civile) ; art. 3.7 circulaire de la Direction des affaires civiles et du sceau n° C3 07-09, du 26 mai 2009.

¹³⁹¹ Recours ouvert à condition d'arguer d'une manœuvre frauduleuse ou dolosive de l'autre partie ayant eu une incidence déterminante sur le jugement et à laquelle le requérant n'a pu s'opposer durant l'instance initiale (595 CPC). Il suppose que toutefois le jugement soit passé en force de chose jugée (art. 593) et donc que le délai d'opposition soit écoulé si le jugement a été rendu par défaut.

¹³⁹² Art. 571 CPC.

¹³⁹³ C.-H. GALLET, « Règlement des petits litiges à l'heure européenne », *Revue des loyers et des fermages* mars 2009 (n° 895). 932 ; J. BERAUDO et M. J. BERAUDO, « Injonction de payer européenne et procédure de règlement des petits litiges », *JurisClasseur Europe Traité*, fasc. 2820, n° 100.

toujours former un appel-nullité, ouvert à l'encontre de tout jugement d'une juridiction de première instance¹³⁹⁴ qui procède d'un excès de pouvoir¹³⁹⁵ et n'est susceptible d'aucun recours immédiat permettant de faire constater sa nullité¹³⁹⁶.

Le dispositif de l'article 1385 semble poursuivre l'objectif de bonne administration de la justice, en empêchant le demandeur débouté de former un pourvoi en cassation nécessairement voué à l'échec. D'autant plus que l'introduction d'un pourvoi conduirait à une mise en cause du défendeur devant la Cour de cassation¹³⁹⁷, avec le risque qu'il charge un avocat aux Conseils de le représenter¹³⁹⁸. Cela engendrerait une augmentation globale du coût de la procédure qui, compte tenu du montant de la demande, pourrait dissuader les actions ; ce que le règlement n° 861/2007 entend précisément éviter¹³⁹⁹. Une voie de recours est d'autant moins utile que le rejet n'a qu'une autorité restreinte : il est inopposable aux demandes formulées selon la procédure ordinaire¹⁴⁰⁰.

Cependant, cette limitation de l'autorité du rejet prononcé avant la notification de la demande conduit à une situation absurde où celui dont l'action n'est pas sérieuse bénéficie de possibilités plus grandes pour remettre en cause le jugement que celui dont l'action sérieuse a été rejetée. De fait, le demandeur débouté avant tout débat contradictoire en raison du caractère manifestement infondé de sa demande pourra obtenir un nouvel examen en fait et en droit, en saisissant le même tribunal selon la procédure ordinaire. À l'inverse, celui qui a été débouté à l'issue de la procédure contradictoire ne pourra que procéder *via* le pourvoi en cassation, alors même qu'il n'aura pas été mis en mesure de répondre aux conclusions du défendeur, sauf en ce qu'elles contenaient des demandes reconventionnelles¹⁴⁰¹.

392. Le principal problème soulevé par l'article 1385 réside toutefois dans la validité de l'article 3 du décret n° 2008-1346 du 17 décembre 2003, qui en est à l'origine. En effet, le Conseil constitutionnel a déjà refusé de déclasser une disposition législative qui énonçait que « [l'arrêt d'appel rendu en matière d'indemnité pour expropriation] pourra être déféré à la Cour de cassation »¹⁴⁰². Le Conseil relève, à cet égard, que « cette dernière disposition a trait à une voie de recours qui constitue pour les justiciables une garantie fondamentale dont, en vertu de l'article 34 de la Constitution, il appartient seulement à la loi de fixer les règles »¹⁴⁰³.

Ainsi, il appartient au seul législateur de déterminer quels jugements sont susceptibles d'un pourvoi en cassation ; seules les règles qui définissent les conditions dans lesquelles le pourvoi doit être exercé, lorsqu'il est autorisé par la loi, relèvent bien du

¹³⁹⁴ Cass., civ. 2^e, 7 nov. 2002, n° 01-01.885, *Bull. civ.*, II, n° 241 ; com., 5 avr. 2011, n° 10-15.376.

¹³⁹⁵ Cass., mixte, 28 janv. 2005, n° 02-19.153, *id.*, mixte, n° 1 ; civ. 2^e, 17 nov. 2005, n° 03-20.815, *id.*, II, n° 293 ; civ. 1^{ère}, 20 févr. 2007, n° 06-13.134, *id.*, I, n° 61 ; com., 26 janv. 2010, 08-21.330, *id.*, IV, n° 19

¹³⁹⁶ Voir les arrêts cités à la note précédente.

¹³⁹⁷ Art. 977 CPC.

¹³⁹⁸ Art. 973 CPC.

¹³⁹⁹ E. GUINCHARD, « L'Europe, la procédure civile et le créancier : l'injonction de payer européenne et la procédure européenne de règlement des petits litiges », *RTD com.* 2008. 465, n° 8, précité.

¹⁴⁰⁰ Voir, *mutatis mutandis*, les explications ci-dessous relatives à l'injonction européenne de payer (cf. nos 393 et 394).

¹⁴⁰¹ Art. 5 6° du règlement n° 861/2007.

¹⁴⁰² C. Const., 10 mai 1988, n° 88-157 L, §8 à 11.

¹⁴⁰³ *Id.* §10.

pouvoir réglementaire¹⁴⁰⁴. Par conséquent, l'article 1385, d'origine réglementaire, ne saurait faire échec à un pourvoi en cassation introduit par le demandeur débouté avant l'introduction de phase contradictoire de la procédure.

B/ Suppression des voies de recours contre le refus de délivrer une injonction de payer européenne manifestement infondée

393. Les règles issues du droit de l'Union européenne instituent une autre procédure au sein de laquelle l'appréciation du caractère sérieux va conditionner l'exercice des voies de recours : l'injonction de payer européenne, que nous avons déjà envisagée en tant qu'elle est une procédure précontentieuse exclue en présence d'une demande non sérieuse.

Créée par le règlement n° 1896/2006 du 12 décembre 2006, cette procédure permet, dans les litiges transfrontaliers¹⁴⁰⁵, la délivrance d'une injonction de payer à celui qui se prétend détenteur d'une créance liquide et exigible¹⁴⁰⁶ de nature civile ou commerciale¹⁴⁰⁷. Cette injonction est délivrée sans que le défendeur n'en soit informé, sur la seule foi des déclarations faites par le demandeur¹⁴⁰⁸.

394. Le refus de délivrer des injonctions manifestement infondées : décision dépourvue de recours et d'autorité. Comme exposé précédemment, la juridiction peut rejeter la demande d'injonction si elle n'est pas compétente, si la créance ou le litige n'entrent pas dans le champ d'application du règlement, si la demande ne comprend pas les mentions obligatoires malgré les éventuelles demandes de rectifications ou si elle est « manifestement non fondée »¹⁴⁰⁹. Or, le rejet est insusceptible de recours et dépourvu de toute autorité de chose jugée¹⁴¹⁰. La première de ces caractéristiques est le pendant naturel de la seconde, ainsi que le souligne la Commission : « Le corollaire logique de cette possibilité de continuer à faire valoir la créance est qu'il n'est pas nécessaire de prévoir un recours contre le rejet d'une demande, qui alourdirait inutilement la procédure »¹⁴¹¹.

395. Examen critique : une solution peu souhaitable. Cette disposition ne soulève pas les mêmes difficultés que l'article 1385 du code de procédure civile. D'abord, l'on ne saurait reprocher son inconstitutionnalité à un texte de l'Union européenne, sauf contradiction avec les principes qui font l'identité constitutionnelle de la France¹⁴¹², ce qui n'est pas ici le cas. En outre, la suppression de l'autorité de chose jugée des décisions

¹⁴⁰⁴ *Id.* §11.

¹⁴⁰⁵ Art. 2 et 3 du règlement n° 1896/2006.

¹⁴⁰⁶ Art. 4 du règlement n° 1896/2006.

¹⁴⁰⁷ Art. 2 du règlement n° 1896/2006.

¹⁴⁰⁸ Art. 8 du règlement n° 1896/2006.

¹⁴⁰⁹ Art. 11 du règlement n° 1896/2006.

¹⁴¹⁰ *Ibid.*

¹⁴¹¹ Proposition de la Commission européenne de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une procédure européenne d'injonction de payer, 19 mars 2004, p. 12. De même : avis du Comité économique et social européen sur la « Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une procédure européenne d'injonction de payer », *JOUE* 8 sept. 2005, C 221/82 ; Livre vert de la Commission européenne sur une procédure européenne d'injonction de payer, COM/2002/746, p. 38.

¹⁴¹² Notamment : C. const., 10 juin 2004, n° 2004-496 DC, §7 ; 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, §19 ; 17 déc. 2010, n° 2010-79 QPC, §3.

rejetant les demandes manifestement non fondées ne conduit pas à la situation paradoxale où ces décisions pourraient faire l'objet de contestations plus nombreuses que celles rejetant les demandes sérieuses, car les demandes sérieuses ne peuvent pas être rejetées. La suppression de l'autorité de chose jugée apparaît d'ailleurs logique dès lors que le défendeur n'a généralement connaissance ni de la décision de rejet, dont la signification est laissée à l'initiative du demandeur¹⁴¹³, ni de l'existence de la demande d'injonction rejetée, ni des demandes futures qui pourraient intervenir. Il n'y a donc personne qui serait en mesure de soulever la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de chose jugée¹⁴¹⁴.

Il reste toutefois que le droit national offre aux juridictions la possibilité de relever ce moyen d'office¹⁴¹⁵. Le droit européen s'y oppose expressément et cela semble regrettable car, bien qu'illusoire, cette perspective incite le demandeur à une certaine diligence lorsqu'il introduit sa première demande. En ne mettant aucun obstacle à ce qu'il formule cette demande encore et encore, le dispositif actuel favorise le dépôt de demandes désinvoltes et fantaisistes¹⁴¹⁶.

396. Comme annoncé, après avoir vu comment les concepts de caractère sérieux ou manifeste influent sur l'application des règles de procédure relatives à l'exercice du droit d'action et à ses conséquences, nous devons nous tourner vers les règles de procédure relatives à l'organisation des débats devant la juridiction saisie d'une demande.

SECTION II : L'ORGANISATION DES DÉBATS

397. Opérants pour délimiter la compétence des juridictions et pour fixer les modalités d'exercice du droit d'action, les concepts étudiés vont aussi déterminer quelles formes la juridiction saisie d'une prétention doit respecter avant de pouvoir statuer. Les caractères sérieux et manifeste modulent en effet la procédure observée devant la juridiction régulièrement saisie, ainsi que nous essaierons de le montrer dans cette section.

Précisons d'emblée que nous n'étudierons pas ici la transmission du rapport du conseiller rapporteur aux parties à un pourvoi en cassation dans le cadre de la procédure de non-admission des pourvois. Il s'agit pourtant bien d'un aménagement des règles relatives aux déroulements des débats en raison de l'absence de moyen sérieux, laquelle

¹⁴¹³ Art. 1424-5 CPC. La signification de la décision de rejet au défendeur demeure donc très théorique.

¹⁴¹⁴ C'est sans doute pour cette raison que le projet de directive, qui prévoyait uniquement la possibilité d'agir selon les voies de droit ordinaires (art. 5 3^o proposition de la Commission européenne de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une procédure européenne d'injonction de payer, 19 mars 2004), a évolué et a finalement autorisé le demandeur à présenter une nouvelle demande d'injonction européenne pour la même créance (art. 5 3^o proposition de règlement modifiée par le Conseil de l'Union européenne, 23 nov. 2005, JUSTCIV 211 CODEC 1040). Dans ce sens, le Parlement européen n'a pas retenu un amendement proposé par sa commission des affaires juridiques qui intégrait au règlement la disposition suivante : « En cas de rejet, le demandeur ne peut pas présenter de nouveau une demande d'injonction européenne de payer pour la même créance. » (Rapport de Arlene MCCARTHY, député européen, pour la commission des affaires juridiques du Parlement européen, 18 juill. 2005, amendement 16, p. 12 ; pour les dispositions retenues par le Parlement en séance plénière : Position arrêtée en première lecture par le Parlement européen, 13 déc. 2005, JOUE 23 nov. 2006, C 286 E/201).

¹⁴¹⁵ Art. 125 al. 2 CPC.

¹⁴¹⁶ La proposition originelle de la Commission et l'amendement n° 16 proposé par la commission des affaires juridiques du Parlement tendaient précisément à lutter contre ce risque en donnant au rejet une autorité vis-à-vis des demandes futures d'injonction européenne (cf. note 1414).

justifie de soumettre à la discussion un document normalement écarté et maintenu secret. Cependant, cette transmission est considérée comme une contrepartie à la dispense de motivation qui caractérise la procédure de non-admission. Nous ne l'envisagerons donc que dans le titre suivant, qui porte sur la motivation des jugements.

398. Influant sur la durée de la mise en état et le déroulement du débat contradictoire entre les parties (§1), les concepts étudiés pourront aussi avoir une incidence sur la composition de la juridiction, qui comprendra un nombre de juges variable selon que la solution du litige apparaît certaine ou non (§2).

Parallèlement aux cas où les concepts tendent à modifier la procédure suivie par une juridiction, le législateur a fait le choix, en étendant les pouvoirs du juge des référés, de créer une procédure spécifique destinée au règlement des conflits dont l'issue peut être déterminée avec certitude. Ici, les caractères sérieux et manifeste régissent l'application d'une procédure dérogatoire coexistant avec les procédures ordinaires, qui demeurent inchangées (§3).

§1. Aménagements de la mise en état fondés sur les caractères sérieux et manifeste

399. Plusieurs dispositions visent à simplifier l'instruction des affaires lorsque la solution apparaît certaine aux juges chargés de statuer dès l'orée du procès (I). À l'inverse, la création d'une procédure de saisine de la Cour de cassation pour avis correspond à une complexification de la phase d'instruction en raison du doute sur le sens de certaines règles de droit (II).

I/ Simplifications de l'instruction fondées sur la certitude

400. La simplification de l'instruction peut d'abord consister en une réduction des délais qui s'y rattachent normalement (A). Elle peut aussi aller jusqu'à autoriser le juge à rejeter les demandes sans entendre ou mettre en cause le défendeur (B).

A/ La réduction de la durée de l'instruction en l'absence de difficulté sérieuse

401. Il existe plusieurs procédures au sein desquelles le caractère non sérieux de la demande autorise la juridiction à prononcer immédiatement le rejet ou constater l'irrecevabilité, sans qu'il y ait lieu à instruction.

402. La fixation immédiate d'une audience devant la commission d'indemnisation des victimes d'infractions en cas de rejet manifeste. L'article R50-13 al. 2 du code de procédure pénale autorise la commission d'indemnisation des victimes d'infractions à fixer immédiatement une date d'audience, sans procéder à aucune instruction préalable, « lorsqu'il est manifeste au vu des énonciations de la requête ou des pièces annexes que le demandeur ne remplit pas une des conditions prévues à l'article 706-3 ». Ces conditions tiennent avant tout à la nature de l'acte générateur du dommage : il est nécessaire qu'il s'agisse d'une infraction pénale réprimée par certains textes

limitativement énumérés¹⁴¹⁷.

Ici, la certitude quant au rejet futur de la requête conduit à écarter une instruction inutile, qui impliquerait de fixer un calendrier des débats et de figer la procédure le temps nécessaire pour que les parties puissent solliciter des mesures d’instruction qui, faute d’être utiles, ne pourront en aucune façon être accordées.

403. La dérogation à l’effet suspensif de la demande d’aide juridictionnelle en cas d’irrecevabilité manifeste. L’article 43-1 du décret n° 91-1266 du 19 décembre 1991 impose à toute juridiction de surseoir à statuer le temps que le bureau d’aide juridique statue si une demande d’aide juridictionnelle relative à l’action dont elle est saisie a été déposée¹⁴¹⁸. Toutefois, l’effet suspensif est écarté « en cas d’irrecevabilité manifeste de l’action du demandeur à l’aide, insusceptible d’être couverte en cours d’instance »¹⁴¹⁹.

Ce texte rejoint l’article 7 de la loi n° 91-647¹⁴²⁰, qui refuse le bénéfice de l’aide juridictionnelle à celui dont l’action apparaît « manifestement irrecevable ou dénuée de fondement ». Il a pour effet d’abrèger une mise en état inutilement longue et d’éviter un sursis au terme duquel la situation des parties sera inchangée. Dès lors que l’octroi de l’aide juridictionnelle devra être refusée, il ne sert à rien d’attendre la décision du bureau, qui ne mettra pas le demandeur en mesure de présenter de nouveaux moyens avec l’assistance d’un avocat.

À cet égard, l’absence de référence aux cas où la demande est manifestement dénuée de fondement pose question car il s’agit aussi d’une condition d’attribution de l’aide juridictionnelle. L’article 43-1 pourrait être modifié pour exclure le sursis à statuer dans une telle hypothèse.

404. La recevabilité des conclusions déposées devant le tribunal de grande instance après la clôture des débats et relatives aux accessoires dont le décompte n’est pas sérieusement contestable. Devant le tribunal de grande instance, l’article 783 du code de procédure civile frappe d’irrecevabilité relevée d’office les conclusions déposées après l’ordonnance de clôture des débats. L’alinéa 2 de ce texte écarte toutefois cette règle à l’égard des « demandes relatives aux loyers, arrérages, intérêts et autres accessoires échus et aux débours faits jusqu’à l’ouverture des débats si leur décompte ne peut faire l’objet d’aucune contestation sérieuse ». La Cour de cassation juge que sont seules recevables les demandes qui tendent aux paiements de sommes échues postérieurement à l’ordonnance de clôture¹⁴²¹.

Il s’agit là d’offrir aux parties la possibilité d’obtenir le paiement de sommes

¹⁴¹⁷ L’originalité du mécanisme d’indemnisation des victimes d’infraction doit ici être soulignée, car il conduit à imposer à la Commission, juridiction civile (art. 706-4 CPP), de se prononcer sur l’existence d’une infraction pénale, ce qui est généralement interdit aux juridictions civiles (cf. note 1049). Il y a là également une dérogation à la règle selon laquelle le pénal tient le civil en l’état (art. 706-7 CPP).

¹⁴¹⁸ Cet article a été introduit par le décret n° 2011-272 et reprend la jurisprudence antérieure : CE, sect., 26 avr. 1978, n° 03830, *Lebon* 191 ; 10^e et 7^e srr., 29 avr. 1998, n° 179171, *Lebon* 1106 ; Cass., soc., 19 juill. 2000, n° 98-20.844, *Bull. civ.*, V, n° 311 ; civ. 2^e 28 mai 2003, n° 01-20.878, *id.*, II, n° 158 ; 1^{er} avr. 2004, n° 02-04.108, *id.* n° 145 ; 18 janv. 2007, n° 06-10.294, *id.* n° 9.

¹⁴¹⁹ Là encore, le texte s’inspire de la jurisprudence antérieure : CE, 7^e et 2^e srr., 5 juill. 2004, n° 245216, *Lebon* 296 ; 10^e et 9^e srr., avis, 6 mai 2009, n° 322713, *Lebon* 187.

¹⁴²⁰ B. ARVIS, « Nouvelles avancées du droit de l’aide juridictionnelle », *AJDA* 2009. 1898.

¹⁴²¹ Cass., civ. 2^e, 7 nov. 1985, n° 84-12.333 ; civ. 3^e, 13 juin 2001, n° 99-17.985, *Bull. civ.*, III, n° 78.

auxquelles elles ont droit mais qui ne pouvait pas être sollicité avant la clôture des débats¹⁴²², tout en évitant d'offrir aux parties un moyen de paralyser le cours de la justice. En permettant au juge de déclarer irrecevables les demandes certainement infondées, l'article 783 permet une mise en délibéré plus rapide. Pour cause, si la partie adverse a toujours le droit de répondre aux conclusions postérieures à la clôture¹⁴²³, l'impossibilité pour le juge de les déclarer irrecevables imposerait un exercice systématique de ce droit et, donc, une réouverture systématique des débats¹⁴²⁴.

Ici encore, définir la contestation sérieuse à partir de la certitude plutôt qu'à partir de l'évidence ou de la facilité permet d'assurer une protection effective du droit de demander le paiement des sommes dues : il serait inacceptable que le juge déclare la demande irrecevable au motif qu'elle n'est pas évidemment fondée, alors que son analyse approfondie conduirait à la regarder comme telle. Il s'agirait d'un déni de justice et d'une privation pure et simple de ses droits pour le demandeur.

Le dispositif soulève cependant une difficulté importante en ce que seules les demandes certainement fondées sont recevables. Lorsque les éléments exacts à prendre en compte pour réaliser le décompte sont partiellement indéterminés, la demande est irrecevable¹⁴²⁵. Si cela vise à éviter de rouvrir les débats, il faut néanmoins constater que le demandeur n'est coupable d'aucune manœuvre dilatoire. Les demandes relatives aux accessoires échus après l'ordonnance ne pouvant être formulées avant celle-ci, l'application stricte de l'article 783 alinéas 2 prive de sa substance le droit du demandeur d'être entendu sur ces demandes par un tribunal.

Afin de préserver ce droit, il faut reconnaître au demandeur le droit de demander la révocation de l'ordonnance de clôture¹⁴²⁶. Celle-ci devrait être accordée dès lors que l'incertitude relative au décompte et à la nature des sommes demandées n'est pas imputable à une carence de sa part dans l'administration de la preuve. Cette solution permet de garantir le droit du demandeur d'obtenir une décision sur ses demandes relatives aux accessoires tout en lui imposant d'apporter tous les éléments de preuve nécessaires au soutien de sa prétention¹⁴²⁷. Si les demandes sont certainement infondées au regard des preuves produites, alors la révocation de l'ordonnance sera refusée et l'irrecevabilité sera prononcée. Si elles sont certainement fondées, il y sera fait droit sans rouvrir l'instruction, sauf demande de l'autre partie dans ce sens.

405. La simplification de la phase d'instruction rattachée à la certitude peut aller plus loin que dans les hypothèses exposées ci-dessus : il y a des dispositions qui vont jusqu'à permettre au juge de rejeter la demande sans que le défendeur ne soit préalablement mis en cause.

¹⁴²² N. CAYROL, « Procédure devant le tribunal de grande instance », *Répertoire de procédure civile*, n° 232.

¹⁴²³ Cass., civ. 1^{ère}, 20 juin 2012, n° 11-12.122, *Bull. civ.*, I, n° 136.

¹⁴²⁴ Cass., civ. 2^e, 4 nov. 1988, n° 87-15.773.

¹⁴²⁵ « [Est] sérieuse toute contestation "qui ne peut être vidée sans un examen approfondi". » (S. GUINCHARD et T. MOUSSA, note sous civ. 2^e 7 nov. 1985, *Gaz. Pal.* 1986. 2. 332). Voir aussi : G. CORNU et H. MOTULSKY, « Les modifications apportées à la procédure de la mise en état des causes par le décret du 7 décembre 1967 », *JCP G* 1968. I. 2150, n° 38.

¹⁴²⁶ G. CORNU et H. MOTULSKY, cité note précédente, n° 38.

¹⁴²⁷ S. GUINCHARD et T. MOUSSA, note sous Cass, civ. 2^e, 7 nov. 1985, *Gaz. Pal.* 1986. 2. 332, précité.

406. La procédure européenne de règlement des petits litiges. L'article 4 4° du règlement n° 861/2007 du 11 juillet 2007 autorise la juridiction saisie dans le cadre d'une procédure européenne de règlement des petits litiges à rejeter la demande « manifestement non fondée ou irrecevable » dès sa réception, avant même que le défendeur ne soit mis en cause. De même, la juridiction est dispensée de solliciter la régularisation des demandes incomplètes ou qui manquent de clarté lorsque leur rejet ou irrecevabilité est d'ores et déjà acquis.

407. Un mécanisme ancien et répandu en droit public. Ce texte fait figure d'exception en droit judiciaire privé. Néanmoins, la possibilité de juger d'un cas sans entendre le défendeur est loin d'être une nouveauté inspirée du droit de l'Union européenne. Le décret de l'Assemblée nationale constituante du 27 novembre 1790, « instituant un tribunal de cassation et réglant sa composition, son organisation et ses attributions »¹⁴²⁸, comprenait déjà un mécanisme similaire : le filtrage des pourvois par le bureau des requêtes. Celui-ci était chargé de vérifier, « avant que la demande en cassation ou en prise à partie soit mise en jugement, [...] si la requête doit être admise, et la permission d'assigner accordée »¹⁴²⁹. Les pourvois pouvaient ainsi être rejetés sans que le défendeur ne soit jamais mis en cause ; ce n'est qu'en cas d'admission que celui-ci était informé de l'existence du recours¹⁴³⁰.

Un tel mécanisme existe encore devant les juridictions administratives, au profit du juge des référés lorsque la demande est manifestement infondée, irrecevable ou qu'elle ne relève manifestement pas de la compétence de la juridiction administrative¹⁴³¹, des juridictions statuant au fond quand la loi reconnaît la possibilité de rejeter par une ordonnance de leur président de telles demandes¹⁴³², des juridictions administratives de droit commun, qui sont autorisées à statuer sans instruction « la solution de l'affaire est d'ores et déjà certaine »¹⁴³³, au Conseil d'État, qui est autorisé à refuser l'admission d'un pourvoi « au seul vu du pourvoi et sans qu'il soit communiqué aux défendeurs »¹⁴³⁴, ainsi qu'au Conseil constitutionnel dans le cadre du contentieux électoral¹⁴³⁵.

¹⁴²⁸ M. J. MAVIDAL et M. E. LAURENT, *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, tome XXI, Paris, P. Dupont, 1885, p. 39.

¹⁴²⁹ Art. 5 et 6 du décret du 27 nov. 1790.

¹⁴³⁰ Art. 7 du décret du 27 nov. 1790.

¹⁴³¹ Art. L522-3 CJA.

¹⁴³² Art. R122-12, R222-1, R776-9 et R822-5 CJA ; L145-9, L145-9-2, R145-20 c. sécu. ; R351-28 2° et 4° CASF ; R4126-5 et R4234-29 c. santé publ. ; R242-97 c. rural ; L213-9 al. 5 et L751-2 6° CESEDA. Voir, jugeant que cette faculté de statuer par ordonnance autorise la juridiction à prononcer le rejet sans entendre le rapporteur public, sans appeler le défendeur dans la cause ou sans fixer de date d'audience : CE, 8^e et 9^e srr., 29 janv. 1993, n° 136762, *Cts Giordano, Lebon* T. 964 ; CE, sect., 29 janv. 1993, n° 126483, *Assoc. des riverains de l'Herrengrie, Lebon* 21 ; 4^e et 6^e srr., 29 nov. 2000, n° 287246, *Lebon* T. 1161. Voir cependant un arrêt qui pourrait constituer un revirement : CE, 4^e et 5^e srr., 4 juill. 2012, n° 338829, *Union syndicale des magistrats administratifs*.

¹⁴³³ Art. R611-8 CJA. Voir, jugeant que la dispense d'instruction autorise à ne pas appeler le défendeur : CE, sect., 5 avr. 1996, n° 116594, *Syndicat des avocats de France, Lebon* 118 ; 8^e ss., 7 juill. 2006, n° 289568 *MEFI c/ Sté Europe Général Services*.

¹⁴³⁴ J.-H. STAHL, « Recours en cassation », *Répertoire de contentieux administratif*, n° 12.

¹⁴³⁵ Art. 38 de l'ordonnance n° 58-1067.

408. Une extension du mécanisme non souhaitable. De prime abord, il pourrait sembler souhaitable de rapprocher la procédure civile de la procédure administrative. En effet, autoriser le rejet de la demande sans appeler préalablement le défendeur dans la cause, préserve non seulement ses intérêts mais également ceux du demandeur, qui ne s'expose pas à devoir supporter les frais que le défendeur aurait dû exposer s'il avait été appelé. Un tel mécanisme lui assure aussi un déroulement plus rapide de la procédure, ce qui peut lui permettre d'envisager de recourir à d'autres voies pour faire valoir les droits qu'il prétend avoir sans risquer la prescription¹⁴³⁶. De plus, le mécanisme semble bénéfique pour les juridictions elles-mêmes dès lors qu'il permet de limiter la quantité de documents et conclusions à étudier. Une étude a d'ailleurs montré que les magistrats administratifs en étaient très satisfaits¹⁴³⁷.

Pendant, il n'est pas certain que l'extension suggérée soit réellement souhaitable. Imposer aux juridictions judiciaires un contrôle préalable systématique du sérieux des demandes alourdirait considérablement leur tâche et pourrait être la cause d'un allongement de la durée de traitement des litiges. Dans les cas où la procédure suivie est orale, cela impliquerait de procéder à une audience préalable en présence du seul demandeur, ce qui peut s'avérer complexe lorsqu'il réside loin du siège de la juridiction ou que son emploi du temps ne lui laisse que peu de disponibilités.

409. Les développements qui précèdent montrent que la certitude quant à la solution du litige justifie parfois une simplification de la phase d'instruction et de mise en état des dossiers, réduisant ainsi fortement le temps qui sépare la saisine de la juridiction du jugement. Symétriquement, il existe un mécanisme qui conduit à une complexification de la procédure : la saisine de la Cour de cassation pour avis.

II/ Complexification en présence d'une difficulté sérieuse : la demande d'avis

410. La saisine pour avis de la Cour de cassation ou d'une commission paritaire de négociation et d'interprétation. L'article L441-1, premier alinéa, du code de l'organisation judiciaire autorise les juridictions du fond à « solliciter l'avis de la Cour de cassation » « avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges ». Originellement confiée à une formation *ad hoc*, la demande d'avis est examinée par la chambre normalement compétente depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016¹⁴³⁸.

Depuis le 10 août 2016, le second alinéa de l'article L441-1 prévoit que les juridictions du fond « peuvent, dans les mêmes conditions, solliciter l'avis de la

¹⁴³⁶ Cet avantage est principalement caractérisé lorsque le rejet est prononcé en raison de l'incompétence des juridictions judiciaires. Dans ce sens : P. VIALATTE, « La mise en œuvre par les juridictions de premier degré de la procédure simplifiée de l'article L.9 du code des TA et des CAA en contentieux fiscal », *Revue de droit fiscal* 13 mars 1996 (n° 11), 100024, n° 9.

¹⁴³⁷ P. VIALATTE, « La mise en œuvre par les juridictions de premier degré de la procédure simplifiée de l'article L.9 du code des TA et des CAA en contentieux fiscal », *Revue de droit fiscal* 1996. 100024, n° 3.

¹⁴³⁸ Art. L441-2 et R441-1 COJ. Lorsque la demande d'avis met en cause la compétence de plusieurs chambres, elle est portée devant une chambre mixte. Lorsqu'elle met en cause une question de principe, elle est soumise à l'Assemblée plénière.

commission paritaire mentionnée à l'article L. 2232-9 du code du travail ou de la Cour de cassation avant de statuer sur l'interprétation d'une convention ou d'un accord collectif ».

Si l'article L441-3 dispose que « l'avis rendu ne lie pas la juridiction qui a formulé la demande », il existe toutefois un doute sur la portée de l'avis rendu par une commission paritaire permanente d'interprétation et de négociation, car la jurisprudence retient constamment qu'un tel avis lie les parties et le juge lorsque la convention ou l'accord interprétés prévoient qu'il aura la valeur d'un avenant¹⁴³⁹. Cette jurisprudence ne devrait, selon nous, pas être remise en cause dès lors que l'article L441-3 figure dans un chapitre intitulé « dispositions particulières en cas de *saisine* pour avis de la Cour de cassation » et ne semble pas devoir s'appliquer à la saisine d'une commission paritaire permanente, dont les pouvoirs sont délimités par l'article L2232-9 du code du travail¹⁴⁴⁰. En outre, reconnaître une valeur obligatoire à un tel avis semble conforme aux finalités de la procédure.

411. Un mécanisme destiné à assurer l'unité du droit. La saisine de la Cour de cassation pour avis tend à accélérer le processus d'unification de l'interprétation des règles de droit en permettant à cette juridiction de se prononcer sur le sens d'un texte sans devoir attendre d'être saisie d'un pourvoi l'y invitant¹⁴⁴¹. La demande d'avis contribue alors à assurer la sécurité juridique¹⁴⁴² et à garantir l'égalité des justiciables devant la loi¹⁴⁴³ en évitant la prolifération de décisions contraires des juridictions du fond. Il s'agit donc d'un instrument prévenant le contentieux¹⁴⁴⁴ en dissuadant l'exercice des voies de recours dans l'affaire à l'occasion de laquelle l'avis a été rendu¹⁴⁴⁵ et en favorisant le règlement amiable des litiges dans lesquels se pose la question résolue, voire en prévenant leur apparition¹⁴⁴⁶. Ce dispositif participe ainsi de la protection du droit des parties d'être jugées dans un délai raisonnable¹⁴⁴⁷ et s'avère très utile à l'administration de la justice, particulièrement dans un contexte d'inflation législative.

¹⁴³⁹ Cass., soc., 11 oct. 1994, n° 90-41.818, *Bull. civ.*, V, n° 272 ; 20 janv. 1999, n° 96-44.814 ; 15 mai 2001, n° 99-42.109, *id.* n° 169 ; 2 mai 2006, n° 04-43.042 ; 2 déc. 2008, n° 07-44.132, *id.* n° 243.

¹⁴⁴⁰ Voir, toutefois : « Est-ce que l'avis de cette commission s'impose au juge ? La loi travail reste muette sur l'épineuse question de la portée de l'avis rendu par la commission. En instaurant de fait une concurrence entre la commission paritaire et la chambre sociale, l'article L. 441-1, alinéa 2, du code de l'organisation judiciaire en modifie pourtant la signification. Jusqu'à présent, l'avis de la commission peut s'imposer au juge si la convention collective a prévu qu'il a valeur d'avenant (déjà, Soc. 11 oct. 1994, n° 90-41.818, D. 1995. 369, obs. V. Soubise), à défaut il n'est que facultatif. Le maintien de cette solution n'est pas exclu, mais laisse à penser : l'avis de la commission paritaire pourrait-il, si les négociateurs l'ont convenu, s'imposer au juge, quand celui de la chambre sociale ne serait que facultatif ? » (P. LOKIEC et J. PORTA, « Droit du travail – Relations professionnelles », D. 2016. 2252).

¹⁴⁴¹ *Rapport annuel de la Cour de cassation pour l'année 1995*, La documentation française, p. 423 ; G. CASU, *op. cit.*, n°s 66 à 72, p. 34 à 38.

¹⁴⁴² B. MARTIN-LAPRADE, « Le filtrage des pourvois et les avis contentieux », *AJDA* 1988. 85, spéc. 90.

¹⁴⁴³ P. TEDESCHI, « Quelques aspects de la réforme du contentieux administratif », *JCP G* 1988. I. 3342.

¹⁴⁴⁴ Cour de cassation, *Rapport 1995*, La documentation française, p. 423 ; Y. GAUDEMET, « La prévention du contentieux administratif par le Conseil d'État », *Revue administrative* 1999 numéro spécial, p. 95, spéc. p. 97 ; M. DOUCHY-OUODOT, *Procédure civile*, 6^e éd., Gualino, 2014, n° 739, p. 394 à 395.

¹⁴⁴⁵ A. ROBINE, *op. cit.*, p. 108 ; A.-M. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, « La Saisine pour avis de la Cour de cassation », *JCP G* 1992. I. 3576, n° 8 ; G. CASU, *op. cit.*, n° 223, p. 123.

¹⁴⁴⁶ G. GENTILI, *op. cit.*, n° 15 ; D. LABETOULLE, « Ni monstre, ni appendice : le « renvoi » de l'article 12 », *RFDA* 1988. 213.

¹⁴⁴⁷ Art. 6-1 CEDH.

Cette finalité ne semble pas devoir être remise en cause par la possibilité nouvelle de saisir une commission paritaire permanente de négociation et d'interprétation, surtout si l'on considère que les avis émis par celle-ci peuvent s'imposer aux juridictions. Mais la transmission d'une demande d'avis à une telle institution répond à une seconde préoccupation, absente de la saisine pour avis de la Cour de cassation. En effet, elle contribue à associer des membres de la société civile au processus d'interprétation et de création prétorienne du droit. Ce faisant, la saisine d'une commission paritaire permanente remet la négociation collective au cœur de la législation sociale : l'avis sera le fruit d'une nouvelle négociation, d'une nouvelle tractation entre les représentants des salariés et les représentants des employeurs composant cette commission.

412. Consolidation de la définition de la difficulté sérieuse à partir du critère de certitude. Au regard de ces fonctions, la définition de la difficulté sérieuse à partir du concept de certitude semble devoir s'imposer. S'agissant d'assurer l'unité du droit, le dispositif n'a pas vocation à faire de la Cour de cassation ou de la commission paritaire permanente un service de consultation juridique vers lequel les juridictions du fond pourraient se tourner afin de se délester de la charge de travail inhérente à leur fonction¹⁴⁴⁸ ; service que la Cour de cassation assure déjà via son service de la documentation et des études au demeurant¹⁴⁴⁹. Pour qu'un sursis à statuer de la part des juges du fond soit justifié, il faut qu'un risque de divergence existe réellement et donc que le doute qu'ils éprouvent soit véritablement insurmontable en raison de l'indétermination des règles de droit. À l'inverse, si la difficulté sérieuse devait être définie à partir des critères d'évidence ou de facilité, la demande d'avis s'apparenterait bien à un mécanisme de consultation incitant les juges du fond à la paresse intellectuelle.

413. Fonction secondaire : assurer la légitimité du jugement rendu dans l'incertitude. Appréhender la difficulté sérieuse à partir du critère d'incertitude permet également d'entrevoir une autre fonction assurée par cette procédure, sans doute moins fondamentale mais qui mérite pourtant d'être relevée. Comme la question préjudicielle spéciale¹⁴⁵⁰, la demande d'avis permet de conférer une légitimité à la décision du juge du fond là où sa légitimité juridique est faible. Face à une difficulté sérieuse, la décision de la juridiction du fond sera nécessairement teintée d'arbitraire, puisqu'elle ne pourra pas se réclamer d'une stricte application des règles de droit. Certes, la création de règles nouvelles est le pendant nécessaire de l'interdiction du déni de justice ; elle relève donc bien du pouvoir juridictionnel, appelé dans ce contexte à empiéter sur le domaine législatif¹⁴⁵¹, et l'on ne saurait faire grief aux juridictions de se plier à leur devoir. Il n'en demeure pas moins qu'il leur manque la légitimité démocratique qui caractérise l'exercice du pouvoir législatif.

¹⁴⁴⁸ F. ZENATI, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *D.* 1992. 247 ; J.-D. SARCELET, concl. Cass., avis, 22 sept. 2014, n° 14-70.007 ; I. GUYON-RENARD, rapp. Cass., avis, 17 déc. 2012, n° 12-00.013, *Bull. civ.*, avis, n° 10 ; L. DAVENAS, rapp. Cass., avis, 4 mai 2010, n° 10-00.001, *Bull. crim.*, avis, n° 2.

¹⁴⁴⁹ N. MOLFESSIS, « Les avis spontanés de la Cour de cassation », *D.* 2007. 37, n° 4.

¹⁴⁵⁰ Cf. n° 295.

¹⁴⁵¹ L'émission d'avis relève bien de la fonction législative puisqu'il s'agit de dire une norme abstraite, en dehors de tout litige : A. ROBINE, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *Annales de la faculté de droit de Strasbourg* 2000 (n° 4), p. 105, spéc. 127.

Le renvoi de la question pour avis permettra de pallier ce défaut de deux façons. Lorsque l'avis d'une commission paritaire permanente est sollicité, l'interprétation délivrée jouit d'une légitimité organique, la commission étant composée d'acteurs de la vie économique. Lorsque c'est l'avis de la Cour de cassation qui est sollicité, la légitimation de la décision passe par une forme de désresponsabilisation de chacun des acteurs du processus décisionnel : puisque ni la Cour de cassation ni la juridiction du fond ne sont pas véritablement légitimes à poser arbitrairement des règles de droit nouvelles, la procédure d'avis contribue à les faire disparaître en tant qu'auteurs véritables du jugement et de l'interprétation sur laquelle celui-ci se fonde. Le juge du fond pourra ainsi se réfugier derrière l'avis rendu qui, bien que non obligatoire, constituera une justification de sa décision. Parallèlement, la juridiction suprême ne saurait porter la responsabilité du jugement dès lors que l'avis n'est que facultatif¹⁴⁵² : éventuellement saisie d'un pourvoi contre la décision rendue par les juridictions du fond suite à l'avis, son arrêt pourra trouver un appui dans le fait que les juridictions du fond se sont conformées à l'avis rendu. L'avis conduit donc à un effacement de l'auteur de la décision, qui devient comme collectivisée.

414. Si, comme nous l'avons vu dans ce paragraphe, les concepts de moyen sérieux et d'appréciation manifeste influent sur le déroulement des débats entre les parties et sur les formes de l'instruction, ils vont aussi participer à l'organisation des débats entre les juges appelés à rendre un jugement, dont le nombre variera selon que la solution apparaît certaine ou douteuse.

§2. La composition de la juridiction modulée en fonction de la difficulté sérieuse

415. Extrêmement répandue au sein de l'ordre administratif¹⁴⁵³, la modulation de la composition des juridictions en fonction de la certitude n'est que très rarement prévue au profit des juridictions judiciaires (I). L'extension des mécanismes existant à toutes les juridictions judiciaires devrait être envisagé (II).

I/ Les cas de modulation de la composition d'une juridiction en fonction de la difficulté sérieuse

416. **La composition de la Cour de cassation modulée en fonction de la difficulté sérieuse.** La Cour de cassation peut statuer en formation restreinte de trois magistrats « lorsque la solution du pourvoi s'impose »¹⁴⁵⁴, c'est-à-dire lorsqu'il n'existe pas de difficulté sérieuse soulevée par les moyens du pourvoi.

Ce mécanisme permet d'abord de libérer les ressources humaines de la Cour et ainsi d'accélérer le temps de traitement des pourvois. Les pourvois ne sont examinés par l'ensemble des conseillers d'une chambre ou d'une section que lorsque les membres de la

¹⁴⁵² M. CLAPIÉ, *op. cit.*, p. 59.

¹⁴⁵³ Art. L145-9, L145-9-2 et R145-20 c. sécu. ; R351-28 2° et 4° CASF ; L822-1, R122-12, R222-1, R222-27, R776-15, R822-2 et R822-5 2° et 3° CJA ; R4126-5 et R4234-29 c. santé publ. ; R242-97 c. rural ; L213-9 al. 5 et L751-2 6° CESEDA. Voir également, modulant la composition du Tribunal des conflits selon que la solution s'impose avec évidence ou que la requête est manifestement irrecevable : art. 17 décret n° 2015-233.

¹⁴⁵⁴ Art. L431-1 COJ et 567-1-1 CPP.

formation éprouveront le besoin d'être éclairés. S'ils ne parviennent à se convaincre de la décision qu'ils doivent rendre, d'autres y parviendront peut-être. Le passage à une formation élargie permettra peut-être de lever le doute qu'ils éprouvent et d'arriver à une décision, en mettant à jour des textes, une jurisprudence, des opinions doctrinales ou des arguments que les membres de la formation restreinte n'avaient pas envisagés. Mais le recours à une formation élargie est utile même dans les cas de réelle incertitude, alors que le doute serait véritablement irréductible en raison de l'indétermination des règles invoquées par le pourvoi, qui s'avèreraient ambiguës, imprécises ou équivoques. En effet, dans une telle hypothèse, le passage à une formation élargie contribue à renforcer la légitimité de la décision. À défaut d'être logiquement nécessaire dès lors qu'elle a requis un choix entre diverses interprétations également défendables, la décision acquiert au moins la force du sentiment majoritaire, de la volonté partagée¹⁴⁵⁵. Le consensus apparent qui entoure son adoption favorise son acceptation.

Compte tenu de ces finalités, le renvoi à la formation de chambre ou de section doit-il être décidé au terme d'un examen superficiel, à la première difficulté rencontrée ? La question mérite d'être posée car, s'agissant d'éclairer les membres de la formation restreinte lorsqu'ils sont dans le doute, un renvoi au premier doute pourrait accélérer le traitement du pourvoi et alléger la charge de travail y afférente. Ce qui pourrait exiger de longues recherches de la part du conseiller-rapporteur pourrait apparaître aisé à résoudre pour un autre conseiller plus familier des règles de droit mobilisées par le pourvoi. Une telle hypothèse est cependant exceptionnelle car les pourvois sont distribués aux conseillers selon leur affinité avec le contentieux dont il est question. Surtout, en renvoyant à la formation ordinaire au premier doute, les membres de la formation restreinte méconnaîtraient les règles de déontologie des magistrats, en vertu desquelles tout magistrat doit agir avec diligence¹⁴⁵⁶, « assume loyalement sa part des charges qui lui sont confiées, des contraintes et des astreintes »¹⁴⁵⁷, entretient avec ses pairs « des rapports loyaux, respectueux de leurs devoirs et de leur compétence » et n'abdique pas les responsabilités que la loi lui confie¹⁴⁵⁸. Un juge s'oblige donc à procéder personnellement à un examen exhaustif et approfondi des affaires qu'il est appelé à juger et il ne saurait se dispenser de cette charge en la faisant peser partiellement sur ses pairs. De sorte que ce n'est que lorsqu'un doute paraît insurmontable qu'il y a lieu de soumettre le pourvoi à une formation ordinaire. Un système dans lequel le renvoi serait décidé en présence du moindre doute alourdirait considérablement la charge de travail incombant à chaque conseiller et obérerait gravement le fonctionnement de la Cour de cassation. Or, les magistrats doivent contribuer à la bonne administration de la justice en assurant « un fonctionnement optimal de leur juridiction d'affectation »¹⁴⁵⁹.

¹⁴⁵⁵ Rapp. : « L'obligation de respect du secret des délibérés a au moins un autre fondement qui tient de la fonction, typiquement française, selon laquelle l'opinion majoritaire est censée traduire la volonté générale. » (J.-F. BURGELIN, « Le juge et son secret », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Secrets professionnels*, Paris, Autrement, 1999, p. 190, spéc. p. 191).

¹⁴⁵⁶ CSM, *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, 2010, n° D.22 et D.23.

¹⁴⁵⁷ *Id.*, n° C.35.

¹⁴⁵⁸ *Id.*, n° C.36.

¹⁴⁵⁹ *Id.*, n° C.10.

Il est actuellement proposé de modifier les règles de composition de la Cour de cassation, pour l'autoriser à connaître à juge unique des « affaires qui ne soulèvent aucune difficulté sérieuse »¹⁴⁶⁰, les autres affaires se répartissant entre la formation restreinte actuelle et la formation ordinaire ou solennelle, selon leur importance et la gravité de leurs enjeux. Mais, même en cas de jugement à juge unique, la procédure resterait en réalité collégiale car si le prononcé de la décision devait revenir au seul président de chambre ou à son délégué, il statuerait néanmoins sur proposition du conseiller-rapporteur. La décision recueillerait alors nécessairement l'accord des deux conseillers. Cette proposition, qui permet de concilier les intérêts d'une bonne administration de la justice et le droit individuel au pourvoi, ne va toutefois peut-être pas assez loin dès lors que le demandeur pourrait, par une simple demande en ce sens, imposer un examen par une formation collégiale.

417. La composition variable des bureaux d'aide juridictionnelle établis près les juridictions du fond. Si la Cour de cassation est la seule juridiction de l'ordre judiciaire à voir sa composition liée à l'existence d'une difficulté sérieuse, l'article 22 de la loi n° 91-647 consacre une solution semblable pour les bureaux d'aide juridictionnelle, puisqu'il énonce : « Le président du bureau ou de la section compétente ou, en cas d'absence ou d'empêchement du président, le vice-président peut statuer seul sur les demandes ne présentant manifestement pas de difficulté sérieuse ». Dans sa version antérieure à la loi n° 98-1163, le texte autorisait uniquement le président à rejeter « les demandes qui sont manifestement irrecevables ou dénuées de fondement, ou qui émanent d'une personne dont les ressources excèdent manifestement le plafond d'admission à l'aide juridictionnelle ». La loi n° 98-1163 a donc permis une extension des pouvoirs du président : si celui-ci ne pouvait à l'origine que rejeter les demandes non sérieuses, il peut désormais statuer toutes les fois qu'il n'existe aucune difficulté sérieuse¹⁴⁶¹, que ce soit pour accueillir les demandes bien fondées ou pour écarter celles qui sont infondées¹⁴⁶².

¹⁴⁶⁰ *Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, avr. 2017, p. 95.

¹⁴⁶¹ Afin d'éviter tout contresens, il faut préciser que le doute sur la recevabilité ou le bien-fondé de la demande au fond ne constitue pas une « difficulté sérieuse » au sens de ce texte. En effet, l'aide doit être attribuée si cette demande n'apparaît pas manifestement irrecevable ou mal fondée (art. 7 loi n° 91-647). De sorte qu'en cas de doute sur la recevabilité ou le bien-fondé, il a droit à l'attribution de l'aide et sa demande dans ce sens, qu'il faut distinguer de la demande au fond, ne soulève aucune difficulté sérieuse. La difficulté sérieuse empêchant le président du bureau de statuer seul sera donc relative aux autres conditions d'attribution de l'aide, telles que l'existence d'une assurance protection juridique et de son applicabilité à l'action (art. 2 loi n° 91-647), l'appréciation des ressources du sollicitant (art. 2, 4 et 5 loi n° 91-647 et CJUE, 22 déc. 2010, *DEB*, C-279/09, *Rec.* p. I-13849 §54), la détermination de sa nationalité, de son lieu de résidence, de son âge (art. 3 et 3-1 loi n° 91-647), la localisation de son siège social s'il s'agit d'une personne morale (art. 2 et 3 loi n° 91-647) ou encore l'évaluation de l'intérêt que présente l'action future (art. 3 et 6 loi n° 91-647 ; Colmar, ord. 1^{er} Pr., 10 févr. 2004, *JurisData* n° 238474).

¹⁴⁶² Sur la rédaction initiale du texte : AN, 30 avril 1991, 1^{ère} séance, interventions de François COLCOMBET, député et rapporteur de la commission des lois, et de Henri NALLET, garde des Sceaux, *JO AN*, p. 1904 ; Sénat, 29 mai 1991, interventions de Luc DEJOIE, sénateur et rapporteur de la commission des lois, et de Henri NALLET, garde des sceaux, *JO Sénat*, p. 1160. L'extension des pouvoirs du président opérée par la loi n° 98-1163 vise à accélérer encore la procédure d'attribution dans un contexte où les demandes n'ont cessé de croître, compromettant ainsi le fonctionnement des bureaux : J.-M. COULON, *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, Rapport au garde des Sceaux, La documentation française, 1997, p. 45 ; AN, séance du 29 juin 1998, interventions de Jacques BRUNHES,

Cette disposition est essentielle car elle permet d'accélérer le traitement des demandes d'aide juridictionnelle dont l'issue est certaine. Cela profite aux demandeurs, qui pourront saisir la justice plus rapidement, mais aussi aux tiers dont les droits pourraient être compromis par l'effet interruptif et suspensif de la demande d'aide juridictionnelle à l'égard des délais de prescription, de forclusion, de péremption et de procédure¹⁴⁶³. L'utilité de l'article 22 est donc indéniable. Elle est d'ailleurs attestée par le recours fréquent dont ce texte fait l'objet¹⁴⁶⁴.

418. Pour mémoire – La procédure de dessaisissement du juge de proximité au profit du tribunal d'instance en présence d'une difficulté sérieuse. L'article L231-5 du code de l'organisation judiciaire, qui sera abrogé au 1^{er} janvier 2017, accorde en effet à la juridiction de proximité la faculté de renvoyer au tribunal d'instance la totalité de l'affaire dont elle est saisie et pour laquelle elle est pourtant compétente¹⁴⁶⁵. Le tribunal d'instance ainsi saisi statue « en tant que juge de proximité ». Une telle disposition emporte donc une modification de la composition de la juridiction, sans que le nombre de juges ne soit changé ; il y a simplement substitution d'un juge par un autre.

Cette disposition ne saurait donc être assimilée aux précédentes. Elle est d'ailleurs assez problématique en ce qu'elle laisse penser que le juge d'instance serait plus apte que la juridiction de proximité à résoudre les questions d'interprétation qui lui sont soumises ou plus légitime à poser une nouvelle règle à travers son interprétation ; ce qui revient à mettre en cause la légitimité même de la juridiction de proximité et son aptitude à remplir sa fonction¹⁴⁶⁶. Là où le juge de proximité a échoué à dégager une réponse convaincante, le juge d'instance pourrait y arriver seul, sans avoir besoin d'être éclairé par un délibéré collégial.

419. Compte tenu des avantages qu'elle présente, la modulation du nombre de juges selon qu'il existe une difficulté sérieuse ou non devrait être reconnue pour l'ensemble des juridictions judiciaires. Si aucun texte ne le prévoit expressément, il existe des dispositions qui permettent parfois une telle modulation.

député et rapporteur de la commission des lois, Gérard GOUZES et Thierry MARIANI, députés, compte rendu intégral des débats, 29 juin 1998, pp. 10, 13 et 14.

¹⁴⁶³ Art. 38, 38-1, 39, 43-1 décret n° 91-1266. Voir : Cass., civ. 2^e, 19 nov. 2009, n° 08-19.364, *Bull. civ.*, II, n° 267 ; 19 nov. 2009, n° 08-16.698, *id.* n° 276 ; soc., 8 févr. 2005, n° 02-46.044, *id.*, V, n° 49. Rapp. : soc., 28 janv. 2009, n° 07-42.287, *id.*, V, n° 29 et la note C. LEFORT, *D.* 2009. 1576. Pour une critique de l'absence d'effet interruptif du délai pour interjeter appel devant les juridictions civiles : L. BORÉ, « L'aide juridictionnelle », *op. cit.*, n° 7.

¹⁴⁶⁴ J.-P. DUMAS, *op. cit.*, n° 5.

¹⁴⁶⁵ « Lorsque, en matière civile, le juge de proximité se heurte à une difficulté juridique sérieuse portant sur l'application d'une règle de droit ou sur l'interprétation du contrat liant les parties, il *peut* [...] renvoyer l'affaire au tribunal d'instance qui statue en tant que juridiction de proximité. » (Art. L231-5 COJ). Il doit être relevé sur ce point que l'article 847-4 du code de procédure civile, disposition d'origine réglementaire, pourrait laisser penser que le renvoi est obligatoire pour le juge de proximité : « Lorsqu'il se heurte à une difficulté juridique sérieuse portant sur l'application d'une règle de droit ou sur l'interprétation d'un contrat liant les parties, le juge de proximité [...] *renvoie* l'affaire au juge d'instance. » La hiérarchie des normes impose toutefois de faire prévaloir la disposition législative et de reconnaître au juge de proximité une simple faculté, dont le Conseil constitutionnel a jugé qu'elle ne méconnaissait pas l'égalité des justiciables (C. const., 29 août 2002, n° 2002-461 DC, §24).

¹⁴⁶⁶ Dans ce sens, critiquant le dispositif : C. COLENO et J.-J. BARBIÈRI, « De minimis curat praetor », *LPA* 23 juill. 2003, p. 6.

II/ L'extension du mécanisme à toutes les juridictions judiciaires

420. La composition du conseil de prud'hommes modulée en fonction de la difficulté sérieuse. Il semble que la composition du bureau de jugement du conseil de prud'hommes dépende de l'existence ou de l'absence de difficulté sérieuse, bien que les textes ne l'énoncent pas clairement. En effet, en cas d'échec de la tentative de conciliation, le bureau de conciliation peut, avec l'accord des parties les renvoyer devant le bureau de jugement dans sa composition restreinte, qui doit statuer dans un délai de trois mois, ou devant le bureau de jugement dans sa formation ordinaire si les parties le demandent ou si la nature du litige le justifie¹⁴⁶⁷. Compte tenu du délai imparti à la formation restreinte pour statuer, elle n'a vocation à connaître que des litiges que le bureau de conciliation regarde comme ne soulevant aucune difficulté sérieuse et n'appelant pas de complément d'instruction ou de sursis à statuer sur une question préjudicielle ou de constitutionnalité.

Bien que permettant une meilleure utilisation des ressources humaines des conseils de prud'hommes et un règlement plus rapide des litiges, ce mécanisme de répartition des affaires trouve une limite importante dans la volonté des parties, qui peuvent s'opposer discrétionnairement à sa mise en œuvre. De même, il semble difficile d'expliquer pourquoi le bureau de jugement ne peut connaître en composition restreinte que des litiges relatifs à un licenciement ou une résiliation judiciaire du contrat de travail¹⁴⁶⁸. En outre, il ne serait pas inutile de prévoir au profit du bureau en composition restreinte le pouvoir de renvoyer l'affaire au bureau en composition ordinaire lorsqu'il identifie une difficulté sérieuse que le bureau de conciliation n'avait pas entrevu ; il ne faudrait pas que l'orientation décidée par celui-ci soit irréversible.

421. Les dispositions permettant de moduler la composition en fonction de la difficulté sérieuse. Devant les autres juridictions judiciaires, il n'existe aucun texte qui opère un lien entre la composition de la juridiction et l'existence d'une difficulté sérieuse. Certains textes permettent toutefois de passer d'une formation restreinte à une formation élargie, ou inversement, sans condition spécifique. Ils pourraient alors donner lieu en pratique à une modulation de la composition selon qu'une difficulté sérieuse existe ou non. Cependant, la plupart de ces textes sont d'une portée très limitée. Ainsi, la répartition des affaires entre la formation ordinaire et la formation solennelle de la cour d'appel dépend principalement de la matière et ce n'est que sur renvoi après cassation que le premier président peut opérer un choix fondé sur la complexité de l'affaire¹⁴⁶⁹. De même, la loi reconnaît généralement aux juges exerçant des fonctions de juge unique au sein d'un tribunal de grande instance ou d'un tribunal de première instance le pouvoir de renvoyer l'affaire devant la formation collégiale de la juridiction¹⁴⁷⁰. Mais un tel mécanisme ne concerne pas les juridictions statuant à juge unique. Enfin, l'article R212-9 du code de l'organisation judiciaire prévoit encore que « le président [...] ou le magistrat délégué par

¹⁴⁶⁷ Art. L1454-1-1 c. travail dans leur rédaction issue de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015. Le bureau en composition restreinte réunit un conseiller salarié et un conseiller employeur alors qu'il réunit deux conseillers salariés et employeurs en composition ordinaire (art. L1423-13 c. travail).

¹⁴⁶⁸ Art. L1454-1-1 1° c. travail.

¹⁴⁶⁹ Art. R312-9 al. 2 COJ.

¹⁴⁷⁰ Art. L213-4, L213-7, L532-7, L552-6, L562-6, R212-8 et R212-9 COJ.

lui à cet effet peut décider qu'une affaire sera jugée par le tribunal de grande instance statuant à juge unique », ce qui permettrait au président d'autoriser le rapporteur d'une affaire à statuer seul lorsque celui-ci conclut au terme de son rapport qu'il n'existe pas de difficulté sérieuse¹⁴⁷¹. Cette disposition ne permet toutefois pas aux autres juridictions collégiales de statuer en formation restreinte ou à juge unique et, de plus, les parties peuvent s'opposer à son application sans avoir à justifier d'aucun motif, sauf en matière disciplinaire ou d'état des personnes¹⁴⁷².

