



UNIVERSITÉ
PANTHÉON-ASSAS
- PARIS II -

Revue de droit d'Assas

N° 13-14 Févr. 2017

Le portrait

Yves Gaudemet : fragments d'un portrait

Par Philippe Yolka

Le débat

**Faut-il conserver, supprimer ou réécrire
l'article 49, al. 3 de la Constitution ?**

Avec Dominique Rousseau et Denis Baranger

Idées pour l'université

**Les partenariats internationaux
de l'université**

Par Chahira Bacha, Arnaud Casado, Clément Cousin,
Alice Dejean de la Bâtie, Aurélie Duffy-Meunier,
Benjamin Moron-Puech et Mathieu Touzeil-Divina

Le dossier

L'office du juge

Par Jean-Paul Andrieux, Guillaume Beaussonie,
Brunessen Bertrand, Georges Bolard, Thierry Bonneau,
Jean-Sébastien Borghetti, Guy Canivet,
Benjamin Defoort, Paul Giraud, Alain Lacabarats,
Paul Martens, Denis Mazeaud et Dominique Schmidt

Perspectives

Droit pénal général

Par Yves Mayaud, Jean-Baptiste Perrier, Xavier Pin
et Jacques-Henri Robert

L'hommage

Jean-Jacques Bienvenu

Par Didier Truchet

Revue de droit d'Assas

Revue éditée et diffusée par l'Université Panthéon-Assas,
12 place du Panthéon – 75005 Paris,
en partenariat avec Lextenso éditions,
70 rue du gouverneur général Félix Éboué – 92131 Issy-les-Moulineaux

lextenso éditions

ISSN n° 2108-1050 (papier) et n° 2114-0332 (en ligne)

Directeur de la publication : **Guillaume Leyte**

Directrice scientifique : **Cécile Chainais**

Directeurs scientifiques adjoints : **Nicolas Balat et Étienne Casimir**

Conseillère de la rédaction : **Emmanuelle Filiberti**

CONSEIL SCIENTIFIQUE

Guillaume Drago,
Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Yves Gaudemet,
Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Michel Humbert,
Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Christian Larroumet,
Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Yves Lequette,
Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Laurent Leveneur,
Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Martine Lombard,
Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Denis Mazeaud,
Professeur à l'Université Panthéon-Assas,
ancien directeur scientifique de la revue

Jacques-Henri Robert,
Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Louis Vogel,
Professeur à l'Université Panthéon-Assas,
ancien Président de l'Université

COMITÉ DE RÉDACTION

Rédacteur en chef :
Antoine Touzain

Rédacteurs en chef adjoints :
Nathan Allix et Maxime Cormier

Membres du comité de rédaction :
Maxime Brenaut, Flavien Dréno,
Rodolphe Eugène, Eloïse Glucksmann,
Kevin Quinsac, Gabriel Sebban, Alice Theret

L'intro

Antoine Touzain, rédacteur en chef

Treize...

Treize : parmi les nombres premiers, le dernier que l'on veut rencontrer ; un nombre qui inspire la crainte et engendre les superstitions. Refuser d'admettre ce Judas à la table, voilà une tentation qui a pu effleurer le comité de rédaction, tant les augures y conduisaient...

Maudit, ce numéro ? Le départ des gardiens du temple pouvait le laisser croire, la malédiction étant promise aux *treize* générations de rédacteurs en chef à venir... Après celui de Nicolas Balat, le départ annoncé d'Étienne Casimir de la rédaction en chef, lui aussi légitimement appelé vers d'autres cieux universitaires, semblait de mauvaise augure pour l'avenir de la *revue*, ainsi coupée de ses racines, privée de ses têtes originelles. Il semblait bien difficile de surmonter une telle perte ! Et l'écoulement du temps – tout inévitable qu'il fût pour une période de transition –, privant les lecteurs de leur *revue* préférée pendant une période plus longue qu'à l'ordinaire, n'en était pas moins de nature à alimenter les craintes...

Treize : un nombre inspirant le malheur, tel celui – bien réel – de l'Université quand, quelques jours avant la mise sous presse de ce numéro, elle subit la perte de Jean-Jacques Bienvenu. Didier Truchet nous fait l'honneur de lui rendre hommage.

Il fallait conjurer la malédiction, et c'est chose faite avec une double numérotation : quantité et qualité des contributions obligent, c'est une copieuse double ration de *RDA* qui vous est généreusement servie en ce mois de février 2017, grâce au travail d'une nouvelle équipe, active et renouvelée, attirée sans doute par la promesse (bien mensongère) d'un treizième mois : merci à Nathan Allix et à Maxime Cormier d'avoir accepté de rejoindre la rédaction en chef ! Il fallait bien un *triumvirat* pour parvenir à monter ce double numéro, sous la houlette bienveillante du Professeur Cécile Chainais.

Treize... et quatorze. Quatorze : si ce n'est pas la moyenne attendue pour la mention bien (car, à Paris 2, l'on se plaît à exiger toujours plus de nos étudiants), c'est – tout de même ! – le nombre associé au Roi Soleil. Un lecteur inspiré verra sans doute dans ce numéro un hommage au grand Versaillais (Versailles qui est accessible via l'autoroute A... 13).

N'est-ce pas à la politique du pré carré du Grand Roi que rend hommage l'université, en consolidant sa présence sur le front étranger, en multipliant les partenariats internationaux ? Ces partenariats sont, en tout cas, l'objet de la rubrique désormais habituelle consacrée aux *idées pour l'université*.

Surtout, n'est-ce pas la crainte d'un retour à la monarchie absolue, à la concentration des pouvoirs en les mains d'un même Roi qui suscite, aujourd'hui, des débats passionnés sur le retour d'un « gouvernement des juges », ou sur la prise de pouvoir de l'administration ? L'actualité de ces sujets ne se dément pas, et justifie que les vifs échanges politiques sur le « 49.3 » se doublent d'un *débat* juridique ; mais encore qu'un *dossier* soit consacré à l'office du juge. Sujet classique ? En apparence seulement, car il est en pleine mutation... et se présente sous la forme mystérieuse et attirante de... *treize* contributions.

L'absolutisme reparait encore lorsqu'il s'agit de parler d'Yves Gaudemet ; mais cette fois, c'est d'un absolutisme de champs de recherches qu'il s'agit. Parti d'un sujet de doctorat peu éloigné du thème du dossier (*Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, 1972), pour devenir bientôt l'un des « grands serviteurs de l'État », comme le dépeint Philippe Yolka, celui qui a transmis le droit administratif à nombre d'étudiants méritait bien l'hommage du *portrait* !

Ce numéro 14 serait donc un hommage au Roi Soleil. Mais parce que d'aucuns nourriront sans doute quelque nostalgie à l'égard de son prédécesseur, et que c'est aussi le numéro 13, les lecteurs pourront se replonger dans l'ambiance du règne de Louis XIII, en parcourant, parmi les *variétés*, quelques fragments retrouvés de Cyrano de Bergerasas... Décidément, avec ce numéro dont nous vous souhaitons bonne lecture, « *c'est un cap* » que passe la *revue* !

Sommaire

L'intro

Quelques mots du rédacteur en chef p. 1

Grand Un . Autour du droit

Grand A

Du droit et des hommes

Petit un : l'Homme du droit

Yves Gaudemet,
Philippe Yolka

p. 8

Petit deux : droit au débat

Deux spécialistes, deux avis différents :
Faut-il conserver, supprimer ou réécrire
l'article 49, al. 3 de la Constitution ?
Dominique Rousseau
et *Denis Baranger*

p. 11

Grand B

Droit de regard

Petit un : variétés

Trente millions d'ennemis
Maxime Cormier et Antoine Touzain
Ce que nous disent les fictions du droit
Valère Ndior

p. 15

p. 17

Quelques conseils, non exhaustifs,
pour un oral réussi

Julien Boisson

p. 20

La tirade des sûretés

Maxime Brenaut

p. 23

Petit deux : des idées pour l'Université

Les doubles diplômes avec *University College*
Dublin et *King's College London*
Aurélie Duffy-Meunier

p. 24

Collaboration internationale spontanée :
l'aventure du groupe de recherche
franco-néerlandais Grotius-Pothier
Clément Cousin, Alice Dejean de la Bâtie
et *Benjamin Moron-Puech*

p. 32

Le Laboratoire Méditerranéen de Droit Public :
des partenariats internationaux
entre universitaires !

Mathieu Touzeil-Divina

p. 34

« Sexisme pas notre genre » :
l'égalité entre femme et homme,
un combat pour l'Institut de droit
des affaires internationales du Caire
Arnaud Casado et Chahira Bacha

p. 37

Grand Deux . Au tour du droit

Grand A

Droit sans frontières

L'office du juge

Petit un :

L'office divin du juge
Jean-Paul Andrieux

p. 41

Petit deux :

Réflexions sur l'office du juge
à l'époque contemporaine

Paul Martens

p. 48

Petit trois :

De l'office du juge constitutionnel
Questions sur la retenue

Guy Canivet

p. 55

Petit quatre : Retour sur l'office constitutionnel de la Cour de justice <i>Brunessen Bertrand</i>	p. 65	Petit douze : Le transfert de la justice pénale aux autorités administratives indépendantes : l'exemple de l'AMF et de l'ACPR <i>Thierry Bonneau</i>	p. 136
Petit cinq : L'office du juge en procédure civile <i>Georges Bolard</i>	p. 78	Petit treize : L'office du juge en droit des OPA et des abus de marché <i>Dominique Schmidt</i>	p. 140
Petit six : L'office du juge en conciliation et médiation judiciaires : à la (re)découverte d'un office pluriel <i>Paul Giraud</i>	p. 85	Grand B Perspectives Droit pénal général	
Petit sept : L'office du juge dans le droit nouveau des contrats <i>Denis Mazeaud</i>	p. 100	Petit un : Quelles perspectives pour le droit pénal ? <i>Xavier Pin</i>	p. 155
Petit huit : L'office du juge en droit de la responsabilité civile <i>Jean-Sébastien Borghetti</i>	p. 108	Petit deux : L'élément matériel de l'infraction : une théorie riche en rebondissements... <i>Yves Mayaud</i>	p. 163
Petit neuf : L'office du juge dans le traitement judiciaire des litiges de droit du travail <i>Alain Lacabarats</i>	p. 114	Petit trois : Le droit pénal préventif et l'anticipation de la répression <i>Jean-Baptiste Perrier</i>	p. 173
Petit dix : L'office du juge en droit pénal <i>Guillaume Beaussonie</i>	p. 122	Petit quatre : L'avenir du droit pénal général <i>Jacques-Henri Robert</i>	p. 181
Petit onze : L'office du juge administratif <i>Benjamin Defoort</i>	p. 128		

L'hommage

Jean-Jacques Bienvenu, par *Didier Truchet* p. 183

Droits fois rien

La directrice scientifique défie les canons du plan juridique,
en proposant une conclusion qui n'en a pas le nom... p. 187

Les auteurs

ayant contribué à la rédaction de ce numéro

Jean-Paul ANDRIEUX, Maître de conférences
à l'Université Panthéon-Assas

Chahira BACHA, Assistante à la faculté de droit
du Caire, Associate Lawyer, Al Tamimi
and co.

Denis BARANGER, Professeur à l'Université
Panthéon-Assas, Ancien membre du groupe
de travail de l'Assemblée nationale
sur l'avenir des institutions

Guillaume BEAUSSONIE, Professeur
à l'Université Toulouse-Capitole – IEJUC
(EA 1919)

Brunessen BERTRAND, Professeure
à l'Université Rennes 1

Julien BOISSON, Docteur en droit

Georges BOLARD, Professeur à la Faculté
de Droit de Dijon

Thierry BONNEAU, Professeur à l'Université
Panthéon-Assas

Jean-Sébastien BORGHETTI, Professeur
à l'Université Panthéon-Assas

Maxime BRENAUT, Docteur en droit

Guy CANIVET, Premier président honoraire
de la Cour de cassation, Ancien membre
du Conseil constitutionnel

Arnaud CASADO, Maître de conférences
à l'Université Panthéon-Sorbonne,
Directeur de l'Institut de droit des affaires
internationales (IDAI) au Caire

Cécile CHAINAIS, Professeur
à l'Université Panthéon-Assas,
Directrice du Centre de recherche
sur la justice et le règlement des conflits

Maxime CORMIER, Doctorant contractuel
à l'Université Panthéon-Assas
chargé d'enseignement

Clément COUSIN, Docteur en droit

Alice DEJEAN DE LA BÂTIE, Assistant
temporaire d'enseignement et de recherche
à l'Université Panthéon-Assas

Benjamin DEFOORT, Professeur à l'Université
François Rabelais de Tours

Aurélien DUFFY-MEUNIER, Maître de
conférences à l'Université Panthéon-Assas,
Membre du Centre de Droit Public Comparé,
Membre associée à l'Institut Louis Favoreu –
GERJC, CNRS UMR 6201

Benjamin FARGEAUD, Assistant temporaire
d'enseignement et de recherche à l'Université
Panthéon-Assas

Paul GIRAUD, Maître de conférences
à l'Université Panthéon-Assas

Alain LACABARATS, Président de chambre
honoraire à la Cour de cassation

Paul MARTENS, Président émérite de la Cour
constitutionnelle de Belgique, Chargé
de cours honoraire de l'Université Libre
de Bruxelles et de l'Université de Liège

Yves MAYAUD, Professeur émérite
de l'Université Panthéon-Assas

Denis MAZEAUD, Professeur à l'Université
Panthéon-Assas, Ancien directeur scientifique
de la revue

Benjamin MORON-PUECH, Docteur en droit
rattaché au Laboratoire de Sociologie
juridique de l'Université Panthéon-Assas

Valère NDIOR, Maître de conférences
à l'Université Toulouse 1 Capitole

Jean-Baptiste PERRIER, Professeur
à l'Université Clermont Auvergne, Directeur
du Centre Michel de l'Hospital (EA 4232)

Xavier PIN, Professeur à l'Université
Jean Moulin (Lyon III)

Jacques-Henri ROBERT, Professeur émérite
de l'Université Panthéon-Assas

Dominique ROUSSEAU, Professeur
à l'Université Panthéon-Sorbonne,
Ancien membre du CSM, Ancien membre
de la Commission sur la rénovation
et la déontologie de la vie publique

Dominique SCHMIDT, Agrégé des facultés
de droit, Avocat au barreau de Paris

Antoine TOUZAIN, Assistant temporaire
d'enseignement et de recherche à l'Université
Panthéon-Assas

Mathieu TOUZEIL-DIVINA, Professeur
à l'Université Toulouse I Capitole, Président
du Collectif L'Unité du Droit, Fondateur
du Laboratoire Méditerranéen de Droit Public

Didier TRUCHET, Professeur émérite
de l'Université Panthéon-Assas,
Ancien président de la section de droit public
et de science politique

Philippe YOLKA, Professeur à l'Université
Grenoble-Alpes

Grand Un

Autour du droit

Grand A

Du droit et des hommes

Petit un

l'Homme du droit

Yves Gaudemet p. 8

Petit deux

droit au débat

Deux spécialistes, deux avis différents :
Faut-il conserver, supprimer
ou réécrire l'article 49, al. 3
de la Constitution ? p. 11

Grand B

Droit de regard

Petit un

variétés

Trente millions d'ennemis p. 15

Ce que nous disent les fictions
du droit p. 17

Quelques conseils, non exhaustifs,
pour un oral réussi p. 20

La tirade des sûretés p. 23

Petit deux

des idées pour l'université

Les doubles diplômes avec
University College Dublin
et *King's College London* p. 24

Collaboration internationale spontanée :
l'aventure du groupe de recherche
franco-néerlandais Grotius-Pothier p. 32

Le Laboratoire Méditerranéen
de Droit Public : des partenariats
internationaux entre universitaires ! p. 34

« Sexisme pas notre genre » :
l'égalité entre femme et homme, un combat
pour l'Institut de droit des affaires
internationales du Caire p. 37

Petit un du Grand A :

l'Homme du droit

Dans chaque numéro, la *RDA* dresse le portrait d'un « Homme du droit » qui, par son parcours, a laissé une empreinte dans le monde juridique.

Yves Gaudemet : fragments d'un portrait

Philippe Yolka

Professeur à l'Université Grenoble-Alpes



On échoue souvent à parler de ceux que l'on admire. L'idée de décliner une invitation aux allures d'oxymore – portrait d'Yves Gaudemet « totalement libre et non contraint par les formes académiques, dans la *Revue de droit d'Assas* » – m'a fugacement (je l'avoue) traversé l'esprit. Benoît Delaunay avait déjà peint – avec quelle finesse – un tableau magnifique, lorsque son épée fut remise au nouvel Académicien dans le grand amphithéâtre de cette vénérable maison (au début de l'année 2015). D'autres collègues pourraient dire, mieux que moi, l'investissement d'un bretteur renommé du droit administratif au sein de sa chère Université, ses multiples fonctions institutionnelles (dans ou hors les murs de l'*Alma Mater*) et son aide précieuse à la fabrication des lois, de la réforme de la Banque de France à l'écriture du code général de la propriété des personnes publiques (si l'expression « grand serviteur de l'État » a un sens, pourquoi la réserver à une poignée de technocrates ?). Chacun sait enfin les qualités scientifiques de ce prince de la doctrine publiciste – nous n'avons heureusement pas de roi –, ouvert au comparatisme et l'œil rivé sur la légende des siècles ; talents déployés dans une œuvre pénétrente (ouvrages, articles et notes de référence), servie par une souveraine aisance de plume. Tenter en quelques lignes un « *Best of* » ou un « *Yves Gaudemet pour les nuls* » serait donc un exercice de vol-tige.

Alors que dire – et comment –, puisque l'essentiel ne saurait être exposé sans une vague impudeur ? Reste l'anecdote pour ébaucher un portrait, partager deux ou trois choses que je sais de lui. Des photos déjà un peu jaunies, issues d'une période précise (1991-1997), car je n'ai « pratiqué » Yves Gaudemet ni comme étudiant d'amphi (avant le troisième cycle d'antan) ni comme collègue (sinon de loin en loin, à l'occasion de jurys de thèse ou de colloques), ayant pris la tangente – après un détour par la place du Panthéon et le concours d'agrégation – sous des cieux plus cléments (pour un amoureux des cimes, la montagne Sainte-Geneviève porte mal son nom. Dans l'Alpe, on peut facilement rêver, jouer et [se] perdre).

Qu'il soit d'abord permis de témoigner d'un aspect – souvent et paradoxalement – méconnu des autres enseignants : l'enseignement. L'on pardonnera le tour personnel, mais pour faire comprendre les choses, un exemple vaut mieux qu'un discours. Errant comme une âme en peine à la recherche de sa vocation (l'universitaire, éternel étudiant...) et – accessoirement – de la « possibilité d'une thèse », voici comment le béjaune d'alors, inscrit aux cours de ce qui s'intitulait le Diplôme d'Études Approfondies de droit public de l'Université Paris II, choisit son infortuné directeur de recherche. N'ayant pas encore trouvé (toute révérence gardée) chaussure à mon pied, les semaines défilaient dangereusement. Le séminaire de contentieux administratif du second semestre commença : enfin Yves Gaudemet vint. Je sus, dans l'instant, avec qui m'encorder pour l'aventure doctorale.

Voilà ce qu'a pu signifier, pour un étudiant de province rescapé de la rue Saint-Guillaume, la classe pédagogique exceptionnelle de ce Professeur. Un tel talent ne s'apprendra jamais dans les « modules de formation » imaginés par des ronds-de-cuir. Il n'a rien à voir avec l'art du prêche ou de la harangue, mais s'impose par la force de l'évidence, subtil alliage de maîtrise technique et de capacité à captiver, voire à subjuguier l'auditoire.

Comme directeur de thèse, Yves Gaudemet était la délicatesse faite homme, s'enquérant de vos petits tracas sans évoquer les siens, quand même ils étaient grands. Il instruisait en forçant la modestie (combien de fois l'élève a-t-il pu constater que son affable interlocuteur en savait infiniment plus que lui sur l'objet de la recherche en cours ; et qu'il en allait de même – détail déprimant – des autres sujets [juridiques, historiques, politiques...] abordés sur le mode badin dans la conversation ?). Il a su tracer des perspectives prometteuses, aiguiller sans jamais asséner de certitudes, guidant pour éviter l'errance ou sortir des impasses, mais n'obligeant pas à le suivre, en laissant toujours au « thésard » deux richesses inestimables : la liberté et le temps (que l'institution s'acharne à rationner).

La limite de notre relation doctorale (je n'ai pas été le seul à l'éprouver [et à avoir été éprouvé]) résidait dans une faiblesse congénitale ou plutôt un vice, héréditaire à ce qu'il semble : « Cette écriture si aisément reconnaissable, irrémédiablement indéchiffrable, des secrétaires la terreur profonde, pourtant vecteur d'une pensée féconde » (*Nonagesimo anno. Mélanges en hommage à Jean Gaudemet*, PUF, 1999, p. 8). Les techniques graphologiques les plus en pointe, appliquées au cas – pendable – de l'accusé, ouvraient cette question vertigineuse : comment peut-on écrire si bien, en écrivant si mal ? Ses observations (sans aucun doute pertinentes) griffonnées sur mon manuscrit de thèse, sont demeurées – en bonne part et pour l'éternité – mystérieuses. Quant au rapport de soutenance rédigé de sa main (un fort souvenir), les membres de plusieurs comités d'experts – dûment missionnés pour assurer la conversion du Gaudemet courant au format Word 96/ CNU – s'y sont cassé les dents et usé les nerfs. Faute d'avoir déniché un équivalent contemporain de la pierre de Rosette, qui aurait permis de traduire les hiéroglyphes, on s'est en définitive résolu à écrire – de mémoire – à peu près n'importe quoi (au mépris du code pénal).

J'ai toujours pensé que la complète entente du savant et de l'apprenti avait en partie tenu à une suite de malentendus, plus ou moins assumés : des énoncés à la « texture ouverte », dont l'auteur escomptait sûrement qu'ils éclaireraient l'interprète ; un doctorant qui hochait la tête d'un air grave lors de l'entrevue suivante, jurant avoir fait grand cas d'observations fort sages ; pour finir, comme il se doit, des positions assez éloignées et des protagonistes (presque) convaincus de leur parfait accord. Ce fut l'improbable recette d'un succès passager, largement construit sur une série de quiproquos. Yves Gaudemet eut l'indulgence et l'élégance d'assurer un « service après-vente » hors pair, m'offrant son indéfectible soutien pour contribuer à la diffusion d'idées parfois au rebours des siennes. J'en ai effrontément profité, toute honte bue. L'aveu de cette pénible vérité me fait aujourd'hui encourir l'opprobre (on ne sort de l'ambiguïté – un autre homme de robe l'avait [bien] écrit – qu'à son détriment). Mais j'ai fait, ensuite, bien pire ; et puis, il y a maintenant prescription...

Défendant ses « thésards » – tous mes congénères le diraient –, Yves Gaudemet s'est battu pour une certaine idée des Facultés de droit ; vision exigeante, mêlant la tradition – qui n'est nullement passéisme – et la modernité (qui n'implique pas l'amnésie). Cette conception élevée, il l'a défendue tout au long de sa carrière, y compris dans les moments difficiles : ainsi, en combattant bec et ongles

la réforme du statut des « enseignants-chercheurs » (2009). Bataille menée avec conviction, mais sans grandes illusions ; beaucoup a été perdu, en ce triste épisode, « fors l'honneur ». Nous sommes redevables, à lui et quelques autres, de la gratitude due à ceux qui – n'ayant rien à craindre ni à prouver – ont ferrailé pour leurs successeurs plus que pour eux-mêmes.

« Vingt ans après », que reste-t-il de cette belle relation, de ce riche compagnonnage ? Le temps et la distance nous ont éloignés, jamais séparés (même si le « disciple dissipé » a encore donné à son ancien directeur du fil à retordre, manquant avec constance – sous des prétextes invariablement fallacieux – à maints engagements éditoriaux). La complicité demeure intacte quand, de loin en loin, un plat solide (surtout, pas de « nouvelle cuisine ») et une bonne bouteille nous réunissent pour un moment d'échange « totalement libre et non contraint par les formes académiques ». On parle un peu de droit, mais pas trop. Des épouses, des enfants (petits ou grands). D'une vallée savoyarde entre Nord et Sud que nous aimons tous deux, où l'ubac est au sapin et l'adret au mélèze, où le baroque prend des airs d'Italie. De la Bourgogne aussi (nous y avons des attaches, les siennes ancestrales) et du sang de la vigne.

M'est revenu en traçant cette esquisse le souvenir d'agapes où j'eus – voici une quinzaine d'années – l'insigne privilège de trouver réunis dans le même flacon droit, histoire et vin, ayant activement contribué à l'évaporation d'un magnum de longue garde né jadis au domaine Gaudemet-Chanut. Le nectar n'avait rien perdu de sa générosité.

Les grands crus ne vieillissent pas : ils se bonifient.

Petit deux du Grand A :

droit au débat

Le droit, c'est l'art de la controverse ! La RDA se mue, le temps d'une discussion, en une arène cordiale où s'affrontent deux spécialistes sur un thème polémique.

Faut-il conserver, supprimer ou réécrire l'article 49, al. 3 de la Constitution ?

Dominique Rousseau

Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)
Ancien membre du Conseil supérieur de la magistrature
Ancien membre de la Commission sur la rénovation
et la déontologie de la vie publique (2012)

Denis Baranger

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)
Ancien membre du groupe de travail de l'Assemblée
Nationale sur l'avenir des institutions (2014-2015)

Débat organisé par **Benjamin Fargeaud**

Attaché temporaire d'enseignement et de recherche (Paris II)

Employé à six reprises pour deux projets de loi au cours du quinquennat qui s'achève, puis vivement critiqué lors de la campagne électorale ayant opposé les candidats à l'investiture des « Primaires citoyennes », voici que l'alinéa 3 de

l'article 49 se retrouve, de nouveau, sur le devant de la scène. Que penser de la résurgence de ce débat ? Faut-il supprimer, conserver ou réécrire le fameux article « 49.3 » ?

Question 1 – L'article 49 al. 3 est-il, dans son principe, une « anomalie démocratique » ou bien un outil important de la rationalisation du parlementarisme ?

Dominique Rousseau

Si vous permettez, il est souvent hasardeux de raisonner sur le mode « ou-ou ». Je préfère le mode pré-socratique du « et-et ». Ainsi, si vous considérez que le système parlementaire est plus

démocratique que le système présidentiel, il faut reconnaître aux députés le pouvoir de renverser un gouvernement qui ne conduit pas la politique qu'ils souhaitent. Renverser le gouvernement n'est donc pas une « anomalie démocratique »

mais la mise en œuvre du principe parlementaire considéré *a priori* comme plus démocratique que le principe présidentiel. Reste, évidemment, la question, essentielle, des modalités de la mise en cause de la responsabilité politique du gouvernement. Ici, l'imagination des hommes politiques – et des constitutionnalistes – est infinie : donner à chaque député ou à chaque groupe parlementaire ou à un pourcentage de députés le droit de déposer une motion de censure ; permettre de viser un ministre ou l'ensemble du gouvernement ; imposer ou non un délai entre le dépôt de la motion et son vote...

S'agissant de l'article 49.3, il n'a pas été conçu en 1958 par les hommes de la V^e République ! Un brin d'histoire ne fait jamais de mal. D'où vient en effet ce fameux article 49.3 aujourd'hui tant décrié qui permet à un gouvernement de contraindre sa majorité à adopter un texte de loi considéré essentiel ? Des anciens présidents du conseil de la IV^e République, Guy Mollet en tête, qui savaient, pour l'avoir subie, l'impuissance gouvernementale à laquelle conduisait la toute-puissance du Parlement et qui ont été les premiers, avant même les gaulistes, à demander une réglementation rigoureuse de la mise en jeu de la responsabilité politique du gouvernement afin d'assurer la stabilité ministérielle. Ce souci de l'efficacité gouvernementale n'est pas propre à la V^e République ; il est partagé par tous les systèmes parlementaires y compris ceux souvent cités en modèle.

Denis Baranger

Je ne comprends pas l'argument (si c'en est un) de « l'anomalie démocratique » à propos du 49.3. Notre régime est démocratique en ce sens que le peuple y est souverain (art. 3 de la constitution). Il exerce cette souveraineté « par ses représentants et par la voie du référendum ». Notre régime est également démocratique en ce sens que les représentants sont élus et responsables de leur action. Cela étant posé, le principe démocratique ne préconise ni n'interdit les mécanismes de parlementarisme rationalisé tels que le 49.3. C'est une question de régime politique et de conception de la manière de gouverner. Je ne vois pas le service qu'on rend à la démocratie en exigeant la suppression du 49.3. Nos régimes doivent être gouvernés démocratiquement, mais on ne peut pas espérer que le « peuple » se gouverne lui-même à chaque instant, de manière immédiate. Le principe démocratique ne joue pas ce rôle dans nos sociétés et si on attend de lui qu'il joue ce rôle, on le fragilise plutôt qu'on ne le renforce. Nous vivons dans des « démocraties gouvernées ». Elles doivent être gouvernées sous l'empire de la contrainte démocratique. Il n'y pas d'alternative. Mais la contrainte démocratique ne suppose nullement que les gouvernements n'aient pas les moyens de consolider leur majorité parlementaire. À vrai dire, c'est plutôt le contraire. Je mets au défi les adversaires actuels du 49.3 de prétendre qu'ils n'y auront pas recours le jour où, éventuellement, ils parviendront au pouvoir.

Question 2 – La contestation du mécanisme de l'art. 49 al. 3 n'est pas un fait nouveau, et a déjà abouti à une révision des conditions de son emploi à l'occasion de la révision constitutionnelle de 2008. Ce débat, qui apparaît comme l'un des « serpents de mer » du droit constitutionnel, se pose-t-il en des termes nouveaux à l'issue du quinquennat qui s'achève ?

Dominique Rousseau

Depuis son écriture, l'article 49.3 a été, en effet, critiqué par les parlementaires de droite comme de gauche. Ce qui a conduit à son aménagement par la révision de 2008, l'alinéa 3 ne pouvant plus être utilisé, hors lois de finances et lois de financement de la sécurité sociale, que pour un seul projet ou proposition de loi par session. Mais l'utilisation de l'article 49.3 par Manuel Valls ne pose pas la question de sa pertinence en termes nouveaux pour reprendre votre expression. L'ar-

ticle 49.3 a été utilisé 83 fois depuis 1958, par des gouvernements de droite comme de gauche et pour des lois au moins aussi importantes que la loi Macron. C'est par le 49.3 que Michel Debré a fait adopter en 1961 la force de frappe nucléaire, que Raymond Barre a fait adopter en 1980 le budget de la France et qu'Alain Juppé a fait adopter en 1996 le nouveau statut de France Télécom. Et à chaque fois, l'article 49.3 est utilisé non pour empêcher l'opposition de s'opposer mais pour empêcher la majorité gouvernemen-

tales de s'opposer, pour contraindre la majorité à obéir à « son » gouvernement. Rien de nouveau donc en 2016.

Denis Baranger

Oui, parce qu'une transformation idéologique a eu lieu et qu'elle s'est fixée sur le 49.3, entre autres choses. Une partie de la gauche s'est saisie de ce mécanisme constitutionnel pour le critiquer, en dénoncer le principe même. C'est son

droit le plus strict. L'observateur que je suis ne peut que le relever et essayer de l'interpréter. On dit souvent que la politique est saisie par le droit, mais ici c'est bien l'inverse qui s'est produit. La critique politique du 49.3 traduit une mutation des positions d'une partie de la gauche, spécialement de la gauche socialiste, dans un sens plus démocratique, voire démocratique « radical » et moins républicain.

Question 3 – Faut-il conserver, supprimer ou réécrire l'article 49 al. 3 ?

Une éventuelle suppression (ou réécriture) de l'article 49 al. 3 est-elle réellement de nature à modifier les (dés)équilibres institutionnels de la V^e République et à aboutir à cette « revalorisation du Parlement » que les adversaires de l'article 49 al. 3 appellent de leurs vœux ?

Dominique Rousseau

La question de la réécriture de l'article 49.3 ou de sa suppression ne peut pas être pensée isolément. Elle doit être mise en relation avec d'autres questions comme celle du mode scrutin. Pour ma part, je suis partisan à *la fois* du scrutin proportionnel, qui permet une représentation plus juste des différents courants d'opinions politiques *et*, dans le même temps – pour garantir une éthique de responsabilité parlementaire – d'un mécanisme de motion de censure *exigeant*.

Cette « exigence » peut se traduire de deux manières. Une première voie consisterait à prévoir que la censure d'un gouvernement par les députés entraîne automatiquement la dissolution de l'Assemblée nationale – afin de faire trancher le différend, *in fine*, par les citoyens ; une deuxième voie, inspirée du modèle allemand, serait celle de la « motion de défiance constructive », qui oblige les députés à annoncer le nom du premier ministre qui remplacera celui qu'ils veulent renverser.

Renverser un gouvernement n'est pas un jeu ; c'est un acte politique qui doit se faire en responsabilité.

Denis Baranger

Certaines leçons peuvent être tirées du recours à cette procédure en 2015 (« Macron ») et en 2016 (« El Khomri »). L'interprétation consistant à lire la disposition issue de la révision de 2008 (« Le Premier ministre peut [...] recourir à cette procédure pour *un* autre projet ou une proposition de loi *par session* ») comme signifiant « sur un seul texte mais le cas échéant à plusieurs

reprises » (trois 49.3 pour la loi Macron, autant pour la loi « travail ») n'a par exemple rien d'évident. On pourrait – et peut-être on devrait – considérer que le 49.3 ne peut être effectivement utilisé qu'à une seule occasion, et non à plusieurs reprises sur un seul et même projet de loi. Certes, si on impose un seul et unique engagement de responsabilité sur la base du 49.3 et non plusieurs emplois à l'occasion des différentes lectures du même texte, le gouvernement risque d'avoir à choisir entre perdre lors d'un premier scrutin et perdre lors du vote (ou des votes) ultérieur(s). Mais après tout, cela imposerait de ne considérer le 49.3 que comme un ultime recours et de bien réfléchir au moment où on le mobilise. Il ne permettrait, face à une défaite quasi-certaine, que de sauver ensemble un texte majeur et le gouvernement qui le porte. Actuellement, en tout cas, le 49.3 n'est pas vraiment un fusil à un coup, mais plutôt au minimum (avec procédure accélérée) une carabine à trois coups... Il est tout à fait possible de considérer que la volonté du constituant n'est pas respectée par cette interprétation extensive. La proposition de Pascal Jan consistant à ne permettre l'usage du 49.3 qu'au terme de la discussion parlementaire de tous les articles de la loi concernée semble de ce point de vue aller également dans le bon sens.

Modifier les équilibres, certainement ; revaloriser le parlement, je ne vois pas en quoi. Un parlement ne contenant aucune majorité en son sein et incapable de formuler une volonté politique positive (et pas seulement des « majorités de rejet ») est un parlement faible. Les adversaires

du 49.3 devraient réfléchir à ce qu'ils attendent du parlement, et aussi d'ailleurs à leur doctrine constitutionnelle relativement à la manière de gouverner. C'est un problème de passage des programmes électoraux aux pratiques de gouvernement. Tant la droite que la gauche y sont

confrontées. L'une veut multiplier les ordonnances (déjà abondantes, pourtant) et les référendums. L'autre veut supprimer le 49.3, au risque de ne pas savoir comment fédérer des majorités au soutien de son programme le moment venu.

Petit un du Grand B :

variétés

Trente millions d'ennemis

Maxime Cormier

Doctorant contractuel chargé d'une mission d'enseignement
à l'Université Panthéon-Assas

Antoine Touzain

Assistant temporaire d'enseignement et de recherche
à l'Université Panthéon-Assas

Cela fait plusieurs heures que tous les chats sont gris. Le silence règne sur la rue Soufflot, les fenêtres ouvertes ne laissant filtrer que les songes des êtres endormis. Çà et là, une lucarne allumée, signe que certains révisent avant d'aller sur l'échafaud des oraux de matières complémentaires, quand d'autres tâchent d'apposer avec vivacité des commentaires en marge de la prose estudiantine, d'avancer le plus possible avant de revêtir le costume de bourreau pour ces mêmes épreuves orales. En catimini, une silhouette grande et maigre, drapée d'un long manteau noir, remonte la rue. Rassurée de ne pas attirer l'attention de quiconque, pas même du chien du balcon du n° 3, elle longe la faculté de droit de Paris, traverse la rue Cujas, et crochète la porte d'une grande bibliothèque interuniversitaire.

Les portiques de sécurité sont ouverts, comme bien souvent. Avec l'assurance de celui qui sait où il va, l'intrus part immédiatement sur la gauche, sans un regard – même empli de dégoût – aux visionneuses de microfiches, avant de tourner à nouveau à gauche pour accéder à la réserve. Un nouveau crochetage, et le voici en train de dévaler les escaliers vers les profondeurs des abysses de la connaissance. Son pas est déjà moins vif, comme s'il entrait dans un tombeau. De nuit, la réserve prend davantage encore l'allure des salles d'archives d'un temps révolu : celui des espions, des secrets... d'une autre RDA.

En fait de dossiers secrets, l'importun sort de nombreux ouvrages de leurs rayons, et les place sur un chariot mal rangé par un bibliothécaire trop pressé de descendre la montagne Sainte-Genève une fois la « fin » de journée sonnée. Les grands traités s'empilent, d'Aubry et Rau à Demolombe, en passant évidemment par Pothier et Loysel. Bientôt, un feutre noir corbeau surgit de la poche du manteau, ainsi qu'un Code civil bleu orné de représentations animales. Le censeur prend une grande inspiration, relit une fois l'article 515-14, et inventorie dans son esprit les trente millions d'ennemis qu'il devra pourfendre : auteurs, législateurs, juges. Ceci fait, il peut s'atteler à sa besogne.

Légaliste malgré tout, le correcteur s'attaque d'abord aux textes de lois. Le Code civil a beau avoir été modernisé en 2015, il doit encore être amélioré. Comment admettre que les animaux soient « soumis au régime des biens » (article 515-14), par une assimilation aussi contestable que méprisable ? Quelle cruauté fait oser le Code civil à forcer les animaux à demeurer « attachés au fonds » (article 522) ? Quel archaïsme peut bien justifier que les « pigeons, lapins, poissons » puissent se trouver appropriés par leur seul passage dans un habitat qu'ils auraient pu vouloir explorer à titre simplement touristique (article 564) ? Pour faire évoluer les mentalités, l'apprenti législateur n'hésite pas à

toucher au plan, en biffant le titre du Livre II, de manière à faire apparaître – comme sa numérotation y appelle – le rattachement de l'article 515-14 aux « *mesures de protection des victimes de violences* ». Pourquoi protéger un conjoint contre son époux, et non un animal contre un prédateur ?

Place ensuite à la jurisprudence. La cour d'appel de Riom croyait faire rire, mais elle n'a fait que scandaliser le protecteur. Comment dire que la poule est « *un animal anodin et stupide* », en s'en servant comme d'un rat de laboratoire – expression elle-même très malvenue –, pour étudier ses caquètements, pour décrire ceux-ci comme allant « *du joyeux (ponte d'un œuf) au serein (dégustation d'un ver de terre) en passant par l'affolé (vue d'un renard)* » ? Pour enfin comparer la poule à de vulgaires objets, tels le bateau, la farine et le violon ? Et que dire de la Cour de cassation qui ne se préoccupe guère, afin de condamner pénalement pour sévices sexuels contre animaux, de vérifier l'existence d'un consentement du poney Junior ?

Mais c'est surtout la doctrine, même la plus célèbre, qui souffre du passage de cette silhouette au manteau dé-réificateur des animaux. Comment Loysel ose-t-il, sous couvert de présentation du consensualisme, accepter d'entraver la liberté de mouvement des pauvres bœufs en les liant par les cornes, et non par les paroles ? L'adage disparaît bien vite sous un trait noir. Caviarder Pothier implique bientôt un changement de feutre, tant le mépris de l'Orléanais pour les animaux le conduisait à les réifier dans ses œuvres : il n'y a qu'un juriste pervers qui peut penser au dol devant un troupeau de bestiaux

affligés par la maladie ! Et que dire quand ce même juriste estime que « *ce n'est pas un vice rédhibitoire pour un cheval, s'il est boiteux, s'il est aveugle, etc.* » ? Et la cruauté ne se camoufle pas plus derrière les exclamations de Demolombe, lorsqu'il présente la cour commune comme l'endroit où l'on attache les chevaux !

L'ouvrage est sans doute trop grand. Certains voient dans les animaux sauvages des *choses communes*, ce qui revient à les insulter doublement... Et la langue française elle-même devrait connaître des bannissements : pourquoi ne pas changer les expressions usuelles, par exemple en s'exclamant que « *qui vole un embryon vole un être humain* » ? Quand on sait que les philosophes parmi les plus influents voient dans les animaux des machines, ce travail de destruction apparaît vain. Le censeur se rêve ainsi à défendre, devant le Parlement européen, un amendement déposé au texte sur la personnalité juridique des robots, pour affirmer celle des animaux...

Continuant inlassablement à biffer malgré la fatigue, quelle n'est pas la surprise de cette silhouette quand, peu avant neuf heures, des bruits commencent à se faire entendre au-dessus de sa tête. Persuadé qu'il était que les horaires d'été s'appliquaient encore en février, il ne peut que s'arrêter, ce qui n'a guère d'importance, tant les travaux de Demogue ne méritent pas d'être affectés par son passage. Sortant de ces lieux en toute discrétion, il décide de retrouver le confort de son lit, le sentiment du devoir accompli. Il souhaite se reposer pour être présentable au déjeuner prévu le lendemain avec un comparse qui, espère-t-il, n'arrivera pas en retard pour l'aider à caviarder le menu du restaurant.

Ce que nous disent les fictions du droit

Valère Ndior

Maître de conférences en droit public
Université Toulouse 1 Capitole¹

Le juriste universitaire est sans doute l'un des plus mauvais spectateurs. En effet, non content de ne (théoriquement²) disposer que de peu de temps pour visionner films et séries, il se permet en plus de les critiquer pour leur manque de rigueur juridique. C'est ainsi que, confronté aux plus célèbres créations judiciaires de la petite lucarne, de *Commissaire Moulin* à *Julie Lescaut*, en passant par *Les Cordier, juge et flic*, il n'aura généralement cessé d'identifier les faiblesses du scénario – aux dépens des co-spectateurs qui l'entourent – en relevant, par exemple que le Tribunal de grande instance ne devrait pas avoir compétence pour traiter cette affaire ou qu'il est inconcevable qu'un avocat ait une relation aussi étroite avec le Procureur sans susciter de conflit d'intérêts.

Les conséquences de ces propos ne se feront pas attendre. Entouré de ses confrères, le juriste universitaire déclenchera alors une querelle doctrinale interminable concluant en l'inéluctable incompétence juridique du réalisateur, du *pool* de scénaristes, du producteur exécutif et de la chaîne ayant eu l'indécence d'autoriser la diffusion d'un tel ramassis d'aberrations. À l'opposé, lorsqu'il sera entouré de ses proches non-juristes (ce sont des choses qui arrivent...), le juriste universitaire sera vraisemblablement chassé de la pièce, bâillonné tel Assurancetourix ou contraint au silence sous la menace de baguettes chinoises³. Il l'aura sans doute bien cherché car, après tout, qui a envie de subir un cours de droit en plein épisode de série télévisée ?

Le juriste universitaire demeure, malgré tout, l'un des meilleurs promoteurs de la recherche

compulsive d'éléments de science juridique partout où ils daignent se trouver. En ce sens, un exemple fort récent (inspiré de faits réels) nous permettra d'illustrer le propos. L'espèce concerne une tierce personne, dont l'anonymat a été préservé dans son propre intérêt, celle-ci ayant par ailleurs quelques contributions en retard et ne souhaitant pas susciter le courroux de ses différents directeurs de publication en laissant penser qu'elle fait œuvre de procrastination devant les séries télé au lieu d'écrire. Nous l'appellerons donc « Hervé ».

Alors même que ledit Hervé recevait commande de la présente contrib... euh..., qu'il recevait commande d'une autre contribution consacrée aux relations entre le droit et les fictions⁴, il entamait, sur les conseils d'un collègue malveillant, le visionnage d'une nouvelle série américaine intitulée « *Designated Survivor* ». Afin de ne pas ruiner l'intrigue pour les personnes qui souhaiteraient s'y intéresser, on se limitera à la présentation des premières minutes de l'épisode pilote : conformément à la pratique constitutionnelle du « *designated survivor* », un membre du Cabinet est désigné pour demeurer reclus dans un lieu tenu secret durant le discours du Président des États-Unis sur l'état de l'Union (*State of the Union Address*). La manœuvre vise tout simplement à assurer la continuité du pouvoir exécutif en cas de catastrophe, le Président et l'intégralité du Congrès étant présents au Capitole au moment du discours. En l'occurrence, Tom Kirkman (Kiefer Sutherland, anciennement « Jack Bauer » dans la série 24), qui officie en tant que Secrétaire d'État au Loge-

-
1. Membre de l'Institut de recherche en droit européen, international et comparé – IRDEIC, EA 4211. Auteur du blog « Le droit international expliqué à Raoul ».
 2. Selon des études (non étayées), 35 % des rendus tardifs de contributions écrites et 75 % des préparations tardives d'interventions en colloque seraient liés au visionnage abusif des sept derniers épisodes d'une saison de série télévisée et à l'impossibilité, consécutive, de se remettre à l'écriture suite à un *cliffhanger* (i.e. fin de saison) particulièrement éprouvant pour le spectateur.
 3. Le retour tardif au domicile et la volonté de regarder rapidement les épisodes de la série envisagée auront eu raison de toute velléité de faire la cuisine, au profit du *fast-food* asiatique le plus rapide à livrer.
 4. Quelle coïncidence !

ment, est la personne désignée cette année. Vous devinez aisément la suite : dès les premières minutes de l'épisode pilote, un attentat d'ampleur inégalée depuis l'attaque du 11 septembre 2001 frappe le Capitole et élimine l'intégralité du gouvernement et du Congrès... sauf Tom Kirkman, qui en vertu des règles de succession à la présidence, se retrouve catapulté bien malgré lui dans le Bureau ovale.

Si notre ami Hervé a été appâté par le synopsis, il ne s'attendait certainement pas à voir son cerveau entrer en ébullition juridique d'un épisode à l'autre. En effet, de très nombreuses questions de droit constitutionnel américain, mais aussi de droit international public, viennent rapidement agrémenter la trame de la série. Il faut mentionner, à titre principal, les règles de succession à la Maison blanche, dont l'auteur lui-même (à l'instar d'Hervé) doit reconnaître qu'il ne soupçonnait pas l'existence et qui constituent le moteur de la série. De nombreuses autres questions d'ordre constitutionnel sont soulevées, lesquelles sont en général habilement analysées par Alex Kirkman, la *First Lady*, qui a la particularité d'être avocate spécialiste de droit constitutionnel et de droit des étrangers⁵. Sont ainsi envisagés les rapports entre le Président et les gouverneurs des États fédérés ; l'étendue des compétences de ces mêmes gouverneurs sur les États qu'ils dirigent, notamment en matière de maintien de l'ordre public ; les rapports entre le Président et les membres du Congrès ; le processus de désignation du Vice-Président et celui des membres du Cabinet. Le droit international public n'est pas en reste, grâce à plusieurs références au droit diplomatique, à la souveraineté territoriale, au recours à la torture sur le sol américain ou aux conséquences de l'espionnage... Nous n'en dirons pas plus pour ne pas risquer le *spoils*. Il demeure que le visionnage des dix premiers épisodes a amené Hervé à consulter, à plusieurs reprises, des ouvrages et articles consacrés au droit public américain pour constater, parfois avec surprise, que les règles et pratiques exploitées par cette série existent réellement

(bien que leur mise en œuvre relève parfois du cas d'école).

Grâce à cet exemple (concernant, on le rappellera, une tierce personne...), on comprend l'intérêt croissant manifesté par les universitaires pour les fictions sous toutes leurs formes, tant à des fins d'analyse scientifique que de complément à l'enseignement. On peut d'ailleurs relever le développement, un peu partout en France et à l'étranger, de projets de recherche ou manifestations scientifiques dédiés à l'étude des fictions, souvent dans le but de déceler dans ces dernières des représentations du monde du droit, selon une approche qui s'avère « souvent parfaitement scientifique et rigoureuse »⁶. L'intérêt porté à la culture populaire (ou « *pop-culture* » selon l'approche notamment retenue par l'Université libre de Bruxelles dans son projet de recherche) par les juristes semble doté d'au moins deux vertus.

La première, qui pourrait paraître strictement sociologique, concerne l'étude de la fiction en tant que miroir déformant du droit. Il s'agit en d'autres termes de déceler les approximations ou erreurs contenues dans un œuvre donnée afin, par exemple, de faire travailler les étudiants de façon ludique tout en sortant du strict cadre de l'exercice du cas pratique. Pourtant, l'intérêt de cette approche ne réside pas que dans cela. En effet, comme nous a permis de le relever une étude que nous avons consacrée aux séries judiciaires américaines il y a quelques temps⁷, les fictions tendent à refléter le fonctionnement des institutions et le comportement des acteurs d'un système judiciaire de façon altérée, grâce à une représentation relevant parfois de la caricature⁸. Aussi le fait d'analyser l'image du droit dans les séries télévisées permet-il de mieux saisir l'image potentiellement faussée que se fait le grand public du droit. On assistera selon les cas à une accélération opportune des procédures judiciaires (*Perry Mason*), à la mise en avant de personnages parfois caricaturaux (*Ally McBeal* et globalement les séries de D.E. Kelley), au travestissement des compétences des institutions juri-

5. Les problématiques juridiques relatives aux statuts des demandeurs d'asile et réfugiés sont d'ailleurs développées à plusieurs reprises.

6. J.-C. Roda, « Propos introductifs » au projet en ligne « Harry Potter et le droit », piloté par Nicolas Rousseau des *Chevaliers des grands arrêts* et par l'auteur de ces lignes.

7. Dans le cadre du colloque organisé par le Centre de droit public de l'Université libre de Bruxelles : « Arrêts sur images. Les représentations du juge à l'écran », 13-14 mars 2015, actes à paraître.

8. On parle de syndrome « Perry Mason », pour désigner les représentations télévisées simplistes de la justice, laissant croire aux spectateurs américains que les procédures judiciaires sont plus basiques qu'elles ne le sont en réalité.

dictionnelles (*Crossing Lines*, au sujet de la Cour pénale internationale) ou à une forme de sensationnalisme du procès, stimulé par de très nombreux rebondissements⁹.

La deuxième vertu, plus pédagogique, un brin ludique, mais non moins rigoureuse scientifiquement, s'attache à identifier un ordre juridique ou (certains de) ses éléments caractéristiques dans des œuvres de fiction, qu'il s'agisse de séries, de films ou de romans : *Game of Thrones*, *Harry Potter*, *Star Trek*, *le Seigneur des Anneaux*, *Star Wars*, la saga *James Bond*, *24 heures chrono*, *Homeland*, l'univers des comics sont autant d'éléments de culture populaire qui ont pu faire l'objet d'analyses juridiques au cours des dernières années. Lorsqu'ils étudient ces différents univers fictionnels, les juristes s'efforcent de proposer l'application d'un raisonnement juridique aussi rigoureux que possible à un contexte original. Nous avons par exemple eu l'opportunité d'ébaucher une analyse portant sur *Game of Thrones*¹⁰ et relevant que le droit y contribue à définir le statut personnel des individus et les relations qu'ils peuvent établir. C'est généralement par les usages que les comportements sont encadrés, ainsi que par ce qui semble constituer la norme suprême dans le royaume de Sept Couronnes : la Paix du Roi, liée à l'autorité du Roi des Sept Couronnes. Elle semble constituer le cadre juridique global dont dérive une importante partie des règles et coutumes du continent de Westeros¹¹.

Autre univers : dans le cadre du projet « Harry Potter et le droit »¹², une trentaine de contributeurs, universitaires et praticiens du droit, ont constaté que le droit n'est pas absent de l'univers créé par J. K. Rowling. Ils ont par exemple souli-

gné le rôle fondamental des institutions publiques, lesquelles « assurent le lien avec la tradition et sont une source de légitimité pour l'ensemble du système de gouvernement », et dans des circonstances exceptionnelles, celui des institutions informelles, lesquelles « peuvent également pallier les insuffisances des institutions étatiques et rétablir l'ordre légitime »¹³. Par ailleurs, l'archaïsme de l'architecture juridictionnelle et le caractère « rudimentaire » des procédures contentieuses ont également pu être relevés, malgré la présence de services administratifs destinés à soutenir l'action judiciaire¹⁴.

De nombreuses autres créations populaires se prêtent à l'analyse juridique, à des fins ludiques, scientifiques ou pédagogiques (voire les trois), tant et si bien qu'il serait impossible de toutes les mentionner. Un point commun demeure toutefois, à savoir la volonté de rendre le droit accessible, aussi bien aux juristes débutants, en attirant leur attention sur des points particulièrement techniques des différentes branches du droit, qu'aux non-juristes dont la curiosité peut être stimulée par un sujet « grand public ». Dans une telle démarche, la vulgarisation (honnée) du droit n'est pas forcément de mise. « Diffuser » et « raisonner » restent les maîtres mots, ce qui ne saurait altérer le sérieux de la science du droit, appliquée à des faits non fictionnels. Si cela suscite l'enthousiasme des étudiants et les incite à méditer sur des problématiques juridiques qu'ils auraient autrement occultées, la démarche (ponctuelle ou convenablement encadrée), semble avoir toute sa place dans l'enceinte universitaire.

Que cela ne nous empêche pas, toutefois, de pester en toute discrétion devant nos écrans¹⁵ !

9. Dans l'univers vidéoludique, on peut notamment mentionner la franchise de simulation de procès d'enquête *Phoenix Wright*, avec son lot d'objections, de preuves brandies au mépris des règles du contradictoire et de revirements dans l'opinion d'un juge un peu trop empathique.

10. Présentée à la bibliothèque de droit de l'Université Lille 2 – Droit et santé en novembre 2015 sur l'invitation du Service commun de la documentation et reprise sur le blog *Le droit international expliqué à Raoul*.

11. L'intérêt historique est avéré, la Paix du roi étant inspirée du droit éponyme, en vigueur en Angleterre avant la conquête normande au début du x^e siècle. Plutôt qu'un corps formel de règles, l'expression désigne le système d'organisation féodale appliqué sur le territoire, l'objectif qui doit globalement guider le comportement de tous les sujets. L'une de ses principales caractéristiques est de favoriser autant que possible le maintien de la paix, d'un équilibre pacifique, grâce à l'action locale d'individus investis d'une autorité.

12. Mené en partenariat avec Nicolas Rousseau, fondateur du site *Les Chevaliers des grands arrêts*.

13. W. Goliassé, « La Constitution non écrite du monde des sorciers. Considérations sur la légitimité constitutionnelle dans le monde magique », en ligne.

14. A. Jamet, « La Justice magique », en ligne.

15. Une fois nos obligations éditoriales remplies...

Quelques conseils, non exhaustifs, pour un oral réussi

Julien Boisson

Docteur en droit

À destination des étudiants, quelques conseils d'un examinateur bienveillant pour un oral réussi :

- éviter, durant l'attente de son tour, d'être allongé par terre tel un cadavre sans vie ; l'examineur non plus n'a pas beaucoup dormi et il ne lui en faut pas plus pour avoir un *a priori* négatif sur un candidat ; à tout le moins,
 - veiller à ranger ses jambes à son passage ;
 - se relever à l'heure de la convocation ;
- être présent à l'heure de la convocation car,
 - principalement, l'examineur donnera ses consignes et s'agacera de devoir les répéter lors du passage si le candidat n'était pas là pour les entendre ;
 - accessoirement, ne jamais oublier que l'ordre de passage déposé sur papier libre n'est qu'un usage d'Assas, non contraignant, et que l'examineur peut très bien opter pour un ordre de passage différent ;
- puisque les préjugés sont tenaces, ne pas oublier que les premiers inscrits sont simplement présumés être de bons étudiants tandis que les derniers inscrits sont presque irréfragablement présumés être de mauvais étudiants cherchant à gagner du temps pour engloutir ce qu'une nuit ne leur a permis d'ingérer ;
- ne pas hésiter à s'apprêter un minimum sans pour autant tout miser sur sa tenue. Bien que costume et tailleur soient loin d'être de rigueur (sauf peut être pour les oraux du CRFPA), l'air totalement décontracté et certaines tenues – survêtement, short, tongs, etc. – sont évidemment à bannir. Le cas échéant, ne pas oublier de repasser la veste dument choisie pour l'occasion si elle a été ôtée le temps de la préparation. L'oral n'est évidemment pas l'occasion de dévoiler son corps, quel qu'il soit ;
- prendre garde aux différentes odeurs dégagées : le mélange café/clopes est déconseillé ; le *chewing-gum* peut être d'un grand secours s'il est jeté avant de passer ; le recours au parfum ne doit pas être exagéré ;
- en entrant dans la salle, ne pas oublier :
 - que l'on arrive dans l'antre de l'examineur et donc, ne pas donner l'impression d'être chez soi (fermer une fenêtre ouverte, déplacer des tables ou chaises, etc.) ;
 - d'avoir préparé sa carte d'étudiant, sa carte d'identité, voire son passeport ouvert à la bonne page (l'examineur n'est pas hôtesse de l'air, il n'a aucune envie de se débattre avec toutes les pages du passeport, ni de voyager à travers ce dernier : les salaires étant ce qu'ils sont à l'université, sa jalousie face à un passeport rempli pourrait l'inciter à une autre forme de voyage, via des questions, par exemple, en droit comparé) ;
 - de saluer l'examineur à l'entrée comme à la sortie (le « *Mademoiselle* » doit évidemment être proscrit) et cela même si l'oral a été éprouvant. Le « *merci Madame/Monsieur* » est, en revanche, superflu, l'examineur n'a pas à être remercié d'avoir été à l'écoute (chacun son fardeau). En aucun cas, le contact physique ne doit être recherché (le serrage de main, ce n'est pas l'usage) ;
 - d'émarger ;
- une fois le sujet tiré, rester neutre. Il n'y a rien de pire qu'un étudiant qui se réjouit du sujet et qui se plante totalement ensuite. Ne pas négocier ! Il ne sera pas possible d'en tirer un nouveau ;
- quand l'heure est venue, ne pas oublier d'ôter son manteau (il ne faut pas montrer trop ostensiblement son absence total d'envie d'être là et sa hâte de repartir vite). Attendre que l'examineur invite à s'asseoir avant de prendre place face à lui, poser les mains sur la

table plutôt qu'en dessous (ce qui implique de ne pas s'être rongé les ongles jusqu'au sang), éviter de trop utiliser ses mains pendant l'exposé (il est toutefois possible de marquer les points importants), surtout ne pas jouer avec son stylo (l'habileté à le faire tourner sur deux doigts n'impressionnera pas; le stress manifesté à force de cliquer frénétiquement dessus est, par ailleurs, communicatif). En cas de cheveux longs, penser à les attacher, ce qui évite de jouer avec;

- se souvenir que l'honnêteté n'est pas toujours payante. S'il vaut mieux dire que l'on ne sait pas répondre à une question qu'inventer n'importe quoi, il n'est pas heureux d'avouer d'entrée de jeu que l'on n'a rien compris au sujet donné ou que l'on a fait une impasse. Si tel est le cas, faire au moins semblant d'être gêné de faire perdre son temps à son interlocuteur plutôt que d'affirmer fièrement que la matière a été totalement négligée par choix et que la note, nécessairement mauvaise, qui en découlera sera compensée aisément avec celles obtenues dans les matières privilégiées. Cet aveu pourrait bien se retourner contre l'étudiant lors des prochaines délibérations;
- éviter d'affirmer sans certitude mais avec aplomb que « la question est hors programme » ou « n'a pas été traitée en cours ». Suicidaire lorsqu'elle est dite devant le responsable de l'enseignement, cette affirmation peut aussi être dangereuse quand l'examinateur, en passant dans le couloir, a repéré que l'étudiant travaillait sur les notes de cours des années précédentes (il paraît même qu'il arrive parfois que les notes en question soient celles prises par l'examinateur pendant ses années d'étudiant...);
- retenir qu'il est préférable d'écrire sur le recto de deux feuilles de brouillon et de faire glisser ses pages en passant à la suivante plutôt que d'écrire recto-verso d'une seule feuille et de la retourner. Ce procédé permet de fluidifier le propos et évite de casser la dynamique; il est conseillé de numérotter ses feuilles afin de pouvoir s'y retrouver rapidement et d'éviter tout risque de mélange des parties de son exposé;
- sur la forme, l'exposé doit être problématisé et structuré, c'est-à-dire introduit à partir des

termes du sujet (rapidement), structuré autour d'un plan (qui doit être annoncé clairement) et achevé par une mini-ouverture qui permettra à l'examinateur de savoir que l'exposé est terminé. *Nota bene* : les « voilà », « bon bah voilà », « je crois que j'ai tout dit », etc. ne sont pas des ouvertures;

- sur le fond, l'exposé doit être intelligible et exhaustif (l'examinateur ne doit qu'avoir à demander des précisions et non à compléter tout ce qui a été oublié). Il faut bien cerner le sujet, ne pas aller au-delà afin d'éviter le hors sujet. Si le sujet paraît court, lui donner de la profondeur en y rattachant ce qui y a trait. En cas d'exposé d'une règle courte, rappeler sa raison d'être, ses conséquences, voire faire des parallèles avec d'autres institutions mais sans aller jusqu'à présenter toutes les règles connexes;
- ne pas malmenager le vocabulaire juridique. Se souvenir que le terme « valide » a un sens bien précis (renvoie à la validité d'un acte) et cesser de l'utiliser à toutes les sauces;
- ne pas oublier que plus l'on avance dans ses études, plus l'examinateur pourra faire appel à des notions vues les années précédentes;
- avoir à l'esprit que l'examinateur va nécessairement rebondir sur ce qui a été dit pendant l'exposé de sorte qu'il faut se garder de lui tendre le bâton pour se faire battre. Au contraire, il faut l'emmener sur ce que l'on maîtrise, mais en le faisant intelligemment : évitez les « *si vous voulez on y reviendra lors de la discussion* », il est évident que non dans ce cas;
- de la même manière, éviter tout jugement de valeur même s'il semble qu'il procède du cours lui-même. L'exposé se doit d'être neutre. Toute position prise devra être soutenue par des arguments juridiques. Sinon s'abstenir;
- éviter toute marque de familiarité, d'agacement, voire d'insolence vis-à-vis de son examinateur. Certains ne manquent pas de s'en rappeler au moment des délibérations. Ne pas l'agacer pas avec des « vous avez raison » ou « comme vous l'avez dit ». Il est las de ce genre de phrases qu'il a déjà entendues toute l'année de la bouche de ses propres étudiants qui cherchaient ses faveurs en travaux dirigés.

Il est inutile d'essayer d'attirer sa compassion en lui rappelant qu'un autre oral a eu lieu l'avant-veille ou qu'un autre se tient l'après-midi : son quotidien en période d'examens n'est guère plus réjouissant ;

- en cas d'impasses, il n'y a pas d'autres responsables. Ce n'est ni la faute de l'examineur, ni celui de l'aléa du sujet. Il est vain de négocier d'autres questions subsidiaires ;
- à l'issue de l'oral, ne pas essayer de négocier la note, ne pas demander davantage si c'était à ce point catastrophique, si ça va, de même qu'il est préférable d'éviter de s'excuser de sa prestation ;
- évidemment le meilleur conseil est encore de travailler son cours intelligemment (sur un cours, évidemment à jour – le poly de l'an passé est désuet – et si possible dispensé par l'enseignant), suffisamment en amont afin de pouvoir prendre du recul sur la matière et bien cerner ses enjeux ;
- veiller, enfin, à connaître la « grande » actualité de la matière.

La finalité de l'oral est de vérifier que la matière et ses grands balancements sont compris. Aussi est-il préférable de prendre du recul sur celle-ci. L'examineur n'a que faire de la connaissance par cœur du numéro de l'article du code, ou de la date exacte d'un arrêt. De la même manière, il se moque que le candidat ait retenu précisément quelle est la hauteur maximale que peuvent avoir les haies en limite de fonds. Au contraire, il s'attend à ce que la raison d'être de cette limitation soit comprise.

Mais surtout, il ne faut jamais oublier que l'examineur n'est pas là pour « saquer ». Il sera heureux de mettre une bonne note si la prestation le permet. Parfois, il pourra lui arriver d'être agacé. L'oral doit être un moment agréable d'échanges. Il faut travailler en conséquence. L'examineur n'oublie pas que lorsqu'il était à cette place, il était également stressé et ne respectait pas bon nombre de ces conseils. L'important est de ne pas en méconnaître trop. Il faut mettre toutes les chances de son côté. Il n'y a de rédhibitoire, en principe, que l'absence totale de connaissances, de problématique ou de plan.

La Tirade des sûretés

(extrait de « Cyrano de Bergerassas », pièce en cinq sessions de juin et un interlude de septembre)¹

Ah ! non ! c'est un peu court, Dalloz !
 On pouvait garantir en somme bien des choses...
 En variant le ton, – par exemple, vous le faites :
 Agressif : « Moi, Monsieur, si j'avais une telle dette,
 Il faudrait sur-le-champ que je la cautionnasse ! »
 Amical : « Mais vous hypothéquez trop d'espace !
 Votre goût du crédit vous perdra, c'est dommage ! »
 Descriptif : « C'est un choc ! ... c'est d'un chic ! ... c'est un gage !
 Que dis-je, c'est un gage ? ... C'est une caution réelle ! »
 Curieux : « De quoi sert cette antichrèse, ma belle ?
 De sûreté, oui, mais avec dépossession ? »
 Gracieux : « Aimez-vous à ce point les cautions
 Que paternellement vous vous préoccupâtes
 De tendre l'addition à ces tiers avec hâte ? »
 Insolent : « Ça, Monsieur, lorsque vous cautionnez,
 Les cofidéjuseurs vous ont-ils dans le nez
 Au point d'éternuer sans solidarité ? »
 Prévenant : « Gardez-vous, votre dette échelonnée
 Dans le temps, de souffrir la déchéance du terme ! »
 Tendre : « Faites-lui garantir un don de sperme
 De peur que sa vigueur un jour ne disparaisse ! »
 Pédant : « L'animal que déjà Cambacérès
 Appelait "Privilège-du-Conservateur"
 Est inconnu de vous, béotien, j'en ai peur ! »
 Cavalier : « Quoi, l'ami, ce Crocq est à la mode ?
 Propriété-sûreté ? C'est vraiment très commode ! »
 Emphatique : « Aucune sûreté ne peut, cours magistral,
 Provoquer dans l'amphi sommeil, ennui ni rôles ! »
 Dramatique : « C'est les *Subprimes* quand ça foire ! »
 Admiratif : « Pour un fiduciaire, quelle gloire ! »
 Lyrique : « Voici ma première demande, ô garant ! »
 Pressé : « Cette hypothèque, on la recharge quand ? »
 Respectueux : « Souffrez, Monsieur, qu'on vous salue,
 Même aux chirographaires la courtoisie est due ! »
 Campagnard : « He, pardi ! Ce srait-y pas un gage ?
 Nantissement d'matériel ou ben sur l'outillage ? »
 Militaire : « À mon commandement, payez ! »
 Pratique : « Le pacte commissaire est signé ?
 Pour vous, cher créancier, ce sera le gros lot ! »
 Enfin, envisageant la purge en un sanglot :
 « Donnez-moi ce registre où est censé paraître
 Qui hypothèque quoi pour ne pas prendre en traître ! »
 – Voilà ce qu'à peu près, mon cher, vous m'auriez dit
 Si vous aviez mieux lu Cabrillac et Mouly.

1. Fragments découverts, à l'occasion de ses travaux de recherche, par M. Brenaut, Docteur de l'Université Panthéon-Assas.

Petit deux du Grand B :

des idées pour l'université

Les doubles diplômes avec *University College Dublin* et *King's College London*

Aurélie Duffy-Meunier

Maître de conférences à l'Université Panthéon Assas
(Paris II)

Membre du Centre de Droit Public Comparé

Membre associée à l'Institut Louis Favoreu – GERJC, CNRS
UMR 6201

A lors que j'étais étudiante en droit à l'Université d'Aix-Marseille, je suis partie durant une année poursuivre, au Royaume-Uni, une maîtrise de droit public à *University College London* grâce au programme Erasmus. Sans cette année d'étude à l'étranger, je ne me serais pas orientée vers l'étude du droit britannique dans une thèse de droit public comparé et je n'aurais sans doute pas embrassé la carrière d'enseignant-chercheur. Cette expérience a donc revêtu une importance particulière pour mon cursus universitaire et professionnel. J'ai aujourd'hui la chance d'assurer la responsabilité pédagogique des doubles diplômes entre Paris II et *University College Dublin (UCD)*¹, d'une part, et *King's College London*², d'autre part, aux côtés de Mme Maryna Vartanova, responsable administrative de ces doubles diplômes, et de Mme Georgia Schneider, Chef du Service de l'Action internationale de l'Université.

Les doubles diplômes entre Paris II et *UCD* et Paris II et *King's* doivent, toutefois, être bien distingués d'une simple année Erasmus ou d'autres formations offertes par Paris II avec l'étranger. Il existe 251 accords de coopération et une diversité de diplômes avec l'étranger, tous aussi variés les uns que les autres en termes de destination (européennes : Irlande, Royaume-Uni, mais aussi, Espagne, Italie, Suisse ; américaines : États-Unis, Canada, Amérique latine ; asiatiques...) et de format de diplômes (année Erasmus, doubles diplômes, triples diplômes (Bermupa, juristes européens...)), qui sont gérés avec efficacité par le service de l'Action internationale³. C'est dire que les deux doubles diplômes avec *UCD* et *King's* sont une illustration de la richesse de l'offre de diplômes avec l'étranger existant à Paris II. En effet, le bureau des programmes d'échange gère quatorze doubles diplômes, un triple diplôme, trois cursus intégrés, douze for-

1. <https://www.u-paris2.fr/fr/formations/offre-de-formation/masters/double-master-1-en-droit-mention-droit-compare-droits-francais> ; <https://www.myucd.ie/courses/law/law-with-french-law/>.

2. <https://www.u-paris2.fr/fr/formations/offre-de-formation/masters/double-master-1-en-droits-francais-et-anglais-kings-college> ; <http://www.kcl.ac.uk/study/undergraduate/courses/english-law-and-french-law-llb.aspx>.

3. <https://www.u-paris2.fr/fr/universite/annuaire/action-internationale>.

mations délocalisées et des dizaines de programmes d'échanges d'étudiants en Europe et dans le monde.

Le double diplôme Paris II – UCD, dont le format a été renouvelé cette année, a été créé en 2005 et un nouveau partenariat avec *King's College London* a été conclu cette année. Le principe de ces doubles diplômes est le même, bien que le format de chacun présente certaines spécificités. Il s'agit pour de jeunes bacheliers sélectionnés au regard de leur excellent niveau scolaire, d'effectuer *deux ans d'études en France et deux ans d'études à Dublin ou à Londres*, selon des modalités différentes pour chaque double diplôme. Les étudiants du double diplôme Paris II – UCD débiteront leur cursus dans leur université d'origine (UCD, pour les étudiants sélectionnés en Irlande, et Paris II, pour les étudiants sélectionnés en France). Ils partiront ensuite dans l'Université Partenaire (UCD pour les étudiants sélectionnés en France et Paris II pour les étudiants sélectionnés en Irlande). Le diplôme de *King's* présente un format différent puisque l'ensemble de la promotion suit les deux premières années d'études à *King's* pour poursuivre, ensuite, en Licence 3 et Master 1 à Paris II. Dans un cas comme dans l'autre, les étudiants suivent la moitié de leur cursus dans un système juridique différent et obtiennent *deux diplômes en quatre années d'études*. Le choix d'un double diplôme, offre ainsi aux étudiants la possibilité de maîtriser deux traditions juridiques différentes, le droit continental et le droit de *common law*, et de s'adapter au phénomène de globalisation et d'eupéanisation du droit. Les doubles diplômes constituent donc un *atout pour les étudiants*. Ils enrichissent leur cursus et développent leurs opportunités professionnelles. Grâce à un seul et même cursus, les étudiants voient leur expérience universitaire et leurs opportunités professionnelles décuplées. Pour les étudiants, ces doubles diplômes représentent, en quelque sorte, *l'attrait du « deux en un »* (I). Les doubles diplômes présentent également un intérêt tout aussi remarquable pour les universités partenaires. Ils symbolisent un objectif commun aux deux universités partenaires : celui d'une *ouverture à l'international au service des étudiants*, qui donne l'opportunité d'*enrichir leur offre pédagogique*. Avec cet objectif commun au sein des universités, les doubles diplômes s'inscrivent dans *la logique du « tous pour un »* (II).

I. L'attrait du « deux en un » pour les étudiants

Les doubles diplômes avec *King's College London* et UCD présentent tous deux l'intérêt d'offrir aux étudiants dans le cadre d'un *seul cursus* la chance d'obtenir *deux* diplômes, de deux universités renommées différentes. Au-delà de la richesse de sa dimension académique (A), ce cursus multiplie leurs débouchés professionnels (B).

A. La richesse du cursus académique

1. Deux traditions juridiques en un cursus

Les diplômes d'universités prestigieuses. Les cursus offerts par les deux doubles diplômes donnent la possibilité aux étudiants d'obtenir en quatre ans, non pas un, mais deux diplômes représentatifs de leur maîtrise de deux traditions juridiques différentes. Le double diplôme avec Dublin, permet à une promotion de vingt étudiants d'obtenir à l'issue des quatre années de formation la licence en droit ainsi qu'un *Master 1 de l'Université Paris II (Maîtrise en droit mention droits français et de common law)* et un *Bachelor of Civil Law/Maîtrise de UCD*. Du côté de *King's College London*, à l'issue des quatre années du programme, les vingt étudiants de la promotion, peuvent obtenir le *LLB in English Law and French Law* de *King's College London* et la *Maîtrise en droit de Paris II*.

La sélection. Les étudiants sont sélectionnés, après leur baccalauréat, selon des modalités différentes en fonction des diplômes. L'excellence de leur niveau scolaire et de leur motivation sera dans un cas comme dans l'autre déterminante. Dans le cadre de la double maîtrise Paris II-UCD, un recrutement de *vingt* étudiants (*dix* pour Paris II et *dix* pour UCD) selon une procédure propre à chaque université est prévu. Pour être *sélectionné par Paris II* afin de partir à Dublin, il faut avoir eu *mention très bien* au baccalauréat et présenter un dossier mettant en évidence des résultats scolaires, une maîtrise de la langue anglaise et une motivation de haut niveau. Une liste d'attente est établie chaque année afin de réaliser la sélection finale en cas de désistement. La sélection opérée pour le double diplôme avec *King's College London* se fait différemment. Il s'agit d'une sélection de *vingt* étudiants réalisée conjointement par les responsables de *King's* et

de Paris II, après un dépôt de candidature effectué sur la *plateforme UCAS*⁴.

Le format des diplômes. Une fois la sélection réalisée, les deux doubles diplômes n'adoptent pas le même format, ce qui ne fait qu'enrichir les options ouvertes aux étudiants désireux de partir dans un pays anglo-saxon. Les dix étudiants sélectionnés par Paris II dans le cadre du double diplôme avec *UCD* suivront le cursus suivant : la L1 et la L2 à Paris II et la L3 puis le M1 à *UCD* alors que les 10 étudiants sélectionnés par *UCD* feront leur L1 et L2 à *UCD* et la L3 et le M1 à Paris II. Les vingt étudiants du double diplôme avec *King's* suivront, quant à eux, leurs deux premières années à *King's College London* pour venir ensuite à Paris II pour la L3 et le M1. Les *frais d'inscription* diffèrent en fonction des partenariats. Le partenariat avec *UCD* prévoit que les étudiants sélectionnés en France acquitteront leurs droits d'inscription à l'Université Panthéon-Assas pour les quatre années du diplôme. Pour suivre le double diplôme avec *King's*, les étudiants devront acquitter des frais d'inscription à *King's* pour les deux premières années et à Paris II pour les deux dernières. Dans les deux cas, des *bourses* françaises, anglo-saxonnes ou européennes peuvent être obtenues.

Le contenu du cursus. Ce cursus de deux ans dans une université anglo-saxonne et deux ans dans une université française offre une *formation solide* puisqu'elle est réalisée dans la durée et qu'elle est pensée de façon cohérente au regard des exigences de chaque système universitaire⁵. Il s'agit d'un cursus adapté aux deux traditions juridiques. En deux ans, les étudiants ont le temps d'étudier les *matières fondamentales* de chaque système en suivant cours et TD en France, *lectures* et *tutorials* dans les deux universités partenaires. Il s'agira, du côté français, de l'étude des matières de droit privé, comme le droit civil ou le droit des affaires, ou de droit public, comme le droit constitutionnel ou administratif. Du côté irlandais ou anglais des matières fondamentales des droits de *common law*, comme *Law of contracts* ou *Law of torts*, ainsi que de matières relevant du droit public, tel

que le cours de *Public law*, seront étudiées. Après ces enseignements, qui concernent les premières années d'études, *les étudiants pourront se spécialiser* davantage. Les étudiants sélectionnés par *UCD* et ceux du double diplôme avec *King's* pourront, par exemple, choisir l'option droit public ou droit privé en L3, puis, choisir le Master 1 de leur choix à Paris II. Les étudiants sélectionnés par Paris II pour partir à *UCD* en L3 pourront suivre des enseignements fondamentaux comme le droit constitutionnel, *Contracts*, *Torts*, mais aussi des enseignements plus spécialisés comme le droit de la propriété, le droit des affaires, le droit pénal, l'*equity* ou le droit de la preuve. Le choix des programmes est notamment pensé pour donner aux étudiants l'opportunité de se qualifier pour les Barreaux en Irlande, en Irlande du Nord ainsi qu'en Angleterre et au Pays de Galles comme pour le Barreau français.

Des enseignements préparant l'immersion dans l'autre tradition juridique. Chaque université anticipe, par ailleurs, la venue des étudiants puisque les programmes prévoient en amont des cours d'anglais ou de français juridique pour permettre aux étudiants de maîtriser la langue du système dans lequel ils vont être immergés. Au-delà même de la langue, chaque université prépare les étudiants à l'étude du nouveau système juridique. Le droit de *common law* est ainsi enseigné à Paris II tout comme le droit français, à *UCD* ou à *King's*. Ainsi, les étudiants sélectionnés par Paris II, qui partent à *UCD*, suivent le *DU de common law*. Les étudiants de *UCD* qui arrivent à Paris II en L3 suivent des cours de *droit public* et de *droit privé français* durant leurs premières années à Dublin. Il en est de même de la promotion « franco-britannique » de *King's College London*. Les étudiants de *UCD*, comme ceux de *King's*, bénéficieront à Paris II d'une *prérentrée spécifique*. Elle comporte des *cours d'introduction au droit français* et des *séances de méthodologie*, qui font partie intégrante du diplôme. Cette prérentrée est l'occasion de réunir l'ensemble des étudiants étrangers, quel que soit leur diplôme d'appartenance, pour une phase d'adaptation au système juridique et universitaire français.

4. <https://www.ucas.com/>.

5. Pour un aperçu complet des matières enseignées, v. <https://www.u-paris2.fr/fr/formations/offre-de-formation/masters/double-master-1-en-droits-francais-et-anglais-kings-college>; <https://www.u-paris2.fr/fr/formations/offre-de-formation/masters/double-master-1-en-droit-mention-droit-compare-droits-francais>.

L'ensemble de ces éléments participe à la construction de cursus souhaitant offrir aux étudiants les meilleurs outils pour maîtriser le droit de deux grandes traditions juridiques, en étant immergés dans deux cultures juridiques différentes et dans deux formes de vie étudiante.

2. Deux vies universitaires en un cursus

Un suivi administratif personnalisé. Les étudiants des doubles diplômes bénéficient non seulement d'un programme adapté à la spécificité du double diplôme, mais aussi de la chance d'être suivis de façon personnalisée à l'Université de Paris II, par un *service d'Action internationale*, qui est *spécifiquement dédié aux diplômes avec l'étranger*. Les responsables administratifs, à l'instar de *Mme Maryna Vartanova*, pour les échanges avec l'Irlande et le Royaume-Uni, sont chargés des échanges avec les universités étrangères, qui sont répartis par pays. Les étudiants inscrits dans le double diplôme ont donc la chance d'avoir un *interlocuteur privilégié à Paris II* pour les questions relatives à leur scolarité (inscription, bourses, logement, relevés de notes, équivalences...) en plus de pouvoir s'adresser au service général de la scolarité. Il en est de même à *UCD* ou à *King's College London*, où des responsables des échanges avec l'étranger suivent les étudiants étrangers qui arrivent à *UCD* en troisième année ou à *King's* dès la première année de Licence. Ce suivi constitue une caractéristique importante du diplôme et contribue à l'intégration des étudiants.

La richesse de la vie étudiante. Les étudiants des doubles diplômes ont la chance de vivre pleinement et pendant une durée supérieure à celle d'une année Erasmus une vie étudiante particulièrement riche à Paris, à Dublin ou à Londres. Ils auront la chance d'avoir vécu selon la *vie universitaire de deux cultures différentes*. Ils pourront bénéficier de la vie sur un *campus à l'anglo-saxonne* à *UCD*, puisque la *Sutherland School of Law* est située dans un immense campus, un peu excentré du centre-ville de Dublin. Si en première année, les étudiants bénéficient d'un logement étudiant sur le campus qui leur permet de bénéficier de toutes ses facilités (notamment un centre sportif particulièrement important), ils optent assez souvent, en deuxième année, pour une collocation en centre-ville. Les étudiants

bénéficieront à Paris ou à Londres d'une *vie étudiante plus citadine*. Mais dans un cas comme dans l'autre, ce sont les vies associatives, les opportunités d'activités extra-universitaires (sportive, musicales), les stages qui seront vécus selon des modes différents, ce qui contribue à *l'enrichissement réciproque de ces différentes expériences*. Ainsi, les étudiants de *UCD* ou de *King's*, qui auront vécu les rentrées et adopté le mode de vie universitaire anglo-saxon, seront très réceptifs à l'offre associative, culturelle, sportive et aux concours de plaidoirie de Paris II. D'ailleurs, l'un des moyens de rendre compte de cette vie universitaire sera de regarder le site de l'*Association des juristes de Paris II et UCD*⁶ qui relate l'expérience des étudiants et qui est disposée à donner des conseils aux nouveaux venus. De même, le rôle des *alumni*, les anciens étudiants de ces deux universités, est fondamental. Tous ces éléments révèlent la richesse académique, mais aussi humaine de tels cursus qui développent la capacité d'adaptation des étudiants dans un monde globalisé et qui leur donne la possibilité de tirer profit des atouts de chaque système pour leur carrière future.

B. La variété des débouchés

Les deux doubles diplômes sont une porte d'entrée vers une variété de débouchés universitaires ou professionnels qui sont quantitativement et qualitativement, au moins, multipliés par deux.

1. Des débouchés universitaires accrus

Une fois le double diplôme obtenu, les étudiants peuvent poursuivre leurs études à Paris II, ou à *UCD* et à Londres. Le fait d'avoir suivi des enseignements de ces deux traditions juridiques dans les mêmes conditions qu'un étudiant français, irlandais ou anglais ne fait que conforter le niveau, la capacité d'adaptation et l'aptitude de chaque étudiant à pouvoir intégrer un Master 2 ou un LLM. À titre d'exemple, des étudiants du double diplôme Paris II-*UCD* ont pu suivre des *Masters 2 à Paris II* en droit des affaires et fiscalité, droit international et relations internationales, criminologie, droit notarial ; des *Masters 2 dans d'autres universités françaises*, en droit des technologies numériques et société de l'information à Paris X, en droit de l'Union européenne à Paris XI ; des *Masters dans des instituts, écoles de*

6. <http://www.associationajpu.net>.

commerce, à Sciences Po, en Affaires internationales à l'Institut des Hautes Études internationales et du Développement à Genève, en Affaires internationales et Management à l'ESSEC, en *Financial Regulation and Risk Management* à Sciences Po Paris, des *doubles diplômes* comme le Master 2 en Affaires Européennes entre Sciences Po Paris et la London School of Economics, le double Master en Droit des affaires internationales entre Sciences Po Paris et Georgetown Law School, à l'étranger, comme un LLM à la London School of Economics ou poursuivre leurs études en thèse en droit international public.

2. Des débouchés professionnels décuplés

Le programme des enseignements a, d'abord, été pensé pour permettre aux étudiants de pouvoir se qualifier aux *Barreaux en Irlande*, en *Irlande du Nord* ainsi qu'en *Angleterre et au Pays de Galles*, comme, ils le sont pour le *Barreau français* après avoir obtenu le diplôme requis en France.

Ainsi, plusieurs étudiants de ces doubles diplômes choisissent la carrière d'*avocat* (généralistes ou spécialisés dans l'arbitrage, en droit de la propriété intellectuelle et nouvelles technologies) ou de *solicitor* en Angleterre. D'autres débouchés professionnels se dessinent : *consultant* dans une organisation non gouvernementale dans le domaine des droits de l'Homme, *apprenti* dans le domaine de la gestion d'actif, *consultant* au Fonds mondial de la Lutte contre le Sida, la Tuberculose et le Paludisme à Genève, *Notaire*, *Magistrat*, *Greffier*, *juriste en entreprise* en droit américain des affaires, *juriste* dans des associations de protection des *droits de l'Homme*...

II. Le crédo du « tous pour un » pour les universités

Les doubles diplômes symbolisent un *objectif commun* aux *deux universités partenaires* : celui d'une *ouverture à l'international au service des étudiants*. Cette logique du « tous pour un » se traduit aussi bien au *niveau pédagogique qu'administratif*. Si l'aspect pédagogique présente une importance évidente, il ne faut surtout pas négliger en ce domaine la dimension administrative. À Paris II, cette *logique du « tous pour un »* est *grandement favorisée*, au *niveau administratif*,

par l'existence du *Service de l'Action internationale* de Paris II dirigé par Mme Georgia Schneider. Ce service spécifiquement dédié à l'action internationale de l'Université est un atout pour une université comme Paris II en ce qui concerne les doubles diplômes et les programmes d'échange de façon plus générale. Il est organisé autour de plusieurs pôles : le bureau des étudiants titulaires de diplômes étrangers, le bureau des programmes d'échange – qui est concerné par les doubles diplômes – et la cellule financière chargée de gérer les bourses de mobilité. Cette organisation et l'efficacité de ses membres contribuent à entretenir des *relations étroites et continues* avec les *universités partenaires* et de *suivre au plus près les étudiants en programme d'échange*. Cet objectif commun entre les deux universités partenaires et au sein même de chaque université entre la dimension administrative et pédagogique contribue à l'enrichissement de l'offre pédagogique des universités. Ces *deux dimensions* sont particulièrement *complémentaires* aussi bien au niveau de la *conception* d'un double diplôme (A) que de la *vie de ce diplôme* (B). Cette coopération à double casquette est profitable aux étudiants et permet d'assurer la *visibilité des universités* et de leurs *droits respectifs* sur la scène européenne et mondiale.

A. Les moyens administratifs et pédagogiques pour créer un double diplôme

Sans entrer dans des détails techniques, il faut savoir que la création d'un double diplôme nécessite une collaboration étroite entre universités au niveau pédagogique, mais aussi au niveau administratif.

1. La dimension pédagogique : deux universités partenaires pour une formation cohérente

Penser un double diplôme nécessite d'assurer une cohérence en terme de formation. Les matières proposées, doivent permettre aux étudiants débutant leur cursus dans un système (au Royaume-Uni ou en Irlande) de bénéficier d'une formation leur fournissant un *socle de connaissances* leur permettant d'intégrer sans difficulté l'Université de Paris II et inversement. Ainsi, les responsables pédagogiques à Paris II ainsi qu'à UCD ou King's travaillent en *étroite collaboration* pour déterminer les *matières* de droit français à

étudier en Irlande ou au Royaume-Uni et la *préparation méthodologique* des étudiants avant qu'ils n'arrivent à Paris II. De même, Paris II a choisi de proposer des *cours d'adaptation* pour assurer la transition entre la L2 à l'étranger et à L3 à Paris II. Une *préentrée spécifiquement* dédiée aux étudiants en programme d'échange est assurée pendant une semaine avec cours d'introduction au droit français et séances de méthodologique à la clé. Par ailleurs, les étudiants qui débutent leur cursus à Paris II doivent suivre le *DU de common law* qui les prépare à leur cursus en Irlande ou au Royaume-Uni. Les formations proposées sont également pensées pour offrir une *perspective professionnelle internationale*. Les matières dispensées sont sélectionnées en vue des différents concours (barreau notamment) auxquels les étudiants peuvent accéder. Ainsi, les *matières fondamentales* utiles pour passer le barreau irlandais, anglais et français sont dispensées dans chaque université. Au final, les diplômes ont été pensés pour permettre d'offrir aux étudiants le plus large choix en vue de se *spécialiser* dans leurs domaines de prédilection.

2. La dimension administrative : deux universités partenaires pour un accord de partenariat

La création d'un double diplôme, qui nécessite des échanges avec l'administration des universités partenaires, et ensuite ses modalités de validation par les différents Conseils de l'Université est *centralisée par le service de l'Action internationale de Paris II*. Cela facilite grandement les échanges avec l'Université partenaire et le processus de décision au sein de l'Université Paris II. Par ailleurs, si un double diplôme nécessite de renouveler son format pédagogique, l'approche administrative lui permet d'en apprécier la *faisabilité*, comme en matière de scolarité, par exemple. La question des correspondances de notes entre universités, des redoublements ou changements éventuels de cursus sont éclairées par l'*expérience* que le *service de l'action internationale* a acquise dans la gestion des différents diplômes. Cette expérience permet d'*anticiper certaines difficultés* et de les régler dès l'accord de partenariat. Par ailleurs, une fois le diplôme créé, le *service de l'Action internationale en assure*, en collaboration avec d'autres services, comme le CIO, la *publicité*, ce qui est détermi-

nant pour attirer les étudiants et par la suite *faire vivre le diplôme*. La promotion des doubles diplômes est ainsi assurée au salon de l'étudiant, par exemple. Cette large publicité contribue à assurer la *renommée des doubles diplômes et programmes d'échanges de Paris II* et, de façon plus générale, sa visibilité à l'international.

B. Les moyens administratifs et pédagogiques pour faire vivre un double diplôme

La vie d'un double diplôme nécessite d'adopter une approche globale permettant de faire évoluer le diplôme et une approche plus individualisée pour le suivi des étudiants. Cette double dimension réside en un travail conjoint des responsables pédagogiques et administratifs.

1. Une approche globale pour améliorer le diplôme

Des instances d'évaluation communes. Cette approche générale se traduit en premier lieu par l'institutionnalisation d'un système de pilotage du diplôme qui consiste en une *évaluation du diplôme par un comité de pilotage conjoint composé des responsables pédagogiques et administratifs* des deux universités partenaires. Au-delà des contacts continus, grâce au courrier électronique, entre les différents responsables pédagogiques et administratifs, ce comité de pilotage est l'occasion de dresser le *bilan* de l'année du double diplôme, d'envisager les éventuelles *améliorations* et éventuellement de proposer des *réformes*. Ces comités ont lieu régulièrement et sont aussi l'occasion, lors des séjours à UCD et King's de *rencontrer les étudiants* qui viendront à Paris II. Une dimension plus individuelle est ainsi associée à cette dimension globale.

Une capacité d'adaptation. Les réformes des diplômes peuvent, en second lieu, résulter d'événements plus ponctuels. Ainsi, les responsables administratifs et pédagogiques doivent être *attentifs aux réformes des différents concours et diplômes* afin de modifier le choix de certaines matières. Les épreuves du barreau anglais ayant été réformées à l'été 2016, il a, par exemple, été nécessaire de modifier le format du double diplôme avec *University College Dublin*.

2. Une approche individualisée pour suivre les étudiants

Une coopération étroite entre responsables administratifs et pédagogiques. Du dossier

de candidature à l'obtention du diplôme, quatre années d'études s'écoulent. Cette tranche de vie des étudiants nécessite un *encadrement individualisé* qui est réalisé par le *service de l'Action internationale et les responsables pédagogiques*. Le service de l'action internationale est ainsi, à Paris II, la cheville ouvrière autour duquel la vie des doubles diplômes s'organise et le référent administratif des étudiants en double diplôme. Le bureau des échanges est d'ailleurs organisé par régions, dont les coordinateurs administratifs sont multilingues, ce qui contribue à la *personnalisation du suivi* des étudiants en double diplôme. *L'individualisation part du dossier de candidature et même avant*. Les services des deux universités sont en contact continu et permanent. Ils suivent les *étudiants qui sont partis* (en L3 à UCD ou en L1 à King's), ceux *qui vont partir* (les étudiants qui suivent la L1 et L2 à Paris II pour suivre, ensuite, leur L3 à UCD), ceux *qui aimeraient partir* (les futurs bacheliers qui déposent leurs dossiers de candidature pour les doubles diplômes) et ceux *qui arrivent ou reviennent* (les étudiants sélectionnés par UCD débutant leurs deux premières années à UCD et arrivant en L3 à Paris II ainsi que les étudiants qui débutent leurs deux premières années à King's et arrivent à Paris II en L3). Dès le *dossier de candidature*, les *coordinateurs* des deux universités sont en contact avec les étudiants intéressés par le diplôme qui ont toujours de nombreuses questions sur leur cursus à venir. Parfois même, les responsables administratifs peuvent aussi entrer en contact avec les étudiants dès la journée des portes ouvertes, avant que les candidats ne déposent leurs dossiers. Les dossiers sont préparés par les *coordinateurs administratifs* des diplômes et sélectionnés par les *responsables pédagogiques*. Le nombre de dossier dépasse souvent, pour UCD, par exemple, la centaine. Le suivi des étudiants est ensuite assuré grâce à une coopération étroite et continue entre les coordinateurs de Paris II et les responsables de UCD et King's College. Les étudiants ont un *encadrement administratif spécifique, assuré par Mme Vartanova, pour leur scolarité en France et à Dublin ou à King's en matière d'inscriptions, de bourses, de logement*. Au niveau *pédagogique*, je suis là, comme mes homologues irlandais et britanniques, pour aider les étudiants quant au choix éventuel de certaines options ou quant à leur orientation pédagogique. Toutes les ques-

tions susceptibles de se poser sont réglées en *concertation* avec les coordinateurs des *universités partenaires*.

Des réunions régulières. Au-delà de l'aspect administratif, des réunions régulières sont organisées à Paris II, avec Mme Vartanova, pour *accueillir* les étudiants, les *suivre* en cours d'année (avant les examens notamment) et faire le *bilan* en fin d'année avec eux. Au-delà des conseils pédagogiques ou administratifs dont les étudiants peuvent avoir besoin, c'est aussi l'occasion pour les anciens étudiants (de L3 ou M1, ou ayant quitté l'université) de faire part de leur expérience, de leurs éventuels conseils aux nouveaux venus qu'ils soient jeunes bacheliers sélectionnés pour UCD, par exemple, ou étudiants diplômés de L2 (à UCD ou King's) arrivant en L3. Bref, ces réunions sont l'occasion de riches échanges et, parfois, une anecdote vécue d'un étudiant illustre mieux que tout discours l'intérêt de ces doubles diplômes pour les jeunes bacheliers. Il en est de même des côtés irlandais et britanniques. Des *réunions* sont organisées par les responsables respectifs de chaque diplôme avec les étudiants, à UCD et à King's. Des *réunions* « *franco-irlandaises* » ou « *franco-britanniques* » peuvent également être organisées. Ainsi, à l'occasion du renouvellement de l'accord de coopération entre *University College Dublin* et l'Université Panthéon-Assas, Georgia Schneider, chef du service de l'Action internationale, et moi-même avons pu rencontrer les étudiants qui étaient à Dublin et répondre aux questions qu'ils se posaient pour leur retour à Paris. Une même occasion s'est présentée avec *King's College London* puisque Georgia Schneider et moi-même avons pu rencontrer les étudiants de *King's*, répondre à leurs questions, et leur présenter la formation qui les attendait à Paris II. Ces rencontres sont ainsi l'occasion de répondre aux interrogations que peuvent légitimement se poser les étudiants quant à leurs cursus ou quant aux débouchés.

Des moments de convivialité. Outre l'organisation de réunions régulières, constitutives de moments de conseils permettant le suivi des étudiants, l'organisation d'événements marquant des temps de convivialité participe à la vie de ces doubles diplômes. Le *petit déjeuner de l'action internationale* en présence du *Président de l'Université* ainsi que le *brunch de Noël* ou de

mardi gras en sont des exemples. Ils permettent aux étudiants de se sentir intégrés au sein de l'Université Paris II et font écho à des *moments comparables* qui se déroulent à *UCD* ou à *King's*. Un tel moment sera notamment organisé pour *l'anniversaire du double diplôme avec King's*.

Au final, les doubles diplômes avec *UCD* et *King's College London* sont des symboles de l'ouverture de nos universités sur d'autres systèmes, sur la *common law* ou le droit continental, et sur l'Europe. La perspective du Brexit n'a fait

que conforter le souhait de ces deux universités partenaires de nouer des *liens pédagogiques* et même de les prolonger en *matière de recherche*. Ils constituent un atout pour les deux universités partenaires car ils assurent leur visibilité sur la scène européenne, voire internationale. Dans cette perspective, ces doubles diplômes constituent une pierre utile qui permet de favoriser les échanges académiques et humains entre la France, l'Irlande et le Royaume-Uni à un moment où l'Europe en a besoin.

Collaboration internationale spontanée : l'aventure du groupe de recherche franco-néerlandais Grotius-Pothier

Clément Cousin¹

Docteur en droit

Alice Dejean de la Bâtie²

Assistant temporaire d'enseignement et de recherche
à l'Université Panthéon-Assas

Benjamin Moron-Puech³

Docteur en droit rattaché au Laboratoire de Sociologie
juridique de l'Université Panthéon-Assas.

Le cœur au repos, les yeux bien sur terre, au bar de l'hôtel des « Trois Faisans », Egbert Koops et Benjamin Moron-Puech, entre juristes passaient le temps. L'un parlait d'Hugo Grotius et l'autre de Robert-Joseph Pothier, et tous deux, que l'on ne saurait refaire, tous deux parlaient encore de droit. Et c'est en sortant vers minuit, Monsieur le Commissaire...

C'est en sortant que l'idée leur est venue de baptiser « Grotius-Pothier » le dernier né de l'élan interuniversitaire dont résonnent les vieilles pierres de nos chères Facultés. Grotius et Pothier, pour symboliser deux conceptions du contrat – avec l'espoir que leurs pensées se croisent encore de nos jours, par la voix de ceux qui en sont en quelque sorte les héritiers. Fameuse soirée, donc, que celle de nos deux compères, mais revenons quelques temps plus tôt pour que le lecteur comprenne mieux ce qui les avait ainsi amenés à invoquer de si grands noms pour s'assurer leur patronage.

Début 2014, Benjamin s'était trouvé, comme on dit, au bon endroit – c'est-à-dire à un colloque sur l'argument sociologique, à bon entendeur salut – au bon moment – c'est-à-dire au milieu d'une question à Anne Lefebvre-Teillard sur l'existence d'une responsabilité des médecins sous l'Ancien Droit – et avait accepté de prendre la tête du nouveau projet de recherche mis en

place entre Paris II et la prestigieuse et ancestrale Université de Leiden, aux Pays-Bas. Quant aux timides objections de l'intéressé au sujet de sa thèse en cours depuis déjà un nombre honorable d'années, elles furent balayées de cette remarque ne souffrant aucune contradiction : « ce n'est rien et puis vous voyagerez ». L'argumentation juridique dans toute sa splendeur.