422. La modulation de la composition de toutes les juridictions selon l'existence d'une difficulté sérieuse. Une généralisation des dispositions permettant aux juridictions de moduler leur composition en fonction de l'existence d'une difficulté sérieuse devrait donc être envisagée. Il faudrait permettre aux juridictions statuant à juge unique de réunir exceptionnellement une formation collégiale en présence d'une difficulté sérieuse et, inversement, de permettre aux juridictions collégiales de faire trancher par une formation restreinte ou un juge unique les affaires qui n'en soulèvent aucune. Le droit judiciaire privé se singularise d'ailleurs par l'absence de telles dispositions, qui sont très courante en contentieux administratif.

Contre cette proposition d'extension du recours au juge unique, on pourrait opposer les avantages de la collégialité. Il a pu être écrit que celle-ci constituait un droit garanti par la Constitution et la Convention européenne des droits de l'Homme. Combinée au secret des délibérés, elle assurerait l'indépendance de la justice là où le juge unique s'exposerait à des pressions extérieures, principalement politiques¹⁴⁷³. La Commission EDH a déjà jugé, dans ce sens, que l'indépendance des représentants des organismes de sécurité sociale au sein du conseil national de l'ordre des médecins était garantie, notamment, par la collégialité de cet organe et le secret des délibérés¹⁴⁷⁴. La collégialité constituerait également un gage d'impartialité en soumettant chacun des juges au contrôle de ses pairs et excluant ainsi qu'il ne cède à ses passions ou préjugés¹⁴⁷⁵. La collégialité serait encore un gage du respect de la loi et de la qualité des décisions, les

¹⁴⁷¹ Rappr. : J.-M. COULON, *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, Rapport au garde des Sceaux, La documentation française, 1997, p. 34.

¹⁴⁷² Art. L212-2 COJ.

¹⁴⁷³ Notamment : J.-M. COULON, *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, Rapport au garde des Sceaux, La documentation française, 1997, p. 33 ; M.-A. COHENDET, « Vers une généralisation du juge unique ? », *AJDA* 2006. 1465 ; « La collégialité des juridictions : un principe en voie de disparition ? », *Revue française de droit constitutionnel* 2006/4 (n° 68), p. 713, spéc. 719 et 720 ; G. COUCHEZ et X. LAGARDE, *op. cit.*, n° 18.

¹⁴⁷⁴ Comm. EDH, déc., 8 août 1988, *Dupuis*, n° 12717/87 ; 2 juill. 1997, *Milani*, n° 32916/96.

¹⁴⁷⁵ J.-M. COULON, *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, Rapport au garde des Sceaux, La documentation française, 1997, p. 33 ; M.-A. COHENDET, « La collégialité des juridictions : un principe en voie de disparition ? », *Revue française de droit constitutionnel* 2006/4 (n° 68), p. 713, 720 et 721 ; G. COUCHEZ et X. LAGARDE, *op. cit.*, p. 33, n° 18 ; Y. DESDEVISES, « Collégialité, impartialité et contradiction », in *Mélanges S. Guinchard*, p. 233 ; J. VILLACÈQUE, « Le tribunal de grande instance statuant au fond en matière civile : la collégialité menacée par les juges uniques », *D.* 1995. 317 ; J.-F. BURGELIN, J.-M. COULON et M.-A. FRISON-ROCHE, « Le juge des référés au regard des principes procéduriers », *D.* 1995 chron. 67, spéc. n°s 24 et 25, p. 71.

Cette idée est très ancienne. Elle se retrouve déjà chez Montesquieu, qui écrit « Le magistrat unique [...] ne peut avoir lieu que dans un Gouvernement despotique. » (*De l'esprit des lois*, Livre VI, chapitre VII). L'adage « juge unique, juge inique », employé très sérieusement sous l'Ancien Régime témoigne aussi de l'ancienneté du principe (M.-A. COHENDET, « La collégialité des juridictions... », précité, p. 719).

différents juges enrichissant la réflexion de leurs connaissances respectives¹⁴⁷⁶. Elle participerait ainsi de la formation des magistrats¹⁴⁷⁷.

Si percutants qu'ils soient, ces arguments ne paraissent pas suffisants pour justifier la protection supra-législative de la collégialité et pour exclure le recours au juge unique. En effet, ce mode d'organisation peut être un facteur de mal jugé quand des tensions, rivalités ou inimitiés existent entre les juges qui sont appelés à délibérer. La réflexion peut en outre s'en trouver appauvrie lorsque, en raison de sa charge de travail ou d'une tendance naturelle condamnable, chacun des juges se dispense de mener une réflexion véritablement aboutie et approfondie et laisse aux autres le soin de compléter ou de corriger son analyse¹⁴⁷⁸. La collégialité peut aussi parfois diluer les contrôles existant à l'encontre des magistrats en raison de l'irresponsabilité à laquelle elle conduit. La perspective de poursuites disciplinaires ou d'une réprobation morale peut rappeler au juge unique les exigences attachées à sa fonction, là où la collégialité pourrait protéger les pires excès¹⁴⁷⁹.

L'indépendance et l'impartialité des juridictions dépend donc plus de la formation des juges que de leur nombre au moment du délibéré¹⁴⁸⁰. C'est pourquoi le Conseil constitutionnel a jugé, à propos d'un texte prévoyant le jugement par un juge unique, « que les modalités de composition des formations de jugement sont sans effet sur l'obligation de respecter les droits de la défense ; que, par suite, le grief tiré de la violation de ces droits par la disposition contestée doit être écarté »¹⁴⁸¹. Le Conseil d'État a, quant à lui, jugé que ce type de procédure ne méconnaît pas l'art. 6§1 CEDH¹⁴⁸². D'ailleurs, même si la collégialité était effectivement garantie par ces instruments, le recours au juge unique en raison de l'absence de difficulté sérieuse constituerait une atteinte proportionnée et légitime. Contribuant à une bonne administration de la justice et assurant un règlement plus rapide des litiges, elle favorise l'effectivité du droit d'accès à un tribunal et la primauté de la loi¹⁴⁸³. Elle apparaît ainsi légitime, nécessaire et proportionnée dans un contexte d'inflation du contentieux et de limitation inévitable des moyens budgétaires alloués à la

¹⁴⁷⁶ Mêmes références.

¹⁴⁷⁷ J. VILLACÈQUE, « Le tribunal de grande instance statuant au fond en matière civile : la collégialité menacée par les juges uniques », *D.* 1995. 317.

¹⁴⁷⁸ J.-M. COULON, *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, Rapport au garde des Sceaux, La documentation française, 1997, p. 36. Une expérience menée à l'École nationale de la magistrature conclut ainsi que « La collégialité en soi ne recèle pas les vertus qu'on lui prête habituellement. Son mérite dépend des conditions dans lesquelles elle s'exerce et des processus inter-individuels qui s'y jouent » (J.-M. BAUDOUIN, « La collégialité est-elle une garantie de la sûreté des jugements ? », *RTD civ.* 1992. 532). Voir aussi, soulignant le caractère souvent illusoire de la collégialité dans le contexte actuel : J.-F. BURGELIN, J.-M. COULON et M.-A. FRISON-ROCHE, *op. cit.*, n° 5, p. 68.

¹⁴⁷⁹ S. GUINCHARD, A. VARINARD et T. DEBARD, *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, 13^e éd., 2015, n° 169, p. 236 ; S. GUINCHARD *et alii*, *Droit processuel*, 8^e éd., Dalloz, 2015, n° 332, p. 811 ; R. PERROT, *Institutions judiciaires*, *op. cit.*, n° 504, p. 387 ; G. COUHEZ et X. LAGARDE, *op. cit.*, n° 18 ; J.-M. COULON, *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, Rapport au garde des Sceaux, La documentation française, 1997, p. 33.

¹⁴⁸⁰ S. GUINCHARD, A. VARINARD et T. DEBARD, cité note précédente, n° 168, p. 236.

¹⁴⁸¹ C. const., 14 oct. 2010, n° 2010-54 QPC, §5.

¹⁴⁸² CE, 4^e et 6^e ssr., 29 nov. 2000, n° 287246, *Lebon T.* 1161 ; 4^e et 5^e ssr., 4 juill. 2012, n° 338829, *Union syndicale des magistrats administratifs*.

¹⁴⁸³ Dans ce sens, le Conseil constitutionnel a jugé « qu'en permettant d'écarter, selon une procédure accélérée, des demandes manifestement infondées, la mesure contestée tend à réduire les délais de jugement de la Commission des recours des réfugiés et à assurer ainsi un exercice plus effectif du droit de recours des demandeurs d'asile » (C. const., 4 déc. 2003, n° 2003-485 DC, §51).

Justice¹⁴⁸⁴. L'atteinte que constituerait le recours au juge unique ne conduirait pas, en effet, à vider de sa substance le droit d'être jugé par une juridiction indépendante et impartiale, ce droit étant protégé par ailleurs par les règles disciplinaires et déontologiques applicables aux magistrats, par les règles pénales et civiles les protégeant contre les menaces et pressions exercées par des tiers, par celles relatives à la récusation, à la motivation et à la publicité ainsi que par l'existence de voies de recours¹⁴⁸⁵.

423. Observations sur le renvoi à une formation collégiale de référé. L'article 487 du code de procédure civile dispose : « Le juge des référés a la faculté de renvoyer l'affaire en état de référé devant la formation collégiale de la juridiction à une audience dont il fixe la date ». À première vue, ce texte s'apparente aux dispositions étudiées ci-dessus et semble permettre une modulation de la composition de la juridiction des référés selon qu'une difficulté sérieuse existe ou non. Statuant ordinairement à juge unique, la juridiction des référés aurait vocation à devenir collégiale lorsque le juge unique identifie une difficulté sérieuse. Il faut pourtant se garder d'une telle lecture car la formation collégiale dispose des mêmes pouvoirs que le juge unique et ne peut donc en aucun cas trancher une contestation sérieuse¹⁴⁸⁶. Renvoyer l'affaire à la formation collégiale en raison de l'existence d'une contestation sérieuse serait donc vain. Ce mécanisme de renvoi a vocation à être mis en œuvre dans d'autres circonstances. Généralement conçu comme une protection du juge dans les affaires sensibles, le renvoi apparaîtra raisonnable d'abord « en raison de l'exposition médiatique ou politique des acteurs »¹⁴⁸⁷ ou de « la gravité des mesures demandées »¹⁴⁸⁸. Mais il sera également raisonnable lorsque le juge est appelé à faire application de règles qu'il pense maîtriser assez mal ou qui appellent un raisonnement complexe. Il s'agit alors d'obtenir l'éclairage de ses pairs lorsque le risque qu'il fasse une erreur lui paraît élevé¹⁴⁸⁹.

424. La procédure de référé, en ce qu'elle permet d'ordonner des mesures d'exécution d'une obligation non contestable ou de faire cesser un trouble manifestement illicite, s'apparente beaucoup aux aménagements exposés dans les deux derniers paragraphes. En effet, la certitude quant à l'issue du litige justifie, là encore, d'autoriser un nombre restreint de juges à statuer sur les demandes au terme d'une procédure simplifiée.

Il faut toutefois souligner que la fonction des concepts étudiés n'est pas ici de modifier la procédure ordinaire en raison de la certitude mais d'ouvrir aux justiciables une nouvelle voie, simplifiée, qui s'ajoute à la voie ordinaire, sans la remplacer, pour faire juger les affaires ne soulevant pas de difficulté sérieuse.

¹⁴⁸⁴ J.-F. BURGELIN, J.-M. COULON et M.-A. FRISON-ROCHE, *op. cit.*, nos 28 à 32, p. 72.

¹⁴⁸⁵ Sur ce dernier point : Comm. EDH, 2 juill. 1997, *Milani*, n° 32916/96.

¹⁴⁸⁶ J. NORMAND, « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », *RTD civ.* 1977. 588, *op. cit.*, p. 600 et 601 ; C. CHAINAIS, F. FERRAND et S. GUINCHARD, *op. cit.*, n° 1951, p. 1346 ; Douai, 15 déc. 1994, *JurisData* n° 048536, précité.

¹⁴⁸⁷ C. CHAINAIS, F. FERRAND et S. GUINCHARD, *op. cit.*, n° 1951, p. 1346.

¹⁴⁸⁸ G. COUCHEZ et X. LAGARDE, *op. cit.*, n° 284-1.

¹⁴⁸⁹ G. COUCHEZ et X. LAGARDE, *op. cit.*, n° 284-1 ; C. CHAINAIS, F. FERRAND et S. GUINCHARD, *op. cit.*, n° 1951, p. 1346 ; N. CAYROL, *op. cit.*, n° 529 ; J. NORMAND, « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », *RTD civ.* 1980. 145, *op. cit.*, n° 5.

§3. Le référé anticipation : une procédure simplifiée pour faire droit aux demandes manifestement fondées

425. Le droit à des mesures provisoires qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou qui mettent fin à un trouble manifestement illicite. Le juge des référés se voit reconnaître le pouvoir d'ordonner, à titre provisoire, l'exécution des obligations non sérieusement contestables, de faire cesser un trouble manifestement illicite et d'ordonner toute mesure justifiée par l'urgence qui ne se heurte à aucune contestation sérieuse¹⁴⁹⁰. Il se voit ainsi confier une fonction d'anticipation et permet aux justiciables dont les droits sont certains d'obtenir rapidement leur réalisation, soit en faisant cesser leur violation, soit en obtenant le paiement qui leur est dû. Lorsqu'il est saisi à des fins de réalisation anticipée des droits du demandeur, et non pas à des fins conservatoires, le juge des référés quitte ainsi « le terrain du provisoire »¹⁴⁹¹ et se présente en un véritable juge chargé de statuer sur les prétentions au fond et de trancher le litige en fixant les droits des parties¹⁴⁹².

426. Une procédure simplifiée. La procédure de référé réunit la plupart des éléments de simplification exposés ci-dessus. Elle conduit d'abord généralement à soumettre le contentieux à un juge unique et déroge ainsi à la collégialité de principe du tribunal de grande instance, du tribunal de commerce, du tribunal paritaire des baux ruraux, de la cour d'appel et du tribunal des affaires de la sécurité sociale¹⁴⁹³. Seules les matières qui relèvent du conseil de prud'hommes demeurent soumises en référés à une formation collégiale, mais celle-ci comprend tout de même un nombre de conseillers réduit puisqu'elle n'est composée que d'un conseiller employeur et d'un conseiller salarié¹⁴⁹⁴. L'entorse faite à la collégialité et la réduction du nombre de conseillers prud'hommes s'explique par les limites entourant l'intervention de la juridiction des référés et la fonction qui lui est dévolue : ne tranchant jamais aucune contestation sérieuse et se limitant à ordonner l'exécution d'obligations certaines, l'ordonnance jouit déjà de la légitimité attachée à l'argumentation et à la logique juridique. La collégialité apparaît donc superflue et il est de bonne administration de la justice de confier à un juge unique le contentieux des référés. Comme d'éminents auteurs ont pu le noter, la juridiction des référés est une juridiction statuant à juge unique par nature¹⁴⁹⁵. Si, en application de l'article 487 du code de procédure civile, le juge peut toujours faire le choix de renvoyer un litige lui paraissant *complexe* à la formation collégiale, il ne s'agit que d'une faculté qui a vocation à rester exceptionnelle.

¹⁴⁹⁰ Art. 809, 809, 848, 849, 872, 873, 893, 894 et 956 CPC, R1455-5 à R1455-7 c. travail et R142-21-1 CSS.

¹⁴⁹¹ G. PARLEANI, *op. cit.*, n° 1.

¹⁴⁹² P. GRANJEAN, « L'évolution du référé commercial », *Revue de jurisprudence commerciale* 1993. 177, spéc. p. 188 ; G. PLUYETTE, note sous TGI Paris, réf., 3 août 1983, *Gaz. Pal.* 1983. 2. 558, spéc. p. 559.

¹⁴⁹³ Art. 808 à 811, 872 à 873-1, 893 à 896 et 956 à 957 CPC et R142-21-1 c. sécu.

¹⁴⁹⁴ Art. L1423-13 C. travail.

¹⁴⁹⁵ J.-F. BURGELIN, J.-M. COULON et M.-A. FRISON-ROCHE, *op. cit.*, n° 27, p. 71.

Mais la procédure de référé ne se singularise pas uniquement par la formation de la juridiction. En effet, il s'agit d'une procédure orale¹⁴⁹⁶ pour laquelle la représentation par avocat est facultative¹⁴⁹⁷, ce qui constitue une particularité importante devant le tribunal de grande instance et la cour d'appel où la procédure est écrite et où la représentation par avocat est obligatoire¹⁴⁹⁸. En revanche, il n'y a pas là de différence avec la procédure suivie devant le tribunal d'instance ou les juridictions d'exception¹⁴⁹⁹. La procédure de référés comprend, toutefois, encore une spécificité qui concerne toutes les juridictions : elle suit un cours accéléré puisque les délais imposés ordinairement entre l'assignation et l'audience¹⁵⁰⁰ ne sont pas applicables¹⁵⁰¹, le juge étant seulement chargé de vérifier que le défendeur a bénéficié d'un délai suffisant pour préparer sa défense¹⁵⁰². Ces allègements par rapport à la procédure de droit commun s'expliquent encore par le fait que le juge des référés n'est appelé à faire droit qu'aux demandes qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse : dès lors que le demandeur peut établir seul son droit avec certitude, il n'apparaît pas nécessaire de lui imposer de constituer avocat et il n'apparaît pas non plus nécessaire de fixer un calendrier des débats relativement long et imposant une communication par écrit des différentes pièces et conclusions. En revanche, si la demande se heurte à une contestation sérieuse, de telles mesures s'avèrent nécessaires et le litige a vocation à être traité selon la procédure ordinaire.

Lorsque l'urgence le justifie, le basculement d'une procédure à l'autre pourra être accéléré par le mécanisme de la passerelle, qui permet au juge des référés, sous certaines conditions, de « renvoyer l'affaire à une audience dont il fixe la date pour qu'il soit statué au fond »¹⁵⁰³. Cela dispense le demandeur d'assigner à nouveau le défendeur à comparaître et lui permet de bénéficier du maintien de l'effet interruptif de l'assignation en référé¹⁵⁰⁴

¹⁴⁹⁶ N. CAYROL, *op. cit.*, n° 514; P. ESTOUP, *op. cit.*, n° 49.

¹⁴⁹⁷ *Id.*, n° 43.

¹⁴⁹⁸ Art. 751 et 899 CPC.

¹⁴⁹⁹ Art. 827, 846, 853, 860-1 et 882 CPC, R1453-1 et R1453-3 c. travail et R142-20 et R142-20-1 CSS.

¹⁵⁰⁰ Ces délais sont prévus par les articles 643, 755, 837, 856 et 886 CPP.

¹⁵⁰¹ Cass., civ. 2^e, 9 nov. 2006, n° 06-10.714, *Bull. civ.*, II, n° 311.

¹⁵⁰² Art. 486 CPC.

¹⁵⁰³ Art. 811, 849-1, 873-1 et 896 CPC et R1455-8 c. travail. En ce qui concerne les conditions de la mise en œuvre de cette faculté, outre l'urgence, il faut relever que le juge ne peut pas y recourir d'office (Cass., soc., 21 févr. 1990, n° 87-40.008, *Bull. civ.*, V, n° 83 ; J.-B. RACINE, « La technique de la « passerelle » en droit judiciaire privé », in *Mélanges Pierre Julien*, Edilex, 2003, p. 354, spéc. n°s 28 et 29, p. 375 à 377 ; *contra* : Paris, 12 juill. 1984, *D.* 1984. juris. 603 ; *Gaz. Pal.* 1985. 1. 96 ; P. BENEZRA, note sous T. com. Paris 3 janv. 1990, *Gaz. Pal.* 1992. 1. 213, spéc. 215 ; M. CARATINI, note sous Paris 12 juill. 1984, *Gaz. Pal.* 1985. 1. 96, spéc. 97) et qu'il doit s'assurer que le défendeur dispose d'un temps suffisant pour préparer sa défense pour fixer la date de l'audience. En outre, devant le conseil de prud'hommes, la formation de référé doit recueillir l'accord de toutes les parties et procéder à une tentative préalable de conciliation. Précisons que si la mise en œuvre du mécanisme de la passerelle a longtemps été qualifié de mesure d'administration judiciaire, si bien que tout recours était fermé (Paris, 12 juill. 1984, précité ; M. CARATINI, précité ; A. BLAISSE, note sous TGI Paris, réf., 3 août 1983, *JCP G* 1983. II. 20117), une telle qualification est contestable (P. JULIEN, note sous Paris, 12 juill. 1984, *D.* 1984. juris. 603, spéc. n° 5 à 7, p. 604 et 605) et ne semble plus pouvoir être admise depuis que le juge des référés n'est plus seulement appelé à autoriser le demandeur à assigner le défendeur à jour fixe mais saisit directement la juridiction du fond tout en disant n'y avoir lieu à référés (J.-B. RACINE, précité, n°s 13 à 15 et 20, p. 364 à 367 et 369).

¹⁵⁰⁴ N. FRICERO et P. JULIEN, *op. cit.*, n° 575, p. 239 ; R. PERROT, « Le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le Code de l'organisation judiciaire et le Nouveau Code de procédure civile », *Procédure* mars 1999. 3, spéc. n° 13, p. 7 ; J. JUNILLON, « Quelques interrogations procédurales à propos de la procédure à jour fixe », *rev. gén. proc.* 1998, n° 4, p. 577, spéc. p. 587. Le fondement d'une

ainsi que de l'application des règles consécutive à une assignation à jour fixe¹⁵⁰⁵. Le recours à la passerelle permet ainsi un traitement plus rapide du litige au fond tout en conservant l'obligation de constituer avocat et de notifier les conclusions et pièces justificatives du demandeur avant l'audience et en maintenant une collégialité nécessaire en présence d'une difficulté sérieuse. Cela explique qu'un auteur y ait vu « une pièce maîtresse de notre procédure civile »¹⁵⁰⁶.

427. Une procédure se substituant à la procédure au fond. Compte tenu de ses avantages, la procédure de référé tend à devenir la voie privilégiée pour faire exécuter une obligation dont le principe et le montant sont certains. Bien qu'elle ne soit pas exclusive de la procédure au fond, pour laquelle le demandeur peut toujours opter, elle la supplante en pratique pour tous les litiges au sein desquels le demandeur est immédiatement en mesure d'établir la preuve de ses droits avec certitude¹⁵⁰⁷. La procédure au fond est devenue une voie subsidiaire, qui n'est guère plus utilisée que lorsque la voie des référés est fermée, pour les litiges délicats où les droits des parties apparaissent incertains. Il faut observer, à cet égard, que l'on assiste à une véritable substitution, et non à une simple addition des voies procédurales. En effet, les assignations au fond après qu'une ordonnance de référés ordonnant le versement d'une provision ou la cessation d'un trouble manifestement illicite sont extrêmement rares en pratique¹⁵⁰⁸. De sorte que, malgré le caractère provisoire de l'ordonnance, le référé est utilisé comme un mode de règlement des litiges à part entière, et non comme une simple procédure d'attente complétant la procédure au fond¹⁵⁰⁹. La jurisprudence est d'ailleurs clairement dans ce sens puisqu'elle retient que, malgré le caractère provisoire des mesures que le juge des référés est autorisé à prendre, il entre dans ses pouvoirs d'ordonner des mesures irréversibles¹⁵¹⁰.

Ainsi, si le législateur a choisi de faire coexister la procédure au fond et la procédure de référé et a laissé au demandeur la possibilité d'opter pour l'une ou l'autre ou de cumuler les deux, elles apparaissent en réalité exclusives l'une de l'autre. En ouvrant au demandeur une voie simplifiée afin de faire constater ses droits certains, la référence au

telle solution est toutefois difficile à identifier car seule la demande en justice produit un effet interruptif (art. 2240 C. civ.), dont elle est privée en cas de rejet définitif (art. 2241 C. civ.). Or, l'ordonnance renvoyant l'affaire pour qu'elle soit jugée au fond rejette bien les demandes soumises au juge des référés en ce qu'elles excèdent ses pouvoirs (J.-B. RACINE, cité note précédente, n° 22, p. 371).

¹⁵⁰⁵ *Id.*, n° 33, p. 378 à 380.

¹⁵⁰⁶ M. CARATINI, « Les dernières dispositions de procédure civile », *Gaz. Pal.* 1989. 2. 418, spéc. p. 419.

¹⁵⁰⁷ G. PARLEANI, *op. cit.*, n° 1 ; J. NORMAND, « Les fonctions des référés », *op. cit.*, p. 86 et 87 ; C. BLOCH, *La cessation de l'illicite*, Dalloz, 2008, n° 191 à 196, p. 211 à 216.

¹⁵⁰⁸ P. GRANJEAN, *op. cit.*, p. 187 et 188.

¹⁵⁰⁹ G. PLUYETTE, *op. cit.*, p. 559. Voir aussi : P. THÉRY, « Judes Gladii », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? – Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, p. 477, spéc. p. 486 ; X. et J. VUITTON, *op. cit.*, n° 158, p. 37 ; J. CAVALLINI, *Le juge national du provisoire face au droit communautaire. Les contentieux français et anglais*, Bruylant, 1995, p. 24 et 25.

¹⁵¹⁰ Cass., civ. 1^{re}, 18 janv. 1989, n^{os} 87-12.901, 902, 906 et 909 à 911 ; civ. 2^e, 23 oct. 1985, *JCP G* 1986. IV. 13 ; Versailles, 28 janv. 1988, *Gaz. Pal.* 1988. 1. 129 ; TGI Saumur, ord., 13 mars 2002, n° 02/00022. *Contra* : Paris, 20 déc. 1974, D. 1975. 312 ; M. CABRILLAC, note sous TGI Paris, 22 déc. 1976, *D.* 1977. 447, spéc. 448. Pour une comparaison avec le contentieux administratif, voir, expliquant que le juge des référés est amené à prendre des mesures « difficilement réversibles » lorsqu'il est saisi d'un référé-liberté ou d'un référé-suspension : A. BRETONNEAU et J. LESSI, « Référés : l'irrésistible ascension », *AJDA* 2014. 1484.

caractère sérieux des contestations et au caractère manifestement illicite du trouble opère comme une modulation de la procédure ordinaire selon la certitude : les litiges dont l'issue est certaine seront généralement tranchés par un juge unique dans de brefs délais et pour un moindre coût quand les litiges soulevant une difficulté sérieuse seront soumis à une juridiction collégiale statuant selon une procédure moins souple. Réservant la collégialité aux litiges pour lesquelles elle est réellement nécessaire, la référence à la contestation sérieuse et au trouble manifestement illicite pour fonder l'intervention du juge des référés participe ainsi d'une utilisation rationalisée des moyens humains de la Justice¹⁵¹¹.

428. Retour sur le caractère provisoire des mesures d'anticipation ? Actant cette substitution, certains ont été jusqu'à proposer la suppression du caractère provisoire de l'ordonnance de référé¹⁵¹². L'intérêt d'une telle proposition est toutefois très limité dans la mesure où l'ordonnance présente déjà un caractère définitif en fait si ce n'est en droit. Certes le risque que le défendeur utilise la perspective d'un éventuel recours au fond comme moyen de faire pression sur le demandeur existe¹⁵¹³, mais de telles manœuvres ont peu de chance d'impressionner le demandeur dès lors que ses droits ont été qualifiés de certains par la juridiction des référés. Il reste encore que l'abandon du caractère provisoire conduirait à reconnaître au demandeur le bénéfice de la procédure de vente forcée lorsque le débiteur refuse d'exécuter spontanément l'ordonnance¹⁵¹⁴, l'article L311-4 du code des procédures civiles d'exécution disposant « Lorsque la poursuite est engagée en vertu d'une décision de justice exécutoire par provision, la vente forcée ne peut intervenir qu'après une décision définitive passée en force de chose jugée. » En l'état actuel du droit, le demandeur qui a vu ses droits consacrés en référés peut donc être forcé de saisir la juridiction du fond uniquement afin de bénéficier des voies d'exécution nécessaires à son paiement. S'il y a bien là un point problématique, sa résolution ne passe toutefois pas nécessairement par la suppression du caractère provisoire de l'ordonnance mais passe plutôt par l'extension de la vente forcée et son ouverture au créancier dont le droit à provision a été jugé non sérieusement contestable par le juge des référés.

429. Consolidation de la définition de la contestation sérieuse et du trouble manifestement illicite à partir du critère de certitude. Tendait à assurer une réalisation plus rapide et moins coûteuse des droits subjectifs du demandeur, la procédure de référé provision participe de l'effectivité du droit et constitue ainsi un instrument essentiel à la paix sociale, favorisant l'exécution spontanée de leurs obligations par les justiciables¹⁵¹⁵. Il est alors important que seuls un doute insurmontable quant au bien

¹⁵¹¹ G. PLUYETTE, *op. cit.*, p. 559.

¹⁵¹² P. GRANJEAN, *op. cit.*, p. 188 et 189. Voir aussi, évoquant cette proposition et en exposant les fondements : Y. STRICKLER, *op. cit.*, p. 739 s.

¹⁵¹³ P. GRANJEAN, *op. cit.*, p. 187 et 188.

¹⁵¹⁴ *Ibid.*

¹⁵¹⁵ « Le référé provision est né de l'imagination de magistrats qui ne pouvaient accepter que le piéton renversé, sur un passage protégé, par un véhicule automobile non prioritaire ou que le créancier titulaire d'un titre non contesté, dussent attendre, plusieurs mois ou parfois plusieurs années pour obtenir un jugement ordonnant l'exécution de leur créance. [...] La rapidité et l'efficacité de l'intervention judiciaire contribuent à décourager le débiteur récalcitrant ou de mauvaise foi en le contraignant à respecter la parole donnée [...]. Le référé peut alors consacrer, par provision toujours, mais en fait de façon définitive, des droits qu'il n'était pas bon, pour la paix sociale, de laisser en suspens. » (G. PLUYETTE, *op. cit.*, p. 559). Voir également : X. et J. VUITTON, *op. cit.*, n° 157, p. 36 et 37.

fondé de la demande ou la certitude qu'elle est infondée s'opposent à l'intervention du juge des référés. Le concours de la Justice doit être accordé sans délai à tout justiciable dont le droit peut être établi avec certitude : dès lors que l'illicéité du trouble subi ou le caractère infondé des contestations élevées contre la demande peuvent être établis à partir des différents éléments de preuve fournis, fût-ce au terme d'un raisonnement complexe et d'efforts intellectuels importants, le demandeur ne saurait se voir refuser le bénéfice de la procédure de référés. Lui refuser la réalisation rapide de ses droits sous prétexte que ceux-ci ne sauteraient pas aux yeux du juge, bien qu'ils puissent être caractérisés s'il était procédé à une analyse attentive du dossier, confinerait au déni de justice¹⁵¹⁶.

Une définition renvoyant à la certitude plutôt qu'à l'évidence ou à la facilité intéresse aussi l'administration de la justice dès lors qu'elle permet de régler par une juridiction à juge unique l'ensemble des litiges pour lesquels la collégialité s'avère superflue, la légitimité de la décision étant déjà assurée par la rigueur de la démonstration juridique.

¹⁵¹⁶ « La complexité des questions de droit débattues devant le juge des référés est souvent à la mesure des enjeux. En elle-même, cette complexité ne doit pas conduire à une décision d'incompétence. Le juge des référés n'a-t-il pas le devoir de maîtriser le droit afin d'exercer ses pouvoirs dans les situations les plus délicates ? » (G. PARLEANI, « Le juge des référés face au droit communautaire », *D.* 1990. 65, n° 1).

CONCLUSION DU CHAPITRE ET DU TITRE

430. L'exposé synthétique des règles de procédure réalisé au cours de ce chapitre nous montre que les caractères sérieux et manifeste jouent un rôle extrêmement important dans l'organisation du processus juridictionnel. Modulant l'étendue de la compétence, ils s'avèrent également déterminants pour la composition de la juridiction ou le déroulement de l'instruction. Ils tendent ainsi à assurer un règlement rapide et à moindre coût des litiges dont l'issue est jugée certaine et redonnent du sens aux mécanismes au sein desquels ils s'insèrent.

Ainsi, par exemple, la demande d'avis qui ne soulève pas de difficulté sérieuse ne peut pas être recevable, sauf à faire de la Cour de cassation un service de consultation ouvert aux juridictions du fond et à perdre de vue la finalité de ce dispositif : garantir une interprétation unifiée des textes. Cela suppose donc d'avoir établi que ces textes étaient susceptibles de recevoir plusieurs significations également admissibles, et donc qu'une difficulté sérieuse existe.

Pareillement, si la procédure d'arrêt de l'exécution provisoire tend à favoriser l'exercice du droit d'appel et à protéger l'appelant contre les risques liés à l'exécution d'un jugement qui pourrait être infirmé, elle n'a pas de raison d'être ordonnée lorsque le demandeur ne justifie d'aucun moyen sérieux. De même pour l'attribution de l'aide juridictionnelle, qui vise à permettre à un justiciable d'obtenir la réalisation de ses droits subjectifs en justice.

431. Comme en matière de compétence, la définition des concepts par la certitude permet d'assurer au mieux la fonction de rationalisation des procédures et permet d'atteindre un juste équilibre entre les exigences tenant à la protection des droits des parties et l'objectif de bonne administration de la justice. L'examen des textes réalisé ici conforte ainsi la définition jurisprudentielle dégagée en première partie de cet ouvrage.

On peut alors regretter que le législateur et la jurisprudence ne fassent pas référence aux caractères sérieux et manifeste de façon plus systématique. Ces concepts font l'objet d'une intégration bien plus aboutie en contentieux administratif qu'en droit judiciaire privé. Les juridictions administratives se voient en effet reconnaître la faculté de statuer sans instruction sur les demandes certainement irrecevables ou infondées¹⁵¹⁷. Elles peuvent également statuer en formation restreinte sur toute demande dont l'issue est certaine¹⁵¹⁸ et constater l'irrecevabilité manifeste de toute requête pour laquelle elles seraient pourtant incompétentes¹⁵¹⁹.

432. Là encore, l'intégration des caractères sérieux et manifeste dans le champ de la procédure nous conduit à revenir sur les présentations traditionnelles et à réenvisager le rôle du juge dans la conduite du procès. Celui-ci n'est pas appelé à s'interroger sur l'issue du litige au terme de la procédure, mais tout au long de celle-ci, afin de déterminer quelles formes doivent prendre l'instruction et le délibéré. Son rôle n'est donc pas uniquement

¹⁵¹⁷ Cf. n° 408.

¹⁵¹⁸ Cf. n° 416.

¹⁵¹⁹ Art. R351-4 CJA.

de veiller à l'application des règles de procédure ; il doit souvent déterminer s'il y a lieu de les appliquer, en cherchant, parfois dès l'orée du procès, si la solution du litige peut d'ores et déjà être connue avec certitude.

Ainsi, si les règles de procédure sont celles qui fixent les formalités selon lesquelles un jugement peut être rendu, elles varieront cependant en fonction de la certitude ou du doute du juge quant aux droits des parties. La frontière entre validité formelle et validité matérielle du jugement n'est donc pas strictement marquée, l'appréciation de la validité formelle supposant parfois de partir d'une analyse de la validité matérielle.

TITRE II – LA RÉFÉRENCE AUX CARACTÈRES SÉRIEUX ET MANIFESTE COMME INSTRUMENT DE MAÎTRISE DE LA JURISPRUDENCE

« It is not merely of some importance but is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done »

Lord HEWART, Chief Justice
The King v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy, 9 nov. 1923 ([1924] 1 KB 256)

433. Affectant le processus par lequel les juridictions peuvent rendre un jugement régulier, les concepts étudiés vont aussi influencer sur la forme du jugement lui-même, puisqu'ils vont impacter sur sa motivation. L'article 1014 du Code de procédure civile dispose en effet : « Après le dépôt des mémoires, [la formation restreinte] décide qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée lorsque le pourvoi est irrecevable ou lorsqu'il n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation. Toute formation peut aussi décider de ne pas répondre de façon spécialement motivée à un ou plusieurs moyens irrecevables ou qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation. »

L'expression de « pourvoi [...] manifestement pas de nature à entraîner la cassation » recouvre celle utilisée avant l'adoption du décret n° 2014-1338 de pourvoi « non fondé sur un moyen sérieux de cassation ». En effet, pour n'être manifestement pas de nature à entraîner la cassation, le pourvoi doit reposer uniquement sur des moyens irrecevables, inopérants, infondés et/ou manquant en fait¹⁵²⁰. Tout moyen sérieux exclurait que le pourvoi soit manifestement insusceptible d'entraîner la cassation.

Outre les cas où le pourvoi ne repose sur aucun moyen sérieux, le texte s'applique aussi aux pourvois irrecevables. À cet égard, s'il n'est pas expressément mentionné que l'irrecevabilité doit être manifeste, ce caractère doit néanmoins être constitué¹⁵²¹. De sorte que la dispense de motivation sera applicable toutes les fois que le rejet ou l'irrecevabilité du pourvoi sont certains. À l'inverse, l'obligation de motivation reprend son emprise dès lors que l'application des règles de droit est douteuse en ce qui concerne la recevabilité ou le bien-fondé du pourvoi.

434. Au fil du temps les conseillers ont développé une pratique originale dans le cadre de cette procédure. Initialement, le rapporteur se contentait de remplir une fiche type

¹⁵²⁰ V. VIGNEAU, *op. cit.*, p. 106 et 107 ; A. PERDRIAU, « La non-admission des pourvois », *op. cit.*, n° 58 et 59. Le rejet non motivé ne peut en revanche jamais résulter d'une substitution de motif. Celle-ci n'étant qu'une faculté offerte par l'article 620 du code de procédure à la Cour de cassation, qui l'exerce discrétionnairement, le moyen recevable critiquant un motif erroné et déterminant n'est pas « manifestement insusceptible d'entraîner la cassation » (*id.* n° 85). Au contraire, il paraît bien susceptible d'entraîner la cassation mais la substitution de motifs le rend inopérant. Un arrêt motivé semble en outre nécessaire pour éviter que les observateurs ne puissent penser que la Cour de cassation a approuvé les motifs erronés du jugement attaqué.

¹⁵²¹ G. CANIVET, *op. cit.*, p. 2196.

exposant sommairement les raisons de la non-admission du pourvoi et la formation restreinte rendait sa décision au vu de ce document¹⁵²². Mais cet usage a rapidement disparu, les conseillers-rapporteurs rédigeant généralement un rapport, communiqué dans son intégralité aux parties et à l'avocat général¹⁵²³, exposant précisément les moyens du pourvoi et y répondant de façon argumentée et détaillée¹⁵²⁴. Cette pratique est aujourd'hui contestée et il est proposé de ne plus procéder à une telle transmission¹⁵²⁵.

Son utilité est pourtant grande dans la mesure où elle tend à neutraliser les effets négatifs de la dispense de motivation et s'avère essentielle dans un contexte où cette dispense est articulée autour du concept de certitude plutôt que ceux d'évidence et de facilité. En effet, si l'arrêt prononçant le rejet peut être dépourvu de motifs alors même que le rejet n'est ni évident ni aisé à établir, il risque fort de paraître arbitraire et de donner à l'article 1014 l'apparence d'une procédure discrétionnaire autorisant les juges à ne pas examiner sérieusement un pourvoi. La communication du rapport tend donc à éviter cet écueil en démontrant aux justiciables et à leurs conseils que le pourvoi a bien fait l'objet d'un examen approfondi et impartial.

435. Ainsi, la procédure instituée à l'article 1014 comporte deux éléments bien distincts : dérogation à l'obligation de motivation d'une part, communication du rapport rédigé par le conseiller-rapporteur d'autre part. Cette dernière constituant un correctif à l'absence de motivation, il conviendra de l'étudier après. Il nous faudra donc déterminer, dans un premier temps, quelle est la fonction assurée par la dispense de motivation, afin de déterminer si la définition du pourvoi manifestement insusceptible d'entraîner la cassation à partir du concept de certitude est satisfaisante (chapitre I). Nous tenterons, dans un second temps, de montrer que la communication du rapport en est un corollaire nécessaire (chapitre II).

¹⁵²² A. PERDRIAU, « La non-admission des pourvois », *op. cit.*, n° 34.

¹⁵²³ V. VIGNEAU, *op. cit.*, p. 103 ; A. LACABARATS, « Le moyen sérieux », *op. cit.* ; C. CHARRUAULT, in S. AMRANI-MEKKI et L. CADIET (dir.), *op. cit.*, p. 116 ; D. TRICOT, « Le fabuleux destin d'une décision de non-admission... », *op. cit.*, p. 466 et 467 ; H. HAZAN, « Le moyen sérieux », *op. cit.*

¹⁵²⁴ V. VIGNEAU, *op. cit.*, p. 103.

¹⁵²⁵ *Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, avr. 2017, p. 96 à 98.

CHAPITRE I : L'OBLIGATION DE MOTIVATION ÉCLAIRÉE PAR LA RÉFÉRENCE AUX CARACTÈRES SÉRIEUX ET MANIFESTE

436. La motivation des décisions de justice est un principe reconnu au plus haut niveau de notre système juridique¹⁵²⁶, qui a une importance sociale et politique considérable dès lors qu'elle contribue à assurer leur légitimité et celle de l'autorité judiciaire¹⁵²⁷.

La dérogation à l'obligation de motivation instituée par l'article 1014 appelle donc une réflexion sur deux points : sa pertinence et sa licéité. Après avoir cherché à déterminer s'il est raisonnable d'écarter l'obligation de motivation en raison du caractère manifeste du rejet (section I), nous devons nous interroger sur la validité d'une telle dérogation au regard des droits et libertés fondamentaux (section II).

SECTION I : RATIONALITÉ DE LA NON MOTIVATION EN CAS DE REJET MANIFESTE

437. La réflexion portant sur la rationalité de l'article 1014 implique de rechercher ce qui, dans l'obligation de motivation, permet de justifier une dérogation en cas de rejet manifeste. Il s'agit d'interroger l'utilité de ce texte en le confrontant aux diverses fonctions de la motivation (§1).

Une fois les raisons de la dérogation identifiées, il sera possible de déterminer quelles doivent en être les limites. Il s'agira alors de montrer que la dérogation peut n'être parfois pas justifiée alors même que le rejet serait manifeste (§2).

§1. Le principe : l'absence de motivation justifiée par le caractère manifeste de la solution

438. Avant de procéder à un examen critique de la dispense de motivation, il s'avère nécessaire de déterminer si les décisions rendues au visa de l'article 1014 sont effectivement dépourvues de motivation. Une telle question peut paraître surprenante dès lors que ce texte dispose que, dans le cas où le pourvoi n'est manifestement pas susceptible d'entraîner la cassation, la formation restreinte « décide qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée ».

On peut néanmoins relever qu'une décision qui n'est pas « spécialement motivée » peut comporter des éléments de motivation et qu'ainsi l'article 1014 pourrait bien ne pas déroger à l'obligation de motivation.

Aussi, après avoir démontré que ce texte conduit bien à rendre des décisions non

¹⁵²⁶ Voir, notamment : Cour EDH, 19 avr. 1994, *Van de Hurk*, n°16034/90, §61 ; C. const., 13 août 1993, n° 93-325 DC, §42.

¹⁵²⁷ Voir, notamment : C. MOULY, « La motivation des arrêts d'appel », in Laboratoire d'épistémologie juridique, *La cour d'appel d'Aix-en-Provence*, PUAM, 1994, p. 87, spéc. p. 88 à 90 ; G. GIUDICELLI-DELAGE, *La motivation des décisions de justice*, thèse Poitiers, 1979, p. 1 à 5 ; A. TOUFFAIT et A. TUNC, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation », *RTD civ.* 1974. 487.

motivées (I), nous chercherons à déterminer s'il est rationnel de fonder une dérogation à l'obligation de motivation sur le caractère manifeste de la solution (II).

I/ La dérogation à l'obligation de motivation en cas de rejet manifeste

439. Fonction initiale de la motivation : assurer un contrôle démocratique sur les juridictions. L'obligation de motivation a été initialement instituée afin de permettre un contrôle politique des décisions de justice¹⁵²⁸. Il s'agit d'un point essentiel pour protéger les citoyens des excès des juges et préserver l'ordre constitutionnel. Pour que ce contrôle soit possible, l'obligation de motivation a dès l'origine été doublée d'une obligation de publication des jugements¹⁵²⁹. Dans un État de droit, tout citoyen doit pouvoir être en mesure de prendre connaissance des décisions de justice et de s'assurer par lui-même qu'elles sont conformes aux règles de droit en vigueur. La perspective d'un tel contrôle, toujours possible, constitue un contrepoids important à la puissance du juge. Il s'agit d'une contrepartie naturelle à la reconnaissance de son pouvoir de juger dans un État démocratique¹⁵³⁰.

Les arrêts de rejets non spécialement motivés rendus sur le fondement de l'article 1014 permettent-ils l'exercice d'un tel contrôle ? Si tel est le cas, alors il faudra conclure qu'il s'agit bien d'arrêts motivés.

440. Les décisions rendues en application de l'article 1014 présentent des éléments de motivation. Lorsqu'elle décide de faire application de l'article 1014, la Cour vise systématiquement ce texte. En outre, lorsque le pourvoi est jugé irrecevable, le texte instituant la cause d'irrecevabilité est également visé¹⁵³¹. De plus, bien que lacunaire et très générale, la formule « attendu que les moyens de cassation annexés, qui sont invoqués à l'encontre de la décision attaquée, ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation » figure dans ces décisions¹⁵³² et fait office de motifs.

Ces mentions sont-elles suffisantes pour constituer une motivation ? Si une réponse négative est généralement avancée¹⁵³³, il a déjà pu être soutenu que de telles décisions étaient bel et bien motivées¹⁵³⁴. La thèse de la non motivation doit cependant prévaloir car les mentions précitées semblent insuffisantes pour que l'arrêt puisse faire l'objet d'un contrôle satisfaisant. Il convient à cet égard de distinguer selon que le rejet

¹⁵²⁸ Notamment : J. P. DAWSON, *The Oracles of the Law*, The University of Michigan Law School, Thomas M. Cooley lectures, Baltimore, 1968, p. 376 s.

¹⁵²⁹ *Id.* p. 380.

¹⁵³⁰ Notamment : C. PERELMAN, « La motivation des décisions de justice, essai de synthèse », in C. PERELMAN et P. FORIERS (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruylant, 1978, p. 415, spéc. 425 ; G. GIUDICELLI-DELAGE, *op. cit.*, p. 46 à 48.

¹⁵³¹ V. VIGNEAU, *op. cit.*, p. 105 ; A. PERDRIAU, « La non-admission des pourvois », *op. cit.*, n° 43 et 54. Voir, par exemple : Cass., civ. 2^e, 9 juill. 2009, n° 08-14.747 ; G. CANIVET, *op. cit.*, p. 2196.

¹⁵³² Cass., civ. 1^{ère}, 14 janv. 2015, n° 13-25.435 ; soc., 16 avr. 2015, n° 13-28.031 ; civ. 2^e, 2 juill. 2015, n° 14-20.508.

¹⁵³³ Notamment : G. ALLOUCHE, sénateur, intervention au Sénat le 6 octobre 1994, *JO Sénat* 4109 ; G. CANIVET, *op. cit.*, p. 2196 ; L. POULET, *op. cit.*, p. 156. Le Gouvernement lui-même a pu soutenir devant la Cour EDH que les décisions de non-admission n'étaient pas motivées : Cour EDH, déc., 10 mai 2012, *Magnin c/ France*, n° 26219/08, §25.

¹⁵³⁴ C. JOLIBOIS, sénateur et rapporteur commission des lois du Sénat, intervention au Sénat le 6 octobre 1994, *JO Sénat* 4099 et 4109 ; J.-H. STAHL, « Cassation – procédure d'instruction des pourvois – admission », *JurisClasseur justice administrative*, fasc. 80-22, n° 41.

sanctionne un pourvoi manifestement irrecevable ou qu'il sanctionne un pourvoi ne reposant sur aucun moyen sérieux, donc manifestement infondé.

441. Les rejets rendus au visa de l'article 1014 et fondés sur l'absence de moyen sérieux ne peuvent être tenus pour motivés. En ce qui concerne les rejets fondés sur l'absence de moyen sérieux, il doit être conclu qu'ils ne sont pas motivés. Ces décisions prennent pourtant la forme d'un syllogisme : le visa de l'article 1014 sert de majeure et le motif tiré de ce que les moyens soulevés sont manifestement insusceptibles d'entraîner la cassation fait office de mineure. Un tel syllogisme ne satisfait toutefois pas l'obligation de motivation, telle qu'elle est conçue en droit français.

Dans ce sens, il peut être relevé que la Cour de cassation a déjà censuré des jugements qui faisaient droit à une demande en se contentant d'énoncer qu'elle était régulière, recevable et bien fondée et de citer l'article 472 du code de procédure civile, en vertu duquel « Le juge ne fait droit à la demande que dans la mesure où il l'estime régulière, recevable et bien fondée »¹⁵³⁵. Un tel jugement s'apparente parfaitement aux rejets rendus par la Cour sur le fondement de l'article 1014 en raison de l'absence de moyen sérieux.

Pour répondre à l'exigence de motivation, le juge ne peut se contenter d'affirmer de façon générale que les conditions d'application de la loi sont réunies¹⁵³⁶. Il doit formuler des motifs suffisamment précis pour qu'il soit possible de vérifier cette affirmation et donc mettre en lumière tous les éléments nécessaires pour la qualification des faits en droit. Or, dans les arrêts rendus au seul visa de l'article 1014, aucun élément ne justifie la qualification de « pourvoi manifestement insusceptible d'entraîner la cassation » de façon suffisamment précise. En effet, une telle qualification peut se rattacher à différentes hypothèses : elle peut découler du fait que les moyens sont irrecevables, inopérants, infondés et/ou qu'ils manquent en fait. La Cour ne précisant pas laquelle de ces hypothèses caractérise en l'espèce l'appréciation selon laquelle le pourvoi est manifestement insusceptible d'entraîner la cassation et ne relevant pas quels sont les éléments de fait et de droit qui justifieraient de dire le moyen nouveau, inopérant, infondé ou manquant en fait, il est impossible de regarder sa décision comme motivée¹⁵³⁷. Le lecteur ne peut que spéculer sur les raisons qui ont justifié le rejet¹⁵³⁸.

442. Les rejets rendus au visa de l'article 1014 et fondés sur l'irrecevabilité du pourvoi ne peuvent être tenus pour motivés. En ce qui concerne les rejets non motivés fondés sur l'irrecevabilité du pourvoi, le visa du texte instituant la cause d'irrecevabilité constitue un début de motivation insuffisant. S'il y a bien là une mention des éléments de

¹⁵³⁵ Cass., com. 17 juin 1986, n° 84-16.887, *Bull. civ.*, IV, n° 124 ; civ. 2^e, 20 nov. 1991, n° 90-16.044, *id.*, II, n° 309.

¹⁵³⁶ Cass., civ. 1^{ère}, 17 juill. 1980, n° 79-12.753, *id.*, I, n° 222 ; 24 juin 1986, n° 85-03.045, *id.*, n° 179 ; civ. 2^e, 4 juill. 1990, n° 90-60.258, *id.*, II, n° 163 ; com., 19 janv. 1993, n° 91-15.218, *id.*, IV, n° 11.

¹⁵³⁷ Sur ce point, il peut être relevé qu'il a déjà été proposé de spécifier dans les décisions de non-admission si le moyen est qualifié de non sérieux parce qu'il est infondé, irrecevable, inopérant ou qu'il manque en fait : D. GARREAU, « Du bon usage de la procédure d'admission des pourvois en cassation », *D.* 2012. 1137, p. 1143. Voir aussi, relativement à la non-admission devant le Conseil d'État : M.-C. PONTHEAU, « Réflexions sur la motivation des décisions juridictionnelles en droit administratif français », *RDP* 1994, p. 747 s.

¹⁵³⁸ Par exemple : M. LAAZOUZI, note sous Cass., civ. 1^{ère}, 26 juin 2013, *rev. arb.* 2013. 1022, n°s 8 et 9, p. 1026 et 1027.

droit et de fait qui fondent la qualification de pourvoi irrecevable, cette mention est encore trop imprécise. Par exemple, dans une décision de non-admission du 25 juin 2002, la chambre commerciale vise les articles 606 et 612 du code de procédure civile et énonce « par application de ces textes, le pourvoi n'est pas recevable en ce qu'il est dirigé contre l'arrêt rendu le 28 mai 1998 par la cour d'appel de Montpellier »¹⁵³⁹. Ici, le visa de l'article 612 indique que le pourvoi a été introduit plus de deux mois après la notification du jugement attaqué et le visa de l'article 606 indique que le jugement a été rendu en dernier ressort mais ne tranchait pas tout ou partie du principal. Or ces deux observations ne sont accompagnées d'aucune précision factuelle relative à la portée et à la nature des mesures ordonnées par le jugement attaqué ou à la date de sa notification¹⁵⁴⁰. De sorte que la cause d'irrecevabilité est simplement affirmée.

Cette forme de motivation semble largement dominante¹⁵⁴¹, bien que la Cour ait déjà pu motiver de façon précise l'irrecevabilité d'un pourvoi incident déclaré non admis¹⁵⁴². Le caractère lacunaire des décisions est encore plus flagrant quand les textes visés prévoient plusieurs causes d'irrecevabilité¹⁵⁴³.

443. Le rapport ne constitue pas une motivation. Le rapport peut-il faire office de motivation du jugement ? À cette question, Didier le Prado, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, répond : « Le justiciable, quand il reçoit la décision et a connaissance du rapport de non-admission, bénéficie bien d'une décision motivée, même si elle ne l'est que pour lui seul et ne pourra constituer un réel précédent »¹⁵⁴⁴.

S'il est vrai que le rapport constitue un élément d'explication utile, et parfois même nécessaire aux parties¹⁵⁴⁵ on ne saurait déduire de sa communication que l'arrêt de rejet est motivé. D'une part, le rapport est rédigé en amont du délibéré par un seul conseiller, contrairement aux motifs d'un arrêt qui sont seulement proposés par le rapporteur et sont discutés et adoptés collégalement. De sorte qu'il est tout à fait possible que les motifs du rejet ne figurent pas dans le rapport. Bien qu'exceptionnelle, cette hypothèse s'est déjà produite¹⁵⁴⁶. D'autre part, le rapport n'est accessible qu'aux parties et non aux tiers. En effet, le rapport n'est pas soumis à l'obligation générale de transmission des actes administratifs¹⁵⁴⁷ et ne tombe pas non plus dans le champ des actes judiciaires communicables de plein droit¹⁵⁴⁸. En tant qu'archive publique¹⁵⁴⁹, il ne devient accessible

¹⁵³⁹ Cass., com., 25 juin 2002, n° 99-12.385.

¹⁵⁴⁰ Rapp., mentionnant les dates d'introduction du pourvoi et de notification des jugements attaqués : Cass., civ. 3^e, 21 oct. 2008, n° 07-15.038 ; soc. 27 janv. 2009, n° 07-43.962.

¹⁵⁴¹ *Mutatis mutandis* : Cass., soc., 9 juin 2004, n° 03-60.409 ; civ. 2^e, 28 mai 2009, n° 09-60.084 ; civ. 2^e, 23 mars 2011, n° 11-60.117.

¹⁵⁴² Cass., soc., 8 févr. 2012, n° 10-12.906, *Bull. civ.*, V, n° 62.

¹⁵⁴³ Cass., com., 7 juill. 2009, n° 03-60.409 ; civ. 3^e, 25 janv. 2011, n° 09-16.896.

¹⁵⁴⁴ D. LE PRADO, *op. cit.*, p. 222. Voir aussi : F. TERRIER, *op. cit.*, p. 98 ; A. LACABARATS, « Le moyen sérieux », *op. cit.*

¹⁵⁴⁵ Cf. n°s 477, 490 et 494 à 497.

¹⁵⁴⁶ Cour EDH, 9 janv. 2014, *Viard c/ France*, n° 71658/10, §27.

¹⁵⁴⁷ Le rapport n'entre pas dans le champ d'application de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 : CE, 9 mars 1983, *Association SOS défense*, n° 43501, *Lebon T. 727* ; 1^{ère} et 4^e srr., 5 juin 1991, n° 102627, *Lebon T. 948* ; sect., 7 mai 2010, n° 303168, *Lebon 154*.

¹⁵⁴⁸ En matière de documents judiciaires seule la communication des jugements est de droit : art. 451 al. 2 CPC et 11-3 de la loi n° 72-626 du 5 juill. 1972.

¹⁵⁴⁹ Art. L211-4 a/ c. patr.

qu'au bout de soixante-quinze ans¹⁵⁵⁰, ce qui suppose cependant qu'il ait été conservé pendant un tel délai alors qu'aucun texte de loi ne l'impose¹⁵⁵¹. En outre, la communication du rapport heurte le secret des délibérés¹⁵⁵².

444. L'impossibilité d'exercer un contrôle sur la décision rendue au visa de l'article 1014, et donc son caractère non motivé trouve une illustration très parlante dans la controverse doctrinale qui a suivi une décision de non-admission de la chambre commerciale du 8 octobre 2003. Très critiquée pour ce qu'elle opérerait un revirement de jurisprudence contestable¹⁵⁵³, cette décision sanctionnait en réalité un manque en fait du moyen de cassation : il était reproché à la cour d'appel d'avoir dit qu'une obligation commerciale se prescrivait par dix ans, alors qu'elle avait retenu un tel délai à l'égard de l'action en exécution du jugement constatant cette obligation¹⁵⁵⁴. Daniel Tricot, président de la chambre commerciale ayant statué sur ce pourvoi écrit que la doctrine ne devrait pas s'essayer à commenter les décisions non-motivées faute de pouvoir accéder avec certitude aux raisons qui ont présidé au rejet¹⁵⁵⁵.

445. Ayant montré que l'article 1014 conduisait bien à écarter l'obligation de motivation lorsque le pourvoi était certainement voué à l'échec, il nous faut porter un regard critique sur cette procédure. Est-elle rationnelle ?

II/ Justification de la dérogation

446. Si l'absence de motivation soulève généralement difficultés importantes (A), elle peut s'avérer utile pour assurer l'intelligibilité de la jurisprudence (B).

A/ Une dérogation problématique en pratique

447. **Défiance à l'encontre de la Cour de cassation.** La première fonction de la motivation étant de légitimer les décisions émanant du pouvoir judiciaire en écartant tout soupçon de partialité et en témoignant de son attachement au droit et à la loi, l'absence de motivation peut faire craindre la constitution d'une jurisprudence occulte de la Cour de cassation, qui ne serait fondée que sur des considérations d'opportunité. Le risque principal de la dispense de motivation réside alors dans ce qu'il pourrait contribuer à renforcer la défiance des justiciables à l'encontre de la haute juridiction.

¹⁵⁵⁰ Art. L213-1 et L213-2 4° c/ c. patr. Précisons ici que ce délai peut être réduit par une décision expresse de l'administration des archives « dans la mesure où l'intérêt qui s'attache à la consultation de ces documents ne conduit pas à porter une atteinte excessive aux intérêts que la loi a entendu protéger » (art. L213-3). Sur la qualification des documents émanant des juridictions en tant qu'archives publiques ou documents administratifs : S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI, « Le document juridictionnel, la transparence et la complexité », *AJDA* 2010. 1133.

¹⁵⁵¹ Si le greffier en chef est, de plein droit, dépositaire des minutes et archives de la juridiction à laquelle il appartient (R123-5 COJ) aucun texte ne lui impose de conserver les documents préparatoires aux arrêts et avis. Pour la Cour de cassation, le service de documentation et d'études a la charge de tenir une base de données contenant seulement « les décisions et avis de la Cour de cassation » (R433-3 COJ).

¹⁵⁵² Cf. n^{os} 503 et 504.

¹⁵⁵³ F. DESCORPS-DECLÈRE, *op. cit.*, p. 1126 et 112 ; M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 6 ; R. PERROT, « Cassation : la procédure de non-admission », *op. cit.*, p. 778.

¹⁵⁵⁴ D. TRICOT, « Le fabuleux destin d'une décision de non-admission... », *op. cit.*, p. 459.

¹⁵⁵⁵ *Ibid.*

Il faut toutefois constater que, au regard des décisions que nous avons pu consulter, la Cour de cassation « joue le jeu » et ne détourne pas la dispense de motivation de ses fins. Au contraire, certains conseillers nous ont expliqué que les arrêts « d'espèce » qui s'écartent de la jurisprudence et adoptent une solution non « orthodoxe » prennent toujours, sauf erreur des conseillers, la forme d'un arrêt motivé.

Le contrôle exercé par les avocats aux Conseils semble jouer un rôle fondamental à cet égard. Témoins des éventuelles dérives, leur participation à la procédure garantit que la Cour ne fasse pas un usage trop dévoyé de l'article 1014. La communication du rapport apparaît donc comme un garde-fou essentiel en l'absence de contrôle démocratique.

448. La correction des erreurs rendue difficile. L'impossibilité de procéder à un contrôle des décisions non motivées prive la Cour de cassation de l'éclairage de la doctrine. Or, celle-ci joue parfois un rôle pédagogique vis-à-vis de la cour suprême, en relevant ses éventuelles erreurs et en montrant ce que peut avoir de contestable une solution présentée comme certaine. De par sa tendance à la systématisation, la doctrine enrichit souvent les débats d'un éclairage nouveau auquel les parties et les hauts conseillers eux-mêmes n'ont pas toujours accès.

Ainsi, un recours trop systématique à l'article 1014 pourrait conduire à un appauvrissement du travail jurisprudentiel¹⁵⁵⁶.

449. La résolution des contradictions de jurisprudence rendue difficile. Dans la même perspective, on relèvera le risque de voir persister des divergences jurisprudentielles non décelées. Le risque que différentes chambres rendent des décisions contradictoires sans en avoir conscience est réel : alors que l'une rejette le pourvoi d'un créancier débouté, une autre pourrait rejeter le pourvoi formé par le débiteur condamné dans une affaire similaire. Dès lors que les arrêts rendus de part et d'autre ne sont pas motivés, la contradiction ne sera pas visible et pourra perdurer pendant un temps relativement long. Elle ne se résorbera que si l'une des chambres revient sur son appréciation initiale, si les avocats intervenus devant l'une des chambres sont appelés à intervenir devant l'autre ou lorsque l'une des chambres sera appelée à statuer sur un jugement contraire à sa jurisprudence.

Ce risque n'existe toutefois pas dans les mêmes proportions au sein d'une même chambre car le président et le doyen de chambre sont toujours membres de la formation restreinte. Ils ont alors connaissance des arrêts non motivés émanant de leur chambre et leur intervention durant le délibéré permettra d'éclairer le travail du rapporteur, qui pourrait ignorer le sens et l'existence de ces décisions contraires à la solution qu'il préconise. La division des chambres en plusieurs sections parfois composées d'un président et d'un doyen différents réintroduit toutefois le risque que des décisions contradictoires soient rendues par la même chambre, sans que cela ne soit perçu par les conseillers eux-mêmes.

450. Difficulté accrue dans l'amélioration du droit par le législateur. Enfin, la

¹⁵⁵⁶ « L'application de la non-admission, c'est un risque qui doit être pris en compte, ne doit pas conduire à une sclérose de sa doctrine et donc du droit. » (J. BUFFET, in S. AMRANI-MEKKI et L. CADIET, (dir.) *op. cit.*, p. 109).

dispense de motivation constitue un inconvénient pour le travail légistique. Les solutions certaines et bien admises perdent en visibilité, ce qui a pour effet de rendre moins facile la détection des besoins de réforme législative ou réglementaire¹⁵⁵⁷. Le travail de veille législative s'en trouve entravé. L'article 1014 fait ainsi courir un risque de rigidification du droit qui ne doit pas être négligé.

Le recours à des arrêts motivés pour rappeler régulièrement des solutions acquises est là encore nécessaire. Dès lors que des solutions paraissent discutables d'un point de vue extra-juridique, il est souhaitable de maintenir leur visibilité, alors même qu'elles ne seraient pas méconnues des juridictions du fond et seraient juridiquement indiscutables.

B/ Une dérogation justifiée par l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi

451. La fonction jurisprudentielle de la motivation. L'obligation de motivation ne vise pas qu'à soumettre les juridictions à un contrôle démocratique et doctrinal. Elle constitue également un élément essentiel de la jurisprudence. Correspondant à l'application d'une règle de droit identifiée à des faits précis, la motivation éclaire la signification et la portée de la règle appliquée. Elle est donc le lieu de constitution de la jurisprudence : c'est par la motivation que la Cour de cassation est susceptible de lever les doutes relatifs au sens des règles de droit et qu'elle peut ainsi assurer sa mission d'unification jurisprudentielle¹⁵⁵⁸. La motivation permet ainsi de garantir la sécurité juridique des justiciables, en assurant l'intelligibilité des lois dont l'interprétation est controversée et controversable¹⁵⁵⁹.

Considérée sous cet angle, la délimitation de l'obligation de motivation autour du concept de moyen sérieux apparaît pertinente et justifiée. S'il est nécessaire de motiver toute décision dès lors que la solution n'est pas manifeste, afin de remédier à l'incertitude quant au droit, la motivation s'avère en revanche superflue au regard de sa fonction jurisprudentielle si la solution du pourvoi est manifeste.

Dans cette hypothèse, seule la recherche de transparence et la volonté de permettre un contrôle démocratique et doctrinal sur l'activité juridictionnelle de la Cour justifie le maintien de l'obligation de motivation. Cet impératif entre cependant en conflit avec la protection de la sécurité juridique et c'est sur ce fondement que l'article 1014 sera justifié.

452. Fonction essentielle de la dispense de motivation : assurer une meilleure visibilité des arrêts importants. L'absence de motivation permet en effet de limiter les effets néfastes de l'inflation jurisprudentielle en rendant visibles les arrêts qui innove, alors que ceux-ci sont difficilement perceptibles s'ils sont noyés dans une masse d'arrêts qui ne font que répéter des règles connues¹⁵⁶⁰. L'inflation jurisprudentielle comporte les mêmes dangers que l'inflation législative tant décriée¹⁵⁶¹. L'article 1014 participe ainsi de

¹⁵⁵⁷ J.-L. BERGEL, « La loi du juge : dialogue ou duel ? », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Kayser*, tome I, PUAM, 1979, p. 21, spéc. p. 25.

¹⁵⁵⁸ G. GUIDICELLI-DELAGE, *op. cit.*, p. 500 à 509.

¹⁵⁵⁹ *Id.*, p. 504 à 508.

¹⁵⁶⁰ J. et L. BORÉ, *op. cit.*, n° 23.64 ; G. CANIVET, *op. cit.*, p. 2195 ; in L. CADIET et S. AMRANI-MEKKI (dir.), *op. cit.*, n° 19, p. 10 ; L. VOGEL (dir.), *Cours suprêmes : comment le filtrage des recours révèle le pouvoir des juges*, Panthéon-Assas, 2005, p. 46.

¹⁵⁶¹ A. DUNES, « La non-publication des décisions de justice », *RID comp.* 1986. 757, spéc. p. 762. Sur

l'objectif constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi¹⁵⁶².

Il s'agit d'un outil devenu particulièrement nécessaire suite au développement de l'informatique juridique, qui a rendu accessible l'ensemble des arrêts rendus par la Cour¹⁵⁶³. À l'heure de ce que l'on désigne par l'anglicisme peu élégant d'*open data* et où la loi prévoit la diffusion par internet de tous les jugements¹⁵⁶⁴, la crainte « d'une dilution de l'information juridique efficiente » se fait plus forte¹⁵⁶⁵. Alors qu'initialement le choix de la Cour de ne pas publier un arrêt au *Bulletin* conduisait à le soustraire au regard de la doctrine et des praticiens, la diffusion de tous ses arrêts par voie informatique a pu être considérée comme un facteur d'illisibilité de la jurisprudence et d'insécurité juridique. Il est donc apparu nécessaire de contrôler la masse des arrêts exploitables par la doctrine, les justiciables et leurs conseils afin de permettre à la Cour de cassation de remplir sa mission d'unification du droit¹⁵⁶⁶.

Pour cette raison, les pourvois qui ne reposent que sur des moyens qui manquent en fait ou sont inopérants sont systématiquement non admis¹⁵⁶⁷, la Cour de cassation ne prenant pas position sur les règles de droit applicables.

La possibilité offerte par l'alinéa 2 à toute formation de ne « pas répondre de façon spécialement motivée à un ou plusieurs moyens irrecevables ou qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation » poursuit le même objectif¹⁵⁶⁸. La lisibilité des arrêts s'en trouve renforcée : ceux-ci ne comporteront plus de motivation qu'à l'égard des moyens qui appellent une réponse digne d'être portée à la connaissance du public, ou rappelée à lui. Le lecteur aura directement accès aux éléments de l'arrêt qui ont une importance jurisprudentielle quelconque, sans avoir à faire le tri avec des éléments de réponse qui ne font que reprendre des solutions connues et admises.

453. Compte tenu de l'objectif poursuivi, on peut s'étonner du choix qui a été fait d'autoriser la Cour de cassation à ne pas motiver ses arrêts, plutôt que lui offrir simplement le pouvoir de s'opposer à leur diffusion sur internet. La solution retenue, qui consiste à rendre inexploitable des arrêts paraît excessive.

Le choix de la non-motivation peut néanmoins s'expliquer pour deux raisons. Comme nous le verrons ci-après, la dispense de motivation libère d'abord les conseillers d'une charge de travail considérée comme inutile. Elle limite ainsi les erreurs matérielles potentiellement contenues dans la décision, qui pourraient donner lieu à des demandes de rectification. Ensuite et surtout, l'absence de motivation assure une discrétion maximale que ne procure pas la non-diffusion. En effet, même non diffusés les jugements demeurent publics et accessibles à tous car, à défaut, l'autorité de chose jugée ne pourrait

l'inflation législative, voir les références notes 581 et 582.

¹⁵⁶² E. PIWNICA, in L. CADIET et S. AMRANI-MEKKI (dir.), *op. cit.*, p. 13.

¹⁵⁶³ J. et L. BORÉ, *op. cit.*, n° 23.44.

¹⁵⁶⁴ Art. 20 et 21 de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

¹⁵⁶⁵ B. PIREYRE, discours prononcé lors de la conférence du Réseau francophone des Conseils de la magistrature judiciaire des 7 et 8 novembre 2017 à Dakar, intitulée « L'accessibilité aux jugements des tribunaux en ligne : le point et des interrogations » (disponible sur le site de la Cour).

¹⁵⁶⁶ J. et L. BORÉ, *op. cit.*, n° 23.44.

¹⁵⁶⁷ A. PERDRIAU, « La non-admission des pourvois », *op. cit.*, n° 91 s. ; G. CANIVET, *op. cit.*, p. 2197.

Pour illustration voir : Cass., ass., 6 janv. 2012, n° 10-14.688, *Bull. civ.*, A. P., n° 1 et le rapport de Henri LE DAUPHIN ; ass., 6 janv. 2006, n° 05-13255, *id.*, n° 9 et le rapport de Francis ASSIÉ.

¹⁵⁶⁸ F. TERRIER, *op. cit.*, p. 96 ; D. GUIRIMAND, *Le filtrage des pourvois : bilan et perspectives*, févr. 2015, p. 9, disponible sur le site de la Cour de cassation.

pas jouer. Accessibles, les arrêts prononçant une solution manifeste dépourvue d'intérêt jurisprudentiel constitueraient alors une ressource exploitable s'ajoutant à la masse des arrêts diffusés, rendant l'appréhension de la jurisprudence excessivement difficile.

454. Consolidation de la définition du rejet manifeste à partir du critère de certitude. Définir le rejet manifeste comme celui qui s'impose avec certitude au terme de l'analyse juridique de la cause plutôt que comme celui qui s'impose d'emblée, ou au terme d'une analyse suffisamment facile, permet d'assurer une application équilibrée de l'article 1014. Cette appréhension du rejet manifeste permet, en effet, d'assurer une meilleure visibilité des arrêts qui s'inscrivent vraiment dans un processus d'élaboration jurisprudentielle du droit. Le critère opérant pour la mise en œuvre de cette procédure réside bien dans l'apport jurisprudentiel de l'arrêt, et non dans la facilité avec laquelle les juges sont arrivés à la conclusion que le pourvoi devait être rejeté. À cet égard, l'abandon de la fiche type au profit d'un rapport argumenté témoigne bien de la nécessité d'élargir le spectre de la non motivation au-delà de la seule évidence.

455. Regard critique sur la proposition de publier les rapports établis pour tous les arrêts rendus. Julien Bourdoiseau a émis le souhait que les rapports rédigés par les conseillers-rapporteurs à la Cour de cassation soient systématiquement publiés¹⁵⁶⁹. Une telle proposition est actuellement à l'étude au sein de la Cour¹⁵⁷⁰ et Franck Terrier, président de la troisième chambre civile, a proposé de publier systématiquement sur Légifrance les rapports établis dans le cadre de l'article 1014 en annexe des arrêts de rejet non motivé¹⁵⁷¹.

Si l'utilité de la publication des rapports est indéniable, il nous semble cependant qu'elle ne devrait pas concerner les arrêts non motivés car cela serait contraire à la finalité même de l'article 1014 : l'arrêt redeviendrait exploitable et contribuera à rendre la jurisprudence inaccessible et inintelligible.

On ne peut donc décider de publier les rapports rédigés dans ce cadre sans s'interroger sur la nécessité de maintenir la dispense de motivation lorsque le pourvoi est manifestement irrecevable ou infondé.

456. Fonction marginale de la dispense de motivation : assurer une meilleure administration de la justice. Parallèlement à la volonté de rendre la jurisprudence raisonnablement accessible, l'article 1014 permet de limiter le temps passé par les conseillers pour le traitement des pourvois qui n'appellent aucune innovation particulière et dont le rejet découle de la stricte application des règles de droit en vigueur¹⁵⁷². La dispense de motivation participerait alors du respect du droit des parties d'être jugées dans

¹⁵⁶⁹ J. BOURDOISEAU, « Questionnements sur la fonction juridictionnelle de la Cour de cassation », *LPA* 25 janv. 2007 (n° 19), p. 6, n° 9.

¹⁵⁷⁰ Service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation, *Texte introductif sur la réforme de la motivation des arrêts de la Cour de cassation*, 14 sept. 2015, disponible sur le site de la Cour.

¹⁵⁷¹ F. TERRIER, *op. cit.*, p. 98.

¹⁵⁷² *Id.* p. 95 ; B. LOUVEL, *JCP G* 2015, I, 1122, spéc. p. 1910 ; J.-P. GRIDEL, « La Cour de cassation, au printemps 2009... », *La théorie, la pratique, et l'activité usuelle d'un conseiller au civil (1ère partie)* », *Gaz. Pal.* 9 avr. 2009, p. 2, n° 19.

un délai raisonnable¹⁵⁷³.

À cet égard, il faut cependant relever que le gain en résultant est généralement assez limité¹⁵⁷⁴. En effet, dans ce type d'affaire, une motivation type pourrait suffire et la rédaction d'un arrêt ne requerrait que peu de temps¹⁵⁷⁵. Cela est particulièrement vrai en ce qui concerne la pratique de la non-admission partielle, qui ne peut avoir pour but que d'améliorer la visibilité des arrêts importants¹⁵⁷⁶. La réduction très importante observée des délais de jugement à la Cour de cassation doit donc être attribuée avant tout à d'autres causes, et notamment au nombre réduit de conseillers composant la formation restreinte¹⁵⁷⁷.

Il nous semble pourtant qu'il ne faut pas négliger l'économie que permet l'article 1014, dont de nombreux conseillers font état¹⁵⁷⁸. Les pourvois ne reposant sur aucun moyen sérieux de cassation comportent souvent de nombreux moyens, eux-mêmes divisés en de nombreuses branches, et appellent alors souvent une réponse longue et détaillée rendant la rédaction d'un arrêt fastidieuse.

En outre, les motifs erronés de tout jugements peuvent donner lieu à rectification¹⁵⁷⁹, la dispense de motivation présente alors l'avantage de limiter les risques d'erreur matérielle, en limitant les mentions qui pourraient en être affectée. Elle limite donc le développement du contentieux de la rectification devant la Cour de cassation¹⁵⁸⁰.

457. Si le caractère manifeste de la solution peut justifier généralement d'écarter la motivation, la Cour de cassation rend pourtant encore des arrêts de rejet motivés en formation restreinte. Elle considère donc que le rejet peut s'imposer avec certitude sans que cela ne justifie de déroger à l'obligation de motivation. Il nous faut donc chercher maintenant à identifier les éléments qui permettent de rompre le lien entre le caractère manifeste de la solution et la dispense de motivation. Cette réflexion nous conduit à tracer les limites d'une utilisation raisonnée et équilibrée de l'article 1014.

¹⁵⁷³ *Mutatis mutandis* : J.-F. FLAUSS, « La sélection des recours et la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 43.

¹⁵⁷⁴ « Ce gain, de l'ordre d'un mois en 2002 et 2003, tend à se réduire au fil des années. Si l'on excepte les phénomènes conjoncturels de séries, observés notamment en 2011, ce gain varie entre 0,2 mois et 0,5 mois depuis 2007 » (J.-M. SOMMER et B. MUNOZ PEREZ, *op. cit.*, p. 28).

¹⁵⁷⁵ A. BRUNET, « Droit au procès équitable et contrôle de la motivation des décisions de la Cour de cassation », in *Justice et droits fondamentaux, Etudes offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 51, n° 11.

¹⁵⁷⁶ F. TERRIER, *op. cit.*, p. 96.

¹⁵⁷⁷ « Si les non-admissions ont contribué, parfois conjoncturellement, à réduire la durée moyenne des procédures, les gains peuvent paraître modiques comparés à la très forte baisse des durées de procédure enregistrée au cours de ces dix dernières années devant la Cour de cassation. Cette diminution très importante de la durée moyenne de traitement des pourvois - 22,3 mois en 2002, 14,8 mois en 2012 - s'explique bien davantage par un renforcement des moyens dont la Cour de cassation a pu bénéficier » (J.-M. SOMMER et B. MUNOZ PEREZ, *op. cit.*, p. 28). Voir aussi : J.-P. GRIDEL, « La Cour de cassation, au printemps 2009... », *op. cit.*, n° 19 s.

¹⁵⁷⁸ J. BORÉ et J. DE SALVE DE BRUNETON, *op. cit.*, n° 18 ; C. FAVRE, *op. cit.*, p. 45 ; D. GUIRIMAND, *Synthèse de l'expérimentation dans les chambres*, p. 11, disponible sur le site internet de la Cour de cassation. Voir cependant, expliquant que ce gain de temps est très contesté : D. GUIRIMAND, *Le filtrage des pourvois : bilan et perspectives*, févr. 2015, p. 9, disponible sur le site de la Cour de cassation.

¹⁵⁷⁹ Par exemple : Cass., civ. 1^{ère}, 6 févr. 2008, n° 05-20.771 ; civ. 3^e, 12 janv. 2010, n° 08-17.065.

¹⁵⁸⁰ Depuis l'adoption de la procédure de non-admission, seules trois décisions de non-admission semblent avoir fait l'objet d'une rectification : Cass., crim., 12 oct. 2010, n° 09-87.915 ; 2 oct. 2002, n° 01-85.622 ; civ. 3^e, 17 déc. 2002, n° 00-19.401.

§2. L'exception : l'utilité ponctuelle de la motivation malgré le caractère manifeste de la solution

458. L'extension impossible du dispositif aux arrêts de cassation. On pourrait d'abord être surpris de ce que l'article 1014 restreint la non motivation aux hypothèses où le pourvoi est manifestement irrecevable ou infondé. En effet, lorsque la cassation est certaine, l'apport jurisprudentiel de l'arrêt de la Cour est nul.

Bien que juste, cette analyse ne saurait justifier la non motivation des arrêts de cassation car leur motivation est nécessaire pour qu'ils puissent produire pleinement leurs effets. D'abord, cela facilite grandement le travail du juge de renvoi, qui n'est pas tenu de rechercher lui-même les motifs de la cassation. Ensuite, la motivation est indispensable pour apprécier de la recevabilité d'un pourvoi contre la décision rendue sur renvoi : si celle-ci s'est conformée à la doctrine dégagée par la Cour de cassation à l'occasion du premier pourvoi, alors le pourvoi est irrecevable¹⁵⁸¹. L'examen de la recevabilité du second pourvoi suppose donc que l'arrêt de cassation initial soit motivé.

459. La fonction pédagogique de la motivation : le rappel de règles certaines mais ignorées. C'est la nécessité de rappeler à tous des solutions certaines mais trop souvent ignorées qui est généralement avancée pour expliquer pourquoi la Cour de cassation continue de rendre en formation restreinte des arrêts de rejet motivés. Il peut être utile d'énoncer des certitudes si les juges du fond ont une tendance à les ignorer : « "Pourquoi, écrit A. TUNC, publier des décisions qui n'ajoutent rien au droit ?". En réalité, les critères de sélection appliqués par les présidents de chambre vont un peu au-delà, en raison de l'intérêt qu'il y a à rappeler un principe établi, qui n'avait pas reçu d'application récente. Ces rappels, qu'on pourrait souhaiter plus fréquents, facilitent et abrègent les recherches des praticiens en même temps qu'ils marquent la persistance d'une jurisprudence »¹⁵⁸². Ici, déroger à l'article 1014 redonne de la visibilité à des solutions certaines trop souvent méconnues : la motivation assure une fonction pédagogique importante.

Ainsi, lorsqu'il paraît qu'une règle de droit, dont le sens et la portée sont pourtant certains, est encore mal maîtrisée, il y a lieu de rendre une décision motivée malgré le caractère manifeste de la solution.

La fonction pédagogique de la motivation explique pourquoi les formations

¹⁵⁸¹ Cass., mixte, 30 avr. 1971, n° 61-11.829, *Bull. civ.*, mixte, n° 8 ; ass., 9 juill. 1993, n° 89-19.211, *id.*, A. P., n° 13.

¹⁵⁸² J. et L. BORÉ, « Cour de cassation », *Répertoire de procédure civile*, n° 222. Dans le même sens : « Et nombre d'arrêts de rejet se bornent à rappeler des règles consacrées sans aucun nouvel apport au droit positif./ On pourrait s'interroger sur l'utilité de tels arrêts, sur le caractère sérieux des moyens qu'ils écartent./ À mes yeux, c'est précisément parce que la procédure de non-admission existe, parce qu'elle permet de faire le départ entre un rappel opportun et un bavardage inutile, qu'il faut maintenir des arrêts de rejet dont la valeur juridique ajoutée est faible, voire nulle./ C'est que les arrêts à faible valeur juridique ajoutée, de rejet comme de cassation, sont, en revanche, à haute teneur en sécurité juridique./ Ce sont les témoins de la constance de la jurisprudence. » (C. CHARRUAULT, « Propos sur la parole de la Cour de cassation », intervention du 15 mars 2010, disponible sur le site internet de la Cour). Rapp., à propos de l'insertion au rapport annuel de la Cour de cassation d'arrêts qui ne font que reprendre la jurisprudence antérieure : Y. CHARTIER, « Le rapport de la Cour de cassation – à propos du Rapport pour l'année 1999 », *JCP G* 2000, I, 238, n° 17.

ordinaires ou solennelles de la Cour ne peuvent rejeter qu'une partie, et non l'intégralité, des moyens du pourvoi sans motivation¹⁵⁸³ : si ces formations ont été saisies du pourvoi, c'est que l'un des membres de la formation restreinte a considéré que l'un des moyens était sérieux. S'il s'avère que les débats ultérieurs mettent en lumière qu'il s'est trompé, alors il y a lieu de rendre une décision motivée rappelant expressément le sens et la portée de la règle méconnue par l'un des membres de la formation restreinte.

De même, la fonction pédagogique de la motivation justifie également le fait que la Cour s'abstienne systématiquement de faire application de l'article 1014 lorsque l'avocat général a estimé que le demandeur faisait état de moyens sérieux¹⁵⁸⁴ ou lorsque l'aide juridictionnelle a été attribuée en demande et, donc, que les membres du bureau d'aide juridictionnelle ont considéré qu'il existait des moyens sérieux de cassation¹⁵⁸⁵. Ainsi, bien que le désaccord du bureau ou de l'avocat général ne s'oppose pas à ce que le rejet puisse être qualifié de manifeste¹⁵⁸⁶ et bien que cette pratique puisse conduire à un allongement de la procédure, elle semble justifiée.

La fonction pédagogique de la motivation offre enfin un fondement à l'affirmation doctrinale selon laquelle le rejet non motivé ne peut résulter que d'une décision unanime des conseillers de la formation restreinte¹⁵⁸⁷. Nous avons expliqué précédemment que si l'article 567-1-1 du code de procédure pénale prévoit expressément que la formation restreinte de la chambre criminelle ne peut rendre de décision qu'à l'unanimité, rien ne permet en revanche de soutenir que la règle de la majorité simple prévue à l'article 449 du code de procédure civile ne s'applique pas aux formations restreintes des chambres civiles. De sorte que les chambres civiles pourraient très bien rendre des arrêts de rejet en formation restreinte alors que l'un des conseillers les composant s'y opposerait. En revanche, cette opposition témoigne de ce que la règle que les deux autres conseillers regardent comme certaine fait encore l'objet de confusions et mérite d'être rappelée par un arrêt motivé afin de lever toute hésitation.

460. Faciliter le travail des praticiens et des juridictions du fond. L'arrêt motivé constitue un argument d'autorité facile à appréhender qui peut favoriser les règlements amiables entre les justiciables alors même que ceux-ci n'auraient pas une connaissance exacte des règles de droit. L'arrêt motivé facilite également le travail des juridictions inférieures et des avocats, accélérant ainsi les procédures et évitant les risques d'erreur. Il peut, en effet, constituer un guide spécialement utile dans les cas où l'argumentation juridique nécessaire pour la résolution du litige s'avère longue et complexe mais néanmoins certaine.

¹⁵⁸³ Cette interdiction résulte de la rédaction de l'article 1014. Celui-ci distingue les pouvoirs de la formation restreinte, délimités par le premier alinéa, qui peut décider « qu'il n'y a pas lieu de *statuer* par un arrêt spécialement motivé », et les pouvoirs des autres formations, délimités par le second alinéa, qui peuvent « *aussi* décider de ne pas *répondre* de façon spécialement motivée à un ou plusieurs moyens irrecevables ».

¹⁵⁸⁴ Cf. note 416.

¹⁵⁸⁵ Cf. note 419.

¹⁵⁸⁶ G. CANIVET, *op. cit.*, p. 2197 ; A. PERDRIAU, « La non-admission des pourvois », *op. cit.*, n° 9 ; J.-F. WEBER, *La Cour de cassation*, La documentation française, 2006, p. 38 et 39 ; P. BLONDEL, in S. AMRANI-MEKKI et L. CADIET (dir.), *op. cit.*, p. 96.

¹⁵⁸⁷ S. AMRANI-MEKKI, « Les textes organisant la non-admission des pourvois... », *op. cit.*, p. 28 ; V. VIGNEAU, *op. cit.*, p. 108 ; A. PERDRIAU, « La non-admission des pourvois », *op. cit.*, n° 40.

Il est donc utile de rappeler régulièrement la jurisprudence constante de la Cour de cassation et des solutions certaines, afin de ne pas laisser croire qu'elles auraient pu être abandonnées.

461. L'utilité de rendre une décision motivée en cas de recours en série. Contrairement aux juridictions administratives, la Cour de cassation ne dispose d'aucun mécanisme lui permettant de trancher les contentieux de série par ordonnance¹⁵⁸⁸. Le phénomène ne lui est pourtant pas totalement étranger¹⁵⁸⁹.

Il en résulte qu'une bonne administration de la justice implique de rendre un arrêt motivé lorsque la Cour est saisie d'un pourvoi posant une question susceptible de se poser en des termes identiques pour de nombreux justiciables. Ce, alors même que le rejet serait certain et n'appellerait aucune innovation de la part de la Cour. Un tel arrêt permet, en effet, de limiter le contentieux : l'arrêt motivé dissuade les recours voués à l'échec et incite au règlement amiable des litiges parce qu'il constitue un élément d'information utile aux justiciables, particulièrement lorsqu'ils n'ont pas accès aux conseils d'un expert ou lorsque l'application des règles de droit est complexe. À l'inverse, trancher de tels pourvois par des arrêts non motivés pourrait conduire la Cour à faire face à une avalanche de pourvois soulevant des questions strictement identiques à celles déjà résolues.

Il est regrettable, à cet égard, qu'aucun mécanisme de signalement des contentieux de série n'existe¹⁵⁹⁰. En l'absence d'un tel dispositif, les hauts conseillers devraient être particulièrement vigilants face aux pourvois relatifs au droit de la consommation, et notamment ceux interrogeant la qualification de clause abusive.

462. Assurer le dialogue avec le législateur. Comme relevé précédemment, rendre un arrêt motivé peut s'avérer souhaitable lorsque le rejet semble procéder de l'application de règles de droit certaines mais particulièrement inéquitables. Ce faisant, la Cour rappelle le caractère injuste de certaines règles et, renforçant la visibilité de cette injustice, facilite le travail législatif.

463. La dispense de motivation écartée pour permettre la pratique de l'*obiter dictum*. Lorsque le pourvoi comporte des moyens inopérants, irrecevables ou manquant en fait mais qui soulèvent au fond une question de droit discutée, la Cour pourrait être tentée de mettre fin à l'incertitude et de fournir une réponse claire à la question par la pratique de l'*obiter dictum*. Dans une telle hypothèse, le rejet s'impose mais l'adoption d'un arrêt motivé permettrait de fixer l'interprétation de règles incertaines en indiquant, en

¹⁵⁸⁸ Devant les juridictions administratives, les présidents de juridiction et des formations de jugement peuvent statuer par ordonnance « sur les requêtes relevant d'une série » qui n'appellent à juger que des questions de fait et de droit déjà tranchées par une décision passée en force de chose jugée ou une décision du Conseil d'État (art. R122-12 6°, R222-1 6° et R822-5 1° CJA).

¹⁵⁸⁹ J.-M. SOMMER et B. MUNOZ PEREZ, *op. cit.*, p. 8, 9, 16, 17, 22, note 14, p. 23, 27, note 21, et p. 33.

¹⁵⁹⁰ Les juridictions administratives ont instauré à cette fin un dispositif intitulé *Juradinfo*. Principalement informatif, il consiste en un partage d'informations relatives aux litiges soumis aux différentes juridictions. Ce mécanisme est d'origine administrative et ne repose sur aucun texte. Pour une analyse empirique de ce dispositif : P. BÉLAVAL, L. HELMLINGER, P. MINDU, A. COURREGES, A. LEVASSEUR et Y. STRICKLER, *L'action collective en droit administratif*, Rapport remis au Vice-président du Conseil d'État, 2009, p. 7 s.

passant, que le moyen est bien ou mal fondé¹⁵⁹¹.

De même, la fonction pédagogique de la motivation interdit de rejeter par un arrêt non motivé les pourvois dirigés contre un ou plusieurs motifs erronés mais surabondants¹⁵⁹², l'erreur démontrant que la règle est encore trop mal maîtrisée par certains juges du fond. Pourtant, en pratique, des moyens critiquant des motifs erronés mais surabondants sont régulièrement écartés sans motivation particulière¹⁵⁹³.

464. Ces développements nous amènent à considérer que l'identification du caractère manifeste de la solution n'épuise pas la question de la motivation : il s'agit d'une condition *sine qua non* de la non motivation, et non d'une condition *per se*. Il y a là une confirmation de la pratique de la Cour de cassation qui, en continuant de rendre des arrêts de rejet motivés en formation restreinte, fait de l'article 1014 une disposition facultative alors que ces termes pourraient laisser croire qu'il impose de rendre un arrêt non motivé dès lors que l'irrecevabilité ou l'absence de fondement du pourvoi sont manifestes.

465. Au cours de cette section, nous avons essayé de démontrer qu'écarter l'obligation de motivation lorsque le rejet est manifeste permet d'assurer un juste équilibre entre, d'une part, l'objectif de lisibilité de la jurisprudence et de sécurité juridique et, d'autre part, la fonction démocratique de la motivation. Mais si l'article 1014 nous semble ainsi constituer un mécanisme rationnel, il suscite d'importantes réserves en ce qui concerne sa licéité que nous devons examiner maintenant.

SECTION II : LICÉITÉ DE LA NON MOTIVATION EN CAS DE REJET MANIFESTE

466. La dispense de motivation prévue à l'article 1014 pose question au regard de l'article 34 de la Constitution dès lors qu'elle émane du pouvoir réglementaire (§1). En ce qui concerne sa compatibilité avec le droit fondamental d'agir en justice et les garanties qui l'accompagnent, la dispense peut être admise mais sous certaines réserves (§2).

§1. Examen sous l'angle de l'article 34 de la Constitution : une dispense instituée par un règlement excédant ses compétences

467. L'histoire législative de la dispense de motivation est chaotique : initialement d'origine prétorienne avant d'être partiellement reprise par certains textes, sa base textuelle a changé pour passer d'une à deux dispositions de natures différentes.

468. Une dispense initialement prétorienne. Longtemps, aucun texte ne prévoyait expressément une dispense de motivation. Sa paternité revient à la Cour de cassation elle-même, qui a constamment interprété les dispositions l'autorisant à déclarer certains

¹⁵⁹¹ C. MOULY, « Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ? », *LPA* 18 mars 1994, p. 15, n° 18.

¹⁵⁹² F. TERRIER, *op. cit.*, p. 99 et 100 ; A. PERDRIAU, « La non-admission des pourvois », *op. cit.*, n° 84.

¹⁵⁹³ A. LACABARATS, « Le moyen sérieux », *op. cit.* ; V. VIGNEAU, *op. cit.*, p. 107.

pourvois « non admis » comme l'autorisant à déroger à l'obligation de motiver ses décisions.

Des auteurs ont critiqué cette position et ont soutenu que les dispositions autorisant la non-admission n'écartaient pas l'obligation de motivation et devaient être interprétées conformément à l'article 455 du code de procédure civile, qui impose la motivation de tout jugement¹⁵⁹⁴. La motivation est en outre un élément essentiel de la transparence judiciaire.

L'interprétation que retenait la Cour n'apparaissait toutefois pas totalement inacceptable. En effet, le droit administratif reconnaissait depuis longtemps au Conseil d'État la possibilité de refuser l'« admission » des pourvois¹⁵⁹⁵, ce que la haute juridiction a toujours fait en se bornant à relever que les moyens « ne sont pas de nature à permettre l'admission du pourvoi »¹⁵⁹⁶, ce qui, rappelons-le, ne constitue pas une véritable motivation¹⁵⁹⁷. L'utilisation de cette terminologie pour la procédure suivie devant la Cour de cassation témoigne de la volonté de lui offrir les mêmes facilités¹⁵⁹⁸.

Surtout, il convient de lire les dispositions autorisant la non-admission avec celles qui prévoient l'intervention de la formation restreinte : à moins de considérer que les premières n'apportent rien et fassent doublon avec les secondes, il faut considérer que la

¹⁵⁹⁴ J. et L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, 4^e éd., Dalloz, 2008, n° 23.64 ; S. AMRANI-MEKKI, « Les textes organisant la non-admission des pourvois en cassation en droit français », *op. cit.*, p. 28 ; A. BRUNET, « Droit au procès équitable et contrôle de la motivation des décisions de la Cour de cassation », in *Justice et droits fondamentaux, Etudes offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 51, n° 11 ; F. DESCORPS-DECLÈRE, *op. cit.*, p. 1128. Rapp., à propos de la procédure allemande de non-admission : J. BORÉ, « Réflexions sur la sélection des affaires devant la Cour de cassation », *D.* 1979, chron. 247, spéc. 250. Dans ce sens, voir les débats parlementaires relatifs à un projet de loi de 1994 relatif à l'organisation de la Cour de cassation qui tendait à instituer une formation d'admission au sein de chaque chambre, chargée de rejeter les pourvois « manifestement irrecevables ou dépourvus de moyens de cassation ». Le ministre de la justice et le rapporteur de la commission des lois du Sénat expliquaient alors que le rejet étant une décision juridictionnelle, il était naturellement soumis à l'obligation de motivation (Intervention de Pierre MÉHAIGNERIE, ministre de la justice, au Sénat lors de la séance du 6 octobre 1994, *JO Sénat* p. 4094 ; intervention de Charles JOLIBOIS, sénateur et rapporteur de la commission des lois, *id.* p. 4095, 4099 et 4107 ; intervention de Michel DREYFUS-SCHMIDT, sénateur, *id.* p. 4100 ; intervention de Philippe BONNECARRÈRE, député, à l'Assemblée nationale lors de la séance du 22 novembre 1994, *JO AN* p. 7328). Un amendement proposant de faire figurer expressément l'obligation de motivation a été retiré car jugé inutile (amendement n° 14, *JO Sénat* p. 4105 et 4107).

¹⁵⁹⁵ Art. 11 loi n° 87-1127 du 31 déc. 1987 devenu L822-1 CJA.

¹⁵⁹⁶ « Les décisions de la commission, qui sont pourtant juridictionnelles, ne sont pas motivées puisqu'elles se bornent à relever qu'aucun des moyens soulevés n'est « sérieux » » (intervention de Guy ALLOUCHE, sénateur, au Sénat lors de la séance du 6 octobre 1994, *JO Sénat* p. 4109) ; intervention de Camille DARSIÈRE, députée, devant la Commission des lois de l'Assemblée nationale durant la séance du 18 janvier 2001, compte-rendu n° 23 disponible sur le site de l'Assemblée ; J.-H. STAHL, « cassation – procédure d'instruction des pourvois – admission », *JurisClasseur justice administrative*, fasc. 80-22, n° 41.

¹⁵⁹⁷ Cf. nos 442 et 443.

¹⁵⁹⁸ L'auteur de l'amendement à l'origine de l'ouverture de la procédure de non-admission devant la Cour de cassation explique s'être inspiré de la procédure suivie devant le Conseil d'État et avoir voulu l'étendre à la Cour de cassation : intervention de Jean-Pierre MICHEL, député, à l'Assemblée nationale le 18 janv. 2001, 2^e séance, *JO AN*, p. 609. Soulignant la proximité avec la procédure suivie devant le Conseil d'État, qui ne motive pas ses décisions, Camille DARSIÈRE, députée, a soutenu le rejet de cet amendement. Il serait nécessaire de connaître la position des avocats sur ce défaut de motivation avant de reconnaître à la Cour de cassation la faculté de déclarer non admis les pourvois (Commission des lois, séance du 18 janvier 2001, compte-rendu n° 23 disponible sur le site de l'Assemblée nationale). La commission a, en conséquence, rejeté cet amendement qui a finalement été adopté en séance plénière.

non-admission se distingue du rejet, ce qui implique qu'elle soit dispensée de motivation. Interpréter la non-admission comme une dérogation à l'article 455 est le seul moyen de préserver l'effet utile des dispositions législatives que le Parlement a jugé nécessaire d'insérer afin d'enrichir les pouvoirs de la formation restreinte. Il est donc tout à fait justifié de considérer que les textes autorisant la non-admission écartent implicitement mais nécessairement le principe de motivation¹⁵⁹⁹.

Cette lecture a d'ailleurs été validée par le décret n° 2014-1338 du 6 novembre 2014, qui modifie l'article 1014 du code de procédure civile et constitue le premier texte dispensant expressément la Cour de toute motivation. Désormais, il n'est plus énoncé que la formation restreinte « déclare non admis les pourvois » mais qu'elle « décide qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée ». Cette consécration textuelle fait toutefois encore défaut en matière pénale.

469. Une dispense fondée sur une disposition législative devenue réglementaire.

Les changements législatifs participent aussi de l'histoire mouvementée de la dispense de motivation. D'abord portée à l'article L131-6 du code de l'organisation judiciaire, elle a été introduite par l'article 27 de la loi organique n° 2001-539 du 25 juin 2001. Saisi du texte avant sa promulgation, comme pour toute loi organique¹⁶⁰⁰, le Conseil constitutionnel a validé le dispositif tout en décidant qu'il relevait de la loi ordinaire¹⁶⁰¹. Le texte échappait donc à tout grief d'inconstitutionnalité¹⁶⁰².

Dans le cadre de la refonte du code de l'organisation judiciaire, l'ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006, ratifiée par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009¹⁶⁰³, a abrogé ce texte¹⁶⁰⁴ et l'a transféré, pour les pourvois formés en matière pénale, à l'article 567-1-1 du code de procédure pénale¹⁶⁰⁵. En matière civile, en revanche, l'ordonnance ne contient aucune disposition reprenant la dispense. Elle dispose cependant que l'abrogation de l'article L131-6 précité ne prendra effet qu'à « la date d'entrée en vigueur du décret portant refonte de la partie Réglementaire du [code de l'organisation judiciaire] »¹⁶⁰⁶. Le décret n° 2008-522 du 2 juin 2008, porte une telle refonte et crée l'article 1014 du code de procédure civile¹⁶⁰⁷ qui reprend les termes de l'ancien article L131-6 au bénéfice des chambres civiles de la Cour de cassation. La pratique de la non-admission a donc bénéficié

¹⁵⁹⁹ Cette lecture a semblé naturelle à certains députés et sénateurs lors de l'examen du projet de loi présenté en 1994 précité (intervention de Robert PAGÈS, sénateur, au Sénat lors de la séance du 6 octobre 1994, *JO Sénat* p. 4096 ; intervention de Charles LEDERMAN, sénateur, *id.*, p. 4098 ; intervention de Jacques FLOCH, député, à l'Assemblée nationale lors de la séance du 22 novembre 1994, *JO AN* p. 7329 et 7330). Un amendement, finalement retiré, avait d'ailleurs été déposé afin d'éviter que les dispositions autorisant la non-admission ne soient regardées en pratique comme permettant de ne pas motiver les décisions de rejet prononcées par la formation d'admission. Au cours de l'examen d'une proposition de loi relative à l'examen des pourvois devant la Cour de cassation, il a pu être expliqué à nouveau que le projet de 1994 avait bien pour objet de permettre à la Cour de rejeter des pourvois sans motivation (intervention de Nicole BROVO, sénateur, au Sénat lors de la séance du 16 janvier 1997, compte-rendu de la séance disponible sur le site du Sénat, p. 5).

¹⁶⁰⁰ Art. 61 al. 1 Const.

¹⁶⁰¹ C. const., 19 juin 2001, n° 2001-445 DC, §51.

¹⁶⁰² G. CANIVET, *op. cit.*, p. 2196.

¹⁶⁰³ Art. 138 I° 20° de la loi n° 2009-526.

¹⁶⁰⁴ Art. 1 de l'ordonnance n° 2006-673.

¹⁶⁰⁵ Art. 8 de l'ordonnance n° 2006-673.

¹⁶⁰⁶ Art. 3 1° de l'ordonnance n° 2006-673.

¹⁶⁰⁷ Art. 9 du décret n° 2008-522.

continuellement d'une base textuelle, initialement législative et aujourd'hui réglementaire.

Ces modifications successives soulèvent toutefois des difficultés au regard de la Constitution ; difficultés qui vont jusqu'à remettre en cause la validité de la pratique actuelle.

470. La compétence du législateur pour fixer les limites de la motivation. C'est avant tout le passage à des textes de nature réglementaire qui pose problème. En ce qui concerne l'abrogation pure et simple de l'article L131-6 en matière civile, aucune incompatibilité avec la Constitution ne peut être relevée. On peut certes observer que l'ordonnance n° 2006-673 a excédé les termes de la loi d'habilitation¹⁶⁰⁸, mais l'intervention de la loi de ratification purge ce type d'irrégularités¹⁶⁰⁹, lesquelles ne justifient d'ailleurs un contrôle *a posteriori* que très exceptionnellement¹⁶¹⁰.

En revanche, l'article 1014 apparaît incompatible avec l'article 34 de la Constitution. La jurisprudence laisse peu de doute à cet égard. Certes, contrairement à celles qui régissent la procédure pénale, les règles de procédure civile et administrative relèvent normalement du pouvoir réglementaire¹⁶¹¹, notamment lorsqu'il s'agit de déterminer la façon dont les pourvois en cassation sont formés, instruits et jugés¹⁶¹². Aussi a-t-il été soutenu qu'il revenait au pouvoir réglementaire de fixer les règles relatives à la motivation des jugements¹⁶¹³. C'est toutefois oublier que le pouvoir législatif est seul compétent, en vertu de l'article 34, pour fixer « les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ». Ce chef de compétence permet au législateur de garder la main haute sur les principes essentiels de la procédure civile et administrative, qui visent à offrir au citoyen un moyen de faire prévaloir ses droits en justice et constituent alors des garanties fondamentales pour que l'exercice des libertés publiques soit assuré¹⁶¹⁴. Le Conseil constitutionnel a ainsi déjà jugé que la motivation des décisions du juge de l'expropriation constituait une garantie essentielle du droit de propriété qu'il n'incombait pas au pouvoir réglementaire de modifier¹⁶¹⁵. Dans le même sens, le Conseil a jugé sur ce fondement que seul le législateur peut restreindre les droits

¹⁶⁰⁸ La loi d'habilitation autorisait le Gouvernement à procéder à une refonte des codes de l'organisation judiciaire et de procédure civile à *droit constant* (art. 86 I° loi n° 2004-1343 du 9 déc. 2004). Le Gouvernement n'était donc pas habilité à supprimer purement et simplement l'article L131-6 COJ. Cette abrogation, suivie de l'introduction d'une disposition réglementaire équivalente, lui a permis de s'affranchir de la procédure de déclassement instituée à l'article 37 al. 2 de la Constitution.

¹⁶⁰⁹ C. const., 2 déc. 2004, n° 2004-506 DC, §25 ; 17 janv. 2008, n° 2007-561 DC, §4.

¹⁶¹⁰ C. const., 4 avr. 2014, n° 2014-373 QPC, §10.

¹⁶¹¹ C. const., 21 déc. 1972, n° 72-75 L, §1 ; 27 avr. 1977, n° 77-97 L, §1 ; 24 oct. 1980, n° 80-116, §1 ; 8 août 1985, n° 85-139 L, §10 ; 23 févr. 1988, n° 88-153 L, §2 ; 10 mai 1988, 88-157 L, §1 ; 3 mars 2005, n° 2005-198 L, §4 ; 15 nov. 2007, n° 2007-557 DC, §21 ; 25 nov. 2011, n° 2011-198 QPC, §4 et n° 2011-199 QPC, §14 ; 13 avril 2012, n° 2012-231/234 QPC, §12.

¹⁶¹² C. const., 24 oct. 1980, n° 80-117 L, §1 ; 10 mai 1988, n° 88-157 L, §11 et 15

¹⁶¹³ J. LEROY, « La force du principe de motivation », in Travaux de l'Association Henri Capitant, *La Motivation*, LGDJ, 2000, p. 25, spéc. 38.

¹⁶¹⁴ Ce chef de compétence a ainsi conduit à reconnaître au législateur le pouvoir de fixer le caractère contradictoire des procédures (C. const., 13 nov. 1985, n° 85-142 L, §2), d'assurer le libre exercice du droit d'agir en justice (2 déc. 1980, n° 80-119 L, §7), de déterminer l'étendue de la compétence des juridictions administratives et judiciaires (20 févr. 1987, n° 87-149 L, §17) et de déterminer les voies de recours ouvertes contre les jugements (14 mai 1980, n° 80-113 L, §7 ; 10 mai 1988, n° 88-157 L, §10 et 14).

¹⁶¹⁵ C. const., 3 nov. 1977, n° 77-101 L, §2 ; 10 mai 1988, n° 88-157 L, §17.

de la défense¹⁶¹⁶ et a jugé par la suite que la motivation des décisions de justice appartient à ces droits¹⁶¹⁷. Dans le même sens, on relèvera qu'il résulte tant de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que du Conseil d'État que seul le législateur peut porter atteinte aux principes généraux du droit¹⁶¹⁸. Or, si seul le juge administratif a reconnu une telle valeur à l'obligation de motivation¹⁶¹⁹, rien ne permet de soutenir que le juge constitutionnel devrait s'écarter de cette position.

Il apparaît donc que le pouvoir réglementaire ne peut instituer une dérogation à l'obligation de motivation telle que celle qui figure à l'article 1014¹⁶²⁰. Le Conseil d'État a déjà jugé dans ce sens en énonçant que : « les commissions départementales du contentieux sont des juridictions administratives lorsqu'elles statuent [...] sur les litiges relatifs à la candidature de travailleurs handicapés aux emplois réservés ; qu'il suit de là que ces commissions doivent observer les règles générales de procédure qui n'ont pas été écartées par *une disposition législative expresse* ou qui ne sont pas incompatibles avec leur organisation ; qu'au nombre de ces règles, figurent celles suivant lesquelles les décisions juridictionnelles doivent, d'une part, être motivées »¹⁶²¹.

Sur ce point, il faut souligner que si le dépassement de ses pouvoirs par le législateur ne constitue pas une cause d'inconstitutionnalité des lois¹⁶²², il n'en va pas de même pour les excès de pouvoir du Gouvernement. Ceux-ci sont sanctionnés par la nullité des textes pris en violation de l'article 34 de la Constitution¹⁶²³.

471. Une dispense de motivation privée de toute base textuelle. Au regard des règles constitutionnelles régissant les relations entre le Parlement et le Gouvernement, l'article L131-6 ne posait pas de difficulté particulière : non seulement il ne comprenait expressément aucune dérogation à l'obligation de motivation, mais la Cour de cassation pouvait en outre bien l'interpréter comme posant une telle dérogation, qu'il est loisible au législateur d'instituer sous réserve de ne pas porter atteinte aux droits garantis par la Constitution.

Si cette interprétation peut fort bien être maintenue à l'égard de l'article 567-1-1

¹⁶¹⁶ C. const., 21 déc. 1972, n° 72-75, §1.

¹⁶¹⁷ C. const., 18 janv. 1985, n° 84-182 DC, §8.

¹⁶¹⁸ C. const., 26 juin 1969, n° 69-55 L, §5 ; 24 oct. 1969, n° 69-57 L, §5 (implicite) ; 30 juill. 1982, n° 82-143 DC, §13 ; CE, 5 déc. 1924, *Légillon, Lebon* 985 ; 23 déc. 1959, *Gliksman, D.* 1961. 256 ; sect., 10 mai 1974, n° 88032 et 88148 et ass., 10 mai 1974, n° 85132 et 85149, *Lebon* 276 ; ass., 4 oct. 1974, n° 88930, *Lebon* 464.

¹⁶¹⁹ CE, 5 déc. 1924 et 23 déc. 1959, cités note précédente.

¹⁶²⁰ S. GUINCHARD, « Procès équitable », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2013, n° 381 et 384. Rapp. S. GJIDARA, « La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles », *LPA* 26 mai 2004, p. 3, n°s 31 à 34. Dans cet article très documenté, Sophie Gjidara arrive à la conclusion étrange selon laquelle la compétence du législateur s'étendrait uniquement à l'égard de la motivation des décisions des juridictions administratives. Les règles relatives à la motivation des décisions civiles dépendraient du pouvoir réglementaire. L'on peine à comprendre ce qui motive une telle distinction : les arguments liés à l'article 34 et à l'existence d'un principe général du droit que l'auteur avance en faveur de la compétence législative sur la motivation des jugements administratifs sont parfaitement valables en ce qui concerne la motivation des décisions judiciaires. Il semble que l'auteur cherche en fait plus à rendre compte de la pratique actuelle du législateur et du pouvoir réglementaire qu'à rendre compte des règles constitutionnelles.

¹⁶²¹ CE, 8 juill. 1970, n° 75362, *Lebon* 471 ; 3^e et 5^e srr., 9 janv. 1981, n° 11217, *Lebon* 12 ; 4 nov. 1994, n° 135248, *Lebon* T. 1127, 1151, 1213.

¹⁶²² C. const., 30 juill. 1982, n° 82-143 DC, §11 ; 20 juill. 1983, n° 83-162 DC, §97 ; 19 janv. 1984, n° 83-167 DC, §37 ; 27 juill. 2000, n° 2000-433 DC, §22.

¹⁶²³ Notamment : CE, 5^e et 4^e srr., 11 févr. 2010, n°s 324233 et 324407, *Lebon* 18.

du code de procédure pénale, elle aurait dû être abandonnée pour ce qui concernait l'article 1014 dans sa rédaction issue du décret n° 2008-522. En effet, ce texte, d'origine réglementaire, ne saurait être regardé comme écartant l'obligation de motivation, qu'il incombe au législateur seul de délimiter. Une interprétation conforme à l'article 34 de la Constitution interdit de voir dans la faculté de déclarer non admis les pourvois le droit de ne pas énoncer les motifs qui soutiennent cette décision.

Parce qu'il faisait disparaître la dispense de motivation, le passage du législatif au réglementaire aurait dû conduire à un abandon de la procédure de non-admission, laquelle ne présentait plus aucun intérêt par rapport au rejet en formation restreinte. Mais, bien que dépourvu d'utilité, l'article 1014 dans sa rédaction initiale n'était toutefois pas nul du seul fait de son origine réglementaire. Ne dérogeait ni expressément ni nécessairement à l'obligation de motivation et ne comprenant donc en lui-même aucune disposition contraire à la Constitution, seule l'interprétation qui y adossait une dispense de motivation devait être abandonnée.

Le décret n° 2014-1338 est, en revanche, atteint par la nullité dès lors qu'il modifie l'article 1014 pour y insérer une dispense expresse de motivation au bénéfice de la Cour de cassation. L'article 1014 n'est donc pas applicable dans sa version actuelle, mais uniquement dans sa version antérieure. Celle-ci permettant à la Cour de déclarer des pourvois non admis au terme d'une décision motivée, elle constitue une coquille vide dénuée de tout intérêt.

472. Outre son origine réglementaire, la dispense de motivation soulève des difficultés dans son principe même, en tant que l'obligation de motivation se rattache au droit au procès équitable.

§2. Examen sous l'angle de la protection du droit d'agir en justice : une dispense valide dans son principe sous certaines réserves

473. Une dispense conforme à la Constitution. En ce qui concerne la constitutionnalité de la dispense de motivation, il faut d'abord constater que le Conseil constitutionnel a jugé que les dispositions de la loi organique n° 2001-539 modifiant le fonctionnement de la Cour de cassation, et lui permettant notamment de déclarer non-admis certains pourvois, « n'appellent aucune critique de constitutionnalité sur le fond »¹⁶²⁴.

Par la suite, le Conseil a néanmoins reconnu que la motivation des décisions de justice constitue une garantie contre les condamnations pénales arbitraires. Elle se rattache ainsi aux articles 7 et 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, qui interdisent de condamner pénalement toute personne hors les cas prévus par la loi¹⁶²⁵. Cependant, le Conseil énonce : « la Constitution ne confère pas à cette obligation un caractère général et absolu, l'absence de motivation en la forme ne peut trouver de justification qu'à la condition que soient instituées par la loi des garanties propres à exclure l'arbitraire »¹⁶²⁶ et relève ensuite que le principe de l'oralité et de continuité des débats de la cour d'assise, leur caractère contradictoire et le droit à l'assistance d'un avocat,

¹⁶²⁴ C. const., 19 juin 2001, n° 2001-445 DC, §50.

¹⁶²⁵ C. const., 1^{er} avr. 2011, *Xavier P. et autres*, n° 2011-113/115 QPC, §11.

¹⁶²⁶ *Ibid.*

l'obligation pour la cour d'assise de répondre à des questions claires, précises et individualisées déterminées par la décision de renvoi, ainsi que les règles fixant les modalités de la délibération permettent de compenser le défaut de motivation des décisions des cours d'assise¹⁶²⁷.

Cette décision peut tout à fait être transposée à la matière civile sur le fondement des articles 5 et 16 de la déclaration précitée qui énoncent que « [...] Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas » et que « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée [...] n'a point de Constitution. » De même, la motivation constitue un élément essentiel des droits de la défense et participe de l'impartialité et de l'indépendance des juridictions. Or, il s'agit de principes protégés au niveau constitutionnel¹⁶²⁸.

Pendant, il semble bien que, indépendamment de la communication du rapport, la procédure suivie devant la Cour de cassation offre des garanties suffisantes pour compenser le défaut de motivation et pour satisfaire aux exigences constitutionnelles. Le principe du contradictoire, le principe dispositif, le secret des délibérations, la composition de la formation restreinte, l'intervention de l'avocat général et d'avocats aux Conseils et les règles relatives au statut des magistrats et à leur récusation préservent le justiciable contre les décisions arbitraires. Rien ne permet donc de soutenir que la dispense de motivation prévue à l'article 1014 soit inconstitutionnelle dans son principe.

474. Une dispense généralement compatible avec l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme. La Cour européenne des droits de l'Homme a déjà mainte fois jugé que la dispense de motivation tirée des articles 1014 et 567-1-1 précités n'est pas contraire à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme¹⁶²⁹.

Elle juge pourtant constamment que ce texte impose aux juridictions de motiver leurs décisions¹⁶³⁰. Il s'agit là du pendant naturel du droit des parties d'être entendues, dont l'effectivité est ainsi assurée. La motivation garantit aussi la prééminence du droit, qui constitue l'objet premier de l'article 6¹⁶³¹. Elle constitue de ce fait une garantie essentielle de l'impartialité et de l'indépendance de la juridiction.

La Cour adopte néanmoins une posture très pragmatique en ce qui concerne l'étendue de cette obligation, et juge qu'il doit être tenu compte des pratiques et usages propres à chaque État, ainsi que des spécificités de la procédure en cause et, notamment,

¹⁶²⁷ *Id.*, § 12 à 18.

¹⁶²⁸ Sur les droits de la défense et le principe du contradictoire, voir notamment : C. const., 29 déc. 1984, 84-184 DC, cons. 35. Sur l'indépendance des tribunaux, voir notamment : 18 janv. 1985, n° 84-182 DC, cons. 15. Sur leur impartialité, voir notamment : 28 déc. 2006, n° 2006-545 DC, cons. 24.

¹⁶²⁹ Cour EDH, déc., 28 janv. 2003, *Burg*, n° 34763/02 ; déc., 24 juin 2003, *Stepinska*, n° 1814/02 ; 14 juin 2005, *Menet*, n° 39553/02, §36 ; déc., 15 nov. 2005, *Guégan*, n° 21451/02 ; 21 mars 2006, *Salé*, n° 39765/04, §23 ; 22 mai 2008, *Rémy Garnier*, n° 38984/04, §36 ; déc., 19 sept. 2009, *Fougère*, n° 10397/03 ; déc., 3 nov. 2009, *Pages*, n° 8065/04. Voir aussi, validant la dispense de motivation des décisions du Conseil d'État refusant l'admission du pourvoi : déc., 9 mars 1999, *Immeuble Groupe Kosser*, n° 38748/97 ; déc., 10 déc. 2002, *Latournerie*, n° 50321/99. Voir également, les décisions de la Commission EDH allant dans le même sens : Comm. EDH, 2 mars 1994, *Ouendeno*, n° 18441/91 ; 25 févr. 1997, *Rebai*, n° 26561/95.