Le retour des Hollandais faisant quasiment le printemps, une visite de nos collègues Leydois permis donc de donner forme à ce nouveau projet de collaboration franco-néerlandaise, initialement financé par le prix Descartes-Huygens qui avait cette année-là été attribué au professeur Bénédicte Fauvarque-Cosson pour le fruit de sa collaboration avec le professeur Alex Geert Castermans. Un tel prix peut être déroutant dès lors qu'il attribue à son récipiendaire une somme qui ne peut servir qu'à organiser des séjours de recherche. Ce fut donc l'occasion pour Bénédicte Fauvarque-Cosson de faire découvrir la faculté de Leiden à d'autres et de permettre une intensification des échanges entre nos deux universités. Grâce à cette « cagnotte de départ » et à une bonne dose d'anticipation pour limiter le coût des billets de Thalys, les échanges ont pu naître, toujours avec cette volonté d'une structure légère.

En effet, le projet Grotius-Pothier est un pur produit de son époque : il marque le vœu pieux

1. Coordinateur du groupe Grotius-Pothier de 2015 à 2016.

2. Coordinatrice du groupe Grotius-Pothier de 2016 à 2017.

3. Coordinateur du groupe Grotius-Pothier de 2014 à 2015.

des vieilles universités européennes de « s'ouvrir à l'international » sans pour autant toujours y allouer les moyens financiers nécessaires. Il revient donc aux professeurs et jeunes chercheurs eux-mêmes non seulement de trouver des alternatives de financement mais aussi de mettre en place des méthodes de travail nouvelles qui permettent d'intensifier les échanges tout en réduisant les déplacements. Le dialogue interuniversitaire n'a jamais été plus intense et plus évanescent à la fois. Ainsi, nos réunions annuelles se comptent sur les doigts d'une main, tandis que les contacts par email et autres documents partagés via « framapad » (un éditeur de texte en ligne libre) sont devenus les nouvelles plateformes d'échange entre juristes issus de différents systèmes, travaillant depuis leur université respective sur des projets communs, partageant la même ambition d'enrichir à la fois le droit national et le patrimoine juridique commun. Chaque nouveau projet est donc avant tout le fruit de longs échanges baragouinés dans toutes les langues à la disposition des commentateurs, selon les techniques juridiques à exprimer et les participants.

Cette phase est parfois lente, souvent surprenante et toujours un peu brouillonne ; on touche ici à la limite de tout échange organisé sans la véritable présence des participants, et le travail en amont, s'il est essentiel à l'aboutissement des projets, n'atteint jamais l'étincelle des réunions en personne, que celles-ci aient lieu à Leiden ou à Paris, à l'automne, au printemps, ou en hiver, à l'occasion de la soutenance de thèse de l'un des membres ou en présence d'intervenants extérieurs.

C'est en suivant cette méthode que nous avons par exemple élaboré la réponse du groupe Grotius-Pothier à la concertation publique organisée par la Chancellerie au sujet de l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile : outre la rédaction du rapport proprement dit, nos réunions à Paris et Leiden ont été l'occasion de rencontrer des représentants des ministères néerlandais et français de la Justice afin d'ajuster nos recherches aux points d'intérêts ou d'achoppement du droit prospectif. Une telle méthode a

reçu un accueil enthousiaste des rédacteurs d'ordonnances qui nous ont dit manquer de travaux de droit comparé pouvant servir à formuler des suggestions d'évolution du droit.

À cet égard, la comparaison entre les droits français et néerlandais s'avère particulièrement riche, nos systèmes respectifs étant à la fois suffisamment proches pour permettre une comparaison constructive, et suffisamment différents – historiquement et conceptuellement – pour que la comparaison donne naissance à des solutions innovantes. En effet, le *Burgerlijk Wetboek*, le code civil néerlandais, a été refondu au début des années 1990 (le code précédent datait de 1838), après un long processus de réforme entamé à la sortie de la Seconde guerre mondiale. L'une des principales ambitions du nouveau code était de traiter l'ensemble des thèmes de droit privé dans un seul ouvrage juridique, sans exclure pour autant la possibilité pour certains sujets spécifiques d'être traités à part. Cette ambition fait du *Burgerlijk Wetboek* une source de comparaison avec le droit civil français extrêmement riche, à la fois au fait des enjeux de la société contemporaine – contrairement au Code civil français de 1804 –, et déjà éprouvée par un quart de siècle de pratique juridique. En outre, situé au carrefour des influences anglo-saxonne et latine, le droit néerlandais propose des solutions inédites en droit français, et envisage par exemple le sujet de la réparation du dommage de manière autonome, sans reprendre sur ce point la sacro-sainte distinction entre responsabilités contractuelle et délictuelle.

Les fruits de ces travaux sont nombreux. Scientifiquement, ils sont formalisés par des articles et des rapports (certains ont été publiés dans des revues juridiques, d'autres rendus à la Chancellerie, et tous sont à terme accessibles en ligne sur notre site : <https://grotiuspothier.wordpress.com>). Au-delà de cet aspect, c'est *in fine* le versant humain du projet qui domine. En effet, l'ouverture au système juridique néerlandais nous contraint à garder un esprit juridique souple et ouvert et a débouché sur des amitiés riches et fortes.

Le Laboratoire Méditerranéen de Droit Public : des partenariats internationaux entre universitaires !

Mathieu Touzeil-Divina

Professeur à l'Université Toulouse I Capitole

Président du Collectif L'Unité du Droit

Fondateur du Laboratoire Méditerranéen de Droit Public



Sous l'égide d'une association, le Collectif L'Unité du Droit, dont il fut un atelier indépendant, il a été proposé en 2012 de constituer un observatoire ou laboratoire de droit public et ce, autour du bassin méditerranéen : le Laboratoire Méditerranéen de Droit Public (LM-DP).

Par suite, une dizaine de collègues – depuis toutes les rives de la Méditerranée – se sont agrégés au projet. En outre, un soutien scientifique s'est rapidement matérialisé par l'appui au projet de personnalités de dimension internationale à l'instar des Professeurs Sabino Cassese et Pierre Delvolvé ainsi que de MM. les Professeurs et Conseillers Amine Benabdallah (Conseil constitutionnel, Rabat) et Antoine Messarra (Conseil constitutionnel, Beyrouth) et de M. le Président Nikolaos Sakellariou (Conseil d'État, Athènes).

Un site dédié (<http://www.LM-DP.org>) présente nos actions passées et nos projets futurs.

I. Principes du LM-DP

En ce début d'année 2017, le LM-DP devenu association comprend déjà dix équipes nationales (fixes ou en constitution) dans le bassin méditerranéen : en Algérie, en Espagne, en France, en Grèce, en Italie, au Liban, au Maroc, en Syrie, en Tunisie & en Turquie, soit près de la moitié des vingt-trois pays formant le bassin méditerranéen.

Nos objectifs ?

Au cœur du (des) pluralisme(s) juridique(s), le LM-DP poursuit les buts suivants : « comparer les comparaisons » et proposer, à terme, le premier Traité méditerranéen de droit public. Les porteurs du projet sont à cet égard conscients du contexte de mondialisation / globalisation du Droit. En outre, nous sommes plusieurs à regretter que le droit comparé semble se réduire méthodologiquement non à une véritable confrontation scientifique, mais à une juxtaposition de monographies. Or, comparer n'est pas seulement décrire, c'est aussi analyser, critiquer, proposer, etc. Une redynamisation de la méthode nous semble s'imposer et nous proposons pour ce faire un autre *modus operandi* : la « comparaison des comparaisons » mettant en lumière(s) non seulement les points communs et différences des études, mais également leurs *a priori* et préjugés idéologiques éventuels, les différences potentielles de systèmes juridiques et de formations, etc. (ce qui ancre méthodologiquement le LM-DP dans le courant *Law as Culture* en refusant la décontextualisation).

Partant, le LM-DP ne prône pas et ne cherche pas à démontrer les bienfaits d'un prétendu droit universel public ainsi qu'il a pu être espéré ou rêvé autrefois (notamment sous les périodes de colonisation et dès la « romanisation » idéalisée d'un *jus commune*). Il cherche à comprendre et à analyser une éventuelle harmonisation des droits et non à démontrer un universalisme.

Que comparer ?

Il est et sera impossible (même en vingt ans) de comparer l'ensemble du droit public de deux à vingt-trois pays. Il faut nécessairement limiter l'étude à quelques pans ou secteurs emblématiques du droit public. Certains semblent s'imposer et d'autres manifestent une volonté de la part des fondateurs de promouvoir certains aspects d'étude. Seront ainsi étudiés seize thématiques : Histoire du droit public (1); Sources du Droit & production normative (2); Pouvoir(s) et gouvernance(s) de l'État (droit constitutionnel) (3); Répartition territoriale du pouvoir (dont régionalisation) (4); Environnement institutionnel (institutions administratives) (5); Droit parlementaire (6); Démocratie & systèmes électoraux (7); Garantie & protection des droits fondamentaux (8); Environnement / Aménagement des territoires / Propriétés (9); Finances publiques & droits fiscaux (10); Justice constitutionnelle (11); Justice administrative (12); Fonctions & Emploi publics (13); Services publics (14); Contrats publics (15); Droit des NTIC (16).

Le LM-DP est avant tout une très belle aventure humaine. Fruit de belles rencontres et d'ambitieux projets méditerranéens, il s'est très vite trouvé une vitesse de croisière et est résolument tourné vers l'avenir et la fraternité.

Nos membres & nos soutiens ? Un partenariat humaniste & méditerranéen

Au sein du LM-DP il n'y a pas « que » des Universités et des universitaires ! Il y a – surtout – des hommes et des femmes méditerranéens. Des amoureux du droit (public) et de la Méditerranée. Des juristes soucieux d'apprendre et de comparer.

Le partenariat ainsi tissé est organiquement original car il n'est pas qu'une association entre deux ou plusieurs Universités, Institutions et/ou Laboratoires : il est avant tout un tissage d'échanges entre juristes (hommes & femmes de la Méditerranée) même si, parallèlement – et évidemment – ce tissage est nourri sinon abreuvé par des inévitables et heureux soutiens institutionnels. Toutefois, ceux-ci ne sont pas que des supports universitaires.

Ainsi, le prochain colloque (Athènes 2017 sur le(s) service(s) public(s) en Méditerranée) est-il porté non seulement par quelques Universités (dont l'Université Toulouse I Capitole) mais aussi

par des juridictions (à l'instar des Conseils d'État hellénique, italien, libanais et français).

II. Construction(s) du LM-DP

Le 19 mars 2012, à Paris a ainsi eu lieu la création du réseau « Laboratoire Méditerranéen de Droit Public » ainsi qu'une conférence inaugurale sur la thématique : « Constitution(s) & Printemps arabe(s) » et ce, avec le prestigieux soutien de l'Institut de France (Académie des Sciences morales & politiques).

Le 29 juin 2012, à l'Université du Maine (Le Mans), à l'initiative de Mme Juliette Gaté, s'est déroulé le premier colloque coorganisé avec le soutien du LM-DP : « Droits des femmes & révolutions arabes ».

Le 19 octobre 2012, à Toulouse, a été organisée la deuxième réunion de notre Directoire. Ce dernier a notamment décidé de l'adoption d'un logotype définitif, d'acter certaines considérations méthodologiques et mis en place deux éléments scientifiques cardinaux : la fondation d'un média propre au LM-DP (la *Revue Méditerranéenne de Droit Public*) ainsi qu'un appel à contributions relatif au premier colloque international du LM-DP : « Existe-t-il un droit public méditerranéen ? ».

En 2013, en Méditerranée, ont été publiés les deux premiers numéros de la *Revue Méditerranéenne de Droit Public* dont un premier volume, fruit de travaux collectifs destinés à présenter des éléments de bibliographie.

En mars 2014 & mars 2015, à l'Université du Maine (Le Mans), se sont tenues les deux journées dites « Louis Rolland, le Méditerranéen » dont la seconde – en partenariat avec l'Association Française de Droit Constitutionnel – avait pour thème : « Justice(s) constitutionnelle(s) en Méditerranée ».

En 2015, en Méditerranée, a été publié le premier numéro de la *Revue Méditerranéenne de Droit Public* (le 3^e de la collection) issu d'un appel méditerranéen à contribution(s) : « Influences & confluences constitutionnelles en Méditerranée ».

Les 28 & 29 octobre 2015, à l'Université Mohammed V (Rabat), a eu lieu le premier de nos grands colloques internationaux : « Existe-t-il un droit public méditerranéen ? ».

Le 26 mai 2016, à Athènes, le LM-DP, en partenariat avec l'European Public Law Organization

(Eplo), a participé à l'organisation d'une conférence sur : « Droit & Religion en Méditerranée ».

Le 21 octobre 2016, à Toulouse, le réseau « Laboratoire Méditerranéen de Droit Public » s'est mu en association dotée de la personnalité morale.

Les 19 & 20 octobre 2017, à Athènes, aura lieu le deuxième de nos colloques internationaux : « Service(s) public(s) en Méditerranée » en partenariat avec les Conseils d'État de Grèce, du Liban, d'Italie et de France.

III. Bureau et contact du LM-DP

Au 21 octobre 2016, le Bureau du Laboratoire Méditerranéen de Droit Public est constitué des sept membres suivants :

- Pr. Rqia El Mossadeq, Université Mohammed-V-Souissi-Rabat (Maroc)

- Mme Delphine Espagno, MCF, IEP de Toulouse (co-fond.) (France), Trésorière
- Pr. Carlo Iannello, Università di Napoli II (Italie), Directeur adjoint du LM-DP
- Pr. Stavroula Ktistaki, Université d'Athènes, Conseil d'État (Grèce)
- Maxime Meyer, Université Toulouse 1 Capitole (France), IMH, Secrétaire du LM-DP
- Mme Julia Schmitz, MCF Université Toulouse 1 Capitole (France), IMH, Directrice adjointe
- Pr. Mathieu Touzeil-Divina, Université Toulouse 1 Capitole, IMH (fondateur); Directeur du Laboratoire Méditerranéen de Droit Public.

Le LM-DP est ouvert à toute adhésion nouvelle de membres méditerranéens partageant ses objectifs. N'hésitez donc pas à nous contacter (contact@LM-DP.org).

« Sexisme pas notre genre » : l'égalité entre femme et homme, un combat pour l'Institut de droit des affaires internationales du Caire

Arnaud Casado

Maître de conférences à l'Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne

Directeur de l'Institut de droit des affaires internationales (IDAI) au Caire

Chahira Bacha

Assistante à la faculté de droit du Caire

Associate Lawyer, Al Tamimi and co.

À l'heure où certains rêvent de construire des murs entre les États, l'Université continue de bâtir des ponts entre les Hommes. L'institut de droit des affaires internationales (IDAI), filière délocalisée de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne en partenariat avec l'Université du Caire, s'évertue à former ses étudiants dans cet esprit de fraternité entre les peuples.

Situé au cœur de la faculté de droit de l'Université du Caire, l'institut offre à ses étudiants une formation universitaire juridique d'excellence. Grâce à la qualité de leur formation, de nombreux anciens étudiants de l'IDAI ont aujourd'hui rejoint les rangs du conseil d'État égyptien, de cabinets d'avocats internationaux ou de cabinets ministériels. Lors de la rentrée universitaire 2016, un nouveau cap a été franchi lorsque deux anciennes étudiantes ont été recrutées en tant qu'assistantes à la faculté de droit de l'Université du Caire. En tant que directeur de cette institution, nous sommes particulièrement fiers de cette réussite qui illustre une évolution des mentalités quant aux jeunes diplômées de l'institut. Il était important pour nous de leur donner la parole.

« Ce début de carrière réussi est le couronnement d'un long chemin qui viens de prendre fin. Bien qu'il soit réducteur de résumer ces cinq années d'études pleines de joies, de peines, d'épreuves personnelles, et de moments de

réconfort dans un article, j'essaierai de vous en faire part.

Commençons par revenir cinq années en arrière. En effet, le choix d'études de droit n'a pas été pas pour moi le fruit du hasard mais le produit d'une résolution mûrement réfléchie et précise. Malheureusement les bons étudiants sont toujours censés, en Égypte, poursuivre des études scientifiques, de médecine ou d'ingénieur, alors que les études juridiques sont prises à la légère. Pour moi ce sont les étudiants remarquables qui doivent s'orienter vers le Droit car seule cette discipline peut faire de notre Nation un vrai État de droit. Les magistrats, les avocats, les sénateurs bref les Hommes qui défendent les grandes valeurs humaines sortent d'ici. Espérant que cette formation soit revalorisée en Égypte tant sur le plan académique que sur le plan professionnel, j'ai décidé d'y poursuivre un parcours d'étude juridique.

Sans flatterie et loin d'être subjective, l'IDAI (Institut de Droit des Affaires Internationales), depuis 26 ans, a pris l'initiative de fournir aux jeunes étudiants égyptiens une formation de qualité en leur offrant un double cursus franco-égyptien. Son rôle n'a cessé de s'accroître puisque les anciens idaïstes ont connu des réussites partout chacun dans son domaine et j'espère que l'IDAI poursuivra son chemin et son objectif jusqu'au bout. Cependant, j'étais loin de

me douter que mes études m'apporteraient bien plus qu'un diplôme.

Diplômée avec une mention Bien de l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, j'ai choisi de faire un Master II délocalisé au Caire. Encore une fois ce choix n'a pas été le fruit du hasard. Étant féministe, combattante et persévérante par nature, j'ai décidé de marquer la différence. D'habitude, les majors de promotion à l'IDAI ont l'habitude de continuer leurs études notamment le Master II, en France. Mais étant consciente de la prospérité et de l'enseignement de qualité du Master II de l'IDAI, j'ai décidé de m'y inscrire et débiter en concomitance ma carrière professionnelle.

Être diplômée d'un double cursus franco-égyptien, trilingue et major de promotion m'a permis de percer dans le monde juridique en Égypte de manière très rapide. Aujourd'hui, à

23 ans, je suis titulaire d'un Master II en Droit Européen et International, je travaille comme collaboratrice dans le département de Résolution des litiges du Tamimi & Co. au Caire, j'ai été recrutée par l'Université du Caire pour le poste d'ATER en Droit de Procédures Civiles et Commerciales, et j'assure le cours d'Anglais juridique pour les Licence 1 à l'IDAI.

Ce chemin n'a pas été si facile d'autant que je suis une femme en Égypte. Un pays où existe toujours une discrimination entre femmes et hommes. Pourtant, le fait que je sois une femme non voilée, diplômée de la filière française et que je puisse malgré tout poursuivre une carrière académique à l'Université du Caire marque un succès et un progrès dans le combat de valorisation du rôle des femmes au sein de la société égyptienne ».

Grand Deux

Au tour du droit

Grand A

Droit sans frontières

L'office du juge

Petit un

L'office divin du juge p. 41

Petit deux

Réflexions sur l'office du juge
à l'époque contemporaine p. 48

Petit trois

De l'office du juge constitutionnel
Questions sur la retenue p. 55

Petit quatre

Retour sur l'office constitutionnel
de la Cour de justice p. 65

Petit cinq

L'office du juge
en procédure civile p. 78

Petit six

L'office du juge en conciliation
et médiation judiciaires :
à la (re)découverte
d'un office pluriel p. 85

Petit sept

L'office du juge dans le droit
nouveau des contrats p. 100

Petit huit

L'office du juge en droit
de la responsabilité civile p. 108

Petit neuf

L'office du juge dans le traitement
judiciaire des litiges
de droit du travail p. 114

Petit dix

L'office du juge en droit pénal p. 122

Petit onze

L'office du juge administratif p. 128

Petit douze

Le transfert de la justice pénale
aux autorités administratives
indépendantes : l'exemple de l'AMF
et de l'ACPR p. 136

Petit treize

L'office du juge en droit des OPA
et des abus de marché p. 140

Grand B

Perspectives

Droit pénal général

Petit un

Quelles perspectives
pour le droit pénal ? p. 155

Petit deux

L'élément matériel
de l'infraction : une théorie riche
en rebondissements... p. 163

Petit trois

Le droit pénal préventif
et l'anticipation de la répression p. 173

Petit quatre

L'avenir du droit pénal général p. 181

Petit un du Grand A :

L'office divin du juge

L'office divin du juge

Jean-Paul Andrieux

Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas
(Paris II)

Dès la plus haute Antiquité, l'office du juge apparaît clairement relever d'une nature divine. Les plus farouches détracteurs du système judiciaire souscrivent même à cette reconnaissance. Philocléon, vieux magistrat imaginé par Aristophane, se complaît dans son heureuse fonction et envisage son empire sans modestie : « N'est-elle pas grande, ma puissance, et en rien moindre que celle de Zeus, puisqu'on parle de moi tout comme de Zeus ? Ainsi, quand notre assemblée est tumultueuse, chacun des passants s'écrie : "Comme il tonne, le tribunal, ô Zeus souverain !" Et quand je fais éclater ma foudre, comme je les fais claquer des lèvres et tressaillir d'effroi, les riches et les plus huppés ! Toi-même, tu me crains fort, oui, par Dèmèter, tu me crains ; mais moi, que je meure, si je te crains »¹.

Si la perspicacité des auteurs grecs souligne précocement la puissance extraordinaire d'un office qui suscite la crainte, elle atteint cependant son expression la plus remarquable au ^{xvii}e siècle, en France, avec le jurisconsulte Jean Domat, le chancelier d'Aguesseau et le commissaire de police Nicolas de la Mare. En la matière, la plume de Domat sert d'inspiration et donne un élan décisif au portrait du magistrat : « Ce n'est pas assez, pour marquer la grandeur du Ministère des Juges, que de dire qu'ils sont des Dieux ; nous pouvons dire encore que ce nom leur est

donné par un privilège si singulier qu'il n'a été donné à aucune autre dignité. De sorte que cette singularité jointe à la grandeur de ce titre, marque clairement que la Divinité se communique davantage dans la qualité de Juge, que dans aucune autre [...]. Ainsi, lorsque Dieu communique aux hommes ce titre de Juge, Il leur communique ce qu'ils peuvent voir en Lui de plus élevé et de plus auguste ; et par conséquent il est véritable que la Divinité se communique davantage dans la qualité de Juge qu'en aucune autre, sans en excepter même le Sacerdoce. Car il y a cette différence bien remarquable entre la fonction de Prêtre et celle de Juge, que le propre du Prêtre est d'intercéder, et qu'ainsi la principale fonction du Sacerdoce enferme l'assujettissement et la dépendance, et ne peut se trouver que dans une nature sujette et inférieure ; au lieu qu'au contraire la fonction de Juge marque une nature supérieure »².

L'office du juge, établi dans une grandeur démesurée, pourrait sembler déconnecté de la réalité. Il n'en est rien. Cette perception s'inscrit sans grande contradiction dans la définition classique proposée par Charles Loyseau, en 1610, dans son premier *Livre du droit des offices*. Le jurisconsulte définit en effet l'office comme une « dignité ordinaire avec fonction publique » et ne le rend pas incompatible avec la grandeur

1. Aristophane, *Les Guêpes*.

2. J. Domat, *Harangue* [assises de 1660], *Œuvres complètes*, 1777, p. 251 b. Sur une analyse de ce discours singulier : M.-F. Renoux Zagamé, « La figure du juge chez Domat », in *Naissance du droit français*, 2, *Droits*, n° 39, 2004, p. 35-51.

divine. La permanence et la stabilité (ordinaire) permettant de distinguer l'office de la ferme ou de la commission qualifient aussi efficacement les qualités reconnues à Dieu.

Le juge incarne des vertus cardinales et, depuis le milieu du ^{xvi}^e siècle, sous l'impulsion du juriconsulte toulousain Jean de Coras, cinq particulières s'accordent à lui : l'âge, la prudence, l'expérience, l'érudition et l'intégrité. Toutes ces vertus, même celles qui semblent très prosaïquement attachées à des aptitudes strictement physiques (âge) ou purement professionnelles (expérience) s'inspirent, au fond, d'exigences éthiques³. La condition d'âge, par exemple, fixée à 25 ans, ne se rattache pas à l'exigence d'une capacité de raisonnement. Cette dernière se montre beaucoup plus précoce⁴. Les 25 années se justifient par la connaissance de l'injustice qu'il faut avoir éprouvée et connue soi-même : l'expérience et la souffrance commandent cet âge avancé. De même pour l'érudition. Dans la vulgate humaniste cette condition sert d'instrument de perfectionnement moral : le savoir appelle la vertu et le bon juge doit avoir un esprit encyclopédique. Cette explication reste bien insuffisante car l'érudition n'est pas seulement affaire de culture. Si la culture médicale, par exemple, certes, est indispensable pour statuer sur la paternité d'un enfant né au septième mois de mariage, une compétence théologique est également nécessaire. De toutes les lois à appliquer, la première est la loi divine. Les autres vertus de prudence, d'expérience et d'intégrité, identifient plus encore le juge avec Dieu dont il tient la place⁵.

Lieutenant de Dieu, le juge le représente, agit en son nom et pour cela officie en toute et complète indépendance⁶. « Ces dieux, que Dieu juge, sont les rois et les juges assemblés sous leur autorité, pour exercer leur justice. Il les appelle des dieux, à cause que le nom de Dieu, dans la

langue sainte, est un nom de juge; et qu'aussi l'autorité de juger est une participation de la justice souveraine de Dieu, dont il a revêtu les rois de la terre. Ce qui leur mérite principalement le nom de dieux, c'est l'indépendance avec laquelle ils doivent juger, sans distinction de personnes, et sans craindre le grand nom plus que le petit "parce que c'est le jugement du Seigneur", disait Moïse (*Deutéronome* I. 17), où l'on doit juger avec une indépendance semblable à celle de Dieu, sans craindre ni ménager personne »⁷.

L'indépendance divine, sûrement plus efficacement établie ici par Bossuet que par les assemblées constituantes à venir, donne toute latitude à la décision de justice. Dans cette extension seront retenues les extrémités qui marquent avec éloquence la démesure de l'office divin : décider de la mort (I) ou permettre la vie (II).

I. Officier pour la mort et arrêter

Pendant des siècles, la traduction la plus adéquate de la sixième parole du Décalogue fut : « Tu ne commettras point de meurtre »⁸. En effet, le commandement libellé : « Tu ne tueras point » ne pouvait convenir à la liberté du juge d'exercer son office dans sa complète plénitude. L'Église médiévale ne s'oppose pas à l'application de la peine de mort, parce que l'exercice de ce droit est celui de Dieu. Il se transmet au roi par le sacre puis aux juges par représentation ou délégation. Sur la base de cette autorisation déléguée, le juge peut infliger la peine de mort à certains criminels sans pour autant commettre le péché d'homicide. Dès le premier livre de *La Cité de Dieu*, saint Augustin écrit : « Dieu lui-même a fait quelques exceptions à la défense de tuer l'homme, tantôt par un commandement général, tantôt par un ordre temporaire et personnel. En pareil cas, celui qui tue ne fait que prêter son ministère à un ordre supérieur; il est comme un

3. J.-L. Thireau, « Le bon juge chez les juristes français du ^{xvi}^e siècle », in J.-M. Carbasse et L. Depambour-Tarride (dir.), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, PUF, 1999, p. 136.

4. Les rois de France, qui sont les premiers juges, sont majeurs à 14 ans. En 1270, Philippe le Hardi décide que son fils sera majeur à 14 ans.

5. Lorsque Merlin entreprend avec Henrien de Pansey, Treilhard et de Sèze un *Traité des offices* destiné à remplacer celui de Loyseau qui ne correspond plus aux structures sociales et politiques de la fin du ^{xviii}^e siècle, la nature divine de l'office du juge résiste encore. Les leçons les plus significatives de l'œuvre, qui trahissent une volonté de modernisation, portent sur le passage concernant la connaissance de la religion, parce qu'un des premiers devoirs de la justice est d'en protéger l'exercice, réprimer les voies de fait qui pourraient la troubler et s'opposer à ses mystères. Si l'idée de précaution répond à ce besoin et correspond à un devoir nouvellement défini pour la justice, cette actualisation de la définition marque bien toujours la persistance de préoccupations divines.

6. « De là vient l'établissement des Magistrats et c'est de la haute dignité de cette origine que dans l'Écriture, ils sont nommés des Dieux, et que le saint Esprit même a pris soin de nous instruire que quiconque résiste à leur autorité, résiste à Dieu même » (N. de la Mare, *Traité de la police*, 1705, I, XII, I).

7. J.-B. Bossuet, *Politique tirée des propres paroles de l'Écriture sainte*, 1709, VIII, I, 1.

8. *Exode*, XX, 13; *Deutéronome*, V, 17.

glaiive entre les mains de celui qui frappe, et par conséquent il ne faut pas croire que ceux-là aient violé le précepte : « Tu ne tueras point », qui ont entrepris des guerres par l'inspiration de Dieu, ou qui, revêtus du caractère de la puissance publique et obéissant aux lois de l'État, c'est-à-dire à des lois très-justes et très-raisonnables, ont puni de mort les malfaiteurs »⁹. Ces catégories de morts données licitement seront reprises et assimilées, au siècle des Lumières, par Jean-Jacques Rousseau qui considère que le criminel « fait la guerre » à la société¹⁰.

Au début du ^{xiii}^e siècle, les Vaudois, qui remettent en cause le principe même de la peine de mort trouvent devant eux le pape Innocent III qui leur fait signer en 1208, une formule d'abjuration claire en ce point : « Nous affirmons, touchant la puissance séculière, qu'elle peut sans péché mortel exercer le jugement du sang, pourvu qu'elle procède, en portant la sentence, non par haine mais par jugement ». Saint Thomas d'Aquin précise qu'il n'y a pas de faute contre le sixième commandement lorsque la justice humaine prononce selon les formes une peine capitale¹¹. Ce remède ultime, strictement réservé à la justice, ne doit s'exercer que lorsque le criminel représente un danger ou une menace pour la communauté tout entière. Il s'agit alors d'un acte de justice sociale en faveur du bien commun confié par Dieu au Prince, détenteur de l'autorité publique.

Au début du ^{xiv}^e siècle, le Parlement reflète la majesté du Prince et participe à sa magnificence. Ses arrêts se confondent avec sa parole au point que le Parlement n'a pas de volonté, ni d'expressions propres. Différents indices viennent appuyer cette identité de corps. Roi et Parlement constituent la même instance et les membres du Parlement, les magistrats officiers du roi, incarnent la personne royale¹². Le sceau authentifiant les

actes des différentes chambres du Parlement, intitulés au nom du roi, n'est autre que le sceau de majesté apposé par le chancelier. L'absence d'un sceau propre montre que le corps du Parlement ne se distingue pas juridiquement de celui du roi¹³. Justice du roi et justice du Parlement se confondent et cette confusion participe à la démesure des décisions rendues : les arrêts.

« Arrêts » désigne les jugements des cours souveraines, contre lesquels il n'est pas possible de se pourvoir par la voie d'appel. Ils ne sont pas néanmoins irrévocables, ou, pour mieux dire, leur effet ne s'en suit pas toujours absolument car on peut les faire réformer ou par la requête civile, ou par opposition, ou par voie de la cassation, selon les circonstances¹⁴. Ceci dit, il convient de réfléchir à ce terme pour qualifier de telles décisions.

La première explication étymologique rapproche « arrêt » du latin *stare*, signifiant : *arrêter, rendre une chose stable et fixe*. L'autorité des cours *arrête, finit*. Cette fonction est proprement divine car l'homme ne saurait régler si radicalement différends et contestations. Il n'est capable que de vengeance, dans un cercle sans fin. Cette logique est illustrée par le crime de la reine Clytemnestre qui, dans sa démesure, en provoque un autre. Dans la démonstration dramatique proposée par Eschyle, au début de *L'Orestie*, le sang appelle le sang : « L'outrage répond à l'outrage »¹⁵. À la fin d'*Agamemnon*, Clytemnestre mesure son acte, se rend compte et s'effraie de la folie sanglante qui l'a conduite à cet acte, non de justice (car elle n'aurait pas à en craindre les conséquences), mais de vengeance dont elle doit redouter les effets. Une lassitude la prend, elle aimerait retrouver la paix, loin des fureurs de ces mutuels homicides¹⁶. Trop tard. Le mécanisme mis en place se nourrit lui-même dans une logique sans fin. L'acte de vengeance

9. Augustin d'Hippone, *La Cité de Dieu*, I, XXI, « Des meurtres qui, par exception, n'impliquent point crime d'homicide ».

10. « Tout malfaiteur attaquant le droit social devient par ses forfaits rebelle et traître à la patrie, il cesse d'en être membre en violant ses lois et même il lui fait la guerre. Alors la conservation de l'État est incompatible avec la sienne, il faut qu'un des deux périsse, et quand on fait mourir le coupable, c'est moins comme citoyen que comme ennemi. Les procédures, le jugement, sont les preuves et la déclaration qu'il a rompu le traité social, et par conséquent qu'il n'est plus membre de l'État » (J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, 1762, II, V, « Du droit de vie et de mort »).

11. « La mise à mort d'un malfaiteur est permise en tant qu'elle est ordonnée à la sauvegarde de la société. C'est pourquoi elle appartient à celui-là seul qui pourvoit au bien commun de la société, de même que l'ablation d'un membre corrompu revient au médecin auquel on a confié la santé du corps tout entier. Or le soin du bien commun est confié aux princes qui détiennent l'autorité publique. C'est donc à eux seuls et non aux particuliers qu'il revient de mettre à mort les malfaiteurs » (Thomas d'Aquin, *Somme Théologique*, IIa IIae, q. 64, a. 3).

12. L. de Carbonnières, *La procédure devant la chambre criminelle du Parlement de Paris au ^{xiv}^e siècle*, Champions, 2004, p. 590.

13. J.-P. Andrieux, *Histoire de la jurisprudence, Les avatars du droit prétorien*, Vuibert, 2012, p. 118-119.

14. « Arrêt », in *Encyclopédie méthodique ou par ordre de matières*, Lerasle (dir.), 1782, t. I, p. 468.

15. Eschyle, *Orestie*, *Agamemnon*, v. 1560.

16. Eschyle, *Orestie*, *Agamemnon*, v. 1575.

appelle un autre crime, là où l'acte de justice aurait produit un arrêt.

D'autres explications cherchent l'origine d'« arrêt » dans les expressions du Moyen-Âge : *Arrestum*, *arrestare* qui signifiaient, suivant Ducange et les autres glossateurs : *saisir, prendre, détenir quelqu'un, saisie, détention, capture*. Ces décisions arrêtaient le cours de la procédure et posaient des bornes que la chicane ne pouvait plus passer. Dans cette acception, encore, la justice pose une fin et la nomme. Seule l'action divine peut servir de modèle et imposer cet arrêt, que l'homme, perdu dans la vengeance ou la vaine chicane, ne connaît pas.

Si le « jugement », de nature humaine, s'attache essentiellement aux tribunaux, l'« arrêt », d'une autre nature, désigne les décisions des cours souveraines¹⁷. Ces cours, jadis parlements, aujourd'hui cours d'appel, trahissent dans le nom de leurs décisions, cet héritage royal que le sacre rend divin. Au Moyen-Âge et sous l'Ancien Régime, le roi est réputé présent à tous les *arrêts* que rendent les cours supérieures. Ils sont, pour cette raison, expédiés sous son nom et exécutés comme des ordres émanés du souverain¹⁸. Le discours du greffier au pluriel de majesté entretient d'ailleurs la fiction nécessaire donnant à la cour toute légitimité d'agir au nom du roi.

L'article 6 du titre 27 de l'ordonnance d'avril 1667 prévoit que les arrêts s'exécutent dans toute l'étendue du royaume en vertu d'un *pareatis* du grand sceau sans qu'il soit besoin de demander aucune permission aux cours, ni aux juges. Si une cour refuse d'exécuter ces arrêts, ou en retarde l'exécution, le président et le rapporteur sont tenus solidairement des dommages et intérêts des parties et des condamnations portées par ces arrêts. L'arrêt, ici encore, se fait l'écho d'une parole qui s'étend aussi efficacement et radicalement que celle de Dieu sur toute la terre. Le lyrisme de Bossuet l'entend bien ainsi : « La puissance de Dieu se fait sentir en un instant de l'extrémité du monde à l'autre : la puissance royale agit en même temps dans tout

le royaume. Elle tient tout le royaume en état comme Dieu y tient tout le monde. Que Dieu retire sa main, le monde retombera dans le néant : que l'autorité cesse dans le royaume, tout sera en confusion. Considérez le prince dans son cabinet. De là partent les ordres qui font aller de concert les magistrats et les capitaines, les citoyens et les soldats, les provinces et les armées par mer et par terre. C'est l'image de Dieu, qui, assis dans son trône au plus haut des cieux, fait aller toute la nature »¹⁹. Nicolas de la Mare n'hésite pas à comprendre que le magistrat, par sa participation intime à la magnificence du Prince, jouit de ses mêmes privilèges²⁰. Dans la plus pure tradition monarchique, le chancelier d'Aguesseau soutient la thèse de droit divin selon laquelle, à la suite de l'apôtre Paul, tout autorité vient de Dieu : « Il n'y a point en effet de puissance qui ne vienne de Dieu. Les princes et les juges temporels n'en auraient aucune si elle ne leur était donnée d'en haut »²¹.

Si Dieu peut arrêter, il lui revient aussi de commencer, ou plus précisément, en matière d'office judiciaire, de créer.

II. Officier pour la vie et créer

Après la Révolution française de 1789, l'office du juge se trouve rétabli par Jean-Étienne-Marie Portalis dans son *Discours préliminaire au premier projet de Code civil* : « Quand une loi est obscure, l'office du juge est de l'étudier. Son office est encore de la suppléer, quand elle est insuffisante ou quand elle garde un silence absolu. Si vous refusez ce pouvoir au juge, tous les tribunaux sont frappés d'interdiction. Car on ne plaide jamais contre un texte précis de loi. Il n'y a litige que lorsqu'il y a un doute au moins apparent. Si les juges, lorsque la loi n'est pas claire et précise, peuvent dénier la justice, le désordre sera dans la société ; et quel moyen aurez-vous de vider les contestations des hommes ? Sollicitera-t-on une loi pour le cas particulier ? Mais les parties n'auraient point contracté

17. « Arrêt », in *Encyclopédie méthodique ou par ordre de matières*, op. cit., t. I, p. 467.

18. *Ibid.*

19. J.-B. Bossuet, *Politique tirée des propres paroles de l'Écriture sainte*, op. cit., V, IV, 1.

20. « Comme la puissance souveraine du Prince est un rayon et un éclat de la Toute Puissance de Dieu ; aussi la puissance des Magistrats est une émanation de la puissance absolue du Prince. De là vient que quiconque entreprend de faire acte de Magistrat, ou d'exercer en quelque façon que ce soit la puissance publique, entreprend sur la souveraineté et se rend coupable du crime de Lèse-majesté ». N. de la Mare, *Traité de la police*, op. cit., I, XIV.

21. H. F. d'Aguesseau, *Fragments divers sur l'Église et les deux puissances*, *Œuvres complètes de d'Aguesseau*, éditées par J.-M. Pardessus, 1819, t. XV, p. 158.

sous la foi de cette loi qui n'existait point encore ; elle ne pourra donc les juger. On tomberait dans tous les inconvénients de l'effet rétroactif. Cependant on ne peut laisser indéfinies les questions de propriété et autres questions semblables. Il faut donc que les tribunaux prononcent »²². Par le verbe « prononcer », le juge se trouve pourvu d'une puissance que les révolutionnaires n'ont pas, en dépit d'insistants efforts, réussi à effacer. La Révolution n'entame ni la superbe des juges, ni leur pouvoir de création qui concurrence véritablement celui du législateur²³. Portalis attribue un rôle scientifique essentiel à ces deux acteurs : « Il y a une science pour les législateurs comme il y en a une pour les magistrats ; et l'une ne ressemble pas à l'autre. La science du législateur consiste à trouver dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun : la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées ; d'étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue ; et de ne pas s'exposer au risque d'être, tour à tour esclave et rebelle, et de désobéir par esprit de servitude ». Par l'étude, la définition traditionnelle de l'office judiciaire se trouve enrichie et dépassée. La prise de conscience de ce dépassement vient en grande partie de la lucidité de Portalis qui met en parallèle, voire en concurrence, l'office du juge et celui du législateur. Il faut désormais considérer l'office du juge dans une continuité qui ne doit pas déconcerter. Cet office correspond bien à celui d'une création comme le constatait Henri Capitant en 1964 : « La jurisprudence est, en effet, bien qu'on l'ait contesté, une source de droit comme la loi elle-même, et cette source devient de plus en plus abondante à mesure que la loi vieillit. Sans sortir de leur rôle d'interprètes, cherchant dans les textes du code ou, à défaut, dans les principes généraux qui les dominent, les motifs

de leurs jugements, les tribunaux créent peu à peu un corps de droit, une doctrine qui complète, enrichit, amende l'œuvre législative. Sans cet apport constant, sans ce rajeunissement incessant, les lois vieilliraient et se dessécheraient. Elles n'échappent à la décrépitude que par cet afflux de sang nouveau, par cette végétation complémentaire que leur apporte cette adaptation quotidienne aux besoins du commerce juridique »²⁴.

Dans le débat sur la jurisprudence source, plus qu'autorité, le doyen Carbonnier avait tranché pour l'autorité²⁵. Cette conviction qu'il a défendue tout au long de sa carrière, et sans doute à la fin même à regrets, explique peut-être son étrange lecture de la justice du roi Salomon²⁶. Il n'est sans doute pas inutile de rappeler ici le texte des *Écritures* qui décrivent à merveille l'office du juge :

« Alors deux prostituées vinrent se présenter devant le roi. L'une dit : "Je t'en supplie mon seigneur, moi et cette femme nous habitons la même maison, et j'ai accouché alors qu'elle s'y trouvait. Or trois jours après mon accouchement, cette femme accoucha à son tour. Nous étions ensemble sans personne d'autre dans la maison ; il n'y avait que nous deux. Le fils de cette femme mourut une nuit parce qu'elle s'était couchée sur lui. Elle se leva au milieu de la nuit, prit mon fils qui était à côté de moi – ta servante dormait – et le coucha contre elle ; et son fils le mort, elle le coucha contre moi. Je me levai le matin pour allaiter mon fils, mais il était mort. Le jour venu, je le regardais attentivement, mais ce n'était pas mon fils, celui dont j'avais accouché." L'autre femme dit : "Non ! Mon fils, c'est le vivant, et ton fils, c'est le mort" ; mais la première continuait à dire : "Non ! Ton fils, c'est le mort, et mon fils, c'est le vivant." Ainsi parlaient-elles devant le roi. Le roi dit : "Celle-ci dit : Mon fils, c'est le vivant, et ton fils, c'est le mort ; et celle-là

22. P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 1836, t. VI, p. 269.

23. Nicolas de la Mare s'en faisait déjà l'écho de manière très explicite : « La Loi, sans le Magistrat est un corps sans âme, et qui ne sert de rien au gouvernement ; et le Magistrat homme de bien, sans Lois écrites, étant lui-même une Loi vivante, ne laisserait pas de gouverner et de rendre la Cité heureuse. C'est pourquoi, dans une excellente République, l'on s'applique d'avantage à former de bons magistrats, qu'à faire des lois ». N. de la Mare, *Traité de la police*, op. cit., I, XIV.

24. H. Capitant, « Préface de la première édition [1934] », in L. Julliot de la Morandière et A. Weill, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz-Sirey, 4^e éd., 1964, p. IX-X. Ce point de vue, peu d'années après, se trouve corroboré par Henri Batiffol : « Les discussions sur le point de savoir si la jurisprudence est source de droit ont beaucoup plus pour objet aujourd'hui le choix entre les raisons de répondre affirmativement que l'hésitation sur l'affirmative ». H. Batiffol, « Note sur les revirements de jurisprudence », *Archives de philosophie du droit*, t. 12, *Marx et le droit moderne*, 1967, p. 335.

25. « Je ne puis cacher, l'ayant écrit, que la jurisprudence m'a toujours semblé manquer des caractères inhérents à une source autonome du droit : ou elle est transparence de la loi, ou elle est fondation d'une coutume. Modeste pour elle, je l'ai parfois qualifiée de simple "autorité" » (J. Carbonnier, « Lettre », *RTD civ.* 1992, p. 342).

26. J. Carbonnier, « La justice de Salomon », in *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 9^e éd., 1998, p. 386-397.

dit : Non ! Ton fils, c'est le mort, et mon fils, c'est le vivant." Le roi dit : "Apportez-moi une épée." Et l'on apporta l'épée devant le roi. Et le roi dit : "Tranchez en deux l'enfant vivant et donnez en une moitié à l'une et une moitié à l'autre".

La femme dont le fils était le vivant dit au roi – car ses entrailles étaient émues au sujet de son fils : "Pardon, mon seigneur ! Donnez-lui le bébé vivant, mais ne le tuez pas." Tandis que l'autre disait : "Il ne sera ni à moi ni à toi ! Coupez !" Alors le roi prit la parole et dit : "Donnez à la première le bébé vivant, ne le tuez pas ; c'est elle qui est la mère." Tout Israël entendit parler de ce jugement qu'avait rendu le roi et l'on craignit le roi, car on avait vu qu'il y avait en lui une sagesse divine pour rendre la justice »²⁷.

Dans le récit des faits qui se déroulent au milieu et au plus profond de la nuit, aucun témoin n'assiste à la scène. La nuit, à la faveur de laquelle la femme qui a étouffé son enfant l'échange avec celui de sa voisine, est le moment où tout est confondu, où tout se confond. Les deux femmes se présentent d'ailleurs dans un rapport de fusion évident. Rien ne les sépare : toutes les deux vivent dans la même maison, sont prostituées, et accouchent d'un fils. Aucune des deux n'est qualifiée de mère. Non seulement les deux femmes apparaissent identiques, mais elles disent la même chose pour signifier des positions contraires. Il n'est pas incongru de rapprocher cette obscure confusion d'une sorte de chaos où tout se mélange et où les choses ne peuvent encore trouver de nom.

Pour résoudre cette confusion, pour répondre au rapport mimétique qui soude ces deux femmes, pour casser la symétrie des paroles qui se répondent, le roi doit trancher²⁸. Comme la parole de l'une équivaut à celle de l'autre sur la revendication du même objet, elles doivent obtenir la même chose. L'équité, ici mortellement mathématique, répond au droit strict et conduit au sacrifice d'une victime²⁹. En réaction à la décision de trancher l'enfant, l'inattendu se produit. L'une des femmes, pour défendre son enfant, y renonce. Mais au-delà de cette parole enfin singulière, au-delà des apparences qui offrent la

plus parfaite confusion, le juge perçoit l'émotion des entrailles de la mère. La décision de justice, divinement inspirée, tient compte de cet aveu intime. Le juge, comme Dieu, sonde les reins, les cœurs et en l'occurrence... les entrailles. En contredisant la logique qui conduit au sacrifice, en surmontant les rigidités de la tradition, en dépassant le rituel, Salomon montre la vraie justice. Mais au-delà de l'ordre : « Donnez à la première le bébé vivant », la justice de Salomon réside surtout dans l'ultime parole : « C'est elle qui est la mère »³⁰. C'est là que se réalise l'office du juge. L'œuvre, exprimée là, dans cette dernière phrase, dépasse le prétoire, transcende absolument la justice. Cette œuvre est d'une nature supérieure et divine. Et il convient ici rapprocher ce texte du récit de la Création.

Le livre de la Genèse s'ouvre sur ce récit. Or il est écrit que « lorsque Dieu commença la création du ciel et de la terre, la terre était déserte et vide »³¹. Déserte et vide mais présente. La « Création » ne produit, en réalité, rien de nouveau. La terre, les eaux, tout est déjà là. Simplement, à l'aube du premier jour, tout se trouve indifférencié dans le chaos. Dieu intervient pour séparer : la lumière des ténèbres (premier jour), les eaux inférieures au firmament d'avec les eaux supérieures (deuxième jour)... La création divine consiste donc moins en une production qu'en une séparation. Dieu opère une suite de séparations permettant d'isoler les choses pour les identifier. Dieu peut alors nommer – là se trouve la Création –, le jour : « jour », la nuit : « nuit », le ciel : « ciel ». Et Salomon, dans ce même élan, peut nommer la femme : « mère ».

En remplissant cet office, le juge renouvelle et actualise cette séquence de la Création³². Le monde est comparable à cette matière initiale, en formation, pleine d'obscurité et de confusions, que le juge doit distinguer, identifier, désigner pour nommer.

Le doyen Carbonnier a laissé, dans *Flexible droit*, une analyse très poussée de ce texte où il distingue les deux jugements : le jugement de façade et le jugement d'arrière-pensée... « Et l'on ne sait plus quel est le bon. Les intellectuels,

27. Livre des Rois I, 3, 16-28.

28. R. Draï, *Œil pour œil. Le mythe de la loi du talion*, Joseph Clims, 1986, p. 99.

29. *Ibid.*, p. 100.

30. *Ibid.*

31. Genèse, I, 1-2.

32. R. Draï, *Œil pour œil. Le mythe de la loi du talion*, op. cit., p. 276.

les raffinés, les psychologues n'ont voulu retenir que celui de derrière la tête, le stratagème réussi ; et s'ils glorifient le roi-juge, c'est d'avoir, comme saint Ambroise le disait, par le glaive de l'Esprit, pénétré le secret de deux consciences – ou, pour donner à la louange une touche de modernité, d'avoir si hardiment expérimenté sur la sensibilité d'une fille-mère. Il n'en est que plus remarquable que le folklore ait compris la scène très différemment, s'arrêtant à l'avant-dire-droit sans se soucier de ce qui devait suivre. Pour la tradition populaire, le jugement de Salomon, c'est le jugement qui, bêtement, coupe l'enfant par moitié pour que chaque mère en ait sa part, – non pas la justice ingénieuse, mais la justice ingénue »³³. Le doyen Carbonnier n'est pas tout à fait sincère quand il écrit qu'« on ne sait plus quel est le bon » car son opinion est faite. Et son choix peut étonner : « Combien plus pur est le premier jugement, le jugement naïf, rustique – celui qui replace Salomon dans toute sa gloire de lys candide. La légendaire équité salomonienne, elle est là : que chaque mère ait sa moitié d'enfant, que le glaive de la justice ne serve plus qu'à couper des poires en deux »³⁴.

Refuser la fin de la justice de Salomon, oublier la parole ultime – « Donnez à la première le bébé vivant, ne le tuez pas ; c'est elle qui est la mère »

– c'est indéniablement refuser la création de l'œuvre de justice et ne pas vouloir considérer l'office divin du juge. En effet, le second jugement – et lui seul – dévoile vraiment la nature de l'office du roi-juge par son temps et son espace.

Le temps, dans cette justice, n'existe pas. Les paroles des deux femmes et du juge se succèdent sans interruption. L'urgence et la précipitation des propos échangés donnent tout le prix à une sentence finale, qui, sans avoir profité de la moindre suspension de séance, du moindre délibéré, est néanmoins parfaite et instantanée. La justice de Salomon est sans délai et seule la justice divine peut tomber avec autant de fulgurance.

Dans l'espace, cette justice semble ouvrir la tradition d'une proximité où les deux prostituées semblent vraiment à la portée du roi-juge. Cette accessibilité leur permet d'ailleurs de dévoiler le secret de leurs relations privées. Mais cet espace de proximité, de presque intimité, s'ouvre à la fin du récit dans autre dimension : « Tout Israël entendit parler de ce jugement qu'avait rendu le roi » : Tout le pays semble saisi par la décision rendue. Exactement à l'image des arrêts qui s'exécutent dans toute l'étendue du royaume et qui peuvent, comme la puissance de Dieu, se faire sentir en un instant de l'extrémité du monde à l'autre.

33. J. Carbonnier, « La justice de Salomon », *op. cit.*, p. 392.

34. *Ibid.*, p. 394.

Petit deux du Grand A :

l'office du juge à l'époque contemporaine

Réflexions sur l'office du juge à l'époque contemporaine

Paul Martens

Président émérite de la Cour constitutionnelle de Belgique
et chargé de cours honoraire de l'Université Libre de Bruxelles
et de l'Université de Liège

Au cours d'une réunion estivale de juristes qui réfléchissaient sur l'avenir de la Cour de cassation, Guy Canivet fit la suggestion suivante : et si, quand elle a cassé, la Cour rouvrirait les débats et jugeait elle-même le fond du litige ?

Émise par un magistrat aussi éminent, la suggestion ne pouvait être tenue pour une plaisanterie. Elle ne pouvait davantage provenir d'une de ces innombrables trouvailles de la vulgate managériale qui, sans grand souci de la qualité de la justice, a déjà entrepris de nous infliger la raréfaction de la collégialité, l'indigence des motifs, dite motivation positive, l'« ubérisation » de la justice qui réaliserait le rêve d'une justice *low cost*¹ et, finalement, d'une cyberjustice qui pourrait d'ailleurs fournir les qualités qu'on attend d'une justice moderne : la sécurité, l'égalité et la prévisibilité puisque tout le monde serait jugé avec l'équanimité des machines et l'impartialité des algorithmes.

La proposition n'aurait toutefois pas pour seul effet de réaliser des économies de procédure :

c'est la qualité, l'utilité, la modernité du contrôle de cassation qui sont en cause. Car si la chambre qui envisage de casser sait qu'elle devra, ensuite, juger le fond, elle ne pourra s'empêcher de jeter, d'emblée, un regard sur celui-ci ; et celle qui projette de rejeter le pourvoi, le fera-t-elle aussi crânement si elle a vu qu'elle va valider un arrêt scélérat ?

Une jeune conseillère, souffrant du formalisme qu'impose parfois le contrôle de cassation, après quelques mois d'existence à la Cour, posa un jour cette question à un de ses aînés : comment vivre dans une juridiction qui ne me permet pas de sauver des « bonnes » décisions et qui m'interdit d'en casser de « mauvaises » ? L'aîné lui répondit : « C'est une question que je me suis posée toute ma vie ». La réforme proposée mettrait-elle fin à cette angoisse ?

Mais n'a-t-elle pas un côté sacrilège : en suprimant l'interdiction que, la loi en France², la Constitution en Belgique³, font à la Cour de cassation de connaître du fond des affaires, ne

1. S. Cassini, « Le désordre du droit "low cost" : Après les taxis ou les hôteliers, les professions juridiques se font aussi "ubériser" », *Le Monde*, 26 avr. 2016, Cahier éco, p. 2.

2. Art. L. 411-2 COJ. Le présent article a été rédigé avant que ne soit adoptée la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice, qui prévoit que dorénavant, la Haute juridiction, après avoir prononcé une cassation, peut « statuer au fond lorsque l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie » (art. L. 411-3 COJ), donnant ainsi corps, pour partie au moins, à l'idée lancée par le Président Canivet, rappelée en introduction de cette contribution.

3. Art. 147, al. 2.

va-t-elle pas briser une dichotomie qui semble inscrite au cœur même de l'office des juges ? Ne va-t-elle pas entraîner dans sa disgrâce d'autres dichotomies, censées rationaliser l'office du juge, mais dont on se demande aujourd'hui si elles ne l'auraient pas pétrifié ?

I. La distinction entre le fond et... ce qui n'est pas le fond

Est-elle « fondamentale » cette distinction entre ce que fait le juge du fond et ce que la Cour de cassation doit s'interdire de faire ?

Elle ne semble pas s'inscrire dans les développements infinis auxquels a donné lieu la notion de procès équitable, inscrite à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. On n'imagine pas qu'un plaideur aille, à Strasbourg, reprocher à la Cour de cassation de s'être abusivement immiscée dans le fond de son affaire, la tendance actuelle de la Cour européenne étant plutôt de considérer la technique de cassation comme relevant d'un « formalisme excessif »⁴. Et on voit mal la Cour européenne reprocher à la Cour de cassation d'avoir mélangé le fait et le droit, elle qui le fait à qui mieux-mieux.

Trouve-t-on des racines « substantielles » à la règle ?

Qu'il s'agisse de la justification déduite de l'affirmation selon laquelle la Cour juge un arrêt et non une affaire ; ou de la constatation que la Cour ne délivre pas de titre exécutoire ; ou de l'intimité du lien logique de la règle avec l'obligation de renvoi ; ou de la proclamation selon laquelle la Cour n'est pas un troisième degré de juridiction⁵ ; ou même de ce qu'elle n'exerce pas la « juridiction », mais est un agent du pouvoir législatif occupant une place « excentrique » dans l'organisation judiciaire⁶ : il est difficile de trouver dans ces justifications un « socle concep-

tuel » qui garantirait la pertinence de la règle et assurerait sa pérennité⁷.

N'est pas d'un plus grand secours une autre distinction : celle du droit et du fait. De nombreuses études, en ce compris des discours de procureurs généraux, ont concédé que la Cour ne peut se passer de connaître du fait, la limite de son pouvoir étant qu'elle n'a pas à le rechercher ou l'apprécier elle-même, sauf dans le cadre d'un contrôle marginal. En Belgique, un livre fondateur nous avait convaincus, en 1966 déjà, qu'il n'y a pas, pour le juriste, de fait « pur » : « le fait est premier, sans doute, mais ce fait, le magistrat ne saurait l'appréhender sans avoir déjà présente à l'esprit la règle qu'il se propose d'y appliquer »⁸. Le regard que nous portons sur le fait est déjà gros des significations juridiques qu'on s'apprête à lui trouver car la description du fait subit nécessairement l'attraction du concept dans lequel le juriste va l'enfermer.

S'il est permis de faire état d'un souvenir personnel, quand le soussigné entra au Conseil d'État de Belgique, en 1985, les aînés de la maison lui suggérèrent de rédiger d'abord, dans ses projets d'arrêt, la partie « En droit », et, ensuite, la partie « En fait », ce qui permet de « filtrer » les faits utiles à la démonstration juridique qui va suivre.

Les explications que l'on donne à la règle interdisant à la Cour de cassation de connaître du fond des affaires sont surtout d'ordre technique et on peut imaginer, sans blasphémer, qu'elle soit abandonnée, ce qui est le cas pour le Conseil d'État de France⁹, mais non pour celui de Belgique¹⁰. La règle relève de la méthodologie, voire de la culture, au même titre, en ce qui concerne la Cour de cassation, que l'*imperatoria brevis* ou l'élégance, la clarté ou la sobriété de ses arrêts¹¹ et on peut considérer qu'il ne convient pas, « à un moment où notre culture est directement menacée par la barbarie islamiste », d'abandonner « une des bases de notre civilisa-

4. Cour EDH, 5 nov. 2015, *Henrioud c/ France*, req. n° 21444/11 et la jurisprudence citée dans l'arrêt.

5. J.-F. van Drooghenbroeck, *Cassation et juridiction. Iura dicunt curia*, LGDJ-Bruylant, Bibl. de la faculté de droit et de criminologie de l'Université catholique de Louvain, 2004, p. 236-246.

6. F. Zenati, « La nature de la Cour de cassation », *BICC*, n° 575, 15 avr. 2003, p. 3-10.

7. J.-F. van Drooghenbroeck, *op. cit.*

8. F. Rigaux, *La nature du contrôle de la cour de cassation*, Bruylant, Bibl. de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 1966.

9. Art. L. 821-2 CJA.

10. Lois coordonnées sur le Conseil d'État, art. 14, § 2.

11. P. Malaurie, « Pour : la Cour de cassation, son élégance, sa clarté et sa sobriété. Contre : le *judge made law* à la manière européenne », *JCP G* 2016, p. 546.

tion »¹². Peut-être aussi, pour s'acquitter efficacement de la mission qui lui est confiée, faut-il que le juge de cassation puisse « échapper aux tourments et vicissitudes du fait »¹³.

Mais on peut, à l'inverse, vouloir se rapprocher des méthodes des cours européennes et adopter un style pédagogique concourant à la transparence et à l'intelligibilité de la décision¹⁴. Le laconisme des arrêts est un « indice structurel de souveraineté », l'autorité chargée d'interpréter la loi n'ayant pas à se justifier, pas plus que ne doit le faire le législateur lui-même¹⁵. Mais peut-on encore utiliser le langage de la souveraineté alors que nos cours ci-devant suprêmes doivent se conformer aux jurisprudences des cours européennes ? Si la Cour de cassation décide désormais, non d'être la « sentinelle de la loi »¹⁶, mais d'anticiper sur ce que dirait la Cour européenne en faisant la balance des intérêts en présence, la « brièveté legaliste » n'est plus de mise : pour apprécier la proportionnalité, la motivation doit « s'enrichir de considérations plus développées sur le contexte » et elle doit procéder à « une préparation des arrêts elle-même pluridisciplinaire »¹⁷. Et si la question relève de la culture, la richesse de celle-ci n'est-elle pas de s'ouvrir à d'autres cultures plutôt que de s'enfermer dans une tradition qui l'isole du reste du monde ?

Le pas suivant à franchir serait de dire que c'est dans l'accomplissement de sa mission traditionnelle, sans même que celle-ci dût être changée législativement, que la Cour de cassation peut s'évader de la règle. Ce pas n'a-t-il pas été franchi depuis que la Cour de cassation de France, sous l'impulsion de son Premier Président, a décidé de tenir le principe de proportionnalité pour une des normes dont elle assure le respect, cette proportionnalité – certains disent déjà ce proportionnalisme, avec une connotation péjorative – s'estimant assez forte pour évincer le respect même dû à la loi quand son application s'avère inopportune en l'espèce¹⁸ ?

Et on aborde une autre dichotomie : celle qui veut que les juridictions suprêmes, chargées de contrôler, non les faits mais les normes, ne jugent que dans l'abstrait, sans qu'elles s'abandonnent « aux délices de la concrétude »¹⁹.

II. La dichotomie abstrait/concret

Quand fut créée en Belgique, en 1983, une juridiction constitutionnelle, appelée à l'époque Cour d'arbitrage, devenue, en 2007, Cour constitutionnelle, elle a tenté de s'appliquer à elle-même l'interdiction de connaître du fond des affaires, estimant, au contentieux préjudiciel, ne pouvoir répondre qu'à des questions abstraites de compatibilité de normes législatives avec les normes constitutionnelles : le juge du fond restait maître des questions de fait et de fond, et c'est une question de droit pur qu'il posait à la Cour. C'était aussi affaire de *standing* : la Cour n'avait pas à mettre les doigts dans le cambouis des faits, elle qui se meut dans la catégorie non salissante des concepts.

Mais les juges du fond, plus proches de la trivialité des choses et des malheurs des gens, se déclarèrent frustrés de ne recevoir, en réponse à leurs angoisses constitutionnelles, que des consultations académiques. Utilisant une formule empruntée à la Cour constitutionnelle italienne, ils imaginèrent des questions demandant si la loi ne violait pas la Constitution « *en ce que* », cette locution conjonctive de subordination étant suivie de la situation concrète soumise au juge *a quo*. D'abord se manifesta une nette tendance, partagée par la plupart des cours constitutionnelles européennes, qui les conduisait à refuser ce mélange des genres. Mais la Commission et la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'avis et l'arrêt Ruiz-Mateos²⁰, allaient rompre avec cette position, observant que « les instances préjudicielles sont étroitement intriquées avec la procédure devant les juridictions ordinaires » et qu'elles sont « déter-

12. *Ibid.*

13. J.-F. van Drooghenbroeck, *op. cit.*, p. 84.

14. P. Deumier, « Une motivation plus explicite des décisions de la Cour de cassation », *JCP G* 2016, p. 324.

15. F. Zenati, « La nature de la Cour de cassation », *op. cit.*

16. F. Zenati-Castaing, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2016, p. 511.

17. B. Louvel, « Réflexions à la Cour de cassation », *D.* 2015, p. 1326 (<http://www.dalloz-actualite.fr/chronique/reflexions-cour-de-cassation#.WHzhZxE36UJ>).

18. A. Bénabent, « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », *D.* 2016, p. 137.

19. F. Zenati-Castaing, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *op. cit.*

20. Cour EDH, 23 juin 1993, *Ruiz-Mateos c/ Espagne*, req. n° 12952/87.

minantes pour les décisions au principal », une dissociation des deux phases versant « dans l'artifice juridique ». La Cour constitutionnelle de Belgique imagina un compromis : elle exerce un contrôle abstrait de la norme sur laquelle elle est interrogée, mais quand son application *in casu* la révolte, après avoir dit que cette norme ne viole pas la Constitution, elle ajoute : « sauf en ce qu'elle est appliquée dans l'hypothèse décrite en B... », c'est-à-dire dans l'hypothèse soumise au juge *a quo* et que celui-ci a astucieusement insérée dans sa question²¹.

C'est ce qu'a fait la Cour de cassation française dans son célèbre arrêt du 4 décembre 2013²² : sans remettre en cause le principe de la prohibition du mariage de l'article 161 du Code civil, elle a écarté son application au cas d'espèce parce qu'elle constituait *in concreto* une ingérence injustifiée dans le droit au respect de la vie privée et familiale. C'est ce qu'avait fait la Cour constitutionnelle de Belgique à propos de la même norme, par son arrêt 157/2006 où, après avoir célébré les mérites anthropologiques de la prohibition de l'inceste, elle jugea la règle disproportionnée quand elle interdit « de manière absolue le mariage entre un beau-parent et un bel-enfant après le décès du conjoint qui a créé l'alliance ». La Cour n'avait pu s'empêcher de regarder les faits : le beau-père et la belle-fille s'aimaient. Par le truchement de la proportionnalité et de la vie privée, c'est le droit à l'amour qui faisait son entrée parmi les normes supra-législatives.

L'avènement de la proportionnalité ne se fait cependant pas sans heurt. Ainsi, dans nos deux pays, les deux juridictions suprêmes s'opposent, mais en sens inverse : en France, c'est la Cour de cassation qui tempère la rigueur du droit de propriété par une approche « proportionnelle », tandis que le Conseil constitutionnel refuse de soumettre ce même droit au test de proportionnalité²³. En Belgique, c'est, au contraire, la Cour constitutionnelle qui fait un usage immodéré de la proportionnalité tandis que la Cour de cassa-

tion vient de rappeler, par exemple, que lorsque le juge du fond a constaté l'existence d'un motif grave, il ne peut apprécier s'il y a une disproportion entre la faute et la rupture du contrat de travail²⁴. Faut-il voir, dans ces errements jurisprudentiels, la volonté des juges, tantôt de défendre leur territoire contre des envahisseurs abusifs, tantôt, au contraire, de l'élargir pour conquérir de nouvelles parts dans le marché juridictionnel²⁵ ?

La controverse, en France, est vive. Assistet-on à une évolution heureuse de la fonction de juger ou à une désagrégation de l'État de droit puisque tout, désormais, devient plaidable²⁶ ?

Il est vrai qu'appliquer à chacun la loi dans toute sa rigueur, sans se laisser émouvoir par les ratés de son application, est un facteur de sécurité, de prévisibilité et d'égalité. À ces valeurs, qui consacrent le droit de chacun d'être également (mal)traité par la loi, on peut préférer celle qui invite les juges à réduire le nombre des sinistres de la légalité. Et cette préoccupation n'est pas propre aux juges de l'ordre judiciaire : une autre dichotomie, dans un autre contentieux, a été ébranlée.

III. Légalité contre opportunité

Le contentieux administratif avait lui aussi érigé des tabous destinés à nous préserver des caprices des juges : ceux-ci pouvaient contrôler la légalité des actes administratifs mais en s'interdisant de toucher au pouvoir discrétionnaire de l'administration. Et puis on vit apparaître quelques sursauts d'indignation chez les juges. En Belgique, à une époque où n'existait pas encore de Conseil d'État, c'est la « triste et édifiante histoire d'Apolline Meeus »²⁷ qui réveilla, provisoirement et vainement, les consciences. Cette servante qui travaillait dans un cabaret, mais dont tous les témoignages recueillis certifiaient qu'elle était néanmoins vertueuse, avait été inscrite dans le « registre des filles publiques » de la Ville de Liège. L'affaire alla jusque devant la Cour de cas-

21. Pour des applications de cette méthode, voir P. Martens, « Le contrôle préjudiciel de constitutionnalité est-il un art abstrait ? », in *Liber amicorum Robert Andersen*, Bruylant, 2009, p. 423-450.

22. Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26066, *Bull. civ. I*, n° 234.

23. J.-P. Chazal, « Raisonement juridique : entre évolution pragmatique et (im)posture dogmatique », *D.* 2016, p. 121.

24. Cass. belge, 6 juin 2016, n° S.15.0067.F.

25. F. Chénédé, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.* 2016, p. 805.

26. A. Bénabent, « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », *op. cit.*

27. V. M. Leroy, *Contentieux administratif*, 4^e éd., Bruylant, 2008, p. 21, qui raconte cette histoire en prologue à son traité.

sation, dont le Procureur général soutint vainement qu'il refusait de « livrer la femme à l'arbitraire de l'administration ». À deux reprises²⁸, la Cour cassa les décisions qui avaient condamné l'administration, faisant valoir que « la séparation des pouvoirs s'oppose à ce que les tribunaux connaissent des actes d'administration pour arrêter ou paralyser les effets desdits actes ».

Quand, en 1945, la Belgique créa un Conseil d'État, inspiré du Conseil d'État de France, il reprit la différence fondamentale entre légalité et opportunité, ce qui lui eût permis d'éconduire celles et ceux qui, comme Appoline Meeus, contestaient l'exercice, fût-il erroné, voire odieux, que faisait l'administration de son pouvoir d'appréciation. Jusqu'au jour où les juges administratifs entreprirent de contrôler cet exercice, ce qu'ils s'autorisèrent à faire grâce à une trouvaille rhétorique : le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. C'est la même année, en 1973, que les Conseils d'État des deux pays décidèrent de s'affranchir de la révérence due aux choix de l'administration²⁹, même si ce mouvement s'observait depuis quelques années. On vit apparaître diverses contorsions sémantiques justifiant l'incursion des juges dans les appréciations administratives : inopportunités évidentes, choix manifestement déraisonnable ou manifestement erroné. Or où trouver l'instrument de mesure de cette norme destructive, si ce n'est dans l'intolérance à l'injuste que le positivisme s'était efforcé d'endormir dans la conscience des juges ? On se situe moins dans l'office syllogistique de la judicature que dans ce qu'un obscur auteur a appelé un jour la « *libido judicandi* »³⁰. Et c'est ce mouvement qui culmine dans l'avènement de la proportionnalité³¹.

IV. Le juste contre le juridique

Cet effacement de toutes les frontières qu'on avait érigées dans le champ de manœuvres du

juge pour contenir les élans de son cœur, exprime une révolte du juste que le positivisme avait rétréci dans les catégories du juridique.

Il y a, dans l'office du juge, lorsqu'il se sent à l'étroit dans le carcan de la légalité, un moment de rébellion qu'il était, jusqu'ici, tenu de faire taire.

Le cartésianisme juridique nous avait enjoint de préférer la rigueur aveugle de la loi aux sollicitations vulgaires de la justice, de même qu'en philosophie, le « moment cartésien » nous avait convaincus de préférer l'aridité de la connaissance à la chaleur de la sagesse³². On n'imaginait pas que le droit pût être irrigué par la bonté et chaque fois qu'il le faisait, on ressortait – et on ressort encore – l'épouvantail du juge Magnaud.

Pourtant, c'est une tentation qui habite l'esprit des juges. Ils ne sauront jamais si leur office relève de la passion ou de la raison. S'ils ont sagement donné la préférence à celle-ci, en s'obligeant à n'être que la bouche de la loi, il survient un moment d'indignation où la passion de la justice se réveille.

Il y a un arrêt de la Cour de Strasbourg, qui n'est pas le plus célèbre, ni le meilleur. Mais on y trouve cette phrase où, pour justifier une intrusion du juge européen dans un domaine radicalement étranger à ses compétences – celui des dispositions testamentaires – la Cour écrit que, devant une interprétation discriminatoire, elle « ne saurait rester inerte »³³. C'est ce refus de l'inertie qui explique que des juges se soient jetés avec avidité sur cette proportionnalité qui leur permet de traquer l'injustice, quitte à créer le désordre³⁴. Procéduralement, aux juges qui croiraient pouvoir rester « inertes », l'injonction leur a été donnée de s'activer : la Cour de cassation de Belgique a jugé que le juge a « l'obligation, en respectant les droits de la défense, de relever d'office les moyens de droit dont l'application est commandée par les faits spécialement invoqués

28. Cass. belge, 14 mai 1866, *Pas.*, I, 292 et Cass. belge, 24 oct. 1866, *Pas.*, I, 11.

29. Pour la France, CE Ass., 2 nov. 1973, *SA Librairie François Maspero, Les grands arrêts administratifs*, p. 659 ; pour la Belgique, P. Lewalle et L. Donnay, *Contentieux administratif*, 3^e éd., Larcier, Coll. de la Faculté de droit de l'Université de Liège, 2008, n° 611 et l'ouvrage fondamental de D. Lagasse : *L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif, Essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration*, Bruylant, 1986.

30. P. Martens, « Sur la *libido judicandi* », in *Liber amicorum Em. E. Krings*, Story Scientia, 1991, p. 703.

31. On y reviendra.

32. V. M. Foucault, *L'herméneutique du sujet*, Gallimard/Seuil, 2001, p. 19.

33. Cour EDH, 13 juil. 2004, *Pla et Puncernau c/ Andorre*, req. n° 69498/01.

34. « Je suis ainsi fait, j'aime mieux commettre une injustice qu'un désordre », a dit Goethe, mais cette « injustice » est celle qui l'a amené à s'opposer au lynchage d'un innocent, ce qui donne à sa phrase une signification inverse de celle qu'elle semble avoir.

par les parties au soutien de leurs prétentions »³⁵, faisant voler en éclats une autre dichotomie entre les moyens, selon qu'ils sont ou non d'ordre public³⁶.

V. Dogmatique contre casuistique

En favorisant les jugements d'équité, en enlevant au droit sa prévisibilité, en permettant au juge de s'octroyer la primauté sur le législateur³⁷, en admettant que la Cour de cassation elle-même fasse prévaloir le principe de proportionnalité sur le principe de légalité, ou en considérant que le contrôle de proportionnalité est un contrôle de légalité, puisqu'il est imposé par le droit international³⁸, et en admettant que la Cour de cassation puisse l'exercer même d'office³⁹, n'introduit-on pas dans l'office du juge une méthode qu'on croyait à jamais condamnée : la casuistique ?

Mais ne s'agit-il pas ici aussi d'un tabou qui a pour lui la force de l'habitude plus que celle de la raison ?

Un jeune chercheur belge, qui est aussi juge, nous a rappelé récemment que la casuistique et l'équité ont été au cœur de la démarche juridique, depuis Aristote, qui distinguait, au sein de la partie rationnelle de l'âme, une partie scientifique et une partie délibérante. C'est dans celle-ci qu'il situait le droit parce que « sur certains points, il n'est pas possible de s'exprimer correctement en termes généraux »⁴⁰.

L'âge classique nous amena à rêver « d'un droit achevé, certain, rationnel » ; à l'âge révolutionnaire, Cambacérès déclara que « dans l'ordre civil, comme dans l'ordre politique, l'incertitude est un fléau ». L'auteur se demande toutefois si l'« indétermination du droit ne lui est pas consubstantielle »⁴¹ et on ajoutera qu'elle est inévitable aujourd'hui où les valeurs sont-elles mêmes incertaines, ou, à tout le moins plurielles. Comment attendre du droit qu'il donne des réponses univoques à des questions qui divisent la société ? Quant à la justice, puisqu'il s'agit,

non plus de graver dans le marbre des décisions qui expriment à jamais ce que le droit veut dire, mais de combler les silences de la loi, d'en concilier les sources devenues multiples, et de se soucier de ceux qu'elle a oubliés, on perd nécessairement en sécurité et en prévisibilité ce que l'on gagne en équité.

La dévaluation des magistères traditionnels amène le citoyen à s'adresser pour tout au juge, comme si lui seul était encore capable d'apporter des certitudes dans un monde divisé. Il ressort du prétoire majoritairement déçu si l'on en croit les sondages. Eh bien, tant mieux : cela devrait le persuader de ne pas tout « justicialiser » et de retrouver le chemin de ce que Carbonnier appelait « les régulations amicales » : la conciliation, la médiation, le recours à la justice devenant l'ultime remède quand les autres formes de résolution des conflits ont échoué. Et l'exhortation que font certains juges eux-mêmes à recourir à ces modes alternatifs nous paraît plus utile que le souci de pérenniser des formules aptes à garantir un droit certain qui ne correspond plus aux incertitudes de l'époque.

VI. Unité contre cohérence

Faut-il pour autant tolérer l'anarchie des décisions ? Peut-on renoncer à cette « unité » de jurisprudence qu'assurait la Cour de cassation d'hier ?

Si la notion d'unité de jurisprudence, dictée par une juridiction unique, qui juge abstraitement en usant d'une rhétorique lapidaire, est menacée de disparition, il y a une autre valeur qui peut la relayer : la cohérence du droit. Et cet objectif pourrait être un remède à l'insécurité juridique.

On a beaucoup disserté sur les dégâts causés à la sécurité juridique par l'inflation des lois et le dévoiement de leurs fonctions premières. Or la dégradation de la norme, qui accroît le pouvoir créateur des juges, ajoute à l'incertitude des textes la versatilité de leurs interprétations. La juris-

35. Cass. Belge, 14 avr. 2005, *J.T.*, 2005, p. 659. La Cour de cassation française semble sur ce point plus réservée : Ass. plén., 21 déc. 2007, *Gaz. Pal.* 2008, n° 19, p. 2, concl. de Gouttes.

36. V. J.-F. van Drooghenbroeck, « Dilution de la spécificité de l'ordre public au regard de l'activisme du juge moderne », in G. de Leval (dir.), *Actualités en droit judiciaire*, Larcier, CUP, 2006, p. 229.

37. F. Chénédé, *op. cit.*, p. 801 ; A. Bénabent, *op. cit.*

38. B. Louvel, « Réflexions à la Cour de cassation », *op. cit.*

39. C'était le cas dans l'arrêt « fondateur », déjà cité, du 4 décembre 2013.

40. J. van Meerbeeck, « Penser par cas... et par principes ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2014, p. 77-98.

41. Et il cite Thomas d'Aquin, Montaigne et Portalis.

prudence de Strasbourg commence à se préoccuper de ce péril d'incohérence, non seulement dans sa propre jurisprudence mais aussi dans celle des juridictions internes⁴². Ne doit-on pas attendre, aujourd'hui, d'une « autorité délibérative » plutôt que d'une « autorité statutaire », le remède au fléau des jurisprudences disparates⁴³ ? On assiste progressivement à la disparition des sièges collégiaux, ce qui risque d'accroître encore les divergences de jurisprudence. Mais nous disposons de moyens techniques permettant de briser la solitude du juge, d'organiser le partage des connaissances et l'échange des opinions, et de retrouver, dans un autre espace que celui du siège, les bienfaits de la collégialité. C'est une des solutions préconisées, en France par un rapport célèbre qui souligne que la sécurité juridique relève aujourd'hui davantage de la responsabilité de la jurisprudence que de celle du législateur⁴⁴.

Est-ce que cette organisation de délibérés élargis ne porte pas atteinte à la règle qui veut que seuls les juges qui ont siégé dans une affaire délibèrent sur celle-ci ? C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation de Belgique, admettant que soient condamnés pour violation du secret professionnel des juges qui avaient sollicité le conseil de collègues étrangers au siège⁴⁵. Nous avouons préférer la position de la Cour suprême du Canada, qui, amenée à juger la pratique d'une juridiction administrative qui organisait « des réunions plénières en cours de délibéré », ne l'a pas condamnée, faisant prévaloir l'exigence de « cohérence » sur le principe d'« autonomie décisionnelle »⁴⁶.

Conclusion

Doit-on s'effrayer de voir s'effondrer les haies qu'on avait élevées pour protéger les jardins à la française de nos raisonnements juridiques et leur éviter le désordre des parcs à l'anglaise⁴⁷ ?

Peut-être devons-nous désobéir aux conseils de notre maître à tous en matière de style de jugements⁴⁸, qui recommandait la « chasteté » du style judiciaire, la « morale de la parcimonie » et nous mettait en garde contre « les amplifications oratoires », les « propositions parasites », les « digressions inutiles », le « style des dissertations », soit des vices qu'il attribuerait probablement, aujourd'hui, au style strasbourgeois.

Mais c'est bien plus que notre style qu'il faudra revoir. Si on admet que la légalité suprême gît dans la proportionnalité, notre hypothèse de départ paraît timide : il ne faut plus séparer en deux étapes le contrôle de légalité et le contrôle du fond des affaires : il faut les fondre. On assisterait à la « juridictionnalisation » de la Cour de cassation qui, « par une espèce d'auto-maïeutique », se métamorphoserait par sa propre volonté, en une « Cour européenne en réduction »⁴⁹. Est-ce une dénaturation du contrôle de la Cour de cassation ou une adaptation de son office aux réalités actuelles ?

Mais on dépasse largement notre sujet – et nos compétences – notre intention n'étant, pour un juge à la retraite, qui a siégé un peu partout, sauf à la Cour de cassation, que de réfléchir sur l'office de ses collègues d'aujourd'hui, qu'il regarde avec un œil envieux puisqu'il les voit progressivement libérés de ces dichotomies qui avaient, certes, de grandes vertus méthodologiques, mais aussi des vices qui nous mettaient parfois en délicatesse avec – n'ayons pas peur des mots – l'idéal de justice.

42. Cour EDH (Gr. Ch.), 20 oct. 2011, *Perihan Şahin c/ Turquie*, req n° 13279/05.

43. C. Jamin, « Contrôle de proportionnalité. Juger et motiver. Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux », Conférence donnée le 30 mars 2015 (https://www.courdecassation.fr/cour_cassation_1/reforme_cour_7109/contr_proportionnalite_7858/juger_motiver_31563.html), *RTD civ.* 2015, p. 263.

44. *La prudence et l'autorité, L'office du Juge au xx^e siècle*, rapport de la mission de réflexion confiée à l'I.H.E.J. par Madame Christiane Taubira, garde des Sceaux, mai 2013.

45. Cass. belge, 13 mars 2012, *J.T.*, 2013, p. 816.

46. Cour suprême du Canada, 15 mars 1990, *SITBA c/ Consolidated-Bathurst, RCS* 1990, 1, 282. Voir les références mentionnées dans P. Martens, « Solitude du juge et cohérence du droit », *J.T.* 2013, p. 805-810, notamment L. Nadeau, « La qualité et la cohérence décisionnelles » (http://www.clp.tat.gouv.qc.ca/fileadmin/user_upload/Documents/Decisions/Coherece_decisionnelle/Coherece_decisionnelle.pdf) ; S. Comtois, « Le contrôle de la cohérence décisionnelle au sein des tribunaux administratifs », *RDUS.* 1990, 21, p. 77-95.

47. Comparaison empruntée à H. Croze, cité par P. Malaurie, *op. cit.*

48. P. Mimin, *Le style des jugements*, 4^e éd., Librairies techniques, 1978.

49. F. Zenati-Castaing, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *op. cit.*

Petit trois du Grand A :

l'office du juge constitutionnel

De l'office du juge constitutionnel Questions sur la retenue

Guy Canivet

Premier président honoraire de la Cour de cassation
Ancien membre du Conseil constitutionnel

Introduction

1. En instituant pour la première fois en 1958 un organe chargé de se prononcer sur la conformité de la loi à la Constitution, le peuple français a-t-il entendu charger celui-ci de faire évoluer ou de compléter la loi fondatrice de la nouvelle République ? A cette question, il est souvent répondu que, dans l'organisation des pouvoirs voulue par les créateurs de la V^e République, le Conseil n'aurait eu pour mission que de faire respecter par le Parlement la répartition des compétences entre la loi et le règlement nouvellement fixée par les articles 34 et 37 de la Constitution¹. À lire ses premières décisions, on constate toutefois que, dès l'origine, le Conseil n'a pas limité son pouvoir au seul respect de la procédure parlementaire, même si, au début de son existence, il n'a que rarement fait application des règles constitutionnelles de fond, au demeurant peu nombreuses dans le corps même de la Constitution². Comme on le sait, ce n'est qu'à partir de 1970, et surtout

de 1971, qu'en comprenant le Préambule dans les textes à valeur constitutionnelle, il a enrichi le bloc de constitutionnalité de l'ensemble des droits et libertés contenus dans la Déclaration de 1789, le Préambule de la Constitution de 1946 et résultant de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Ainsi, principalement par la décision dite « liberté d'association » du 16 juillet 1971³, il s'est conféré le pouvoir d'intégrer, dans les normes à partir desquelles il exerce le contrôle de constitutionnalité, des déclarations, proclamations et affirmations rédigées en des termes impropres à un effet direct et de les interpréter en déterminant leur contenu pour en faire une application positive⁴. Il s'est ainsi attribué une puissance normative considérable (I).

2. Si cette initiative n'est pas passée inaperçue, elle n'a pas provoqué de franches réactions d'opposition de la part du législateur. Bien au contraire, les évolutions ultérieures, en particulier la loi constitutionnelle de 2008⁵, ont consacré et

1. J.-L. Debré, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 23, février 2008 ; « Discours à l'occasion du 55^e anniversaire de la Constitution », 3 octobre 2013 ; « Contrôle de constitutionnalité : entre tradition et modernité », discours prononcé lors du Colloque « Séparation des Pouvoirs et justice constitutionnelle » le 6 mai 2014.

2. *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 17^e éd., Dalloz, 2013, p. 331.

3. Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association.

4. *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., loc. cit.

5. Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République.

complété ce nouveau pouvoir. L'examen des décisions rendues par le Conseil depuis 1971 montre toutefois qu'il exerce son autorité normative en affectant un usage retenu, semblant considérer que la faculté d'édicter, d'actualiser et d'interpréter des normes constitutionnelles ne serait institutionnellement ou socialement admissible que si elle n'est utilisée qu'avec une extrême prudence. Certaines décisions récentes interrogent cependant la réalité de cette discipline jurisprudentielle de modération (II).

I. Un pouvoir normatif potentiellement considérable...

3. Lorsqu'il a rendu la décision du 16 juillet 1971⁶ déclarant l'article 3 de la loi complétant les dispositions de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association contraire au préambule de la Constitution, le Conseil, en érigeant la liberté d'association en principe fondamental reconnu par les lois de la République à valeur constitutionnelle, a-t-il délibérément remis en cause les équilibres institutionnels ? Rien ne le laisse paraître. Ni la décision elle-même ou celle du 19 juin 1970⁷ qui vise pour la première fois le Préambule de la Constitution, ni le compte rendu des deux délibérés, ne révèlent la volonté d'une subversion raisonnée du contrôle de constitutionnalité⁸. Le Conseil ne justifie ni pourquoi ce Préambule est soudain compris dans les normes constitutionnelles auxquelles la loi doit se conformer, ni les règles d'interprétation et le mode d'application des principes et obligations contenues dans la Déclaration de 1789 et le Préambule de 1946 auxquels « le Peuple français proclame solennellement son attachement » et moins encore le mode de révélation des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République « réaffirmés » par le Préambule de la Constitution de 1946.

4. Cependant, certains auteurs, comme le Professeur Rivéro⁹, ont aussitôt compris l'*aggiornamento* que représente un tel changement dans la nature du contentieux constitutionnel, ce qu'ont bientôt confirmé les décisions ultérieures du Conseil. À partir de là, en effet, le juge constitutionnel a créé une jurisprudence précisant le sens et la portée des articles de la Déclaration de 1789¹⁰. Par ses décisions successives il a, entre autres, défini les diverses applications du principe d'égalité prévu par les articles 1^{er}, 6 et 13. La technique est assez simple. S'agissant, par exemple, du principe d'égalité devant la loi, il cite la partie pertinente de l'article 6 : la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège soit qu'elle punisse » ; dont il fait découler une règle secondaire qu'il énonce en termes abstraits : « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ». Il y ajoute dans certains cas que « si, en règle générale, le principe d'égalité impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes ». C'est de la norme ainsi créée par interprétation libre du texte de la Déclaration de 1789 dont il fait application à chaque cas d'espèce¹¹. Il s'agit bien de la création d'une norme, puisque, du même texte primaire de la Déclaration, le Conseil aurait pu puiser une règle secondaire différente, en énonçant, par exemple, comme le font d'autres cours à partir du même principe fondamental d'égalité, que des personnes situées dans une situation différente doivent être traitées différemment¹². Le Conseil applique le même procédé d'interprétation pour les autres articles de

6. Décision n° 71-44 DC préc.

7. Décision n° 70-39 DC du 19 juin 1970, Traité signé à Luxembourg le 22 avril 1970.

8. S. D. Bertrand Matthieu et a., *Les grandes délibérations du Conseil Constitutionnel, 1958-1983*, Dalloz, 2009, p. 199 et 207.

9. J. Rivero, « Fin d'un absolutisme », *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n° 13, 13, p. 5-16 ; J. Rivero, *AJDA* 1971, p. 537.

10. J. Rivero, « Fin de l'absolutisme », *op. cit.*

11. F. Melin-Soucramanien, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29, octobre 2010.

12. J.-M. Sauvé, « Principe d'égalité et droit de la non-discrimination » (<http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Principe-d-egalite-et-droit-de-la-non-discrimination>) ; R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, LGDJ, Paris, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 232, 2003.

la Déclaration : il a ainsi défini les diverses modalités du principe de liberté tirées des articles 2 et 4, les principes gouvernant les peines, de l'article 8, la présomption d'innocence, de l'article 9, la garantie des droits, la séparation des pouvoirs et les garanties processuelles, de l'article 16.

5. De la même manière, il a donné un contenu aux droits politiques, économiques et sociaux proclamés comme « particulièrement nécessaires à notre temps » par le préambule de la Constitution de 1946, tels que la dignité de la personne humaine résultant de l'alinéa 1^{er}, l'égalité des sexes, de l'alinéa 3, le droit d'asile, de l'alinéa 4, le droit à l'emploi, de l'alinéa 5, la liberté syndicale, de l'alinéa 6, le droit de grève, de l'alinéa 7, le principe de participation des travailleurs, de l'alinéa 8, les conditions nécessaires au développement de l'individu et de la famille, de l'alinéa 10, le droit à des moyens convenables d'existence, la protection de la santé et de la sécurité sociale, de l'alinéa 11¹³. Puis, à partir de 2008, il a fait de même à partir des divers articles de la Charte de l'environnement « adossée » à la Constitution. Une illustration caractéristique de ce mécanisme créateur est la reconnaissance d'un droit au logement¹⁴, défini comme la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent et constitutif d'un objectif de valeur constitutionnelle déduit de l'alinéa 1^{er} de la Constitution de 1946, lui-même fondateur du principe de dignité. Le Conseil en tire pour règle positive qu'il « incombe tant au législateur qu'au Gouvernement de déterminer, conformément à leurs compétences respectives, les modalités de mise en œuvre de cet objectif » et qu'il « peut à cette fin compléter ou abroger des dispositions législatives antérieurement promulguées à la seule condition de ne pas priver de garanties légales des principes à valeur constitutionnelle qu'elles avaient pour objet de mettre en œuvre... ».

6. Par une démarche similaire, il a tiré du Préambule de la Constitution de 1946 le pouvoir d'énoncer les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, selon les conditions qu'il a lui-même fixées¹⁵. Enfin, par combinaison, il a établi des objectifs et dégagé d'autres principes à valeur constitutionnelle. Ainsi, des articles 1^{er} et 6 de la Déclaration de 1789 combinés avec l'alinéa 3 du préambule de la Constitution de 1946 et avec l'article 3 de la Constitution, il fait résulter la règle selon laquelle « ... la Constitution ne permet pas que la composition des organes dirigeants ou consultatifs des personnes morales de droit public ou privé soit régie par des règles contraignantes fondées sur le sexe des personnes », interdisant par là au législateur d'instituer des discriminations positives fondées sur le sexe¹⁶.

7. Au surplus, à ces interprétations très constructives des divers textes fondamentaux auxquels renvoie le Préambule de la Constitution de 1958, il donne une force normative différenciée qu'il applique selon des techniques de contrôles, par lui-même établies, plus ou moins intenses qui vont du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation à un plein contrôle¹⁷.

8. Le Conseil fait en outre évoluer le sens, la portée et le champ d'application de ces textes originaux du bloc de constitutionnalité en les interprétant de manière évolutive et dans leur contexte contemporain¹⁸. L'exemple le plus explicite de cette adaptation est celle que le Conseil fait du droit de propriété par sa décision du 16 janvier 1982¹⁹ sur les nationalisations. Après avoir fixé les diverses modalités de la protection de ce droit fondamental, différentes selon qu'il s'agit d'une privation, garantie par l'article 17, ou d'une restriction, garantie par l'article 2, il observe que les conditions de son exercice ont subi depuis 1789 une évolution caractérisée

13. Y. Poirmeur, *La réception du préambule de la constitution de 1946 par la doctrine juridique* (https://www.u-picardie.fr/curapp-revues/root/37/...); O. Dutheil de Lamoignon, « Les normes constitutionnelles en matière sociale », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29, octobre 2010.

14. Décision n° 94-359 DC du 19 janvier 1995, Loi relative à la diversité de l'habitat.

15. V. Champell-Desplats, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*, Economica, 2001.

16. Conseil Constitutionnel, *Les discriminations positives dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, sept. 2004 (http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/positives.pdf); M. Fatin-Rouge Stefanini, « Les "discriminations positives" en matière électorale aux États-Unis et en France », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 23, février 2008.

17. B. Genevois, *L'enrichissement des techniques de contrôle*, Colloque du Cinquantenaire du Conseil constitutionnel (http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/Colloques/genevois_031108.pdf).

18. A. Vlachogiannis, *Le Conseil constitutionnel face au changement de circonstances de fait : réflexions à la lumière de l'expérience américaine* (<http://juspoliticum.com/article/Le-Conseil-constitutionnel-face-au-changement-de-circonstances-de-fait-reflexions-a-la-lumiere-de-l-experience-americaine-789.html>).

19. Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, Loi de nationalisation.

« par une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux et par des limitations exigées par l'intérêt général » et que c'est en fonction de ces évolutions que doit s'entendre la réaffirmation par le Préambule de la Constitution de 1958 de la valeur constitutionnelle du droit de propriété. Cette interprétation vivante lui permet de prendre en compte les impératifs économiques d'intérêt général qui justifient les nationalisations d'entreprises, la protection de la propriété publique et d'étendre ces garanties constitutionnelles à la propriété mobilière, à la propriété incorporelle notamment à toutes les formes de propriété intellectuelle et encore à celle des biens immatériels²⁰.

9. Cette évocation très sommaire montre le pouvoir considérable que le Conseil tire de la Constitution et de son Préambule pour énoncer soit par création *extra legem*, soit par interprétation des normes juridiques nouvelles, elles-mêmes édictées en des termes généraux et abstraits, à leur tour, soumises à interprétation pour être appliquées aux cas d'espèce dans les diverses procédures prévues par la Constitution. Ce pouvoir normatif est, en lui-même, sans limite. Rien n'empêche, en principe, le Conseil de faire découler de nouvelles règles du texte de la Constitution ou des déclarations des droits reprises par son Préambule, de les modifier ou de les abandonner. Cet élan créateur s'est intensifié à la faveur de la procédure de contrôle *a posteriori* instaurée par la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui a multiplié le nombre des saisines et, partant, des décisions rendues en application de l'article 61-1 de la Constitution dans les conditions de procédures fixées par la loi organique du 10 décembre 2009. La réforme constitutionnelle reconnaît et amplifie le pouvoir normatif du Conseil désormais littéralement consacré²¹. D'une part, parmi les cas de renvoi au Conseil par le Conseil d'État ou la Cour de cassation prévus par la loi organique, figurent les

« questions nouvelles »²², c'est-à-dire les griefs de non-conformité fondés sur « l'interprétation de toute disposition constitutionnelle dont [le Conseil] n'a pas encore eu l'occasion de faire application »²³. Ce qui indique que, dans les dispositions constitutionnelles encore inexplorées, il pourrait découvrir de nouveaux droits et libertés. La fonction inventive du Conseil est, en outre, stimulée par le débat contradictoire permettant aux parties de soulever et discuter de nouveaux moyens d'inconstitutionnalité pour inciter le Conseil à consacrer de nouveaux principes fondamentaux. D'autre part, l'alinéa 2 de l'article 62 de la Constitution prévoit désormais qu'une « disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil... ou d'une date ultérieure fixée par cette décision » et que « le Conseil... détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ». Ce qui revient à conférer expressément au juge constitutionnel le pouvoir identique à celui du législateur de fixer un régime transitoire aux règles jurisprudentielles qu'il énonce et qui, selon la dernière phrase du même texte, « s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles »²⁴.

10. Depuis bien longtemps, la doctrine montre que ce pouvoir normatif est inhérent à toute activité juridictionnelle, l'application de la loi ne pouvant se passer de son interprétation, elle-même créatrice de normes. C'est la fameuse maxime « Il n'y a de droit que par le juge »²⁵. Pour certains auteurs, comme Michel Troper, au-delà de l'herméneutique juridique qui fait de l'interprétation une fonction de la connaissance, l'acte d'interprétation exprime une volonté²⁶. Selon cette doctrine dite « réaliste », de la part d'une juridiction constitutionnelle investie d'un pouvoir souverain et agissant dans le domaine de

20. J.-F. de Montgolfier, « Conseil constitutionnel et la propriété privée des personnes privées », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 31, mars 2011.

21. M. Fatin-Rouge Stéfani, « Le Conseil constitutionnel dans la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 sur la modernisation des institutions », *Revue française de droit constitutionnel*, 2009/2, n° 78, p. 269-298.

22. Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, article 23-4.

23. Décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

24. M. Disant, « Les effets dans le temps des décisions QPC », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 40, juin 2013.

25. M.-C. Ponthoreau, « Réflexions sur le pouvoir normatif du juge constitutionnel en Europe continentale sur la base des cas allemand et italien », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 24, juillet 2008 ; P. Brunet, « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle », in O. Jouanjan, C. Grewe, E. Maulin et P. Wachsmann (dir.), *La notion de justice constitutionnelle*, Dalloz, 2005, p. 115-135 (<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00009748/document>).

26. M. Troper, « Le réalisme et le juge constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, juin 2007.

droits fondateurs des institutions, l'interprétation exprime nécessairement une intention politique²⁷. Michel Ameller, alors membre du Conseil, le confirme dans une communication à l'OCDE remontant à 1998²⁸ : « le recours à une méthode d'interprétation n'est ni neutre, ni innocent. Les problèmes d'interprétation ne sont pas de nature seulement technique. Ils délimitent en réalité le rôle du juge constitutionnel dans le système politique ». Ce qui permet au Professeur Denys de Béchillon d'affirmer, dans la présentation d'un dossier publié au mois de juillet 2008 dans les *Cahiers du Conseil constitutionnel*, précisément consacré à l'encadrement des pouvoirs normatifs du juge constitutionnel²⁹, que « le pouvoir normatif des juges constitutionnels existe ; il existe nécessairement ; il existe partout et même là où on l'attend le moins ; il a toujours existé ; il pose invariablement un problème de légitimité auquel, malgré leur considérable diversité, les traditions académiques se confrontent toutes dans la douleur et le conflit ; son exercice est propre à déjouer les anticipations, souvent compréhensibles, des acteurs et singulièrement celle du législateur ; son incidence est susceptible d'avoir un coût dont il n'est pas mal avisé de chercher à prendre conscience... ». Ceci étant bien compris, il reste, comme y invite cet auteur, à vérifier l'usage que le Conseil fait de sa puissance normative³⁰.

II. Que le Conseil constitutionnel affecte de n'utiliser qu'avec une sage retenue...

11. Tant dans ses décisions, que dans les commentaires publiés par ses services et les diverses

déclarations ou communications de ses membres, le Conseil constitutionnel donne des gages explicites de sa volonté de limiter au strict nécessaire le recours à son pouvoir créateur de normes. Cette position de principe est évidemment destinée à le protéger de toute apparence d'un « gouvernement des juges », selon l'expression généralement utilisée chaque fois que la classe politique estime que le juge empiète sur la souveraineté du Parlement³¹. Ainsi, dans l'exposé précité, Michel Ameller³² énumère les manifestations multiples de cette autolimitation du juge constitutionnel français qui, « pour des raisons autant théoriques que pratiques, serait la règle d'or du contentieux constitutionnel car elle est la condition première de sa légitimité et de son acceptation dans le cadre d'une société reposant sur le principe démocratique ». Une telle sentence, reprise sous diverses formes par d'autres, notamment par le Président Jean-Louis Debré³³, invite la doctrine à se livrer à un examen critique de cette autodiscipline qu'à propos des cours suprêmes de Common Law les juristes anglophones désignent comme le « *self restraint* »³⁴.