¹⁶³⁰ Notamment : Cour EDH, 30 nov. 1987, *H. c/ Belgique*, n° 8950/80, n° 53 ; 19 avr. 1994, *Van de Hurk*, n° 16034/90, n° 61 ; 1^{er} juill. 2003, *Suominen*, n° 37801/97, n° 34 s.

¹⁶³¹ Cour EDH, 21 févr. 1975, *Golder*, n° 4451/70, n° 34.

de l'objet du recours¹⁶³². Ainsi, rappelant que l'article 6 n'impose pas aux États de créer des voies de recours afin de faire réformer ou annuler un jugement, la Commission européenne des droits de l'Homme, suivie ultérieurement par la Cour, a jugé que les États peuvent subordonner la recevabilité et l'examen d'un recours à l'existence d'une question de droit importante et/ou de chances de succès suffisantes¹⁶³³. La Convention autorise donc les juridictions à rejeter un recours au seul motif qu'il ne présente aucun caractère sérieux¹⁶³⁴ ou « qu'il n'a manifestement aucune chance d'aboutir »¹⁶³⁵, dès lors que ces conditions sont bien prévues par la loi.

Mais, malgré ces déclarations de conformité, la jurisprudence européenne semble s'opposer à la motivation « brevissime »¹⁶³⁶ des arrêts de rejet dans deux cas bien précis.

475. Une dispense problématique en cas de communication d'un rapport faisant croire à une violation de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Au regard de l'arrêt *Viard contre France*¹⁶³⁷, le défaut de motivation apparaît contraire à l'article 6 lorsque le rapport retient l'irrecevabilité du pourvoi ou des moyens en raison d'une erreur manifeste d'appréciation.

En l'espèce, le rapporteur, rejoignant les conclusions de l'avocat général, avait proposé la non-admission du pourvoi au motif qu'il aurait été intenté après expiration du délai de cinq jours fixé par l'article 568 du code de procédure pénale. Cette appréciation était toutefois incontestablement erronée dès lors que le rapporteur avait fixé le point de départ de ce délai à la date de notification inscrite sur le jugement attaqué, et non à la date du dépôt à la poste de la lettre portant notification. En prenant cette date comme le point de départ du délai, le pourvoi n'était pas tardif. Après avoir consulté le rapport et l'avis, le demandeur formula des observations par lesquelles il attirait l'attention de la chambre sur la date réelle de notification et contestait la computation des délais réalisées par le rapporteur et l'avocat général. Une décision de non-admission fut néanmoins rendue.

Le demandeur débouté a alors saisi la Cour européenne des droits de l'Homme d'une requête concluant à la violation de l'article 6. En soumettant la déclaration de pourvoi à un délai de cinq jours à compter de la date figurant sur le jugement attaqué, la décision l'aurait privé de toute possibilité d'exercer son droit au recours. Le Gouvernement a répondu que la non-admission n'était pas fondée sur le caractère tardif du pourvoi, mais sur l'absence de moyen sérieux de cassation. Il en veut pour preuve que la décision se réfère aux dernières observations du demandeur, lesquelles démontraient l'erreur du rapporteur dans la computation des délais. Il avance aussi que la décision a été rendue au visa de l'article 567-1-1 du code de procédure pénale, instituant la non-admission des pourvois en matière pénale, et non au visa de l'article 568 relatif au délai d'introduction du pourvoi.

La Cour a accueilli la demande au motif que seul le moyen tiré de la tardiveté du

¹⁶³² Cour EDH, 9 déc. 1994 (2 arrêts), *Ruiz Torija et Hiro Balani*, n^{os} 18390/91 et 18064/91, §29 et §27 ; 19 févr. 1998, *Higgins et a.*, n^o 20124/92, §42.

¹⁶³³ Comm. EDH, 16 juill. 1981, *X c/ RFA*, n^o 8769/79.

¹⁶³⁴ Cf. note 1629.

¹⁶³⁵ Comm. EDH, 26 oct. 1995, *E. M. c/ Norvège*, n^o 20087/92.

¹⁶³⁶ Le terme a été introduit par : A. PERDRIAU « Des "arrêts breviaires" de la Cour de cassation », *JCP G* 1996. I. 3943, n^o 50.

¹⁶³⁷ Cour EDH, 9 janv. 2014, *Viard*, n^o 71658/10.

pourvoi a été soulevé dans le rapport et l'avis de l'avocat général et que « lorsque la non-admission d'un pourvoi est envisagée pour un autre motif que celui retenu par le conseiller-rapporteur dans son rapport, l'usage, au sein de la Cour de cassation, est de statuer par un arrêt motivé »¹⁶³⁸. Il en résulte que le pourvoi a été jugé tardif et n'a donc fait l'objet d'aucun examen au fond. Or, l'affirmation du caractère tardif constitue en l'espèce une privation de son droit de se pourvoir en cassation, compte tenu des conditions de la notification¹⁶³⁹.

On peut regretter que le Gouvernement n'ait pas été plus explicite en ce qui concerne le visa de l'article 567-1-1 car, à côté de la pratique qui consiste à rendre un arrêt motivé lorsque la non-admission est fondée sur un motif non envisagé par le rapporteur, il existe une autre pratique qui consiste à déclarer non-admis les pourvois irrecevables au visa des textes qui instituent la cause d'irrecevabilité précisément en cause¹⁶⁴⁰.

Toutefois, même appréhendé dans ce contexte, le visa des articles 1014 et 567-1-1 ne suffit pas à assurer au justiciable qu'il a bénéficié d'un examen sérieux de ses demandes. L'irrecevabilité ayant été retenue par le rapport, à l'exception de tout autre moyen, elle a nécessairement été débattue et envisagée au cours du délibéré. Ici, paradoxalement, la communication du rapport joue en défaveur de la juridiction française : ce document constitue un élément laissant penser que le droit du demandeur d'être entendu n'a pas été respecté, ce que le seul visa des articles 1014 et 567-1-1 ne saurait écarter. Il semble donc bien que le demandeur ait été privé arbitrairement de son droit d'être entendu par la Cour de cassation¹⁶⁴¹.

Cet arrêt nous montre le risque que présente la dispense de motivation conjuguée à la transmission du rapport. Si celui-ci contient uniquement des motifs qui conduiraient à une violation de la Convention, la responsabilité de l'État est engagée, quand bien même le rejet serait objectivement justifié. Alors que l'absence de motivation jette un voile opaque sur le point de savoir si les moyens du demandeur ont été examinés par les juges, le rapport peut laisser présumer le contraire. Il en résulte qu'une condamnation peut être prononcée sur le fondement de l'article 6, alors même que les juges auraient considéré que les moyens étaient recevables et les auraient rejetés en raison de leur caractère manifestement infondé, ne portant ainsi aucune atteinte au droit de se pourvoir en cassation du demandeur.

Gilles Thouvenin, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, a déjà souligné qu'« une non-admission manifestement erronée, rarissime par hypothèse, pourrait donner lieu à une condamnation de la France »¹⁶⁴². La perspective d'une condamnation dépasse toutefois la sphère des non-admissions manifestement erronées : un rejet non motivé parfaitement fondé pourra aussi entraîner une condamnation si le rapport est critiquable.

Cette sévérité peut paraître paradoxale car, en l'absence de violation véritable de l'article 6 par la formation restreinte de la Cour de cassation, la France est condamnée *à raison de la communication du rapport*, qui constitue pourtant une garantie importante offerte au justiciable. La solution retenue par la Cour de Strasbourg conduit donc ici à une

¹⁶³⁸ *Id.* §34.

¹⁶³⁹ *Id.* §35 s.

¹⁶⁴⁰ V. VIGNEAU, *op. cit.*, p. 105 ; G. CANIVET, *op. cit.*, p. 2196.

¹⁶⁴¹ Cour EDH, 21 mars 2003, *Dulaurans*, n° 34553/97, §34.

¹⁶⁴² G. THOUVENIN, intervention à la Cour de cassation le 3 mai 2010, disponible sur le site de la Cour.

situation absurde : l'existence d'une protection supplémentaire des droits des justiciables accroît le risque de condamnation.

Il faut néanmoins comprendre le désarroi du justiciable qui s'est vu communiquer le rapport à partir duquel il est fondé à penser qu'il a purement et simplement été privé de son droit de se pourvoir en cassation. Le rapport indiquant clairement que le demandeur ne doit pas être entendu, il est impensable de ne pas en tirer les conséquences qui s'imposent et de laisser intacte une violation *apparente* des droits que lui reconnaît la Convention.

Il faut donc souligner l'importance de la pratique qui consiste à répondre aux pourvois inconsistants par un arrêt de rejet motivé lorsque le motif du rejet n'a pas été envisagé par le rapporteur. Les hauts conseillers pourraient aussi se contenter de répondre aux observations du demandeur ¹⁶⁴³, ou de déposer un rapport correctif ou complémentaire ; cela éviterait de rendre un arrêt motivé dépourvu de tout intérêt doctrinal. Ils doivent toutefois se garder de laisser sans réponse des griefs, mêmes indiscutablement erronés, que le rapport juge irrecevables ou erronés à tort.

476. L'absence de motivation valide sous réserve de la communication du rapport si le pourvoi allègue une violation de la Convention européenne des droits de l'Homme. Le recours aux articles 1014 et 567-1-1 précités trouve une autre limite dans la décision *Magnin* de la Cour européenne des droits de l'Homme¹⁶⁴⁴. À première vue, cette décision reprend simplement la jurisprudence antérieure relative à la motivation des décisions de non-admission, qu'elle juge conforme à l'article 6 malgré son caractère stéréotypé et excessivement concis.

Pourtant, l'obligation de motivation y apparaît sous un jour nouveau. Généralement considérée comme une garantie essentielle du droit d'être entendu par un tribunal indépendant et impartial, la Cour explique qu'elle constitue également un corollaire du principe de subsidiarité. Le juge national étant chargé de sanctionner les violations de la Convention et d'assurer son effectivité, il doit répondre aux griefs correspondants « avec une rigueur et un soin particuliers »¹⁶⁴⁵. Il doit mettre les justiciables en mesure de s'assurer que leurs prétentions ont été entendues et de comprendre pourquoi les droits que leur reconnaît la Convention n'ont pas été méconnus. Ce faisant, les juridictions nationales « [contribuent] à réduire le nombre des requêtes soumises à la Cour [EDH] » et assurent ainsi « le bon fonctionnement du système de protection des droits fondamentaux »¹⁶⁴⁶.

En l'espèce le demandeur au pourvoi soutenait devant la Cour de cassation que l'arrêt d'appel attaqué avait été rendu dans des conditions contraires à l'article 6, faute de publicité des débats. La Cour de cassation devait donc lui fournir une réponse étayée et circonstanciée sur ce point, lui permettant de déterminer de façon éclairée s'il y avait lieu de saisir la Cour européenne des droits de l'Homme. Le pourvoi ayant été déclaré non-admis, le demandeur a déposé une requête devant la juridiction européenne arguant de la méconnaissance de son obligation de motivation par la Cour de cassation. La

¹⁶⁴³ L'absence de réponse aux observations des avocats aux Conseils a déjà souvent été regrettée par eux : H. HAZAN, « Le moyen sérieux », *op. cit.*

¹⁶⁴⁴ Cour EDH, déc., 10 mai 2012, *Magnin*, n° 26219/08.

¹⁶⁴⁵ *Id.*, §29.

¹⁶⁴⁶ *Ibid.*

Cour européenne des droits de l'Homme relève que si la décision de non-admission n'est pas motivée, le demandeur a eu communication du rapport établi par le conseiller-rapporteur, dans lequel figure l'analyse de ces moyens et les motifs établissant le caractère infondé des griefs relatifs à l'absence de publicité des débats¹⁶⁴⁷.

Ici, la transmission du rapport aux parties semble constituer une contrepartie nécessaire de la dispense de motivation. Il ne faut pourtant pas en déduire qu'elle est toujours nécessaire : d'autres moyens existent qui permettent au demandeur de comprendre les raisons du rejet de ses prétentions. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'Homme a déjà jugé que l'assistance d'un avocat aux Conseils était susceptible de compenser l'insuffisance de la motivation¹⁶⁴⁸. Il en va de même pour la communication de l'avis de l'avocat général.

La décision refusant l'attribution de l'aide juridictionnelle pour défaut de moyen sérieux n'est, en revanche, d'aucun secours car l'usage est que le bureau d'aide juridictionnelle y indique seulement qu'aucun moyen sérieux n'existe¹⁶⁴⁹ et que le demandeur n'a pas connaissance du rapport établi pour l'instruction de sa demande d'aide¹⁶⁵⁰. En ce qui concerne le pouvoir explicatif du mémoire en défense, il n'est consacré par aucune décision. Si ce document peut bien contenir une réponse étayée aux moyens du demandeur, il émane de la partie adverse. Ce fait suffit à faire peser un doute sur sa sincérité et son objectivité, de sorte qu'il ne constituera pas un document éclairant le demandeur sur ses droits issus de la Convention et sur ses chances de succès devant la Cour européenne.

Au regard de la décision étudiée, il faut conclure que, lorsqu'un moyen relatif à la Convention européenne des droits de l'Homme est soulevé, la Cour de cassation ne peut s'exonérer de l'obligation de motivation qu'après avoir vérifié que le caractère infondé du moyen a bien été porté à la connaissance du demandeur. S'il est représenté par un avocat, un recours en responsabilité est ouvert contre celui-ci et il n'incombe pas à la Cour de s'assurer qu'il a suffisamment informé le demandeur sur ses chances de succès. S'il ne l'est pas, il revient aux conseillers de s'assurer que le demandeur s'est vu communiquer le rapport ou l'avis de l'avocat général, ou a pu en prendre connaissance durant l'audience, et que ces documents contiennent effectivement une réponse aux griefs tirés de la Convention.

Ainsi, la régularité de la non-motivation peut être exceptionnellement subordonnée à la communication du rapport au demandeur. Pour cela, il faut d'abord que le demandeur prétende que le jugement attaqué méconnaît une disposition de la Convention européenne des droits de l'Homme. Il faut ensuite que le demandeur ne

¹⁶⁴⁷ *Id.*, §32.

¹⁶⁴⁸ Cour EDH, 16 févr. 2012, *Tourisme d'affaires*, n° 17814/10, §32.

¹⁶⁴⁹ A. PERDRIAU, « L'aide juridictionnelle pour se pourvoir en cassation », *op. cit.*, p. 2. Cette pratique était initialement justifiée par la nécessité de ne pas porter atteinte au droit d'action du demandeur en rendant une décision susceptible d'influer sur le cours de la procédure ultérieure. En ne motivant pas plus leurs décisions, le bureau d'aide juridictionnelle et le Premier président statuant sur recours s'écartaient sensiblement des textes. L'article 48 IV° du décret 91-1266 énonçait en effet que « En cas de rejet de la demande, la décision contient les motifs du rejet ». L'usage a finalement été validé par le pouvoir réglementaire avec le décret n° 2011-272 qui a modifié l'article 48 précité et y a ajouté la phrase : « En matière de cassation, les motifs peuvent se limiter à l'indication de l'absence de moyen de cassation sérieux ».

¹⁶⁵⁰ A. PERDRIAU, « L'aide juridictionnelle pour se pourvoir en cassation », *op. cit.*, p. 2.

bénéficie pas du ministère d'un avocat. Enfin, il faut encore que l'avocat général ne lui ait pas donné une explication satisfaisante dans ses conclusions, si toutefois celles-ci lui ont bien été transmises ou ont été lues au cours de l'audience.

477. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme soulève toutefois une difficulté importante qui réside dans le fait que la communication du rapport aux parties semble elle-même contraire à la Convention ainsi que nous le montrerons dans le chapitre suivant¹⁶⁵¹. De sorte que lorsque des moyens relatifs à l'application de la Convention sont soulevés et n'ont pas reçu de réponse satisfaisante de la part de l'avocat général, la Cour de cassation n'aurait pas d'autre choix que d'y répondre par un arrêt motivé. Elle a pourtant déjà fait application de l'article 1014 dans une telle hypothèse¹⁶⁵².

CONCLUSION DU CHAPITRE

478. Dans ce chapitre nous avons pu montrer que l'objectif essentiel de l'article 1014 du code de procédure civile est d'accroître la visibilité des arrêts que la Cour de cassation considère comme importants et véritablement novateurs afin de simplifier l'appréhension de la jurisprudence. La Cour se fait alors auxiliaire de la doctrine et retrouve un pouvoir de sélection, non des pourvois mais des arrêts, qu'elle avait perdu avec le développement de l'informatique juridique. Cela réduit la masse d'arrêts relatifs à un thème et facilite le travail du praticien ou du commentateur qui désire connaître l'état de la jurisprudence portant sur un texte ou des faits déterminés.

479. Au regard de cette finalité, l'exigence tenant au caractère manifeste du rejet doit bien se comprendre à partir du critère de certitude plutôt que d'évidence ou de facilité. L'utilité de la dispense de motivation ne s'épuise pas avec le caractère non évident ou difficile de la solution : la certitude peut être difficile à atteindre sans que l'arrêt n'apporte rien à la jurisprudence antérieure et ne modifie la compréhension des règles de droit. Là encore l'analyse de la fonction de la référence au manifeste corrobore sa définition jurisprudentielle.

Mais si la dispense de motivation excède le cadre de l'évident ou du facile, elle ne doit pas coïncider parfaitement avec les hypothèses où le rejet est certain. Il y a des cas où une motivation s'avère nécessaire pour des considérations de bonne justice alors même que le rejet serait manifeste. Il faut voir dans le caractère manifeste du rejet ou de l'irrecevabilité une condition *sine qua non* de déroger à l'article 1014, mais non une condition *per se* : l'obligation de motivation devrait retrouver son emprise dans les contentieux en série ou lorsque la règle qui fonde le rejet semble mal connue des juridictions du fond.

480. Comprise ainsi, la procédure prévue à l'article 1014 du code de procédure civile est louable et mérite d'être conservée. Loin de constituer une atteinte au droit de recours fondée sur une appréciation discrétionnaire des juges de cassation et destinée à vider

¹⁶⁵¹ Cf. nos 505 à 507.

¹⁶⁵² Cf. annexe II.

arbitrairement le contentieux, cette procédure donne lieu à un examen attentif et approfondi du pourvoi. Elle permet d'atteindre un juste équilibre entre le droit de se pourvoir en cassation reconnu à tout justiciable et l'objectif à valeur constitutionnelle de lisibilité et d'accessibilité de la loi et de la jurisprudence. À cet égard, elle s'avère particulièrement nécessaire dans la mesure où la généralité du droit de se pourvoir en cassation conduit à une profusion d'arrêts telle que l'appréhension de la jurisprudence en devient extrêmement difficile, les arrêts novateurs et importants pouvant passer inaperçus au sein d'une masse d'arrêts ne présentant qu'un intérêt limité pour la compréhension des règles de droit en vigueur. En outre, la procédure étudiée dans ce titre assure une accélération relative du traitement des pourvois et participe ainsi de l'effectivité du droit de se pourvoir en cassation.

Il est donc regrettable qu'elle ait été privée de fondement textuel par l'ordonnance du 8 juin 2006 portant refonte du code de l'organisation judiciaire, qui a conduit à la substitution d'un texte de nature réglementaire à un texte de nature législative.

481. Si l'articulation de la procédure de non-admission autour du critère de certitude plutôt qu'autour de ceux d'évidence ou de facilité est parfaitement justifiée au regard de sa finalité, elle comporte toutefois le risque d'une défiance des justiciables à l'égard de la Cour de cassation. En effet, prononcée hors des cas où le rejet est évident ou aisé à établir, la non-admission comporte le risque de paraître arbitraire : pouvant être décidée au terme d'un long travail d'analyse, elle peut concerner des pourvois pour lesquels l'avocat du demandeur avait émis un avis favorable lors de sa consultation. Il s'avère alors essentiel d'assurer la transparence du processus juridictionnel et de montrer au justiciable et à son conseil que le pourvoi a bien fait l'objet d'un examen sérieux. Aussi, pour éviter que la procédure ne soit à l'origine d'une dangereuse crise de confiance, les conseillers ont pris l'habitude de communiquer aux parties et à leurs conseils le rapport rédigé en vue de la non-admission. En outre, cette pratique permet également d'assurer la conformité de la procédure de non-admission au droit européen lorsque le pourvoi argue d'une violation de la Convention européenne des droits de l'Homme, la Cour éponyme ayant jugé dans sa décision *Magnin* précitée que le justiciable devait être informé des motifs de son rejet dans cette hypothèse¹⁶⁵³.

Toujours utile et parfois nécessaire, la communication du rapport aux parties se heurte toutefois à divers obstacles juridiques qui conduisent à douter de sa validité. Il nous faut donc l'étudier maintenant avec attention.

¹⁶⁵³ Cour EDH, déc., 10 mai 2012, *Magnin*, n° 26219/08.

CHAPITRE II : LA PRATIQUE DE COMMUNICATION DU RAPPORT ÉCLAIRÉE PAR LA RÉFÉRENCE AUX CARACTÈRES SÉRIEUX ET MANIFESTE

482. Comme exposé précédemment, les conseillers à la Cour de cassation ont développé une pratique consistant à communiquer aux parties et à l'avocat général le rapport rédigé en vue du rejet lorsque celui-ci préconise l'application de l'article 1014. Cet usage vise à assurer la transparence judiciaire et à écarter toute suspicion d'arbitraire. Il semble qu'il s'agisse d'un procédé utile dans un contexte de dispense de motivation élargie aux rejets certains, et non cantonnée aux seuls rejets évidents ou faciles à établir. Il s'agirait même d'un procédé obligatoire lorsque le pourvoi fait grief au jugement attaqué d'avoir méconnu la Convention européenne des droits de l'Homme.

Mais constater que la communication du rapport poursuit des objectifs louables n'épuise pas entièrement la réflexion dès lors que cette communication est strictement cantonnée aux hypothèses dans lesquelles la Cour de cassation fait application de l'article 1014. Dans les cas où le rapport ne préconise pas une telle application, les parties et l'avocat général ne se le voient pas communiquer en totalité : Ils ne reçoivent que sa partie objective, qui ne comporte qu'un rappel des faits, de la procédure et des moyens ainsi que l'identification de la question de droit à trancher avec, éventuellement, des textes et de la jurisprudence qui lui sont relatives¹⁶⁵⁴. Les parties ne peuvent alors prendre connaissance ni de l'analyse relative à l'application de ces divers éléments, ni de la solution préconisée. La non-communication de la partie subjective du rapport est donc un principe général auquel la Cour ne déroge qu'exceptionnellement.

Le refus général de la communication démontre alors que la communication en cas de non-motivation ne va pas de soi. Aussi, après avoir tenté de mettre en lumière les justifications de la communication cantonnée aux cas où la Cour décide de rendre une décision non motivée (section I), nous devons aborder la question épineuse de sa licéité (section II).

SECTION I : RATIONALITÉ DE LA COMMUNICATION

483. Après avoir montré qu'aucune disposition législative ou supra-législative n'imposait la communication du rapport aux parties (§1), il nous faudra chercher pourquoi la pratique y recourt néanmoins (§2).

§1. Le caractère non obligatoire de la communication

484. La communication du rapport pourrait être justifiée par la nécessité d'assurer le respect du contradictoire ou le droit d'être entendu par une juridiction impartiale.

485. Le principe du contradictoire n'impose pas la communication du rapport. La Cour européenne des droits de l'Homme considère assez logiquement que le droit

¹⁶⁵⁴ V. VIGNEAU, *op. cit.*, p. 103.

d'être entendu « équitablement » prévu à l'article 6 de la Convention comprend le droit à une procédure contradictoire. Celui-ci « implique en principe le droit pour les parties à un procès de prendre connaissance de toute pièce ou observation soumise au juge, fût-ce par un magistrat indépendant, en vue d'influencer sa décision, et de la discuter »¹⁶⁵⁵.

Prima facie, ce droit intègre le droit à la consultation et à la discussion du rapport. La jurisprudence l'exclut pourtant : si les parties doivent être en mesure de débattre des éléments soumis à l'appréciation des juges, y compris les moyens relevés d'office, cela n'implique pas de discuter leur appréciation elle-même. Ainsi, la Cour de Strasbourg a jugé que la partie du rapport contenant l'avis du conseiller sur le sort du litige ainsi que le projet d'arrêt étaient « légitimement couverts par le secret du délibéré »¹⁶⁵⁶. En outre, il a déjà été jugé qu'en matière de non-admission des pourvois, le caractère certain du rejet ou de l'irrecevabilité excluait normalement que la communication de l'avis de l'avocat général puisse avoir une quelconque incidence sur l'issue de la procédure. Aussi, le défaut de communication de cette pièce ne prive pas le demandeur au pourvoi de son droit d'être entendu équitablement, sauf circonstances exceptionnelles¹⁶⁵⁷.

486. Le droit d'être entendu n'impose pas la communication du rapport. Dans le contexte de l'article 1014, l'absence de motivation est contrebalancée par la communication du rapport, qui assure vis-à-vis des parties la fonction explicative normalement dévolue à la motivation et témoigne ainsi de l'impartialité de la juridiction¹⁶⁵⁸. Elle constitue donc une garantie du droit du défendeur d'être entendu par un tribunal impartial.

Cependant, en dehors des cas où le pourvoi soulève une question relative à la violation de la Convention européenne des droits de l'Homme, la Cour de Strasbourg n'a jamais énoncé que la communication du rapport était obligatoire pour compenser l'absence de motivation. Au contraire, elle énonce que l'obligation de motivation est satisfaite par la seule pratique qui consiste à rejeter un pourvoi au motif qu'il ne repose sur aucun moyen sérieux dès lors que cette condition est bien prévue par la loi et n'intervient que dans le cadre d'une voie de recours¹⁶⁵⁹. Dans ce sens, on peut observer qu'elle a validé la procédure de non-admission à une époque où seule une fiche pré-imprimée de non-admission remplie par le rapporteur était transmise aux parties¹⁶⁶⁰.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel semble tout aussi peu propice à dégager une obligation de transmission du rapport. En effet, comme relevé plus haut, celui-ci a jugé que la motivation est une garantie contre l'arbitraire mais peut être écartée

¹⁶⁵⁵ Notamment : Cour EDH, 20 févr. 1996 (2 arrêts), *Lobo Machado et Vermeulen*, n° 15764/89 et 19075/91, §31 et §33 ; 18 févr. 1997, *Nideröst-Huber*, n° 18990/91, § 24 ; 3 mars 2000, *Krčmář*, n° 35376/97 ; gr. chr., 7 juin 2001, *Kress*, n° 39594/98, §94 ; 15 juin 2004, *Stepinska*, n° 1814/02, §15 ; 13 oct. 2005, *Clinique des acacias*, n° 65399/01, §37

¹⁶⁵⁶ Cour EDH, 31 mars 1998, *Reinhardt et Slimane-Kaïd*, n° 23043/93 et 22921/93, §105. Voir aussi : 2 nov. 2004, *Fabre*, n° 69225/01, §31 ; 8 juill. 2003, *Fontaine et Bertin*, n° 38410/97 et 40373/98 ; déc., 4 juin 2013, *Marc-Antoine*, n° 54984/09, §31.

¹⁶⁵⁷ Cour EDH, 15 juin 2004, *Stepinska*, n° 1814/02, §18 ; 20 déc. 2005, *P. D. c/ France*, n° 54730/00, §29 s. ; 21 sept. 2006, *Salé*, n° 39765/04, §19.

¹⁶⁵⁸ F. TERRIER, *op. cit.*, p. 98 et 99 ; D. LE PRADO, *op. cit.*, p. 222.

¹⁶⁵⁹ Comm. EDH, 2 mars 1994, *Ouendeno*, n° 18441/91 ; 25 févr. 1997, *Rebai*, n° 26561/95 ; Cour EDH, déc., 9 mars 1999, *Immeuble Groupe Kossier*, n° 38748/97.

¹⁶⁶⁰ A. PERDRIAU, « La non-admission des pourvois », *op. cit.*, n° 34.

par le législateur dès lors qu'il assortit la procédure de garantie suffisantes propres à exclure l'arbitraire. Le Conseil a jugé à ce titre que la procédure suivie devant les cours d'assise présente de telles garanties¹⁶⁶¹. Or, la procédure applicable devant la Cour de cassation semble tout aussi protectrice : le droit à la récusation, le statut des conseillers, la collégialité, le caractère contradictoire de la phase d'instruction, le caractère écrit de la procédure, la possibilité de présenter des observations complémentaires et de répondre aux conclusions de l'avocat général et à la lecture orale du rapport lors de l'audience, la communication des conclusions de l'avocat général et l'annexion des moyens à l'arrêt de rejet semblent bien constituer des garanties suffisantes contre l'arbitraire au sens de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

487. La communication du rapport ne ressortissant pas de la garantie des droits fondamentaux institués par la Constitution ou la Convention européenne des droits de l'Homme, il est nécessaire de chercher sa raison d'être ailleurs. Considérée comme une contrepartie au défaut de motivation, il convient de déterminer si les fonctions de la motivation peuvent être assurées par la communication du rapport.

§2. Justification de la communication

488. La communication du rapport aux parties avant le délibéré présente de nombreux avantages dans toute procédure (II), mais ce qui justifie qu'elle soit admise uniquement dans les cas où la Cour rend un arrêt non motivé, c'est parce qu'elle assure certaines fonctions normalement dévolues à la motivation (I).

I/ La communication comme correctif à la non motivation

489. **La communication comme garantie contre l'arbitraire.** La motivation des décisions de justice est une des composantes du droit d'être entendu par un tribunal impartial. Elle témoigne d'abord de ce que les prétentions des parties ont été examinées et jugées au regard de la loi, et non à partir de considérations arbitraires ou subjectives propres aux juges¹⁶⁶². La motivation témoigne également de ce que tous les moyens des parties ont été examinés¹⁶⁶³.

La communication du rapport tend précisément à remplir ces fonctions lorsque la motivation est écartée et c'est pour cela que la Cour de cassation y recourt : elle permet de garantir au requérant que son pourvoi a été examiné avec sérieux¹⁶⁶⁴. Ce faisant, elle participe du maintien de la confiance dans l'institution judiciaire.

490. **Consolidation de la définition du caractère manifeste à partir du critère de certitude.** Tendante à faire connaître les raisons du rejet, la communication s'avère

¹⁶⁶¹ C. const., 1^{er} avr. 2011, *Xavier P. et autres*, n° 2011-113/115 QPC, §11 à 18.

¹⁶⁶² Voir, notamment : T. SAUVEL, « Histoire du jugement motivé », *RD publ.* 1955. 5, spéc. p. 5 à 6 ; A. TOUFFAIT et A. TUNC, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation », *RTD civ.* 1974. 487.

¹⁶⁶³ L. BORÉ, « La motivation des décisions de justice et la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G* 2002, I, 104, n° 8.

¹⁶⁶⁴ D. LE PRADO, *op. cit.*, p. 222. Voir aussi : F. TERRIER, *op. cit.*, p. 98 ; A. LACABARATS, « Le moyen sérieux », *op. cit.* ; H. HAZAN, *op. cit.*

d'autant plus nécessaire lorsque l'on tient compte du fait que la Cour ne réduit pas le caractère manifeste du rejet à l'évidence ou à la facilité mais s'autorise à rejeter sans motivation des pourvois dont le rapporteur démontre qu'ils sont certainement infondés au terme d'une longue démonstration. La démonstration du caractère manifeste du rejet et du caractère non sérieux des moyens pouvant être très complexe, il devient essentiel de porter à la connaissance du demandeur et de son conseil les raisons qui justifient cette appréciation et l'application de l'article 1014.

La communication du rapport ne présenterait en revanche qu'un intérêt réduit si cette procédure ne sanctionnait que les rejets évidents ou suffisamment faciles à établir : l'avocat du demandeur n'aura aucune difficulté à retrouver ce qui permet de justifier le rejet et aura probablement informé son client des faiblesses du pourvoi avant même son introduction.

491. Extension de la communication aux non-admissions partielles. Étonnamment l'étendue de la communication n'est pas aménagée dans le cas où la Cour rend un arrêt motivé tout en écartant certains moyens sans motif précis. Dans cette hypothèse, le principe est que les parties ne se voient transmettre le rapport qu'une fois celui-ci expurgé de toute proposition d'orientation. Le document qui leur est communiqué ne contient que les éléments nécessaires à l'analyse du pourvoi par la Cour.

Il sera toutefois observé que la pratique des conseillers n'est pas si nette, de nombreux rapports étant transmis avec les propositions de non-admission partielle s'y trouvant¹⁶⁶⁵, quand d'autres ont été véritablement réécrits pour le plus contenir aucune conclusion quant au mérite des moyens¹⁶⁶⁶.

La cohérence voudrait pourtant que les parties aient communication de l'analyse de tous les moyens par le rapporteur. En effet, l'obligation de motivation impose de répondre aux différents moyens des parties¹⁶⁶⁷ et la communication du rapport s'impose de la même façon comme une contrepartie à l'absence de motivation en cas de rejet non

¹⁶⁶⁵ Par exemple : M.-F. MARAIS, rapp. Cass., mixte, 16 déc. 2005, n° 03-12.206, *Bull. civ.*, mixte, n° 8 ; F. ASSIÉ, rapp. Cass., ass., 6 oct. 2006, n° 05-13.255, *Bull. civ.*, A. P., n° 9 ; D. LORIFERNE, rapp. Cass., ass., 21 déc. 2007, 06-11.343, *id.* n° 10 ; A.-E. CRÉDEVILLE, rapp. Cass., ass., 10 avr. 2009, n° 08-10.154, *id.* n° 4 ; M. COHEN-BRANCHE, rapp. Cass., ass., 6 nov. 2009, n° 08-17.095, *id.* n° 7 ; F. BARDY, rapp. Cass., ass., 15 avr. 2011, n°s 10-30.242, 10-30.313 et 10-30.316, *id.* n°s 2 à 4 ; H. LE DAUPHIN, rapp. Cass., ass., 6 janv. 2012, n° 10-14.688, *id.* n° 1 ; I. ANDRICH, rapp. Cass., ass., 5 déc. 2014, n°s 13-27.501 et 13-19.674, *id.* n°s 2 et 3 ; F. BESSON, rapp. Cass., mixte, 27 févr. 2015, n° 13-13.709, *Bull. civ.*, mixte, n° 2 ; C. SOULARD, rapp. Cass., ass., 3 juill. 2015, n° 14-21.323, *Bull. civ.*, A. P., n° 4 ; M. GRAFF-DAUDRET, rapp. Cass., mixte, 24 févr. 2017, n° 15-20.411, *Bull. civ.*, mixte, à paraître.

¹⁶⁶⁶ Par exemple : F. ASSIÉ, rapp. Cass., mixte, 21 févr. 2003, n°s 99-13.563 et 99-13.565, *Bull. civ.*, A. P., n° 2 ; J.-L. GILET, rapp. Cass., mixte, 21 oct. 2005, n° 04-11.288, *Bull. civ.*, mixte, n° 6 ; C. NOCQUET, rapp. Cass., ass., 2 déc. 2005, n° 96-81.553, *Bull. crim.*, A. P., n° 3 ; P. BARGUE, rapp. Cass., mixte, 3 févr. 2006, n° 04-30.592, *Bull. civ.*, mixte, n° 2 ; M.-F. MAZARS, rapp. Cass., mixte, 26 mai 2006, n° 03-16.800, *id.* n° 3 ; M.-F. MARAIS, rapp. Cass., mixte, 22 sept. 2006, n° 05-13.517, *id.* n° 7 ; Y. BREILLAT, rapp. Cass., mixte, 6 oct. 2006, n° 04-17.070, *id.* n° 8 ; F. TERRIER, rapp. Cass., ass., 9 mai 2008, n° 06-85.751, *Bull. crim.*, A. P., n° 2 ; N. VALLÉE, rapp. Cass., mixte, 28 sept. 2012, n° 11-11.381, *Bull. civ.*, mixte, n° 2.

¹⁶⁶⁷ Par exemple : Cass., civ. 2^e, 10 juill. 1991, n° 90-14.561, *Bull. civ.*, II, n° 216 ; soc., 4 janv. 2000, n° 98-41.100, *id.*, V, n° 5. La Cour EDH juge qu'en application de l'article 6-1, « si les tribunaux ne sauraient être tenus d'exposer les motifs de rejet de chaque argument d'une partie [...] ils ne sont tout de même pas dispensés d'examiner dûment et de répondre aux *principaux* moyens que soulève celle-ci. » (Cour EDH, 7 mars 2006, *Donadze c/ Géorgie*, n° 74644/01, §35).

motivé de tout le pourvoi ou d'une partie des moyens uniquement. Cela pourrait même s'avérer nécessaire au regard de l'arrêt *Magnin* de la Cour européenne des droits de l'Homme étudié ci-dessus lorsque les moyens écartés sans motivation sont relatifs à l'application de la Convention et que l'avocat général n'y a pas répondu de façon satisfaisante¹⁶⁶⁸. Le justiciable doit en effet être mis en mesure de comprendre pourquoi les droits que lui reconnaît cet instrument n'ont pas été méconnus, afin d'éviter les recours inutiles devant la Cour de Strasbourg.

492. La communication systématique des rapports préconisant le rejet du pourvoi par un arrêt non motivé permet de corriger certaines des difficultés tirées de l'absence de motivation et d'assurer au demandeur une protection maximale de son droit au procès équitable. Mais la communication du rapport aux parties en amont du délibéré présente aussi d'autres avantages, indépendants des fonctions de la motivation.

II/ La communication justifiée indépendamment de la non motivation

493. Limiter les erreurs des conseillers. La pratique de la communication présente l'avantage d'ouvrir le délibéré aux parties¹⁶⁶⁹. Ayant accès au rapport, les avocats du demandeur pourront y déceler les erreurs et attirer l'attention des hauts conseillers dessus¹⁶⁷⁰. Ainsi, il n'est pas exceptionnel que, dans des affaires où le rapporteur avait initialement proposé la non-admission, des observations émises par l'avocat du demandeur en réponse au rapport conduisent à la cassation ou à un rejet motivé¹⁶⁷¹, parfois par arrêt publié¹⁶⁷² ou même prononcé en Assemblée plénière¹⁶⁷³. Cette hypothèse se réalise toutefois assez rarement, en raison de la rigueur et du sérieux des conseillers dans l'examen des pourvois¹⁶⁷⁴.

L'observation des décisions de non-admission montre que les erreurs peuvent être de natures très diverses : elles peuvent être purement matérielles, ainsi une méprise sur le régime matrimonial dans un litige concernant les conséquences d'un divorce, ou porter sur un point de droit, ainsi l'omission d'un arrêt récemment rendu par une autre chambre de la Cour de cassation.

494. Rattraper les maladroites des avocats aux Conseils. S'il est fréquemment relevé que la communication du rapport constitue une garantie contre les erreurs des magistrats, un autre effet bénéfique pour le demandeur mérite d'être souligné. Cela permet

¹⁶⁶⁸ Cf. n° 477.

¹⁶⁶⁹ H. HAZAN, « Le moyen sérieux », *op. cit.* ; F. TERRIER, *op. cit.*, p. 97.

¹⁶⁷⁰ A. LACABARATS, « Le moyen sérieux », *op. cit.* ; V. VIGNEAU, *op. cit.*, p. 104 ; B. ODENT et J.-C. BALAT, « La communication dans le procès », *Justice et cassation* 2006. 96, spéc. 98.

¹⁶⁷¹ Une étude réalisée met en lumière l'importance des contestations dans la réorientation des dossiers : « Quelle que soit la chambre, on constate que l'intervention des avocats a pour effet d'accroître notablement la fréquence des réorientations. Ainsi au cours de la période 2004-2012, toutes chambres confondues, 17,7% des dossiers ont été réorientés en présence d'observations des avocats, contre moins de 7% en leur absence » (J.-M. SOMMER et B. MUNOZ PEREZ, *op. cit.*, p. 58).

¹⁶⁷² D. GARREAU, *op. cit.*, note 6.

¹⁶⁷³ V. VIGNEAU, *op. cit.*, p. 108.

¹⁶⁷⁴ Toutes chambres confondues, le taux de réorientation s'élève à 8 % pour la période 2004-2012 (J.-M. SOMMER et B. MUNOZ PEREZ, *op. cit.*, p. 58), et à 9 % Pour la période 2001-2002 (A. PERDRIAU, « La non-admission des pourvois », *op. cit.*, n° 66).

à son avocat aux Conseils de corriger les éventuelles erreurs qu'il a pu faire dans le mémoire ampliatif. Il peut ainsi compléter ses explications de références juridiques qui faisaient défaut¹⁶⁷⁵, corriger ses erreurs quant à l'exposé des faits et du droit applicable ou encore expliciter les passages du mémoire qui souffriraient d'une maladresse rédactionnelle.

Cette faculté de rectification trouve toutefois ses limites dans l'obligation de soulever tous les moyens de droit dans le mémoire ampliatif¹⁶⁷⁶ : tout moyen soulevé ultérieurement est irrecevable¹⁶⁷⁷. Les observations formulées suite à la lecture du rapport doivent donc laisser intacts les moyens contenus dans le mémoire ampliatif. Si le sens de ceux-ci peut être précisé lorsque leur rédaction est obscure, l'avocat du demandeur ne saurait, sous couvert d'éclaircissements, y ajouter une branche nouvelle¹⁶⁷⁸ ou en modifier la rédaction afin de lui donner un sens qu'il ne pouvait initialement avoir¹⁶⁷⁹.

495. Une justice à visage humain. La rédaction des rapports est soumise à des exigences moins strictes que la rédaction des arrêts. N'émanant que d'un seul magistrat et n'étant pas destinés à être diffusés, les rapports peuvent contenir des appréciations d'ordre personnel. Ils peuvent être le lieu où les magistrats expriment une opinion sur l'opportunité et l'équité des règles qu'ils appliquent.

De telles mentions sont difficilement admissibles dans les arrêts, sauf à admettre que la Cour de cassation évalue le travail du législateur et émette des remontrances publiques à son encontre, ce qui saperait l'autorité morale des règles de droit appliquées. En revanche, lorsqu'elles sont simplement insérées au rapport, les opinions de ce type contribuent au rapprochement de l'institution judiciaire et n'engendrent pas de difficulté particulière. Sans aller jusqu'à déterminer la réponse au pourvoi, elles témoignent de la considération du rapporteur pour la situation des parties. Elles mettent ainsi en lumière son impartialité et son attachement aux devoirs inhérents à sa fonction, et notamment à la primauté de la loi¹⁶⁸⁰. De par sa souplesse rédactionnelle, le rapport peut ainsi contribuer à lutter contre l'image encore trop présente d'une justice éloignée des réalités socioéconomiques et indifférente quant à la détresse des plaideurs. La pratique de la transmission du rapport permet de renouer avec la figure du bon juge Magnaud, érigé en modèle de compassion¹⁶⁸¹. Nous avons ainsi pu prendre connaissance d'un rapport qui clôturait la démonstration de la nécessité du rejet par la formule *dura lex sed lex*, indiquant par cela au demandeur débouté que le rapporteur a été sensible à ses revendications. Bien que sa demande soit rejetée, il peut trouver une forme satisfaction résiduelle dans le fait qu'elle n'ait pas été totalement déconsidérée mais, au contraire, se soit vue reconnaître un certain crédit. Le rejet est, bien sûr, toujours abrupt, mais il l'est tout de même un peu moins dans ces conditions.

¹⁶⁷⁵ B. ODENT et J.-C. BALAT, « La communication dans le procès », *Justice et cassation* 2006. 96, spéc. p. 98.

¹⁶⁷⁶ Art. 978 CPC.

¹⁶⁷⁷ Cass., civ. 1^{ère}, 1^{er} oct. 1985, n° 84-10.130, *Bull. civ.*, I, n° 242 ; 21 oct. 2003, n° 01-01.614, *id.* n° 202 ; 12 juill. 2006, n° 04-20.071, *id.* n° 394.

¹⁶⁷⁸ Cass., com., 16 mai 1962, *id.*, III, n° 262.

¹⁶⁷⁹ Cass., com., 23 avr. 1966, *id.* n° 193.

¹⁶⁸⁰ CSM, *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, 2010, n° D.1 à D.5.

¹⁶⁸¹ M.-A. FRISON-ROCHE, « Le modèle du bon juge Magnaud », in *De code en code, Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 335.

496. Accélération de la réponse aux parties. Avec le rapport, le défendeur bénéficiera de l'avis motivé émanant d'un membre de la Cour de cassation de nature à le rassurer sur le sort du pourvoi. Bien qu'il puisse finalement ne pas donner lieu à un arrêt de rejet et ne suffise donc pas à dissiper toutes les craintes, les probabilités dans ce sens sont faibles. La transmission du rapport constitue donc un soutien qui peut être source de soulagement pour les défendeurs les plus anxieux.

La lecture du rapport fournit alors un éclairage sur lequel le défendeur peut s'appuyer pour apprécier le risque qu'il encourt en recherchant l'exécution de l'arrêt attaqué¹⁶⁸². Dans le cas où il ne serait pas représenté par un avocat, il peut même souvent s'agir du premier et du seul éclairage dont dispose le défendeur quant aux chances de succès du pourvoi. En effet, en matière civile, le ministère public ne dépose pas toujours d'avis écrit¹⁶⁸³, il semble même que ce soit exceptionnel lorsque le rapporteur conclut à l'application de l'article 1014¹⁶⁸⁴.

497. Il résulte de ces développements que la communication du rapport constitue une pratique rationnelle. Il est donc regrettable que sa suppression soit actuellement envisagée, le rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation proposant de permettre au président de chambre ou à son délégué de prononcer la non-admission d'un pourvoi sans rapport écrit¹⁶⁸⁵.

La pratique actuelle de transmission soulève toutefois une difficulté car si nous avons relevé qu'elle n'est pas obligatoire, il se pourrait qu'elle soit en réalité interdite. Son maintien, souhaitable et même nécessaire, implique de lever plusieurs obstacles juridiques importants. Il nous faut donc passer à l'examen de la licéité de la communication.

SECTION II : LICÉITÉ DE LA COMMUNICATION

498. Après avoir mis en lumière que la communication du rapport aux parties heurte directement la Constitution et la Convention européenne des droits de l'Homme (§1), nous chercherons à identifier les voies qui permettent de « sauver » la procédure de non-admission car les magistrats s'accordent pour la trouver utile (§2).

§1. L'illicéité de la communication

499. Là encore la nature réglementaire de l'article 1014 peut constituer une cause d'invalidité du texte qui priverait la pratique de la non-admission de tout fondement (I). Mais la communication du rapport pose surtout problème en ce qu'elle semble contraire à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme relative à l'article 6 de la

¹⁶⁸² Cass., civ. 3^e, 15 nov. 1972, n° 71-13.619, *Bull. civ.*, III, n° 615 ; 2 juill. 1974, n° 73-20.046, *id.* n° 281 ; civ. 1^{ère}, 6 juin 1990, n° 87-19.661, *id.*, I, n° 140.

¹⁶⁸³ D. BOCCON-GIBOD, « Ce qui pourrait changer à la Cour de cassation », *D.* 2014. 1107 ; D. NOËLLE COMMARET, « Cassation. Procédure. Communication des travaux du rapporteur à l'avocat général. Rôle et statut de ce magistrat », *RSC* 2003. 361

¹⁶⁸⁴ H. HAZAN, « Le moyen sérieux », *op. cit.* Rapp. : J.-C. MARIN, « Méconnu, le parquet général à la Cour de cassation ? », *Revue Lamy droit civil* sept. 2012, entretien.

¹⁶⁸⁵ *Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, avr. 2017, p. 96 à 98.

Convention européenne des droits de l'Homme et au droit d'être entendu par un tribunal *impartial* (II).

I/ Violation du secret des délibérés et de l'article 34 de la Constitution

500. La transmission du rapport constitue d'abord une atteinte au secret des délibérés¹⁶⁸⁶. Consacré expressément par l'article 208 de la Constitution du 5 fructidor an III, ce secret fait toujours l'objet d'une protection importante : principe général du droit¹⁶⁸⁷, il est exigé par l'article 448 du code de procédure civile. Outre la nullité du jugement¹⁶⁸⁸, sa violation peut entraîner une condamnation pénale¹⁶⁸⁹ et des poursuites disciplinaires¹⁶⁹⁰.

501. Raisons du secret. Selon sa conception française traditionnelle, le secret des délibérés constitue un instrument indispensable à l'indépendance des juges, qui garantit leur liberté et en les mettant à l'abri de pressions éventuelles¹⁶⁹¹. Le Conseil constitutionnel a ainsi jugé que les dispositions relatives au mandat des juges consulaires, parmi lesquelles figure l'obligation de jurer « de garder religieusement le secret des délibérations », permettent de garantir leur indépendance et leur impartialité et satisfont ainsi aux exigences de la séparation des pouvoirs consacrée à l'article 16 de la déclaration des droits de 1789¹⁶⁹².

S'il n'a jamais été amené à se prononcer directement et précisément sur la constitutionnalité du secret des délibérations des juridictions, le Conseil a toutefois déjà censuré une loi imposant la publication des délibérations du Conseil supérieur de l'audiovisuel relatives à la nomination du Président de France Télévision¹⁶⁹³. À cette fin, il se fonde sur le motif qu'une telle publication compromet la liberté de parole des membres du CSA : entravant leur choix, la loi met en péril l'indépendance du secteur public de l'audiovisuel et porte ainsi atteinte à la liberté de communication et à l'article 11 de la déclaration susvisée. Cette décision laisse entrevoir le fait que le secret des débats peut contribuer à leur qualité et à celle de la jurisprudence. Les juges les moins assurés

¹⁶⁸⁶ F. TERRIER, *op. cit.*, p. 97 ; D. TRICOT, « Le fabuleux destin d'une décision de non-admission... », *op. cit.*, p. 466 et 467 ; B. ODENT et J.-C. BALAT, « La communication dans le procès », *Justice et cassation* 2006. 96, spéc. 99 ; R. KESSOUS, « Les acteurs de la non-admission, quelle éthique ? », in S. AMRANI-MEKKI et L. CADIET (dir.), *op. cit.*, p. 117, spéc. 118 ; S. AMRANI-MEKKI, « La sélection des pourvois à la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 58.

¹⁶⁸⁷ CE, 17 nov. 1922, *Légillon*, *Lebon* 849 ; 6^e et 3^e srr., 12 juill. 1969, n° 75300, publié au recueil *Lebon* ; 1^{ère} et 4^e srr., 30 déc. 1996, n° 177285, *Lebon* T. 892. Rapp. : Cass., civ. 1^{ère}, 16 févr. 1994, n° 92-12.814.

¹⁶⁸⁸ Cass., soc., 15 janv. 1964, *Bull. civ.*, IV, n° 49.

¹⁶⁸⁹ Art. 226-13 c. pénal.

¹⁶⁹⁰ Le magistrat jure en effet « de garder religieusement le secret des délibérations » (art. 6 ord. n° 58-1270 du 22 déc. 1958).

¹⁶⁹¹ CE, 17 nov. 1922, *Légillon*, *Lebon* 849 ; N. FRICERO, « Jugements. – Formation et prononcé », *JurisClasseur procédure civile*, fasc. 504, n° 52 ; J.-F. BURGELIN, « Les petits et grands secrets du délibéré », *D.* 2001. 2755 ; « Le juge et son secret », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Secrets professionnels*, Autrement, 1999, p. 190, spéc. 191 et 192 ; G. CANIVET, « Comprendre le délibéré ? ou "Le Mystère de la chambre du Conseil" », in *Mélanges S. Guinchard*, Dalloz, p. 216 ; J.-P. DUMAS, « Secret de juges », in *Mélanges Catala*, Litec, 2000, p. 191 et 192 ; A. BRETON, « L'arrêt de la Cour de cassation », *Annales de l'université des sciences sociales de Toulouse* 1975, tome XXIII, fasc. 1 et 2, p. 7, spéc. p. 29.

¹⁶⁹² C. const., 4 mai 2012, n° 2012-241 QPC, §22 à 27.

¹⁶⁹³ C. const., 27 juill. 2000, n° 2000-433 DC, §14.

s'exprimeront d'autant plus librement qu'ils ne risqueront pas de voir leurs éventuelles erreurs exposées aux yeux de tous¹⁶⁹⁴.

Le secret des délibérations participe aussi de la sécurité juridique en assurant l'autorité morale des jugements¹⁶⁹⁵. C'est qu'il est attendu une certaine cohérence des juges en vertu de laquelle l'opinion émise par eux les oblige pour l'avenir ; il n'est pas question de se déjuger constamment sans raison valable. Les juges ayant exprimé publiquement une réserve à l'égard de la décision rendue pourraient se la voir rappeler et se retrouver contraints à une dissidence perpétuelle¹⁶⁹⁶. À l'inverse, la décision rendue dans le secret de l'opinion de chacun inspirera une confiance légitime dont tout citoyen pourra exiger qu'il soit tenu compte, y compris par les juges contre l'avis desquels elle aurait été rendue. Le secret du délibéré évite ainsi que les justiciables ne soient amenés à spéculer sur la composition des juridictions¹⁶⁹⁷.

502. L'étendue du secret : son application au rapport en vue du rejet non motivé.

On peut toutefois se demander si la communication du rapport emporte violation du secret des délibérations dès lors qu'elle n'indique pas directement le sens du vote du rapporteur. Celui-ci pourrait bien avoir voté contre la solution préconisée dans son rapport, notamment si les débats l'ont conduit à abandonner son avis initial. Il peut encore avoir maintenu sa position mais en considération d'arguments nouveaux révélés durant le délibéré¹⁶⁹⁸.

La doctrine penche pourtant majoritairement pour la thèse selon laquelle le secret du délibéré s'étend au rapport¹⁶⁹⁹. Il s'agit aussi de la position du Conseil constitutionnel, qui a déjà jugé que « le rapport présenté devant la section d'instruction du Conseil constitutionnel est couvert par le secret qui s'attache aux délibérations du Conseil constitutionnel ; qu'il ne peut être regardé comme une pièce détachable de ces délibérations ; qu'il ne peut par suite en être donné communication »¹⁷⁰⁰. Cette analyse semble généralement partagée par le Conseil d'État et la Cour de cassation elle-même. En

¹⁶⁹⁴ J.-P. DUMAS, « Secret de juges », *op. cit.*, p. 191.

¹⁶⁹⁵ CE, 17 nov. 1922, *Légillon, Lebon* 849 ; N. FRICERO, « Jugements. – Formation et prononcé », *JurisClasseur procédure civile*, fasc. 504, précité, n° 52 ; J.-F. BURGELIN, « Les petits et grands secrets du délibéré », *D.* 2001. 275, précité. Voir aussi, *mutatis mutandis*, les critiques émises à l'encontre de la publication d'éventuelles opinions dissidentes, qui engendrerait un risque important pour la sécurité juridique : H. CROZE, « Pour une motivation pas trop explicite des décisions de la Cour de cassation », in *Mélanges Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 181, spéc. n° 27, p. 194 ; A. BRETON, « L'arrêt de la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 29 ; P. WAQUET, « L'officieux et le « non-dit » », intervention à la Cour de cassation le 31 mars 2005, disponible sur le site de la Cour ; F. LUCHAIRE et G. VEDEL, « Contre la transposition des opinions dissidentes en France, Le point de vue de deux anciens membres du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel* juill. 2000, p. 111 ; J.-L. AUBERT, « De quelques risques d'une image troublée de la jurisprudence de la Cour de cassation », in *Mélanges Pierre Drat*, Dalloz, 2000, p. 7, spéc. p. 13.

¹⁶⁹⁶ A. BRETON, « L'arrêt de la Cour de cassation », *Annales de l'université des sciences sociales de Toulouse* 1975, tome XXIII, fasc. 1 et 2, p. 7, précité, spéc. p. 29.

¹⁶⁹⁷ P. WAQUET, « L'officieux et le « non-dit » », intervention à la Cour de cassation le 31 mars 2005, disponible sur le site de la Cour, précité.

¹⁶⁹⁸ F. DESCORPS-DECLÈRE, « Les motivations exogènes des décisions de la Cour de cassation », *D.* 2007. 2822.

¹⁶⁹⁹ G. CANIVET, « Comprendre le délibéré ? ou "Le Mystère de la chambre du Conseil" », in *Mélanges S. Guinchard*, Dalloz, précité, p. 218 et 219 ; J.-P. DUMAS, « Secret de juges », in *Mélanges Catala*, Litec, 2000, précité, p. 184.

¹⁷⁰⁰ C. const., 10 nov. 1998, n° 97-2113/2119/2146/2154/2234/2235/2242/2243A AN, §3.

effet, hors recours à l'article 1014, le rapport n'est transmis aux parties et à l'avocat général qu'après avoir été expurgé des passages dans lesquels le rapporteur fait état de la réponse qu'il préconise¹⁷⁰¹. Il en allait initialement ainsi même en matière de non-admission¹⁷⁰².

Si la pratique inverse se développe progressivement, avec la publication systématique de certains rapports dans leur intégralité, cela n'est pas sans susciter des critiques de la part de membres éminents de la Cour, tel le président de sa chambre commerciale¹⁷⁰³.

Cette conception large du secret des délibérations n'est pourtant pas la seule envisageable. Il est possible de lui préférer une lecture stricte de l'article 448 du code de procédure civile, selon laquelle seuls les propos portant sur le litige échangés entre les juges après la phase des débats et avant le prononcé du jugement sont couverts par le secret¹⁷⁰⁴. Rien ne s'opposerait alors à la diffusion du rapport, qui est établi en amont et qui, en application des articles 1013 et 1017 du code de procédure civile, est lu au cours de l'audience. Si la pratique cantonne cette lecture aux passages résumant les données du litige, les prétentions et moyens des parties, il s'agit d'une lecture restrictive que l'on peut refuser. Certes, ces dispositions doivent être lues en tenant compte de l'article 448, cependant, cela n'implique de limiter la portée de l'obligation de lecture que si l'on adopte une lecture extensive de l'article 448 et que l'on accepte le présupposé selon lequel le secret s'étend aux passages du rapport qui indiquent la solution préconisée par le rapporteur ; ce que rien n'impose absolument. En conséquence, il serait seulement interdit de faire état de ce que les arguments contenus dans le rapport auraient été repris au cours du délibéré et d'indiquer que le rapporteur ne s'est pas écarté de ses préconisations, ainsi qu'en décide régulièrement la Cour de cassation qui sanctionne les mentions indiquant le sens du vote de l'un ou de plusieurs membres de la juridiction¹⁷⁰⁵. Cette interdiction serait suffisante pour assurer la liberté du rapporteur, dont le sens du vote final reste inconnu.

Bien qu'ayant de solides assises, l'acceptation restrictive du secret doit être rejetée au profit d'une acceptation extensive, qu'une lecture téléologique impose de faire prévaloir. Le secret des délibérés vise à assurer la liberté des juges dans leur décision. Comme le

¹⁷⁰¹ Pour la pratique de la Cour de cassation : Cour EDH, 31 mars 1998, *Reinhardt et Slimane-Kaïd*, nos 21/1997/805/1008 et 22/1997/806/1009, §102 et 105 ; 2 nov. 2004, *Fabre*, n° 69225/01, §30.