12. Dans l'article précité, le Professeur Denys de Béchillon³⁵ introduit un tel examen : « La grande réponse traditionnelle, tout au moins en France, est indéniablement d'ordre déontologique, pour ne pas dire moral. En substance : il est un peu partout postulé, et notamment dans les facultés de droit, que le Conseil doit être rendu attentif à la véritable étendue de son pouvoir, averti de sa possible illégitimité à l'exercer sans retenue, incité à exercer son office avec conscience et modération, si possible dans un cadre prédéterminé et par-là même prévisible. Bref : fortement

27. Cette position a donné lieu à une longue controverse théorique : O. Pfersmann « Contre le néo-réalisme. Pour un débat sur l'interprétation », *RFDC*, n° 50 et n° 52, 2002, p. 279 s. et p. 789 s. ; M. Troper, « Réplique à Otto Pfersmann », *RFDC*, n° 50, p. 3335 s. ; O. Pfersmann « Une théorie sans objet – Une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper », *RFDC*, n° 52, 2002, p. 759 s.

28. M. Ameller, « Principes d'interprétation constitutionnelle et autolimitation du juge constitutionnel » (exposé présenté à l'occasion d'une rencontre organisée à Istanbul en mai 1998 par l'OCDE).

29. D. de Béchillon, « Comment encadrer le pouvoir normatif du juge constitutionnel ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 24, juillet 2008.

30. J.-M. Denquin, « La jurisprudence du conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? », *Jus Politicum*, n° 7, « Le Conseil constitutionnel, gardien des libertés publiques ? », mai 2012 (<http://juspoliticum.com/article/La-jurisprudence-du-conseil-constitutionnel-grandeur-ou-decadence-du-droit-constitutionnel-408.html>).

31. A. Stone Sweet, « Le Conseil constitutionnel et la transformation de la République », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, août 2009 ; E. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Giard, 1921, rééd. préf. F. Moderne, Paris, Dalloz, 2005, 276 pages.

32. M. Ameller, *loc. cit.*

33. J.-L. Debré, « Contrôle de constitutionnalité : entre tradition et modernité », Colloque « Séparation des Pouvoirs et justice constitutionnelle », 6 mai 2014 (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/documentation/contributions-et-discours/2014/contrôle-de-constitutionnalité-entre-tradition-et-modernité.141543.html>).

34. E. Zoller, « Considérations sur les causes de la puissance de la Cour suprême des États-Unis et de sa retenue », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 33, Dossier, « États-Unis », octobre 2011.

35. D. de Béchillon, *op. cit.*

poussé à une sage retenue qu'entretiendra, ensuite, sa propre conscience des limites de son office ».

13. Avant d'aborder les diverses applications de ce devoir de modération, est à considérer la position d'une certaine doctrine selon laquelle le Conseil n'exercerait en réalité aucun pouvoir créateur de norme, mais seulement celui de contrôler la régularité des voies empruntés par le titulaire de la souveraineté législative³⁶. Selon cette théorie dite de « l'aiguilleur », lorsqu'il censure une disposition contraire à la Constitution, le Conseil ne ferait qu'indiquer que la procédure utilisée pour créer une loi ne serait pas régulière mais que la même disposition légale pourrait être établie par une autre voie, notamment par modification de la Constitution. Autrement dit, le pouvoir normatif négatif du juge constitutionnel importerait peu dès lors que, devenant constituant, le législateur aurait toujours le dernier mot. Ce que l'on désigne comme « le lit de justice constitutionnel », permettant aux pouvoirs exécutif et législatif de reprendre la même disposition en utilisant la voie appropriée de loi constitutionnelle, a pu se vérifier en quelques hypothèses. Mais, outre le fait que la procédure de révision prévue par l'article 89 de la Constitution est trop lourde pour être habituellement mise en œuvre, comme cela s'est trouvé en plusieurs occasions et comme c'est actuellement le cas, les circonstances politiques n'en sont pas toujours réunies.

14. La manifestation la plus ostensible de l'autolimitation du Conseil est l'affirmation, maintes fois réitérée dans ses décisions, selon laquelle il ne dispose pas « d'un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement. Il a seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déferées à son examen »³⁷. Ce qui implique qu'il ne pourrait se fonder sur des considérations d'opportunité, même évidentes, pour censurer une loi dont il appartient souverainement au

Parlement de déterminer les orientations et le contenu³⁸. Certains estiment que, par cette formule, le Conseil entend protéger le pouvoir souverain du législateur et respecter la séparation des pouvoirs. Ainsi les rôles seraient rigoureusement répartis : au Parlement revient l'initiative et la détermination du contenu de la loi, au Conseil, le contrôle de sa conformité à la Constitution, ce que dit autrement la formule « la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »³⁹. Soit, mais est-il toujours possible de discerner une logique dans le recours, par le Conseil, à ce refus de mise en œuvre de son contrôle sur l'opportunité de la loi ? En elle-même, la formule précitée, qui se présente comme une pétition de principe, se prête d'ailleurs assez mal à une application raisonnée permettant de déterminer les cas dans lesquels le pouvoir d'appréciation du législateur s'exerce sans contrôle. Une étude rigoureuse sur les domaines d'application de cette technique d'abstention serait à entreprendre. Il semble que, dans certains cas, le Conseil a recours à ce subterfuge pour éviter de se prononcer sur une question socialement sensible qui risquerait d'engager son propre crédit. Comment expliquer autrement, par exemple, qu'au regard du principe d'égalité, il ait successivement admis, à quelques mois d'intervalle, que l'exclusion de l'accès à l'institution civile du mariage aux personnes de même sexe n'était pas contraire à la Constitution⁴⁰ puis que l'accès des personnes de même sexe à la même institution ne l'était pas davantage⁴¹ ? Le droit à une institution aussi essentielle que le mariage pour l'organisation sociale serait donc neutre du point de vue de l'égalité. Ce n'est généralement pas ce qu'ont jugé de nombreuses autres cours constitutionnelles⁴². On pourrait en déduire que cette formule s'apparente davantage à une appréciation discrétionnaire des domaines dans lesquelles le Conseil accepte d'exercer sa mission. Ainsi, en matière de droit des personnes et de la famille, le contrôle exercé sur la loi serait restreint au point

36. L. Favoreu, « Légalité et constitutionnalité », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 3, novembre 1997.

37. J.-L. Debré, *op. cit.*

38. G. Vedel, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 1, décembre 1996 ; n° 2, mai 1997.

39. Décision n° 85-197 DC du 23 août 1985, Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie ; P. Brunet, « Que reste-t-il de la volonté générale ? Sur les nouvelles fictions du droit constitutionnel français », *Pouvoirs*, n° 114, septembre 2005, p. 5-19.

40. Décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, Mme Corinne C. et autre [Interdiction du mariage entre personnes de même sexe].

41. Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

42. L. Burgorgue-Larsen, « La jurisprudence des cours constitutionnelles européennes en droit des personnes et de la famille », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 39, avril 2013.

de reconnaître des zones de non contrôle⁴³. Cette prudence est sans doute explicable, tant du point de vue du positionnement institutionnel du juge constitutionnel que de celui de la reconnaissance de la question de société comme archétype de la question sujette à autolimitation pour éviter de confondre la protection des libertés personnelles et les convictions d'une partie de la population. En outre, Michel Ameller⁴⁴, dans la communication déjà citée, semble réduire la règle à une exigence de motivation obligeant le Conseil à préciser le texte de valeur constitutionnelle sur lequel il se fonde pour censurer la loi, voire même une question d'opportunité lui interdisant de créer une norme constitutionnelle pour les besoins de la cause. Le même auteur admet toutefois que cette sage résolution ne l'empêche pas de dégager des principes constitutionnels sans rattachement à une disposition expresse de la Constitution en raison de l'importance consubstantielle à l'État de droit de principes tels que la protection de l'ordre public⁴⁵, la continuité du service public⁴⁶ ou le caractère non impératif des mandats électoraux⁴⁷.

15. Une autre manifestation de la discipline d'autolimitation serait la continuité dans la jurisprudence du Conseil. Ainsi, il s'estimerait lié par ses propres précédents. L'idée s'appuie sur la permanence dans l'énoncé des principes fondamentaux dont le Conseil fait application. Il est vrai que, généralement, lors du rappel de la norme de référence, il reprend de manière répétitive, en des termes strictement identiques, les propositions qu'il a lui-même précédemment établies par interprétation des dispositions de la Constitution. Mais il ne s'agit là que d'une apparence dans la mesure où la norme de référence édictée en termes généraux par le Conseil doit elle-même être interprétée pour être appliquée à chaque cas d'espèce. Le parti pris de motivation brève de ses décisions, privant de justifications

explicites l'application de la norme de référence aux situations individuelles, oblige à rechercher la continuité supposée de la jurisprudence dans l'application successive de la même règle pour discerner, en comparant les précédents, les constantes, les évolutions, les écarts ou les contradictions. C'est en rappelant systématiquement les applications successives de la même règle constitutionnelle que les commentaires publiés par le Secrétaire général du Conseil s'efforcent de démontrer l'application cohérente et continue du même principe. Mais chacun sait que l'art du raisonnement par référence au précédent est de créer des distinctions nouvelles pour s'affranchir de la contrainte d'une norme jurisprudentielle préétablie⁴⁸.

16. La discipline de prudence normative se vérifierait encore dans les conditions très rigoureuses que s'impose le Conseil pour établir les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République⁴⁹. De sorte que, si création *ex-nihilo* de principes constitutionnels il y a, celle-ci est encadrée par des règles tellement contraignantes que le pouvoir de découverte serait finalement retreint. Il est vrai que par une décision du 20 juillet 1988⁵⁰ le Conseil constitutionnel a très précisément indiqué les conditions que devait satisfaire une règle pour être élevée au rang de principe fondamental reconnu par les lois de la République. Il est tout aussi vrai qu'il n'a consacré de tels principes que de manière limitée – on en compte onze – et qu'il a écarté cette qualification en de nombreuses occasions. Cette rigueur méthodologique ne lui a toutefois pas interdit une certaine complaisance dans la reconnaissance d'une valeur constitutionnelle à certaines règles dont la permanence ou le caractère fondamental sont discutables⁵¹. Elle n'a pas davantage empêché un usage opportun de cette catégorie de principes en reconnaissant, fût-ce de manière provisoire, ce niveau de protection

43. F. Chénéde et P. Deumier, « L'œuvre du Parlement, la part du Conseil constitutionnel en droit des personnes et de la famille », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 39, avril 2013.

44. M. Ameller, *op. cit.*

45. Décision n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, Loi sur la communication audiovisuelle.

46. Décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail.

47. Décision n° 98-397 DC du 6 mars 1998, Loi relative au fonctionnement des Conseils régionaux.

48. T. Di Manno, « Les revirements de jurisprudence du juge constitutionnel, présentation », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 20, juin 2006.

49. V. Champeil-Desplats, *op. cit.*

50. Décision n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, Loi portant amnistie.

51. V. Champeil-Desplats, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*, Economica, 2001.

constitutionnelle à la spécificité d'un droit local d'Alsace-Moselle⁵².

17. Participeraient encore de cette conception restrictive de son pouvoir, les exclusions décidées par le Conseil, soit de règles de références, tel fut le cas des engagements internationaux, par la décision du 15 janvier 1975⁵³, bien que l'article 55 de la Constitution leur confère une valeur supérieure à celle des lois, soit des lois contrôlées, tel fut le cas des lois référendaires, par la décision du novembre 1962⁵⁴. Dans la même catégorie on invoque aussi le refus de créer une hiérarchie entre les textes de la Constitution, notamment la reconnaissance d'une supra-constitutionnalité, que ce soit en raison de leur importance supposée ou de leur ancienneté⁵⁵.

18. Sont enfin invoquées à titre de facteur de régulation de la puissance normative du Conseil, les règles d'interprétation des textes constitutionnels auxquelles il se soumettrait de lui-même⁵⁶. On cite à cet égard, par exemple, la règle selon laquelle les dérogations à un principe établi sont d'interprétation stricte, celle qui recommande, entre deux interprétations possibles d'un texte, de retenir celle qui lui donne un effet utile, ou encore celle qui imposerait, lorsque les termes sont susceptibles de deux sens, de retenir celui qui convient le mieux à la matière, ou encore une autre qui commande, lorsqu'un terme revient à plusieurs reprises dans le même texte, de l'interpréter dans le même sens. Ici encore, la contrainte n'est que relative dans la mesure où ces principes d'interprétation ne sont nulle part systématisés, qu'ils ne lient le Conseil en aucune façon et que celui-ci ne motive d'ailleurs pas, au regard d'impératifs méthodologiques supposés, l'interprétation qu'il donne d'un texte constitutionnel.

19. En définitive, comme l'écrit Denys de Béchillon⁵⁷, la question n'est pas de savoir si l'on peut concevoir d'autres moyens que l'autolimitation pour encadrer le pouvoir normatif du conseil.

Néanmoins, si l'encadrement ne peut procéder que d'une discipline consentie, l'efficacité du procédé est trop invérifiable pour qu'il soit théorisé. Par conséquent, seul l'examen concret des décisions permet de vérifier que le Conseil prend réellement en compte l'exigence déontologique de modération normative dans les facteurs déterminants de ses décisions. À cet égard, certaines affaires récentes retiennent particulièrement l'attention.

20. Par sa décision du 29 décembre 2009⁵⁸, sur la loi de finances 2010, le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à l'objectif de lutte contre le réchauffement climatique et au principe d'égalité devant les charges publiques une taxe additionnelle sur la consommation des énergies fossiles visant à lutter contre le réchauffement de la planète en réduisant les émissions de gaz à effet de serre. La censure est essentiellement motivée par l'exemption prévue par la loi pour les entreprises relevant du système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans l'Union européenne lesquelles représentaient une part importante de ces émissions. Soulevant d'office un grief d'inconstitutionnalité, le Conseil a estimé que la différence de traitement instituée par la loi entre les diverses catégories d'émissions de dioxyde de carbone, selon qu'elle procédait d'une réglementation nationale ou de textes de l'Union européenne était contraire au principe d'égalité devant les charges publiques. Dans ses motifs, cette décision se présente comme l'application constante et combinée de principes établis résultant des articles 2, 3 et 4 de la Charte de l'environnement, 34 de la Constitution et 13 de la Déclaration de 1789. En réalité, dans la discussion du grief de discrimination, le Conseil élude la complémentarité des systèmes incitatifs de réduction des émissions de gaz polluant prévus, d'une part, par le droit de l'Union européenne, d'autre part, par la loi nationale, en s'abstenant d'examiner les probables justifications des différences conceptuelles entre l'un et l'autre, ce qu'il

52. Décision n° 2011-157 Q, 5 août 2011, Sté Somodia.

53. Décision n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse.

54. Décision n° 62-20 DC, 6 novembre 1962, Loi relative à l'élection du président de la République au suffrage universel direct; A. Le Divellec, A. Levade et C. Miguel Pimentel, « Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles, Avant-propos », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 27, janvier 2010.

55. M. Ameller, *op. cit.*; G. Vedel, « Débat : Souveraineté et supra constitutionnalité », *Pouvoirs*, n° 67, novembre 1993, p. 79-97.

56. M. Ameller, *op. cit.*

57. D. de Béchillon, *op. cit.*

58. Décision n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009, Loi de finances pour 2010.

fera cependant dans une décision ultérieure en matière de taxation des produits de titres de participation de filiales établies en Europe⁵⁹. Nul n'ignore cependant que cette décision, fondée sur une certaine conception de l'égalité devant les charges publiques, a durablement contrarié la mise en œuvre d'une politique fiscale incitative de réduction des émissions de gaz à effet de serre voulue par le législateur, en provoquant les difficultés économiques et politiques importantes.

21. Autre exemple : pour faire face à la crise affectant les finances publiques à la fin de l'année 2012, le Gouvernement avait décidé d'instaurer dans la loi de finances pour 2013 un régime de taxations fiscales exceptionnelles des revenus les plus élevés. À cette fin, la loi a accru significativement les prélèvements, modifié la fiscalité des revenus du capital et rehaussé le taux de l'impôt sur la fortune. Si dans l'examen de cette loi de finances, le Conseil⁶⁰ ne s'est pas directement opposé à ces nouvelles orientations de la politique fiscale, il en a, en revanche, fixé les limites en donnant une interprétation inédite, plus rigoureuse, du principe d'égalité devant l'impôt. Ainsi, pour la première fois, il a jugé que le respect de ce principe devait être apprécié, non plus pour chaque impôt pris isolément⁶¹, mais prenant en compte l'ensemble de ceux-ci portant sur le même revenu et acquittés par le même contribuable. Puis il a fixé à 75 % le seuil au-delà duquel la somme de ces impositions revêt un caractère confiscatoire. La mise en œuvre de ces nouveaux principes l'a conduit à censurer plusieurs dispositions de cette loi de finances, notamment l'imposition marginale des retraites complémentaires dites « retraites chapeau », le taux d'imposition sur les bons anonymes, l'imposition des gains et avantages tirés des stock-options, la contribution exceptionnelle de solidarité sur la fortune, la majoration du taux d'imposition sur la fortune et l'imposition des plus-values immobilières sur les terrains à bâtir. En censurant toutes ces dispositions par une

interprétation nouvelle des normes constitutionnelles, il a manifestement contrarié la volonté politique du législateur de majorer à titre exceptionnel la taxation des revenus les plus élevés pendant la période nécessaire au rétablissement des finances publiques.

22. Dans la même ligne, peut encore être citée une décision du 6 août 2014 : aux fins d'augmenter le pouvoir d'achat des salariés aux revenus modestes, le législateur avait, par la loi rectificative de la sécurité sociale pour 2014, instauré une réduction dégressive des cotisations de sécurité sociale à la charge des salariés au titre des assurances sociales qui sont assises sur les gains et rémunérations n'excédant pas 1,3 fois le salaire minimum de croissance. Il avait cru pouvoir le faire dans le respect du principe d'égalité devant les charges publiques, en se référant à un précédent du 16 janvier 1986⁶². Cette décision avait en effet admis que le législateur puisse mettre à la charge d'une catégorie socioprofessionnelle une certaine aide, au bénéfice d'une autre, sauf rupture caractérisée devant les charges publiques. Par sa décision, fort commentée, du 6 août 2014⁶³, le Conseil a cependant estimé que la réduction de cotisations opérée au bénéfice de certains salariés conduirait à ce qu'un même régime de sécurité sociale financerait, pour l'ensemble des assurés, les mêmes prestations malgré l'absence de versement, par près d'un tiers de ceux-ci, de la totalité des cotisations salariales ouvrant droit aux prestations servies par ce régime. Il en a déduit que la différence de traitement instituée par les dispositions contestées était sans rapport avec l'objet des cotisations salariales de sécurité sociale et qu'elle méconnaissait par conséquent le principe d'égalité. Par cette décision, que beaucoup de commentateurs ont estimée contraire aux principes fondateurs de la sécurité sociale⁶⁴, le Conseil constitutionnel, en adoptant une conception nouvelle du principe d'égalité fondée sur une conception assurantielle des régimes de sécurité sociale, a fait obstacle à une politique la relance

59. Décision n° 2015-520 QPC du 3 février 2016, Société Metro Holding France SA venant aux droits de la société CRFP Cash [Application du régime fiscal des sociétés mères aux produits de titres auxquels ne sont pas attachés des droits de vote].

60. Décision n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012, Loi de finances pour 2013.

61. O. Fouquet, « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant l'impôt », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 33, octobre 2011.

62. Décision n° 85-200 DC du 16 janvier 1986, Loi relative à la limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activité.

63. Décision n° 2014-698 DC du 6 août 2014, Loi de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2014.

64. J. Barthélémy, « Loi de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2014 : le Conseil constitutionnel et la réduction des cotisations sociales des bas salaires », *Droit social* (<http://dialogues.asso.fr/sites/default/files/documents/DS10>).

de l'économie par l'amélioration du pouvoir d'achat des salariés les plus modestes.

*
* *

23. Il ne s'agit évidemment pas ici de critiquer l'opportunité de ces décisions, ni de mettre en cause leurs fondements juridiques. Le propos est seulement de montrer que, sur des questions environnementales, économiques et sociales d'importance primordiale pour l'État, le Conseil peut mobiliser les ressources de son pouvoir normatif, en infléchissant sensiblement des interprétations établies de la Constitution, au service de sa propre vision des politiques publiques en cause. De telles orientations seraient tout autant discernables dans les décisions qu'il a prises sur le champ de compétence de l'autorité judiciaire

en matière de protection de la liberté individuelle⁶⁵, sur la justice des mineurs⁶⁶ ou encore sur le travail en prison⁶⁷... Il n'est pas davantage question de critiquer de telles orientations, elles découlent nécessairement du pouvoir d'interprétation de la Constitution. Mais si les meilleures garanties du respect par le Conseil d'une discipline normative raisonnée et raisonnable sont les avertissements émanant aussi bien de l'opinion politique que de la doctrine universitaire, il est pertinent de mettre en relation, d'un côté, la part de création normative décidée par le Conseil, de l'autre, l'importance des questions traitées et les conséquences politiques, économiques et sociales qu'engendrent ses variations interprétatives. De ce rapport dépendent, dans la profondeur du temps, la légitimité et le crédit du juge constitutionnel.

65. G. Canivet, « Le juge judiciaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 16, juin 2004.

66. P. Joxe, *Pas de quartier ? Délinquance juvénile et justice des mineurs*, Fayard, 2012 ; J.-F. de Montgolfier, « Le Conseil constitutionnel et la justice pénale des mineurs », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 33, octobre 2011.

67. Décision n° 2015-485 QPC du 25 septembre 2015, M. Johnny M. [Acte d'engagement des personnes détenues participant aux activités professionnelles dans les établissements pénitentiaires].

Petit quatre du Grand A :

l'office du juge européen

Retour sur l'office constitutionnel de la Cour de justice

Brunessen Bertrand

Professeure à l'Université Rennes 1

La notion d'office constitutionnel de la Cour de justice est sans doute discutable et en tout état de cause susceptible d'une pluralité de définitions. Cette mission est d'autant plus difficile à saisir qu'« il n'a été de rôle constitutionnel pour la Cour de justice que celui qu'elle s'est elle-même donnée dans le cadre du processus d'intégration »¹. L'office constitutionnel de la Cour repose ainsi autant sur les compétences de la Cour que sur la façon dont celle-ci les exerce et les conçoit. On peut ainsi penser que cet office constitutionnel repose d'abord sur sa compétence de juge des actes législatifs et des rapports institutionnels au sein du triangle décisionnel européen. On peut également inclure dans cet office sa compétence en matière d'accords internationaux, qu'il s'agisse de l'avis qu'elle peut rendre avant leur conclusion² ou du contrôle qu'elle s'autorise à opérer une fois qu'ils ont été intégrés dans l'ordre juridique de l'Union³. On peut, enfin, voir dans sa compétence en matière préjudicielle une autre dimension de cet office constitutionnel.

Ces compétences ont ceci de notable qu'elles placent la Cour de justice au cœur des rapports

de systèmes. D'un côté, la Cour de justice exerce son office au sein d'un système juridique et juridictionnel qui repose fondamentalement sur les juridictions nationales qui ne sont pas inscrites dans un rapport de hiérarchie avec elle. D'un autre, en tant que juridiction supranationale, elle doit nécessairement composer avec les autres juridictions qui se rattachent à des ordres juridiques nationaux, régionaux ou internationaux. Cette situation particulière génère nécessairement des contraintes parfois contradictoires et peut donc être à l'origine de solutions ambivalentes. L'office constitutionnel de la Cour de justice ne se réduit cependant pas à une question de compétences.

Évoquer l'office du juge plutôt que sa compétence permet d'inclure dans son étude la question de sa fonction et plus largement de la conception qu'il a de son propre rôle, la façon dont il se positionne, sa politique jurisprudentielle. L'office constitutionnel de la Cour de justice se révèle ainsi profondément ambivalent. Il est dans la nature de chaque juge de protéger l'ordre juridique auquel il se rattache, duquel il tire son existence, sa légitimité et raison d'être. Ce qui

1. L. Azoulay, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *RTD eur.* 2008, p. 29.

2. V. art. 218 § 11 TFUE.

3. CJCE, 10 mars 1998, *Allemagne c/ Conseil*, aff. C-122/95, *Rec. I*-973 ; CJCE, 11 sept. 2003, *Commission c/ Conseil*, aff. C-211/01, *Rec.* p. 8913.

frappe, à l'égard de la Cour de justice, c'est sa force de résistance toute particulière envers les systèmes juridiques extérieurs et la volonté sans faille qu'elle manifeste, ainsi confrontée à d'autres systèmes juridiques, de construire un système juridictionnel européen cohérent et fort. Ces exigences ne semblent cependant pas toujours soutenues par une réelle vision du système politico-juridique de l'Union européenne quand elle est confrontée à des questions constitutionnelles purement internes à l'Union. La mise en parallèle de ces deux dimensions de son office constitutionnel aboutit ainsi à une forme de paradoxe.

La Cour de justice n'est évidemment pas le seul juge à devoir composer avec les exigences parfois contradictoires du pluralisme normatif. Pour favoriser la convergence entre eux, les différents juges en Europe ont bâti des solutions permettant de dépasser l'impasse théorique résultant des principes respectifs de chaque ordre juridique affirmant leur primauté sur les autres ordres juridiques. Il en résulte une forme de similarité des raisonnements adoptés par les juges pour faire fonctionner cet ensemble complexe de systèmes juridiques. Ces solutions jurisprudentielles reposent souvent sur la technique de la présomption : un acte sera présumé compatible à une norme s'il est conforme à la norme d'un autre ordre juridique. La généralisation du recours à cette technique par les différents juges en Europe dévoile un jeu complexe d'interactions qui se révèle, à l'étude, plus homogène qu'il n'y paraît. Les présomptions émises par différents juges sont *a priori* autonomes en ce sens qu'elles sont émises et fonctionnent de manière indépendante les unes des autres. En réalité, ces présomptions s'inscrivent souvent dans une intertextualité très marquée, chaque présomption devant se lire à la lumière des autres pour prendre tout son sens. L'étude systémique des présomptions révèle les enjeux, certes classiques, de la concurrence et de la complémentarité des juges et des ordres juridiques. Sans en revenir à une guerre des juges, réelle ou supposée, les enjeux de pouvoirs sous-jacents à ces questions n'ont évidemment pas disparu. Les stratégies jurisprudentielles se sont affinées, la résistance le cédant au zèle, s'appropriant des solutions plutôt

que les rejeter par principe étant encore le meilleur moyen de reprendre la main. Tout se passe comme si la résistance des juges passait précisément par la complémentarité de leurs raisonnements. L'analogie des raisonnements juridictionnels, liée au phénomène de circularité des solutions, exprime une forme d'isomorphisme jurisprudentiel⁴, qui renvoie à ce constat que les juges tendent à adopter des solutions similaires pour résoudre des questions identiques. L'idée de systématique des présomptions repose sur la prémisse que si ces présomptions sont dégagées de manière individuelle par des juges différents, elles s'inscrivent cependant dans une logique d'ensemble. Leur cohérence intrinsèque vient du fait qu'elles semblent indissociables ; ce sont les effets de rétroaction, les jeux d'interactions entre elles qui établissent l'équilibre général de ce réseau de présomptions⁵.

La Cour de justice ne s'inscrit que très prudemment dans cette systématique. Elle semble surtout le faire de façon unilatérale. Si elle encourage ces solutions quand elles émanent des autres juges, elle ne tient pas pour elle-même ce type de raisonnement. Elle semble même assumer assez librement le dualisme de sa politique jurisprudentielle : ferme, parfois fermée, à l'égard des ordres juridiques extérieurs, elle se révèle en revanche beaucoup plus prudente et nuancée quand elle doit trancher des questions constitutionnelles « internes », c'est-à-dire propres à l'ordre juridique européen. Si le concept d'intégration a longtemps été au cœur de la construction du système politico-juridique européen, celui d'autonomie semble aujourd'hui plus structurant ; il exprime le rôle défensif que la Cour de justice adopte à l'égard des systèmes juridiques externes. Aussi l'office constitutionnel de la Cour de justice se dissocie-t-il progressivement, en fonction des enjeux du contentieux : défense de l'autonomie de l'ordre juridique européen ou construction de l'intégration politique interne.

Cette dualité se manifeste de plusieurs façons. D'une part, la conception même du contrôle juridictionnel de la Cour de justice est ambivalente (I) ; d'autre part, les techniques juridictionnelles de la Cour se révèlent souvent ambiguës (II). La volonté de défendre l'ordre juridique de l'Union à l'égard d'interférences extérieures sem-

4. B. Bertrand, « La systématique des présomptions », *RFDA* 2016, p. 331.

5. *Ibid.*

ble justifier un assouplissement corrélatif de la vision interne du droit de l'Union comme droit supranational intégré. Ces deux mouvements semblent se faire écho : la jurisprudence très offensive de la Cour sur l'autonomie de l'Union autorise en retour un affaiblissement des exigences internes de l'intégration européenne. Si cette jurisprudence s'inscrit à l'évidence dans la tendance plus générale à la revalorisation de la légitimité étatique dans l'Union, elle interroge inévitablement sur la conception du système politico-juridique européen⁶ défendue par la Cour de justice.

I. La conception du contrôle

Il y a dans le contrôle juridictionnel de la Cour une forme d'ambivalence quand elle applique deux solutions différentes, parfois opposées, à des questions assez similaires. La question des rapports de systèmes donne deux illustrations de cette ambivalence. D'abord, dans le cadre de l'application de la présomption de protection équivalente, il est frappant de constater que la Cour assume l'application de standards différents selon la configuration du litige dans laquelle elle est amenée à se prononcer (A). Ensuite, dans le cadre de l'articulation des contrôles juridictionnels, le décrochage entre l'affirmation de son autorité sur le juge national et la défense de sa propre autonomie à l'égard de tout autre contrôle juridictionnel est allé en s'accroissant. L'office constitutionnel de la Cour de justice fait alors apparaître une forme d'instrumentalisation de la coopération juridictionnelle (B).

A. La conception des rapports de systèmes

La protection des droits fondamentaux est souvent au cœur des rapports de systèmes. La reconnaissance d'un standard de protection équivalente permet aux juges d'accepter l'autorité d'un autre ordre juridique si, et dans la mesure où, celui-ci assure une protection des droits fondamentaux équivalente à celle de son propre ordre juridique. En pratique, elle repose souvent sur des présomptions. La Cour applique des standards différents de protection équivalente selon

le contexte ; strict quand il est appliqué aux systèmes juridiques externes, il se révèle en revanche beaucoup plus modulable quand il s'agit des rapports juridiques internes à l'Union européenne. Ainsi interprété de manière téléologique, ce standard paraît alors instrumentalisé par la Cour pour servir la conception qu'elle a de l'ordre juridique européen et du territoire sur lequel il s'applique. Ce standard de la protection équivalente dépend de la finalité qu'il sert dans un contexte particulier, qu'il s'agisse de l'autonomie, de la primauté, de l'unité ou de la cohérence du droit de l'Union.

Le standard de protection équivalente se révèle à géométrie variable quand il est appliqué au sein de l'Union européenne : modulé de manière à toujours faire prévaloir la primauté du droit de l'Union, il se révèle polysémique. Ainsi, il peut se trouver limité par une conception très restrictive quand il est susceptible de remettre en cause la primauté du droit de l'Union. L'arrêt *Melloni*⁷ est symptomatique de cette hypothèse parce qu'il fragilise le postulat de l'équivalence des protections dans un souci de réaffirmation de l'autonomie et de la primauté du droit de l'Union. Dans cette affaire relative à la mise en œuvre du mandat d'arrêt européen, la question était de savoir si la Charte autorisait un État membre à appliquer le standard de protection des droits fondamentaux garanti par sa Constitution lorsqu'il est plus élevé que celui de la Charte. La Cour de justice refuse cette possibilité en estimant que permettre à un État membre d'appliquer un standard de protection plus élevé aboutirait, en remettant en cause l'uniformité du standard de protection des droits fondamentaux défini par le droit de l'Union, à porter atteinte aux principes de confiance et de reconnaissance mutuelles⁸. Pour la Cour, dès lors que le standard de protection garanti par la Charte est équivalent à celui offert par la CEDH, il n'y a pas lieu d'appliquer un standard national plus protecteur. Dans ce contexte, la Cour de justice cherche à défendre l'autonomie du droit de l'Union.

En revanche, quand le standard de protection équivalente permet de renforcer l'application du droit de l'Union, qu'il s'agisse de sa primauté ou

6. S. Roland et M.-C. Runavot (dir.), *La nature politico-juridique de l'Union européenne*, in C. Blumann et F. Picod (dir.), *Annuaire de droit de l'Union européenne*, éd. Panthéon-Assas, 2014, p. 67 s.

7. CJUE, 26 févr. 2013, *Melloni*, aff C-399/11.

8. *Ibid.*, pt. 63.

de son application uniforme, la Cour de justice en adopte une conception singulièrement plus large et exigeante. Par exemple, les exigences de reconnaissance mutuelle dans le cadre du marché intérieur ou de confiance mutuelle dans le cadre de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice reposent sur une prémisse évidente de protection équivalente qui déploie ici toutes ses potentialités. La question du droit d'asile illustre également la pluralité de conceptions du standard de protection équivalente. Dans l'affaire *N.S.*⁹, la Cour de justice a rappelé avec fermeté le standard de protection équivalente s'agissant du traitement réservé aux demandeurs d'asile dans chaque État membre¹⁰, en dépit des failles révélées notamment par l'affaire *M.S.S. c/ Belgique et Grèce*¹¹ rendue par la CEDH; la Cour admet cependant qu'une application du règlement n° 343/2003 sur la base d'une présomption irréfragable que les droits fondamentaux du demandeur d'asile seront respectés dans l'État membre compétent pour connaître de sa demande est incompatible avec l'obligation des États membres d'interpréter et d'appliquer ce règlement d'une manière conforme aux droits fondamentaux¹². Cette limite au principe de confiance mutuelle n'est cependant possible qu'à des conditions très strictement déterminées. Cette conception ne concorde pas totalement avec la conception plus limitée de l'application du principe de confiance mutuelle développée par la CEDH dans le contexte des demandes d'asile¹³. Dans le cadre de la mise en œuvre du mandat d'arrêt européen également, la Cour de justice exige classiquement un degré de confiance élevé entre les États membres qui repose sur une présomption forte de respect des droits fondamentaux par les États membres¹⁴. La Cour de justice a cependant à nouveau accepté de nuancer la

rigueur de l'application du principe de confiance mutuelle dans la mise en œuvre du mandat d'arrêt européen dans l'hypothèse de violations graves des droits fondamentaux dans l'affaire *Aranyosi et Căldăraru* rendue en 2016¹⁵. Dans cette affaire, sans doute motivée par les réticences manifestées par certaines juridictions constitutionnelles après l'arrêt *Melloni*¹⁶, l'assouplissement est admis par la Cour dans un contexte où le principe de primauté n'était pas en cause : la question était de savoir dans quelle mesure les droits fondamentaux protégés par la Charte pouvaient limiter le jeu du principe de confiance mutuelle par les États membres. L'enjeu ne portait donc pas sur une comparaison entre le standard établi par le droit national avec celui de la Charte. Cet arrêt *Aranyosi et Căldăraru* a cependant permis un rapprochement avec la CEDH sur la conception du principe confiance mutuelle comme l'a montré la décision *Avotins* rendue par la CEDH le 23 mai 2016¹⁷. On le voit, la Cour de justice, à travers ces équilibres subtils, s'érige en défenseur de l'unité et de la cohérence, au moins relatives, de l'espace juridique européen.

La conception du standard de protection équivalente se révèle en revanche beaucoup plus exigeante quand la Cour de justice l'applique à l'égard de systèmes juridiques extérieurs. Deux exemples peuvent être ici évoqués, le contrôle des mesures restrictives prises dans le cadre de la lutte contre le terrorisme par le juge de l'Union européenne et celui du respect des données personnelles. Ils montrent combien le juge de l'Union est réticent à admettre l'existence d'une protection équivalente au bénéfice d'ordres juridiques non européens. La conception très exigeante de ce standard montre la volonté de la Cour de protéger l'autonomie de l'ordre juri-

9. CJUE, 21 déc. 2011, *N. S.*, aff. jtes C-411/10 et C-493/10.

10. *Ibid.*, pt. 80.

11. Cour EDH, 21 janv. 2011, *M.S.S. c/ Belgique et Grèce*, req. n° 30696/09. Dans l'affaire *M.S.S. c/ Belgique et Grèce* relative à l'application à un demandeur d'asile du Règlement Dublin de 2003 permettant de déterminer l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, la Cour a estimé que la présomption de protection équivalente ne trouvait pas à s'appliquer; en effet, les autorités belges auraient pu, en vertu du règlement, s'abstenir de transférer le requérant si elles avaient considéré que le pays de destination, en l'occurrence la Grèce, ne remplissait pas ses obligations au regard de la Convention.

12. CJUE, 21 déc. 2011, *N. S.*, aff. jtes C-411/10 et C-493/10, *op. cit.*, pt. 99.

13. CEDH, 4 novembre 2014, *Tarakhel /Suisse*, req. n° 29217/12.

14. CJUE, 30 mai 2013, *Jeremy F.*, aff. C-168/13 PPU : CJUE, 16 juillet 2015, *Lanigan*, aff. C-237/15 PPU.

15. CJUE, 5 avril 2016, *Aranyosi et Căldăraru*, aff. jtes C-404/15 et C-659/15 PPU.

16. V. notamment la décision rendue par la Cour constitutionnelle allemande le 15 décembre 2015 (BVerfG 2 BvR 2735/14).

17. CEDH, 23 mai 2016, *Avotins/Lettonie*, req. n° 17502/07. Dans cette décision, la Cour européenne applique la jurisprudence *Bosphorus* pour affirmer une présomption d'équivalence des garanties prévues par le contrôle du respect des droits fondamentaux dans l'Union à celles exigées par la Convention. Le principe de reconnaissance mutuelle qui conduit les juges nationaux à présumer le respect des droits fondamentaux par un autre État membre de l'Union n'est pas entaché d'une insuffisance manifeste de protection des droits fondamentaux.

dique européen. Pour les mesures de lutte contre le terrorisme décidées au niveau du Comité des sanctions des Nations Unies et que l'Union applique dans le cadre d'une compétence liée, la Cour de justice a estimé que le standard minimum de garantie des droits fondamentaux n'était pas respecté par le système des Nations unies. Le refus par la Cour de justice d'admettre une présomption de validité des actes du Conseil de sécurité dans l'arrêt *Kadi* ¹⁸ illustre avec acuité l'affirmation de l'autonomie du droit de l'Union. La Cour a ainsi fait le choix d'un contrôle normal qui exclut toute présomption de validité des motifs de l'acte ¹⁹. Une telle présomption aurait pu reposer sur le renforcement des garanties entourant les procédures d'inscription auprès du comité des sanctions mis en œuvre à la suite de la jurisprudence *Kadi I*. Si la Cour avait estimé que ces procédures au niveau international garantissaient un examen suffisant du bien-fondé des inscriptions et du maintien sur les listes, elle aurait pu recourir à une telle présomption. Elle aurait permis au juge de l'Union de ne pas contrôler systématiquement le bien-fondé des décisions prises par le comité des sanctions. Les améliorations apportées à la procédure suivie au sein du comité des sanctions des Nations unies pouvaient permettre de présumer que les motifs invoqués lors d'une inscription étaient suffisamment étayés par des éléments de preuve et d'information ²⁰. Reconnaître un tel standard de protection équivalente n'était pas impossible, comme l'avait montré la Cour européenne dans l'arrêt *Al-Jedda* de 2011 ²¹, même si cette présomption de respect des droits fondamentaux par le Conseil de sécurité de l'ONU a finalement été renversée en 2012 ²² – sous l'influence d'ailleurs de la solution *Kadi I* ²³; une telle présomption de protection équivalente n'avait cependant pas vocation à s'appliquer pour toutes les résolutions du Conseil de sécurité ²⁴. Le standard de la

protection équivalente est ici au service de la primauté du droit de l'Union.

Concernant la rigueur du standard de protection équivalente à l'égard de systèmes juridiques étrangers, l'affaire *Safe Harbor* de 2015 ²⁵ montre à nouveau le refus de la Cour de justice de reconnaître une équivalence des protections, cette fois dans le domaine de la protection des données personnelles. La Cour devait examiner la validité d'une décision par laquelle la Commission avait estimé que le droit américain offrait un niveau de protection suffisant au regard de la directive 95/46 qui interdit les transferts de données à caractère personnel vers un pays tiers n'assurant pas un niveau de protection adéquat ²⁶. Le caractère adéquat renvoie, pour la Cour, à un niveau de protection des libertés et droits fondamentaux substantiellement équivalent à celui de l'ordre juridique européen; en l'espèce, le juge de l'Union a refusé de reconnaître une protection équivalente entre les ordres juridiques européen et américain. Là encore, il apparaît « qu'une telle audace, souvent de mise dans les relations que construit la Cour avec les droits "externes", et la plupart du temps au service d'une protection accrue des droits fondamentaux, n'est singulièrement plus systématiquement à l'ordre du jour quand la Cour doit juger de la conformité de certains textes essentiels du droit de l'Union, et notamment de la coopération pénale, avec les exigences et principes posés par la Charte » ²⁷.

Ce dualisme du standard de la protection équivalente, et finalement son instrumentalisation, montrent que la Cour cherche, dans une stratégie d'influence, à renforcer sa propre autorité et à protéger l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union. Ce dualisme révèle par là même la conception que la Cour se fait de son office constitutionnel. Ce dualisme se prolonge par une vision binaire de l'articulation des contrôles juridictionnels.

18. CJUE, 3 sept. 2008, *Kadi I*, aff. jtes. C-402/05 P et C-415/05 P, pt. 344.

19. CJUE, 18 juil. 2013, *Kadi II*, aff. jtes. C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P.

20. Conclusions de l'avocat général Bot présentées le 19 mars 2013, *Commission c/ Kadi*, aff. jtes C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P, pt. 87.

21. Cour EDH, 7 juil. 2011, *Al-Jedda c/ Royaume-Uni*, req. n° 27021/08.

22. Cour EDH, 12 sept. 2012, *Nada c/ Suisse*, req. n° 10593/08, § 172.

23. CJUE, 3 sept. 2008, *Kadi I*, aff. jtes C-402/05 P et C-415/05 P.

24. Cour EDH, 26 nov. 2013, *Al-Dulimi c/ Suisse*, req. n° 5809/08, § 55.

25. CJUE, 6 oct. 2015, *Schrems*, aff. C-362/14.

26. Directive 95/46/CE du 24 oct. 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JO L 281, p. 31.

27. M. Benlolo Carabo, « Chronique Droit pénal de l'Union européenne – La conservation des données à des fins d'infractions à l'aune de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *RTD eur.* 2015, p. 786.

B. La conception de la coopération juridictionnelle

Deux politiques jurisprudentielles fondamentalement divergentes sont appliquées avec constance par la Cour de justice : d'un côté, la Cour est attachée à créer des liens privilégiés avec les juridictions nationales, quitte à bousculer quelque peu la hiérarchie juridictionnelle interne aux États membres. D'un autre côté, la Cour refuse toute forme de subordination de sa propre autorité à l'égard d'une autre juridiction. Ce dualisme donne ainsi parfois le sentiment d'une instrumentalisation de coopération juridictionnelle.

En premier lieu, par une politique jurisprudentielle classique, la Cour de justice œuvre pour conférer une « plénitude de compétence »²⁸ au juge national en sa qualité de juge de droit commun du droit européen. Cette politique apparaît historiquement moins tournée vers les juridictions nationales suprêmes, et le cas échéant, constitutionnelles que vers les juges du fond, de premier ressort ou d'appel. Elle a pour effet une autonomisation de ces juridictions à un double point de vue. Autonomisation des règles contentieuses nationales d'une part, lorsque celles-ci ont pour effet d'entraver son office de juge de droit commun du droit de l'Union européenne. Autonomisation de l'ordre juridictionnel national d'autre part, lorsque la Cour entend émanciper, dans une certaine mesure, ces juridictions de la hiérarchie juridictionnelle interne. Pour leur donner « plénitude de compétence », la Cour de justice a développé des solutions qui visent explicitement à affranchir le juge national de l'autorité des juridictions supérieures. Si le juge national peut être conduit à écarter l'autorité chose jugée²⁹, l'autonomisation de la compétence du juge national à l'égard des juridictions supérieures va plus loin et s'opère sur deux plans.

D'une part, le juge national est incité, parfois tenu, à avoir une appréciation au fond indépendante des autres juridictions. C'est le cas en particulier de l'obligation d'écarter la solution au fond apportée par le juge suprême ou de celle d'écarter les modulations temporelles décidées

par le juge constitutionnel. D'un côté, la jurisprudence de la Cour de justice a eu pour effet d'amoindrir l'autorité que le juge national doit accorder aux arrêts rendus par des juridictions supérieures de son ordre juridictionnel. La Cour a ainsi très explicitement affirmé la nécessité pour le juge d'écarter dans certains cas les décisions rendues par le juge suprême : par exemple, le juge national ayant exercé un renvoi préjudiciel est lié par l'interprétation donnée par la Cour et doit donc écarter les appréciations de la juridiction supérieure s'il estime qu'elles ne lui sont pas conformes³⁰. La Cour de justice s'appuie sur les juridictions inférieures pour atténuer l'autorité des juridictions suprêmes et, par là même, asseoir l'autorité de sa propre jurisprudence. En 2016, la Cour a encore précisé l'obligation, pour les juridictions nationales, de modifier, le cas échéant, une jurisprudence établie par une Cour suprême si celle-ci repose sur une interprétation du droit interne incompatible avec le droit de l'Union³¹. D'un autre côté, le juge national doit écarter une loi nationale contraire au droit de l'Union en dépit du maintien temporaire de ses effets décidé par le juge constitutionnel. Pour la Cour, la primauté du droit de l'Union impose au juge national de laisser inappliquées les dispositions nationales contraires, « indépendamment de l'arrêt de la juridiction constitutionnelle nationale qui a décidé l'ajournement de la perte de force obligatoire des mêmes dispositions, jugées inconstitutionnelles »³². De la même façon, l'affaire *Winner Wetten* a nuancé l'autorité sur le juge national de la décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande de maintenir à titre transitoire les effets de la réglementation interne³³.

D'autre part, le juge national doit être pleinement libre d'exercer sa compétence préjudicielle comme il l'entend, sans être entravé par l'appréciation divergente de juridictions supérieures. L'autonomisation de la compétence du juge national passe par la mise à l'écart de l'obligation faite aux juridictions inférieures, lorsque leur décision de renvoi a fait l'objet d'un appel, de suspendre, voire de rapporter leur demande de

28. A. Barav, « La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire », in *L'Europe et le droit, Mélanges en l'honneur de J. Boulois*, Dalloz, 1992, p. 1 s., spéc. p. 15.

29. CJCE 18 juil. 2007, *Lucchini*, aff. C-119/05, Rec. I-6199, pt. 62.

30. CJUE 5 oct. 2010, *Elchinov*, aff. C-173/09, pt. 30.

31. CJUE, 19 avr. 2016, *Dansk Industri*, aff. C-441/14, pt 33 ; CJUE, 5 juil. 2016, *Ognyanov*, aff. C-614/14, pt. 35.

32. CJCE, 19 nov. 2009, *Filipiak*, aff. C-314/08, Rec. p. I-11049, pt. 85.

33. CJUE, 8 sept. 2010, *Winner Wetten*, aff. C-409/06, pts. 61 et 62.

décision préjudicielle. L'appréciation de la pertinence et de la nécessité de la question préjudicielle relève de la seule responsabilité de la juridiction qui ordonne le renvoi préjudiciel ; lui seul peut tirer les conséquences d'un jugement rendu dans le cadre d'un appel contre la décision ordonnant le renvoi préjudiciel, et il n'appartient donc qu'à lui de conclure qu'il convient de maintenir sa demande de décision préjudicielle, de la modifier ou de la retirer³⁴. De la même façon, une règle procédurale nationale imposant à une chambre d'une juridiction statuant en dernier ressort, lorsqu'elle ne partage pas l'orientation définie par l'assemblée plénière, de renvoyer cette question à l'assemblée plénière est incompatible avec les exigences du renvoi préjudiciel³⁵. La volonté de rendre les juges nationaux plus indépendants des juridictions supérieures ou constitutionnelles s'incarne aussi dans l'élargissement de l'obligation qui leur est faite de poser une question préjudicielle. L'*obiter dictum* de l'arrêt *Melki* a offert à la Cour de justice une nouvelle occasion d'imposer une obligation spécifique de renvoi préjudiciel. Le caractère prioritaire d'une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité d'une loi nationale dont le contenu se limite à transposer les dispositions impératives d'une directive de l'Union pouvant porter atteinte à la compétence de la Cour, elle a écarté la priorité accordée à l'exception d'inconstitutionnalité dans ce cas précis³⁶. Elle impose ainsi une nouvelle obligation de renvoi ; avant le contrôle incident de constitutionnalité d'une loi dont le contenu se limite à transposer les dispositions impératives d'une directive, les « juridictions suprêmes sont tenues d'interroger la Cour de justice sur la validité de cette directive, à moins que la juridiction déclenchant le contrôle incident de constitutionnalité n'ait elle-même choisi de saisir la Cour de justice de cette question »³⁷. Plus récemment, la Cour de justice a d'ailleurs ajouté que les juridictions suprêmes étaient tenues de la saisir d'une question préjudi-

cielle dans l'hypothèse où il existerait des décisions divergentes des juridictions inférieures sur l'interprétation d'un acte de l'Union ou des difficultés d'interprétation récurrentes de celui-ci dans les différents États membres³⁸. Pour renforcer cette obligation, la Cour a, dans le même temps, assoupli les conditions d'engagement de la responsabilité de l'État pour les dommages causés aux particuliers en raison d'une violation du droit de l'Union commise par une juridiction suprême³⁹. Enfin, la Cour de justice a affirmé, dans l'arrêt *Association France Nature Environnement* de 2016, qu'une juridiction suprême était, en principe, tenue de la saisir à titre préjudiciel, afin qu'elle puisse apprécier si, exceptionnellement, un acte national contraire au droit de l'Union pouvait être provisoirement maintenu, au regard d'une considération impérieuse liée à la protection de l'environnement⁴⁰. Cette jurisprudence révèle une « stratégie de banalisation de la dimension constitutionnelle »⁴¹ de l'office des juridictions suprêmes nationales.

En second lieu, la mise en parallèle de cette politique jurisprudentielle avec les solutions qu'elle adopte à l'égard de juridictions supranationales pouvant avoir une autorité sur sa propre juridiction fait apparaître un contraste assez évident. La réticence de la Cour envers la mise en place de contrôles juridictionnels supérieurs ou concurrents à celui qu'elle exerce semble tout à fait manifeste. Des affaires retentissantes telles que l'avis 1/09 sur la juridiction du brevet⁴², ou l'avis 2/13 sur l'adhésion de l'Union à la Convention EDH illustrent cette tendance à écarter tout contrôle juridictionnel externe à l'Union. Bien que la motivation de ces avis ne fasse pas toujours apparaître explicitement cette réticence du juge de l'Union, il semble difficile de penser que de telles considérations n'ont pas joué un rôle fort dans ces solutions. Tout projet d'accord établissant, en substance, une nouvelle structure juridictionnelle, ou envisageant d'adhérer à un système juridictionnel existant se heurte inévita-

34. CJCE, 16 déc. 2008, *Cartesio*, aff. C-210/06, Rec. p. I-9641.

35. CJUE, 5 avr. 2016, *Puligienica Facility Esco (PFE)*, aff. C-689/13.

36. CJUE, 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, aff. jtes C-188/10 et C-189/10, pt. 54.

37. *Ibid.*, pt. 56.

38. CJUE, 9 sept. 2015, *Ferreira da Silva e Brito*, aff. C-160/14.

39. *Ibid.*

40. CJUE, 28 juillet 2016, *Association France Nature Environnement*, aff. C-379/15.

41. M. Blanquet, « Le dialogue entre les juges constitutionnels et la Cour de justice : enfin des mots, toujours des maux ? », in B. Bertrand, F. Picod et S. Roland (dir.), *L'identité du droit de l'Union européenne, Mélanges en l'honneur de Claude Blummann*, Bruylant, 2015, p. 289 s., spéc. p. 290.

42. CJUE, 8 mars 2011, *Projet d'accord de création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets*, avis 1/09, Rec. I-01137.

blement aux « éléments fondamentaux de l'ordre juridique et du système juridictionnel de l'Union, tels qu'ils ont été conçus par les traités fondateurs et développés par la jurisprudence de la Cour »⁴³. Si la Cour affirme classiquement qu'un accord international prévoyant la création d'une juridiction n'est, en principe, pas incompatible avec le droit de l'Union⁴⁴, une telle attribution de nouvelles compétences juridictionnelles ne doit pas dénaturer la fonction de la Cour telle qu'elle est conçue dans les traités. Un tel accord peut avoir des incidences sur ses propres compétences pourvu que les conditions essentielles de préservation de la nature de celles-ci soient remplies et que, partant, il ne soit pas porté atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union.

En pratique cependant, chaque tentative d'établissement d'une nouvelle juridiction, supérieure ou concurrente à la Cour, se heurte à un refus de la Cour. Cela a d'abord été le cas de la Cour de l'Espace économique européen⁴⁵ dont la Cour de justice avait estimé qu'elle dénaturait ses propres compétences. Dans le prolongement de cette solution, l'avis 1/09 sur la juridiction du brevet est assez étonnant puisque la juridiction envisagée n'empiétait pas sur les compétences de la Cour. Pour la juger contraire au droit de l'Union, la Cour semble passer par une forme d'instrumentalisation des juridictions nationales qui, semble-t-il, remplissent, en collaboration avec elle, « une fonction qui leur est attribuée en commun, en vue d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités »⁴⁶; les fonctions attribuées aux juridictions nationales étant ainsi « essentielles à la préservation de la nature même du droit institué par les traités »⁴⁷, la Cour peut écarter le projet de création d'une juridiction du brevet qui empiète sur leurs compétences.

L'avis sur l'adhésion rendu par la Cour de justice en 2014⁴⁸ fait apparaître la réalité du rapport de forces entre les juges. Pour la Cour, une telle adhésion affecterait « les caractéristiques spécifiques de l'Union et de son droit » et notamment

« celles relatives à la structure constitutionnelle de l'Union »⁴⁹. L'autonomie du droit de l'Union par rapport au droit international impose donc le respect intégral de la structure et des objectifs de l'Union, comme l'avait déjà montré l'arrêt *Kadi*, et l'autonomie du droit de l'Union conduit la Cour à défendre sa propre autonomie. Ainsi, l'office constitutionnel de la Cour de justice ne peut se comprendre qu'à travers l'importance de ce concept structurant d'autonomie du droit de l'Union.

II. La variation des techniques

L'ambiguïté du contrôle juridictionnel peut être liée au fait que des concepts ou principes apparemment similaires peuvent exprimer deux types de contrôle fondamentalement différents et servir, en définitive, deux finalités distinctes. La Cour peut jouer sur les interprétations, parfois sur les mots, pour entretenir cette ambiguïté. La plasticité des normes (A) permet une justiciabilité différenciée des actes. La souplesse du contrôle juridictionnel le rend alors équivoque, parfois même en trompe l'œil (B).

A. La plasticité des normes

Le contrôle juridictionnel de la Cour de justice peut être équivoque quand il présente une unité de façade entre les différents aspects de son office constitutionnel; la Cour se fonde sur un principe ou un concept *a priori* identiques alors même que cette application s'opère dans des conditions assez différentes. On peut évoquer deux séries d'exemples : d'une part, la justiciabilité différenciée de certains principes juridiques et d'autre part, le double régime juridique de l'effet direct selon les actes en cause.

D'une part, on observe une justiciabilité différenciée des principes présentés comme unitaires par la Cour de justice. Cette différenciation a pour conséquence de renforcer le contrôle des actes nationaux tout en allégeant celui des actes législatifs européens. Le principe de précaution

43. *Ibid.*, pt. 64.

44. CJCE, 14 déc. 1991, *Projet d'accord portant sur la création de l'Espace économique européen*, avis 1/91, *Rec.* I-06079, pt. 40.

45. CJCE, 14 déc. 1991, avis 1/91 *op. cit.*

46. CJUE, 8 mars 2011, *Projet d'accord de création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets*, avis 1/09, *Rec.* I-01137, pt. 69.

47. *Ibid.*, pt. 85.

48. CJUE, 18 déc. 2014, *Projet d'accord sur l'adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, avis C-2/13.

49. *Ibid.*, pts. 164 et 165.

peut illustrer cette dualité. Si la Cour a donné une définition uniforme du principe de précaution, une telle unité conceptuelle n'empêche pas une application différenciée. L'hétérogénéité contentieuse du principe de précaution se manifeste de différentes façons. Un premier élément de différenciation concerne l'invocabilité du principe de précaution. À l'évidence la Cour est réticente à une large invocabilité de ce principe par les États membres⁵⁰ : ainsi, elle peut parfois éluder la qualification du principe ou déplacer subtilement le débat sur le terrain de la prévention pour tenter de limiter l'invocabilité du principe de précaution par les autorités nationales. Cette stratégie d'évitement n'apparaît pas en revanche quand il s'agit de contrôler les actes des institutions européennes. Cette ambiguïté est confortée par une modulation du régime procédural du principe, notamment en termes de preuves. Si la Cour permet aux institutions d'invoquer le principe de précaution en l'absence d'étude scientifique concluante⁵¹, les États membres doivent systématiquement apporter la preuve des conséquences potentiellement négatives d'un produit qu'ils souhaitent interdire sur ce fondement⁵². Ces apories sont relayées par les questions relatives à la qualification du principe puisque la Cour de justice ne l'a jamais expressément qualifié de principe général du droit⁵³; cela ne doit sans doute rien au hasard dès lors qu'une telle qualification implique un régime juridique précis, notamment en termes d'invocabilité. Le flou et les imprécisions ainsi entretenus par la Cour sur le régime contentieux du principe de précaution autorisent des variations dans son application. L'hétérogénéité contentieuse du principe de précaution est encore alimentée par le fait que la Cour de justice mêle souvent son appréciation à celle du principe de proportionnalité. Si la Cour se contente d'un contrôle minimal de l'erreur manifeste à l'égard des institutions européennes⁵⁴, elle opère un contrôle de proportionnalité beaucoup plus exigeant, proche d'un contrôle maximum, à l'égard des mesures nationales.

D'une manière générale, le principe de proportionnalité n'a à l'évidence pas la même intensité selon qu'il s'applique aux actes des institutions et aux actes du droit national. Appliqué aux actes législatifs européens, il semble un principe assez peu opérant. Il implique, aux termes de l'article 5 TUE, que le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités. Le contrôle juridictionnel de ce principe s'avère des plus erratiques; il est d'ailleurs généralement mis en œuvre avant celui du principe de subsidiarité en dépit l'incohérence d'un tel raisonnement. On peine ainsi à trouver un arrêt de la Cour de justice annulant un acte législatif européen sur le fondement de ce principe. Le contraste avec l'application de ce principe aux actes nationaux dans le cadre du renvoi préjudiciel en interprétation est assez net. Rares sont les mesures nationales constitutives d'une entrave aux libertés de circulation, même justifiées par une dérogation textuelle ou une raison impérieuse d'intérêt général, qui passent le cap du test de proportionnalité. L'ambiguïté du principe de proportionnalité vient sans doute du fait qu'il existe en réalité deux principes de proportionnalité qui ne sont pas identiques. Le principe de proportionnalité, appliqué aux institutions, est un principe textuel, inscrit dans les traités, alors que le principe de proportionnalité appliqué aux autorités nationales est un principe général du droit européen⁵⁵. L'application du principe de proportionnalité aux États membres par le biais d'un principe général du droit de l'Union a sans doute au passage autonomisé ce principe en en faisant un principe juridique distinct du principe textuel applicable aux institutions.

Un second concept en trompe l'œil, qui ouvre par là même la voie à d'importantes modulations contentieuses, est, dans le prolongement de la question de l'invocabilité, celui de l'effet direct. Au-delà de l'autorité juridique de principe acquise par les conventions internationales régulièrement entrées en vigueur dans l'ordre juri-

50. Concl. Poirares Maduro dans l'affaire C-41/02, *Commission c/ Pays-Bas*, pt. 30.

51. CJUE, 8 juil. 2010, *Afton Chemical Limited*, aff. 343/09, pt 53; CJUE, 22 déc. 2010, *Gowan Comercio Internacional*, aff. C-77/09, pt. 76.

52. CJUE, 28 janv. 2010, *Commission c/ France*, aff. C-333/08, pt. 95.

53. Le Tribunal s'est montré plus clair sur la qualification mais il n'a jamais été suivi par la Cour. TPI, 26 nov. 2002, *Artogodan c/ Commission*, aff. jtes T-74/00, T-76/00, T-83/00, T-84/00, T-85/00, T-132/00, T-137/00 et T-141/00, pt. 184.

54. CJCE, 5 mai 1998, *National Farmers' Union*, aff. C-157/96, Rec. I-02211, pt. 67.

55. B. Bertrand, « Retour sur un classique. Quelques remarques sur la catégorie des principes généraux du droit de l'Union européenne », *RFDA* 2013, p. 1217.

dique de l'Union, se pose la question de leur efficacité contentieuse; le caractère opérant des règles internationales conventionnelles dépend de leurs caractéristiques, notamment de leur effet direct. La jurisprudence montre une réelle réticence de la Cour à leur reconnaître un effet direct, ce qui conduit à relativiser l'autorité dont bénéficient normalement les conventions internationales dans l'ordre juridique européen, tant devant la Cour de justice que devant le juge national.

L'effet direct du droit de l'Union est reconnu par la Cour dans les cas où les dispositions d'un acte sont inconditionnelles et suffisamment précises. La jurisprudence de la Cour a appliqué ces critères de manière à étendre assez largement la justiciabilité du droit de l'Union et lui donner une efficacité maximale. Pour les accords internationaux conclus par l'Union en revanche, la reconnaissance de l'effet direct est beaucoup plus stricte; classiquement, une disposition d'un accord conclu par l'Union est d'application directe lorsque, eu égard à ses termes ainsi qu'à l'objet et à la nature de l'accord, elle comporte une obligation claire et précise qui n'est subordonnée, dans son exécution ou dans ses effets, à l'intervention d'aucun acte ultérieur⁵⁶. Le même critère, celui de l'existence d'une disposition ou obligation claire, précise et inconditionnelle, n'est pas interprété de la même façon puisque, dans le cas des accords internationaux, il doit être apprécié en tenant compte de l'objet et à la nature de l'accord, « ce qui revient à dire que les dispositions d'un accord, quoique rédigées en termes identiques à celles d'un article du traité FUE reconnu d'effet direct pourraient donc se voir refuser le même effet »⁵⁷. Pour la Cour de justice, les effets, dans l'ordre juridique de l'Union, des stipulations d'un accord conclu avec les États tiers « ne sauraient être déterminés en faisant abstraction de l'origine internationale de ces stipulations »⁵⁸. De surcroît, la Cour a durci encore davantage les conditions d'invocabilité de ces accords en affirmant qu'elle ne pouvait procéder à l'examen de la validité d'une acte de l'Union au regard d'un traité international que

lorsque la nature et l'économie de celui-ci ne s'y opposaient pas⁵⁹. La Cour apprécie donc la question de l'effet direct en se fondant sur l'esprit, l'économie ou les termes de l'accord⁶⁰. En somme, les dispositions d'un accord international auquel l'Union est partie ne peuvent être invoquées à l'appui d'un recours en annulation d'un acte de droit dérivé de l'Union ou d'une exception tirée de l'illégalité d'un tel acte qu'à la condition, d'une part, que la nature et l'économie de cet accord ne s'y opposent pas et, d'autre part, que ces dispositions apparaissent, du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises⁶¹. Ainsi, l'affirmation selon laquelle les accords internationaux conclus par l'Union lient les institutions de celle-ci et prévalent, par conséquent, sur les actes qu'elles édictent est en pratique fortement relativisée. Le concept d'effet direct peut ainsi donner lieu à des équivoques et, à travers la marge d'appréciation qu'il laisse à la Cour de justice, confirme qu'il peut servir des finalités opposées : son interprétation large s'agissant de l'invocabilité du droit de l'Union permet clairement d'en renforcer l'efficacité; son interprétation très restrictive s'agissant de l'invocabilité du droit international permet d'en limiter fortement l'autorité et de préserver ainsi l'intégrité de l'ordre juridique européen. Cela confirme, à nouveau, la dualité de l'office constitutionnel de la Cour de justice.

B. La souplesse du contrôle

Le dualisme de l'office constitutionnel de la Cour de justice se manifeste également à travers la question de l'intensité du contrôle juridictionnel; la Cour assume clairement faire un contrôle seulement minimum des actes législatifs qui expriment des choix politiques. La Cour a reconnu au législateur européen un large pouvoir d'appréciation lorsque son action implique des choix de nature politique, économique et sociale et lorsqu'il est appelé à effectuer des appréciations et des évaluations complexes. Même en dehors du cadre du contrôle restreint, le juge reste généralement très mesuré dans l'exercice du contrôle normal à l'égard des institutions. L'appréciation

56. CJCE, 30 sept. 1987, *Demirel*, aff. 12/86, *Rec.* p. 3719, pt. 14.

57. M. Blanquet et G. Isaac, *Droit général de l'Union européenne*, Sirey, 10^e éd., 2012, p. 396.

58. CJCE, 9 sept. 2008, *FIAMM*, aff. jtes C-120/06 P et C-121/06 P, pt. 108.

59. CJCE, 10 janv. 2006, *IATA et ELFAA*, aff. C-344/04, *Rec.* p. I-403, pt. 39.

60. CJCE, 9 sept. 2008, *FIAMM*, aff. C-120/06 P et C-121/06 P, *op. cit.*, pt. 108.

61. CJCE, 3 juin 2008, *Intertanko*, aff. C-308/06, pt. 45.

très formelle des principes régulateurs de l'exercice des compétences par les institutions donne le sentiment que la Cour reste toujours un peu en deçà du contrôle normal, même quand elle prétend opérer ce type de contrôle. C'est un sentiment inverse qui alimente le contrôle d'actes adoptés en exécution d'obligations internationales.

L'arrêt *Kadi II*⁶² pose le principe d'un contrôle « complet » sur la légalité interne et externe des décisions prises en exécution d'une décision du comité des sanctions. Pour la Cour de justice, l'effectivité du contrôle juridictionnel exige que, au titre du contrôle de la légalité des motifs sur lesquels est fondée une telle décision – d'inscrire ou de maintenir le nom d'une personne – le juge de l'Union s'assure que cette décision repose sur une base factuelle suffisamment solide. Cela implique une vérification des faits évoqués dans l'exposé des motifs de la décision, de sorte que le contrôle juridictionnel ne soit pas limité à l'appréciation de la vraisemblance abstraite des motifs invoqués, mais porte sur le point de savoir si ces motifs sont étayés même dans l'hypothèse – très fréquente dans ce contentieux – où des questions de confidentialité se poseraient et mettraient en cause des considérations impérieuses touchant à la sûreté de l'Union ou de ses États membres ou à la conduite de leurs relations internationales⁶³. Ce contrôle normal s'apparente fort en pratique à un contrôle maximum. Pourtant, de nombreuses raisons plaident en faveur d'une limitation de l'intensité du contrôle ; le pouvoir d'appréciation des institutions, la question de l'accès aux éléments d'information et de preuve liés aux mesures restrictives et le respect des obligations internationales de l'Union pouvaient militer pour l'application d'un contrôle juridictionnel restreint, limité à l'erreur manifeste d'appréciation. La forte intensité du contrôle sur ces actes semble participer d'une certaine vision du système politico-juridique de l'Union que la Cour manifeste quand elle est confrontée à des systèmes juridiques extérieurs. Cette politique jurisprudentielle alimente à nouveau l'impression

de dualité de l'office constitutionnel de la Cour de justice.

Là encore, le contraste est fort, mais peut-être logique, entre la modération dont elle fait généralement preuve à l'égard des institutions européennes, notamment lors de son contrôle de légalité des actes législatifs de l'Union, et l'audace qu'elle manifeste à l'égard d'actes issus d'un autre ordre juridique. Le paradoxe est le suivant : la Cour n'hésite pas à rendre des décisions très audacieuses, porteuses d'une conception forte du droit de l'Union et de son autonomie lorsqu'il s'agit de s'affirmer face à d'autres systèmes juridiques. Des affaires comme l'arrêt *Kadi*⁶⁴ ou l'avis 2/13⁶⁵ montrent qu'elle peut défendre une vraie vision du système politico-juridique européen, vision que l'on peine à retrouver dans les arrêts portant sur des enjeux institutionnels internes à l'Union. Si elle accompagne encore certaines évolutions juridiques, elle paraît moins défendre une vision du système politique de l'Union que faire preuve de réalisme institutionnel. Si la Cour joue encore, ponctuellement, un rôle moteur sur certaines questions institutionnelles, elle semble surtout animée par une volonté pragmatique de favoriser le processus décisionnel, comme ont pu le montrer l'arrêt *AEMF*⁶⁶ ou l'arrêt sur les coopérations renforcées⁶⁷. Si un tel pragmatisme peut permettre quelques avancées, celles-ci ne sont plus soutenues par une vision politique des enjeux constitutionnels internes. La Cour manifeste une volonté de préserver l'intégrité externe de l'ordre juridique européen et, dans le même temps, se contente de ne pas entraver la souplesse et l'évolution interne de ce même système juridique, qui semble ainsi parfois perdre un peu de son identité.

Les principes régulateurs de l'exercice des compétences restent imprécis : les principes d'équilibre institutionnel ou de subsidiarité par exemple doivent sans doute comporter une dimension politique pour être pleinement opérants. Ils expriment des enjeux de pouvoirs déterminants dans les rapports interinstitutionnels,

62. CJUE, 18 juil. 2013, *Kadi II*, aff. jtes C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P, pt. 133.

63. *Ibid.*, pt. 119.

64. CJCE, 3 sept. 2008, *Kadi et Al Barakaat c/ Conseil et Commission*, aff. jtes C-402/05 P et C-415/05 P, Rec. I-6351.

65. CJUE, 18 déc. 2014, *Avis 2/13 op. cit.*

66. CJUE, 22 janv. 2014, *Royaume-Uni c/ Parlement et Conseil*, aff. C-270/12.

67. CJUE, 16 avr. 2013, *Espagne et Italie c/ Conseil*, aff. jtes C-274/11 et C-295/11.

mais dont la justiciabilité ne s'impose pas avec évidence. La grande prudence de la Cour montre toute la réticence qui est la sienne à prendre toute la mesure de ces principes. Une conception plus politique de la justice constitutionnelle est sans doute nécessaire pour permettre une pleine justiciabilité de tels principes ; à l'inverse, une appréhension purement formelle de ces principes limite drastiquement leur portée. En jugeant les rapports institutionnels à l'aune de ces principes, la Cour de justice s'inscrit nécessairement au cœur des rapports de pouvoirs ; si elle a semblé assumer cette conception politique de son office constitutionnel à l'origine de la construction européenne, la jurisprudence est beaucoup plus nuancée depuis une ou deux décennies. Le juge de l'Union paraît désormais avancer avec plus de prudence quand il est confronté à ces enjeux institutionnels, privilégiant une interprétation littérale des textes au détriment d'une véritable vision du système juridico-politique européen. La jurisprudence relative aux questions institutionnelles internes montre que la Cour de justice ne paraît plus animée par une véritable vision du système politico-juridique de l'Union, les « grands arrêts » du droit institutionnel – devenus au demeurant rarissimes – paraissant plutôt fondés sur une logique purement fonctionnelle. Or, s'il est nécessaire d'encadrer juridiquement le contentieux interinstitutionnel, il est difficile d'éluder totalement les enjeux politiques dont il est intrinsèquement porteur. Cela renvoie à la question, fondamentale dans le contentieux interinstitutionnel, de savoir si de tels enjeux politiques et institutionnels peuvent véritablement être saisis exclusivement par le droit.

À l'origine, la Cour de justice a bâti toute sa jurisprudence autour d'une certaine vision du droit de l'Union, conçu comme un droit de l'intégration, s'érigeant en juge constitutionnel à travers un « constitutionnalisme de marché »⁶⁸. Si la notion d'intégration reste au cœur du projet européen, elle semble relayée par un autre concept, celui d'autonomie du droit de l'Union. S'il n'est évidemment pas nouveau, il trouve une acuité renouvelée dans le rôle défensif qu'il joue

désormais à l'égard des systèmes extérieurs au système juridique européen. Le concept d'intégration a permis de construire le système européen de l'intérieur, celui d'autonomie permet de le défendre et de le maintenir à l'égard de l'extérieur. Certes, derrière ces deux concepts, c'est toujours la spécificité du droit de l'Union qui apparaît en filigrane. Mais si l'office constitutionnel de la Cour de justice se dissocie progressivement, c'est peut-être parce que la notion d'intégration elle-même semble désormais duale⁶⁹. Cela peut signifier plusieurs choses. Soit la Cour de justice assouplit les exigences de l'intégration sur le plan interne parce qu'elle estime que la construction du système juridique européen est parvenue à une forme d'aboutissement, et qu'elle est aujourd'hui suffisamment forte pour ne plus avoir besoin d'une jurisprudence de combat. Soit, sensible à la revalorisation de la légitimité étatique qui alimente la dynamique européenne depuis quelques temps, la Cour tempère ses solutions pour rendre sa jurisprudence cohérente avec cette nouvelle logique institutionnelle et donc plus acceptable pour les États membres. Or, « si la Cour est bien une Cour constitutionnelle, elle doit fournir le moyen d'aborder dans les litiges concrets le problème des fondements identitaires de l'Union. Il ne s'agit plus seulement de concilier des exigences concurrentes dignes de protection, mais de lier les cas d'espèce à la constitution d'un collectif »⁷⁰.

La conception défensive à l'égard de l'extérieur pourrait bien s'apparenter au Désert des tartares imaginé par Buzzati. À l'image de cette dernière sentinelle d'une frontière morte, la Cour n'a sans doute rien à attendre de ce conflit improbable avec l'ordre juridique international et on ne peut s'empêcher de se demander dans quelle mesure la protection de l'ordre juridique européen contre les interférences extérieures a véritablement un sens. Est-ce vraiment là la fonction essentielle de la Cour dans un contexte où la méthode intégrée, parfois encore qualifiée de méthode communautaire, semble progressivement s'effriter ? Cette focalisation sur la défense de l'autonomie autorise, par un effet de rétroaction, un affaiblissement des exigences internes

68. L. Azoulay, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *op. cit.*

69. B. Bertrand, « La nouvelle approche du droit de l'intégration », in B. Bertrand, F. Picod et S. Roland (dir.), *L'identité du droit de l'Union européenne, Mélanges en l'honneur de Claude Blummann*, *op. cit.*, p. 553.

70. L. Azoulay, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *op. cit.*

de l'intégration. Aussi, le véritable enjeu est sans doute moins la défense envers l'extérieur que la consolidation d'une intégration menacée par l'affaiblissement d'une conception cohérente du système politico-juridique européen. Cette dissociation reste cependant respectueuse de la souveraineté des États et s'inscrit dans la tendance à la revalorisation de la légitimité étatique dans l'Union. Là réside peut-être la distinction avec les juridictions suprêmes nationales qui, souvent plus soucieuses de préserver l'identité interne de leur ordre juridique, semblent, à l'inverse de la Cour, plus exigeantes sur le plan interne et, finalement, plus souples sur le plan externe.

Quels que soient les fondements de cette politique jurisprudentielle, les assouplissements

internes acceptés par la Cour de justice s'accompagnent, à la manière de vases communicants, par une jurisprudence très défensive sur le plan externe. La dualité de l'office constitutionnel de la Cour de justice trouve alors peut-être une explication à travers une forme de mécanique des fluides : si une conception homogène du système politico-juridique européen devait irriguer les différentes dimensions de l'office constitutionnel de la Cour de justice, les exigences propres à chacune d'entre elles devraient s'équilibrer. En revanche, si la conception du système politico-juridique européen n'était plus homogène, notamment si les exigences d'autonomie devaient dépasser celles de l'intégration, l'équilibre serait alors rompu.

Petit cinq du Grand A :

L'office du juge en procédure civile

L'office du juge en procédure civile

Georges Bolard

Professeur à la Faculté de Droit de Dijon

1. « Ne jugez pas... ». Le précepte n'est pas seulement évangélique. À qui l'aurait oublié, il rappelle aussi que le jugement porté sur les actes de son semblable n'est pas *a priori* légitime. Ce n'est pas seulement parce que nul ne sonde avec certitude « les reins et les cœurs ». C'est encore en raison de la nature du jugement lequel suppose, chez le juge, une référence souveraine à laquelle comparer l'acte du justiciable. À quel titre l'acte revendiqué par le justiciable comme légitime devrait-il être condamné par le juge ? Entre les préférences de deux être humains, à quel titre retenir l'une et rejeter l'autre ?

Le pouvoir du juge dépasse le pouvoir du moraliste et du confesseur. Ces derniers portent une appréciation sans pouvoir l'imposer. Le contraste est saisissant, alors qu'en outre moraliste ou confesseur se réfèrent à Dieu ou à un système de pensée transcendant, appelés à livrer la référence source de leur appréciation.

L'acte juridictionnel est un acte hors du commun. Œuvre d'un homme, il porte appréciation des actes d'autres hommes aux fins de les sanctionner ou d'en imposer les effets par la

contrainte sociale. L'organisation sociale exige l'admission de pareille anomalie. Sauf société totalitaire ou arbitraire, ce ne peut pas être sans précaution.

2. La précaution première, au sens d'originelle, est évidemment l'impartialité du juge.

Elle n'est pas l'indépendance du juge. « L'indépendance est un préalable à l'impartialité ; on ne peut être impartial si, déjà, on n'est pas indépendant »¹. Autrement dit l'indépendance du juge est une condition ou un instrument de l'impartialité.

L'impartialité du juge n'est pas plus la prétendue « impartialité objective ». Seule importe « l'impartialité subjective », qui siège dans l'esprit du juge, *a priori* ouvert à toutes les solutions². « L'impartialité objective » résulte seulement de l'absence d'indices propres à faire suspecter le juge de partialité ou de la présence de « garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime »³. Or on peut présenter toutes les garanties apparentes et être intimement partial. On peut même ne pas présenter toutes les garanties apparentes requises et con-

1. S. Guinchard et al., *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, Dalloz, Précis, 8^e éd., 2015, n° 340.

2. *Ibid.*, n° 363 et les réf. citées, spéc. Mme R. Koering-Joulin.

3. Cour EDH, 1^{er} oct. 1982, req. n° 8692/79, *Piersack c/ Belgique*.

server son impartialité, ce dont témoigne dans l'arbitrage l'art. 1456 CPC⁴.

L'impartialité du juge tient à l'absence de préjugé. Dans l'intimité de sa pensée, serait-elle inconsciente, le juge ne doit pas avoir une préférence *a priori* pour une solution. C'est ce qu'expriment en droit français les cas classiques de récusation énoncés naguère à l'art. 341 CPC, aujourd'hui à l'art. 111-6 COJ : les liens pré-alables du juge avec l'une des parties ou le litige ne doivent pas l'inciter, consciemment ou non, à retenir une décision plutôt que l'autre. C'est du litige seulement, objectivement examiné, que le juge doit tirer sa décision. Il ne doit pas la chercher ailleurs que dans le litige.

Corrélativement l'impartialité du juge emporte l'aptitude à changer d'avis⁵. Car la réflexion sur les faits litigieux, la distinction parmi les faits allégués des faits tenus pour vrais ou prouvés, et l'analyse du droit applicable peuvent conduire le juge à corriger son appréciation première ou seconde, par essence provisoire tant que le jugement n'est pas rendu⁶. Libre de tout préjugé, le juge élabore sa décision par un raisonnement évolutif, selon ce que révèlent l'instruction du litige et la réflexion dans l'application de la règle de droit à des faits peut-être progressivement perçus. L'une des fonctions du principe de la contradiction est précisément d'éclairer le juge, par les allégations des parties en fait et en droit⁷ : à quoi bon si l'appréciation du juge ne pouvait pas être modifiée ?

3. Encore faut-il prendre la mesure de l'absence de préjugé. Les cas classiques de récusation du juge, aujourd'hui énoncés à l'art. 111-6 COJ, visent le préjugé décelé dans les liens du juge

avec le litige ou les parties au litige. L'analyse est spontanée et légitime. Elle n'est pas suffisante.

Il faut aussi assurer « la protection du justiciable contre les convictions personnelles du juge »⁸, voire contre ses émotions et ses impressions. L'objectivité et la lucidité vis-à-vis de soi-même relèvent d'une vertu rare, peut-être inaccessible dans l'absolu. Pour échapper à la propension à se préférer soi-même, le juge a besoin d'une référence qui lui soit extérieure. C'est la règle générale et abstraite, applicable à tous et source du critère de la décision.

La séparation des pouvoirs n'est pas seulement un principe d'organisation des pouvoirs. Elle garantit en outre que le juge ne fera pas sa propre loi, variable au gré des espèces, pas plus que le législateur ne serait admis à trancher un litige. Elle garantit, autant que faire se peut, l'objectivité des jugements, grâce à l'application d'une règle instituée par une autorité autre que l'autorité chargée de l'imposer aux sujets de droit, dont le justiciable.

4. Obligeant le juge à appliquer la règle de droit aux faits litigieux, l'art. 12 CPC n'est pas le fruit du hasard. Il est l'expression d'un principe directeur du procès, principe de « juridiction »⁹, nécessaire à l'administration d'une justice impartiale. La solution n'est pourtant pas si facilement admise.

Un incident parlementaire de mai 2016 est révélateur. Par amendement à un projet de loi relatif à la « justice du XXI^e siècle », le garde des Sceaux proposait à la Commission des Lois de l'Assemblée Nationale de supprimer, en matière civile, le contrôle de l'application de la loi, en en libérant la Cour de cassation sans en transférer la charge à quiconque. La réforme était subrep-

4. Le texte impose à l'arbitre de « révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité ». Il n'interdit pas aux parties de le confirmer dans ses fonctions.

5. Ce dont la Cour de cassation française n'a peut-être pas suffisamment tenu compte, v., malgré l'avis contraire du Procureur général Burgelin, Ass. plén., 6 nov. 1998, n° 94-17709 et n° 95-11006, D. 1999, p. 1 concl. J.-F. Burgelin, JCP G 1998, II, p. 10198, rapp. P. Sargos, *Procédures* 1999, p. 3, obs. R. Perrot, *Gaz. Pal.* 1998, 2-865 note F.-J. Pansier, Gladier et J. Guigüe, comp. M.-A. Frison-Roche, « L'impartialité du juge », D. 1999, p. 53.

6. V. H. Motulsky, *infra* n° 8 ; G. Bolard, « L'impartialité du juge au risque de la loi ? », JCP G 2015, p. 1085 ; V. Bolard, « Preuve et Vérité au Luxembourg », in *La preuve, Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. LXIII, Bruylant, 2013, p. 886, n° 4.

7. V. G. Bolard, « Principe des droits de la défense », in S. Guinchard (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz, Dalloz action, 9^e éd., 2017-18, n° 222-34.

8. S. Guinchard et al., *Droit processuel*, op. cit., n° 396-1.

9. G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, PUF, Thémis, 3^e éd., 1996, p. 92, 123 et 451 ; V. Bolard, « La Cour de cassation consacre l'obligation de requa-lifier », *Journal Trib. Luxembourg* 2012, p. 8, n° 5 (« L'autonomie du principe de juridiction ») ; C. Chainais, « Le principe dispositif : origines historiques et droit comparé », in E. Jeuland et L. Flise (dir.), *Le procès civil est-il encore la chose des parties ?*, IRJS, 2015, p. 21 ; C. Chainais, F. Ferrand et S. Guinchard, *Procédure civile*, Dalloz, Précis, 33^e éd., 2016, n° 540 ; L. Weiller, « Principes directeurs du procès », in *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2015, n° 79 – titre du Chap. II ; Rapp. L. Cadet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 9^e éd., 2016, n° 540 note 264 : « Fondamentale, cette règle l'est en ce sens qu'elle participe des fondements mêmes de l'État de droit : c'est l'assurance que le juge tranchera conformément à la règle de droit égale pour tous qui justifie que les sujets renoncent à se faire justice à eux-mêmes ».

tice : non seulement elle était ajoutée en Commission des Lois à un projet qui n'en soufflait mot, mais la suppression du contrôle de l'application de la loi était même implicite, imputable à un « oubli » dans la nouvelle définition des cas d'ouverture à pourvoi¹⁰.

L'opposition résolue de la Commission des Lois, toutes tendances politiques confondues, a contraint le garde des Sceaux à retirer l'amendement. La séance du 4 mai 2016 en Commission des Lois de l'Assemblée Nationale est instructive. Au garde des Sceaux qui invoquait les propos du Premier président de la Cour de cassation « lors de l'audience solennelle de rentrée », les parlementaires ont opposé l'office du juge. L'amendement « aboutirait à ce qu'un certain nombre de textes, pourtant voulus par le Parlement, soient laissés à la discrétion des juridictions du fond sans contrôle de la Cour de cassation »¹¹. « Il serait dangereux que la Cour de cassation, au mépris du principe d'égalité, se voie reconnaître le droit de choisir ses affaires... sur la base de critères généraux, imprécis et de ce fait *inévitavelmente arbitraires* »¹².

La tentation n'est pas nouvelle. Elle était sous-jacente à l'arrêt rendu par l'Assemblée Plénière le 21 décembre 2007. « Si l'art. 12 CPC oblige le juge à donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions, il ne lui fait pas obligation, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique de leurs demandes ». Les tentatives d'une doctrine, ingénieuse à souhait mais toujours au moins sceptique¹³, pour expliquer la solution de l'Assemblée Plénière n'ont pas abouti.

Elles n'aboutiront pas. Car quoi qu'on fasse la requalification *juridique* des faits et actes litigieux, reconnue obligatoire par l'Assemblée Plénière, emporte inéluctablement la substitution, à

la règle invoquée par les parties, d'une autre règle de droit, autrement dit la modification, supposée facultative, de « la dénomination ou [du] fondement *juridique* de leurs demandes ». Et la modification de la dénomination ou du fondement juridiques des demandes se traduit inéluctablement par leur requalification *juridique*, selon la règle de droit nouvellement appliquée¹⁴. On ne substitue pas une qualification *juridique* à une autre sans substituer, à la règle de droit source de la qualification initiale, une autre règle de droit source de la qualification nouvelle.

Le byzantinisme suggère l'incertitude, voire l'incohérence¹⁵. La Cour de cassation a subordonné la cassation des jugements erronés à une distinction totalement artificielle entre deux hypothèses qui n'en font qu'une¹⁶. L'artifice permet de passer d'une hypothèse à l'autre au gré des humeurs, il ouvre la porte à l'arbitraire et ruine la prévisibilité des décisions. Aurait-on voulu inciter le juge du fond négligent, puis les plaideurs, à tenter leur chance devant la Cour de cassation ? Ni la Cour de cassation belge ni la Cour de cassation luxembourgeoise n'ont cédé au mirage¹⁷.

Si la distinction de l'Assemblée Plénière était exacte, la Cour de cassation n'aurait pas à y renoncer en droit européen, voire en droit de la consommation¹⁸. Mais comment imposer à la Cour de Justice de l'Union Européenne un raisonnement biaisé ou incohérent ? Le résultat est inattendu. La Cour de cassation se réserve d'admettre ou non l'effet de la seule loi française, obligatoire ou non pour le juge du fond au gré d'une distinction fictive donc impraticable, mais pratiquée en tout arbitraire précisément aux fins de contrôle de l'application de la loi. La loi française serait-elle obligatoire pour tous, sauf pour le juge lié seulement par la loi européenne ?

10. V. B. Haftel, « La disparition ajournée de l'autorité des lois civiles en France », *D.* 2016, p. 1011 ; adde E. Dreyer, « La main invisible de la Cour de cassation », *D.* 2016, p. 2473.

11. A. Tourret, Commission des Lois Assemblée Nationale, 4 mai 2016.

12. *Ibid.*

13. V. récemment, L. Weiller, *op. cit.*, n° 167 et s. ; et franchement hostile, C. Bléry, « Principes directeurs du procès », in *JurisClasseur Procédure civile*, Fasc. 500-35, LexisNexis, 2016, n° 53 et s.

14. H. Motulsky, « Prolégomènes pour un futur code de procédure civile », *D.* 1972, p. 91 ; H. Motulsky *Écrits, Études et notes de procédure civile*, t. 1, Dalloz, 1973, p. 275, n° 37 et les réf. citées.

15. V. C. Bléry, « Office du juge : entre activité exigée et passivité permise », *Procédures* 2012, ét. 6 ; *Civ. 1^{re}*, 19 juin 2013, n° 12-11767 et *Civ. 3^e*, 25 juin 2013, n° 11-27799, *Gaz. Pal.* 2013, p. 3067, note C. Bléry ; L. Weiller, *op. cit.* n° 218 et s.

16. V. C. Chainais, F. Ferrand et S. Guinchard, *op. cit.*, n° 581.

17. V. V. Bolard, note sous Cass. Luxemb., 10 mars 2011, n° 18/11, *Journal Trib. du Luxembourg* 2011, p. 8 et s. ; C. Chainais, F. Ferrand et S. Guinchard, *op. cit.*, n° 584 et les réf. citées.

18. V. C. Bléry, *op. cit.*, n° 63 et s. ; L. Weiller, *op. cit.*, n° 232 et s.

5. Aurait-on trouvé mieux ? Dociles aux abus de la Cour européenne des droits de l'Homme, deux chambres de la Cour de cassation ont ponctuellement écarté la loi, au motif que son application en l'espèce n'était pas conforme à la « proportionnalité » requise¹⁹. La méthode pour le moins intrigante.

Ne renvoie-t-elle pas à la vieille prétention des Parlements d'Ancien Régime ? *La loi elle-même aurait été impuissante à dire le droit*. « La loi n'est rien sans le magistrat », qui « est la voix vive de la loi, l'interprète de son intention, le dispensateur de sa justice, et le dépositaire de la puissance souveraine du prince ». C'est en ce sens que le juge « est l'organe, la voix ou la bouche par laquelle la Loi se fait entendre ». Car il revient au juge d'assurer la « nécessaire consonance » de la loi positive « avec la loi divine et naturelle, avec le droit naturel et divin »²⁰. Dans la « proportionnalité », le « juste équilibre » ou la « balance des intérêts », notre juge laïc aurait-il trouvé le substitut du « droit divin » d'antan ?

« Préservez-nous de l'équité des Parlements » ! Quand il écarte la loi générale et abstraite, corrélativement l'égalité des citoyens devant la loi, le juge laïc n'est pas plus légitime que les Parlements d'Ancien Régime récusant la loi positive du Roi : par eux jugée contraire à la loi divine dont ils auraient été dépositaires par délégation même de l'onction royale et divine. Pour refuser la loi positive, adoptée par l'autorité législative, il faut un vrai motif²¹.

6. La proportionnalité prétendue n'en est pas un.

La volée de bois vert qui l'a accueillie²² incite ses promoteurs à la prudence. « Les risques de débordement sont évidents »²³, « sur ce chemin périlleux il convient d'avancer avec prudence » et « le contrôle de proportionnalité doit cependant rester un instrument d'exception »²⁴. « La méthode de contrôle se construit peu à peu » mais « les risques de dérive ne doivent pas être sous-estimés »²⁵. Ils sont grands, si l'on va jusqu'à tolérer le rejet d'un pourvoi malgré de telles « carences de l'arrêt déferé... qu'elles conduisent la première chambre à tenir un raisonnement dont la logique est elle-même discutable », la « pédagogie » de la Cour de cassation devant « l'emporter sur la censure »²⁶.

On peut douter qu'ils soient compatibles avec l'office du juge.

Loin d'être étrangère au droit, la notion de proportionnalité y est classique. Le Code Napoléon l'a retenue dans la définition de la lésion, « de plus de sept douzièmes » selon l'art. 1674 ou « de plus du quart » selon l'art. 887, aujourd'hui l'art. 889. Selon l'art. L 341-4 C. cons., le créancier professionnel ne peut pas exiger de la caution personne physique un engagement « manifestement disproportionné à ses biens et revenus ». La proportion est arithmétique et tend à la précision objective. La règle de droit invite à comparer des valeurs de même nature, qui à ce titre autorisent une comparaison entre les valeurs prises en compte, l'une comprise dans l'autre à raison d'une proportion à établir.

19. V. par ex. Civ. 3^e, 22 oct. 2015, n° 14-11776, n° 14-21515 et Civ. 3^e, 17 déc. 2015, n° 14-22095, *JCP G* 2016, p. 189, note P.-Y. Gautier, *D.* 2016, p. 1029 obs. A.-L. Méano, *RTD civ.* 2016, p. 449 obs. O. Cayrol; Civ. 1^{re}, 30 sept. 2015, n° 14-25709, *D.* 2015, p. 2350, note A. Etienne de Sainte Marie; *adde* Civ. 3^e, 15 oct. 2015, n° 14-23612, *JCP G* 2016, p. 51, note M. Béhar-Touchais, *D.* 2016, p. 1031 obs. A.-L. Méano et CE, 31 mai 2016, n° 396848, *D.* 2016, p. 14370, notes H. Fulchiron et B. Haftel.

20. J. Krynen, *L'idéologie de la magistrature ancienne*, Gallimard 2009, p. 179 et s., citant not. G. de Lamoignon et J. d'Avezan; comp. F. Zénati-Castaing, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2016, p. 511 s., II.

21. Ce pourrait être le droit naturel. Mais c'est un autre débat.

22. Sans prétendre être exhaustif, il faut signaler, outre les débats à la Cour de cassation le 24 nov. 2015 (*Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*, *JCP G* 2016, supp. au n° 1-2, spéc. D. de Béchillon, P.-Y. Gautier, E. Jeuland, P. Malaurie, P. Théry), F. Chénédé, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.* 2016, p. 796 et les multiples réf. citées; P. Puig, « L'excès de proportionnalité », *RTD civ.* 2016, p. 70; P. Malaurie, « Pour : la Cour de cassation, son élégance, sa clarté et sa sobriété. Contre : le judge made law à la manière européenne *JCP G* 2016, p. 318; P.-Y. Gautier, « Contrôle de proportionnalité subjectif, profitant aux situations illicites : "l'anti-Daguesseau" », note sous Civ. 3^e, 17 déc. 2015, n° 14-22095, *JCP G* 2016, p. 189; A. Bénabent, « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné », *D.* 2016, p. 137; T. Le Bars, « Revirement de jurisprudence sur les clauses dites pénales en droit des libéralités », *D.* 2016, p. 578, spéc. p. 581; B. Haftel, « Insémination *post mortem* internationale, contrôle de proportionnalité et méthodes du droit international privé », *D.* 2016, p. 1477, et les notes liminaires sous Cour EDH, 5 nov. 2015, req. n° 21444/11, *Henrioud cf France, Procédures* 2016, Com. 15, note N. Fricero, *JCP G* 2015, p. 1333, note A. Gouttenoire, *JCP G* 2016, p. 414, n° 5, note S. Amrani-Mekki.

23. H. Fulchiron, « Flexibilité de la règle, souplesse du droit. À propos du contrôle de proportionnalité », *D.* 2016, p. 1377.

24. H. Fulchiron, note sous CE, 31 mai 2016, n° 396848, *D.* 2016, p. 1476.

25. H. Fulchiron, note sous Civ. 1^{re}, 6 juil. 2016, n° 15-19853, *D.* 2016, p. 1984.

26. H. Fulchiron, note sous Civ. 1^{re}, 5 nov. 2016, n° 15-25507, *D.* 2016, p. 2497.

En revanche le « principe de proportionnalité » initié par la Cour européenne des droits de l'homme tend à comparer des valeurs de natures différentes, donc incomparables. Il n'y a pas de proportion possible entre une règle formelle de recevabilité d'un recours et l'enjeu d'un litige, le second ne peut pas être compris dans la première et inversement²⁷. La durée d'une prescription ne peut pas mieux être comprise dans le droit au respect de la vie privée²⁸, lequel ne peut pas non plus être comparé, pour y être inclus ou en être exclu, dans les règles d'un plan local d'urbanisme ou d'utilisation de terrains municipaux²⁹.

La proportion prétendue dans le « principe de proportionnalité » tend à comparer des valeurs incomparables faute qu'elles soient de même nature et que l'une puisse être comprise dans l'autre. Elle donne seulement l'illusion du raisonnement et de l'objectivité, par mimétisme de la proportion arithmétique. Elle dissimule le refus d'appliquer la loi, au motif qu'elle serait excessive. « *En définitive, et compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, la Cour estime (sic) que la Cour de cassation a fait preuve d'un formalisme excessif* »³⁰.

La proportion disparaît derrière l'excès, qui n'est nullement défini. Ainsi la Cour européenne des droits de l'homme peut prescrire, sans rire mais au nom des « principes », que « si le droit d'exercer un recours est bien entendu soumis à des conditions légales, les tribunaux doivent, en appliquant des règles de procédure, éviter à la fois un excès de formalisme qui porterait atteinte à l'équité de la procédure, et une souplesse excessive qui aboutirait à supprimer les conditions de procédure établies par les lois »³¹. M. de la Palice n'est pas loin. La vacuité du raisonnement permet d'escamoter la question décisive

pourtant clairement posée par l'opinion dissidente d'un des juges³². La confusion des notions autorise à raisonner en termes de proportionnalité pour tenter d'expliquer un arrêt qui n'en souffle mot et qui retient plutôt, « au regard du but légitime poursuivi », l'absence « d'atteinte excessive » au « droit au respect de la vie privée »³³.

Des notions aussi floues n'autorisent évidemment pas un contrôle de l'application de la loi. Si elle se ralliait au contrôle de proportionnalité, la Cour de cassation française se placerait devant deux voies sans issues.

Elle pourrait décider de se satisfaire d'une évaluation expresse de la proportionnalité par les juges du fond et vérifierait que, sous peine de manque de base légale, ils ont procédé au contrôle de proportionnalité³⁴. Mais ce faisant, outre la tolérance de l'arbitraire des juges du fond par l'application d'une notion factice, la Cour de cassation n'échapperait pas à la surveillance de la Cour européenne, prompt à « estimer » mal appréciés, au regard des « circonstances particulières de l'espèce », la proportionnalité ou le juste équilibre requis³⁵. Que si la Cour de cassation tentait, en suppléance du juge européen, une définition de la proportionnalité requise, et si contre attente elle y parvenait, elle n'échapperait pas mieux à la censure de la Cour européenne, dans son appréciation d'une « proportionnalité » évaluée sans critère aucun au regard des « circonstances particulières de l'espèce ».

7. Sauverait-on le contrôle de proportionnalité, « irrationnel et fantasque lorsqu'il s'agit d'opérer une pesée des droits fondamentaux », en le limitant au contrôle de la sanction³⁶ ? La proposition ne peut pas aboutir.

27. V. Cour EDH, 5 nov. 2015, req. n° 21444/11, *Henrioud c/ France*, D. 2016, p. 1245, note G. Bolard.

28. Comp. Civ. 1^{re}, 6 juil. 2016, n° 15-19853, D. 2016, p. 1980, note H. Fulchiron.

29. Comp. Civ. 3^e, 22 oct. 2015 et Civ. 3^e, 17 déc. 2015, *op. cit.* note 17.

30. Cour EDH, 5 nov. 2015, *op. cit.*, n° 67.

31. Cour EDH, 12 juil. 2016, n° 50147/11, *Reichman c/ France*, *Procédures* 2016, p. 288, com. N. Fricéro, n° 30.

32. À savoir : en quoi un formalisme est-il excessif, au point d'emporter violation des « droits de l'homme », s'il permet de vérifier que le plaideur « a donné un consentement éclairé » à son pourvoi, alors qu'il y a consenti avant de connaître l'arrêt attaqué ? En quoi la règle exigeant un consentement en connaissance de cause viole-t-elle les « droits de l'homme » alors qu'« elle vise à prévenir les recours abusifs et dilatoires » (opinion dissidente de Mme Nussberger) ?