Pour la pratique du Conseil d'État : Cour EDH, déc., 21 mars 2006 *Flament c. France*, n° 28584/03, §2 ; déc., 4 juin 2013, *Marc-Antoine c. France*, n° 54984/09, §28.

¹⁷⁰² A. PERDRIAU, « La non-admission des pourvois », *op. cit.*, n° 47.

¹⁷⁰³ J.-P. DUMAS, « Secret de juges », in *Mélanges Catala*, Litec, 2000, précité, p. 184

¹⁷⁰⁴ « La communication préalable généralisée a le mérite de la transparence et impose une qualité sans faille des travaux préparatoires. Elle ne viole nullement le secret du délibéré, si l'on veut bien admettre que celui-ci ne débute réellement qu'au jour de l'audience, lorsque chacun des conseillers de la Chambre se prononce à son tour, après avoir pris connaissance de l'ensemble des arguments échangés, par écrit ou oralement » (D. NOËLLE COMMARET, « Cassation. Procédure. Communication des travaux du rapporteur à l'avocat général. Rôle et statut de ce magistrat », *RSC* 2003. 361). Voir aussi : J.-F. BURGELIN, « Le juge et son secret », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Secrets professionnels*, Autrement, 1999, précité, p. 191.

¹⁷⁰⁵ Cass., soc., 15 janv. 1964, *Bull. civ.*, IV, n° 49 ; 9 oct. 1997, n° 96-44.847, *id.*, V, n° 305.

Prohibant la mention selon laquelle la décision a été prise à l'unanimité : 7 juin 1979, n° 77-40.677, *id.* n° 493. *Contra* : ass., 20 déc. 1996, n° 95-10.209, *id.*, A. P., n° 11. Critiqué pour ce qu'il priverait les conseillers d'une protection essentielle (L. DUBOUIS, note sous cet arrêt, *RDSS* 1997. 267), cet arrêt ne s'éloigne pas véritablement de la jurisprudence classique et ne peut être lu comme jugeant la mention de l'unanimité conforme à l'article 448 dès lors que le moyen tiré de la violation de ce texte n'était pas soulevé (J.-P. DUMAS, « Secret de juges », in *Mélanges Catala*, Litec, 2000, précité, p. 183).

souligne le Conseil constitutionnel, cette liberté s'entend comme la possibilité de faire un choix *éclairé*. Elle implique donc non seulement d'être à l'abri des pressions mais également de présenter et de discuter des arguments sans crainte de représailles. Or, le rapport constitue le point de départ de la discussion entre les membres de la formation de jugement ; il oriente et dirige la réflexion collective. Il est donc essentiel que le rapporteur puisse s'y exprimer librement, sans redouter de réactions négatives qui pourraient résulter de la diffusion de son travail¹⁷⁰⁶. Ici, protection des juges et qualité de la jurisprudence ne font qu'un.

Il faut aussi relever que la distinction entre ce qui est écrit dans le rapport et ce qui est discuté durant le délibéré est parfaitement artificielle. Pour cause, le rapport indique la position initiale que le rapporteur défendra durant le délibéré. En outre, le rapport constitue le premier acte du débat entre juges, qui débute ainsi avant l'audience : le rapporteur communique son avis et son analyse aux autres conseillers, qui sont mis à même de l'examiner, de préparer une réponse et de s'y rallier. Il s'agit d'un document de travail interne à la juridiction qui constitue bien une des formes de la discussion entre juges quant au sort du litige¹⁷⁰⁷. Il entre donc bien dans le champ des « délibérations des juges », qu'il n'y a pas lieu d'enfermer dans un cadre chronologique quelconque.

503. Une atteinte dépourvue de tout fondement juridique en matière civile. La communication du rapport aux parties constitue donc une entorse au secret des délibérés. L'article 1014 constituant le fondement textuel de cette pratique, il faut se demander s'il est possible de regarder cette disposition comme dérogeant implicitement à la règle consacrée par l'article 448.

Cela ne serait pas exceptionnel tant il est vrai que le secret des délibérés subi déjà de nombreuses atteintes¹⁷⁰⁸ et relève parfois de l'incantation¹⁷⁰⁹. Les arguments à son encontre ne manquent pas et les appels à le lever sont nombreux¹⁷¹⁰. Sa levée permettrait de percevoir plus précisément la portée des arrêts¹⁷¹¹, d'éviter de donner une portée trop importante à un jugement disputé et même d'anticiper les revirements de jurisprudence¹⁷¹². Elle permettrait aussi de responsabiliser les juges et, ce faisant, garantirait non seulement

¹⁷⁰⁶ G. CANIVET, « Comprendre le délibéré ? ou « Le Mystère de la chambre du Conseil » », in *Mélanges S. Guinchard*, Dalloz, précité, p. 218 et 219 ; J.-F. BURGELIN, « Les petits et grands secrets du délibéré », *D.* 2001. 275.

¹⁷⁰⁷ Rappr. : opinion dissidente du juge Martens dans Cour EDH, 30 oct. 1991, *Borgers*, n° 12005/86, §2.5.

¹⁷⁰⁸ Ainsi le secret perd toute effectivité lorsque les juridictions statuent à juge unique. Par ailleurs, l'article 1473 CPC autorise un arbitre à ne pas signer la sentence et, ce faisant, à marquer son désaccord avec celle-ci. Dans le sens d'une atteinte au secret, il faut relever la pratique exposée ci-dessus qui consiste à publier intégralement les rapports des conseillers à la Cour de cassation dans de nombreuses affaires.

¹⁷⁰⁹ J. BOURDOISEAU, « Le secret de la délibération », *Procédures* 2011, dossier 6, n° 5.

¹⁷¹⁰ *Id.* ; J.-F. BURGELIN, « Les petits et grands secrets du délibéré », *D.* 2001. 2755, précité ; « Le juge et son secret », « Le juge et son secret », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Secrets professionnels*, Autrement, 1999, précité p. 194 s. Voir également les appels à autoriser la publication d'opinions dissidentes : D. ROUSSEAU, « Une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes », *Cahiers du Conseil constitutionnel* juill. 2000, p. 113 ; C. MOULY, « Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles », *LPA* 18 mars 1994, n° 18 ; J.-P. ANCEL, « les opinions dissidentes », intervention à la Cour de cassation le 18 oct. 2005, disponible sur le site de la Cour.

¹⁷¹¹ *Ibid.* ; J. BOURDOISEAU, « Le secret de la délibération », *Procédures* 2011, dossier 6, n° 22.

¹⁷¹² *Id.*, n° 21.

leur impartialité et leur indépendance mais également leur investissement dans le processus juridictionnel et donc la qualité de la jurisprudence¹⁷¹³.

En présence d'arrêts non motivés, le secret participe aussi de la suspicion à l'encontre de la Cour. La transparence permet de témoigner du sérieux du travail des conseillers et de leur impartialité dans l'analyse du litige ; elle démontre que le droit du demandeur d'être entendu a été respecté.

Cependant, en raison de la nature réglementaire de l'article 1014, on ne saurait considérer qu'il autorise implicitement à déroger au secret des délibérés. Le président Jean-Pierre Dumas écrit dans ce sens : « si le secret devait être levé, ce ne pourrait être qu'ouvertement, au terme d'un large débat de société, par le Parlement, et non par le biais de pratiques ou d'accommodements inconvenants en l'état de la législation et de son niveau élevé dans la hiérarchie des normes »¹⁷¹⁴. Il peut être rappelé à cet égard que le secret des délibérés constitue un principe général du droit¹⁷¹⁵ et que seules des dispositions législatives peuvent déroger à ces principes¹⁷¹⁶. De même, l'article 34 de la Constitution réserve au législateur le soin de délimiter les droits de la défense¹⁷¹⁷. Or, le secret des délibérés participant à l'indépendance de la juridiction et à la qualité de la décision rendue, il constitue bien un élément inhérent aux droits de la défense. Enfin et surtout, l'article 64 de la Constitution réserve au législateur organique le pouvoir de définir le statut des magistrats, dont relève le secret des délibérations¹⁷¹⁸.

C'est en vain que l'on se tournerait vers l'article L431-1 du code de l'organisation judiciaire pour trouver dans l'atteinte au secret un fondement législatif implicite. En effet, contrairement à ce qui a pu être soutenu, ce texte n'impose pas que les décisions de la formation restreinte soient rendues à l'unanimité et ne prive donc pas le secret des délibérations de cette formation de son objet. En matière pénale, l'atteinte au secret a, en revanche, un fondement législatif puisque la non-admission est prévue par l'article 567-1-1 du code de procédure pénale, qui dispose que « le renvoi [à la formation ordinaire] est de droit si l'un des magistrats composant la formation restreinte le demande ». Il en résulte que les décisions de la formation restreinte sont nécessairement rendues avec l'aval

¹⁷¹³ Dans ce sens, il a été relevé que la publication d'opinions dissidentes contribuait à renforcer la motivation des décisions de justice, témoignait de la liberté de pensée des juges et participait ainsi au renforcement de la force morale des décisions : *id.* n° 19 et 20 ; A. TUNC, « La Cour suprême idéale », *RID comp.* 1978. 433, spéc. p. 456 et 457 ; J.-P. ANCEL, « les opinions dissidentes », intervention à la Cour de cassation le 18 oct. 2005, disponible sur le site de la Cour, précité ; D. ROUSSEAU, « Une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes », *Cahiers du Conseil constitutionnel* juill. 2000, p. 113, précité. Voir aussi, *mutatis mutandis*, les explications ci-dessus relatives à l'avantage du recours au juge unique plutôt qu'à la collégialité (cf. n° 423).

¹⁷¹⁴ J.-P. DUMAS, « Secret de juges », in *Mélanges Catala*, Litec, 2000, précité, p. 192. Voir aussi G. CANIVET, « Comprendre le délibéré ? ou "Le Mystère de la chambre du Conseil" », in *Mélanges S. Guinchard*, Dalloz, précité, p. 217.

¹⁷¹⁵ CE, 17 nov. 1922, *Légillon, Lebon* 849 ; 6^e et 3^e srr., 12 juill. 1969, n° 75300, publié au recueil *Lebon* ; 1^{ère} et 4^e srr., 30 déc. 1996, n° 177285, *Lebon* T. 892. Rapp. : Cass., civ. 1^{ère}, 16 févr. 1994, n° 92-12.814.

¹⁷¹⁶ C. const., 26 juin 1969, n° 69-55 L, §5 ; 24 oct. 1969, n° 69-57 L, §5 (implicite) ; 30 juill. 1982, n° 82-143 DC, §13 ; CE, 5 déc. 1924, *Légillon, Lebon* 985 ; 23 déc. 1959, *Glikzman, D.* 1961. 256 ; sect., 10 mai 1974, n° 88032 et 88148 et ass., 10 mai 1974, n° 85132 et 85149, *Lebon* 276 ; ass., 4 oct. 1974, n° 88930, *Lebon* 464.

¹⁷¹⁷ C. const., 21 déc. 1972, n° 72-75, §1.

¹⁷¹⁸ En témoigne l'article 6 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 déc. 1958, intégrant au serment des magistrats le fait de « garder religieusement le secret des délibérations ».

de ses trois membres et qu'ainsi le secret des délibérés y est déjà dépourvu d'objet. La communication du rapport dans la procédure de non-admission devant la chambre criminelle ne soulève donc pas de question particulière en ce qui concerne une éventuelle atteinte au secret des délibérés.

II/ Une atteinte à l'exigence d'impartialité

504. L'impartialité et l'interdiction des préjugements. En procédant à la communication du rapport, la Cour de cassation s'affranchit des exigences auxquelles elle soumet pourtant les juges du fond au titre de l'impartialité. De fait, sa jurisprudence s'oppose absolument à la participation du juge rapporteur à la formation de jugement de la juridiction à laquelle il appartient lorsqu'il a indiqué dans un document transmis aux parties le sens dans lequel il y avait lieu de statuer¹⁷¹⁹. Cette solution s'explique par le fait qu'en révélant son avis avant le délibéré, le juge s'enfermerait dans une posture qu'il pourrait lui être difficile de quitter tant « il est humain de ne vouloir ni se déjuger ni se contredire »¹⁷²⁰.

La règle est sévère mais a le mérite de coller aux textes. Les articles 785 et 870 du code de procédure civile, applicables devant le tribunal de grande instance et le tribunal de commerce, disposent ainsi : « Le rapport expose l'objet de la demande et les moyens des parties, il précise les questions de fait et de droit soulevées par le litige et fait mention des éléments propres à éclairer le débat, *sans faire connaître l'avis du magistrat qui en est l'auteur* ». De même, l'article L1457-1 4° prévoit qu'un conseiller prud'homme « peut être récusé [...] s'il a donné un avis écrit dans l'affaire ».

Si aucune disposition équivalente n'existe concernant le rapport à la Cour de cassation, l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme fournit un support suffisant pour considérer que la communication de ce document entache la procédure d'irrégularité. Ce texte a d'ailleurs été visé par la Cour de cassation elle-même dans un arrêt qui retenait la nullité du jugement rendu alors que les rapporteurs ayant participé au délibéré avaient énoncé « dans leur rapport » que « la demande [...] n'est pas légitimement fondée »¹⁷²¹. De façon générale, la Cour européenne des droits de l'Homme interdit qu'un juge appartienne à la formation de jugement d'une juridiction s'il a déjà émis un avis sur l'issue de l'action introduite devant cette juridiction¹⁷²². Il en va ainsi, notamment, lorsque, dans le cadre d'une autre instance, il a déjà été appelé à statuer sur les mêmes questions que celles dont il est actuellement saisi, ou sur des questions qui ne présentent qu'un écart infime avec elles¹⁷²³. De même, il est constamment jugé que l'avocat

¹⁷¹⁹ Cass., soc., 3 mars 2009, n° 07-15.581, *Bull. civ.*, V, n° 54 ; Bastia, 11 févr. 2003, n° 2003/00028 ; Paris, 29 nov. 1978, *Gaz. Pal.* 1979. 190.

¹⁷²⁰ J. MASSIP, note sous Paris, 29 nov. 1978, *Gaz. Pal.* 1979. 190. Voir, dans ce sens, les motifs de l'arrêt de la cour d'appel de Bastia cité à la note précédente : « [le droit à un tribunal impartial] n'interdit évidemment pas au magistrat d'avoir des opinions avant l'issue du procès, mais il lui impose d'être apte à en changer sous l'influence d'un fait ou d'une argumentation. Aussi le justiciable est-il fondé à émettre un doute sérieux sur l'impartialité du juge si celui-ci prend ouvertement position avant la fin de l'instance. »

¹⁷²¹ Cass., soc., 3 mars 2009, n° 07-15.581, *Bull. civ.*, V, n° 54.

¹⁷²² Par exemple : Cour EDH, 28 nov. 2002, *Lavents*, n° 58442/00, §118 ; 22 avr. 2010, *Chesne*, n° 29808/06, §36 et 37 ; gr. ch., 23 avr. 2015, *Morice*, n° 29369/10, §78.

¹⁷²³ Cour EDH 24 mai 1989, *Hauschildt*, n° 10486/83, §51 et 52. Dans ce sens, la Cour de cassation a jugé que le juge des référés qui s'est prononcé sur une demande de provision fondée sur l'article 809

général ne peut pas assister au délibéré de la Cour de cassation, qu'il ait ou non le droit de s'exprimer. Cela pourrait donner à la Cour l'apparence d'une juridiction partielle et générer des suspicions à son encontre, quand bien même elle serait effectivement impartiale¹⁷²⁴.

Si la présence du rapporteur public durant le délibéré du Conseil d'État a récemment été validée par la Cour européenne des droits de l'Homme dans son arrêt *Etienne*¹⁷²⁵, ce n'est que parce que les parties ont désormais la faculté de s'y opposer¹⁷²⁶ et que l'existence de ce droit est portée à leur connaissance en temps utile¹⁷²⁷ ; ce dont il résulte que leur droit d'être jugé par une juridiction impartiale, même en apparence, est suffisamment garanti.

505. L'impossible participation du rapporteur au délibéré de la formation restreinte. Au regard de ces arrêts, la participation du rapporteur à la formation restreinte de la Cour de cassation paraît violer l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme lorsque son rapport a été préalablement communiqué aux parties, c'est-à-dire lorsqu'il préconise de rejeter le pourvoi par un arrêt non motivé.

La Cour de Strasbourg s'est d'ailleurs déjà prononcée sur la validité de la participation du conseiller rapporteur au délibéré de la chambre criminelle : « Selon la Cour, le conseiller rapporteur étant un membre de la formation de jugement [...] et n'exprimant pas son opinion sur l'affaire en public, sa participation au délibéré ne pose pas de problème sous l'angle de l'article 6 § 1 de la Convention »¹⁷²⁸. Il en résulte *a contrario* que le rapporteur ne devrait pas pouvoir siéger dans la formation de jugement lorsqu'il est fait application de l'article 1014 et que le rapport a été communiqué préalablement aux parties dans son intégralité¹⁷²⁹. Pour qu'un juge ayant préalablement pris position sur le sort du litige puisse statuer sans qu'il y ait violation de l'article 6, il faut que sa participation s'avère « absolument nécessaire », qu'il ne représente qu'une faible proportion des juges

al. 2 ne peut connaître de la demande tendant à l'allocation de dommage-intérêts correspondante : Cass., ass., 6 nov. 1998, n° 94-17.709, *Bull. civ.*, A. P., n° 5.

¹⁷²⁴ Initialement, la Cour européenne a jugé que la présence d'un représentant du ministère public au délibéré entraînait une rupture de l'égalité des armes dès lors que « le magistrat [...] a bénéficié, fût-ce en apparence, d'une occasion supplémentaire d'appuyer son avis en chambre du conseil, à l'abri de la contradiction » (Cour EDH, 30 oct. 1991, *Borgers*, n° 12005/86, §28 ; 20 févr. 1996 (2 arrêts), *Vermeulen et Lobo Machado*, n° 19075/91 et 15764/89, §34 et 32). Par la suite, c'est la partialité apparente de la juridiction qui a justifié de sanctionner la présence du rapporteur public aux délibérés du Conseil d'État français (gr. ch., 7 juin 2001, *Kress*, n° 39594/98, §81 et 82 ; 21 mars 2002, *Immeuble Groupe Kosser*, n° 38748/97, §27 ; gr. ch., 12 avr. 2006, *Martinie*, n° 58675/00, §53 et 54) ou de l'avocat général aux délibérés de la Cour de cassation française (8 juill. 2003, *Fontaine et Bertin*, n° 38410/97 et 40373/98, §65 ; 27 nov. 2003, *Slimane-Kaïd (n° 2)*, n° 48943/99, §20 ; 1^{er} avr. 2004, *Quesne*, n° 65110/01, §16).

¹⁷²⁵ Cour EDH, déc., 15 sept. 2009, *Etienne*, n° 11396/08.

¹⁷²⁶ Art. R733-3 CJA.

¹⁷²⁷ Art. R712-1 CJA.

¹⁷²⁸ Cour EDH, 27 nov. 2003, *Slimane-Kaïd (n° 2)*, n° 48943/99, §19.

¹⁷²⁹ « Doit-on alors comprendre dans le secret du délibéré les travaux [du rapporteur] et d'une manière générale les discussions internes à la juridiction préalables à la réunion où la décision est arrêtée ? [...] Selon la jurisprudence de la CEDH, ne les communiquer qu'aux membres du parquet ou aux rapporteurs publics est contraire à l'égalité des armes et comme tel sanctionné au regard de l'article 6 paragraphe 1er de la Convention européenne. Les rendre publics interdirait au rapporteur, qui, de la sorte, aurait fait connaître son avis avant l'audience et ne serait donc plus objectivement impartial, de participer à la phase finale du délibéré. » (G. CANIVET, « Comprendre le délibéré ? ou "Le Mystère de la chambre du Conseil" », in *Mélanges S. Guinchard*, Dalloz, précité, p. 218).

composant la formation de jugement et qu'il n'occupe pas de fonction qui lui donnerait un poids prépondérant, telle celle de président ou rapporteur¹⁷³⁰. Il est assez clair que la présence du rapporteur au sein de la formation restreinte ne satisfait aucune de ces trois conditions.

Plusieurs arrêts de la Cour européenne semblent pourtant valider la communication du rapport. La décision *Magnin*¹⁷³¹ étudiée ci-dessus n'admet ainsi l'absence de motivation dans certains cas que tant que le rapport est mis à la disposition des parties. De même, de nombreux arrêts ont jugé qu'il était contraire à l'article 6-1 d'interdire aux parties de consulter le rapport dans son intégralité alors que l'avocat général bénéficie d'une telle faculté¹⁷³². Sur ce point, l'arrêt *Sibaud* adopte une motivation qui laisse penser que la communication aux parties est possible et conforme à la Convention. Il y est en effet énoncé que : « De l'avis de la Cour, si le second volet du rapport, destiné au délibéré, *peut* (à l'instar du projet d'arrêt) rester confidentiel tant à l'égard des parties que de l'avocat général, le premier volet, non couvert par le secret du délibéré, doit être communiqué, le cas échéant, dans les mêmes conditions aux parties et à l'avocat général »¹⁷³³.

Cependant, dans aucun de ces arrêts, la Cour n'était invitée à se prononcer sur l'impartialité du rapporteur et sur la validité de sa participation au délibéré suite à la diffusion de son rapport. Seules l'absence de motivation ou l'inégalité entre les parties et l'avocat général étaient critiquées. La juridiction européenne a donc simplement constaté que l'absence de motivation n'avait pas eu pour effet de priver le demandeur de disposer d'une réponse à ses prétentions ou que la transmission du rapport au seul avocat général constituait une rupture d'égalité contraire à l'article 6¹⁷³⁴.

506. Au regard des exigences européennes en matière d'impartialité, il faut considérer que, contrairement à ce que suggère l'avocat général Pierre Lyon-Caen¹⁷³⁵, la Cour de cassation ne pouvait pas faire le choix de communiquer le rapport dans son intégralité aux parties et à l'avocat général pour se conformer au principe d'égalité. Ce faisant, elle aurait bien mis fin à l'inégalité longtemps sanctionnée mais elle aurait compromis dans le même temps l'impartialité apparente du rapporteur, et donc de la formation restreinte. De sorte qu'il était seulement possible de cesser la communication à l'égard de tous.

507. Compte tenu des explications qui précèdent, les modalités de mise en œuvre de la dispense de motivation doivent être repensées et il apparaît nécessaire de chercher les voies qui permettraient d'en assurer la régularité.

¹⁷³⁰ Cour EDH, 4 mars 2014, *Fazli Aslaner*, n° 36073/04, §37 à 41.

¹⁷³¹ Cour EDH, déc., 10 mai 2012, *Magnin*, n° 26219/08.

¹⁷³² Sanctionnant l'impossibilité juridique : Cour EDH, 31 mars 1998, *Reinhardt et Slimane-Kaïd*, n°s 21/1997/805/1008 et 22/1997/806/1009, §105 ; 25 janv. 2000, *Slimane-Kaïd (n° 1)*, n° 29507/95, §25 ; 3 déc. 2002, *Berger*, n° 48221/99, §42 et 43 ; 7 janv. 2003, *Mac Gee*, n° 46802/99, §15 et 16 ; 26 juin 2003, *Pascolini*, n° 45019/98, §23 ; 8 juill. 2003, *Fontaine et Bertin*, n° 38410/97 et 40373/98, §62 et 63 ; 27 nov. 2003, *Slimane-Kaïd (n° 2)*, n° 48943/99 §17 ; 2 nov. 2004, *Fabre*, n° 69225/01, §32 ; 24 mai 2006, *Bertin*, n° 55917/00, §26 ; 6 déc. 2006, *Ledru*, n° 38615/02, §15 ; 19 déc. 2006, *Mourgues*, n° 18592/03, §25 et 26. Rapp. : 14 oct. 2003, *Lilly*, n° 53892/00, §25. Sanctionnant l'impossibilité matérielle : 22 mai 2008, *Rémy Garnier*, n° 38984/04, §29 ; 16 oct. 2008, *Fonfrede*, n° 44562/04, §29 ; 11 juin 2009, *Laudette*, n° 19/05, §44.

¹⁷³³ Cour EDH, 18 janv. 2005, *Sibaud*, n° 51069/99, §21.

¹⁷³⁴ Dans ce sens : Cour EDH, 14 oct. 2003, *Lilly*, n° 53892/00, §25.

¹⁷³⁵ P. LYON-CAEN, « Le parquet général de la Cour de cassation », *D.* 2003. 211.

§2. Tentatives de régularisation

508. L'adoption d'une loi reprenant l'article 1014 paraît absolument nécessaire afin de répondre à l'inconstitutionnalité actuelle de ce texte. En ce qui concerne son inconventionnalité, quatre voies s'ouvrent : cesser simplement de transmettre le rapport aux parties (I), continuer la communication du rapport tout en excluant son auteur du délibéré (II), substituer à la communication du rapport la transmission d'un document rédigé par l'ensemble des juges à l'issue du délibéré (III) ou maintenir la pratique en l'état et résister à la Cour européenne des droits de l'Homme (IV).

I/ Première option : la fin pure et simple de la communication du rapport

509. Une telle solution conduirait à une uniformisation des pratiques de la Cour, qui ne transmet actuellement le rapport que lorsqu'elle entend faire application de l'article 1014 et l'exclut systématiquement dans les autres cas, que ce soit à l'égard des parties ou de l'avocat général¹⁷³⁶.

La mise en œuvre de cette solution soulève toutefois quelques difficultés qu'il convient de mettre en lumière (A) avant d'en apprécier l'opportunité (B).

A/ Conditions de la non communication

510. La motivation obligatoire en cas de moyens relatifs à la Convention européenne des droits de l'Homme. La décision *Magnin* commentée ci-dessus fait de la communication du rapport la contrepartie nécessaire de la dispense de motivation dans certaines hypothèses où le pourvoi en cassation fait état d'une violation de la Convention européenne des droits de l'Homme. Ainsi, en supprimant cette communication afin de préserver son impartialité apparente, la Cour de cassation s'obligerait à rendre des arrêts motivés à chaque fois qu'un moyen s'appuie sur la Convention. Du moins si le demandeur n'est pas assisté d'un avocat et que l'avocat général n'a pas déposé d'avis.

511. La fin de la communication à l'avocat général ? Le « droit à ce que sa cause soit entendue équitablement » comprend l'égalité entre les parties, qui doivent se voir offrir les mêmes facultés en vue de faire valoir leur droit en justice¹⁷³⁷.

La pratique initiale de la Cour de cassation en matière de communication du rapport posait problème sous cet angle. Alors que le rapport était transmis à l'avocat général dans sa version intégrale, les parties n'avaient accès qu'à une version réduite de ce document, comprenant uniquement le résumé des moyens et de l'affaire. De nombreux arrêts ont sanctionné la France sur ce point, constatant que l'impossibilité pour les parties d'accéder au rapport constituait une rupture de l'égalité entre elles¹⁷³⁸. En effet, bien que

¹⁷³⁶ V. VIGNEAU, *op. cit.*, p. 103.

¹⁷³⁷ Notamment : Cour EDH, 27 juin 1968, *Neumeister*, n° 1936/63, §22 s. ; 17 janv. 1970, *Delcourt*, n° 2689/65, §29 ; 27 oct. 1993, *Dombo Beheer B.V.*, n° 14448/88, §33.

¹⁷³⁸ Cf. notes 1732 et 1733.

l'avocat général ne soit pas une partie au procès, il devient, de par sa fonction même, « l'allié objectif » de l'une d'elles¹⁷³⁹. L'égalité des armes impose alors que l'autre dispose des mêmes facilités pour défendre ses prétentions.

Tirant les conséquences de ces arrêts, la Cour de cassation a modifié sa pratique. Désormais, seule la version expurgée est communiquée à tous les intervenants, sauf application de l'article 1014, qui emporte communication intégrale¹⁷⁴⁰. Si l'exigence d'impartialité impose d'arrêter la communication aux parties aussi dans ce cas, l'exigence d'égalité impose alors d'arrêter la communication au profit de l'avocat général.

Cette conclusion doit cependant être rejetée car la décision d'irrecevabilité *Marc-Antoine*, rendue en 2013 par la Cour européenne des droits de l'Homme, permet d'espérer une inflexion de sa jurisprudence au bénéfice du Parquet général¹⁷⁴¹. Un requérant soutenait que la procédure suivie devant le Conseil d'État était incompatible avec l'article 6§1 dès lors que le rapporteur public a connaissance du rapport et du projet d'arrêt dans son intégralité alors que ces pièces ne sont pas consultables par les parties. La requête est jugée irrecevable car manifestement mal fondée. Allant contre sa jurisprudence antérieure, la Cour considère qu'il s'agit d'une protection offerte aux parties plutôt que d'une mesure portant atteinte à leur droit. En effet, par l'intermédiaire de l'avis du rapporteur public, elles bénéficieront d'un aperçu de la teneur du rapport et des arguments qu'il contient. Elles pourront alors déposer des observations destinées à éclairer la juridiction et à renforcer leurs positions¹⁷⁴². En outre, le rapporteur public est un magistrat indépendant, impartial et expérimenté : son accès au rapport est de nature à renforcer la qualité du travail et la réflexion de la juridiction. Il ne peut être assimilé à une partie¹⁷⁴³ qui serait particulièrement avantagée dans la mesure où il n'est pas intéressé au résultat du litige et, de ce fait, n'arrête pas sa position à l'orée du procès mais après avoir examiné toutes les pièces.

Il faut voir dans cette décision un revirement important qui a vocation à bénéficier directement à la Cour de cassation. Néanmoins, s'agissant d'une décision d'irrecevabilité rendue par un comité restreint, il faut la prendre avec plus de précaution que si elle émanait d'une chambre de la Cour européenne. Celle-ci ne devrait pourtant pas démentir cette décision. À cet égard, il peut être relevé que plusieurs arrêts qui censurent la transmission du rapport au seul avocat général n'ont pas été rendus à l'unanimité¹⁷⁴⁴. Nombreux sont également les juges qui ont contesté la thèse selon laquelle l'avocat général pourrait être

¹⁷³⁹ P. LYON-CAEN, « Le parquet général de la Cour de cassation », *D.* 2003. 211.

¹⁷⁴⁰ V. VIGNEAU, *op. cit.*, p. 103 ; A. LACABARATS, « Le moyen sérieux », *op. cit.* ; C. CHARRUAULT, in S. AMRANI-MEKKI et L. CADIET (dir.), *op. cit.*, p. 116 ; D. TRICOT, « Le fabuleux destin d'une décision de non-admission... », *op. cit.*, p. 466 et 467 ; H. HAZAN, « Le moyen sérieux », *op. cit.*

¹⁷⁴¹ Cour EDH, déc., 4 juin 2013, *Marc-Antoine*, n° 54984/09.

¹⁷⁴² *Id.*, §32. « Il est vrai qu'un certain équilibre sera établi si le rapport du conseiller rapporteur n'est plus communiqué ni à l'avocat général, ni au demandeur à la cassation. Mais l'on peut se demander si l'intéressé peut en retirer un grand bénéfice. Cela le prive de la possibilité qui lui était donnée de répondre indirectement aux observations du conseiller rapporteur lorsque celles-ci avaient été adoptées par l'avocat général. Dans ces circonstances, la violation constatée n'a pas beaucoup de sens pour les requérants. » (Opinion dissidente de la juge THOMASSEN dans : Cour EDH, 8 juill. 2003, *Fontaine et Bertin*, n° 38410/97 et 40373/98).

¹⁷⁴³ *Ibid.*

¹⁷⁴⁴ Insistant sur ce point : *ibid.* Voir aussi les opinions dissidentes de la juge THOMASSEN dans : Cour EDH, 14 oct. 2003, *Lilly*, n° 53892/00 et 2 nov. 2004, *Fabre*, n° 69225/01. Aussi : Cour EDH, 16 oct. 2008, *Fonfrède*, n° 44562/04 ; 11 juin 2009, *Laudette*, n° 19/05.

assimilé à une partie dont la présence durant le délibéré constituerait un avantage rompant le principe d'égalité¹⁷⁴⁵.

La cessation de la communication du rapport aux parties quand il est fait application de l'article 1014 n'impose donc pas à la Cour de cesser également cette communication au bénéfice de l'avocat général. Plus généralement, cet arrêt constitue une occasion de renouer avec la pratique antérieure à 2001, qui donnait toujours accès au rapport intégral au seul avocat général.

B/ Économie de la non-communication : une solution peu souhaitable

512. Premier avantage de la non-communication : écarter les risques de condamnation. Mettre fin à la communication du rapport aux parties met la France à l'abri de toute condamnation en cas de méconnaissance, apparente ou avérée, de la Convention européenne des droits de l'Homme par la Cour de cassation. L'arrêt *Viard* analysé précédemment montre en effet que, en cas de rejet non motivé, le rapport peut servir de base à une telle condamnation s'il conclut à l'irrecevabilité du pourvoi ou des moyens dans des conditions contraires à l'article 6§1, alors même que la formation restreinte n'aurait pas prononcé le rejet sur ce fondement et aurait jugé les moyens non sérieux après leur analyse au fond. Le rapport fait alors présumer une violation que l'absence de motivation ne permet pas d'écarter.

En cessant de communiquer le rapport, la juridiction française se prémunirait contre les sanctions injustifiées. Mais, dans le même temps, elle rendrait aussi indétectables les violations effectives : faute d'élément l'attestant, la formation restreinte pourrait avoir retenu l'irrecevabilité à tort sans en être inquiétée. Elle remettrait ainsi en cause le système de protection instauré par la Convention.

513. Second avantage de la non-communication : accélération et simplification du règlement des pourvois. L'absence de communication court-circuite les manœuvres désespérées du demandeur dont les chances de succès sont inexistantes et qui auraient pour effet d'accroître la charge de travail des conseillers et de retarder le prononcé de l'arrêt. La non-communication prive en effet le demandeur de la possibilité d'exiger de son avocat qu'il dépose des observations en réponse au rapport, voire qu'il présente des observations orales à l'audience¹⁷⁴⁶. Plus rarement, des contestations peuvent être à l'initiative de l'avocat du demandeur lui-même lorsqu'il a commis une erreur au cours de la consultation et considéré que le pourvoi avait quelques chances de succès : un arrêt non motivé constituerait un désaveu dangereux, susceptible d'inciter son client à rechercher sa responsabilité.

¹⁷⁴⁵ Opinions dissidentes des juges CREMONA, THÓR VILHJÁLMSOON et STORME dans Cour EDH, 30 oct. 1991, *Borgers*, n° 12005/86 ; opinions dissidentes des juges GÖLCÜKLÜ, MATSCHER, PETTITI et VAN COMPERNOLLE dans 20 févr. 1996, *Vermeulen*, n° 19075/91 ; opinion dissidente des juges WILDHABER, COSTA, PASTOR RIDRUEJO, KÜRIS, BİRSAN, BOTOCHAROVA et UGREKHELIDZE dans Cour EDH, 7 juin 2001, *Kress*, n° 39594/98 ; opinion dissidente commune aux juges COSTA, CAFLISCH et JUNGWIERT dans 12 avr. 2006, *Martinie*, n° 58675/00.

¹⁷⁴⁶ « On peut craindre, en effet, que la partie dont la thèse est rejetée par le rapporteur ne cherche à prolonger la discussion pour tenter de faire obstacle au cours normal de la justice » (J.-F. BURGELIN, « Les petits et grands secrets du délibéré », *D.* 2001. 2755).

514. Ces bénéfices procurés par l'arrêt de la communication du rapport sont à mettre en regard de ceux procurés par cette communication. Nous ne nous étendrons pas particulièrement sur ces derniers, car ils ont été décrits en détail dans le chapitre précédent. Nous nous contenterons donc de rappeler rapidement quels effets négatifs pourrait avoir la fin de la communication.

515. Perte d'une garantie contre les erreurs des juges, du demandeur ou de ses représentants. Parce qu'elle peut être suivie d'observations déposées par les parties, la communication du rapport constitue une garantie contre les erreurs de droit ou de fait réalisées par le rapporteur ; erreurs dont la perpétuation au cours du délibéré est d'autant plus probable que le nombre de conseillers y participant est faible.

De même, la lecture du rapport permettra au demandeur et à son conseil de repérer les insuffisances du mémoire ampliatif et d'y pallier, à condition de ne soulever aucun moyen nouveau : il leur est possible d'ajouter des références, de lever certaines ambiguïtés, etc.

516. Contribution à l'inflation jurisprudentielle. Il résulte de la décision *Magnin* analysée plus haut que le demandeur qui se prétend victime d'une violation de la Convention européenne des droits de l'Homme doit bénéficier d'« une réponse permettant de comprendre les raisons [du] rejet »¹⁷⁴⁷, afin de pouvoir exercer son droit de saisir la Cour européenne des droits de l'Homme de façon rationnelle et éclairée. En cas d'application des articles 1014 et 567-1-1 précités, le rapport constitue une telle réponse et sa communication supplée l'absence de motifs dans l'arrêt de rejet rendu lorsque la transmission de l'avis de l'avocat général ou l'assistance d'un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation ne sont pas caractérisées.

Si le rapport cessait d'être accessible aux parties, la Cour de cassation n'aurait alors pas d'autre choix que de rendre une décision motivée, au moins en ce qui concerne les moyens relatifs à la Convention. Ce, alors même que le rejet résulterait d'une règle bien connue et ne présenterait aucun intérêt doctrinal particulier. En découlerait un surplus de travail inutile pour les conseillers ainsi qu'une perte de visibilité et d'autorité morale pour les arrêts véritablement intéressants.

517. Contribution à la défiance des justiciables à l'encontre de l'institution judiciaire. Bien qu'elle ne soit pas obligatoire, la transmission du rapport joue un rôle important dans les relations que la Cour de cassation entretient avec les justiciables. Elle permet au justiciable de constater que ses revendications ont été examinées avec sérieux et témoigne de l'impartialité et de l'indépendance de la juridiction. Elle constitue ainsi une protection contre l'arbitraire normalement assurée par la motivation, qui s'avère particulièrement utile si l'on définit le caractère manifestement insusceptible d'entraîner la cassation à partir du concept de certitude. En effet, si ce caractère peut être établi au terme d'un raisonnement complexe et n'est pas intuitivement perceptible, son affirmation non motivée pourra paraître parfaitement arbitraire au justiciable, voire même à son avocat.

Faute de transmission du rapport, le processus juridictionnel deviendra totalement opaque et suscitera de la défiance. Le risque est de retomber dans l'état de suspicion

¹⁷⁴⁷ Cour EDH, déc., 10 mai 2012, *Magnin*, n° 26219/08, §33.

généralisée qui existait sous l'Ancien Régime et que l'obligation de motivation a contribué à résoudre.

518. La marginalisation accrue du Parquet général dans l'hypothèse où la non-communication devrait être totale. Un dernier problème résultant de l'arrêt de la transmission doit être envisagé plus en détail, car il n'a pas été évoqué précédemment. Cette fois, il ne s'agit pas de contester directement la non-communication aux parties mais un effet collatéral encore incertain de celle-ci : la non-communication à l'avocat général. Bien que l'arrêt *Marc-Antoine* cité ci-dessus laisse penser que la communication peut être maintenue au bénéfice de ce seul magistrat sans rupture de l'égalité des armes, la jurisprudence antérieure de la Cour européenne des droits de l'Homme laisse penser le contraire¹⁷⁴⁸. Faute de revirement clair et explicite, ce point demeure incertain.

Si l'égalité des armes devait être regardée comme imposant de traiter identiquement l'avocat général et les parties, alors l'arrêt de la communication du rapport à ces dernières devrait également préjudicier au premier. C'est précisément ce qui a été décidé par la Cour de cassation hors les cas où l'article 1014 est appliqué. Or, ce choix n'est pas neutre et a des conséquences importantes sur l'organisation de la juridiction suprême. Il a ainsi été expliqué qu'en excluant l'avocat général du délibéré et en lui refusant la communication du rapport intégral, c'est la fonction même de ce magistrat qui est remise en cause¹⁷⁴⁹. Dépouvé de pouvoirs de poursuite et peu spécialisé, il est chargé d'apporter un éclairage critique à la Cour sur ses décisions et d'assurer ainsi son ouverture sur la société et la rationalité de la jurisprudence¹⁷⁵⁰. Alors que les avocats aux Conseils sont chargés de défendre les intérêts de leur client dans une affaire déterminée, et peuvent ainsi attirer l'attention de la Cour sur les méfaits ou défauts de sa jurisprudence *en l'espèce*, le rôle du parquet général est de fournir une analyse plus large, transversale. Il cherche à mettre en lumière les difficultés générales qu'engendre une solution donnée ; il établit des ponts entre les litiges et veille aux conséquences que pourrait avoir une décision hors du cas précisément soumis à la Cour¹⁷⁵¹.

Pour pouvoir mener sa mission à bien, l'avocat général doit connaître précisément la jurisprudence de la Cour mais aussi les raisons qui ont présidé à son élaboration, afin d'être en mesure de les déconstruire. Il doit assister à l'élaboration des arrêts et observer « en marche » le raisonnement de ses collègues du siège¹⁷⁵². Par conséquent, la solution qui consisterait à cesser de transmettre le rapport intégral aux parties en cas d'application de l'article 1014, conduirait à aggraver la marginalisation du parquet général, dont l'intervention est pourtant essentielle à la bonne marche de la Cour de cassation et à la qualité de la jurisprudence.

¹⁷⁴⁸ Cf. n° 506, spéc. notes 1727 à 1729.

¹⁷⁴⁹ P. LYON-CAEN, « Le parquet général de la Cour de cassation », *D.* 2003. 211.

¹⁷⁵⁰ *Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, avr. 2017, p. 106 à 111 ; opinion dissidente commune aux juges GÖLCÜKLÜ, MATSCHER, PETTITI dans Cour EDH, 20 févr. 1996, *Vermeulen*, n° 19075/91. Cette fonction a été consacrée par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, qui ajoute un alinéa à l'article L432-1 du code de l'organisation judiciaire, en vertu duquel l'avocat général « rend des avis dans l'intérêt de la loi et du bien commun. Il éclaire la Cour sur la portée de la décision à intervenir. »

¹⁷⁵¹ Aussi relève-t-il de son rôle de consulter des personnalités extérieures, tels les partenaires sociaux ou diverses administrations (P. LYON-CAEN, « Le parquet général de la Cour de cassation », *D.* 2003. 211).

¹⁷⁵² *Ibid.*

Cette marginalisation serait d'autant plus problématique que l'examen du rapport par l'avocat général fournit une garantie utile contre le risque d'erreurs judiciaires alors que le nombre de magistrats composant la formation restreinte est réduit. Elle constitue donc une protection importante pour les parties.

II/ Deuxième option : maintien de la communication mais exclusion du rapporteur du délibéré

519. Exclure le rapporteur du délibéré évacuerait les critiques relatives à l'impartialité de la Cour. Une telle solution est toutefois impossible en l'état actuel des textes, elle n'est d'ailleurs pas souhaitable.

520. L'impossible exclusion du rapporteur du délibéré en l'état actuel des textes. L'article L431-3 du code de l'organisation judiciaire dispose en effet que « Les conseillers référendaires [...] ont voix délibérative dans le jugement des affaires qu'ils sont chargés de rapporter ». Si une telle disposition n'est pas prévue au bénéfice des conseillers ordinaires, il semble difficile de les écarter du délibéré de l'affaire qu'ils ont rapporté.

De même, l'article R432-1 énonce que « Les fonctions du ministère public sont confiées au procureur général. Les premiers avocats généraux, les avocats généraux et les avocats généraux référendaires participent à l'exercice de ces fonctions sous la direction du procureur général. » Il en résulte que l'on ne saurait confier aux conseillers les missions du ministère public. Or, l'exclusion du rapporteur du délibéré aurait un tel effet : ce magistrat se verrait confier la fonction d'éclairer la Cour et de donner un avis sur la décision à prendre, sans participer directement à son élaboration. La distinction entre les magistrats du siège et du parquet est en outre consacrée par l'article 65 de la Constitution.

521. L'obligation de remplacer le rapporteur exclu par un conseiller ordinaire. Exclure le rapporteur du délibéré imposerait par ailleurs de remplacer le rapporteur par un autre conseiller dès lors que l'article L431-1 fixe à trois le nombre de conseillers composant la formation restreinte. Seuls les conseillers ordinaires pourraient être appelés à se substituer au rapporteur, les conseillers référendaires n'ayant pas voix délibérative.

Il en résulterait un accroissement significatif du travail des conseillers ordinaires et une marginalisation des référendaires. Le coût inhérent au jugement d'un pourvoi serait en outre accru puisqu'il impliquerait la participation de quatre membres du siège au lieu de trois.

Le juge Martens relève aussi qu'« il serait naturel que [le rapporteur], dont il faut supposer qu'il aurait une meilleure connaissance du dossier que ses collègues, prît part aux délibérations »¹⁷⁵³.

III/ Troisième option : la fin de la communication du rapport compensée par la transmission d'un document explicatif après le jugement

522. Une solution intermédiaire satisfaisante au problème de la partialité apparente du rapporteur pourrait consister en la transmission d'un document explicatif établi à l'issue

¹⁷⁵³ Opinion dissidente du juge MARTENS dans : Cour EDH, 30 oct. 1991, *Borgers*, n° 12005/86, §2.5.

du délibéré et émanant de la formation restreinte. Ce document exposerait les motifs du rejet mais ne présenterait aucun caractère décisionnel et obligatoire en lui-même.

523. Avantages de la solution : exclusion des motivations inutiles. Le justiciable serait ainsi en mesure de comprendre les raisons du rejet de son pourvoi, ce qui participe de l'acceptation de la décision, et d'apprécier ses chances de succès en cas de recours devant la Cour de Strasbourg s'il a soulevé des moyens relatifs à la Convention européenne des droits de l'Homme.

En pratique, le document communiqué pourrait consister en une reprise pure et simple du rapport, ce qui exclurait tout travail supplémentaire de la part des conseillers. Ceux-ci pourraient néanmoins présenter des motifs différents lorsqu'il leur a semblé que le rapport concluait à tort à l'irrecevabilité du pourvoi ou des moyens et ainsi éviter une éventuelle condamnation par la Cour européenne des droits de l'Homme.

Une telle solution aurait donc l'avantage de permettre à la Cour de ne pas rendre un arrêt motivé dans une telle hypothèse, si cela ne lui paraît pas utile. En effet, le texte communiqué n'est pas assimilable au jugement mais ne constitue qu'une note en exposant les justifications. Ne s'analysant pas en une décision qui statuerait sur le pourvoi, le régime de publicité applicable serait celui des documents judiciaires, qui ne sont pas communicables de plein droit et n'acquièrent le statut d'archives publiques qu'au bout de soixante-quinze ans¹⁷⁵⁴.

524. Inconvénients résiduels. Cette solution présenterait toutefois l'inconvénient de priver les parties d'une garantie utile en les empêchant de déceler les erreurs du rapporteur ou de corriger leurs propres imprécisions. En outre, le problème de la marginalisation du parquet général qui pourrait éventuellement résulter de la non-communication du rapport persisterait.

IV/ Quatrième et dernière option : la reconnaissance de l'impartialité apparente du rapporteur

525. Le rapport ne donne pas au rapporteur une apparence de partialité. Contre la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, il peut être observé que l'expression dans le rapport de l'avis du conseiller-rapporteur ne se situe pas sur le même plan que l'expression d'une opinion formulée par un juge hors de tout cadre procédural.

Si la seconde peut être regardée comme la marque d'idées reçues, la première témoigne au contraire de l'impartialité du rapporteur. Son avis se présente comme la conclusion logique d'une analyse exhaustive et objective des moyens des parties ; ce qui atteste qu'il n'est pas mû par ses sentiments et opinions sur la cause¹⁷⁵⁵. À cet égard, il est assez difficile de soutenir qu'un magistrat est partial au seul motif qu'il a exercé sa mission. Son argumentation peut bien susciter un doute sur son impartialité, si elle repose sur des éléments non juridiques défavorables au demandeur ou si la conclusion est en contradiction avec la démonstration qui la précède, mais le sens de la conclusion ne saurait conférer à lui seul l'apparence d'un juge partial au rapporteur. À propos de l'avocat général,

¹⁷⁵⁴ Cf. n° 444.

¹⁷⁵⁵ Dans ce sens : R. PERROT, note sous Paris, 29 nov. 1978, *RTD civ.* 1979. 832.

le juge européen Cremona écrit que « Les apparences ne sauraient, à l'instar d'un caméléon, changer à l'égard de la même personne selon l'intérêt qui est le sien dans une affaire »¹⁷⁵⁶. De fait, il paraît absurde que le même travail réalisé par le même magistrat puisse, aux yeux du demandeur, faire paraître le rapporteur tantôt partial ou impartial : Le demandeur ne croit-il à l'impartialité du conseiller que tant que et parce qu'il conclut à la cassation ?

À l'appui de la position qui consiste à soutenir que le rapporteur est impartial malgré la communication préalable de son avis, il peut être relevé que la Cour européenne des droits de l'Homme jugeait initialement que la participation de l'avocat général au délibéré n'était pas contraire à l'article 6, ce magistrat étant impartial nonobstant l'avis émis publiquement¹⁷⁵⁷. Les arrêts qui, par la suite, ont jugé qu'il était apparemment partial, et ne pouvait donc pas assister au délibéré ou recevoir communication de pièces inaccessibles aux parties, ont, pour beaucoup, été rendus à une courte majorité¹⁷⁵⁸ et accompagnés d'opinions dissidentes.

Surtout, les positions dégagées dans les décisions *Marc-Antoine* et *Etienne* citées ci-dessus sont totalement contradictoires. Alors que la Cour juge dans la première que la communication du rapport au seul rapporteur public n'est pas contraire à l'égalité des armes¹⁷⁵⁹, elle juge dans la seconde que sa participation au délibéré n'est permise que tant que les parties ont la faculté de s'y opposer¹⁷⁶⁰. En ce qui concerne l'assistance aux délibérations, l'avocat général apparaîtrait donc partial et doit être traité de la même façon que les autres parties. En revanche, en ce qui concerne son accès au rapport, il apparaîtrait impartial et cet accès ne constitue pas un avantage conféré à l'une des parties au détriment de l'autre.

526. L'impartialité de la formation restreinte. Le rapport n'oblige pas son auteur qui peut toujours s'en écarter après avoir pris connaissance de l'avis de l'avocat général, des observations déposées par les parties ou de la position des autres membres de la formation restreinte. Il y a certes peu d'exemples de cas où une décision différente de celle préconisée par le rapport a été rendue. De telles situations existent toutefois. Or, si elles ne suffisent pas à établir l'impartialité du rapporteur, elles démontrent au moins l'impartialité de la formation collégiale dans son ensemble.

Le juge européen Martens écrit ainsi dans son opinion dissidente pour l'arrêt *Borgers* : « Je n'aperçois pas davantage pourquoi le juge rapporteur ne pourrait prendre part aux délibérations. En exprimant son avis en audience publique, il s'est sans conteste engagé et a dès lors un intérêt particulier à voir sa vision du droit admise par ses collègues. Certes, les juges des cours suprêmes peuvent aussi avoir leur orgueil, mais ne faut-il pas supposer le juge rapporteur suffisamment entraîné pour surmonter cet écueil lorsqu'il est convaincu que l'opinion formulée en chambre du conseil par ses collègues est plus pertinente que la sienne ? Et dans la négative, ceux-ci ne forment-ils pas la majorité ? »¹⁷⁶¹.

¹⁷⁵⁶ Opinion dissidente du juge CREMONA dans Cour EDH, 30 oct. 1991, *Borgers*, n° 12005/86.

¹⁷⁵⁷ Cour EDH, 17 janv. 1970, *Delcourt*, n° 2689/65.

¹⁷⁵⁸ Cour EDH, gr. ch., 30 oct. 1991, *Borgers*, n° 12005/86 ; gr. ch., 20 févr. 1996, *Vermeulen*, n° 19075/91 ; gr. ch., 7 juin 2001, *Kress*, n° 39594/98 ; 8 juill. 2003, *Fontaine et Bertin*, n° 38410/97 et 40373/98 ; 14 oct. 2003, *Lilly*, n° 53892/00 ; 2 nov. 2004, *Fabre*, n° 69225/01 ; 27 nov. 2003, *Slimane-Kaid (n° 2)*, n° 48943/99 ; 16 oct. 2008, *Fonfrède*, n° 44562/04 ; 11 juin 2009, *Laudette*, n° 19/05 ; gr. ch., 12 avr. 2006, *Martinie*, n° 58675/00.

¹⁷⁵⁹ Cour EDH, déc., 4 juin 2013, *Marc-Antoine*, n° 54984/09.

¹⁷⁶⁰ Cour EDH, déc., 15 sept. 2009, *Etienne*, n° 11396/08.

¹⁷⁶¹ Opinion dissidente du juge MARTENS pour l'arrêt *Borgers* du 30 oct. 1991, §2.5.

527. La communication du rapport ne fausse pas les débats postérieurs dans les procédures écrites. On pourrait objecter que le rapport est rédigé avant l'audience et que sa communication fausse ainsi la suite de la procédure : les débats postérieurs peuvent sembler inutiles aux parties et le sort de leur demande leur paraître déjà fixé. Dans cette perspective, on pourrait raisonnablement tenir le rapporteur pour partial puisqu'il a émis un avis sur l'issue de l'affaire avant d'être parfaitement éclairé sur celle-ci et d'avoir entendu tous les arguments des parties. Dans ce sens, Roger Perrot écrit à propos de la transmission d'un rapport établi par un conseiller prud'homme dans lequel figure son avis : « On comprend alors l'irritation du plaideur qui, avant même que l'affaire ne soit appelée à l'audience pour être débattue, constate que l'un de ses juges, et non des moindres, a déjà une opinion toute faite qui pèsera d'un poids très lourd dans le délibéré »¹⁷⁶².

Cette critique est parfaitement fondée mais n'est pertinente que pour les juridictions devant lesquelles la procédure est orale. Dans le cadre des procédures écrites, l'audience n'a qu'un rôle récapitulatif : il n'est pas possible de soulever de nouveaux moyens, ni de remanier substantiellement son argumentation. Cela est particulièrement vrai devant la Cour de cassation, où l'ensemble des moyens discutés est fixé dans le mémoire ampliatif¹⁷⁶³ et où l'intervention des parties durant l'audience est exceptionnelle et dénuée d'incidence¹⁷⁶⁴. De plus, le concours d'un avocat aux Conseils est généralement obligatoire et permet normalement de lever les faux-semblants dont le justiciable serait victime¹⁷⁶⁵.

528. Critiques contre la théorie des apparences. Il est également possible d'aller au-delà de ce simple constat et de critiquer directement la théorie des apparences, que la Cour européenne des droits de l'Homme utilise pour censurer la participation de l'avocat général au délibéré¹⁷⁶⁶. Vivement contestée par des membres éminents de la Cour¹⁷⁶⁷, cette théorie a des implications excessives car elle pourrait remettre en cause la composition des juridictions prud'homales, rurales ou de sécurité sociale¹⁷⁶⁸. Pour cause, les conseillers représentant les salariés, par exemple, ne manqueront pas d'apparaître partiels aux yeux des employeurs.

¹⁷⁶² R. PERROT, note sous Paris, 29 nov. 1978, *RTD civ.* 1979. 832, précité, spéc. p. 833.

¹⁷⁶³ J. et L. BORÉ, « Pourvoi en cassation », *Répertoire de procédure civile*, n° 708.

¹⁷⁶⁴ L'audience a lieu sans entendre les parties, à moins qu'elles ne le demandent, et sans que leur présence ne soit obligatoire (art. 1018 CPC).

¹⁷⁶⁵ Opinion dissidente du juge MARTENS dans Cour EDH, 30 oct. 1991, *Borgers*, n° 12005/86, §3.9.

¹⁷⁶⁶ Cour EDH, 30 oct. 1991, *Borgers*, n° 12005/86, §29 ; 20 févr. 1996, *Vermeulen*, n° 19075/91, §34 ; 7 juin 2001, *Kress*, n° 39594/98, §81 s. ; gr. ch., 23 avr. 2015, *Morice*, n° 29369/10, §78.

¹⁷⁶⁷ « Après tout, il est hors de doute que le fait de considérer la réalité d'une situation donnée en regardant par-delà les apparences représente, en soi, une attitude parfaitement saine du point de vue tant du droit que du bon sens. » (Opinion dissidente du juge CREMONA dans Cour EDH, 30 oct. 1991, *Borgers*, n° 12005/86). Voir aussi l'opinion dissidente du juge STORME pour le même arrêt, §11.

¹⁷⁶⁸ *Id.*, §8.

CONCLUSION DU CHAPITRE ET DU TITRE

529. Les explications qui précèdent mettent en lumière les difficultés et limites auxquelles se heurte la pratique consistant à rendre des arrêts non motivés en raison du caractère manifestement irrecevable ou infondé du pourvoi.

Visant à lutter contre les effets délétères du très grand nombre d'arrêts rendus par la Cour de cassation, ce mécanisme tend à opérer une sélection des arrêts exploitables par les praticiens et la doctrine et à faciliter ainsi l'appréhension de la jurisprudence. Concentrant l'énergie des commentateurs sur des affaires qui en valent la peine, la dispense de motivation actuelle favorise la construction d'une jurisprudence éclairée. Le critère de certitude semble donc parfaitement adéquat pour régir la mise en œuvre de ce dispositif là où l'évidence et la facilité conduiraient à rendre des décisions dont l'apport normatif serait nul.

Mais la définition par le critère de certitude n'est pas sans soulever de difficulté : la certitude étant souvent acquise au terme d'un long et difficile travail d'analyse, il est possible, pour ne pas dire fréquent, que le rejet soit prononcé alors même que le demandeur ou son avocat aux Conseils avaient cru la cassation justifiée. La communication du rapport devient alors une nécessité pour assurer la transparence du processus judiciaire et témoigner de ce que le recours a fait l'objet d'un examen sérieux. Il en va de la confiance des justiciables et des avocats aux Conseils dans l'institution. Il est alors regrettable que sa suppression soit envisagée¹⁷⁶⁹.

530. Toute la difficulté vient de ce que la communication du rapport semble contraire au secret des délibérés et à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme relative à l'impartialité.

L'impossibilité de communiquer le rapport en l'état actuel des textes est extrêmement problématique parce qu'elle vient priver la Cour de cassation d'un instrument explicatif essentiel dans un contexte où la non motivation se rattache à la certitude qui peut nécessiter un effort intellectuel considérable pour construire la décision. Or, recentrer la non motivation sur l'évidence ou la facilité conduirait à la priver de sa fonction essentielle, le tri des arrêts selon leur apport normatif. En outre, le critère de facilité implique de fixer un seuil arbitraire qui rend difficilement justifiable le traitement différencié entre des pourvois tous certainement infondés.

Mais la non communication du rapport pourrait également s'avérer fatale toutes les fois que le pourvoi soulèverait un moyen relatif à la Convention européenne des droits de l'Homme : en l'absence de communication du rapport, la Cour de cassation serait obligée de rendre un arrêt motivé pour s'assurer que le demandeur a connaissance des raisons qui ont conduit au rejet et puisse choisir de façon éclairée s'il y a lieu de saisir la Cour de Strasbourg. L'interdiction de communiquer le rapport conduirait ainsi à se priver d'un instrument de lisibilité et d'accessibilité de la jurisprudence nationale relative à la

¹⁷⁶⁹ *Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, avr. 2017, p. 96 à 98.