33. V. H. Fulchiron, note sous Civ. 1^{re}, 6 juil. 2016, D. 2016, p. 1980. *Addé T. Le Bars*, « Revirement de jurisprudence sur les clauses dites pénales en droit des libéralités », D. 2016, p. 581 (« Il s'agit là d'une référence à peine voilée au principe de proportionnalité cher au droit européen »).

34. V. T. Le Bars, « Revirement de jurisprudence sur les clauses dites pénales en droit des libéralités », *op. cit.* *Addé N. Cayrol*, « Le contrôle de proportionnalité des mesures conservatoires et de remise en état ordonnées en référé », *op. cit.*, p. 452 et s.

35. V. par ex. Cour EDH, 5 nov. 2015, *op. cit.* ; Cour EDH, 14 juin 2016, req. n° 31667/12, *Buczek c/ Pologne*, *Procédures* 2016, p. 261 obs. N. Fricéro.

36. S. Le Gac-Pech, « Sauvons le contrôle de proportionnalité de la sanction », *JCP G* 2016, p. 99, n° 1. L'auteur va jusqu'à viser « l'image sulfureuse véhiculée par le lointain contrôle de proportionnalité fondé sur la défense des droits fondamentaux ».

Car en droit positif la sanction est elle aussi rebelle au contrôle de proportionnalité. La dette du civilement responsable n'est pas « proportionnelle » à la gravité de sa faute, mais égale au préjudice causé. Le pénalement responsable ne sera pas puni seulement à l'aune de sa faute, mais aussi en fonction des exigences du maintien de l'ordre social, de sa propre aptitude à la réinsertion, de la souffrance infligée aux victimes. Entre une valeur et *plusieurs* autres, on établit d'autant moins une proportionnalité que ces dernières peuvent diverger.

Aussi bien la préférence donnée à un but législatif plutôt qu'à un autre relève du législateur, dont le premier souci n'est pas la « proportionnalité ».

Réduisant de façon drastique la durée des prescriptions, la loi française du 17 juin 2008 a bouleversé « l'équilibre » antérieur entre la sécurité juridique dans la société, les prérogatives des créanciers et les prérogatives des débiteurs. Le droit ne privilégie pas nécessairement un « équilibre » entre les prétentions des uns et des autres. La prescription et l'autorité de chose jugée privilégient effrontément sécurité juridique et paix sociale. La « propriété commerciale » bafoue les prérogatives du propriétaire de l'immeuble et le « maintien dans les lieux », tel qu'il était institué par la loi du 1^{er} septembre 1948, trouvait sa justification dans la « crise du logement » consécutive à la seconde guerre mondiale. Ni la « proportionnalité » illusoire, ni le « juste équilibre » aléatoire – un équilibre pourrait-il être injuste ? – ne sont l'alpha et l'oméga du droit, lequel doit satisfaire des besoins diversifiés, variables dans le temps et dans l'espace.

Ces constatations ne ruinent évidemment pas l'établissement de jurisprudences. Car les règles de source jurisprudentielle ne sont pas issues du rêve du juge, ni de ses convictions personnelles sur l'organisation sociale qu'il peut souhaiter. Les jurisprudences s'insèrent, souvent au terme d'une élaboration lente, dans un système juridique qui s'impose même aux juges supérieurs. Elles n'ont pas pour objet de bouleverser l'ordre juridique ni d'imposer un « catéchisme socié-

tal »³⁷ aux origines obscures, plus médiatiques que démocratiques.

8. C'est le raisonnement rigoureux qui doit guider le juge.

On objecte parfois que de toute façon le juge élabore sa décision avant de construire son raisonnement juridique, le syllogisme judiciaire énoncé au jugement ne serait qu'une construction *a posteriori*³⁸. C'est une illusion. Il est vrai que dès le premier examen d'une espèce, tout juriste peut éprouver une impression première, parfois intense. Mais c'est une impression *juridique*, en outre provisoire puisque de toute façon son exactitude devra être vérifiée. Il ne faut pas ignorer « l'identité de juges formés *ab initio* par l'imitation de cette même forme syllogistique du raisonnement, et pour qui elle finit par procéder d'une sorte de seconde nature en même temps qu'un acquis professionnel codé en dur »³⁹.

Voici plus d'un demi-siècle qu'Henri Motulsky a décrit, dans ce qu'il a appelé un « syncrétisme juridique », la démarche du juriste qui appréhende une espèce. Factuelle, l'impression initiale est aussi juridique, selon l'acuité et l'étendue de la formation juridique acquise. Elle est aussi bien hypothétique et provisoire. De la règle possible, retenue comme une hypothèse, le juriste évolue vers la règle effectivement applicable, au terme de la vérification de l'hypothèse ou des hypothèses. Précisément parce qu'il est impartial, le juge plus que tout autre remet en cause, à tout moment jusqu'à sa décision, d'abord l'impression factuelle et juridique ressentie, puis le raisonnement préalablement ébauché (v. *supra*, n° 2 et 3). Mais même l'impression initiale est juridique. L'étendue du syncrétisme juridique initial « dépend, d'une part, de la structure même de l'esprit qui exerce cette activité, des forces intuitives, éminemment variables, dont il dispose, et, d'autre part, de la préparation antérieure dont il a bénéficié, c'est-à-dire du fond de connaissances et de l'expérience qui ont contribué à le former »⁴⁰.

Faut-il évoquer encore la thèse récurrente selon laquelle la loi ou la règle de droit n'a pas de

37. N. Polony, « Sainte Najat, ministre du catéchisme sociétal », *Le Figaro*, 8 octobre 2016.

38. L'opinion a été récemment rappelée, et contestée, par D. de Béchillon, « Observations sur la motivation des arrêts », in *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*, JCP G 2016, supp. au n° 1-2, p. 36-37.

39. *Ibid.*, in fine.

40. H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Sirey 1948, réed. Dalloz, 1991, n° 51-74. La citation est tirée du n° 52. Devenu professeur à 54 ans, H. Motulsky était aussi un praticien du droit, un « ingénieur du droit » (Gérard Lyon-Caen, professeur à Dijon puis à Paris).

signification par elle-même, tant que le juge ne l'a pas interprétée ? Serait-ce un autre avatar de la vieille prétention des Parlements d'Ancien Régime, selon laquelle la loi n'est rien sans le juge (v. *supra* n° 5) ? Mais on aimerait savoir pourquoi les mêmes mots, censés sans signification précise sous la plume du législateur, en auraient une sous la plume du juge et dans la règle jurisprudentielle.

L'impartialité du juge postule un raisonnement rigoureux et la décision de justice ne se lit

pas dans le marc de café⁴¹. L'examen des faits ne peut pas, tant s'en faut, être conduit selon une méthode univoque. Le juge doit s'adapter aux faits du litige à trancher, comme le révèlent a satiété les expertises confiées à un technicien en vue d'éclairer le juge. La rigueur dans le raisonnement juridique est d'autant plus nécessaire, sauf à prendre le risque d'une décision subjective, bafouant la séparation des pouvoirs et l'égalité des citoyens devant la loi.

16 décembre 2016

41. À tout prendre, le soussigné préférerait les effluves d'un Vosne-Romanée, d'un Montrachet ou d'un Château-Chalon.

Petit six du Grand A :

l'office du juge dans la conciliation et la médiation judiciaires

L'office du juge dans la conciliation et la médiation judiciaires : à la (re)découverte d'un office pluriel

Paul Giraud

Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

O*pus justitiae pax*, la paix est l'œuvre de la justice¹. Le lien entre ces deux notions s'incarne notamment dans la figure du *juge de paix* qui recevait pour mission première de tenter de concilier les parties. Un *juge* qui *concilie*; voici qui surprend tant on attend du juge qu'il *tranche*. Pourtant cette ambition est toujours d'actualité et la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle entend, par son Titre II, « Favoriser les modes alternatifs de règlement des différends » en développant des mesures en faveur de la médiation et de la conciliation, notamment en matière administrative. À lire cette loi, la modernisation de la *justice* requiert l'essor de la *médiation* et de la *conciliation*. Le juge est alors appelé à un rôle grandissant, qu'il convient de cerner.

Office du juge. L'office du juge désigne à la fois les devoirs et les pouvoirs (*officium*) du juge² ainsi que les actions qu'il peut exercer spontanément, d'office (*ex officio*). S'interroger sur l'office du juge judiciaire lorsqu'il met en œuvre une conciliation ou une médiation revient à préciser son rôle et la latitude dont il dispose dans l'exercice de ses devoirs et de ses pouvoirs appliqués à ces modes de résolution des litiges.

MARC. La conciliation et la médiation appartiennent à l'ensemble plus vaste des Modes alternatifs³ – ou amiables – de règlement des conflits (ci-après « MARC ») qui désignent les procédés ayant pour ambition de résoudre un conflit par la recherche d'un accord négocié entre les parties, le plus souvent avec l'aide d'un tiers, sans intervention de nature juridictionnelle⁴. Caractéristique de la résolution des

1. J. Foyer, *Histoire de la justice*, PUF, Que sais-je ?, 1^{re} éd., 1996, p. 3.

2. E. Jeuland, « Office(s) du juge », in L. Cadiet et al. (dir.), *Itinéraires d'histoire de la procédure civile. Regards français*, IRJS Éditions, 2014, p. 29 s., spéc. p. 64.

3. Ce qui implique alors de déterminer ce à quoi se rapporte cette alternative. S'il s'agit d'une alternative à la justice étatique, les MARC incluent alors l'arbitrage (L. Cadiet et Th. Clay, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Dalloz, Connaissance du droit, 2016, p. 39). S'il s'agit d'une alternative à une solution juridictionnelle, l'arbitrage en est exclu. La seconde option est ici retenue.

4. C. Chainais, F. Ferrand et S. Guinchard, *Procédure civile*, Dalloz, Précis, 33^e éd., 2016, n° 2419.

conflits dans les civilisations asiatiques et africaines⁵, la notion de conciliation s'est imposée plus récemment dans les systèmes judiciaires occidentaux⁶. En France, ces procédés peuvent être mis en œuvre hors de toute instance – ils procèdent alors de l'initiative des parties et sont qualifiés de conventionnels – ou dans le cadre d'un procès – on les qualifie alors de judiciaires. Parmi ces divers procédés, la présente étude s'intéressera à la conciliation et à la médiation mises en œuvre dans un cadre judiciaire, essentiellement par les juridictions civiles⁷.

La définition précise des notions de conciliation et de médiation est une gageure. Si elle n'a que peu d'intérêt en matière conventionnelle⁸, la distinction s'avère nécessaire en matière judiciaire, où deux éléments permettent de les distinguer avec assurance : leur coût et le choix du tiers. La conciliation est gratuite alors que la médiation est payante. Le conciliateur de justice doit figurer sur une liste quand le médiateur peut être tout tiers⁹.

Raisons de l'engouement pour la conciliation et la médiation. Les MARC se nourrissent de l'idée que la décision judiciaire est un « extrême »¹⁰ qui ne peut être la seule option. En investissant les acteurs du différend – qui sont les meilleurs juges de la solution qui leur conviendrait – de la responsabilité d'en trouver l'issue, les MARC créent une approche complémentaire d'un litige¹¹ qui, moins traumatisant, préserve l'avenir entre les parties¹² et permet de régler

l'intégralité du conflit et non pas seulement sa manifestation judiciaire qu'est le litige. Par ailleurs, le recours aux MARC est encouragé par le législateur et la Chancellerie qui, dans un contexte d'inflation du contentieux et de baisse des moyens de la justice, y trouvent une voie de délestage des flux judiciaires et d'économie budgétaire. Ces avantages se traduisent par une utilisation des MARC dans de larges domaines : famille, travail, petits litiges, mais aussi droit des affaires.

La vocation conciliatoire du juge est formalisée dès la loi des 16 et 24 août 1790 qui instaure un préalable obligatoire de conciliation pour les affaires relevant de la compétence des tribunaux de district. La conciliation entre citoyens participe alors d'un idéal révolutionnaire cherchant la concorde et la fraternité entre citoyens égaux¹³ et voyant dans le juge « un père plutôt qu'un juge » plaçant « sa véritable gloire moins à prononcer entre ses enfants qu'à les concilier »¹⁴. Le juge de paix se voit doté d'un pouvoir de conciliation facultatif¹⁵ puis obligatoire¹⁶ qui se restreint lors de son remplacement par les tribunaux d'instance en 1958. La conciliation est consacrée tardivement¹⁷ dans le Nouveau Code de procédure civile par l'article 21 qui affirme qu'« il entre dans la mission du juge de concilier les parties ». Ces pouvoirs sont complétés par la loi du 8 février 1995 qui autorise le juge à recourir à un tiers pour tenter une conciliation ou une médiation, et constamment renforcés depuis¹⁸.

5. La résolution des litiges dans les sociétés d'Extrême-Orient et d'Asie du Sud-Est favorise la recherche d'une solution pacifique. Le recours aux tribunaux y est mal vu (R. David, C. Jauffret-Spinosi et M. Goré, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, Précis, 12^e éd., 2016, n° 492), notamment au Japon où prime la recherche de l'harmonie (Ch. Jarrosson, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », *RIDC*, 1997, p. 325.) Les civilisations africaines privilégient le maintien de la concorde au sein du groupe par la recherche d'une solution discutée (R. David, C. Jauffret-Spinosi et M. Goré, *op. cit.*, n° 553).

6. Elle n'y était pas inconnue et les guildes de marchands du Moyen-Âge recouraient déjà à la conciliation.

7. Les juridictions prud'homales et consulaires seront mentionnées. Toutefois, la procédure de conciliation en cas de difficultés des entreprises (prévue aux art. L. 611-4 du C. com. et, en matière agricole, L. 351-1 à L. 351-7 du C. rur.) ne sera pas étudiée.

8. Ch. Jarrosson, « L'intérêt de la médiation pour la résolution de litiges entre entreprises », *Liber amicorum Philippe Merle*, Dalloz, 2012, p. 366, spéc. n° 4.

9. L'article 8 de la loi de modernisation de la justice du ^{xx}e siècle prévoit toutefois l'établissement d'« une liste des médiateurs dressée par chaque cour d'appel », à simple valeur d'« information des juges ».

10. Un « mode extrême de règlement des différends » pour P. Bellet, *Les conciliateurs en France*, in Coll. Pau, 1981, *Economica* 1983, p. 37 s.

11. C. Lienhard, note sous TGI Argentan, 23 juin 1988 et TGI La Rochelle, 17 févr. 1988, *D.* 1989, p. 412.

12. Ch. Jarrosson, « L'intérêt de la médiation pour la résolution de litiges entre entreprises », *op. cit.*, spéc. n° 9.

13. N. Cayrol, « Les métamorphoses de l'office du juge – Les métamorphoses réalisées », *Gaz. Pal.* 31 juillet 2014, n° 212, p. 15; Y. Strickler, « Poser des limites à la fraternité processuelle », *Procédures*, n° 8-9, août 2014, al. 35.

14. J.-B. Treillard, *Exposé des motifs des Livres I^{er} et II^e de la première Partie du Projet de Code de Procédure civile*.

15. Loi du 25 mai 1838.

16. Loi du 2 mai 1855.

17. Présenté comme une « innovation », « plus tardive », l'article 21 est issu du décret du 17 décembre 1973 relatif à l'administration judiciaire de la preuve, alors que la majorité des principes directeurs datent du décret inaugural de la codification du 9 septembre 1971 (G. Cornu, « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragments d'un état des questions) », *Mélanges Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 83 s., spéc. p. 83 et p. 91-92).

18. Décret n° 2010-1395 du 12 novembre 2010, ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 transposant la directive n° 2008/52 du Parlement et du Conseil, décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012, décret n° 2015-282 du 11 mars 2015.

Étudier l'office du juge dans la conciliation et la médiation judiciaires pourrait sembler relever du paradoxe. En effet, les MARC procèdent d'une alternative au règlement juridictionnel, de telle sorte que le juge en serait exclu. Les parties sont premières lorsqu'il s'agit de conciliation et de médiation car la solution du litige dépend de leur seule volonté ; le juge n'impose pas de solution. Pourtant, il n'en est rien. À l'étude, se révèle une situation plus complexe où ce primat de la volonté des parties est contesté, notamment lorsque le recours aux MARC leur échappe en cas de préalable obligatoire de conciliation. En outre, la conciliation et la médiation judiciaires se déroulent aux abords immédiats d'un procès, ce qui induit une intervention du juge, par exemple lorsqu'il est sollicité pour donner toute sa force à l'accord des parties.

Le juge dispose ainsi d'un office pluriel aux dimensions juridictionnelle et conciliatoire, elle-même déclinée en des missions organisationnelle et incitative. La richesse du potentiel offert par l'intervention du juge dans la conciliation et la médiation judiciaires se révèle alors par la redécouverte de cet office (I) puis par l'exploration de ses différentes facettes (II).

I. Un office à (re)découvrir

La réappropriation de la dimension conciliatoire de l'office du juge constitue un enjeu du fait de sa fréquente minoration ou marginalisation. Elle participe en outre d'un retour aux sources car l'ambition des rédacteurs du – nouveau – Code de procédure civile était « d'exalter l'office du juge »¹⁹ dans la variété de ses dimensions. Aujourd'hui, la dimension conciliatoire de l'office du juge est peut-être celle qui offre les perspectives les plus remarquables à cet égard. En cela, la mise en valeur – voire la réhabilitation – de la conciliation par la (re)découverte de son appartenance à l'office du juge (A) ouvre des possibilités exaltantes (B).

A. L'office conciliatoire du juge, un office à « exalter »

La conciliation participe d'une dimension rêvée (1) mais concrétisée (2) de l'office du juge.

1. La part du rêve et des ambitions chimériques

L'idéal. Placés au fronton du Code de procédure civile, les principes directeurs du procès civil traduisent « la part du rêve » du législateur²⁰. « Mélange d'idéalisme et de réalisme », ils révèlent « le grain d'utopie » de ses rédacteurs²¹. La conciliation est un de ces principes directeurs²² et procède de ce rêve, de cette chimère. Son ambition n'est pas moins élevée que « d'humaniser et de simplifier la justice »²³.

La concrétisation. Le juge se voit offrir la mission de concilier les parties. Cette possibilité lui est donnée sans être imposée : c'est une « offre de bonne justice à bon entendeur »²⁴. Il y a ici l'attention délicate du législateur se penchant sur le berceau du juge et qui, tel une bonne fée, lui confère le don de concilier. Cette précaution se révèle par la formulation employée : point de « le juge peut » ou « le juge doit » mais une tournure plus délicate : « il entre dans la mission du juge ». Tel un « vœu », une « bouteille à la mer »²⁵ laissée au bon vouloir du juge qui choisira de l'utiliser, cette potentialité est « là en attente, en espérance », attendant que les circonstances lui permettent de se révéler – et de révéler son acteur, le juge, dans l'un de ses aspects méconnus.

En effet, cette « ouvertur[e] [est] plus qu'[une] banal[e] offr[e]. Ell[e] [est] une pensée sur l'office du juge »²⁶. La conciliation n'est-elle qu'un rêve, qu'une chimère ? N'est-elle qu'un élément évanescant de l'office du juge ou bien un élément constituant ?

2. Une composante de l'office du juge

La conciliation est partie intégrante de l'office du juge, depuis la rédaction du Nouveau Code de

19. G. Cornu, « L'élaboration du Code de procédure civile », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1995, n° 16, p. 241, spéc. p. 251.

20. G. Cornu, « L'élaboration du Code de procédure civile », *op. cit.*, spéc. p. 253.

21. *Ibid.*

22. L'article 21 du Code de procédure civile peut ainsi fonder un véritable « principe de conciliation » (N. Cayrol, « Les métamorphoses de l'office du juge – Les métamorphoses réalisées », *op. cit.*).

23. G. Cornu, « L'élaboration du Code de procédure civile », *op. cit.*, spéc. p. 254.

24. *Ibid.*

25. G. Cornu, « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragments d'un état des questions) », *op. cit.*, p. 83, spéc. p. 91.

26. *Ibid.*, spéc. p. 92.

procédure civile²⁷. Il s'agit là d'une « vocation inhérente à son office »²⁸, connue d'autres droits²⁹. Certes l'office principal du juge est sa *jurisdictio*³⁰; mais c'est alors reconnaître l'existence d'offices secondaires, autres que la seule activité juridictionnelle, ou à tout le moins que l'office – unitaire – du juge regroupe différents « éléments »³¹. En effet, en retenant l'unité de l'office du juge, force est de reconnaître la pluralité de ses composantes, telle une galerie des offices. Ainsi, en présence d'un litige, l'office du juge inclut deux missions : trancher ce litige et tenter de concilier les parties. Ces deux missions ont deux points communs : leur origine dans les principes directeurs du procès et leur finalité de cessation du litige³².

Conciliation et contours de l'office du juge.

Les délimitations de l'office du juge sont fonction de l'objectif assigné au juge³³. Selon que sa fonction est d'appliquer le droit pour résoudre le litige ou d'apporter une réponse complète à un conflit, les contours de l'office du juge varient. Si le juge n'a pour objectif que de résoudre un litige donné, son office s'exprime alors intégralement dans l'article 12 du Code de procédure civile : trancher le litige en appliquant aux faits la règle de droit. Cette conception, restreinte, de l'office du juge est influencée par la pratique judiciaire. Parce que l'essentiel de l'activité judiciaire est juridictionnel, l'office du juge est alors résumé à sa fonction de trancher le litige. « Trancher » renvoie alors au fait de départager, de faire acte d'autorité en disant le droit. Ce premier office est marqué par l'autorité et la hiérarchie; il s'exprime dans un rapport vertical.

À l'inverse, si le juge reçoit la mission sacrée de préserver la société de la violence³⁴, son office prend une tout autre ampleur. La résolution du conflit – et non plus du seul litige – devient alors son ambitieux objectif, dont la réalisation est

rendue possible par l'article 21 du Code de procédure civile qui énonce qu'« il entre dans la mission du juge de concilier les parties ». Cet office complémentaire est marqué par la négociation, le consensus; il s'exprime dans un rapport horizontal d'égalité.

Intégrer la fonction conciliatrice à l'office du juge permet d'associer l'horizontalité à la verticalité. Tout comme la découverte de la perspective donne de la profondeur à un tableau et retranscrit avec plus de réalité la scène dépeinte, cette association conçoit le juge dans l'intégralité de sa fonction. L'office de conciliation et de médiation du juge est le complément de son office juridictionnel contentieux et gracieux³⁵. Reconnaître que l'office du juge comprend la dimension conciliatrice préserve l'« harmonie »³⁶ de son office, alors conçu de façon unitaire. Les articles 12 et 21 ne sont dès lors plus seulement des miroirs numériques fortuits mais l'expression de deux outils judiciaires au service d'une conception exigeante de la mission de juger, traduite en un office juridictionnel et un office extra-juridictionnel conciliatoire.

Cette dualité de l'office du juge n'est ni contradictoire ni antinomique car ces deux dimensions se complètent et ne s'excluent pas. L'office conciliatoire n'est en effet pas l'abdication de l'office du juge. Ce « n'est pas une *démission* du juge; c'est une *des missions* du juge »³⁷. Ce dernier conserve la maîtrise tant de l'instance – il n'est pas dessaisi – que du déclenchement et de la mise en œuvre³⁸ des conciliation ou médiation elles-mêmes. Par ailleurs, le juge ne délègue pas son pouvoir de juger à un tiers.

Cette complétude de l'office du juge dépasse la vision d'un juge simple technicien du droit pour faire œuvre de justice, car comme le soulignait le Doyen Roubier, « dans la conscience de l'homme civilisé, à côté de la notion de ce qui est

27. M. Douchy-Oudot et J. Joly-Hurard, « Médiation et conciliation », in *Rep. pr. civ.* Dalloz, n° 9 : « le NCPC procéda à l'intégration pleine et entière de la conciliation [...] à l'office du juge ».

28. G. Cornu, « L'élaboration du Code de procédure civile », *op. cit.*, spéc. p. 254.

29. V. ainsi le canon 1446, § 2.

30. Y. Strickler, « L'office du juge et les principes », formation ENM, 2012.

31. *Ibid.*, évoquant la conciliation comme « l'un des éléments de l'office du juge ».

32. M. Douchy-Oudot et J. Joly-Hurard, « Médiation et conciliation », *op. cit.*, n° 9.

33. M.-A. Frison-Roche, « Les offices du juge », in Jean Foyer : *auteur et législateur, Mélanges Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 463, spéc. n° 1 et 7.

34. R. Girard, *La violence et le sacré*, Grasset, 1972.

35. L. Cadiet, *Dictionnaire de la Justice*, PUF, v° « office du juge ».

36. M.-A. Frison-Roche, « Les offices du juge », *op. cit.*, spéc. n° 6.

37. Ch. Jarrosson, « Préface », in J.-Ph. Tricoit, *La médiation judiciaire*, L'Harmattan, Logiques Juridiques, 2008, p. 8.

38. V. *infra*.

strictement juridique [...], il y a ce qui est juste, c'est-à-dire ce qui constitue la valeur morale suprême dans les relations entre les hommes [...]. Faut-il se résigner à un divorce entre ce qui est juste et ce qui est juridique ? »³⁹ Le juge n'abdique rien de son office, il n'en renie rien ; au contraire, il l'accomplit pleinement : « l'office du juge s'enrichit ; il ne se brise pas »⁴⁰. Par ailleurs, cette conception de l'office du juge ne nie pas la conception aristotélicienne de la justice, conçue comme la détermination de ce qui revient à chacun⁴¹. Le fait que ce ne soit plus le juge mais les parties qui déterminent ce qui revient à chacun ne nie pas l'œuvre de justice. Ainsi la conciliation et la médiation judiciaires ne sont pas des justices accessoires ou parallèles et encore moins la manifestation d'une stratégie d'évitement du juge⁴². Elles permettent au juge de se réaliser pleinement.

Intemporalité de la dimension conciliatoire de l'office du juge. La mise en œuvre de la conciliation et de la médiation judiciaires n'est pas enfermée dans un cadre temporel rigide. Tout d'abord, la mention de la mission conciliatoire au sein des principes directeurs du procès ainsi que son inclusion dans l'office général du juge induisent que son utilisation n'est pas limitée dans le temps et peut s'appliquer à tous les stades de la procédure et à toutes les procédures. Comme le soulignait le Doyen Cornu, « [la conciliation et l'audition simple des parties] sont nées d'une retouche destinée à les mettre en valeur : [...] la conciliation pour affirmer qu'elle n'est pas liée à une phase de la procédure (qui aurait un et seul temps), mais qu'elle constitue, pour le juge, à tout moment, une mission (c'est-à-dire tout à la fois un pouvoir et un devoir) »⁴³. Ensuite, les deux dimensions de l'office du juge – trancher et concilier – ne sont pas nécessairement mises en

œuvre simultanément⁴⁴. Le juge apprécie le moment qu'il estime favorable et dissociera temporellement le plus souvent conciliation et juridiction, afin de donner toutes ses chances à la première.

Un office juridictionnel ? L'office du juge peut être tant juridictionnel qu'extra-juridictionnel. Plus précisément, à l'intérieur de l'office juridictionnel, l'existence d'un litige révèle l'activité contentieuse alors que l'absence de litige marque l'activité gracieuse⁴⁵. La conciliation emprunte tant à l'office juridictionnel gracieux lorsqu'il s'agit d'homologuer l'accord auxquelles les parties sont parvenues⁴⁶ qu'à l'office extra-juridictionnel lorsque le juge met en œuvre les MARC judiciaires et tente de concilier les parties⁴⁷. Dans ce dernier cas, le juge n'intervient pas de façon juridictionnelle : il ne tranche pas le litige et n'impose pas la solution aux parties ; tout est affaire de négociation et de volonté des parties⁴⁸. Bien que non juridictionnel, la conciliation et la médiation mises en œuvre par le juge sont par définition judiciaires⁴⁹. En s'affranchissant des qualifications juridictionnelle et extra-juridictionnelle, la conciliation et la médiation judiciaires révèlent la richesse de l'office du juge.

B. Un office exaltant

L'office conciliatoire du juge est exaltant car il présuppose la victoire sur des réticences variées (1) et l'application des garanties fondamentales aux MARC judiciaires (2).

1. Les défis de l'office du juge

Malgré les références récurrentes faites dans les projets de réforme de la justice, la conciliation et la médiation restent en retrait⁵⁰, ce qui peut s'expliquer par la diversité des réticences à leur mise en œuvre.

39. P. Roubier, *Théorie générale du droit*, Sirey, 1951, n° 24.

40. M.-A. Frison-Roche, « Les offices du juge », *op. cit.*, spéc. n° 19.

41. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, livre V.

42. B. Holleaux, « Médiation prud'homale : renouveau de l'office du juge – Première partie », *Semaine sociale Lamy*, 14 mai 2012, n° 1538, p. 5.

43. G. Cornu, « L'élaboration du Code de procédure civile », *op. cit.*, spéc. p. 254.

44. P. Estoup, « La conciliation judiciaire, avantages, obstacles et perspectives », *Gaz. Pal.* 1986, doct. p. 299.

45. S. Guinchard, F. Ferrand et C. Chainais, *Procédure civile*, Dalloz, Hypercours, 4^e éd., 2015, p. 133. La matière gracieuse ne se définit pas par la seule absence de litige mais aussi par l'exigence légale d'un contrôle judiciaire (art. 25 du C. pr. civ.).

46. Sur la qualification gracieuse, v. *infra*.

47. Sur cette question, v. Ch. Jarrosson, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », *op. cit.*, spéc. n° 10 et 17.

48. C. Chainais, F. Ferrand et S. Guinchard, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 2419.

49. Ch. Jarrosson, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », *op. cit.*, spéc. n° 17. V. aussi, C. Chainais, F. Ferrand et S. Guinchard, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 2424.

50. « La prudence et l'autorité – L'office du juge au xx^e siècle », Rapport de la mission de réflexion de l'Institut des hautes études sur la justice, sur l'évolution de l'office du juge et son périmètre d'intervention, mai 2013, p. 36.

a. Les défis sociologiques et psychologiques

Vaincre les réticences des acteurs. Les forces contraires au recours à la conciliation ou à la médiation sont réelles. Elles peuvent être prosaïques tout d'abord : que l'on pense à la partie qui aurait intérêt à voir le litige s'enliser ou aux conseils craignant de voir décroître le montant de leurs honoraires⁵¹. Elles peuvent être culturelles ensuite : le justiciable, l'avocat et le juge sont pétris d'une « culture légicentriste »⁵², voire, dans les pays latins, d'une culture conflictuelle⁵³, qui les portent vers un règlement juridictionnel. Le juge lui-même peut être réticent à recourir à la conciliation, vue comme une mission moins noble que celle de trancher le litige par application d'une règle de droit. Le modèle procédural peut avoir une influence sur le juge. Il n'est pas étonnant que les MARC se soient initialement développés dans les pays de tradition accusatoire, où le juge est plus distant et accepte davantage la dépossession qu'induisent la conciliation et la médiation. À l'inverse, un juge évoluant dans une procédure inquisitoire, habitué à un rôle actif lui conférant une certaine maîtrise de l'instance, aura plus de difficultés à recourir à la conciliation ou à la médiation, qu'il pourra percevoir comme une abdication. Il convient toutefois de nuancer l'opposition des magistrats, qui en pratique accompagnent le mouvement de recherche d'une solution amiable⁵⁴. L'influence des chefs de juridiction est connue⁵⁵. D'ailleurs les mentalités évoluent⁵⁶, sous l'influence des enseignements spécialisés dispensés à l'école de la magistrature et préconisés notamment dans le rapport Delmas-Goyon⁵⁷.

Office conciliatoire et autorité du juge. Le recul général de l'autorité n'épargne pas la dimension juridictionnelle de l'office du juge et

son résultat – le jugement – pâtit tout particulièrement de cette « délégitimisation ». À l'inverse, les notions de participation et de consensus sont vues avec faveur. Une solution négociée est davantage admise et puisqu'« il n'est de véritable autorité qu'admise »⁵⁸, alors le juge retrouverait une certaine légitimité et autorité comme maïeuticien d'une telle solution négociée. Suivant l'opinion selon laquelle « la légitimité du nouveau juge est fonctionnelle »⁵⁹, l'office conciliatoire revaloriserait la place d'un juge dont le rôle serait accepté et valorisé par les parties.

L'accord à tout prix. L'office conciliatoire du juge peut être menacé par la tentation de la quête d'un consensus à tout prix, du « baiser de paix »⁶⁰ recherché comme une panacée ou un passage obligé qui dispenserait de tout règlement juridictionnel⁶¹. Si la conciliation et la médiation permettent assurément de résoudre un conflit plus profond que le seul litige juridiquement circonscrit, elles peuvent aussi forcer un accord qui ne satisfasse personne. L'idée même de solution négociée souffre alors de ces abdications, de cette recherche du confort de la négociation qui dispense le juge de prendre la responsabilité de trancher le litige en prenant parti entre deux prétentions antagonistes⁶².

b. Les défis structurels

De nombreux défis tiennent à la mise en œuvre des MARC judiciaires. En premier lieu, la conciliation et la médiation peuvent n'être vues que comme des voies de délestage permettant d'alléger la charge de travail des juges et de préserver le budget de la juridiction⁶³. L'office conciliatoire du juge n'est alors qu'un palliatif commode dont la valeur n'est qu'utilitariste⁶⁴. La réhabilitation des MARC judiciaires peut passer par l'encouragement d'une démarche efficace en faisant du

51. Ch. Jarrosson, « L'intérêt de la médiation pour la résolution de litiges entre entreprises », *op. cit.*, spéc. note de bas de page 7.

52. C. Chainais, F. Ferrand et S. Guinchard, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 2430.

53. « La prudence et l'autorité – L'office du juge au ^{xx}e siècle », *op. cit.*, p. 161.

54. Y. Strickler, « L'office du juge et les principes », *op. cit.*

55. Citons, parmi d'autres, Pierre Drat à la cour d'appel de Paris et Franck Gentin au Tribunal de commerce de Paris.

56. Comme en témoigne la création du Groupement européen des magistrats pour la médiation (GEMME).

57. « “Le juge du ^{xx}e siècle”, Un citoyen acteur, une équipe de justice », Rapport Delmas-Goyon, déc. 2013, p. 63.

58. M.-A. Frison-Roche, « Les offices du juge », *op. cit.*, spéc. para 15.

59. G. de Leval, « La triple mission du juge (belge) dans le procès civil », *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, p. 254. V. aussi, R. Perrot, *Institutions judiciaires*, Montchrestien, 6^e éd., 1994, p. 583.

60. J. Carbonnier, « Regard d'ensemble sur la codification de la procédure civile », in *Le Nouveau Code de procédure civile : 20 ans après*, La documentation française, 1998, spéc. p. 16. V. aussi, Y. Strickler, « Poser des limites à la fraternité processuelle », *op. cit.*

61. Y. Strickler, « Poser des limites à la fraternité processuelle », *op. cit.*

62. P. Level, « À propos de la médiation dans la vie des affaires », *JCP E* 1989, II, 15615.

63. Le conciliateur de justice est en effet bénévole et le médiateur est rémunéré par les parties.

64. Ch. Jarrosson, « Les dispositions sur la conciliation et la médiation judiciaires de la loi du 8 février 1995 », *Rev. arb.* 1995, p. 219, spéc. n° 25.

développement des procédures négociées un « objectif de performance » pour les chefs de juridictions⁶⁵.

En second lieu, parce qu'elles sont *judiciaires*, la conciliation et la médiation mises en œuvre par le juge souffrent des mêmes maux que le règlement juridictionnel des litiges : un manque de moyens et de temps pour que le juge procède lui-même à ces modes alternatifs. Même s'il a conscience de ce que son office implique de *trancher* et de *concilier*, le juge manque de temps pour tenter la conciliation. Le remède est à sa portée puisque la médiation est menée par un tiers et que le juge peut déléguer la conciliation ; la conjugaison des différents aspects de l'office du juge est alors facilitée.

En dernier lieu, les modes alternatifs subissent la critique d'une efficacité relative. Alors que la voie juridictionnelle résout cent-pour-cent des litiges, les modes alternatifs ne peuvent en dire autant⁶⁶. Certes. Mais la satisfaction du justiciable et la possibilité de mettre fin de manière définitive au conflit – et non plus au seul litige – sont sans commune mesure.

2. Les exigences processuelles de l'office du juge

Si l'exigence de protection des garanties fondamentales dans le cadre d'une instance contentieuse est connue, l'office conciliatoire du juge suscite l'attention car les garanties fondamentales du procès peuvent s'avérer inadaptées à l'exercice par le juge d'une tentative de conciliation. En effet, pour le juge conciliateur, deux questions se révèlent délicates : le respect du contradictoire et de l'impartialité.

Contradictoire. Lorsque le juge conduit lui-même la conciliation, il peut éprouver le besoin d'organiser des apartés avec chaque partie, ce qui semble inconciliable avec l'exigence de contradiction formulée aux articles 14 à 16 du

Code de procédure civile. Par ailleurs, il apparaît paradoxal d'inférer de l'insertion de l'article 21 au sein des principes directeurs du procès la généralité de la mission conciliatoire du juge, tout en restreignant la généralité du contradictoire énoncé dans les mêmes principes directeurs. La solution vient de ce que le contradictoire ne doit pas être vu comme une fin mais comme un moyen de respecter l'exigence de loyauté et de parvenir à la justice⁶⁷. Ce moyen doit alors être aménagé afin de rendre possible l'accord des parties, au besoin par des apartés⁶⁸. Cette souplesse est d'ailleurs admise en matière de conciliation judiciaire prud'homale où l'article L. 1454-1, al. 2 du Code du travail autorise « le bureau de conciliation et d'orientation [à] entendre chacune des parties séparément et dans la confidentialité ».

Impartialité. La position du juge qui mène la conciliation alors qu'il sera appelé à trancher le litige en cas d'échec de la conciliation est délicate. Elle n'est pas une pure imagination ; ainsi le juge aux affaires familiales peut être tout à tour conciliateur⁶⁹, juge de la mise en état et des référés⁷⁰ et juge du fond.

La tentation est grande pour le juge d'inciter fortement les parties à se concilier, de préférence de la façon que lui, juge, estime la meilleure. Ainsi, au cours d'un litige relatif à la liquidation d'un régime matrimonial, le magistrat présidant l'audience de comparution personnelle des époux leur a proposé un projet d'accord et les a incités à se concilier sur cette base. Il mentionne en outre dans le procès-verbal de comparution qu'à défaut d'accord en ce sens, « l'intégralité de l'actif de la société d'acquêts sera[it] vendue, à l'exception [d'une maison] attribuée préférentiellement à Madame »⁷¹. Saisie d'une requête en suspicion légitime, la Cour de cassation y fit droit en relevant un manquement à l'exigence d'im-

65. L. Raschel, « Les métamorphoses de l'office du juge – Les métamorphoses préconisées », *Gaz. Pal.* 31 juillet 2014, n° 212, p. 18.

66. Ch. Jarrosson, « L'intérêt de la médiation pour la résolution de litiges entre entreprises », *op. cit.*, spéc. n° 9 ; Ph. Théry, « Les modes alternatifs de règlement des litiges. Le point de vue du juriste », in D. Cohen (dir.), *Droit et économie du procès civil*, LGDJ, Droit & Économie, 2015, p. 145 s., spéc. p. 152.

67. Ch. Jarrosson, « Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation ? », *RGDP* 1999, p. 764 s., spéc. p. 765-766.

68. Ch. Jarrosson, « L'intérêt de la médiation pour la résolution de litiges entre entreprises », *op. cit.*, n° 16. Ch. Jarrosson, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », *op. cit.*, n° 40.

69. Art. 1071 C. pr. civ.

70. Art. 1073 C. pr. civ.

71. Civ. 2^e, 15 mars 2012, n° 11-01.194, *Bull. civ.* II, n° 54, *RTD civ.* 2012, p. 375, obs. R. Perrot, *Gaz. Pal.* 2012, n° 3, p. 33, obs. S. Amrani-Mekki.

partialité. Le juge avait commis un préjugement⁷² qui compromettait sa capacité à apprécier de manière neutre le litige en cas d'échec de la conciliation ou de conciliation aboutissant à un accord autre que celui préconisé par le juge. En somme, soit la liberté contractuelle conciliatoire des parties était violée par leur accord contraint à une conciliation sur des termes définis par le juge, soit elles s'exposaient à une décision déjà prise, au mépris de leur droit à être écoutées. Voici toute la difficulté de l'office du juge-conciliateur, « si l'on doit attendre de lui qu'il soit autre chose qu'un banal constatant et qu'il joue un rôle actif en imaginant et suggérant des solutions de compromis »⁷³.

Deux remèdes sont envisageables. Le premier est préventif et consiste en la séparation des fonctions de conciliation et de jugement⁷⁴. Il est renforcé par le fait que le juge ne doit pas avoir connaissance des éléments discutés et échangés durant la conciliation déléguée⁷⁵ ou la médiation⁷⁶, voire même que le juge oublie ce qu'il a entendu lors des apartés conciliatoires. La confidentialité est ici une exigence centrale; le juge doit s'interdire de rechercher ce qui s'est dit et pourquoi la conciliation ou la médiation judiciaires ont échoué. Il n'a connaissance que « de ce que les parties sont ou non parvenues à trouver une solution au conflit qui les oppose »⁷⁷, et pas plus. Le second remède est curatif et consiste, pour le juge qui estimerait être devenu partial, à se déporter⁷⁸. Devant les tribunaux de commerce, il est recommandé au juge conciliateur de montrer aux justiciables que la phase de conciliation est distincte de la phase de jugement, par le lieu⁷⁹, l'habit⁸⁰ et en se dessaisissant en cas d'échec de la conciliation⁸¹. Ces pratiques pourraient avantageusement être généralisées.

Le juge pourra également s'interroger sur sa partialité s'il constate qu'une partie manifeste sa volonté de se concilier alors qu'elle est dans l'ignorance de ses droits. L'impartialité attachée à l'office du juge doit-elle le conduire à informer cette partie afin de rétablir une égalité initiale sur laquelle une conciliation équitable pourra être tentée⁸² ? Cette question peut s'apparenter à la situation du juge relevant d'office un moyen de droit et qui avantage ainsi l'une des parties. Parce qu'il s'agit dans l'un et l'autre cas d'éclairer sur l'état du droit, la partialité n'apparaît pas compromise.

Une fois assurés l'existence et l'intérêt de la dimension conciliatoire de l'office du juge, il convient de la délimiter en évaluant la latitude du juge sous la double contrainte des exigences du législateur et des parties.

II. Les différentes facettes de l'office du juge dans la conciliation et la médiation judiciaires

Si les parties tiennent une place prépondérante dans le déclenchement (A), la conduite (B) et l'issue (C) de la conciliation et de la médiation judiciaire, le juge conserve, dans chacune de ces phases, un office riche en potentialités.

A. Le déclenchement de la conciliation et de la médiation judiciaires

Si l'office du juge est fortement contraint par le législateur en cas de conciliation obligatoire (1), les hypothèses de conciliation et médiation facultatives préservent la latitude du juge (2).

72. Sur cette notion, voir les arrêts CEDH, 24 mai 1989, *Hauschildt c/ Danemark*, req. n° 10486/83; Ass. plén., 6 nov. 1998, n° 94-17.709, *Bord Na Mona* et Ass. plén., 6 nov. 1998, n° 95-11.006, *Guillotel*. S. Guinchard et al., *Droit processuel*, Dalloz, Précis, 8^e éd., 2016, n° 340 et s.; F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Droit fondamental, 12^e éd., 2015, n° 394 à 404. F. Sudre et al., *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, Thémis, 2015, p. 358-379.

73. R. Perrot, obs. sous Civ. 2, 15 mars 2012, *RTD civ.* 2012, p. 375.

74. Soit par la délégation de la conciliation, soit par la désignation d'un juge conciliateur.

75. Art. 129-3 C. pr. civ.

76. Art. 131-14 C. pr. civ.

77. Art. 131-11 C. pr. civ.

78. Art. 339 C. pr. civ.

79. Une réunion spécifique, distincte de l'audience, est tenue, dans le cabinet du juge.

80. Le juge ne porte pas de robe.

81. *MARD – Guide pratique pour les Tribunaux de commerce*, Conférence générale des juges consulaires de France, 2015, spéc. p. 19.

82. Y. Strickler, « L'office du juge et les principes », *op. cit.*

1. Un office circonscrit par le législateur

a. Un office imposé : la conciliation obligatoire

Le juge⁸³ doit procéder à une tentative de conciliation lorsqu'elle est obligatoire en vertu de dispositions législatives⁸⁴. Si la Cour de cassation associe l'organisation d'une telle tentative de conciliation obligatoire au droit à un procès équitable au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, à l'impossible nul n'est tenu et il ne saurait être reproché au juge de violer cette garantie fondamentale en n'y procédant pas et en renvoyant à l'audience de jugement lorsque le comportement des parties le justifie⁸⁵.

b. Un office limité : les hypothèses de conciliation déléguée

Le juge peut déléguer son pouvoir de conciliation à un tiers : le conciliateur de justice⁸⁶. Toutefois, il ne peut le faire que lorsqu'un texte l'y autorise. Tel est le cas devant le juge d'instance, le tribunal de commerce⁸⁷ et le tribunal paritaire des baux ruraux⁸⁸. La généralisation de cette faculté, hors ces hypothèses, un temps envisagée⁸⁹, n'a pas été retenue par la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

2. Un office partagé : la conciliation et la médiation facultatives

Le déclenchement et la mise en œuvre des MARC judiciaires facultatifs révèlent une subtile répartition des pouvoirs entre les parties et le juge.

a. L'office du juge subordonné à la volonté des parties

La première influence des parties se reflète dans le fait que les MARC judiciaires présupposent l'existence d'un procès, dont l'initiative est une prérogative des parties. La seconde influence provient de ce que le juge ne peut recourir à la conciliation et à la médiation sans l'accord des parties. En matière de conciliation judiciaire, cette exigence n'est pas formalisée lorsque le juge tente de concilier lui-même les parties. Quoi qu'il en soit, le juge ne peut pas forcer les parties à tenter une conciliation⁹⁰ car cela irait à l'encontre de l'esprit de concorde qui doit présider à la mise en œuvre des MARC et il serait en outre contreproductif de forcer les parties à entamer une procédure de conciliation si elles ne le souhaitent pas⁹¹. En matière de conciliation déléguée, les parties sont libres de ne pas se conformer à la convocation du conciliateur de justice ; leur non-présentation est alors constatée dans le procès-verbal rédigé par le conciliateur et vaut échec de la conciliation⁹². En matière de médiation judiciaire, l'article 131-1 du Code de procédure civile exige que le juge « recueille l'accord des parties »⁹³, ce que vérifie la jurisprudence pour qui « la décision d'ordonner une médiation judiciaire [...] ne peut s'exécuter qu'avec le consentement des parties »⁹⁴.

b. L'office préservé du juge

Cette vision restrictive de l'office du juge doit être nuancée.

83. Cette phase obligatoire peut être effectuée par la juridiction toute entière en formation collégiale (il en va ainsi devant le Tribunal paritaire des baux ruraux, art. 888 C. pr. civ.) ou par seulement certains membres de la juridiction (ainsi la tentative de conciliation devant le Bureau de conciliation et d'orientation du conseil de prud'hommes est menée par deux conseillers prud'hommes, l'un salarié et l'autre employeur (art. R. 1454-7 C. trav.)).

84. Un préalable obligatoire de conciliation est prévu devant le tribunal d'instance (art. 836 et s. C. pr. civ.), le conseil de prud'hommes (art. R. 1451-1 s. C. trav.) et le tribunal paritaire de baux ruraux (art. 887 C. pr. civ.), mais aussi en matière conjugale (pour tous les divorces autres que par consentement mutuel – art. 252 C. pr. civ.) ou de saisie des rémunérations (article R. 3252-12 C. trav.).

85. Civ. 3^e, 9 déc. 2009, n° 09-10.087.

86. Hors la conciliation judiciaire déléguée, le conciliateur de justice peut intervenir avant toute instance, dans le cadre d'une conciliation conventionnelle (art. 1536 et s. C. pr. civ.).

87. Art. 860-2 et 863 C. pr. civ.

88. Art. 887 C. pr. civ.

89. Projet d'article 127-1, cité par B. Gorchs-Gelzer, « L'actualité législative de la conciliation dans les juridictions », Colloque *Conciliation judiciaire et conciliation de justice à la cour d'appel de Paris*, cour d'appel de Paris, 15 mars 2016, p. 4, disponible à http://www.ca-paris.justice.fr/art_pix/BGorchsGelzer-Colloque-Conciliation-CAParis-15mars2016.pdf.

90. Le recueil de l'accord des parties est présenté comme une condition de la conciliation sur la base de l'art. 21 C. pr. civ. par M. Douchy-Oudot et J. Joly-Hurard, « Médiation et conciliation », *op. cit.*, n° 39.

91. Selon le proverbe anglais, « you can lead a horse to water but you can't make him drink ».

92. Conséquence formalisée, pour la procédure devant le Tribunal paritaire des baux ruraux, à l'alinéa 3 de l'art. 887 du C. pr. civ. V. C. Chainais, F. Ferrand et S. Guinchard, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 2459.

93. Outre cette médiation généraliste, la même exigence d'accord est requise en matière de médiation familiale parentale à l'art. 373-2-10 C. civ. et de médiation familiale conjugale à l'art. 255 du même Code. V. aussi, dans le même sens, l'art. 1071, al. 2 C. pr. civ.

94. Civ. 1^{re}, 7 déc. 2005, *Dubreuil, épouse Loiseau et autre c/ Loiseau et autre*, n° 02-15.418, *Bull.* I, n° 484, *rev. crit. DIP*, 2010, p. 129, note B. Ancel, *JCP* 2006, p. 677, note F. Boulanger.