Convention. Or, la Cour de cassation recourt bien à l'article 1014 dans cette hypothèse¹⁷⁷⁰.

La validité de ce texte est donc loin de pouvoir être établie par le simple constat que la Cour européenne des droits de l'Homme et le Conseil constitutionnel l'ont validée¹⁷⁷¹ et appelle une réforme importante ainsi qu'un assouplissement de la jurisprudence européenne sur l'impartialité.

¹⁷⁷⁰ Cf. annexe II.

¹⁷⁷¹ « Le fait que cette disposition ait été introduite dans une loi organique, par conséquent obligatoirement soumise au contrôle de constitutionnalité, l'affranchit de tout grief à cet égard dès lors que, par sa décision n° 2001-445 DC du 19 juin 2001 relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature, le Conseil constitutionnel n'a pas déclaré cette partie du texte contraire à la Constitution » (G. CANIVET, *op. cit.*, p. 2196). Voir aussi, affirmant la conformité à la Convention européenne des droits de l'Homme en se référant aux arrêts de la Cour EDH : *ibid.* ; V. VIGNEAU, *op. cit.*, p. 109.

CONCLUSION DE LA PARTIE

531. En guise de conclusion, nous pouvons observer que les caractères sérieux et manifeste constituent des éléments essentiels de tous les domaines de la procédure. Déterminants en ce qui concerne l'identification de la juridiction chargée de statuer sur un point de droit, ils vont également impacter les règles suivies devant celles-ci et la motivation des jugements.

Les comprendre à travers le spectre de la certitude et rejeter la thèse selon laquelle il s'agirait de concepts subjectifs permet d'en faire des instruments redoutablement efficaces pour assurer la bonne administration de la justice et l'intelligibilité de la jurisprudence. La référence à ces concepts ne tend pas à vider le contentieux par une sélection arbitraire des litiges, au détriment des droits des justiciables. Au contraire, elle permet une rationalisation de tous les mécanismes au sein desquels les concepts interviennent, en les conciliant avec les impératifs de bonne administration de la justice, de protection des droits des parties et d'intelligibilité de la jurisprudence, sans pour autant compromettre les fonctions desdits mécanismes. La référence aux caractères sérieux et manifeste permet ainsi d'arriver à une application équilibrée de dispositifs dont l'effet utile est préservé. Loin d'entraver le bon fonctionnement des mécanismes dont elle délimite l'application, cette référence permet de les ramener à leur fonction initiale et d'éviter leur dévoiement.

Ainsi, par exemple, le filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité fondé sur leur caractère sérieux est un élément essentiel au bon fonctionnement du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, car, en l'absence d'un tel filtre, le Conseil constitutionnel serait paralysé par l'afflux des demandes¹⁷⁷². Le filtrage par les juridictions ordinaires contribue à éviter que ce dispositif ne soit dévoyé et ne soit utilisé à des fins purement dilatoires. La finalité de la question prioritaire de constitutionnalité étant de permettre au Conseil constitutionnel de censurer les lois qui porteraient atteinte aux droits des parties constitutionnellement protégés, elle n'a pas vocation à être transmise lorsqu'il apparaît certain qu'une telle atteinte n'est pas caractérisée, quand bien même le juge ordinaire serait arrivé à une telle conclusion au prix d'un effort d'analyse important.

Ici, l'analyse fonctionnelle des caractères sérieux et manifeste valide la définition qui se dégage d'une analyse de la jurisprudence et qui renvoie à la certitude plutôt qu'à l'évidence ou à la facilité. Cette définition permet d'atteindre une application rationnelle des textes dont la mise en œuvre dépend de ces concepts. Notre étude ne manquera pas d'évoquer, à cet égard, de récentes observations qui ont pu être faites à propos des conditions de l'annulation des sentences arbitrales rendues en France en matière d'arbitrage international et des conditions de l'*exequatur* des sentences rendues à l'étranger – point de droit qui a trait au fond et n'entre donc pas dans le champ de cette étude. Alors que la jurisprudence exclut l'annulation et l'*exequatur* en cas de « violation flagrante,

¹⁷⁷² A. ROBLLOT-TROIZIER, « La question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions ordinaires : entre méfiance et prudence », *AJDA* 2010. 80 ; M.-F. MAZAR, *op. cit.*, p. 622.

effective et concrète de l'ordre public »¹⁷⁷³, plusieurs auteurs ont soutenu que le terme « flagrant » devait en fait s'entendre comme synonyme de « certain » afin de préserver l'intégrité et l'efficacité du contrôle de conformité à l'ordre public¹⁷⁷⁴ : toute violation doit être sanctionnée dès qu'elle est certaine, effective et concrète. L'évidence de la violation n'est en revanche pas un critère pertinent, toute atteinte caractérisée à l'ordre public méritant par nature d'être sanctionnée. Une telle proposition permet de sauvegarder l'efficacité générale des sentences arbitrales puisque l'exigence d'une violation certaine impose à celui qui s'en prévaut de rapporter la preuve de ce que l'exécution de la sentence compromettra l'intérêt protégé par les règles d'ordre public.

532. Malgré son utilité, la référence à aux caractères sérieux et manifeste fait parfois défaut dans le champ de certaines règles, dont l'application gagnerait pourtant à être modulée en fonction de la certitude qui affecte les moyens et demandes.

Nous avons proposé dans cette partie plusieurs ajustements qui pourraient intervenir à la faveur d'une évolution de la jurisprudence en l'état actuel des textes. Ainsi, par exemple, la mise en œuvre du sursis à statuer prévu à l'article 4 du code de procédure pénale pourrait être subordonné à l'existence d'une difficulté sérieuse sans que ce texte n'ait besoin d'être modifié. De même, les demandes non sérieuses pourraient ne produire aucun effet sur le taux de ressort si un revirement de jurisprudence intervenait. L'on peut aussi souhaiter que la Cour de cassation enrichisse la lettre de l'article 1448 du code de procédure civile et admette que le juge étatique est compétent pour écarter les exceptions d'incompétence fondées sur une convention d'arbitrage lorsque celle-ci est manifestement caduque, et non seulement en cas de nullité ou d'inapplicabilité manifestes.

Certains remaniements textuels sont néanmoins nécessaires pour assurer une rationalité maximale du droit judiciaire privé. Si nous les avons déjà évoqués et justifiés au cours des développements qui portent sur les dispositions concernées, il n'est pas inutile de les rappeler et d'en dresser une liste synthétique.

533. Il est d'abord nécessaire d'adopter une *loi* modifiant l'article 1014 du code de procédure pour rapprocher sa rédaction de celle L431-1 du code de l'organisation judiciaire : « Après le dépôt des mémoires, cette formation *peut* décider qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée *lorsque le rejet s'impose. Dans ce cas, le rapport établi par le conseiller-rapporteur est communiqué aux parties après les délibérations* ».

534. Il serait également souhaitable de modifier l'article 49 alinéa 2 du code de procédure civile pour le rédiger ainsi : « Lorsque la solution d'un litige dépend du règlement d'une question soulevant une difficulté sérieuse *ou d'un moyen sérieux tiré de l'illégalité d'un acte administratif* et relevant de la compétence de la juridiction administrative, la juridiction judiciaire initialement saisie la transmet à la juridiction administrative compétente [...] ».

535. L'article 1448 alinéa 1 du code de procédure civile devrait être réécrit ainsi :

¹⁷⁷³ Cf. note 108.

¹⁷⁷⁴ C. JARROSON, « L'intensité du contrôle de l'ordre public », in E. LOQUIN et S. MANCIAUX (dir.), *L'ordre public et l'arbitrage*, LexisNexis, 2014, p. 161, spéc. n° 21 s., p. 172 s. ; L.-C. DELANOY, *Intervention*, *id.*, p. 225, spéc. n° 8 et 10, p. 226 et 227. Voir aussi : D. HASCHER, in E. GAILLARD (dir.), *The Review of International Arbitral Awards*, IAI series n° 6, 2010, p. 97.

« *Lorsqu'une exception d'incompétence fondée sur une convention d'arbitrage en faveur d'un tribunal arbitral dont le siège est situé en France est soulevée devant une juridiction de l'État, celle-ci se déclare incompétente pour en connaître si le tribunal arbitral est saisi du litige par voie de demande principale, si le tribunal arbitral est saisi du litige par voie de demande incidente et si l'exception d'incompétence présente un caractère sérieux, ou si, le tribunal arbitral n'étant pas saisi, l'exception d'incompétence soulève une difficulté sérieuse.*

La juridiction de l'État ne peut relever d'office son incompétence.

Toute stipulation contraire au présent article est réputée non écrite. »

Un article 1508-1 devrait être inséré après l'article 1508 du code de procédure civile, énonçant : « *Lorsqu'une exception d'incompétence fondée sur une convention d'arbitrage en faveur d'un tribunal arbitral dont le siège est situé à l'étranger est soulevée devant une juridiction de l'État, celle-ci se déclare incompétente pour en connaître si le tribunal arbitral est saisi du litige et a été constitué avec l'accord des deux parties, ou si l'exception d'incompétence présente un caractère sérieux.*

La juridiction de l'État ne peut relever d'office son incompétence.

Toute stipulation contraire au présent article est réputée non écrite. »

536. L'article 51 du même code pourrait utilement être rédigé comme suit : « *Sous réserve que la demande initiale soit sérieuse, le tribunal de grande instance connaît de toutes les demandes incidentes qui ne relèvent pas de la compétence exclusive d'une autre juridiction ou qui ne soulèvent aucune difficulté sérieuse.*

Sauf disposition particulière et sous réserve que la demande initiale soit sérieuse, les autres juridictions ne connaissent que des demandes incidentes qui entrent dans leur compétence d'attribution ou qui ne soulèvent aucune difficulté sérieuse. »

537. L'exception bénéficiant au défendeur devrait être retirée de l'article 7 de la loi n° 91-647 relative à l'aide juridictionnelle et l'alinéa 3, relatif à l'aide juridictionnelle en cassation, devrait être supprimé. Le texte serait alors rédigé ainsi : « *L'aide juridictionnelle est accordée à la personne dont l'action n'apparaît pas, manifestement, irrecevable ou dénuée de fondement. [...] »*

Toujours à propos de l'aide juridictionnelle, l'article 43-1 du décret n° 91-1266, qui exclut l'effet suspensif de la demande d'aide juridictionnelle dans le cas où la demande au fond est manifestement irrecevable, pourrait désormais aussi exclure cet effet lorsque la demande est manifestement infondée : « *Sans préjudice de l'application des dispositions relatives à l'admission provisoire, la juridiction avisée du dépôt d'une demande d'aide juridictionnelle est tenue de surseoir à statuer dans l'attente de la décision statuant sur cette demande.*

Il en est de même lorsqu'elle est saisie d'une telle demande, qu'elle transmet sans délai au bureau d'aide juridictionnelle compétent.

Les dispositions des alinéas précédents ne sont pas applicables en cas d'irrecevabilité manifeste de l'action du demandeur à l'aide, insusceptible d'être couverte en cours d'instance, ou lorsque ses demandes sont manifestement dénuées de fondement. »

538. Une révision de l'article 524 du code de procédure civile doit aussi être proposée : « *Lorsque l'exécution provisoire est de droit, le premier président peut prendre les mesures prévues au deuxième alinéa de l'article 521 et à l'article 522.*

L'exécution provisoire ne peut être arrêtée, en cas d'appel, que par le premier président et dans les cas suivants : [...]

2° Si elle risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives *et qu'il existe un moyen sérieux d'annulation ou de réformation*. Dans ce cas, le premier président peut aussi prendre les mesures prévues aux articles 517 à 522 si l'exécution provisoire a été ordonnée. »

539. Enfin, un alignement partiel de l'article 23-2 de l'ordonnance n° 58-1067 sur l'article 23-4 mériterait d'être réalisé : « La juridiction statue sans délai par une décision motivée sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'État ou à la Cour de cassation. Il est procédé à cette transmission si les conditions suivantes sont remplies : [...] 3° La question *présente un caractère sérieux*. »

CONCLUSION GÉNÉRALE

540. Alors que vient le temps de conclure cette étude, il peut être retenu des développements qui la composent que les caractères sérieux ou manifeste constituent des concepts unitaires au regard de la jurisprudence. Une grande partie des décisions qui s'y rapportent ne peuvent être comprises à travers le spectre de l'évidence ou de la facilité. En revanche le critère de certitude pourrait, sinon expliquer, du moins rendre compte de ces décisions.

Il ressort en effet de la jurisprudence que serait sérieux le moyen pour lequel le juge a acquis, le cas échéant au terme d'un examen approfondi du dossier, la certitude qu'il était fondé ou pour lequel il serait dans une incertitude qui lui semble insurmontable, car découlant d'une imperfection du système juridique. De même serait sérieuse la difficulté qui résiste à l'examen, celle dont la réponse est *véritablement*, et non apparemment, incertaine.

Cette définition explique les phénomènes statistiques relevés en introduction : la part phénoménale des décisions rendues par la Cour de cassation qui affirment le caractère manifeste de la solution interdit d'y voir l'expression d'une évidence. Dans ce sens, nous avons aussi relevé que les affirmations et décisions relatives aux caractères sérieux et manifeste sont généralement argumentées et motivées, parfois de façon détaillée et substantielle, de sorte que ces appréciations ne s'imposent pas d'elles-mêmes. Elles relèvent d'une appréciation objective, démontrable et réfutable.

541. Les caractères sérieux et manifeste renvoient donc, dans le champ procédural, à l'état du savoir sur le droit et les faits. Les règles qui se fondent sur ces concepts, quant à elles, sont alors relatives au discours sur le droit.

De sorte que ces concepts ne sont pas réductibles au constat qu'une jurisprudence ou un texte clair et précis permet de fonder le rejet ou l'accueil du moyen ou de la demande. Le savoir juridique transcende la simple description des textes et intègre des méthodes d'interprétation reconnues comme opérantes et permettant parfois, voire même souvent, d'attribuer avec certitude une signification précise à un texte obscur ou de refuser la signification littérale d'un texte clair. Le sens de la règle de droit sur laquelle se fonde la certitude ou d'où découle l'incertitude n'est pas donné, il est construit par le juge ainsi que le démontre une analyse approfondie de la jurisprudence.

La certitude et l'incertitude sont ainsi le résultat d'un processus discursif universalisable et il apparaît artificiel d'en faire un élément subjectif. L'appréciation des caractères sérieux et manifeste ne peut être ramenée à un acte de volonté et rien ne permet de corroborer l'idée selon laquelle cette appréciation serait toujours arbitraire.

542. Définis comme tels, les concepts étudiés contribuent efficacement à la mise en œuvre des principes de bonne administration de la justice et de sécurité juridique en modulant l'application des règles relatives à la compétence, à la procédure et au jugement lui-même. Marquant les limites de nombreuses règles de procédure, ils révèlent

incidemment leurs finalités socioéconomiques. Ce faisant, ils tracent la limite entre leurs applications légitimes et illégitimes.

Ces fonctions ne pourraient pas être pleinement assurées si les concepts se définissaient à partir des critères d'évidence ou de facilité. En effet, cela conduirait à appliquer les mêmes règles aux cas dont la solution est certaine bien que non évidente et à ceux dont la solution est douteuse. Or, le doute insurmontable justifie une réponse procédurale spécifique, destinée notamment à assurer la légitimité de la décision finalement rendue, ce qui ne s'avère pas nécessaire lorsque cette décision peut se réclamer d'une application rigoureuse des règles de droit et dispose ainsi déjà d'une certaine légitimité. Pourquoi imposer au juge des formes différentes pour rendre un jugement qu'il sait indiscutable selon que le raisonnement qui le conduit à cette conclusion est plus ou moins complexe ?

L'analyse fonctionnelle des concepts conduit ainsi à valider rétrospectivement l'analyse définitionnelle et à approuver sans réserve la pratique judiciaire qui s'y rapporte.

543. Contre le recours à ces concepts, il pourrait toujours être opposé que les juridictions en font parfois un usage abusif et ont tendance à qualifier de non sérieux des moyens qui le sont pourtant, ou à qualifier de manifeste une appréciation qui suscite un doute insurmontable¹⁷⁷⁵. Ce faisant, elles empiètent sur le pouvoir reconnu à d'autres juridictions ou cherchent à masquer le caractère partiellement arbitraire de leurs décisions en invoquant une certitude artificielle. Dans le même sens, on relèvera qu'au-delà des abus, les juridictions peuvent toujours commettre des erreurs dans l'appréciation des caractères sérieux et manifeste.

Mais n'est-ce pas le cas de toute notion juridique ? Les juges ne sont jamais à l'abri d'une erreur lorsqu'ils qualifient des faits en droit et il est impossible de se prémunir absolument contre les abus qu'ils pourraient être tentés de commettre. Un juge qui veut faire prévaloir tel intérêt pourra toujours s'affranchir de l'orthodoxie juridique et tordre une notion à cette fin. Doit-on rejeter les concepts de moyen sérieux et d'appréciation manifeste sous prétexte que les juridictions y recourent parfois de façon abusive, pour s'affranchir des règles légitimes s'imposant à elles ? Est-il souhaitable de laisser libre cours aux manœuvres frauduleuses des justiciables et de faire de la justice un processus rigide et coûteux sous prétexte de lutter contre les abus des juges ? Cela reviendrait à se priver d'un outil indispensable et extrêmement important pour la vie judiciaire et la protection des justiciables sans raison impérieuse de ce faire. En effet, la critique ne concerne pas les concepts eux-mêmes, dont la validité et l'utilité ne sont pas contestées, mais leur déformation par les juridictions. Plutôt qu'à l'abandon des concepts, une telle pratique judiciaire appelle à une vigilance accrue de la part de la doctrine, qui joue un rôle disciplinaire vis-à-vis de la jurisprudence en révélant ses erreurs et errements. Jean-Yves

¹⁷⁷⁵ « S'abstenant de toute référence à cette importante décision [Cour EDH, gr. ch., 30 août 2007, *JA. Pye (Oxford)*, n° 44302/02], la troisième chambre civile de la Cour de cassation a préféré qualifier de « non sérieuse » la question, pourtant essentielle dans l'ordre du régime fondamental des biens, de la compatibilité entre la prescription acquisitive et le respect de la propriété. C'est à se demander qui n'est pas sérieux dans cette affaire... » (T. REVET, « N'est ni nouvelle ni sérieuse la question de savoir si la prescription acquisitive porte atteinte aux droits et libertés garantis par les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (non renvoi au Conseil constitutionnel) », *RTD civ.* 2011. 562, spéc. 565)

Vincent écrit ainsi, à propos de la demande d'abandon de la théorie de l'acte clair : « Pour prévenir les « incartades » des tribunaux suprêmes, faut-il [...] prescrire une thérapeutique aussi drastique que sa suppression ? Ce qui, en l'occurrence, crée problème, ce n'est pas le principe de l'acte clair mais son utilisation. On n'ampute pas la main sous prétexte que les articulations des doigts fonctionnent mal »¹⁷⁷⁶.

544. Pour clore cette étude nous voulons observer que l'importance quantitative des décisions retenant le caractère manifeste de la solution ou l'absence de difficulté sérieuse au terme d'un examen très complet et approfondi de la cause révèle que l'imperfection est loin d'être un trait caractéristique du système juridique actuel. Les textes, la jurisprudence et les méthodes d'interprétation utilisées par les juristes sont opérants dans la grande majorité des litiges et permettent parfaitement de dégager une solution certaine. Nous ne voulons pas nier ici l'existence de cas incertains, dont d'ailleurs nous avons montré qu'ils pouvaient être caractérisés malgré l'existence d'un texte clair et précis. Nous voulons simplement montrer que cette incertitude est loin d'être aussi généralisée que l'on pourrait le croire. Les ressources formelles et argumentatives à la disposition des juristes permettent bien d'atteindre une certitude dans de nombreux cas.

Quant à savoir si cette certitude est aisément accessible à tous ou si le droit, bien que connaissable, est trop complexe pour créer une sécurité réelle dans les relations sociales, il s'agit d'un tout autre problème.

¹⁷⁷⁶ J.-Y. VINCENT, *op. cit.*, p. 129. Voir également, à propos de l'obligation pesant sur les juridictions suprêmes des États membres de renvoyer à la Cour de justice de l'Union européenne les questions portant sur l'interprétation des normes de l'Union européenne, les conclusions de l'avocat général F. G. Jacobs pour l'arrêt *Wiener* : « Pour finir, il nous faut signaler que certains auteurs ont défendu une interprétation stricte de l'obligation de saisine, influencés par des exemples occasionnels dans lesquels des juridictions suprêmes avaient non seulement omis de saisir la Cour mais avaient adopté une interprétation du droit communautaire qui était de toute évidence erronée. Il nous semble cependant disproportionné d'élaborer une théorie générale de l'article 177 à partir d'exemples isolés de ce qui peut constituer une mauvaise application de cet article. En tout état de cause, une telle théorie ne résoudra pas le problème, dès lors que la juridiction nationale adopte délibérément un avis différent. Cette théorie exigerait que l'on utilise les grands moyens sans obtenir de résultat pour autant. » (F. G. JACOBS, concl. CJCE, 20 nov. 1997, *Wiener*, C-338/95, Rec. p. I-06495, §63).

ANNEXE I

COUR DE CASSATION

Audience publique du **15 février 2012**
M. CHARRUAULT, président

Non-admission
Décision n° 10109 F

Pourvoi n° F 11-17.782

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu la décision suivante :

Vu le pourvoi formé par M. X, domicilié –, contre l'arrêt rendu le 10 mars 2011 par la cour d'appel de Versailles (2^e chambre, 2^e section), dans le litige l'opposant à Mme Y, domiciliée –, défenderesse à la cassation ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 17 janvier 2012, où étaient présents : M. Charrault, président, Mme Monéger, conseiller rapporteur, M. Pluyette, conseiller doyen, Mme Nguyen, greffier de chambre ;

Vu les observations écrites et plaidoiries de la SCP Thouin-Palat et Boucard, avocat de M. X et de la SCP Piwnica et Molinié, avocat de Mme Y ;

Sur le rapport de Mme Monéger, conseiller, l'avis écrit de M. Domingo, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Vu l'article 1014 du code de procédure civile ;

Attendu que le moyen de cassation annexé, qui est invoqué à l'encontre de la décision attaquée, n'est pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

DECLARE non admis le pourvoi ;

Condamne M. X aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Ainsi décidé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du quinze février deux mille douze.

MOYEN ANNEXE à la présente décision

Moyen produit par la SCP Thouin-Palat et Boucard, avocat aux Conseils, pour M. X

Il est fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué d'AVOIR débouté Monsieur X de ses demandes et tendant à la suppression en application de la loi allemande de la pension alimentaire de 3.000 euros par mois allouée à son ex-épouse lors du divorce ;

AUX MOTIFS QUE : « Sur la compatibilité de la loi allemande avec l'ordre public français :

Par jugement du 14 février 2005, le tribunal régional supérieur de Cologne a homologué la convention des parties selon laquelle M. X s'engage à verser à Mme Y une pension alimentaire après divorce d'un montant mensuel de 3.000 euros, pour le calcul de laquelle les parties se sont basées sur un revenu net mensuel de 10.000 euros pour M. X et de 3.200 euros net pour Mme Y en tenant compte de la pension alimentaire due pour les enfants.

Au terme de l'article 1570 du code civil allemand en vigueur en 2005, un époux peut exiger de l'autre époux une pension alimentaire aussi longtemps et dans la mesure où l'on ne peut attendre de lui qu'il exerce une activité professionnelle en raison de l'entretien ou de l'éducation d'un enfant commun ; en application de la loi du 21 décembre 2007 entrée en vigueur le 1er janvier 2008, l'article 1570 dispose qu'un époux divorcé peut exiger de l'autre époux une pension alimentaire en raison de l'entretien et l'éducation d'un enfant commun pendant au moins trois ans après la naissance. La durée de ce droit à pension alimentaire se prolonge aussi longtemps et dans la mesure où ceci est équitable. Il convient dans ce cas de tenir compte des intérêts de l'enfant et des possibilités de garde existantes. La durée du droit à pension alimentaire se prolonge également si ceci est équitable, en tenant compte de l'organisation de la garde de l'enfant et de l'activité professionnelle durant la vie conjugale, ainsi que de la durée de la vie conjugale. Toutefois, l'article 36 de la loi introductive du code de procédure civile a prévu une disposition transitoire relative à la nouvelle loi, en ce que si les obligations alimentaires ont fait l'objet, avant le 1er janvier 2008, d'une décision définitive, d'un titre exécutoire ou bien d'une convention, les circonstances survenues avant cette date et devenues prépondérantes de par la loi portant modification du droit des obligations alimentaires ne doivent pas être prises en compte que dans la mesure où une modification essentielle de l'obligation alimentaire se produit et où la modification peut être exigée de l'autre partie compte tenu de la confiance placée dans la réglementation prise.

Selon l'interprétation faite par le Professeur Mansel de l'Institut pour le droit privé international et étranger auprès de l'Université de Cologne invoquée par M. X, l'application concrète d'une telle réglementation transitoire dépend des circonstances de chaque cas particulier, et ce qui est déterminant, c'est le caractère acceptable de la modification pour le débiteur [lire créancier] et la confiance que ce dernier a placée dans la réglementation prise ; ainsi il préconise une période transitoire pour permettre au débiteur de se préparer à la perte des aliments dès lors que les conditions de l'article 1570 du code civil modifié par la loi du 21 décembre 2007 sont réunies ; en tout état de cause, le législateur ayant prévu une période transitoire en ce qui concerne les pensions alimentaires accordées avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, celle-ci est applicable au cas d'espèce ; à cet égard l'article 36 de la loi introductive du code de procédure civile a envisagé toutes les hypothèses prévues par le nouvel article 1570 du code civil relatives à l'intérêt de l'enfant et à l'activité professionnelle du débiteur mais le dernier alinéa de l'article 36 [lire article § 1570 du BGB] a élargi la possibilité de prolongation du droit à pension alimentaire en tenant compte de l'organisation de la garde de l'enfant et de l'activité professionnelle durant la vie conjugale, ainsi que de la durée de la vie conjugale

dès lors que “ceci est équitable”, ce qui permet au juge du fond d’apprécier *in concreto* la situation respective des parties et lui laisse une grande marge d’appréciation ; dès lors, la pension alimentaire au profit d’un époux présentant de grandes similitudes avec la prestation compensatoire prévue par les articles 270 et suivants du code civil français, l’application de la loi allemande n’est pas contraire à l’ordre public français.

Sur la demande de suppression de la pension alimentaire versée à Mme Y ;

Lors de la convention entre les parties homologuée en 2005, M. X percevait 10.000 euros net par mois et Mme Y 3.200 euros net étant précisé que l’impôt est prélevé à la source. Selon les justificatifs produits de part et d’autre, M. X a perçu un revenu fiscal de référence de 474.740 euros en 2009 soit 39.560 euros par mois et il est propriétaire de son appartement intégralement payé ; il est imposable en Allemagne bénéficiant en France du statut d’expatrié ; hormis les charges courantes, la taxe foncière s’élève à 1.997 euros la taxe d’habitation à 2.923 euros et des charges de copropriété à 273 euros.

Selon l’avis d’impôt 2010, Mme Y a perçu 74.912 euros de salaires en 2009, soit 6.240 euros par mois et elle dispose d’une voiture de fonction ; outre les charges courantes incompressibles, son impôt annuel sur le revenu s’élève à 19.361 euros, elle paie un loyer mensuel de 2.458 euros la taxe d’habitation de 1573 euros et une employée à domicile pour un salaire mensuel d’environ 300 euros.

Compte tenu des ressources respectives des parties qui ont progressé de part et d’autre depuis le prononcé du divorce, en particulier celles de M. X, le jugement sera confirmé en ce qu’il a débouté M. X de sa demande» ;

ALORS 1°/ QU’ : en énonçant que le droit allemand (article § 1570 du code civil allemand) était applicable, tout en mettant en œuvre les critères du droit français (article 270 du code civil), la cour d’appel n’a pas mis la Cour de cassation en mesure de savoir lequel du droit allemand, ou du droit français, elle décidait de faire application, méconnaissant ainsi l’article 3 du code civil, ensemble l’article 6 § 1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme ;

ALORS 2°/ QU’ : à supposer que l’arrêt attaqué ait été rendu en application du droit français, quand en vertu de l’article 8 de la convention de La Haye du 2 octobre 1973, la loi du divorce régit les obligations alimentaires entre époux, ainsi que la révision des décisions relatives à ces obligations, si bien que la loi allemande, en vertu de laquelle avait été prononcé le divorce, était seule applicable au présent litige, la cour d’appel aurait violé l’article 3 du code civil, ensemble l’article 8 de la convention de La Haye ;

ALORS 3°/ QUE : selon l’article 1569 du code civil allemand, « après le divorce, il incombe à chaque époux de subvenir lui-même à ses besoins. S’il n’est pas en mesure de le faire, il ne peut faire valoir contre l’autre époux une obligation alimentaire qu’en vertu des dispositions suivantes » ; qu’à ce principe couramment qualifié d’auto-responsabilité (*Eigenverantwortung*), il est exceptionnellement dérogé, ainsi que le prévoit l’article § 1570 du même code dans sa rédaction issue de la loi du 21 décembre 2007, en tenant compte de l’intérêt de l’enfant ou compte tenu « la forme de la garde de l’enfant et de l’activité professionnelle pendant le mariage, ainsi que de la durée du mariage » ; que pour rejeter la demande de Monsieur X tendant à la suppression de « la pension alimentaire, à titre de prestation compensatoire » versée à son ex-épouse, l’arrêt énonce que la pension alimentaire au profit d’un époux prévue par le droit allemand présente de grandes similitudes avec la prestation compensatoire prévue par les articles 270 et suivants du code civil français qui vise, quant à lui, à compenser la disparité créée par la dissolution du mariage dans les conditions de vie des ex-époux ; qu’à supposer que la cour d’appel ait

entendu faire application de la loi allemande, elle aurait dénaturé le sens clair et précis de l'article § 1570 du code civil allemand ;

ALORS 4°/ QUE : selon l'article 1569 du code civil allemand, « après le divorce, il incombe à chaque époux de subvenir lui-même à ses besoins. S'il n'est pas en mesure de le faire, il ne peut faire valoir contre l'autre époux une obligation alimentaire qu'en vertu des dispositions suivantes » ; que si, par application de l'article § 1570 du code civil allemand, dans sa version issue de la loi du 21 décembre 2007, le juge peut, par dérogation au principe d'auto-responsabilité, prolonger le droit à pension alimentaire au-delà de la 3ème année de l'enfant dès lors que « ceci est équitable », c'est à condition, précise le même texte, de tenir compte de « l'organisation de la garde de l'enfant et de l'activité professionnelle durant la vie conjugale, ainsi que de la durée de la vie conjugale » ; qu'en estimant qu'elle disposait d'une grande marge d'appréciation, au point de fonder sa décision sur les ressources de chaque époux, quand la référence à l'équité dans les dispositions allemandes était clairement et exclusivement liée à l'intérêt de l'enfant et au principe d'auto-responsabilité, la cour d'appel, à supposer qu'elle ait fait application de la loi allemande, aurait dénaturé le sens clair et précis de l'article § 1570 du code civil allemand ;

ALORS 5°/ QUE : les dispositions du droit allemand (articles 1569 et 1570 du code civil allemand), relatives à la pension alimentaire, ne comportent aucune référence à la situation respective des parties ; que la cour d'appel, qui s'est précisément fondée sur les ressources de chacun de époux pour débouter Monsieur X de sa demande de suppression de la pension alimentaire mise à sa charge, à supposer qu'elle ait entendu faire application de la loi allemande, aurait dénaturé les termes clairs et précis de l'article § 1570 du code civil allemand.

ANNEXE II

COUR DE CASSATION

Audience publique du **15 février 2012**
M. CHARRUAULT, président

Non-admission
Décision n° 10114 F

Pourvoi n° Q 10-28.251

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu la décision suivante :

Vu le pourvoi formé par Mme Sophie C, domiciliée –, contre l'arrêt rendu le 6 juillet 2010 par la cour d'appel de Chambéry (3e chambre), dans le litige l'opposant :

1o/ à Mme J, domiciliée –,

2o/ à M. D, domicilié –,

tous deux pris en qualité de légataires universels de M. Jacques T,

3o/ au procureur général près la cour d'appel de Chambéry, domicilié Palais de justice, 73000 Chambéry,

défendeurs à la cassation ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 17 janvier 2012, où étaient présents : M. Charruault, président, Mme Vassallo, conseiller référendaire rapporteur, M. Pluyette, conseiller doyen, Mme Nguyen, greffier de chambre ;

Vu les observations écrites de la SCP Lyon-Caen et Thiriez, avocat de Mme Sophie C ;

Sur le rapport de Mme Vassallo, conseiller référendaire, l'avis écrit de M. Domingo, avocat général, tel qu'il figure sur son rôle d'audience, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Vu l'article 1014 du code de procédure civile ;

Attendu que le moyen de cassation annexé, qui est invoqué à l'encontre de la décision attaquée, n'est pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

DECLARE non admis le pourvoi ;

Condamne Mme Sophie C aux dépens ;

Ainsi décidé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du quinze février deux mille douze.

MOYEN ANNEXE à la présente décision

Moyen produit par la SCP Lyon-Caen et Thiriez, avocat aux Conseils pour Mme Sophie C

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir déclaré irrecevable l'action en recherche de paternité formée par Madame Sophie C ;

AUX MOTIFS QUE, lors de l'assignation initiale devant le Tribunal de grande instance d'ANNECY, Madame Sophie C visait les dispositions de l'article 321 et 327 du Code civil, aux termes desquelles, sauf lorsqu'elles sont enfermées par la loi dans un autre délai, les actions relatives à la filiation se prescrivent par dix ans à compter du jour où la personne a été privée de l'état qu'elle réclame, ou a commencé à jouir de l'état qui lui est contesté ; qu'à l'égard de l'enfant, ce délai est suspendu pendant sa minorité ; que, selon le second de ces textes, la paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée ; que l'action en recherche de paternité est réservée à l'enfant ; qu'en l'espèce, Madame Sophie C dispose cependant d'un statut particulier, puisque selon l'état civil, elle a la qualité d'enfant légitime du couple C ; qu'en effet son acte de naissance indique qu'elle est née le 31 janvier 1966 du mariage de Bernard C et Christiane L, son épouse ; que c'est donc l'article 333 du Code civil qui régit sa situation selon lequel, lorsque la possession d'état est conforme au titre, seuls peuvent agir l'enfant, l'un de ses père et mère, ou celui qui se prétend le véritable parent, l'action se prescrivant par cinq ans à compter du jour où la possession d'état a cessé ; que nul ne peut contester la filiation lorsque la possession d'état conforme au titre a duré au moins cinq ans depuis la naissance ou la reconnaissance, si elle a été faite ultérieurement ; qu'enfin, à défaut de possession d'état conforme au titre, l'action en contestation peut être engagée par toute personne qui y a intérêt dans le délai prévu par l'article 321 du Code civil ; qu'en l'espèce, bien que Madame Sophie C soutienne le contraire, et affirme que la possession d'état conforme au titre puisse être détruite par tout moyen, aucun des éléments probatoires produits au dossier n'altère la possession d'état d'enfant légitime qui lui a toujours bénéficié ; qu'en effet, il ressort des pièces produites que les établissements T, situés à –, produisaient des vêtements ; que cette entreprise était dirigée par Monsieur Louis T et son fils Jacques T ; que l'on constate au travers des échanges épistolaires, entre 1962 et 1969, que Monsieur Bernard C achetait des costumes à cette entreprise mais aussi que des liens d'amitié existaient entre les deux familles, ce dont attestent les termes rédigés par Jacques T à savoir « ... mon vieux nanard ... » (diminutif de Bernard) ou « ... amitiés affectueuses ... » de même que les cartes postales expédiées à ce dernier, co-signées au gré de ses voyages et vacances, par le couple C, de leurs deux prénoms auxquels plus tard s'est ajouté celui de leur fille, Sophie ; que lors d'événements familiaux, Monsieur T se manifestait régulièrement mais amicalement là encore auprès de ses « ... chers amis ... » tandis que s'adressant à Mme Sophie C, il la vouvoyait et l'appelait « chère petite Sophie ... » ; qu'ainsi il doit être jugé que Madame Sophie C qui, sur l'État civil, est l'enfant légitime du couple T a bénéficié durant toute son enfance et jusqu'à l'âge adulte de plus de quarante ans, d'une possession d'état conforme à ce titre, de sorte qu'elle n'est pas recevable, à revendiquer une autre filiation, étant observé au surplus qu'elle a probablement, du fait de sa filiation légitime, recueilli la succession des époux C, décédés en 1994, en qualité de réservataire ; que, de plus, et contrairement à ce qu'elle plaide, elle ne démontre pas la possession d'état d'enfant naturelle de Jacques T, qui ne s'est jamais comporté envers elle comme un père, mais comme un ami très proche de ses parents avec lesquels il a toujours conservé des liens étroits au long des années, ce qui peut, en soi, expliquer que, célibataire et sans enfant, il

ait fait le choix de léguer certains de ses biens à hauteur de 40 % à leur fille ; que les attestations de Monsieur D ou de Madame E, n'affirment pas la certitude de lien de paternité de Monsieur T, Monsieur D livrant ses interrogations aurait dit à Madame C « ... si cela se trouve c'est peut être votre papa ... » formule assez dubitative, tandis que Monsieur T comme cela a été vu plus haut n'en avait pas le comportement ; que le jugement de première instance sera donc confirmé en ce qu'il a jugé que la demande formulée était irrecevable et dès lors la demande subsidiaire n'a pas davantage à être envisagée, car non recevable elle non plus comme tendant aux mêmes fins ;

ALORS D'UNE PART QUE la possession d'état doit être continue, paisible, publique et non équivoque ; que la Cour d'appel qui, tout en constatant que les attestations produites aux débats par Madame Sophie C n'affirmaient « pas la certitude de lien de paternité de Monsieur Jacques T », ce dont il résultait, cependant, qu'un doute existait sur cette paternité, doute qui entachait nécessairement d'équivoque la possession d'état d'enfant légitime de Madame Sophie C à l'égard de Monsieur Bernard C, a néanmoins jugé qu'aucun des éléments produits au dossier n'altérerait cette possession d'état, n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a, dès lors, violé les dispositions de l'article 311-2 du Code civil ;

ALORS, D'AUTRE PART, QUE Qu'aux termes de l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'Enfant du 20 novembre 1989, l'enfant a, « dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux » et que le droit de connaître son ascendance fait partie intégrante de la notion de « vie privée » au sens de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ; qu'en énonçant, pour déclarer irrecevable l'action de Madame Sophie C tendant à connaître son véritable père, qu'elle avait bénéficié durant toute son enfance et jusqu'à l'âge adulte d'une possession d'état conforme à ce titre, la Cour d'appel l'a privée de son droit de connaître son ascendance et a, dès lors, violé les textes susvisés ;

ALORS, ENFIN, QUE l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder ; qu'en refusant d'ordonner le recours à une expertise biologique afin de trancher le conflit de paternité et d'établir la véritable filiation de Madame Sophie C, sans caractériser l'existence d'un motif légitime de ne pas y procéder, la Cour d'appel a violé ensemble les articles 310-3 et 334 du Code civil et l'article 146 du Code de procédure civile.

BIBLIOGRAPHIE

La présente bibliographie ne peut pas tendre à l'exhaustivité en raison de la transversalité des concepts étudiés. Il n'est en effet pas souhaitable de mentionner tous les travaux, mêmes remarquables, relatifs à chaque procédure au sein de laquelle les dits concepts interviennent. De même, il n'est pas souhaitable de mentionner toutes les études qui se prononcent sur les caractères sérieux ou manifeste dans un litige déterminé, ces commentaires éclairant moins les concepts étudiés que les règles de droit appliquées pour apprécier le bien-fondé des prétentions. Seront donc seules mentionnées les contributions qui traitent directement des concepts étudiés ou qui éclairent spécialement les enjeux de leur utilisation.

SÉLECTION BIBLIOGRAPHIQUE EN PHILOSOPHIE

OUVRAGES

- ARMENGAUD (F.), *La pragmatique*, 5^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, « Que sais-je ? », 2007.
- AUROUX (S.), *La philosophie du langage*, 2^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, « Que sais-je ? », 2013.
- AUSTIN (J. L.), *Quand dire c'est faire*, Paris, Seuil, « Point » 1991.
- BENOIST (J.), *Concepts – introduction à l'analyse*, Paris, Cerf.
- BESNIER (J.-M.), *Théories de la connaissance*, 2^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, « Que sais-je ? », 2011.
- HUME (D.), *La morale – Traité de la nature humaine III*, Paris, Flammarion, 1993.
- HUME (D.), *Enquête sur l'entendement humain*, Paris, Garnier-Flammarion, 1983.
- KRIPKE (S.), *Wittgenstein on Rule and Private Language*, Cambridge, Harvard University Press, 1982.
- LAKS (B.), *Langage et cognition*, Paris, Hermes, 1996.
- MAINGUENEAU (D.), *Aborder la linguistique*, Paris, Seuil, « Essais », 2009.
- PIAGET (J.), *Le structuralisme*, 7^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, « Que sais-je ? », 1979.
- PLATON, *Œuvres complètes*, Traduction L. BRISSON (dir.), Paris, Flammarion, 2008.
- POPPER (K.), *La logique de la découverte scientifique*, Paris, Payot, 1982.
- POPPER (K.), *La quête inachevée*, Paris, Calmann-Lévy, 1981.
- POPPER (K.), *La connaissance objective*, Paris, Aubier, 1991.
- WITTGENSTEIN (L.), *Recherches philosophiques*, Paris, Gallimard, « nrf », 2004.
- WITTGENSTEIN (L.), *De la Certitude*, Paris, Gallimard, « nrf », 2006.
- WITTGENSTEIN (L.), *Tractatus logico-philosophicus*, Paris, Gallimard, « nrf », 1993.

ARTICLES ET CONTRIBUTIONS À UN OUVRAGE COLLECTIF

- ALSALEH (C.), « Quand est-il valide de dire « je sais » ? », *Revue de métaphysique et de morale* 3/2006 (n° 51), p. 375.
- AMSELEK (P.), « La question de la vérité aujourd'hui : bref essai de mise en perspective », *Revue de la recherche juridique* 2008/2, p. 625.
- BOURDIEU (P.), « Wittgenstein, le sociologisme & la science sociale », in J. BOUVERESSE, S. LAUGIER et J.-J. ROSAT (dir.), *Wittgenstein, dernières pensées*, Paris, Agone, 2002, p. 343.
- BOUVERESSE (J.), in C. CHAUVIRÉ, S. LAUGIER et J.-J. ROSAT (dir.), *Wittgenstein : les mots de l'esprit*, « Discussion », Paris, Vrin, 2001, p. 355.
- BOUVERESSE (J.), « Que veut dire faire la même chose ? », *Archives de philosophie* 3/2001 (Tome 64), p. 479.
- BOUVERESSE (J.), « Le paradoxe de Wittgenstein ou comment peut-on suivre une règle », in Ludwig Wittgenstein, *Sud*, hors-série (1986), p. 11.
- CANFIELD (J. V.), « The Community View », *The Philosophical Review* Vol. 105, n° 4 (October 1996), p. 469.
- CHALLE (E.), « Jürgen Habermas et le fondement communicationnel du droit », *Le Philosophoïre* 3/1999 (n° 9), p. 175.
- CHAUVIRÉ (C.), « Engagement et politique chez Wittgenstein », *Cités* 2009/2 (n° 38), p. 25.
- COMETTI (J.-P.), « Qu'est-ce qu'une règle ? », *Éducation et didactique*, vol. 2 - n° 2/2008, p. 139.
- LAUGIER (S.), « Acte de langage ou pragmatique ? », *Revue de métaphysique et de morale*, 2/2004 (n° 42), p. 279.
- LAUGIER (S.), « Performativité, normativité et droit », *Archives de philosophie* 4/2004 (Tome 67), p. 607.
- LAUGIER (S.), « Où se trouvent les règles ? », *Archives de philosophie* 3/2001 (Tome 64), p. 505.
- LAUGIER (S.), « Le privé, l'intérieur et l'extérieur », *Psychanalyse* 3/2005 (n° 4), p. 71.
- LAUGIER (S.), « Le sujet de la certitude », in J. BOUVERESSE, S. LAUGIER et J.-J. ROSAT (dir.), *Wittgenstein, dernières pensées*, Agone, 2002, p. 237.
- LAUGIER (S.), « Règles, formes de vie et relativisme chez Wittgenstein », *Noesis* 14/2008, p. 41.
- LYNCH (M.), « Wittgenstein, règles et épistémologie », *Rue Descartes* 1/2001 (n° 31), p. 11.
- MALCOLM (N.), « Knowledge and Belief », *Mind*, Vol. 61, n° 242 (avr. 1952), p. 178.
- MALCOLM (N.), « Les recherches philosophiques de Wittgenstein », *Philosophie* 1/2005 (n° 84), p. 22.
- MINDUS (P.), « À l'origine du non-cognitivism moderne : Axel Hägerström », *Analisi e diritto* 2008, p. 159.

QUINE (W. V. O.), « Two Dogmas of Empiricism », *The Philosophical Review*, Vol. 60, n° 1 (janv. 1951), p. 20.

SÉLECTION BIBLIOGRAPHIQUE EN THÉORIE DU DROIT

OUVRAGES

- AARNIO (A.), *Rational as Reasonable*, Dordrecht, Pays-Bas, D. Reidel, 1986.
- COLEMAN (J.), *The Practice of Principles*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- DANFORD (J. W.), *Wittgenstein and Political Philosophy*, Chicago, Chicago University press, 1978.
- DWORKIN (R.), *L'empire du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, « Recherches philosophiques », 1994.
- DWORKIN (R.), *Une question de principe*, Paris, Presses Universitaires de France, 1985, p. 215
- HART (H. L. A.), *Le concept de droit*, 2^e éd., Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2005.
- KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962.
- KLATT (M.), *Making the Law Explicit: The Normativity of Legal Argumentation*, États-Unis, Portland, Hart Publishing, 2008.
- LLEWELLYN (K. N.), *The Bramble Bush*, New York, Oceana Publications, 1951.
- MACCORMICK (N.), *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- MACKIE (J.), *Ethics, Inventing Right and Wrong*, New York, Penguin Books, 1977.
- SHAPIRO (S. J.), *Legality*, Harvard, Harvard University Press, 2011.
- TROPER (M.), *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, Presses Universitaires de France, « Léviathan », 1994.
- TROPER (M.), *Philosophie du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, « Que sais-je ? », 2011.

ARTICLES ET CONTRIBUTIONS À UN OUVRAGE COLLECTIF

- ATIENZA (M.), « Les limites de l'interprétation constitutionnelle. Retour sur les cas tragiques », in D. de BÉCHILLON, V. CHAMPEIL-DESPLATS, P. BRUNET et É. MILLARD (dir.), *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 93.
- BALLWEG (O.), « La rationalité prudentielle », *Archives de philosophie du droit* 1978 (n° 23), p. 257.

- BIX (B.), « The Application (and Mis-Application) of Wittgenstein's Rule-Following Considerations to Legal Theory », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 3, n° 2 (juill. 1990), p. 107.
- BONE (R. G.), « Modeling frivolous suits », *University of Pennsylvania Law Review* Vol. 145, (1996-1997), p. 519.
- BRUNET (P.), « Analyse réaliste du jugement juridique », *Cahiers philosophiques* 2016/4 (n° 147), p. 9.
- BRUNET (P.), « Le raisonnement juridique : une pratique spécifique ? », *International Journal for the Semiotics of Law*, Vol. 26, n° 4 (déc. 2013), p. 767.
- BULYGIN (E.), « Alexy Between Positivism and Non-Positivism », *Law of Ukrain*, 2011/1, p. 51.
- CHÉROT (J.-Y.), « Le droit comme pratique normative », in *Mélanges en l'honneur de Pierre André Côté*, Yvon Blais, 2012, p. 57.
- CHÉROT (J.-Y.), « Suivre une (la) règle », in J.-J. SUEUR (dir.), *La transgression*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 365.
- CHÉROT (J.-Y.) et MILLARD (E.), « La dichotomie faits/ valeurs en question. Points de vue croisés », *Analisi e diritto* 2008, p. 153.
- COHEN (M. R.), « Rule versus Discretion », in *Law and the Social Order*, New Brunswick, Transaction Books, 1982, p. 259.
- DEWEY (J.), « Logical Method and Law », *Cornell Law Quarterly* vol. 10, n° 1 (déc. 1924), p. 17.
- DWORKIN (R.), « Hard cases », *Harvard Law Review*, Vol. 88 (1974-1975), p. 1057.
- GREENAWALT (K.), « How Law Can Be Determinate », *UCLA Law Review* vol. 38 (1990 – 1991), p. 1.
- GREENAWALT (K.), « The Nature of Rules and the Meaning of Meaning », *Notre Dame Law Review* vol. 72 (1996 – 1997), p. 1449.
- GRAY (J. C.), *The Nature and Sources of Law*, États-Unis, Gloucester, Peter Smith, 2^e éd., 1972.
- HABA (E. P.), « Rationalité et méthode dans le droit », *Archives de philosophie du droit* 1978 (n° 23), p. 265.
- HOLMES (O. W.), « The Path of the Law », *Harvard Law Review* vol. 10, n° 8 (mars 1897), p. 457.
- HUTCHESON (J.), « Le jugement intuitif, la fonction du « hunch » dans la décision judiciaire », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris, Edouard Duchemin, 1977, tome II, p. 531.
- HUTCHISON (A. C.) et WAKEFIELD (J. N.), « A Hard Look at "Hard Cases": The Nightmare of the Noble Dreamer », *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 2, n° 1 (1982), p. 86.
- JACQUES (F.), « L'analyse des énoncés moraux avant Austin », in P. AMSELEK (dir.), *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1986, p. 62.

- LEITER (B.), « Explaining Theoretical Disagreement », *The University of Chicago Law Review*, Vol. 76, n° 3 (summer 2009), p. 1215.
- LIVET (P.), « Les critiques de la distinction entre faits et valeurs, le problème de la reconnaissance des valeurs et le statut des obligations juridiques », *Analisi e diritto* 2008, p. 190.
- LLEWELLYN (K. N.), « A Realistic Jurisprudence – The Next Step », *Columbia Law Review* vol. 30, n° 4 (avr. 1930), p. 431.
- MACKIE (J.), « The Third Theory of Law », *Philosophy and Public Affairs* vol. 7, n° 1 (automne 1977), p. 3.
- MILLARD (E.), « Positivism logique et réalisme juridique », *Analisi e diritto* 2008, p. 177.
- NINO (C. S.), « A Philosophical Reconstruction of Judicial Review », *Cardozo Law review* vol. 14 (1992 – 1993), p. 799
- OLIPHANT (H.), « A Return to Stare Decisis », *American Bar Association Journal* vol. 14, n° 2 (févr. 1928), p. 72.
- PFERSMANN (O.), « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *Revue française de droit constitutionnel* 2002/4 (n° 52), p. 789.
- POIRIER (R.), « Rationalité juridique et rationalité scientifique », *Archives de philosophie du droit* 1978 (n° 23), p. 11.
- PRIEST (G. L.) et KLEIN (B.), « The Selection of Disputes for Litigation », *Journal of Legal Studies* 1984, n° 13, p. 1.
- RAZ (J.), « Two Views of the Nature of the Theory of Law », in J. COLEMAN (dir.), *Hart's Postscript*, Oxford University Press, 2001, p. 1.
- ROUVIÈRE (F.), « Traiter les cas semblables de façon identique : un aspect méthodologique de l'idée de justice », *Jurisprudence. Revue critique*, 2012, p. 89.
- SCHAUER (F.), « Legal Realism Untamed », *Texas Law Review*, Vol. 91, n° 4 (mars 2013), p. 749.
- TREMBLAY (L. B.), « Le droit a-t-il un sens ? Réflexions sur le scepticisme juridique », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 1999/42, p. 17.
- YABLON (C. M.), « The good, the bad, and the frivolous case: an essay on probability and Rule 11 », *UCLA Law Review*, Vol. 44, n° 1 (oct. 1996), p. 65.

SÉLECTION BIBLIOGRAPHIQUE EN DROIT

OUVRAGES ET THÈSES

- AMRANI-MEKKI (S.) et STRICKLER (Y.), *Procédure civile*, Paris, Presses Universitaires de France, « Thémis Droit », 2014.
- BELLOIR (P.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, L'Harmattan, 2012.
- BLOCH (C.), *La cessation de l'illicite*, Paris, Dalloz, 2008.

- BONNET (J.) et GAHDOUN (P.-Y.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, Presses universitaires de France, « Que sais-je ? », 2014.
- BORÉ (J. ET L.), *La cassation en matière civile*, 5^e éd., Paris, Dalloz, « Dalloz Action », 2015.
- BOUCARON-NARDETTO (M.), *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, Aix-en-Provence, PUAM, 2013.
- BRÉMOND (J.-X.), *Traité théorique et pratique de la compétence administrative*, Paris, L. Larose, 1894.
- BRENNER (C.), *L'acte conservatoire*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé », 1999.
- BROBERG (M.) et FENGER (N.), *Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2013.
- CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, Paris, LexisNexis, 9^e éd., 2016.
- CASU (G.), *Le renvoi préalable – Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2016.
- CAVALLINI (J.), *Le juge national du provisoire face au droit communautaire. Les contentieux français et anglais*, Bruxelles, Bruylant, 1995
- CESARO (J.-F.), *Le doute en droit privé*, Paris, Panthéon-Assas, « Droit privé », 2003.
- CHAINAIS (C.), FERRAND (F.) et GUINCHARD (S.), *Procédure civile*, 33^e éd., Paris, Dalloz, « Précis », 2016.
- CHARTIER (Y.), *La Cour de cassation*, 2^e éd., Paris, Dalloz, « Connaissance du droit », 2001.
- CHEVALLIER (B.), *La motivation des actes juridictionnels*, thèse Dijon, 1987.
- CLAVEL (J.), *Le déni de justice économique dans l'arbitrage international*, thèse Paris II, 2011.
- CLERGERIE (J.-L.), *Le renvoi préjudiciel*, Paris, Ellipses, « Le droit en question », 2000.
- COUCHEZ (G.) et LAGARDE (X.), *Procédure civile*, 17^e éd., Paris, Sirey, « Université », 2014.
- DESPRES (I.), *Les mesures d'instruction in futurum*, Thèse Strasbourg, 2002.
- DISANT (M.), *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité*, Reuil-Malmaison, Lamy, 2011.
- DOUCHY-LOUDOT (M.), *Procédure civile*, 6^e éd., Issy-les-Moulineaux, Gualino, 2014.
- DUBOS (O.), *Les juridictions nationales, juges du droit communautaire*, Paris, Dalloz, 2001.
- ESTOUP (P.), *La pratique des procédures rapides*, 2^e éd., Paris, Litec, 1998.
- FLAUSS (J.-F.), *Les questions préjudicielles et le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire*, thèse Strasbourg, 1976.
- FOUCHARD (P.), GAILLARD (E.), GOLDMAN (B.), *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996.
- FRICERO (N.) et JULIEN (P.), *Procédure civile*, 5^e éd., Paris, LGDJ, « Manuel », 2014.
- GARSONNET (E.) et CÉZAR-BRU (C.), *Traité théorique et pratique de procédure*, tome VIII, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1904.
- GIUDICELLI-DELAGE (G.), *La motivation des décisions de justice*, thèse Poitiers, 1979.
- GUINCHARD (S.) et alii, *Droit et pratique de la procédure civile*, 8^e éd., Paris, Dalloz, « Dalloz Action », 2014.

- GUINCHARD (S.), VARINARD (A.) et DEBARD (T.), *Institutions juridictionnelles*, 13^e éd., Paris, Dalloz, « Précis », 2015
- HÉRON (J.) et LE BARS (T.), *Droit judiciaire privé*, 6^e éd., Paris, L.G.D.J., « Précis Domat », 2015.
- JEULAND (E.), *Droit processuel général*, 3^e éd., Paris, LGDJ, « Domat droit privé », 2014.
- JOLIET (R.), *Le droit institutionnel des Communautés européennes – Le contentieux*, Liège, Faculté de Droit, d'Économie et de Sciences sociales de Liège, 1981.
- LAFERRIÈRE (E.), *Traité de la juridiction administrative*, tomes I et II, Paris, Berger-Levrault, 1896.
- LEFORT (C.), *Procédure civile*, 5^e éd., Paris, Dalloz, « Cours Dalloz », 2014.
- LOQUIN (E.), *L'arbitrage du commerce international*, Paris, Joly éditions, 2015.
- MAGNON (X.) et alii, *QPC, la question prioritaire de constitutionnalité : principes généraux, pratique et droit du contentieux*, Paris, LexisNexis, 2013.
- MARRAUD (C.), *La notion de dénaturation en droit privé français*, thèse Grenoble, 1974.
- MASSOT (J.), FOUQUET (O.) et STAHL (J.-H.), *Le Conseil d'État juge de cassation*, Paris, Berger-Levrault, 1996.
- MATHIEU (B.), *Question prioritaire de constitutionnalité, la jurisprudence (mars 2010 – novembre 2012)*, Paris, LexisNexis, 2013.
- MATHIEU (B.) et ROUSSEAU (D.), *Les grandes décisions de la question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, LGDJ, 2013.
- MAUGÜÉ (C.) et STAHL (J.-H.), *La Question prioritaire de constitutionnalité*, 2^e éd., Paris, Dalloz, « Connaissance du droit », 2013.
- MIMIN (P.), *Le style des jugements (vocabulaire – construction – dialectique – formes juridiques)*, 4^e éd., Paris, Librairies techniques, 1970.
- NAÔMÉ (C.), *Le renvoi préjudiciel en droit européen, guide pratique*, Bruxelles, Larcier, 2007.
- PERROT (R.), *Institutions judiciaires*, 15^e éd., Paris, Montchrestien, « Domat droit privé », 2012.
- PERTEK (J.), *La pratique du renvoi préjudiciel en droit communautaire*, Paris, Litec, 2001.
- PERTEK (J.), *Coopération entre juges nationaux et Cour de justice de l'Union européenne. Le renvoi préjudiciel*, Bruxelles, Bruylant, 2013.
- PUTMAN (E.), *La formation des créances*, thèse Aix-Marseille, 1987.
- ROUSSEAU (D.) et BONNET (J.), *L'essentiel de la QPC*, Issy-les-Moulineaux, Gualino, 2012.
- SERAGLINI (C.), *Lois de police et justice arbitrale*, Paris, Dalloz, 2001.
- SOLUS (H.) et PERROT (R.), *Droit judiciaire privé*, tome II, « La compétence », Paris, Sirey, 1973.
- STRICKLER (Y.), *Le juge des référés, juge du provisoire*, thèse Strasbourg, 1993.
- VANDERSANDEN (G.), *La procédure préjudicielle devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011.
- VERPEAUX (M.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, Hachette, 2013.

- VIALA (A.) (dir.), *Nature de l'office du juge de 1^{ère} instance et d'appel dans l'appréciation du caractère sérieux d'une QPC : Filtrage ou contrôle de constitutionnalité*, sept. 2012, CERCOP, Université de Montpellier 1, disponible sur le site GIP droit et justice.
- VINCENT (J.-Y.), *L'évidence en contentieux administratif*, texte remanié, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2013.
- VOCANSON (C.), *Le Conseil d'État français et le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2014.
- VOGEL (L.) (dir.), *Cours suprêmes : comment le filtrage des recours révèle le pouvoir des juges*, Paris, Panthéon-Assas, « Droit global », 2005.
- VUITTON (X. et J.), *Les référés*, 3^e éd., Paris, LexisNexis, 2012.
- WEBER (J.-F.), *La Cour de cassation*, Paris, La documentation française, 2006.
- WOOG (J.-C.), *La résistance injustifiée à l'exercice des voies de droit*, Paris, L.G.D.J., 1972.

ARTICLES

- AKANDJI-KOMBÉ (J.-F.), « Le juge (du fond), les parties et la question prioritaire de constitutionnalité », *D.* 2010. 1725.
- AMRANI-MEKKI (S.), « À propos de la rétroactivité de la jurisprudence », *RTD civ.* 2005. 293.
- ASHWORTH (A.), « Singularité et tradition : l'article 12 de la loi du 31 décembre 1987 », *RDP* 1990. 1439.
- BARBIÈRI (J.-J.) et COLENO (C.), « De minimis curat praetor », *LPA* 22 et 23 juill. 2003 (n° 145 et 146), p. 4 et p. 6.
- BÉNABENT (A.), « Pour la Cour de cassation aussi, mais autrement... » *D.* 1989. 222.
- BERDAH (A.), « Brèves réflexions sur l'article 1014 du code de procédure civile », *D.* 2010. 1426.
- BERNAUD (V.), « Faut-il (encore) soulever des QPC en droit du travail ? », *Droit social* 2012. 458.
- BERR (C.-J.), « L'insertion dans les procès français du mécanisme européen des questions préjudicielles », *JCP* 1967. I. 2060.
- BERTIN (P.), « Juge des référés et juge d'instruction – ou « Le criminel ne tient plus toujours le civil en état » », *Gaz. Pal.* 1985. doct. 226.
- BONASSIES (P.), « De l'opposabilité de la clause compromissoire au principe « compétence-compétence », *DMF* 2006. 666.
- BONNET (A.) et BRIAND (L.), « Le contentieux constitutionnel devant les juridictions du fond : 2nd semestre 2014 », *Gaz. Pal.* 5 févr. 2015 (n° 36), p. 5.
- BONNET (A.) et BRIAND (L.), « Le contentieux constitutionnel devant les juridictions du fond : 1^{er} semestre 2014 », *Gaz. Pal.* 24 juill. 2014 (n° 205), p. 5.

- BONNET (A.) et BRIAND (L.), « Le contentieux constitutionnel devant les juridictions du fond : 2nd semestre 2013 », *Gaz. Pal.* 30 janv. 2014 (n° 30), p. 6.
- BONNET (A.) et BRIAND (L.), « Le contentieux constitutionnel devant les juridictions du fond : 2nd semestre 2012 », *Gaz. Pal.* 7 févr. 2013 (n° 38).
- BONNET (A.) et BRIAND (L.), « Le contentieux constitutionnel devant les juridictions du fond : 1^{er} semestre 2012 », *Gaz. Pal.* 9 août 2012 (n° 222), p. 5.
- BORÉ (J.), « La Cour de cassation de l'an 2000 », *D.* 1995. 133.
- BORÉ (L.), « L'aide juridictionnelle », *Justice et cassation* 2008. 38.
- BORÉ (L.) et DE SALVE DE BRUNETON (J.), « Quelques idées sur le pourvoi en cassation », *D.* 2005. 180.
- BOURDOISEAU (J.), « Questionnements sur la fonction juridictionnelle de la Cour de cassation », *LPA* 25 janv. 2007 (n° 19), p. 6.
- BRENET (F.) et CLAEYS (A.), « La procédure de saisine pour avis du Conseil d'État : pratique contentieuse et influence en droit positif », *RFDA* 2002. 525.
- BRIAND (L.), « Le contentieux constitutionnel devant les juridictions du fond : 2nd semestre 2011 », *Gaz. Pal.* 8 mars 2012 (n° 68), p. 12.
- BRIAND (L.), « Le contentieux constitutionnel devant les juridictions du fond : 1^{er} semestre 2011 », *Gaz. Pal.* 15 sept. 2011. (n° 258), p. 7.
- BRIAND (L.), « L'office du juge du fond et les QPC jugées non sérieuses par les cours suprêmes », *Gaz. Pal.* 2011. 3405.
- BRIAND (L.), « Un an (ou presque) de QPC devant les juridictions du fond », *Gaz. Pal.* 2011, étude 14769, p. 165.
- BROBERG (M.) et FENGER (N.), « L'application de la doctrine de l'acte clair par les juridictions des États membres », *RTD eur.* 2010. 861.
- BURGELIN (J.-F.), COULON (J.-M.) et FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le juge des référés au regard des principes procéduraux », *D.* 1995 chron. 67.
- CACHARD (O.), « Le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire », *Rev. arb.* 2006. 893.
- CACHIA (M.), « La règle « le criminel tient le civil en état » dans la jurisprudence », *JCP* 1955. I. 1245.
- CANIVET (G.), « La procédure d'admission des pourvois en cassation », *D.* 2002. 2195.
- CASU (G.), « Qu'est-ce qu'une question préjudicielle ? », *Procédures* août 2016, étude 8.
- CHABOT (G.), « Remarques sur la finalité probatoire de l'article 145 du nouveau code de procédure civile », *D.* 2000, chron. 256.
- CHARRUAULT (C.), « Propos sur la parole de la Cour de cassation », intervention du 15 mars 2010, disponible sur le site internet de la Cour.
- CHAVANNE (A.), « Les effets du procès pénal sur le procès engagé devant le Tribunal civil », *RSC* 1954. 239.

- CHEVALIER (P.), « La pratique du filtrage des QPC dans le domaine du droit des personnes, de la famille et de la nationalité », *Constitutions* 2012. 588.
- CONTIS (N.), « Le procès civil et les mesures avant dire droit », *JCP G* 2010. I. 1132.
- CORNU (G.) et MOTULSKY (H.), « Les modifications apportées à la procédure de la mise en état des causes par le décret du 7 décembre 1967 », *JCP G* 1968. I. 2150.
- COTTIN (M.), « La Cour de cassation se dote d'une procédure d'admission des pourvois en cassation », *D.* 2002. 748.
- COUCHEZ (G.), « Référé et arbitrage (Essai de bilan... provisoire) », *Rev. Arb.* 1986. 155.
- COUDURIER (P.), « La procédure d'admission des pourvois en cassation », *RFDA* 1990. 338.
- COUTRON (L.), « Assouplissement de l'obligation de renvoi préjudiciel *vs.* affermissement de la responsabilité judiciaire de l'État : à la recherche d'un équilibre », *RTD eur.* 2016. 407.
- CROZE (H.), « La question prioritaire de constitutionnalité – Aspects procéduraux », *JCP G* 2010. I. 269.
- DARNANVILLE (H. M.), « La saisine pour avis du Conseil d'État et de la Cour de cassation », *AJDA* 2001. 416.
- DE LAMY (B.), « La conception constitutionnelle de la légalité pénale et les aléas de la jurisprudence de la chambre criminelle », *RSC* 2012. 221.
- DE LAMY (B.), « La question prioritaire de constitutionnalité : une nouveauté... lourde et inachevée », *RSC* 2010. 201.
- DE LAMY (B.), « Les incidences, possibles et souhaitables, de l'avènement de la question préjudicielle de constitutionnalité », *RSC* 2009. 154.
- DELANOY (L.-C.), « Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation : trois constats, trois propositions », *Rev. arb.* 2007. 177.
- DE NERVO (O.), « Le plaideur obsessionnel », *Gaz. Pal.* 21 oct. 2004 (n° 285), p. 2.
- DEUMIER (P.), « QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du filtrage) », *RTD civ.* 2010. 504
- DEUMIER (P.), « Un arrêt non publié peut-il faire jurisprudence ? », *RTD civ.* 2011. 87.
- DEUMIER (P.), « L'interprétation de la loi : quel statut ? quelles interprétations ? quel(s) juge(s) ? quelles limites ? », *RTD civ.* 2011. 90.
- DUMAS (J.-P.), « L'aide juridictionnelle et le pourvoi en cassation », *JCP G* 2009. I. 296.
- FLORES (P.), « La chambre sociale et la question prioritaire de constitutionnalité : de la distorsion entre l'image doctrinale et la réalité juridictionnelle », *Droit social* 2014. 308.
- FLORES (P.) et VIALETTES (M.), « Droit du travail et QPC : nouvelles sources, nouvelles ruptures », *Droit social* 2015. 486.
- FOSSIER (T.), « Comprendre les refus de transmission de QPC par la chambre criminelle de la Cour de cassation », *Constitutions* 2012. 94.
- FOUCHARD (P.), « La coopération du président du tribunal de grande instance à l'arbitrage », *Rev. arb.* 1985. 5.

- FOULON (M.) et STRICKLER (Y.), « Les pouvoirs du juge des référés », *Gaz. Pal.* 2012. 1348.
- FOUSSARD (D.), « Retour sur l'excès de pouvoir en matière d'arbitrage : vers une consolidation des règles ? », *Rev. arb.* 2004. 803.
- GARREAU (D.), « Du bon usage de la procédure d'admission des pourvois en cassation », *D.* 2012. 1137.
- GAUDEMET (Y.), « Les questions préjudicielles devant les deux ordres de juridiction », *RFDA* 1990. 764.
- GENTILI (C.), « Le caractère sérieux dans la procédure civile et le contentieux administratif », 2012, disponible sur le site halshs.archives-ouvertes.fr.
- GRANDJEAN (P.), « L'évolution du référé commercial », *Revue de jurisprudence commerciale* 1993. 177.
- GRANJON (D.), « Les questions préjudicielles », *AJDA* 1968. 75.
- GRIDEL (J.-P.), « Question prioritaire de constitutionnalité – Le filtrage par la Cour de cassation », *BICC* n° 761 (1 mai 2012), p. 6.
- GRIDEL (J.-P.), « La Cour de cassation, au printemps 2009..., La théorie, la pratique, et l'activité usuelle d'un conseiller au civil (1ère partie) », *Gaz. Pal.* 9 avr. 2009, p. 2.
- GUYOMAR (M.) et DOMINO (X.), « Renvois préjudiciels et bonne administration de la justice », *AJDA* 2012. 27.
- HATOUX (B.), « La portée des arrêts non publiés de la Cour de cassation en matière civile », *BICC* 15 déc. 1993, p. 21.
- HAY (P.), « Une approche politique de l'application de l'article 177 du traité CEE par les juridictions nationales », *Cab. dr. eur.* 1971. 503.
- HAZAN (H.), « Le moyen sérieux », intervention du 25 janvier 2010 à la Cour de cassation au cours du colloque « Droit et technique de cassation », disponible sur le site internet de la Cour.
- HÉBRAUD (P.), « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », *RTD civ.* 1973. 162.
- HÉBRAUD (P.), « Aggiornamento à la Cour de cassation », *D.* 1979. 208.
- HEUZÉ (V.), « Arbitrage international : quelle raison à la déraison ? », *D.* 2011. 2880.
- JACQUINOT (N.), « L'utilisation par les juges du fond des arrêts de non renvoi d'une QPC », *AJDA* 2012. 2097.
- LABAYLE (H.), « Le Conseil d'État et le renvoi préjudiciel à la CJCE », *AJDA* 1983. 155.
- LABETOULLE (D.), « Ni monstre, ni appendice : le « renvoi » de l'article 12 », *RFDA* 1988. 213.
- LACABARATS (A.), « Les compétences du juge civil des référés en matière pénale », *Justices* 1998, n° 10, p. 151.
- LACABARATS (A.), « Les outils pour apprécier l'intérêt d'un arrêt de la Cour de cassation », *D.* 2007. 889.
- LACABARATS (A.), « Le moyen sérieux », intervention du 25 janvier 2010 dans le cadre du

« cycle droit et technique de cassation » organisé par la Cour de cassation, disponible sur le site de la Cour.

LAGRANGE (M.), « Cour de justice européenne et tribunaux nationaux ; la théorie de l'« acte clair » : pomme de discorde ou trait d'union », *Gaz. Pal.* 1971. 1. 132

LALLET (A.) et DOMINO (X.), « Chronique générale de jurisprudence administrative française », *AJDA* 2011. 375.

LE CORRONCQ (A.) et CADIO (P.), « La saisie conservatoire de marque : pourquoi et comment ? », *JCP E* 2013. 1073.

LE PRADO (D.), « Le moyen sérieux, outil de régulation de l'accès au juge de cassation », *Justice et cassation* 2011. 221.

LEMAIRE (F.), « Les requérants d'habitude », *RFDA* 2004. 554

LESSI (J.), « Les questions préjudicielles du juge administratif à l'autorité judiciaire », *AJDA* 2015. 274.

LIÉBER (S.-J.), BOTTEGHI (D.) et DAUMAS (V.), « La question prioritaire de constitutionnalité vue du Conseil d'État », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* n° 29 (oct. 2010), p. 101.

LIÉBER (S.-J.) et BOTTEGHI (D.), « Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ? », *AJDA* 2010. 1355.

LINDON (R.), « De certaines récentes modifications de la procédure devant la Cour de cassation », *JCP G* 1980. I. 2967.

LOKIEC (P.) et PORTA (J.), « Droit du travail – Relations professionnelles », *D.* 2016. 2252.

LOQUIN (E.), « Le contrôle de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage », *RTD com.* 2006. 764.

LOUVEL (B.), *JCP G* 2015. I. 1122.

LYONNET (B.), « Les pouvoirs du juge des référés, en fonction des notions de contestation sérieuse et d'apparence du droit », *Revue de jurisprudence commerciale* 1975. 6.

MAINGUY (D.), « De la légitimité des normes, et de son contrôle », *JCP G* 2011. I. 250.

MARTIN (R.), « Le référé, théâtre d'apparence », *D.* 1979. 158.

MARTIN-LAPRADE (B.), « Le filtrage des pourvois et les avis contentieux », *AJDA* 1988. 85.

MAZAR (M. F.), « La question prioritaire devant la Cour de cassation, une “porte étroite” ? », *RDT* 2010. 622.

MINIATO (L.), « La jurisprudence contre la loi ? Vers une interprétation (encore) audacieuse de l'article 4 du code de procédure pénale », *LPA* 24 juill. 2008, n° 148.

MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD (A.-M.), « La Saisine pour avis de la Cour de cassation », *JCP G* 1992. I. 3576.

NORMAND (J.), « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », *RTD civ.* 1975. 146.

NORMAND (J.), « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », *RTD civ.* 1977. 588.

- NORMAND (J.), « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », *RTD civ.* 1979. 650.
- NORMAND (J.), « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », *RTD civ.* 1980. 145.
- NORMAND (J.), « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », *RTD civ.* 1988. 167.
- NORMAND (J.), « Les limites du référé probatoire (art. 145, nouveau c. pr. civ.) », *RTD civ.* 1990. 134
- NORMAND (J.), « Le contrôle de l'illicéité manifeste du trouble par la Cour de cassation », *RTD civ.* 1997. 216.
- PARLEANI (G.), « Le juge des référés face au droit communautaire », *D.* 1990. 65.
- PÉPY (A.), « Essai d'ensemble sur l'application de l'article 177 du Traité de Rome », *D.* 1964. 11.
- PERDRIAU (A.), « Le contrôle de la Cour de cassation en matière de référé », *JCP G* 1988. I. 3365.
- PERDRIAU (A.), « L'aide juridictionnelle pour se pourvoir en cassation », *Gaz. Pal.* 25 juin 2002 (n° 176), p. 2.
- PERDRIAU (A.), « Les formations restreintes de la Cour de cassation », *JCP G* 1994. I. 3768.
- PERDRIAU (A.), « La non-admission des pourvois », *JCP G* 2002. I. 181.
- PERRIER (J.-B.), « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par la Cour de cassation », *RFDA* 2011. 711.
- PESCATORE (P.), « L'attitude des juridictions nationales à l'égard du problème des effets directs du droit communautaire », *RTD eur.* 1970. 300.
- PETTI (B.), « L'évidence », *RTD civ.* 1986. 485.
- POULET (L.), « Pratique des décisions de non-admission. Point de vue d'un avocat à la Cour de cassation », *Gaz. Pal.* 2014. 155.
- PRADEL (J.), « Un nouveau stade dans la protection des victimes », *D.* 1983. 241.
- PRALUS (M.), « Observations sur l'application de la règle « criminel tient le civil en état » », *RSC* 1972. 31.
- ROBERT (J.-H.), « Autorité de la chose jugée au pénal sur le civil », *Procédures* 2007, études 19.
- ROBINE (A.), « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *Annales de la faculté de droit de Strasbourg* 2000 (n° 4), p. 105.
- ROBLOT-TROIZIER (A.), « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État », *RFDA* 2011. 691.
- ROBLOT-TROIZIER (A.), « La question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions ordinaires : entre méfiance et prudence », *AJDA* 2010. 80.
- RONDEAU-RIVIER (M.-C.), « L'évidence et la notion de contestation sérieuse », *Gaz. Pal.* 1991. 1. 355.

- ROULET (V.), « La saisine pour avis : Conseil d'État et Cour de cassation », *LPA* 22 janv. 1992 (n° 10), p. 11.
- ROUSSE (J.-P.), « La contestation sérieuse, obstacle à la compétence du juge des référés ; la contestation sérieuse, condition de la compétence du juge des référés », *Gaz. Pal.* 1974. 2. 837.
- ROUSSE (J.-P.), « Nature et finalité de la mesure de référé », *Gaz. Pal.* 1977. 1. 249.
- ROUSSE (J.-P.), « Feu le préjudice au principal », *Gaz. Pal.* 1972. 2. 539.
- ROUSSEAU (D.), « L'exception d'inconstitutionnalité : un chantier difficile », *RDPSC* 2009. 631.
- ROUSSEAU (D.) et GAHDOUN (P.-Y.), « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2010 », *RDP* 2011. 266.
- SERAGLINI (C.), « Droit de l'arbitrage », *JCP G* 2009. I. 148.
- SOMMER (J.-M.) et MUNOZ PEREZ (B.), « Dix ans de non-admission devant les chambres civiles de la Cour de cassation », févr. 2014, disponible sur le site de la Cour.
- SOURIOUX (J.-L.), « La croyance légitime », *JCP G* 1982. I. 3058.
- STAHL (J.-H.) et CHAUVAUX (D.), « Conditions de la saisine du Conseil d'État pour avis », *AJDA* 1995. 882.
- SUDRE (F.), « De QPC en Qpc... ou le Conseil constitutionnel juge de la Convention EDH », *JCP G* 2014. 1027, n° 23
- SUDRE (F.), « La subsidiarité, « nouvelle frontière » de la Cour européenne des droits de l'Homme. – À propos des protocoles 15 et 16 à la Convention », *JCP G* 2013. 1086.
- TELLIER (V.), « En finir avec la primauté du criminel sur le civil ! », *RSC* 2009. 797.
- TENDLER (R.), « Le juge des référés, une « procédure ordinaire » ? », *D.* 1991. 139.
- TERRIER (F.), « La pratique de la procédure de non-admission à la Cour de cassation », *Justice et cassation* 2013. 98.
- THÉRY (P.), « Les limites de la priorité accordée à l'arbitre pour statuer sur son investiture : temps et contretemps », *RTD civ.* 2004. 770.
- TOURARD (H.), « Quelques observations sur le Conseil d'État juge de cassation », *RDP* 2000. 487.
- TRICOT (D.), « L'élaboration d'un arrêt de la Cour de cassation », *JCP G* 2004. I. 108.
- VIALATTE (P.), « La mise en œuvre par les juridictions de premier degré de la procédure simplifiée de l'article L.9 du code des TA et des CAA en contentieux fiscal », *Revue de droit fiscal* 13 mars 1996, n° 100024.
- VIGNEAU (V.), « Le régime de la non-admission des pourvois devant la Cour de cassation », *D.* 2010. 102.
- WAQUET (P.), « Contrat de travail et statut collectif », *Revue de jurisprudence sociale* juin 1994. 401.
- ZENATI (F.), « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *D.* 1992. 247.

ARTICLES DANS UNE ENCYCLOPÉDIE

- AMBROISE-CASTÉROT (C.), « Action civile », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, 2016.
- BARTHÉLEMY (J.), « Aide juridictionnelle », *Répertoire de contentieux administratif*, 2014.
- BOITEAU (C.) et BÉAL (A.), « Compétence. – Questions préjudicielles devant le juge administratif », *JurisClasseur justice administrative*, fasc. 36, 2016.
- CAYROL (N.), « Référé civil », *Répertoire de procédure civile*, 2016.
- JARROSSON (C.) et LE BARS (B.), « Arbitrage commercial.- Droit interne », *JurisClasseur commercial*, fasc. 197, 2014.
- LOQUIN (E.), « Arbitrage. – Compromis et clause compromissoire », *JurisClasseur Procédure civile*, fasc. 1020, 2015.
- LOQUIN (E.), « Arbitrage.- Compétence arbitrale.- conflit entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *JurisClasseur procédure civile*, fasc. 1034, 2016.
- MOREAU (B.), « Arbitrage en droit interne », *Répertoire de procédure civile*, 2016.
- PIEDELIEVRE (S.) ET GUERCHOUN (F.), « Saisies et mesures conservatoires », *Répertoire de procédure civile*, 2016.
- SEILLER (B.), « Questions préjudicielles », *Répertoire de contentieux administratif*, 2016.
- STAHL (J.-H.), « Recours en cassation », *Répertoire de contentieux administratif*, 2016.
- STAHL (J.-H.), « Cassation. – Procédure d’instruction des pourvois. – Admission », *JurisClasseur justice administrative*, fasc. 80-22, 2012.
- TALLON (I.), MARTIN (R.) et MIKALEF-TOUDIC (V.), « Inscription de faux », *JurisClasseur Procédure civile*, 2014, fasc. 626, 2015.
- VUITTON (X.), « Référés. – Conditions générales des pouvoirs du juge des référés », *JurisClasseur procédure civile*, fasc. 471, 2014.
- VUITTON (X.), « Référés spéciaux », *JurisClasseur procédure civile*, fasc. 474, 2014.

CONTRIBUTIONS À UN OUVRAGE COLLECTIF

- AMRANI-MEKKI (S.), « Les textes organisant la non-admission des pourvois en cassation en droit français », in AMRANI-MEKKI (S.) et CADIET (L.) (dir.), *La sélection des pourvois à la Cour de cassation*, Paris, Economica, 2005, p. 19.
- AMRANI-MEKKI (S.), « La sélection des pourvois à la Cour de cassation », in *Ordre des avocats au Conseil d’État et à la Cour de cassation* (dir.), *Le juge de cassation en Europe*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2012, p. 53.
- BERGEL (J.-L.), « La loi du juge : dialogue ou duel ? », in *Mélanges en l’honneur de Pierre Kayser*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d’Aix-Marseille, 1979, p. 21.
- BLACHÈRE (P.), « Propos introductif – Un an de politique jurisprudentielle de la Cour de cassation en matière de QPC », in MARTINON (A.) et PETIT (F.) (dir.), *Le juge judiciaire et la Constitution*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2012, p. 3.

- BLONDEL (P.), in AMRANI-MEKKI (S.) et CADIET (L.) (dir.), *La sélection des pourvois à la Cour de cassation*, Paris, Economica, 2005, p. 83.
- BON (P.), « Les conditions de recevabilité de la question préjudicielle de constitutionnalité en droit comparé », in GAY (L.) (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité, approche de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 31.
- BONFILS (P.), « Propos hétérodoxes sur la primauté du criminel sur le civil », in MALABAT (V.), DE LAMY (B.) et GIACOPELLI (M.) (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale*, Paris, Dalloz, 2009, p. 257.
- BUFFET (J.), in AMRANI-MEKKI (S.) et CADIET (L.) (dir.), *La sélection des pourvois à la Cour de cassation*, Paris, Economica, 2005, p. 103.
- CHARRUAULT (C.), in AMRANI-MEKKI (S.) et CADIET (L.) (dir.), *La sélection des pourvois à la Cour de cassation*, Paris, Economica, 2005, p. 115.
- CHÉROT (J.-Y.), « Conclusion – Sur le rôle de la Cour de cassation dans le système de la question de constitutionnalité », in MARTINON (A.) et PETIT (F.) (dir.), *Le juge judiciaire et la Constitution*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2012, p. 119.
- CLAPIÉ (M.), « Demandeurs et émetteurs d'avis », in REVET (T.) (dir.), *L'inflation des avis en droit*, Paris, Economica, 1998, p. 33.
- DELANOY (L.-C.), in LOQUIN (E.) et MANCIAUX (S.) (dir.), *L'ordre public et l'arbitrage*, Paris, LexisNexis, 2014, p. 225.
- DEUMIER (P.), « Synthèse », in DEUMIER (P.) (dir.), *Le raisonnement juridique*, Paris, Dalloz, « Méthodes du droit », 2013, p. 251.
- DESROSIERS (J.-P.), GREN (M.) et MACAYA (A.), « Le Conseil d'État, juge constitutionnel ? », in MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.) (dir.), *L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'État*, Paris, Dalloz, 2011, p. 33.
- DIDIER (P.), « L'application de la Constitution par le juge judiciaire... en droit des affaires », in MARTINON (A.) et PETIT (F.) (dir.), *Le juge judiciaire et la Constitution*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2012, p. 39.
- DISANT (M.), « L'utilisation par le Conseil d'État des décisions du Conseil constitutionnel. Figures, contraintes et enjeux autour de l'« appropriation » du contrôle de constitutionnalité de la loi », in MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.) (dir.), *L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'État*, Paris, Dalloz, 2011, p. 51.
- DUMON (F.), « Le renvoi préjudiciel (art. 41 CECA, 177 CEE et 150 CEA) - Rapport », in Collège d'Europe, *Droit communautaire et droit national*, Semaine de Bruges 1965, Bruges, De Tempel, p. 197.
- ÉGÉA (P.), « Les cours suprêmes, « contre-pouvoirs » face au Conseil constitutionnel ? », in MAGNON (X.), ESPLUGAS (P.), MASTOR (W.) et MOUTON (S.) (dir.), *Question sur la question 3 (QsQ) : de nouveaux équilibres institutionnels ?*, actes du colloque du 14 juin 2013 à l'Université Toulouse 1 Capitole, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, p. 167.
- FATIN-ROUGE STÉFANINI (M.), « L'appréciation, par les cours suprêmes, du caractère sérieux de la question prioritaire de constitutionnalité », in CARTIER (E.), GAY (L.) et

- VIALA (A.) (dir.), *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Paris, Institut universitaire Varenne, 2015, p. 29.
- FATIN-ROUGE STÉFANINI (M.) et GAY (L.), « Filtrage des QPC et système de justice constitutionnelle », in *Long cours – Mélanges en l'honneur de Pierre Bon*, Paris, Dalloz, 2014, p. 195.
- FAVRE (C.), « La procédure de non-admission des pourvois en cassation », in *Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation* (dir.), *Le juge de cassation en Europe*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2012, p. 41.
- FLAUSS (J.-F.), « La sélection des recours et la Convention européenne des droits de l'homme », in AMRANI-MEKKI (S.) et CADIET (L.) (dir.), *La sélection des pourvois à la Cour de cassation*, Paris, Economica, 2005, p. 43.
- FOULON (M.), « Quelques remarques d'un président de tribunal de grande instance sur l'article 145 du Nouveau code de procédure civile », in *Le juge entre deux millénaires – Mélanges offerts à Pierre Drat*, Paris, Dalloz, 2000, p. 311.
- GAILLARD (E.), « L'effet négatif de la compétence-compétence », in *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, Lausanne, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 1999, p. 387.
- GUINCHARD (S.), « Petit à petit, l'effectivité du droit à un juge s'effrite », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Paris, Dalloz, 2007, p. 275.
- HOONAKKER (P.), « Retour sur l'arrêt de l'exécution provisoire de droit : un espoir déçu », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Paris, Dalloz, 2010, p. 721.
- JARROSSON (C.), « L'intensité du contrôle de l'ordre public », in LOQUIN (E.) et MANCIAUX (S.) (dir.), *L'ordre public et l'arbitrage*, Paris, LexisNexis, 2014, p. 161.
- JEULAND (E.), « Le critère de la non-admission : quelle rationalité ? », in AMRANI-MEKKI (S.) et CADIET (L.) (dir.), *La sélection des pourvois à la Cour de cassation*, Paris, Economica, 2005, p. 81.
- KESSEJIAN (C.), in LOQUIN (E.) et MANCIAUX (S.) (dir.), *L'ordre public et l'arbitrage*, Paris, LexisNexis, 2014, p. 233.
- LAVIALLE (C.), « Atypie et auteur de la décision. Sur un grand arrêt domanial de la Cour de cassation », in HECQUARD-THÉRON (M.) (dir.), *Les décisions juridictionnelles atypiques*, Toulouse, Presses universitaires de Toulouse I, 2006, p. 28.
- LEBORGNE (F.), « Question préjudicielle », in CADIET (L.) (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, Presses Universitaires de France, 2004, p. 1117.
- MATHIEU (B.), « La question prioritaire de constitutionnalité et le droit administratif », in PERRIER (J.-B.) (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, PUAM, 2011, p. 143.
- MATSOPOULOU (H.), « L'application de la constitution par le juge judiciaire... en droit pénal », in MARTINON (A.) et PETIT (F.) (dir.), *Le juge judiciaire et la Constitution*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2012, p. 73.
- MINET-LETALLE (C.), « La chambre sociale de la Cour de cassation », in CARTIER (E.) (dir.), *La QPC, le procès et ses juges*, Paris, Dalloz, « Méthodes du droit », 2013, p. 442.

- NORMAND (J.), « Les fonctions des référés », in VAN COMPERNOLLE (J.) et TARZIA (G.) (dir.), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 73.
- PERROT (R.), « L'évolution du référé », in *Mélanges Pierre Hébraud*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 645.
- POUYAUD (D.), « Les avis contentieux du Conseil d'État et de la Cour de cassation – La pratique », in *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 327.
- SAVONITTO (F.), « L'appréciation, par les juges du fond, du caractère sérieux de la QPC », in CARTIER (E.), GAY (L.) et VIALA (A.) (dir.), *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Paris, Institut universitaire Varenne, 2015, p. 15.
- SOMMER (J.-M.), « Conditions d'emploi des mesures conservatoires », in GUINCHARD (S.) et MOUSSA (T.) (dir.), *Droit et pratique des voies d'exécution*, Paris, Dalloz, 8^e éd., 2015, p. 521.
- THÉRY (P.), « Judex Gladii », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? – Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p. 477.
- TRICOT (D.), « Le fabuleux destin d'une décision de non-admission ou les périls de l'interprétation », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Paris, Dalloz, 2007, p. 459.
- VOCANSON (C.), « Le texte », in DEUMIER (P.) (dir.), *Le raisonnement juridique*, Paris, Dalloz, « Méthodes du droit », 2013, p. 13.

NOTES DE JURISPRUDENCE

- BARBIER DE LA SERRE (E.) et NOURISSAT (C.), « Contrôle des sentences arbitrales à l'aune du droit de la concurrence : à la recherche du bon équilibre... », *Rev. Lamy Concurrence* 2005/2, p. 68.
- BAUGARD (D.), « La QPC reprochant à l'article L. 1235-5 C. trav. de porter atteinte au principe d'égalité devant la loi ne présente pas un caractère sérieux », *Constitutions* 2015. 80.
- BÉNABENT (A.), note sous Cass., civ. 1^{ère}, 16 avr. 1996, *Droit et patrimoine* juillet-août 1996, juris. n° 1400, p. 78.
- BENSAUDE (D.), « Thalès Air Defense BV v. GIE Euromissile: Defining the Limits of Scrutiny of Awards Based on Alleged Violations of European Competition Law », *Journal of International Arbitration* 2005. 239.
- BERTIN (P.), « Un trouble manifestement illicite : la lutte contre la vie chère », *Gaz. Pal.* 1983. 2. 419.
- BILLEMONT (A.), note sous Cass., civ. 3^e, 18 févr. 2004, *JCP G* 2004. II. 10095.
- BILLIAU (M.), « Retour sur la décision de non-admission d'un pourvoi de la Chambre commerciale du 8 octobre 2003 », *JCP E* 2004. 1194.
- BOLLÉE (S.), note sous Paris, 18 nov. 2004, *Thalès*, *Revue critique DIP* 2006. 104.
- BOUCHE (N.), « L'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage », *RJDA* 2006. 1109.

- DE VAREILLES-SOMMIÈRES (P.), note sous Cass., civ. 1^{ère}, 16 avr. 1996, *Rev. crit. DIP* 1997. 716.
- DESCORPS-DECLÈRE (F.), « Prescription d'une obligation commerciale authentifiée par un acte notarié : une solution inédite victime de la procédure de non-admission », *JCP G* 2004. II. 10096.
- FILLON (J.-C.), « La valeur des certificats E 101 désignant la législation applicable en France à des travailleurs d'entreprises établies dans un autre État de l'Union européenne », *JCP G* 2016. 19
- FIN-LANGER (L.), « Inapplicabilité manifeste d'une clause compromissoire dans un litige en nullité de période suspecte », *Lettre d'actualité des Procédures collectives civiles et commerciales* n° 20, déc. 2015, alerte 319.
- GAILLARD (E.), note sous Cass., civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, *Rev. arb.* 2006. 945.
- GAVALDA (C.) et LUCAS DE LEYSSAC (C.), « Concurrence : conditions d'application de la procédure de référé-pratiques restrictives », *D.* 1990. 107.
- GUINCHARD (S.) et MOUSSA (T.), note sous civ. 2^e, 7 nov. 1985, *Gaz. Pal.* 1986. 2. 332.
- HEUZÉ (V.), « Arbitrage : à quoi sert la Cour de cassation ? », *RGDA* 2014. 543.
- IDOT (L.), note sous Cass., civ. 2^e, 20 févr. 1991, *Rev. arb.* 1991. 447.
- JAULT-SESEKE (F.), « Opposabilité de la clause compromissoire insérée dans un connaissance maritime et pouvoir de l'arbitre de statuer sur sa propre compétence », *Revue critique DIP* 2006. 606
- LAZOUZI (M.), « Portée et limites du principe compétence-compétence », *Revue critique DIP* 2009. 771.
- LAZOUZI (M.), note sous Cass., civ. 1^{ère}, 26 juin 2013, *Rev. arb.* 2013. 1022.
- LAZOUZI (M.), note sous Cour permanente d'arbitrage (CNUDCI), 20 mai 2014, *Achmea BV c. République Slovaque*, *Rev. arb.* 2015. 596.
- LEBEL (C.), « Impossibilité d'appliquer une clause compromissoire en liquidation judiciaire : nouvelle précision ! », *JCP E* 2016. 1135.
- LÉVY (L.), note sous Cass., com., 27 oct. 1992, *JCP G* 1994. II. 22214.
- LIENHARD (A.), « Assistance du dirigeant par un avocat lors de sa révocation », *D.* 2006. 1533
- LOQUIN (E.), note sous Paris, 18 nov. 2004, *Thalès*, *RTD com.* 2005. 263.
- LOQUIN (E.), « La clause compromissoire stipulée dans un « accord » litigieux non signé n'est pas manifestement inapplicable », *RTD com.* 2016. 705.
- MARTEL (D.), note sous Cass., com., 18 déc. 2007, n° 06-17.610 et civ. 3^e, 19 déc. 2007, n° 06-18.811, *JDI* 2008, comm. 9
- MATHIEU (B.), note sous Cass. crim. 10 nov. 2010, *JCP G* 2010. 1147.
- MAZIAU (N.), « Les « bonnes raisons » de la Cour de cassation », *D.* 2011. 1775.
- NORMAND (J.), note sous Cass., com., 2 janv. 1968, *Rev. crit. DIP* 1969. 506.
- NORMAND (J.), « Référé-provision. Le contrôle, par la Cour de cassation, de l'obligation non sérieusement contestable », *RTD civ.* 2001. 428.

- PELLET (S.), « Une clause compromissoire inexistante n'est-elle pas inapplicable ? », *L'essentiel droit des contrats* 30 nov. 2016, n° 10, p. 3.
- PERROT (R.), « Mesure conservatoire : la créance apparemment fondée et la règle de conflit », *RTD civ.* 1996. 717.
- PERROT (R.), « Cassation : la procédure de non-admission – note sous Cass., com., 8 oct. 2003 », *RTD civ.* 2004. 778.
- PLUYETTE (G.), note sous TGI Paris, réf., 3 août 1983, *Gaz. Pal.* 1983. 2. 558.
- PUECHAVY (M.), note sous Cour EDH, 19 sept. 2000, *Gnaboré*, *RTDH* 2001. 1067.
- PUECHAVY (M.), note sous Cour EDH, 26 févr. 2002, *Del Sol*, *Gaz. Pal.* 5 octobre 2002 n° 238, p. 32.
- PUIGELIER (C.), « L'existence d'une obligation non sérieusement contestable est contrôlée par la Cour de cassation », *D.* 2002. 598.
- RAYNAUD (P.), note sous Cass., com., 21 oct. 1964, *RTD civ.* 1965. 431.
- ROUSSEAU (D.), « La Cour de cassation a ses raisons, la raison les siennes », *Gaz. Pal.* 31 mai 2011, p. 7.
- RENARD-PAYEN (O.), note sous Cass., civ. 1^{ère}, 22 juin 2004, *JCP A* 2004. 1555.
- SEILLER (B.), note sous T. confl., 17 oct. 2011, n° 3823 et 3829, *RFDA* 2011. 1129.
- SERAGLINI (C.), note sous Paris, 14 juin 2001, *Compagnie commerciale André*, *Rev. arb.* 2001. 773.
- SERAGLINI (C.), « L'affaire Thalès et le non-usage immodéré de l'exception d'ordre public (ou les dérèglements de la dérèglementation) », *Gaz. Pal.* 2005. 3279.
- SERAGLINI (C.), « Droit de l'arbitrage », *JCP E* 2005. 676.
- SERAGLINI (C.), « Droit de l'arbitrage », *JCP G* 2006. I. 187.
- TRAIN (F.-X.), note sous Cass., civ. 1^{ère}, 14 nov. 2007, *Rev. arb.* 2008. 453.
- TRAIN (F.-X.), note sous Cass., civ. 1^{ère}, 11 février 2009, *Rev. arb.* 2009. 155.
- USUNIER (L.), « La compatibilité de l'article 14 du Code civil avec les droits fondamentaux, une question dépourvue de caractère sérieux ? », *Rev. crit. DIP* 2012. 775.
- VASSEUR (M.), note sous Paris, 14 déc. 1987, *Rev. arb.* 1989. 240.
- VIDAL (D.), « Une clause d'arbitrage insérée dans un projet de contrat non signé est-elle “une clause manifestement inapplicable” au sens des articles 1448 et 1455 du Code de procédure civile ? », *Lexbase La lettre juridique* n° 672, 13 oct. 2016.
- WALINE (M.), note sous Cass., req., 3 juin 1926, *D.* 1926. I. 217.
- WAQUET (P.), « La dénonciation des usages de l'entreprise et des engagements unilatéraux de l'employeur », *Semaine sociale Lamy* 25 avr. 1994 n° 693, p. 4.

RAPPORTS

Groupe de travail commun au Conseil d'état et à la Cour de cassation sur la question prioritaire de constitutionnalité, *Bilan quantitatif et qualitatif de la question prioritaire de constitutionnalité*, disponible sur site de la Cour.

TRAVAUX PRÉPARATOIRES AUX ARRÊTS

En l'absence de toute précision, les documents sont consultables sur le site internet de la Cour de cassation.

- ADIDA-CANAC (H.), rapp. Cass., avis, 8 sept. 2014, n° 14-70.005, *Bull. civ.*, avis, n° 5.
- AGOSTINI (F.), rapp. Cass., avis, 31 janv. 2011, n° 10-00.008, *Bull. civ.*, avis, n° 2.
- ALT (E.), rapp. Cass., avis, 4 mai 2010, n° 10-00.002, *Bull. civ.*, avis, n° 2.
- ALT (E.), rapp. Cass., avis, 25 juin 2012, n° 12-00.005, *Bull. civ.*, avis, n° 5.
- AZIBERT (G.), concl. Cass., ass., 5 avr. 2013, n° 11-18.947, *Bull. civ.*, A. P., n°s 2 et 3.
- BAUDOUIN, concl. CE, 6 nov. 1970, *Revue du droit public* 1971. 524.
- BEAU (P.), concl. Cass., avis, 4 janv. 2016, n° 15-70.004, *Bull. civ.*, avis, à paraître.
- BODARD-HERMANT (A.), rapp. Cass., avis, 4 juin 2012, n° 12-00.004, *Bull. civ.*, avis, n° 4.
- BONHOMME (R.), concl. Cass., avis, 3 juin 2013, n° 13-70.003, *Bull. civ.*, avis, n° 9.
- BOULANGER (A.), rapp. Cass., avis, 29 janv. 2007, *Bull. civ.*, avis, n° 2.
- CABY (P.), concl. Cass., avis, 5 mai 2014, n° 14-70.003, *Bull. civ.*, avis, n° 2.
- CAPOTORTI (O. F.), concl. CJCE, 6 oct. 1982, *CILFIT*, 283/81, *Rec. p.* 3415.
- CARBONARO (C.), rapp. Cass., avis, 5 mai 2014, n° 14-70.003, *Bull. civ.*, avis, n° 2.
- CARBONARO (C.), rapp. Cass., avis, 29 févr. 2016, n° 15-70.005, *Bull. crim.* à paraître.
- CARON (D.), rapp. Cass., avis, 26 sept. 2006, n° 06-00.010, *Bull. crim.*, avis, n° 2.
- CHARDONNET et RENAULT-MALIGNAC (F.), rapp. Cass., avis, 26 juin 2006, n° 06-00.004, *Bull. civ.*, avis, n° 3.
- CHARDONNET, rapp. Cass., avis, 13 sept. 2010, n° 10-00.004, *Bull. civ.*, avis, n° 4.
- CHARPENEL (Y.), concl. Cass., avis, 26 sept. 2006, n° 06-00.010, *Bull. crim.*, avis, n° 2.
- CHAUCHIS (D.), rapp. Cass., avis, 8 avr. 2013, n° 13-70.002, *Bull. civ.*, avis, n° 7.
- CORDIER (F.), concl. Cass., ass., 20 mai 2011, n°s 11-90.025, 11-90.032 et .033, *Bull. crim.*, A. P., n°s 6, 7 et 8.
- COURRÈGES (A.), concl. CE, 14 avr. 2010, n° 323830, *AJDA* 2010. 1013.
- DAVENAS (L.), rapp. Cass., avis, 4 mai 2010, n° 10-00.001, *Bull. crim.*, avis, n° 2.
- DE BEAUPUIS (B.), concl. Cass., avis, 8 avr. 2013, n° 13-70.002, *Bull. civ.*, avis, n° 7.
- DE LEIRIS (E.), concl. Cass., avis, 9 janv. 2017, n° 16-70.011.
- FELTZ (F.), concl. Cass., avis, 9 janv. 2017, n° 16-70.011.

FEYDEAU (J.-P.), rapp. Cass., avis, 10 juill. 2006, n° 06-00.007, *Bull. civ.*, avis, n° 7.

FOERST (P.), concl. Cass., avis, 31 janv. 2011, n° 10-00.008, *Bull. civ.*, avis, n° 2.

FOERST (P.), concl. Cass., avis, 4 avr. 2011, 11-00.001, *Bull. civ.*, avis, n° 5.

FOERST (P.), concl. Cass., avis, 17 sept. 2012, n° 12-00.011, *Bull. civ.*, avis, n° 7.

FOULQUIÉ (A.), rapp. Cass., avis, 10 oct. 2011, n° 11-00.005, *Bull. crim.*, avis, n° 2.

GUÉHO (G.), rapp. Cass., avis, 13 juin 2016, n° 16-70.003, *Bull. civ.*, avis, à paraître.

GUYON-RENARD (I.), rapp. Cass., avis, 17 déc. 2012, n° 12-00.013, *Bull. civ.*, avis, n° 10.

HENON (G.), rapp. Cass., avis, 17 sept. 2012, n° 12-00.011, *Bull. civ.*, avis, n° 7.

JACOBS (F. G.), concl. CJCE, 20 nov. 1997, *Wiener*, C-338/95, Rec. p. I-06495.

LABROUSSE (P.), rapp. Cass., avis, 4 mai 2010, n° 10-00.001, *Bull. crim.*, avis, n° 2.

LACAN (G.), concl. Cass., avis, 10 oct. 2011, n° 11-00.005, *Bull. crim.*, avis, n° 2.

LAGRANGE (M.), concl. CJCE, 27 mars 1963, *Da Costa*, 28/62 à 30/62, Rec. p. 79.

LATHOUD (J.-A.), concl. Cass., avis, n° 12-00.016, *Bull. civ.*, avis, n° 3.

LAUTRU (J.-C.), concl. Cass., avis, 6 oct. 2008, n° 08-00.009, *Bull. civ.*, avis, n° 7.

LAZERGES (L.), rapp. Cass., avis, 7 févr. 2011, n° 10-00.009, *Bull. crim.*, avis, n° 1.

LEMOINE (S.), rapp. Cass., avis, 17 avr. 2015, n° 15-70.002, *Bull. civ.*, avis, à paraître.

LE MESLE (L.), concl. Cass., avis, 12 sept. 2016, n° 16-70.008, *Bull. civ.*, avis, à paraître.

LEROY-GISSINGER (L.), rapp., Cass., avis, 13 févr. 2012, n° 11-00.008, *Bull. civ.*, avis, n° 1.

LYON-CAEN (P.), concl. Cass., soc., 3 avr. 2002, n° 99-43.492, 99-43.163 et 99-44.288, *Droit social* 2002. 527.

MARIN (J.-C.), concl. Cass., ass., 6 nov. 2015, n° 13-25.467, *Bull. civ.*, A. P., à paraître.

MARTINEL (A.), rapp. Cass., avis, 24 janv. 2005, n° 04-00.005, *Bull. civ.*, avis, n° 2.

MOUSSA (T.), rapp. Cass., avis, 2 avr. 2007, 07-00.007, *Bull. civ.*, avis, n° 4.

MOUTY-TARDIEU (J.), rapp. Cass., avis, 24 mars 2014, n° 13-70.010, *Bull. civ.*, avis, n° 3.

PAGÈS (B.), concl. Cass., avis, 4 juin 2012, n° 12-00.004 *Bull. civ.*, avis, n° 4.

PIC (A.), rapp. Cass., avis, 23 mai 2016, n° 16-70.002, *Bull. civ.*, avis, à paraître.

PRÉTOT (X.), rapp. Cass., ass., 20 mai 2011, n° 11-90.025, .032 et .033, *Bull. crim.*, A. P., n° 6, 7 et 8.

RÉMERY (J.-P.), rapp. Cass., com., 9 déc. 1997, n° 95-17.619, *Rev. crit. DIP* 1998. 117.

SAINTE-ROSE (J.), concl. Cass., civ. 1^{ère}, 11 juill. 2006, *Gaz. Pal.* 17 août 2006, p. 6.

SARCELET (J.-D.), concl. Cass., avis, 24 mars 2014, n° 13-70.010, *Bull. civ.*, avis, n° 3.

SCHMIDT (F.), rapp. Cass., avis, 12 sept. 2016, n° 16-70.008, *Bull. civ.*, avis, à paraître.

SILHOL (T.), rapp. Cass., avis, 4 janv. 2016, n° 15-70.004, *Bull. civ.*, avis, à paraître.

STIX-HACKL (C.), concl. CJCE, 15 sept. 2005, *Intermodal Transport*, C-495/03, Rec. p. I-08151.

TAFFALEAU (G.), concl. Cass., avis, 14 janv. 2013, *Bull. civ.*, avis, n° 1.

TEXIER (A.-S.), rapp. Cass., avis, 3 juin 2013, n° 13-70.003, *Bull. civ.*, avis, n° 9.

THÉRY (J.-F.), concl. CE 18 janv. 1974, *Union des minotiers de la Champagne*, *RTD eur.* 1975. 86.

TRÉARD (S.), rapp. Cass., avis, 3 mars 2014, n° 13-70.008, *Bull. civ.*, avis, n° 2.

TRUCHOT (L.), rapp. Cass., ass., 6 nov. 2015, n° 13-25.467, *Bull. civ.*, A. P., à paraître.

TRUCHOT (L.), rapp. Cass., ass., 22 déc. 2017, n° 15-28.777, *Bull. civ.*, A. P., à paraître.

WAHL (M. N.), concl. CJUE, 9 sept. 2015, *X et T. A. van Dijk*, C-72/14 et C-197/14, *Recueil numérique*.

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

La présente table ne mentionne pas l'ensemble des arrêts cités dans la thèse mais uniquement ceux qui éclairent l'insertion des caractères sérieux et manifeste au sein d'une disposition déterminée ou qui sont particulièrement utiles pour leur définition. Pour plus de lisibilité, il a été décidé de présenter la jurisprudence de façon thématique, les thèmes étant disposés dans l'ordre alphabétique.

Aide juridictionnelle (art. 7 loi n° 91-647)

CJUE, 22 déc. 2010, *DEB*, C-279/09, *Rec.* p. I-13849.

Comm. EDH, 10 juill. 1980, *X. c/ R.-U.*, n° 8158/78.

Comm. EDH, 14 juill. 1987, *Munro*, 10594/83.

Comm. EDH, 10 juill. 1986, *Winer*, 10871/84.

Cour EDH, 19 sept. 2000, *Gnaboré*, n° 40031/98.

Cour EDH, 15 févr. 2005, *Steel et Morris*, n° 68416/01.

Cour EDH, 12 juin 2007, *Bakan*, n° 50939/99.

Cour EDH, 20 juill. 1998, *Aerts*, n° 25357/94.

CE, 7^e et 2^e ssr., 5 juill. 2004, n° 245216, *Lebon* 296.

CE, 10^e et 9^e ssr., avis, 6 mai 2009, n° 322713, *Lebon* 187.

Appel – Taux de ressort (art. 35 s. CPC)

Cass., civ., 28 juill. 1864, *D.* 1864. 1. 353.

Cass., civ., 6 mai 1872, *D.* 1872. 1. 170.

Cass., civ., 29 mai 1876, *D.* 1876. 1. 377.

Cass., civ., 16 janv. 1937, *Gaz. Pal.* 1937. 1. 505.

Alger, 11 févr. 1874, *D.* 1876. 1. 378.

Amiens, 1^{er} mars 1962, *D.* 1864. 1. 354.

Besançon, 30 juin 1873, *D.* 1873. 2. 234.

T. civ. Dax, 18 août 1869, *D.* 1872. 1. 170.

Gand, 24 mai 1855, *D.* 1855. 2. 243.

Orléans, 15 août 1852, *D.* 1855. 2. 316.

Arbitrage (art. 1448 CPC)

Cass., civ. 1^{ère}, 16 oct. 2001, n° 99-19.319, *Bull. civ.*, I, n° 254.

Cass., civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, n° 01-12.493, *Bull. civ.*, I, n° 82.

Cass., civ. 1^{ère}, 8 nov. 2005, n° 02-18.512, *Bull. civ.*, I, n° 402.

Cass. civ. 1^{ère}, 22 nov. 2005 (3 arrêts), n^{os} 03-10.087 04-11.384 et 03-12.860, *Bull. civ.*, I, n^{os} 420 à 421.

Cass., civ. 1^{ère}, 25 avr. 2006, n° 05-15.528, *Bull. civ.*, I, n° 196

Cass., civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, n° 03-12.034, *Bull. civ.*, I, n° 287.

Cass., civ. 1^{ère}, 4 juill. 2006, n° 05-11.591, *Bull. civ.*, I, n° 337.
 Cass., civ. 1^{ère}, 11 juill. 2006, n°s 03-19.838 et 03-11.983, *Bull. civ.*, I, n°s 366 et 368.
 Cass., civ. 1^{ère}, 30 oct. 2006, n° 04-15.512, *Bull. civ.*, I, n° 441.
 Cass., civ. 1^{ère}, 28 nov. 2006, n° 05-10.464.
 Cass., civ. 1^{ère}, 6 févr. 2007, n° 05-17.573, *Bull. civ.*, I, n° 55.
 Cass., civ. 1^{ère}, 6 mars 2007, n° 04-16.204, *Bull. civ.*, I, n° 91.
 Cass., civ. 1^{ère}, 20 févr. 2007, n° 06-14.107, *Bull. civ.*, I, n° 62.
 Cass., civ. 1^{ère}, 11 févr. 2009, n° 08-10.341.
 Cass., civ. 1^{ère}, 8 avr. 2009, n° 08-17.548.
 Cass., civ. 1^{ère}, 30 sept. 2009, n° 08-15.708.
 Cass., civ. 1^{ère}, 6 oct. 2010, n° 09-68.731, *Bull. civ.*, I, n° 183.
 Cass., civ. 1^{ère}, 18 mai 2011, n° 10-11.008.
 Cass., civ. 1^{ère}, 12 juin 2013, n° 12-22.656, *Bull. civ.*, I, n° 121.
 Cass., civ. 1^{ère}, 6 nov. 2013, n° 11-18.709, *Bull. civ.*, I, n° 211.
 Cass., civ. 1^{ère}, 9 juill. 2014, n° 13-17.495, *Bull. civ.*, I, n° 126.
 Cass., civ. 1^{ère}, 24 févr. 2016, n° 14-26.964, *Bull. civ.*, I, à paraître.
 Cass., civ. 1^{ère}, 21 sept. 2016, n° 15-28.941, *Bull. civ.*, I, à paraître.
 Cass., civ. 1^{ère}, 20 avr. 2017, n° 16-11.413, *Bull. civ.*, I, à paraître.

 Cass., civ. 2^e, 18 déc. 2003, n° 02-13.410, *Bull. civ.*, II, n° 393.
 Cass., civ. 2^e, 8 avr. 2004, n° 02-16.163, *Bull. civ.*, II, n° 162.

 Cass., com., 4 juin 1985, n° 83-13.151, *Bull. civ.*, IV, n° 180.
 Cass., com., 13 mars 1990, n° 88-16.170, *Bull. civ.*, IV, n° 76.
 Cass., com., 29 nov. 1994, n° 92-14.920.
 Cass., com., 8 oct. 2003, n° 01-16.028, *Bull. civ.*, IV, n° 154.
 Cass., com. 21 févr. 2006, n° 04-11.030, *Bull. civ.*, IV, n° 41.
 Cass., com. 21 févr. 2006, n° 04-11.030, *Bull. civ.*, IV, n° 41.
 Cass., com., 23 avr. 2013, n° 12-12.101, *Bull. civ.*, IV, n° 67.
 Cass., com., 17 nov. 2015, n° 14-16.012, *Bull. civ.*, IV, à paraître.

 Paris, 18 nov. 2004, *Thalès*, *JDI* 2005. 357.
 Agen, 15 sept. 2008, n° 08/0086.

Avis (art. L441-1 COJ)

Cass., avis, 7 déc. 1992, n° 92-09.000, *Bull. civ.*, avis, n° 6.
 Cass., avis, 8 oct. 1993, n° 09-30.009, *Bull. civ.*, avis, n° 12.
 Cass., avis, 24 janv. 1994, n° 09-30.017, *Bull. civ.*, avis, n° 1.
 Cass., avis, 2 mai 1994, n° 09-04.005, *Bull. civ.*, avis, n° 11.
 Cass., avis, 20 juin 1997, n° 09-70.006, *Bull. civ.*, avis, n° 4.
 Cass., avis, 12 avr. 1999, n° 99-00.003.
 Cass., avis, 1^{er} déc. 2003, n° 00-00.000, *Bull. civ.*, avis, n° 2.
 Cass., avis, 10 juill. 2006, n° 06-00.007, *Bull. civ.*, avis, n° 7.
 Cass., avis, 8 oct. 2007, n° 07-00.011, *Bull. civ.*, avis, n° 7.
 Cass., avis, 4 avr. 2011, n° 11-00.001, *Bull. civ.*, avis, n° 5.
 Cass., avis, 10 oct. 2011, n° 11-00.005, *Bull. crim.* n° 2.
 Cass., avis, 5 déc. 2011, n° 11-00.006, *Bull. civ.*, avis, n° 8.
 Cass., avis, 12 déc. 2011, n° 11-00.007, *Bull. civ.*, avis, n° 9.

Cass., avis, 4 juin 2012, n° 12-00.004, *Bull. civ.*, avis, n° 4.
Cass., avis, 17 sept. 2012, n° 12-00.011, *Bull. civ.*, avis, n° 7.
Cass., avis, 24 mars 2014, n° 13-70.010, *Bull. civ.*, avis, n° 3.
Cass., avis, 5 mai 2014, n° 14-70.003, *Bull. crim.* n° 2.
Cass., avis, 4 janv. 2016, n° 15-70.004, *Bull. civ.*, avis, à paraître.
Cass., avis, 12 sept. 2016, n° 16-70.008, *Bull. civ.*, avis, à paraître.
Cass., avis, 9 janv. 2017, n° 16-70.011, *Bull. civ.*, avis, à paraître.

Compétence – Pluralité de défendeurs (art. 42 CPC)

Cass., req., 20 mai 1873, *D.* 1875. 1. 469.
Cass., civ., 15 nov. 1871, *D.* 1872. 1. 54.
Cass., civ., 1^{er} août 1892, *DP* 1892. 1. 503.
Cass., civ., 3 févr. 1914, *DP* 1914. 1. 312.
Cass., civ., 8 janv. 1947, *D.* 1947. 164.
Cass., civ. 1^{ère}, 17 oct. 2007, n° 05-20.502.
Cass., civ. 2^e, 29 avr. 1966, *Bull. civ.*, II, n° 504
Cass., civ. 2^e, 14 mars 1968, *Bull. civ.*, II, n° 84.
Cass., civ. 2^e, 16 juill. 1975, n° 74-10.930, *Bull. civ.*, II, n° 221.
Cass., civ. 2^e, 10 juill. 1996, n° 94-16.692, *Bull. civ.*, II, n° 198.
Cass., civ. 3^e, 27 janv. 2009, n° 08-11.753.
Cass., com., 18 nov. 1964, *Bull. civ.*, III, n° 508.
Cass., com., 2 janv. 1968, *Bull. civ.*, IV, n° 1.
Cass., com., 31 janv. 2006, n° 04-17.744.
Cass., com., 13 avr. 2010, n° 09-11.885, *Bull. civ.*, IV, n° 77.
Agen, 20 févr. 1852, *D. P.* 1852. 2. 205.
Aix-en-Provence, 20 oct. 1961, *Droit maritime Français* 1963. 470.
Alger, 11 févr. 1874, *D.* 1876. 1. 378.
Douai, 14 juin 2007, n° 06/06992.
Nancy, 17 mars 1952, *JCP* 1952. IV. 1923.
Paris, 11 juin 1965, *Ann. Prop. Ind.* 1966. 25.
Rouen, 21 nov. 1963, *D.* 1965. 395.
Toulouse, 4 déc. 2007, *JurisData* n° 352431.
Versailles, 14 mars 1991, *JurisData* n° 042300.

Connexité (art. 101 s. CPC)

Aix-en-Provence, 27 févr. 2014, n° 11/20626.
Dijon, 20 sept. 2012, n° 12/00089.
Rennes, ch. 4, 18 mai 2000, *JurisData* n° 127792.

Cour de cassation – Formation restreinte (art. L431-1 COJ)

Cass., civ. 2^e, 9 nov. 2000, n° 99-11.725.

Cass., soc., 7 avr. 1993, n° 89-45.108.

Cass., crim., 15 janv. 1998, n° 95-84.165 et 95-84.166.

Cass., crim., 29 janv. 1998, n° 95-83.125.

Cass., crim., 9 nov. 2010, n° 09-88.272.

Criminel tient le civil en état (le –) (art. 4 CPP)

Cass., civ. 1^{re}, 13 nov. 1996, n° 94-19.574.

Cass., civ. 2^e, 16 févr. 1967, *Bull. civ.*, II, n° 75.

Cass., civ. 2^e, 20 avr. 1970, n° 69-10.383, *Bull. civ.*, II, n° 147.

Cass., civ. 2^e, 4 déc. 1985, n° 84-14.691, *Bull. civ.*, II, n° 189.

Cass., civ. 2^e, 4 janv. 1989, n° 87-19.112.

Cass., civ. 2^e, 12 févr. 1992, n° 90-19.789, *Bull. civ.*, II, n° 48.

Cass., civ. 2^e, 25 févr. 1994, n° 92-18.876.

Cass., civ. 3^e, 7 janv. 2009, n° 07-21.501, *Bull. civ.*, III, n° 4.

Cass., com., 2 avr. 1979, n° 77-13.861, *Bull. civ.*, IV, n° 120.

Cass., com., 14 févr. 1989, n° 87-13.938, *Bull. civ.*, IV, n° 65.

Paris, 23 janv. 1974, *JCP G* 1974. II. 17873.

Exécution provisoire (art. 524 CPC, R661-1 C. com. et R121-22 CPCE)

Cass., civ. 2^e, 5 juin 1996, n° 94-12.803, *Bull. civ.*, II, n° 139.

Cass., civ. 2^e, 13 juin 2002, n° 01-14.814, *Bull. civ.*, II, n° 131.

Cass., civ. 2^e, 15 oct. 2009, n° 08-15.489, *Bull. civ.*, II, n° 246.

Cass., soc., 18 déc. 2007, n° 06-44.548, *Bull. civ.*, V, n° 213.

Aix-en-Provence, réf. 1^{er} Pr., 26 avr. 1976, n° 76-1426.

Basse-Terre, réf. 1^{er} Pr., 19 mars 1990, *JurisData* n° 604953.

Grenoble, réf. 1^{er} Pr., 16 févr. 2005, n° 05/00018, *RTD. civ.* 2005. 453.

Montpellier, réf. 1^{er} Pr., 29 oct. 1997, *D.* 1999. 380.

Paris, réf. 1^{er} Pr., 29 sept. 1995, *JurisData* n° 023545.

Paris, réf. 1^{er} Pr., 4 oct. 1995, *JurisData* n° 023546 à 023548.

Paris, réf. 1^{er} Pr., 21 avr. 2005, *JurisData* n° 276196.

Paris, réf. 1^{er} Pr., 6 févr. 2013, n° 12/22814.

Toulouse, réf. 1^{er} Pr., 3 juill. 1981, *JurisData* n° 042429.

Versailles, réf. 1^{er} Pr., 26 juill. 1988, *JurisData* n° 048580.

Juge de l'exécution – Mesures conservatoires (art. L511-1 s. CPCE)

Cass., civ. 3^e, 27 juin 1978, n° 77-12.418, *Bull. civ.*, III, n° 270.

Lyon, 22 nov. 2000, RG 1999/06436, *JurisData* n° 156077.

Non-admission des pourvois (art. 1014 CPC)

- Comm. EDH, 2 mars 1994, *Ouendeno*, n° 18441/91.
Comm. EDH, 25 févr. 1997, *Rebai*, n° 26561/95.
- Cour EDH, déc., 9 mars 1999, *Immeuble Groupe Kossier*, n° 38748/97.
Cour EDH, déc., 10 déc. 2002, *Latournerie*, n° 50321/99.
Cour EDH, déc., 24 juin 2003, *Stepinska*, n° 1814/02.
Cour EDH, déc., 28 janv. 2003, *Burg*, n° 34763/02.
Cour EDH, 14 juin 2005, *Menet*, n° 39553/02.
Cour EDH, déc., 15 nov. 2005, *Guégan*, n° 21451/02.
Cour EDH, 21 mars 2006, *Salé*, n° 39765/04.
Cour EDH, 22 mai 2008, *Rémy Garnier*, n° 38984/04.
Cour EDH, déc., 19 sept. 2009, *Fougère*, n° 10397/03.
Cour EDH, déc., 3 nov. 2009, *Pages*, n° 8065/04.
Cour EDH, déc., 10 mai 2012, *Magnin*, n° 26219/08.
Cour EDH, 9 janv. 2014, *Viard c/ France*, n° 71658/10.
- Cass., ass., 6 janv. 2006, n° 05-13255, *Bull. civ.*, A. P., n° 9.
Cass., ass., 6 janv. 2012, n° 10-14.688, *Bull. civ.*, A. P., n° 1.
- Cass., civ. 1^{ère}, 8 janv. 2009, n° 06-17.630.
Cass., civ. 1^{ère}, 15 févr. 2012, n° 11-17.782.
- Cass., civ. 2^e, 28 mai 2009, n° 09-60.084.
Cass., civ. 2^e, 23 mars 2011, n° 11-60.117.
- Cass., civ. 3^e, 17 déc. 2002, n° 00-19.401.
Cass., civ. 3^e, 21 oct. 2008, n° 07-15.038.
Cass., civ. 3^e, 25 janv. 2011, n° 09-16.896.
- Cass., com., 25 juin 2002, n° 99-12.385.
Cass., com., 7 juill. 2009, n° 03-60.409.
- Cass., soc., 9 juin 2004, n° 03-60.409.
Cass., soc. 27 janv. 2009, n° 07-43.962.
Cass., soc., 8 févr. 2012, n° 10-12.906, *Bull. civ.*, V, n° 62.
- Cass., crim., 12 oct. 2010, n° 09-87.915.
Cass., crim., 2 oct. 2002, n° 01-85.622.
- CE, 7^e ss, 4 nov. 2015, n° 390128.

Question préjudicielle administrative (art. 49 CPC et loi des 16 et 24 août 1790)

- C. const., 23 janv. 1987, n° 86-224 DC.
- T. confl., 20 mai 1882, *Rodier*, *Lebon* 527.
T. confl., 12 mai 1883, *Faget*, *D.* 1885. 3. 10.
T. confl., 12 déc. 1885, *Comp. parisienne du gaz*, *D.* 1887. 3. 52.
T. confl., 8 déc. 1943, *Chouard*, *Lebon* 325.
T. confl., 10 févr. 1949, *Roubaud*, *Lebon* 591.

T. confl., 27 nov. 1952, *Benaud*, *Lebon* 644.
T. confl., 17 déc. 1962, *Sté civ. du domaine de Comteville*, *RDP* 1963. 771.
T. confl., 12 janv. 1970, *Gaz. Pal.* 1970. 1. somm. 50.
T. confl., 17 oct. 2011, n° C3828, *Lebon* 698.
T. confl., 12 déc. 2011, n° 11-03.841, *Bull. civ.*, TC, n° 38.
T. confl., 16 juin 2014, n° C3953, *Lebon* T. 584.
T. confl., 11 avr. 2016, n° C4049, *Lebon* à paraître.

Cass., req., 25 nov. 1884, *D.* 1885. 1. 35.
Cass., req., 3 nov. 1885, *S.* 1886. 1. 249.
Cass., req., 14 nov. 1887, *D.* 1888. 1. 129.

Cass., civ., 13 mai 1824, *Bull. civ.* n° 60.
Cass., civ., 27 févr. 1855, *D.* 1855. 1. 295.
Cass., civ., 5 avr. 1865, *S.* 1865. 1. 254.
Cass., civ., 28 déc. 1874, *D.* 1875. 1. 120.
Cass., civ., 10 mai 1881, *Bull. civ.* n° 90.
Cass., civ., 3 juill. 1881, *D.* 1881. 1. 462.
Cass., civ., 24 mars 1891, *Bull. civ.* n° 41.
Cass., civ., 19 oct. 1893, *S.* 1894. I. 95.
Cass., civ., 25 avr. 1904, *Recueil de législation et de jurisprudence coloniale* 1904. 94.
Cass., civ., 6 mai 1908, *Recueil de législation et de jurisprudence coloniale* 1908. 247.
Cass., civ., 25 oct. 1911, *Recueil de législation et de jurisprudence coloniale* 1911. 45.
Cass., civ., 3 juill. 1912, *Recueil de législation et de jurisprudence coloniale* 1912. 278.
Cass., civ., 23 déc. 1908, *D.* 1911. I. 211.

Cass., civ. 1^{ère}, 5 mai 1954, *Bull. civ.*, I, n° 135.
Cass., civ. 1^{ère}, 14 janv. 1957, *D.* 1957. somm. 81.
Cass., civ. 1^{ère}, 29 avr. 1958, *Bull. civ.*, I, n° 223.
Cass., civ. 1^{ère}, 3 oct. 1961, n° 59-11.313, *Bull. civ.*, I, n° 428.
Cass., civ. 1^{ère}, 2 avr. 1963, *Bull. civ.*, I, n° 203.
Cass., civ. 1^{ère}, 22 mai 1963, *Bull. civ.*, I, n° 271.
Cass., civ. 1^{ère}, 13 mai 1964, n° 61-13.646, *Bull. civ.*, I, n° 254.
Cass., civ. 1^{ère}, 16 juin 1966, *Bull. civ.*, n° 372.
Cass., civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 1969, n° 66-12.910, *Bull. civ.*, I, n° 259.
Cass., civ. 1^{ère}, 14 avr. 1970, n° 68-10.845, *Bull. civ.*, I, n° 116.
Cass., civ. 1^{ère}, 2 mai 1978, n° 76-15.418, *Bull. civ.*, I, n° 170.
Cass., civ. 1^{ère}, 19 juin 1985, n° 84-11.528, *Bull. civ.*, I, n° 200.
Cass., civ. 1^{ère}, 19 avr. 1988, n° 86-16.997, *Bull. civ.*, I, n° 113.
Cass., civ. 1^{ère}, 22 oct. 1991, n° 90-12.793.
Cass., civ. 1^{ère}, 13 janv. 1993, n° 90-20.426, *Bull. civ.*, I, n° 8.
Cass., civ. 1^{ère}, 15 nov. 1994, n° 92-20.934.
Cass., civ. 1^{ère}, 8 févr. 2000, n° 98-13.309, *Bull. civ.*, I, n° 45.
Cass., civ. 1^{ère}, 14 juin 2000, n° 98-18.576.
Cass., civ. 1^{ère}, 22 juin 2004, n° 02-18.709, *Bull. civ.*, I, n° 177.
Cass., civ. 1^{ère}, 8 mars 2005, n° 02-21.574, *Bull. civ.*, I, n° 127.
Cass., civ. 1^{ère}, 13 déc. 2005, n° 04-14033, *Bull. civ.*, I, n° 501.
Cass., civ. 1^{ère}, 14 nov. 2006, n° 04-20.009, *Bull. civ.*, I, n° 490.
Cass., civ. 1^{ère}, 28 févr. 2006, n° 04-14032.

Cass., civ. 1^{ère}, 23 janv. 2007, n° 05-19.449, *Bull. civ.*, I, n° 39.

Cass., civ. 1^{ère}, 25 févr. 2009, n°s 06-17.648 et .0649.

Cass., civ. 1^{ère}, 6 avr. 2011, n°s 10-15.092 à .096.

Cass., civ. 1^{ère}, 12 juill. 2012, n° 11-16.445.

Cass., civ. 1^{ère}, 24 avr. 2013, n° 12-18.180, *Bull. civ.*, I, n° 89.

Cass., civ. 2^e, 12 oct. 2000, n° 99-50.056.

Cass., civ. 2^e, 12 mars 2008, n° 06-45.341.

Cass., civ. 3^e, 3 mai 1972, 70-14.127, *Bull. civ.*, III, n° 282.

Cass., civ. 3^e, 4 avr. 1973, n° 72-11.366, *Bull. civ.*, III, n° 263.

Cass., civ. 3^e, 9 oct. 1982, n° 80-16.516, *Bull. civ.*, III, n° 65.

Cass., civ. 3^e, 8 juin 1988, n° 86-19.431.

Cass., civ. 3^e, 3 juill. 1996, n° 95-70.049, *Bull. civ.*, III, n° 173.

Cass., civ. 3^e, 26 févr. 1997, n° 94-19.939, *Bull. civ.*, III, n° 44.

Cass., civ. 3^e, 23 juin 1999, n° 98-70.094.

Cass., civ. 3^e, 16 janv. 2013, n° 11-24.213, *Bull. civ.*, III, n° 2.

Cass., com., 10 avr. 1964, *Bull. civ.*, III, n° 170.

Cass., com., 13 févr. 1967, *Bull. civ.*, IV, n° 68.

Cass., com., 11 févr. 1992, n° 89-20.642, *Bull. civ.*, IV, n° 69.

Cass., com., 14 déc. 2010, n° 08-19.225.

Cass., soc., 6 déc. 1961, n° 60-20.178, *Bull. civ.*, IV, n° 1003.

Cass., soc., 3 juill. 1963, *Bull. civ.*, IV, n° 564.

Cass., soc., 9 oct. 1963, *Bull. civ.*, IV, n° 673.

Cass., soc., 20 nov. 1963, n° 62-40.762, *Bull. civ.*, IV, n° 810.

Cass., soc., 16 juill. 1964, *Bull. civ.*, IV, n° 621.

Cass., soc., 4 mai 1972, n° 70-40.412, *Bull. civ.*, V, n° 326.

Cass., soc., 7 juin 1974, n° 72-14.830, *Bull. civ.*, V, n° 359.

Cass., soc., 6 mai 1975, n° 74-60.144, *Bull. civ.*, V, n° 237.

Cass., soc., 17 avr. 1985, n° 83-10.450, *Bull. civ.*, V, n° 229.

Cass., soc., 21 juill. 1986, n° 84-14.891, *Bull. civ.*, V, n° 442.

Cass., soc., 29 mai 1990, n° 88-15.649, *Bull. civ.*, V, n° 251.

Cass., soc., 10 nov. 1994, n° 91-20.877.

Cass., soc., 12 nov. 2008, n° 07-16.799.

Cass., soc., 12 sept. 2012, n° 10-26.157.

Cass., soc., 26 juin 2013, n° 11-21.810.

Cass., soc., 16 oct. 2013, n° 12-13.933.

Cass., soc., 18 déc. 2013, n° 12-23.992.

Cass., soc., 4 févr. 2014, n° 13-10.060, *Bull. civ.*, V, n° 44.

T. civ. Chandernagor, 27 févr. 1900, *Recueil des sommaires de la jurisprudence française* 1902. 952.

Aix-en-Provence, 27 févr. 2007, n° 06/04445.

Rennes, 30 oct. 2007, n° 06/06549.

Versailles, 15 avr. 2008, n° 07/03134.

Question préjudicielle diplomatique (art. 49 CPC)

Cass., civ., 28 mars 1889, *S.* 1889. I. 435.

Question préjudicielle spéciale (art. 49 CPC)

Cass., civ., 25 avr. 1877, *D.* 1877. 1. 203.

Cass., civ., 29 avr. 1890, *S.* 1891. 1. 228.

Cass., civ., 25 mars 1891, *Bull. civ.*, n° 89.

Cass., civ., 29 mars 1893, *S.* 1894. 1. 94.

Cass., civ., 19 avr. 1893, *S.* 1894. 1. 95.

Cass., civ., 20 nov. 1894, *S.* 1895. 1. 142.

Cass., civ., 14 juin 1900, *S.* 1904. 1. 94.

Cass., civ., 25 oct. 1911, *S.* 1911. 1. 592.

Cass., soc., 22 févr. 2000, n° 98-16.492, *Bull. civ.*, V, n° 73.

Question prioritaire de constitutionnalité (art. 61-1 Constitution)

C. const., 22 juill. 2010, n° 2010-4/17 QPC.

C. const., 28 févr. 2014, n° 2013-370 QPC.

Cass., ass., 20 mai 2011, nos 11-90.025, 11-90.032 et .033, *Bull. crim.*, A. P., nos 6, 7 et 8.

Cass., civ. 2^e, 9 sept. 2010, n° 10-12732.

Cass., civ. 3^e, 17 juin 2011, n° 11-40.014, *Bull. civ.*, III, n° 106.

Cass., civ. 3^e, 12 oct. 2011, n° 11-40.055, *Bull. civ.*, IV, n° 170.

Cass., com., 14 déc. 2010, n° 10-40.047, *Bull. civ.*, QPC, n° 9

Cass., com., 3 sept. 2013, n° 13-40.035.

Cass., crim., 7 mai 2010, n° 09-80.774.

Versailles, 18 nov. 2010, n° 10/00017.

Paris, 18 nov. 2011, n° 11/08991, *Gaz. Pal.* 2011. 3405.

Paris, 17 janv. 2012, *JurisData* n° 000444.

Toulouse, 29 mars 2013, 13/00014.

Rennes, 30 sept. 2013, n° 13/06381.

Aix-en-Provence, 17 oct. 2013, n° 13/10985.

Montpellier, 21 mars 2014, n° 14/00617.

Rennes, 26 nov. 2015, n° 15/07559.

Grenoble, 10 mai 2016, n° 15/01538.

Référé – Contestation sérieuse (art. 808 et 809 al. 2 CPC).

Cass., civ. 1^{ère}, 26 avr. 1978, n° 76-14.424, *Bull. civ.*, I, n° 157.

Cass., civ. 1^{ère}, 14 avr. 1982, n° 81-10.566, *Bull. civ.*, I, n° 127.

Cass., civ. 1^{ère}, 11 mai 1982, n° 81-12.191, *Bull. civ.*, I, n° 169.

Cass., civ. 1^{ère}, 18 janv. 1989, n°s 87-12.901, 902, 906 et 909 à 911.

Cass., civ. 1^{ère}, 30 juin 1993, n° 91-18.465, *Bull. civ.*, I, n° 237.

Cass., civ. 1^{ère}, 20 juill. 1994, n° 92-14.665, *Bull. civ.*, I, n° 259.
 Cass., civ. 1^{ère}, 31 mars 1998, n° 96-13.781, *Bull. civ.*, I, n° 137.
 Cass., civ. 1^{ère}, 4 juill. 2006, n° 05-11.591, *Bull. civ.*, I, n° 337

 Cass., civ. 2^e, 10 nov. 1968, n° 67-11.170, *Bull. civ.*, II, n° 132.
 Cass., civ. 2^e, 23 oct. 1985, *JCP G* 1986. IV. 13.
 Cass., civ. 2^e, 19 juin 1991, n° 90-13.301, *Bull. civ.*, II, n° 188.
 Cass., civ. 2^e, 12 févr. 1992, n° 90-18.665.
 Cass., civ. 2^e, 5 oct. 1994, n° 92-19.006, *Bull. civ.*, II, n° 191.
 Cass., civ. 2^e, 10 mars 2004, n° 01-14.794, *Bull. civ.*, II, n° 119.
 Cass., civ. 2^e, 16 sept. 2010, n° 09-16.827.
 Cass., civ. 2^e, 23 juin 2011, n° 10-20.076.

 Cass., civ. 3^e, 4 janv. 1979, n° 77-15.234.
 Cass., civ. 3^e, 26 févr. 1986, n° 84-14.371.
 Cass., civ. 3^e, 10 févr. 1988, n° 86-18.864, *Bull. civ.*, III, n° 34.
 Cass., civ. 3^e, 5 juill. 1989, n° 87-18.333, *Bull. civ.*, III, n° 159.
 Cass., civ. 3^e, 22 juin 1994, n° 92-17.383.
 Cass., civ. 3^e, 27 janv. 1999, n° 96-22.253, *Bull. civ.*, III, n° 20.
 Cass., civ. 3^e, 10 févr. 1999, n° 97-14.296.
 Cass., civ. 3^e, 15 sept. 2010, n° 09-15.928.
 Cass., civ. 3^e, 9 mars 2011, n° 09-70.930.
 Cass., civ. 3^e, 21 janv. 2016, n° 15-10.566, *Bull. civ.*, III, à paraître.

 Cass., com., 1^{er} déc. 1965, n° 64-14.238, *Bull. civ.*, IV, n° 620.
 Cass., com., 16 nov. 1971, n° 70-14.520, *Bull. civ.*, IV, n° 278.
 Cass., com., 9 oct. 1984, n° 83-15.036, *Bull. civ.*, IV, n° 257.
 Cass., com., 19 janv. 1988, n° 85-17.918, *Bull. civ.*, IV, n° 45.
 Cass., com., 21 juin 1988, n° 86-16.210, *Bull. civ.*, IV, n° 213.
 Cass., com., 22 mai 2002, n° 97-20.326.
 Cass., com., 23 sept. 2014, n° 13-11.836, *Bull. civ.*, IV, n° 140.

 Cass., soc., 9 févr. 1977, n° 75-12.775, *Bull. civ.*, V, n° 96.
 Cass., soc., 30 avr. 1987, n° 86-40.068.
 Cass., soc., 7 févr. 1989, n° 87-42.684, *Bull. civ.*, V, n° 93.
 Cass., soc., 11 oct. 1989, n° 87-18.574.
 Cass., soc., 13 nov. 1990, n° 89-13.952, *Bull. civ.*, V, n° 278.
 Cass., soc., 5 janv. 1994, n° 90-44.463.
 Cass., soc., 24 janv. 1996, n° 92-45.303.
 Cass., soc., 26 juin 1996, n° 95-40.410.
 Cass., soc., 7 mai 1997, n° 96-45.446.
 Cass., soc., 24 nov. 1998, n° 96-44.111.
 Cass., soc., 24 juin 2009, n° 08-42.116.
 Cass., soc., 30 juin 2010, n° 08-42.836.

 Paris, 20 déc. 1974, *D.* 1975. 312.
 Versailles, 28 janv. 1988, *Gaz. Pal.* 1988. 1. 129.
 TGI Saumur, ord., 13 mars 2002, n° 02/00022.
 Lyon, 23 juin 2005, n° 03/03818.
 Rennes, 14 sept. 2011, n° 10/06127.

Référé – Trouble manifestement illicite (art. 809 al. 1 CPC)

Cass., civ. 1^{ère}, 22 avr. 1986, n° 84-17.505, *Bull. civ.*, I, n° 96.

Cass., civ. 2^e, 27 nov. 1991, n° 90-17.078, *Bull. civ.*, II, n° 324.

Cass., civ. 2^e, 8 juin 2000, n° 98-13.807.

Cass., com., 20 janv. 1987, n° 85-10.727, *Bull. civ.*, IV, n° 21.

Cass., com., 19 janv. 1988, n° 85-17.918, *Bull. civ.*, IV, n° 45.

Cass., com., 10 juill. 1989, n° 85-10.727, *Bull. civ.*, IV, n° 216.

Cass., com., 15 janv. 1991, n° 89-12.064.

Cass., com., 27 oct. 1992, n° 89-21.064, *Bull. civ.*, IV, n° 330.

Cass., com., 24 mai 2016, n° 14-25.210.

Cass., soc., 22 févr. 1995, n° 92-11.566, *Bull. civ.*, V, n° 68.

TGI Fontainebleau, 11 juill. 1983, *Gaz. Pal.* 1984. 1. juris. 47.

T. com. Melun, 12 mars 1984, *Gaz. Pal.* 1984. 1. somm. 126.

TGI Saint-Quentin, 5 oct. 1989, *Gaz. Pal.* 1989. 2. somm. 532.

Paris, 22 juin 2010, n° 10/08050.

Paris, 31 mars 2015, n^{os} 15/03532, 15/03534, 15/03537, 15/03539, 15/03542 et 15/03524.

Paris, 5 juill. 2016, n° 15/00371.

TGI Amiens, 19 déc. 2014, n° 14/00546.

CE, réf., 18 mars 2002, n° 244081, *Lebon* 106.

Référé – Dommage imminent (art. 809 al. 1 CPC).

CJCE, 21 févr. 1991, *Zuckerfabrik*, C-143/88 et C-92/89, *Rec. p.* I-00415.

Cass., civ. 2^e, 14 févr. 1973, n° 72-10.719, *Bull. civ.*, II, n° 52.

Cass., com., 16 févr. 1977, n° 75-14.960, *Bull. civ.*, IV, n° 52.

Référé – Mesures d’instruction (art. 145 CPC)

Cass., civ. 2^e, 29 sept. 2011, n° 10-24.684.

Cass., civ. 3^e, 7 avr. 2009, n° 08-15.664.

Cass., com., 2 juill. 2002, n° 99-10.289.

Cass., com., 4 févr. 2014, n° 12-27.398.

Orléans, 4 mars 1983, *D.* 1983. 343

Paris, 3 et 22 juin 1983, *RTD civ.* 1983. 783.

Renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l’Union européenne (art. 267 TFUE)

CJCE, 6 avr. 1962, *Bosch*, 13/61, *Rec. p.* 89.

CJCE, 2 déc. 1964, *Dingemans*, 24/64, *Rec. p.* 1259.

CJCE, ord., 3 juin 1969 et 16 juin 1970, *SA Chanel*, 31/69, *Rec.* p. 25.
 CJCE, 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon*, 78-70, *Rec.* p. 487.
 CJCE, 14 févr. 1974, *Rheinmülen*, 146/73, *Rec.* p. 131.
 CJCE, 23 janv. 1975, *Van der Hulst*, 51/74, *Rec.* p. 79.
 CJCE, 15 déc. 1976, *Simmenthal*, 35/76, *Rec.* p. 1871.
 CJCE, 13 mai 1981, *International Chemical Corporation*, 66/80, *Rec.* p. 1191.
 CJCE, 16 juin 1981, *Salonia*, 126/80, *Rec.* p. 1563.
 CJCE, 6 oct. 1982, *CILFIT*, 283/81, *Rec.* p. 3415.
 CJCE, 22 oct. 1987, *Foto-Frost*, 314/85, *Rec.* p. 4199.
 CJCE, 22 févr. 2001, *Gomes Valente*, C-393/98, *Rec.* p. I-01327.
 CJCE, 15 sept. 2005, *Intermodal Transports BV*, C-495/03, *Rec.* p. I-08151.
 CJCE, 6 déc. 2005, *Gaston Schul*, C-461/03, *Rec.* p. I-10513.
 CJCE, 16 déc. 2008, *Cartesio*, C-210/06, *Rec.* p. I-09641.
 CJUE, 26 mai 2011, *Stichting Natuur en Milieu e.a.*, C-165/09, *Rec.* p. I-4599.
 CJUE, 15 janv. 2013, *Križan e.a.*, C-416/10.
 CJUE, 9 sept. 2015, *João Filipe Ferreira da Silva e Brito e.a.*, C-160/14.
 CJUE, 9 sept. 2015, *X et T. A. van Dijk*, C-72/14 et C-197/14.

Cass., ass., 4 mars 2005, n° 03-11.725, *Bull. civ.*, A. P., n° 3.
 Cass., ass., 5 avr. 2013, nos 11-17.520 et 11-18.947, *Bull. civ.*, A. P., n° 2 et 3.
 Cass., ass., 6 nov. 2015, n° 13-25.467, *Bull. civ.*, A. P., à paraître.

Cass., civ. 1^{ère}, 21 juin 1988, n° 86-11.448, *Bull. civ.*, I, n° 197.
 Cass., civ. 1^{ère}, 2 févr. 1999, n° 97-10.679.
 Cass., civ. 1^{ère}, 12 juill. 2012, n° 11-13.669, *Bull. civ.*, I, n° 167.
 Cass., civ. 1^{ère}, 24 avr. 2013, n° 12-21.443, *Bull. civ.*, I, n° 82.
 Cass., civ. 1^{ère}, 18 nov. 2015, n° 14-26.482, *Bull. civ.*, I, à paraître.
 Cass., civ. 1^{ère}, 15 juin 2016, n° 15-20.022, *Bull. civ.*, I, à paraître.

Cass., civ. 2^e, 21 juin 2005, n° 04-30.050, *Bull. civ.*, II, n° 160.
 Cass., civ. 2^e, 7 mars 2006, n° 05-10.366, *Bull. civ.*, II, n° 63.
 Cass., civ. 2^e, 5 oct. 2006, n° 05-16.329.
 Cass., civ. 2^e, 10 juill. 2008 (deux arrêts), nos 07-12.071 et .072, *Bull. civ.*, II, n° 177.
 Cass., civ. 2^e, 10 sept. 2009, n° 09-10.445.
 Cass., civ. 2^e, 14 mars 2013, n° 12-14.730.
 Cass., civ. 2^e, 31 mars 2016, n° 14-13.937.
 Cass., civ. 2^e, 7 juill. 2016, n° 15-23.517, *id.*, II, à paraître.

Cass., civ. 3^e, 28 mars 2007, n° 04-12.315.

Cass., com., 5 mai 1982, n° 80-11.490, *Bull. civ.*, IV, n° 156.
 Cass., com., 4 janv. 1994, n° 91-18.964.
 Cass., com., 9 déc. 1997, n° 95-17.619, *Bull. civ.*, IV, n° 334.
 Cass., com., 13 févr. 2001, n° 98-23.501, *Bull. civ.*, IV, n° 35.
 Cass., com., 14 déc. 2004, n° 02-31.241, *Bull. civ.*, IV, n° 224.
 Cass., com., 19 déc. 2006, n° 03-12.724, *Bull. civ.*, IV, n° 253.
 Cass., com., 20 mai 2008 (3 arrêts), nos 06-20.230, 05-14.331 et 06-15.136, *Bull. civ.*, IV, n° 101.
 Cass., com., 21 juin 2011, n° 09-16.116.
 Cass., com., 11 déc. 2012, n° 11-28.053, *Bull. civ.*, IV, n° 226.

Cass., com., 26 févr. 2013, n° 11-22.029.

Cass., com., 21 janv. 2014, n° 12-15.117.

Cass., com., 8 mars 2016, n° 14-13.540.

Cass., soc., 11 janv. 1984, n° 81-14.044, *Bull. civ.*, V, n° 5.

Cass., soc., 19 nov. 1987, n° 81-14.044, *Bull. civ.*, V, n° 653.

Cass., soc., 7 nov. 2006, n° 04-44.713, *Bull. civ.*, V, n° 323.

Cass., soc., 19 juin 2007, n° 05-42.551, *Bull. civ.*, V, n° 109.

Cass., soc., 30 nov. 2011, n° 10-22.964, *Bull. civ.*, V, n° 284.

Cass., soc., 27 févr. 2013, n° 11-26.864, *Bull. civ.*, V, n° 56.

Cass., crim., 18 oct. 1988, n° 87-90.364, *Bull. crim.* n° 352.

Cass., crim., 18 janv. 1990, n° 89-81.959.

Cass., crim., 21 juin 1990, n° 89-83.394, *Bull. crim.* n° 254.

Cass., crim., 28 nov. 1991, n° 90-84.174.

Cass., crim., 2 avr. 2003, n° 02-85.680.

Cass., crim., 14 oct. 1992, n° 90-83.026, *Bull. crim.* n° 326.

Cass., crim. 18 mars 2003, 02-83.015 et 02-82.292, *Bull. crim.* n° 69.

Cass., crim., 7 mars 2006, n° 05-82482.

Cass. crim., 15 mars et 21 juin 2016, n° 13-88.632.

Cass., crim., 4 oct. 2016, n° 16-82.309, *Bull. crim.* à paraître.

Agen, 19 oct. 1992, *JurisData* n° 047247

Lyon, 26 mars 2009, n° 08/02689, *JurisData* n° 018369

Bordeaux, 24 nov. 2009, n° 08/02676, *JurisData* n° 015953

Pau, 22 sept. 2011, n° 11/3992, *JurisData* n° 020967

Paris, 19 juin 2012, n° 2011/16448, *JurisData* n° 034601.

CE, ass., 19 juin 1964, *Société des pétroles Shell-Berre*, *Lebon* 344

CE, ass., 27 juill. 1979, *Syndicat national des fabricants de spiritueux consommés à l'eau*, n° 09664, *Lebon* 335.

Tribunal des conflits (art. 35 décret n° 2015-233)

Cass., ass., 4 juill. 1997, n° 93-21.167, *Bull. civ.*, A. P., n° 9.

Cass., civ. 1^{ère}, 8 avr. 1986, n°^{os} 84-12.224 et 84-16545, *Bull. civ.*, I, n° 79.

Cass., civ. 1^{ère}, 5 juill. 1983, n° 82-12.689, *Bull. civ.*, I, n° 198.

Cass., civ. 1^{ère}, 6 mars 2001, n° 99-11.083.

Cass., civ. 1^{ère}, 11 mars 2012, n° 12-14.606.

Cass., civ. 1^{ère}, 6 févr. 2013, n° 12-10.048.

Cass., civ. 2^e, 13 sept. 2007, n° 06-17.428.

Cass., com., 29 janv. 2008, n° 06-10.423.

Cass., soc., 27 avr. 1989, n° 86-42.731, *Bull. civ.*, V, n° 312.

Cass., soc., 10 juill. 2002, n° 00-60.373.

INDEX DES NOTIONS JURIDIQUES

Abus du droit d'agir en justice : 78 ; 166 ; 303 ; 338 ; 377.

Acte clair : 171 – 216.

Aide juridictionnelle

- *Bureau d'aide juridictionnelle* : 418.
- *Conditions d'attribution* : 3 ; 5 ; 93 ; 126 ; 148 ; 379 – 381 ; 538.
- *Effets de la demande* : 399.

Amende civile : 11 ; 166.

Appel

- *Taux de ressort* : 343 ; 533.
- Voir « exécution provisoire ».

Arbitrage

- *Annulation (arbitrage international)* : 42 ; 51 ; 153 ; 532.
- *Arbitrage à l'étranger* : 329 ; 333.
- *Juge d'appui* : 331 – 333.
- *Exequatur* : 532.
- *Principe compétence-compétence (effet négatif)* : 289 ; 300 – 302 ; 328 ; 533 ; 536.
- *Principe compétence-compétence (limites à l'effet négatif – caractère manifestement nul ou inapplicable de la convention d'arbitrage)* : 5 ; 28 ; 88 – 92 ; 154 – 155 ; 171 ; 201 ; 319 – 333.

Avis

- *Difficulté sérieuse (définition)* : 2 ; 31 ; 34 ; 48 ; 72 – 75 ; 99 ; 107 – 109 ; 112 ; 119 ; 131 ; 137 ; 186 ; 189 ; 201 ; 413.
- *Fonctions* : 288 ; 411 – 414.
- Voir : « Cour européenne des droits de l'Homme ».

Chose jugée : 267 – 271.

Collégialité : 423.

Commission d'indemnisation des victimes d'infractions : 403.

Compétence : 286 – 351.

- *Définition* : 283 ; 351.
- *Demandes incidentes* : 340 – 342 ; 537.
- *Incidents d'instance* : 306.
- *Pluralité de défendeurs* : 4 ; 336 – 338.
- *Moyens de défense* : 290 – 333.
- *Taux de compétence* : 343.

Connexité : 344 – 345.

Conseil de prud'hommes

- *Compétence* : 342.
- *Composition* : 421.

Cour d'appel

- *Composition* : 422.
- *Compétence* : 306.
- *Président* : voir « exécution provisoire ».

Cour de cassation

- *Composition* : 417.
- *Chambre des requêtes* : 408.
- *Parquet général* : 506 ; 512 ; 519 ; 526.
- *Réforme* : 6 ; 417 ; 435 ; 498 ; 530.
- Voir « pourvoi en cassation ».

Cour européenne des droits de l'Homme

- *Avis sur renvoi préjudiciel* : 298 – 299 ; 313.
- *Recevabilité des requêtes* : 375.

Criminel tient le civil en l'état (le –) : 287 ; 303 – 305 ; 533.

Égalité des armes : 505 – 506 ; 512 ; 519 ; 526.

Exécution provisoire : 3 ; 93 ; 383 – 387 ; 539.

Impartialité : 505 – 507 ; 526 – 529.

Incidents d'instance : 306.

Indivisibilité : 346 – 347.

Injonction de faire : 370.

Injonction de payer : 369.

Injonction de payer européenne

- *Conditions* : 5 ; 367 – 368.
- *Voies de recours* : 394 – 396.

Interprétation : 171 – 172 ; 191 – 200 ; 207 ; 216.

Juge de l'exécution : 361 – 363.

Juridiction de proximité : 288 ; 419.

Juridictions administratives : 408 ; 416 ; 432.

Motivation : 437 – 482.

- *Fonctions* : 440 ; 448 – 452 ; 459 – 465.
- *Obligation* : 43 ; 437.
- *Pratique* : 256.

Pourvoi en cassation

- *Aide juridictionnelle* : 3 ; 93 ; 113 ; 126 ; 148.
- *Distinction du fait et du droit* : 39.
- *Formation restreinte de la Cour de cassation (pouvoirs)* : 48 ; 93 ; 112 ; 126 ; 156 – 158 ; 214.
- *Non-admission* : 11 ; 374 ; 434 – 541.
 - o *Conditions* : 3 ; 5 ; 32 ; 34 ; 48 ; 55 ; 76 – 81 ; 102 ; 112 – 113 ; 126 – 127 ; 148 ; 156 – 157 ; 171 ; 173 ; 190 ; 212 ; 216 ; 218 ; 434.
 - o *Motivation* : 469 – 477.
 - o *Non-admission partielle* : 453 ; 457 ; 492.
 - o *Rapport* : 11 ; 435 ; 478 ; 482 – 530 ; 534.

Question préjudicielle administrative

- *Difficulté sérieuse (exigence)* : 2 ; 31 ; 287 ; 291 – 292.
- *Difficulté sérieuse (définition)* : 31 ; 34 ; 41 ; 48 ; 53 ; 68 – 71 ; 103 – 104 ; 106 ; 109 ; 112 – 113 ; 123 – 124 ; 171 ; 188 ; 198 ; 210 – 211 ; 292 – 293.
- *Question en appréciation de validité* : 69 ; 102 ; 138 ; 171 ; 193 ; 314 – 316 ; 535.
- *Question en interprétation* : 137 ; 198 ; 201 – 202.
- *Question relative à l'application directe de la loi (domaine public, etc.)* : 139 ; 171 ; 188.
- *Renvoi préalable* : 313.

Question préjudicielle internationale : 289.

Question préjudicielle spéciale

- *Difficulté sérieuse (exigence)* : 2 ; 31 ; 292 – 293.
- *Difficulté sérieuse (définition)* : 31 ; 106 ; 139.
- *Fonction* : 295.

Question prioritaire de constitutionnalité

- *Caractère sérieux (exigence)* : 3 ; 312 ; 540.
- *Caractère sérieux (définition)* : 31 ; 41 ; 63 – 67 ; 100 ; 112 ; 117 ; 124 ; 138 ; 153 ; 160 – 161 ; 169 ; 171 ; 218.
- *Juridictions du fond* : 160 – 161.
- *Pouvoirs du juge ordinaire* : 312 – 313.

Recevabilité : 373 – 375 ; 405.

Référé

- *Contestation sérieuse* : 3 ; 30 ; 34 ; 48 ; 82 – 84 ; 100 ; 103 ; 106 ; 108 ; 124 ; 139 – 143 ; 148 ; 171 ; 194 ; 197 ; 201 ; 218 ; 426 – 430.
- *Criminel tient le civil en état* : 304.
- *Différend* : 357 ; 359 – 360.
- *Domage imminent* : 357 – 358 ; 360.
- *Formation collégiale* : 83 ; 424.
- *Mesures d'instruction* : 364.
- *Trouble manifestement illicite* : 5 ; 28 ; 34 ; 56 ; 82 – 87 ; 101 ; 108 ; 139 ; 148 ; 153 ; 173 ; 213 ; 218 – 219 ; 426 – 430.

Règlement des petits litiges (procédure européenne)

- *Instance* : 5 ; 407.
- *Voies de recours* : 5 ; 390 – 393.

Renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne

- *Acte clair* : 171 ; 199.
- *Renvoi en appréciation de validité (contestation sérieuse)* : 138 ; 287 ; 310 – 311 ; 313.
- *Renvoi en interprétation (difficulté sérieuse)* : 2 ; 31 ; 44 ; 59 – 62 ; 104 ; 107 – 110 ; 112 – 113 ; 118 ; 120 ; 124 – 125 ; 127 ; 132 – 133 ; 137 ; 153 ; 169 ; 171 ; 179 ; 183 ; 186 – 187 ; 199 ; 201 – 206 ; 216 ; 287 ; 292 – 295 ; 313.

Renvoi préalable : 313.

Secret des délibérés : 502 – 504.

Tribunal de grande instance

- *Compétence* : 306 ; 340.
- *Composition* : 422.
- *Ordonnance de clôture (accessoires échus postérieurement)* : 405.

Tribunal d'instance

- *Compétence* : 340.

Tribunal des conflits

- *Composition* : 5.
- *Difficulté sérieuse* : 2 ; 107 – 109 ; 139 ; 287 ; 291 ; 293 ; 295.
- *Question préjudicielle* : 313.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
Champ de l'étude : les dispositifs procéduraux mentionnant le caractère sérieux ou le caractère manifeste	1
Objet de la thèse : la définition des caractères sérieux et manifeste	4
Premier enjeu : systématiser la jurisprudence	8
Second enjeu : éprouver la jurisprudence	9
La nécessité d'une étude synthétique	10
PREMIÈRE PARTIE : DÉFINITION DES CARACTÈRES SÉRIEUX ET MANIFESTE	13
TITRE I – LES CARACTÈRES SÉRIEUX ET MANIFESTE : DE L'ÉVIDENCE OU DE LA FACILITÉ À LA CERTITUDE	15
CHAPITRE I : ÉCHEC DE L'ÉVIDENCE ET DE LA FACILITÉ	17
SECTION I : LA RÉFÉRENCE AU CRITÈRE D'ÉVIDENCE ET SON ÉCHEC	17
§1. La référence à l'évidence	17
I/ Étendue de la référence	18
A/ L'évidence attachée au terme « manifeste »	18
B/ L'évidence attachée au terme « sérieux »	19
II/ Définition de l'évidence	22
§2. L'échec du critère	24
I/ Recentrage : un critère utilisable uniquement pour l'appréciation de propositions générales	25
II/ Un critère inadmissible	27
SECTION II : LA RÉFÉRENCE AU CRITÈRE DE FACILITÉ ET SON ÉCHEC	31
§1. La référence à la facilité	31
I/ Le glissement de l'évidence vers la facilité	31
II/ La définition de la facilité	32
A/ Une conception subjective	33
B/ Une conception objective : de la facilité à la simplicité	35
§2. L'échec du critère de facilité	36
I/ Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne	37

II/ La question prioritaire de constitutionnalité	41
III/ La question préjudicielle interne	55
IV/ La demande d'avis	58
V/ La non-admission des pourvois	60
VI/ Les référés	64
VII/ L'arbitrage	70
CONCLUSION DU CHAPITRE	75
CHAPITRE II : PERTINENCE DE LA CERTITUDE	77
SECTION I : RECONNAISSANCE DU CRITÈRE DE CERTITUDE	77
§1. Les caractères sérieux et manifeste définis à partir de la certitude	78
I/ Les caractères sérieux et manifeste dépendants de la certitude	78
A/ Les caractères sérieux et manifeste dépendants de la certitude ou du doute du juge au terme du raisonnement	79
B/ Les caractères sérieux et manifeste dépendants de la possibilité objective d'acquérir une certitude	85
II/ Les caractères sérieux et manifeste indépendants de toute considération étrangère à la certitude	89
A/ Les caractères sérieux et manifeste indépendants du désaccord et de l'appréciation portée par les tiers sur ces caractères	92
1/ Les caractères sérieux et manifeste indépendants du désaccord et de l'appréciation portée par les tiers sur ces caractères	92
2/ Les caractères sérieux et manifeste éclairés par le désaccord et l'appréciation portée par des tiers sur ces caractères	102
B/ Examen critique au regard de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne	104
§2. L'étendue de la certitude exigée à travers les caractères sérieux et manifeste	107
I/ Une certitude étendue au droit et/ou aux faits	107
A/ Une certitude dont l'étendue varie selon l'objet de la disposition en cause	108
B/ Évolution récente : le doute sur le droit constitue-t-il une contestation sérieuse ?	111
II/ Une certitude appréciée concrètement	115
A/ La certitude limitée aux besoins du litige	115
B/ La certitude et le respect du principe dispositif	116
SECTION II : OBSTACLES À L'APPLICATION DE LA CERTITUDE	118
§1. Les obstacles tirés de la rédaction de certains textes	118
I/ Obstacle tenant à l'emploi du terme manifeste	119
II/ Obstacle spécifique à l'arbitrage international	120
III/ Obstacle spécifique à la non-admission	122

IV/ Obstacle spécifique à la question prioritaire de constitutionnalité	124
§2. L'obstacle tiré des coûts induits par le procès	127
CONCLUSION DU CHAPITRE ET DU TITRE	133
TITRE II – LES CARACTÈRES SÉRIEUX ET MANIFESTE ÉCLAIRÉS PAR LA CERTITUDE	137
CHAPITRE I : RETOUR SUR LA THÉORIE DE L'ACTE CLAIR	143
SECTION I : LA CERTITUDE MALGRÉ L'ABSENCE D'ACTE CLAIR	143
§1. La certitude retenue malgré l'obscurité de la loi et de la jurisprudence	144
I/ La certitude affirmée en l'absence d'acte clair	145
A/ La certitude fondée sur des ressources formelles non obligatoires	145
B/ La certitude fondée sur la finalité d'un texte ou d'une jurisprudence obscurs	146
II/ Le pouvoir d'interprétation reconnu au juge appelé à statuer sur les caractères sérieux et manifeste	162
§2. Examen critique	165
SECTION II : L'INCERTITUDE MALGRÉ L'EXISTENCE D'UN ACTE CLAIR	170
§1. L'incertitude fondée sur la contradiction entre le sens d'un texte univoque et son esprit, ses finalités ou les exigences de l'équité	171
§2. L'incertitude fondée sur le caractère erroné ou contestable d'une jurisprudence claire	179
I/ L'incertitude fondée sur le caractère erroné ou contestable d'une jurisprudence claire	179
II/ La certitude fondée sur la démonstration du caractère erroné d'un arrêt d'espèce clair et précis	184
CONCLUSION DU CHAPITRE	188
CHAPITRE II : RETOUR SUR LE SCEPTICISME JURIDIQUE	191
SECTION I : LA RÉPONSE DE WITTGENSTEIN AUX SCEPTIQUES	195
§1. La définition des règles par Wittgenstein	196
I/ Réfutation de la définition causale et psychologue des règles fondamentales	196
II/ La règle comprise au sein d'une pratique	201
§2. Réponse aux sceptiques	206
I/ La lecture sceptique des Recherches philosophiques	206
A/ L'indétermination irréductible des règles définies comme des pratiques	206
B/ L'impasse de la solution communautariste	207

II/ Réfutation du scepticisme	209
A/ L'erreur méthodologique des sceptiques	209
B/ Accepter notre savoir pour ce qu'il est	210
SECTION II : L'APPLICATION DES THÈSES DE WITTGENSTEIN AU DROIT	212
§1. Appréhender le droit en tant que pratique normative	212
§2. Critiques contre la définition du droit comme pratique normative	218
I/ La dimension argumentative du droit	218
II/ Le pouvoir reconnu au juge de dire le droit	219
CONCLUSION DU CHAPITRE ET DU TITRE	223
CONCLUSION DE LA PARTIE	225
SECONDE PARTIE : FONCTIONS DES CARACTÈRES SÉRIEUX ET MANIFESTE	227
TITRE I – LA RÉFÉRENCE AUX CARACTÈRES SÉRIEUX ET MANIFESTE COMME INSTRUMENT DE BONNE ADMINISTRATION DE LA JUSTICE	229
CHAPITRE I : LA COMPÉTENCE DÉLIMITÉE PAR LA RÉFÉRENCE AUX CARACTÈRES SÉRIEUX ET MANIFESTE	231
SECTION I : LA COMPÉTENCE SUR LES MOYENS DE DÉFENSE DÉLIMITÉE PAR LA DIFFICULTÉ SÉRIEUSE OU LE MOYEN SÉRIEUX	231
§1. La compétence sur l'accessoire délimitée par la difficulté sérieuse	235
I/ L'émergence d'un principe général	235
II/ Le recours à la difficulté sérieuse au-delà des hypothèses consacrées	240
A/ Le renvoi d'une question préjudicielle à la Cour européenne des droits de l'Homme écarté en l'absence de difficulté sérieuse	240
B/ Le sursis à statuer sur les moyens de défense relevant d'une convention d'arbitrage écarté en l'absence de difficulté sérieuse au fond	241
C/ Le principe le criminel tient le civil en état écarté en l'absence de difficulté sérieuse	243
D/ La compétence étendue à tous les incidents d'instance en l'absence de difficulté sérieuse	246
§2. Les exceptions au principe : la compétence sur l'accessoire délimitée par le moyen sérieux	247
I/ La compétence sur les questions de validité délimitée par le moyen sérieux	248

A/ La compétence sur les questions de validité des actes de droit dérivé de l'Union européenne et sur les questions de constitutionnalité des lois délimitée par le moyen sérieux	248
B/ Évolution récente : la compétence sur les questions de validité d'un acte administratif délimitée par la difficulté sérieuse	254
II/ La compétence sur la question préalable de la compétence arbitrale délimitée par le moyen sérieux	258
A/ L'incompétence du juge étatique pour statuer sur une exception sérieuse tirée de la clause compromissoire	258
B/ Examen critique	264
1/ La faculté pour le juge étatique de se déclarer compétent cas de nullité ou inapplicabilité manifestes lorsque le tribunal arbitral n'est pas saisi	264
2/ L'interdiction absolue de statuer sur la compétence lorsque le tribunal arbitral est déjà saisi	267
SECTION II : LA COMPÉTENCE SUR LES DEMANDES DÉLIMITÉE PAR LEUR CARACTÈRE SÉRIEUX	271
§1. La prorogation de compétence territoriale en cas de pluralité de défendeurs subordonnée au caractère sérieux de la demande dirigée contre le défendeur domicilié dans le ressort de la juridiction saisie	271
§2. Propositions d'extension de la référence à la demande sérieuse	275
I/ La compétence sur les demandes incidentes délimitée par le moyen sérieux et la difficulté sérieuse	275
II/ La détermination des taux de compétence et de ressort en fonction du caractère sérieux des demandes	277
III/ Les exceptions de connexité et d'indivisibilité conditionnées au caractère sérieux de la demande soulevée devant la juridiction de renvoi	278
CONCLUSION DU CHAPITRE	282
CHAPITRE II : L'INSTANCE RATIONNALISÉE PAR LA RÉFÉRENCE AUX CARACTÈRES SÉRIEUX ET MANIFESTE	285
SECTION I : LA LUTTE CONTRE LES ACTIONS NON SÉRIEUSES	285
§1. Le droit à des mesures précontentieuses subordonné à l'existence d'un moyen sérieux au fond	286
I/ Les mesures conservatoires et probatoires précontentieuses subordonnées au caractère sérieux de la prétention au fond	286
A/ Les mesures conservatoires subordonnées au caractère sérieux de la prétention au fond	286
1/ Référé conservatoire	286
2/ Les mesures d'exécution conservatoires ordonnées par le juge de l'exécution	288
B/ Les mesures probatoires ordonnées en référé ou sur requête subordonnées au caractère sérieux de la prétention	290

II/ La délivrance d'une injonction subordonnée au caractère sérieux de la demande ou à l'absence de contestation sérieuse	291
A/ L'injonction de payer européenne écartée lorsque la demande est manifestement infondée	292
B/ L'injonction de payer ordinaire et l'injonction de faire subordonnées à l'absence de contestation sérieuse	294
§2. La lutte contre l'introduction d'actions non sérieuses	295
I/ L'impossible subordination du droit d'action à l'existence d'un moyen sérieux	295
II/ La limitation indirecte des actions non sérieuses	300
A/ Exclusion de l'aide juridictionnelle pour les demandes non sérieuses	301
B/ L'arrêt de l'exécution provisoire en cas d'appel subordonné à l'existence d'un moyen sérieux	305
III/ La suppression des recours contre les jugements qualifiant leur solution de manifeste	309
A/ Suppression des voies de recours contre les rejets manifestes prononcés dans la procédure européenne de règlement des petits litiges	310
B/ Suppression des voies de recours contre le refus de délivrer une injonction de payer européenne manifestement infondée	313
SECTION II : L'ORGANISATION DES DÉBATS	314
§1. Aménagements de la mise en état fondés sur les caractères sérieux et manifeste	315
I/ Simplifications de l'instruction fondées sur la certitude	315
A/ La réduction de la durée de l'instruction en l'absence de difficulté sérieuse	315
B/ La mise en cause du défendeur écartée en cas de rejet manifeste	318
II/ Complexification en présence d'une difficulté sérieuse : la demande d'avis	319
§2. La composition de la juridiction modulée en fonction de la difficulté sérieuse	322
I/ Les cas de modulation de la composition d'une juridiction en fonction de la difficulté sérieuse	322
II/ L'extension du mécanisme à toutes les juridictions judiciaires	326
§3. Le référé anticipation : une procédure simplifiée pour faire droit aux demandes manifestement fondées	330
CONCLUSION DU CHAPITRE ET DU TITRE	335
TITRE II – LA RÉFÉRENCE AUX CARACTÈRES SÉRIEUX ET MANIFESTE COMME INSTRUMENT DE MAÎTRISE DE LA JURISPRUDENCE	337
CHAPITRE I : L'OBLIGATION DE MOTIVATION ÉCLAIRÉE PAR LA RÉFÉRENCE AUX CARACTÈRES SÉRIEUX ET MANIFESTE	339

SECTION I : RATIONALITÉ DE LA NON MOTIVATION EN CAS DE REJET MANIFESTE	339
§1. Le principe : l'absence de motivation justifiée par le caractère manifeste de la solution	339
I/ La dérogation à l'obligation de motivation en cas de rejet manifeste	340
II/ Justification de la dérogation	343
A/ Une dérogation problématique en pratique	343
B/ Une dérogation justifiée par l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi	345
§2. L'exception : l'utilité ponctuelle de la motivation malgré le caractère manifeste de la solution	349
SECTION II : LICÉITÉ DE LA NON MOTIVATION EN CAS DE REJET MANIFESTE	352
§1. Examen sous l'angle de l'article 34 de la Constitution : une dispense instituée par un règlement excédant ses compétences	352
§2. Examen sous l'angle de la protection du droit d'agir en justice : une dispense valide dans son principe sous certaines réserves	357
CONCLUSION DU CHAPITRE	363
CHAPITRE II : LA PRATIQUE DE COMMUNICATION DU RAPPORT ÉCLAIRÉE PAR LA RÉFÉRENCE AUX CARACTÈRES SÉRIEUX ET MANIFESTE	365
SECTION I : RATIONALITÉ DE LA COMMUNICATION	365
§1. Le caractère non obligatoire de la communication	365
§2. Justification de la communication	367
I/ La communication comme correctif à la non motivation	367
II/ La communication justifiée indépendamment de la non motivation	369
SECTION II : LICÉITÉ DE LA COMMUNICATION	371
§1. L'illicéité de la communication	371
I/ Violation du secret des délibérés et de l'article 34 de la Constitution	372
II/ Une atteinte à l'exigence d'impartialité	377
§2. Tentatives de régularisation	380
I/ Première option : la fin pure et simple de la communication du rapport	380
A/ Conditions de la non communication	380
B/ Économie de la non-communication : une solution peu souhaitable	382
II/ Deuxième option : maintien de la communication mais exclusion du rapporteur du délibéré	385
III/ Troisième option : la fin de la communication du rapport compensée par la transmission d'un document explicatif après le jugement	385

IV/ Quatrième et dernière option : la reconnaissance de l'impartialité apparente du rapporteur	386
CONCLUSION DU CHAPITRE ET DU TITRE	389
CONCLUSION DE LA PARTIE	391
CONCLUSION GÉNÉRALE	395
ANNEXE I	399
ANNEXE II	403
BIBLIOGRAPHIE	407
TABLE DE LA JURISPRUDENCE	431
INDEX DES NOTIONS JURIDIQUES	443
TABLE DES MATIÈRES	447

Résumé de la thèse

Les caractères sérieux et manifeste sont des concepts bien connus des processualistes qui suscitent toujours la défiance et la circonspection. Ils connaissent pourtant un succès législatif spectaculaire et interviennent dans l'application d'un grand nombre de textes dont l'importance pratique et juridique n'est plus à démontrer.

Encore considérés comme la clé la plus insaisissable des dispositifs dans lesquels ils sont intégrés, ces concepts appellent une étude synthétique. Faisant le lien entre des analyses doctrinales éparses qui ne s'y intéressent qu'au sein d'une procédure identifiée, la thèse tente d'en dégager une définition généralement et globalement opérante. Un examen attentif de la jurisprudence conduit à rejeter la définition classique fondée sur l'évidence du fait et du droit et à lui substituer une définition fondée sur le concept plus large de certitude. Ce faisant, la thèse sauvegarde des concepts qui sont souvent considérés comme de simples notions fonctionnelles : qu'un moyen puisse être non sérieux sans que cela ne « saute aux yeux » n'implique pas qu'il s'agisse là d'une qualification purement subjective.

La réflexion glisse alors imperceptiblement vers la théorie du droit et se tourne vers la question de la certitude en droit. Une connaissance objective des règles de droit est-elle possible ou l'attribution du caractère manifeste à une solution ou du caractère sérieux à un moyen n'est-elle qu'un leurre ?

A la recherche de la définition jurisprudentielle succède naturellement un examen critique de celle-ci, qui passe par sa confrontation aux fonctions des concepts au sein des textes et mécanismes qui y font référence. Véritables facteurs de rationalisation des procédures lorsqu'ils sont définis à partir du critère de certitude, les concepts étudiés occupent une place essentielle au sein de notre droit processuel et vont s'avérer déterminants pour assurer la bonne administration de la justice et l'intelligibilité de la jurisprudence.

Summary

An increasing number of statutes relies on the concepts of serious argument and obvious evaluation for their application. Yet no satisfying definition of these concepts has still been found. For if it is usually assumed that these concepts depend on the obviousness of the Law and of the disputed facts, a careful examination of the case law shows well enough that this view is false: one often judges an evaluation obvious only after having demonstrated its truth through a complex argumentation and a long reasoning.

Thus, the thesis argues that the concepts refer not to the obviousness of the Law and the disputed events but to the certainty of these. Here the Law refers to a question of jurisprudence: is the case easy or hard? This new definition leads to the discussion of skepticism regarding the Law.

Once a definition that fits the case law has been built, it is necessary to identify the reasons, both legal and practical, for the use of the concepts in procedural law.

From this it becomes possible to build a critical look on the statutes that use the concepts of serious argument and obvious evaluation for their application: is this use justified or should the statutes be changed? It will also be possible to consider that the application of statutes that do not refer to these concepts actually depends on them, or at least should depend on them.