Un office général. Tout juge judiciaire⁹⁵ est concerné par la mission de conciliation reçue de l'article 21 du Code de procédure civile⁹⁶. L'importance de cet office du juge est accentuée par le fait que le juge n'a pas à recueillir des parties un mandat pour procéder à une tentative de conciliation⁹⁷. De plus tout juge, même des référés, peut proposer aux parties une médiation⁹⁸. Cet office de conciliation et de proposition de médiation du juge s'étend à toute matière dont les parties ont la libre disposition⁹⁹.

Pouvoir d'initiative et de mise en œuvre du juge. Seul le juge décide, souverainement, de la mise en œuvre d'une conciliation ou d'une médiation judiciaires¹⁰⁰. Il en a tout d'abord l'initiative s'il estime opportun de proposer d'office aux parties de procéder à une conciliation¹⁰¹ – sur le fondement de l'article 21 du Code de procédure civile et de dispositions spécifiques qui invitent le juge à envisager l'opportunité d'une conciliation¹⁰² – ou à une médiation¹⁰³. Il n'est, ensuite, pas tenu de faire droit à la demande des parties¹⁰⁴. Sa décision, mesure d'administration judiciaire, n'est pas susceptible d'appel¹⁰⁵.

Par exception aux dispositions généralistes précitées, le juge du tribunal de commerce et du tribunal paritaire des baux ruraux peut ordonner une conciliation déléguée sans avoir à recueillir l'accord des parties¹⁰⁶.

Conciliation et médiation judiciaires peuvent être tentées à tout moment de la procédure : dès la première audience, lors de la mise en état¹⁰⁷, lors de l'instruction de l'affaire¹⁰⁸, à l'audience de plaidoirie, voire même après la clôture des débats et avant le prononcé du jugement. Le juge dispose ici d'une grande latitude pour mettre en œuvre cette possibilité au moment qu'il juge le plus indiqué pour son succès¹⁰⁹. L'office du juge inclut alors une finesse d'appréciation psychologique pour choisir le moment adéquat : le début de l'instance peut ne pas déjà être le moment idoine, faute pour les parties d'envisager que l'issue leur soit défavorable ; à l'inverse, les plaidoiries ont pu révéler aux parties les faiblesses de leurs positions, rendant alors possible une solution négociée.

Pouvoir de délégation et de désignation. Si le juge doit recueillir l'accord des parties sur le principe de la conciliation, il dispose toutefois d'une certaine latitude. En matière de conciliation déléguée, dans les domaines où le législateur l'y autorise¹¹⁰, le juge recouvre une pleine latitude pour choisir s'il procède lui-même à la conciliation ou s'il la délègue¹¹¹. Cette dispense ne concerne que la délégation de la conciliation, c'est-à-dire ses modalités ; l'accord des parties quant au recours à la conciliation est toujours un préalable nécessaire. Mais, et cela constitue une extension de la latitude du juge, sa décision de

95. L. Cadiet, « Solution judiciaire et règlement amiable des litiges : de la contradiction à la conciliation », *Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Dalloz, 1997, p. 131, n° 15. M. Douchy-Oudot et J. Joly-Hurard, « Médiation et conciliation », *op. cit.*, n° 41.

96. Le champ de la conciliation est vaste de par l'appartenance de l'art. 21 aux *Principes directeurs du procès* et, plus largement au Livre 1^{er} consacré aux *Dispositions communes à toutes les juridictions*.

97. Civ. 1^{re}, 8 mars 2005, n° 02-17.578, *Bull. civ. I*, n° 122, D. 2005. IR 857, *Procédures* 2005. comm. 124, obs. R. Perrot.

98. Art. 131-1 C. pr. civ. *Adde*, C. Chainais, F. Ferrand et S. Guinchard, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 2460.

99. M. Douchy-Oudot et J. Joly-Hurard, « Médiation et conciliation », *op. cit.*, n° 40 (conciliation sur le fondement de l'article 21) et 46 (médiation).

100. Art. 128 et 131-1 C. pr. civ.

101. G. Cornu, « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragments d'un état des questions) », *op. cit.*, spéc. p. 92.

102. En matière conjugale, l'art. 373-2-10 C. civ. énonce ainsi que « le juge s'efforce de concilier les parties ».

103. L'art. 255 C. civ. relatif à la matière conjugale prévoit que « le juge peut notamment proposer aux époux une mesure de médiation ». L'art. 373-2-10 C. civ. connaît des dispositions identiques en matière de médiation familiale parentale.

104. Les parties peuvent de toute façon y recourir par elles-mêmes. Les art. 127 et 129 C. pr. civ. évoquent explicitement une telle possibilité en matière de conciliation. Elle est rendue efficace par la possibilité pour les parties d'obtenir du juge la radiation de l'affaire du rôle (art. 382 du même Code) qui permet aux parties de suspendre provisoirement le cours de l'instance le temps de (tenter de) parvenir à une solution négociée.

105. Art. 131-15 (médiation). *Adde*, M. Douchy-Oudot et J. Joly-Hurard, « Médiation et conciliation », *op. cit.*, n° 46.

106. Art. 860-2 et 887 C. pr. civ., tel que modifiés par l'art. 26 du décret n° 2015-282 du 11 mars 2015, supprimant la condition d'accord des parties.

107. Art. 768 C. pr. civ. devant le Tribunal de grande instance, et devant la cour d'appel par renvoi de l'art. 907 du même Code.

108. Moment qui a les faveurs du Conseiller G. Playette in « La médiation judiciaire », *Gaz. Pal.* 1998. 2. Doctr. 704, spéc. p. 705.

109. Art. 128 C. pr. civ.

110. *V. supra*.

111. L'exigence d'accord des parties quant à la délégation de la mission de conciliation est désormais supprimée devant le tribunal d'instance, la juridiction de proximité, le tribunal de commerce et le tribunal paritaire des baux ruraux, comme l'indiquent les art. 23 à 26 du décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile, à la communication électronique et à la résolution amiable des différends, tels qu'interprétés au para. 3.3 de la Circulaire du 20 mars 2015 de présentation dudit décret, publié au BOMJ n° 2015-04 du 30 avril 2015.

recourir à la conciliation déléguée¹¹² ou à la médiation¹¹³ est une mesure d'administration judiciaire, non motivée et non susceptible d'appel ou de pourvoi en cassation¹¹⁴, ce qui rend plus difficile la constatation de la violation de l'exigence d'accord des parties. Toutefois, en pratique, le succès d'une médiation ou d'une conciliation forcée apparaît bien faible¹¹⁵. Enfin, le juge désigne librement le conciliateur et le médiateur sans que ce choix ne soit soumis à l'aval des parties¹¹⁶. Toutefois, en pratique, le juge peut se concerter avec les parties avant d'arrêter son choix, afin de réunir les conditions les plus propices à une procédure fructueuse.

Possibilité d'incitation. Le juge, bien que tributaire de l'accord des parties, dispose de plusieurs moyens d'inciter les parties à consentir à la conciliation ou à la médiation.

Par la double convocation. L'incitation des parties peut se faire par le procédé de la double convocation : à la convocation à l'audience s'ajoute une convocation – non obligatoire – à fin de conciliation (voire, de manière plus limitée, à une réunion d'information par un médiateur) fixée à une date antérieure. La mise en œuvre de cette pratique est laissée à la discrétion des chefs de juridiction. Le législateur peut y inciter devant certaines juridictions¹¹⁷. Sa concrétisation est diverse : ainsi, en matière sociale, cette pratique n'a plus cours à la cour d'appel de Paris depuis juin 2015 mais est maintenue à Versailles.

Par la proposition. Tout d'abord, l'article 127 du Code de procédure civile énonce explicitement cette faculté de proposition de la conciliation et de la médiation par le juge « s'il n'est pas justifié [par les parties], lors de l'introduction de l'instance et conformément aux dispositions des

articles 56 et 58, des diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige ». Ensuite, le juge peut énoncer dans sa décision les raisons pour lesquelles il pense qu'une médiation est souhaitable, surseoir à statuer et renvoyer les parties à une audience de mise en état où il les entendra sur le recours à une médiation judiciaire¹¹⁸. Un tel procédé permet de préserver l'exigence d'accord des parties tout en instaurant des conditions favorables à cet accord. Le juge s'approprie alors pleinement son office conciliatoire. Les juridictions d'appel ne partagent malheureusement pas toujours cette appréciation laudative¹¹⁹. L'incitation à la médiation est largement répandue, notamment devant les chambres sociales de la cour d'appel de Paris.

Par l'injonction. Sans avoir besoin de recueillir l'accord des parties, le juge devant procéder à une tentative préalable de conciliation peut les enjoindre de rencontrer un conciliateur à des fins d'information sur la conciliation¹²⁰. L'accord des parties n'est alors pas requis. Si un tel pouvoir n'existe pas en matière de médiation généraliste¹²¹, il est en revanche prévu en matière de médiation familiale où le juge aux affaires familiales peut enjoindre aux parties de rencontrer un médiateur familial pour une séance d'information sur l'objet et le déroulement de la mesure¹²². Cette décision du juge n'est alors pas susceptible de recours¹²³.

B. La conduite de la conciliation et de la médiation judiciaires

Les parties sont les principaux acteurs de la conduite de la conciliation et de la médiation judiciaires (1), ce qui n'induit toutefois pas à une absence totale du juge (2).

112. Art. 129-6 C. pr. civ.

113. Art. 131-15 C. pr. civ.

114. Art. 537 C. pr. civ. Civ. 1^{re}, 7 déc. 2005, *Dubreuil, épouse Loiseau et autre c/ Loiseau et al.*, n° 02-15.418, *Bull. civ. I*, n° 484; *JCP G* 2006. 677, note F. Boulanger, *Defrénois*, n° 7, 15 avr. 2006, p. 562-571, note M. Revillard, *Gaz. Pal.*, n° 112-113, 22-23 avr. 2006, *Jurispr.*, p. 46; *D.* 2006. 1217, note G. Mahinga.

115. Surtout si l'une des parties a introduit un recours contre cette décision d'ordonner une médiation en violation de la volonté des parties : quand bien même le recours serait déclaré irrecevable, la conciliation ou médiation a peu de chances d'aboutir.

116. C. Chainais, F. Ferrand et S. Guinchard, *Procédure civile*, op. cit., n° 2460.

117. Devant le tribunal d'instance, v. l'art. 845 C. pr. civ.

118. TGI Paris, 3^e Ch., 3^e Sect., 13 mai 2009, *SA L'Oréal et al. c/ SA eBay France et al.*, RG n° 07/11.365, cité par J.-Ph. Tricoit, « Chronique de droit des modes amiables de règlement des conflits », *Rev. arb.*, 2010, p. 153, n° 25.

119. Riom, 1^{re} ch. civ., 19 janvier 2006, *M. François Lallemand c/ Sabine Weil*, RG n° 05/03092, *JurisData* n° 2006-296611, *Rev. arb.*, 2007, p. 127, n° 5, note J.-Ph. Tricoit.

120. Art. 129, alinéa 2 C. pr. civ.

121. J.-Ph. Tricoit, « Chronique de droit des modes amiables de règlement des conflits », op. cit.

122. En matière d'autorité parentale : art. 373-2-10, al. 3 C. civ. ; en matière de divorce : art. 255, 2^e du même Code.

123. Art. 1071, al. 3 C. pr. civ.

1. Un office dépendant des parties

Délimitation du litige soumis au MARC judiciaire. Le juge est lié par le champ du litige que les parties acceptent de voir résolu par un mode alternatif. D'une part, les MARC judiciaires prennent place dans un procès, qui suppose la maîtrise de la matière litigieuse par les parties¹²⁴. D'autre part, les parties ont la maîtrise des contours du litige soumis à la conciliation ou la médiation judiciaires. Dès lors l'accord donné à la tentative de médiation d'un différend opposant deux parties devant le TGI ne vaut pas, en l'absence d'accord unanime des parties, acceptation d'une médiation dans un second différend les opposant, au même moment, devant la cour d'appel¹²⁵.

2. Un office d'organisation

Durée. Le juge fixe librement les modalités de la conciliation¹²⁶ ainsi que la durée de la médiation et de la conciliation déléguée, qui ne peut excéder trois mois, renouvelable une fois à la demande du conciliateur¹²⁷ ou du médiateur¹²⁸. Le juge s'autorise un contrôle sur ce renouvellement, qu'il peut refuser. Ainsi, saisie d'une demande de renouvellement du délai de médiation, la cour d'appel d'Angers octroie un délai supplémentaire en relevant qu'« il ressort tant de l'avis du médiateur que des déclarations des parties que celles-ci sont en voie de trouver une solution au conflit qui les oppose »¹²⁹; l'imminence d'un accord explique alors le renouvellement de la médiation. L'effort d'explication de cette décision révèle la latitude du juge dans le renouvellement du délai de la mission confiée au tiers. Cette latitude ne surprend pas car elle fait écho aux pouvoirs du juge dans le déclenchement de la conciliation et de la médiation : le juge prend l'initiative du recours aux MARC judiciaires; il en contrôle également le renouvellement. En pratique, le juge est extérieur à la conciliation déléguée ou à la médiation, ce qui

rend difficile une appréhension personnelle de l'opportunité du renouvellement; il doit donc s'en remettre aux acteurs du MARC que sont le conciliateur délégué ou le médiateur – qui sont à l'initiative de la demande de renouvellement – mais aussi aux parties. En effet, l'une de ces dernières peut ne plus vouloir poursuivre la conciliation ou la médiation judiciaires, par exemple parce qu'elle doute de l'impartialité du tiers. Si le juge estime que cette conviction s'oppose irrémédiablement à la poursuite de la conciliation déléguée ou de la médiation, il refusera le renouvellement. Il en ira de même si le juge estime qu'une partie ne participe à la médiation que dans un but dilatoire.

Devenir de l'instance. Le juge n'est pas dessaisi par la conciliation et la médiation¹³⁰ et peut ainsi ordonner des mesures d'instruction ainsi que des mesures conservatoires et provisoires si le médiateur le lui demande.

Contrôle du tiers conciliateur ou médiateur. L'article 3 du Code de procédure civile fait obligation au juge de « veill[er] au bon déroulement de l'instance », ce qui s'étend aux MARC judiciaires¹³¹. Le tiers rend compte au juge du déroulement de la conciliation déléguée¹³² ou de la médiation¹³³ et des difficultés qu'il rencontre. L'office de contrôle du juge est restreint puisque le conciliateur de justice est autonome et détermine seul les modalités de sa mission telles la convocation des parties, le transport sur les lieux ou l'audition des tiers.

Rémunération du médiateur. Le juge fixe le montant de la provision à valoir sur la rémunération du médiateur ainsi que la répartition de cette somme entre les parties. L'absence de consignation entraîne la caducité de la décision organisant la conciliation¹³⁴; dans ce cas, le juge poursuit l'instance en vue de trancher le litige. À l'issue de la médiation, le juge organise la rému-

124. Art. 4, alinéa 1^{er} C. pr. civ.

125. Paris, 14^e Ch., sect. B, 5 mai 2009, *SAS Francis Dreyfus Music c/ J.-M. Jarre*, RG n° 08/20-201, inédit, *JurisData* n° 2009-003855.

126. Art. 128 C. pr. civ.

127. Art. 129-2 C. pr. civ.

128. Art. 131-3 C. pr. civ.

129. Angers, 1^{re} Ch. – A, 12 octobre 2010, *Jean-Luc Hardouin c/ Serge Ruault*, RG n° 09/01414, inédit, cité par J.-Ph. Tricoit, « Chronique de droit des modes amiables de règlement des conflits », *Rev. arb.*, 2011, p. 204, spéc. n° 56.

130. Art. 131-2 C. pr. civ.

131. M. Douchy-Oudot et J. Joly-Hurard, « Médiation et conciliation », *op. cit.*, n° 103.

132. Art. 129-5, al. 1^{er} C. pr. civ.

133. Art. 131-9 C. pr. civ.

134. Art. 131-6 C. pr. civ.

nération définitive du médiateur en fixant son montant et les contributions respectives¹³⁵.

C. L'issue de la conciliation et de la médiation judiciaires

1. Dans l'hypothèse d'un accord

Constat d'accord – conciliation retenue.

Lorsque le juge conduit la conciliation et parvient à un accord des parties, il doit le consigner dans un procès-verbal signé de lui et des parties¹³⁶. Il veille à la précision de ce procès-verbal, qui indique les obligations des parties et leurs modalités d'exécution.

Homologation – conciliation déléguée et médiation.

En cas de conciliation déléguée¹³⁷ et de médiation¹³⁸, l'éventuel accord fait l'objet d'un constat signé par les parties et le tiers. Les parties ou la plus diligente d'entre elles peuvent le soumettre par requête à l'homologation du juge, qui peut alors choisir de statuer sans débat¹³⁹. La décision d'homologation est prise et prononcée en chambre du conseil¹⁴⁰.

Action d'office du juge. Le juge peut – voire doit¹⁴¹ –, spontanément, constater l'accord des parties s'il en a connaissance. S'agissant de l'homologation en revanche, la condition de saisine par les parties implique que le juge qui aurait connaissance d'un accord ne peut pas de lui-même en demander la communication au conciliateur de justice ou au médiateur, ni *a fortiori* l'homologuer d'office. La primauté des parties est, là encore, respectée.

Effet de l'accord sur la saisine du juge. Le juge qui, ayant conduit la tentative de conciliation, constate l'accord des parties par procès-verbal constate également l'extinction de l'instance

par une décision de dessaisissement¹⁴². L'homologation d'un accord suite à une médiation ou une conciliation déléguée ne met pas fin à l'instance contentieuse ; le juge doit constater le désistement des parties dans le cadre de la procédure contentieuse afin de permettre l'extinction de l'instance¹⁴³. Lorsque les parties n'indiquent pas dans l'acte de médiation ou dans la requête conjointe saisissant le juge à fin d'homologation de leur accord obtenu après conciliation déléguée qu'elles se désistent de leur instance au fond, le juge peut toutefois interpréter cette demande comme un désistement tacite de leur action¹⁴⁴. Il en va de même lorsque le juge, lors de la mise en œuvre de la conciliation déléguée, avait fixé la date de l'audience à laquelle l'affaire sera examinée afin qu'il constate la conciliation ou tranche le litige, mais que les parties ne s'y présentent pas ; il procède alors à la radiation de l'affaire¹⁴⁵.

Un juge actif. Certains magistrats organisent le retour des parties devant eux en prévoyant, dès l'ordonnance désignant le médiateur, la date à laquelle l'affaire sera appelée « pour soit désistement après médiation ou homologation de la médiation, soit pour dépôt de dossier et date de délibéré »¹⁴⁶. Le juge conserve ainsi la main sur le rythme de l'instance ; il force l'avancée de la procédure, soit par l'homologation de la médiation et le désistement d'action et d'instance, soit par le retour à une procédure classique aux fins de jugement.

Latitude du juge dans le contrôle de l'accord à homologuer.

Saisi par les parties d'une demande d'homologation de leur accord, le juge peut hésiter entre deux attitudes. D'une part,

135. Art. 131-13 C. pr. civ.

136. Art. 130 C. pr. civ. Le bureau de conciliation et d'orientation (art. R. 1454-10 C. trav.) ainsi que le(s) conseiller(s) rapporteur(s) (art. R. 1454-5 C. trav.) du Conseil des prud'hommes établissent également un procès-verbal.

137. Art. 130 C. pr. civ.

138. Art. 131-12 C. pr. civ.

139. Art. 131 (conciliation) et 131-12 (médiation) C. pr. civ.

140. Hors-série sur la Médiation, *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, disponible à : https://www.courdecassation.fr/publications_26/bulletin_information_cour_cassation_27/hors_serie_2074/mediation_8925.html.

141. Art. 384, alinéa 2 C. pr. civ. Civ., 8 juillet 1925, *DP* 1927.1. 21.

142. Art. 384 C. pr. civ. N. Fricero et al., *Le guide des Modes amiables de résolution des différends*, Dalloz, Guides Dalloz, 2016-2017, 2^e éd., n° 111.42.

143. Hors-série sur la Médiation, *op. cit.*

144. Paris, Pôle 6, ch. 10, 18 janvier 2011, n° 08/07620, *M. Gérald Piltzer c/ Mme Solange Raynald*, inédit, disponible sur LexisNexis.fr.

145. M. Foulon et Y. Strickler, « Modes Alternatifs de Résolution des Litiges – Conciliation – Procédure Participative – Médiation », *JurisClasseur Procédure civile*, fascicule n° 1000, n° 44.

146. Paris, Pôle 6, Ch. 10, 22 oct. 2013, *Comité d'établissement SNCF Clientèles c/ Mme Malika Duraud*, n° 09/11509, *JurisData* : 2013-026575. V. aussi, Paris, Pôle 6, chambre 3, 13 décembre 2011, n° 11/01514, *M. Marc Durand c/ SARL Fidival et SARL Financière du Valais*, inédit, disponible sur LexisNexis.fr. *Adde*, Grenoble, Ch. com., 2 déc. 2010, *SCI Yan c/ Alexis Taleb et al.*, RG n° 10/02525, inédit et Grenoble, Ch. com., 2 décembre 2010, *Ilidio Abel Martins c/ SA Pialleport*, RG n° 10/02804, inédit, citées par J.-Ph. Tricoit, *Chronique* 2010 précitée, n° 60.

procéder à un contrôle de l'accord qui lui est soumis. D'autre part, homologuer de manière automatique, en s'appuyant par exemple sur la rédaction de l'article 131-12 du Code de procédure civile en vigueur de 1996 au 29 avril 2016 : « Le juge homologue à la demande des parties l'accord qu'elles lui soumettent » ; il n'est ici fait expressément référence à aucune latitude du juge dans le contrôle opéré ni à aucune indication quant aux éléments à prendre en compte¹⁴⁷. La rédaction actuelle n'est guère plus éclairante. La lecture de certaines décisions confirme cette automaticité de l'homologation : « Sous l'égide du médiateur, les parties étant parvenues à un accord par acte sous seing privé du 21 octobre 2008, il convient d'homologuer ledit accord »¹⁴⁸. Une telle formule est proche de celle que la Cour de cassation a pu proposer comme modèle de décision d'homologation dans un hors-série de son *Bulletin d'information* consacré à la Médiation : « Attendu qu'il résulte de l'échange des conclusions et des pièces de la procédure que les parties ont été informées de leurs droits respectifs ; que devant..., elles maintiennent les termes de leur accord et demandent l'homologation de l'accord. Que, conformément à leur demande conjointe, le protocole d'accord ci-après annexé, doit être homologué »¹⁴⁹. Toutefois, ce même hors-série explique que le juge doit procéder à un contrôle de l'accord qui lui est soumis car « le juge, qui n'est pas tenu d'homologuer l'accord, doit vérifier que : l'accord a été conclu de bonne foi, l'accord a été conclu par des parties qui y

adhèrent pleinement en pleine connaissance de leurs droits et de son inopposabilité aux tiers, l'accord ne présente pas de difficultés d'exécution (c'est le cas lorsqu'il comprend une clause suspensive ou aléatoire par exemple) ou d'interprétation, l'accord ne heurte pas des dispositions d'ordre public et n'aurait pas été pris en fraude des droits des tiers »¹⁵⁰. Certaines juridictions, dont la chambre sociale de la Cour de cassation, ont opté pour un tel contrôle, insistant sur l'objectif de préservation des droits des parties¹⁵¹. Protecteur, ce contrôle doit être encouragé¹⁵².

Nature de l'office du juge lors du constat et de l'homologation de l'accord.

Le constat par le juge de l'accord des parties suite à une conciliation menée par lui n'a pas le caractère d'un jugement¹⁵³ et est dès lors dépourvu de l'autorité de chose jugée¹⁵⁴. La qualification extra-juridictionnelle ne surprend pas pour un acte ne faisant que constater l'accord des parties, sans autre intervention du juge, notamment sur sa validité¹⁵⁵. À l'inverse, lorsque le juge homologue l'accord suite à une conciliation déléguée ou à une médiation, son contrôle est plus approfondi que le constat car il contrôle sa légalité, son opportunité, le respect des intérêts en cause et de l'ordre public¹⁵⁶, ce qui pourrait plaider en faveur d'une qualification gracieuse, effectivement retenue par le législateur¹⁵⁷. Toutefois, le juge statue en matière gracieuse lorsqu'en l'absence de litige il est saisi d'une demande dont la loi exige qu'elle soit soumise à son contrôle¹⁵⁸ pour sa validité¹⁵⁹. Or tel n'est pas le cas ici car

147. À la différence de ce que prévoit l'art. L. 611-8, II du C. com. pour l'homologation d'un accord de conciliation pour la prévention et le règlement amiable des difficultés des entreprises.

148. Paris, Pôle 4, Ch. 1, 7 janvier 2010, *Frédéric Aris c/ Ghyslain Dormeuil*, RG n° 06/17601, inédit, cité par J.-Ph. Tricoit, *Chronique* 2010 précitée, n° 60, et les autres références citées.

149. Hors-série sur la Médiation, *op. cit.*, Annexe 11, disponible à : https://www.courdecassation.fr/publications_26/bulletin_information_cour_cassation_27/hors_serie_2074/mediation_8925.html#Annexe 11.

150. Hors-série sur la Médiation, *op. cit.*

151. Soc., 18 juil. 2001, *Assedic de l'Isère c/ M. Gaillardet et al.*, n° 99-45.534 et n° 99-45.535, *Bull.* V, n° 279, p. 224, D. 2001, IR 2945, *Semaine Sociale Lamy*, n° 1039, p. 12, note C. Goasguen. V. aussi, *Riom*, ch. civ. 4, 6 oct. 2015, n° 13/00070, *Mme Valérie Veron, Syndicat CFDT Commerce Services de l'Allier c/ SAS Avermes Distribution*, inédit, disponible sur LexisNexis.fr. *Adde*, les références aux décisions des Cours d'appel de Paris, Bourges et Toulouse citées par J.-P. Tricoit, *Chronique* 2010 précitée, n° 60.

152. J. Joly-Hurard, *Conciliation et médiation judiciaires*, préf. S. Guinchard, PUAM, 2003, n° 680.

153. Civ. 3^e, 4 mars 1998, n° 95-20.633, *Bull.* n° 56, p. 38, pour un constat d'accord devant le Tribunal d'instance. Soc. 4 oct. 2004, n° 04-44.695 pour un accord devant le Conseil des prud'hommes.

154. Civ. 1^{re}, 24 sept. 2008, n° 07-18.114.

155. C. Chainais, F. Ferrand et S. Guinchard, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 1054. J. et L. Boré, « Pourvoi en cassation », *Rép. proc. civ.*, Dalloz, n° 20. F. Eudier et N. Gerbay, « Jugement », *Rép. proc. civ.*, Dalloz, n° 14-16. N. Fricero et al., *op. cit.*, n° 111.43. J. Joly-Hurard, *Conciliation et médiation judiciaires*, *op. cit.*, n° 615.

156. M. Douchy-Oudot et J. Joly-Hurard, « Médiation et conciliation », *op. cit.*, n° 151.

157. Art. 131 (conciliation) et 131-12 (médiation) C. pr. civ. Approuvant cette qualification gracieuse, M. Douchy-Oudot et J. Joly-Hurard, « Médiation et conciliation », *op. cit.*, n° 151.

158. Art. 25 C. pr. civ.

159. J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, LGDJ, Domat, 6^e éd., 2015, note 34 sous n° 647.

l'homologation, facultative¹⁶⁰, n'a qu'un intérêt probatoire et exécutoire¹⁶¹, ce qui plaide pour l'exclusion de la qualification gracieuse¹⁶² au profit de celle d'acte judiciaire non juridictionnel¹⁶³.

2. En cas d'échec

Le juge est décisionnaire¹⁶⁴ quant à la fin du processus de conciliation ou de médiation. Il peut se saisir d'office, ou l'être par demande des parties ou du tiers. La saisine d'office est prévue « lorsque le bon déroulement [de la conciliation déléguée ou de la médiation] apparaît compromis ». Cette formule large laisse une grande latitude au juge, en cohérence avec son rôle dans le recours et le renouvellement du MARC judiciaire. Le juge se voit toutefois contraint à la tenue d'une

audience en vue de prononcer l'échec et la fin de la conciliation et de la médiation¹⁶⁵; il ne peut statuer directement au fond¹⁶⁶. L'échec du MARC conduit au début – pour la conciliation obligatoire¹⁶⁷ – ou à la reprise – pour la tentative de conciliation déléguée ou de médiation¹⁶⁸ – de l'instance contentieuse devant le juge en vue de trancher le litige.

Conclusion. L'étude de l'office conciliatoire du juge, office de défis et de protection, office de latitude, de finesse et de souplesse, montre qu'en se réappropriant les MARC et en s'ouvrant à ses potentiels, le juge dispose des atouts pour concrétiser le cœur de son office, là où brûle l'essence de sa fonction : rétablir la paix.

160. J. Joly-Hurard, *Conciliation et médiation judiciaires*, op. cit., n° 663.

161. La décision d'homologation vaut titre exécutoire, Hors-série sur la Médiation, op. cit.

162. G. Wiederkehr, « Le rôle de la volonté dans la qualification des actes judiciaires », *Études à la mémoire du Professeur Alfred Rieg*, Bruylant, 2001, spéc. p. 893. L. Cadiet, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 9^e éd., 2016, n° 426.

163. C. Chainais, F. Ferrand et S. Guinchard, op. cit., Dalloz, 2016, n° 1054. F. Eudier et N. Gerbay, « Jugement », *Rép. proc. civ.*, Dalloz, n° 15 (bien que le n° 16 semble toutefois distinguer la nature du constat et de l'homologation). J. Joly-Hurard, *Conciliation et médiation judiciaires*, op. cit., n° 684. Ch. Jarrosson, « Modes alternatifs de règlement des conflits », *RGDP*, n° 4, oct.-déc. 1999, spéc. p. 769. Les auteurs du *guide des Modes amiables de résolution des différends*, op. cit., n° 122.46 excluent la qualification juridictionnelle car « le juge ne tranche pas », ce qui pourrait toutefois n'exclure que la seule qualification juridictionnelle contentieuse et préserver la qualification gracieuse; tel ne semble toutefois pas être l'opinion soutenue.

164. Les art. 129-5, al. 2 (conciliation déléguée) et 131-10 (médiation) indiquent tous deux que « le juge peut [y] mettre fin ».

165. Art. 131-10 C. pr. civ.; Soc., 14 janv. 2014, n° 12-28.295, *Bull.* V, n° 9, *Procédures* 2014, n° 4, p. 16, note R. Perrot.

166. Devant le tribunal d'instance et la juridiction de proximité, si la tentative de conciliation menée par le juge lui-même échoue, il peut, après avoir recueilli l'accord des parties, juger immédiatement l'affaire, selon les modalités de la présentation volontaire (art. 835, alinéa 1^{er} C. pr. civ.). Si les parties s'y opposent, elles devront saisir la juridiction aux fins de jugement (art. 835, alinéa 2 et article 836, alinéa 1^{er} C. pr. civ.).

167. Art. 836, al. 1^{er} C. pr. civ. devant le Tribunal d'instance et 888 du même Code pour le Tribunal paritaire des baux ruraux.

168. Art. 131-11, al. 2 C. pr. civ. en matière de médiation.

Petit sept du Grand A :

L'office du juge en droit des contrats

L'office du juge dans le droit nouveau des contrats

Denis Mazeaud

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

1. Défini, d'une façon générale, comme l'« ensemble des pouvoirs et des devoirs attachés à une fonction publique »¹, l'office du juge en droit des contrats peut être envisagé comme l'ensemble des pouvoirs que celui-ci est habilité à exercer en matière contractuelle. En l'occurrence, parce que le droit des contrats a récemment fait l'objet d'une réforme², issue de l'ordonnance du 10 février 2016 et entrée en vigueur le 1^{er} octobre de cette même année, c'est l'office du juge dans le droit nouveau des contrats qui retiendra notre attention³.

2. Dans un premier mouvement, l'existence de la réforme en question semble mécaniquement réduire l'office du juge, quant à son pouvoir créateur de règles contractuelles. Pouvoir qui s'est exercé de manière extrêmement prolifique, en raison de l'inertie du législateur depuis 1804 en droit commun des contrats⁴, exceptions faites des lois relatives à la révision de la clause pénale

et aux contrats électroniques. Il n'est pas, dès lors, illégitime de considérer que l'intervention du législateur, qui codifie un grand nombre de règles que le juge avait créées et en crée aussi de nouvelles, va à l'avenir sensiblement réduire la marge d'initiative du juge en droit des contrats. En effet, le Code civil jouit désormais, en matière contractuelle, d'une certaine complétude, laquelle devrait fatalement réduire l'office du juge à une peau de chagrin. D'une part, il lui sera impossible d'aller à l'encontre d'une règle légale nouvelle, d'autre part et surtout, son pouvoir créateur aura nécessairement beaucoup moins de vocation à s'exercer en raison du faible nombre de vides législatifs.

3. Évidemment, il ne faudrait pas en conclure trop hâtivement que la réforme renverra le juge à son rôle de simple bouche de la loi.

En premier lieu, le juge aura, en raison de la lettre même de la loi nouvelle et de ses imperfec-

1. G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 2014., v° Office du juge.

2. Sur cette réforme, v. G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, spéc. n° 327 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations, Consolidation, innovations, perspectives*, Dalloz, 2016 ; O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2016, spéc. p. 204 ; N. Dissaux et Ch. Jamin, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Dalloz, 2016, spéc. p. 43.

3. Sur ce point, v. déjà, M. Bourassin (dir.), *La place du juge dans la réforme du droit des contrats*, LPA, 30 déc. 2016 ; M. Mekki (dir.), *Le juge, acteur et auteur de la réforme du droit des contrats*, RDC 2016, p. 351 s.

4. À propos duquel les propos qui suivent seront exclusivement consacrés pour les besoins de cette étude, ce qui nous conduira à ne pas envisager le droit spécial des contrats, par exemple le droit de la consommation qui, lui, a connu une évolution législative importante en matière contractuelle.

tions, un rôle de coauteur de la réforme⁵. En ce sens, le recours très fréquent, dans l'ordonnance, aux standards⁶ exprime le rôle du pouvoir du juge dans la mise en œuvre de la loi nouvelle, qu'il est ainsi invité à compléter concrètement et à faire évoluer sans qu'il soit nécessaire d'une intervention législative supplémentaire. Grâce à la bonne foi, au raisonnable, à l'abus, au déséquilibre significatif, au manifestement excessif, à la disproportion manifeste, aux attentes légitimes, au dérisoire, à l'illusoire et j'en passe probablement, le juge complètera la loi nouvelle en dotant d'une portée normative ces concepts flexibles, lesquels subordonnent l'application concrète de la règle légale à « une appréciation quantitative, opérée par le juge [...] suivant ses convictions propres »⁷. En outre, le recours aux standards permet au juge de faire du « sur-mesure contractuel », grâce à l'adaptation à chaque relation contractuelle spécifique que ceux-ci permettent.

En second lieu, nonobstant la loi nouvelle et ses effets sur le pouvoir créateur du juge, l'office du juge quant au contrat lui-même demeure, même si sa substance et sa portée sont modifiées par la réforme. Et c'est précisément sur ce second aspect de l'office du juge en droit des contrats que nous focaliserons les développements qui vont suivre⁸.

4. Plus précisément, pour apprécier la mesure des pouvoirs du juge, on procédera par comparaison. Concrètement, pour déterminer la portée de l'office du juge sur le contrat depuis la réforme, on l'appréciera au regard de celle dont il était doté dans le droit antérieur, étant entendu que, parfois, les pouvoirs du juge seront identiques avant et après la réforme. On songe, par exemple, aux pouvoirs du juge de compléter le contrat en s'inspirant des « suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature »⁹ et de contrôler le montant du prix fixé

unilatéralement dans un contrat-cadre en appliquant la traditionnelle réserve d'abus¹⁰.

5. Sans souci d'originalité, on recherchera, dans un premier temps, les signes d'un renforcement de l'office du juge (I), avant d'identifier, dans un second temps, les indices de son affaiblissement (II).

I. Les signes d'un renforcement de l'office du juge

À l'analyse des textes de la réforme, ce renforcement apparaît, soit bien réel (A), soit symbolique (B).

A. Renforcement réel

6. Le pouvoir du juge quant au contrôle de la validité du contrat est, en premier lieu, sensiblement renforcé.

Il l'est, d'une part, en raison de l'article 1143 nouveau, aux termes duquel « Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif »¹¹. Certes, par le passé, la Cour de cassation avait affirmé que « l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier le consentement à l'acte juridique »¹², mais la codification de la règle, même si la règle légale n'est pas l'exacte réplique de la règle jurisprudentielle, est significative au regard du renforcement de l'office du juge. En effet, la plupart des auteurs avaient fait preuve de scepticisme, voire de défiance à l'égard de cette création jurisprudentielle, et cet arrêt n'avait pas eu une descendance très importante en jurisprudence, puisqu'un seul arrêt avait annulé un contrat pour

5. Sur ce point, v. les actes du colloque *Le juge, acteur et auteur de la réforme du droit des contrats*, op. cit.

6. Sur ce phénomène, v. N. Blanc, « Le juge et les standards juridiques », *RDC* 2016, p. 394.

7. L. Aynès, « Le juge et le contrat : nouveaux rôles ? », *RDC*, hors-série avr. 2016, p. 14 s., spéc. p. 16.

8. Ne serait-ce que parce que nous avons déjà très largement envisagé l'office du juge, entendu comme le pouvoir de créer des règles contractuelles dans le colloque cité précédemment : *La place du juge en droit des contrats*, *RDC* 2016, p. 353.

9. Art. 1135 dans le Code civil, version 1804 et 1194, dans le Code civil, version 2016.

10. Ass. plén., 1^{re} déc. 1995 (*Contrats, conc., consom.*, 1996, comm., n° 5, obs. L. Leveneur ; *D.* 1996, 13, note L. Aynès ; *Defrénois*, 1996, 747, obs. Ph. Delebecque ; *JCP G* 1996. II. 22565, obs. J. Ghestin ; *LPA* 27 déc. 1995, n° 155, note D. Bureau et N. Molfessis ; *RTD civ.* 1996, 153, obs. J. Mestre) pour le droit antérieur à la réforme et art. 1164, al. 2, depuis la réforme.

11. Sur l'abus de dépendance, v., entre autres, H. Barbier, « La violence par abus de dépendance », *JCP G* 2016, p. 722 s.

12. Civ. 1^{re}, 3 avr. 2002 : *Contrats, conc., consom.*, 2002, comm. n° 121, obs. L. Leveneur ; *D.* 2002, 1860, note J.-P. Gridel et P. Chazal ; *D.* 2002, 2844, obs. D. Mazeaud ; *Defrénois*, 2002, 1246, obs. E. Savaux ; *RTD civ.* 2002, 502, obs. J. Mestre et B. Fages.

violence économique¹³. En somme, il n'était pas interdit de penser que ce nouveau vice du consentement n'était pas promis à un avenir radieux... Tel n'est plus le cas avec le nouvel article 1143 : qu'on s'en félicite ou non, désormais, la violence peut consister dans un l'exploitation abusive d'une situation de dépendance dont un contractant tire un avantage manifestement excessif.

Reste à se demander si la règle légale renforce ou non l'office du juge dans ce domaine spécifique. La mise en jeu de la règle nouvelle suppose, dans un premier temps, que deux conditions objectives soient remplies. D'une part, une situation de dépendance, sans distinguer la nature de celle-ci, et le pouvoir du juge est alors accru, puisque la règle jurisprudentielle ne visait que la seule dépendance économique. D'autre part, il faut que le contractant de la victime du vice en ait tiré un avantage manifestement excessif. Or, sous l'empire de la règle jurisprudentielle antérieure, cette condition n'était pas expressément exigée; il était alors concevable de considérer que la violence économique était caractérisée non seulement lorsque le contrat était affecté d'un déséquilibre manifestement excessif, mais aussi quand le contrat conclu sous l'emprise d'un état de dépendance économique était inutile pour le contractant qui l'avait conclu sous la contrainte. Aussi, en posant cette nouvelle condition, la loi nouvelle restreint-elle, dans une certaine mesure, le champ d'application de l'abus de dépendance. Dans un second temps, condition subjective, il faut, pour que ce vice soit caractérisé, que le contractant ait abusé de l'état de dépendance de son partenaire, comme l'exigeait déjà la Cour de cassation. Peut-être le simple constat de l'avantage manifestement excessif tiré de ce contrat par le cocontractant du contractant dépendant constituera une présomption d'un tel abus.

Quoi qu'il en soit, on retiendra que la loi accorde désormais au juge, de la façon la plus nette qui soit, le pouvoir d'annuler des contrats dont les prestations sont excessivement déséquilibrées et apporte une exception absolument remarquable au principe fondamental de notre

droit des contrats, en vertu duquel les contrats, quoique lésionnaires, sont valables, efficaces et intangibles. Gravé désormais dans le marbre du code civil, ce pouvoir a une autre allure que celui qu'il avait jusqu'alors, tant la doctrine et la jurisprudence elle-même le considéraient avec circonspection.

7. Outre qu'il est renforcé quant au contrôle de l'équilibre des prestations contractuelles, lesquelles constituent le cœur du contrat, son centre de gravité, le pouvoir du juge est aussi augmenté relativement au contrôle de l'équilibre des stipulations contractuelles, lesquelles sont de simples clauses accessoires à l'essence même du contrat, clauses de pouvoirs, de responsabilité, de résiliation, de durée, de règlement des litiges, de prescription, de modification, etc., étant entendu que dans l'un et l'autre cas son pouvoir s'entend précisément d'un contrôle de la disproportion contractuelle.

La manifestation la plus spectaculaire, parce que la plus innovante, de ce pouvoir réside dans la règle énoncée par l'article 1171, qui dispose, dans son alinéa 1^{er}, que « Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat est réputée non écrite »¹⁴. Avec cette règle nouvelle, il existe désormais en droit commun des contrats, comme en droit de la consommation et en droit des pratiques restrictives de concurrence, un texte que le juge pourra exploiter pour supprimer les clauses abusives stipulées dans certains contrats qui entrent dans le champ d'application du Code civil.

Dire que cette règle n'a pas été accueillie à bras ouverts par la doctrine est un doux euphémisme. Ont été brandis les risques d'insécurité juridique, d'instabilité contractuelle et de judiciarisation du contrat pour critiquer cette innovation apportée par la réforme. Pourtant, on voit mal pourquoi une clause stipulée dans les mêmes conditions (imposée par un des contractant à l'autre) et produisant les mêmes effets (un déséquilibre contractuel significatif) serait sanctionnée lorsque le contrat dans lequel elle est insérée entre dans le champ d'application du code de la consommation ou du code de commerce, et ne

13. Com., 4 févr. 2015, n° 14-10920.

14. Sur cette innovation, v., entre autres, M. Behar-Touchais, « Le déséquilibre significatif dans le Code civil », *JC G*, 2016, p. 662 s.; D. Fenouillet, « Le juge et les clauses abusives », *RDC* 2016, p. 358 s.; C. Grimaldi, « Les limites à la détermination du contenu du contrat dans le nouveau droit des contrats », *LPA* 2016, 27 oct. 2016, p. 6; X. Lagarde, « Questions autour de l'article 1171 du code civil », *D*, 2016, p. 2174 s.

le serait pas si elle entre dans celui du Code civil. Quoi qu'il en soit, la sécurité juridique ne devrait pas trop souffrir du pouvoir nouveau accordé au juge. En effet, le pouvoir du juge est strictement cantonné. D'abord, il est circonscrit aux seules clauses abusives stipulées dans un contrat d'adhésion, même s'il reviendra au juge de donner corps à cette qualification qui fait son entrée dans le Code civil, ce qui le conduira à trancher entre les différentes approches doctrinales, libérales ou sociales. Ensuite, son pouvoir est désactivé si la clause litigieuse porte sur l'objet principal du contrat ou sur l'adéquation du prix à la prestation. Enfin, ce pouvoir sera parfois, sinon souvent, neutralisé lorsque des règles spéciales relatives aux clauses abusives auront vocation à s'appliquer. Sur ce point, c'est au juge que reviendra la très délicate mission d'articuler l'application de la règle du droit civil avec celle des règles spéciales édictées, dans la même perspective, par le code de la consommation¹⁵ et le code de commerce¹⁶.

8. Le pouvoir du juge sur les clauses accessoires du contrat est, par ailleurs, sensiblement renforcé avec l'article 1170 qui dispose que « Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ». Certes, dans un premier mouvement, il est tentant de détecter dans ce texte la simple réplique de la jurisprudence « Chronopost »¹⁷ et « Faurecia II »¹⁸ qui accordait au juge le pouvoir de réputer non écrite des clauses de responsabilité qui contredisaient la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur. Certes, il ne fait guère de doute que la nouvelle règle légale consacre la règle jurisprudentielle forgée par la Cour à propos des clauses de responsabilité abusives, et empiète ainsi sur le champ d'application de l'article 1171.

Certes..., mais la règle édictée par l'article 1170 a un champ d'application beaucoup plus vaste que la jurisprudence évoquée et le texte précité, à tel point qu'elle suscite elle aussi

les craintes en doctrine. En premier lieu, elle ne vise pas seulement les clauses de responsabilité, mais à cet égard, l'innovation est relative car la règle jurisprudentielle avait, elle aussi, été appliquée pour neutraliser d'autres clauses que les seules clauses de responsabilité, en matière de clauses de réclamation de la victime, par exemple¹⁹. En second lieu, le pouvoir du juge de désactiver des clauses qui anéantissent la cohérence du contrat n'est pas limité aux seuls contrats d'adhésion, il a aussi vocation à s'appliquer aux contrats de gré à gré. Aussi, certains auteurs insistent-ils sur la « portée considérable » de cette règle nouvelle qui « donne au juge un pouvoir de réfaction du contrat l'autorisant à écarter une stipulation au seul prétexte qu'elle porterait atteinte à la substance – concept pour le moins fuyant – de l'obligation essentielle » et critique, dans une perspective d'opportunité et de politique juridique « l'affichage d'un pouvoir judiciaire illimité de correction des conventions »²⁰.

On ne souscrira pas, une fois encore, à ces critiques. D'une part, parce qu'un regard sur notre passé contractuel révèle que le juge, quand il est investi d'un pouvoir de correction ou de révision du contrat, en fait toujours un usage modéré, ne serait-ce que parce que le contrôle assuré par la Cour de cassation de l'exercice de ce pouvoir est strict. D'autre part, parce que les clauses visées par l'article 1170 doivent être neutralisées; ce sont celles et uniquement celles, en effet, qui emportent une incohérence flagrante dans le contrat, parce qu'elles permettent à un contractant de souscrire une obligation apparemment essentielle mais en réalité illusoire, parce que son inexécution ne sera pas sanctionnée ou qu'il sera très difficile d'exiger son exécution, ou encore parce qu'elle permet au débiteur d'échapper purement et simplement à son engagement.

9. Le pouvoir du juge sort renforcé, par ailleurs, des textes de la réforme qui accroissent son pou-

15. Art. L. 212-1 C. conso.

16. Art. L. 446-2, 2° C. com.

17. Cass. com., 22 oct. 1996 : *Contrats, conc., consom.* 1997, comm. n° 24, obs. L. Leveneur; *D.* 1997, p. 121, note A. Sérioux, et p. 175, obs. P. Delebecque; *Defrénois* 1997, 333, obs. D. Mazeaud; *JCP G* 1997. I. 4002, obs. M. Fabre-Magnan et 4025, obs. G. Viney et II, 22881, obs. D. Cohen; *RTD civ.* 1997, p. 418, obs. J. Mestre.

18. Com., 29 juin 2010 : *Contrats, conc., consom.*, 2010, comm. n° 220, obs. L. Leveneur; *D.* 2010, 1832, note D. Mazeaud; *JCP E* 2010, 1790, obs. Ph. Stoffel-Munck; *RDC* 2010, 1254, obs. O. Deshayes; *RTD civ.* 2010, 555, obs. B. Fages.

19. Sur ce point, v. C. Grimaldi, *op. cit.*, spéc. n° 20.

20. S. Pellet, « Le contenu licite et certain du contrat », *Droit & Patrimoine*, mai 2016, p. 61 s., spéc. p. 63.

voir de révision. Tel est, d'une part, le cas de l'article 1231-5 nouveau qui dote le juge d'un pouvoir de révision des clauses d'indemnité forfaitaires. Cette règle nouvelle renforce son pouvoir de révision des clauses qui prévoient des forfaits de dommages-intérêts manifestement excessifs ou dérisoires. Sous l'empire de l'ancien article 1152, alinéa 2, du Code civil, la Cour de cassation avait, à tort ou à raison, cantonné ce pouvoir de révision fondé sur l'équité aux seules clauses qui pouvaient être qualifiées de clauses pénales, c'est-à-dire aux clauses qui garantissaient l'exécution d'une obligation et fixaient une peine forfaitaire destinée à sanctionner l'inexécution illicite de celle-ci. Ainsi, elle déniait un tel pouvoir à propos de clauses qui n'étaient pas dotées d'un caractère comminatoire, telles les clauses d'indemnisation forfaitaire²¹. Or, l'ordonnance de 2016 a purement et simplement supprimé les articles 1126 et suivants qui contenaient la définition et le régime de la clause pénale. Autant de raisons de penser que le pouvoir de révision du juge est désormais étendu à toute « clause contractuelle fixant à l'avance et de manière forfaitaire une somme qui correspond à l'indemnité à laquelle donnera lieu l'inexécution de l'obligation contractée »²², sans qu'il soit nécessaire que cette clause ait « un rôle comminatoire »²³.

10. D'autre part, le pouvoir de révision du contrat sort renforcé de l'article 1223, alinéa 1^{er}, qui prévoit, en cas d'exécution imparfaite du contrat, que le créancier qui a déjà payé le prix peut en demander la réduction proportionnelle au juge.

Certes, un tel pouvoir judiciaire de réduction du prix n'est pas totalement inconnu en droit des contrats. Il existe lorsque la chose vendue est affectée d'un vice caché et que l'acquéreur exerce l'action estimatoire, lorsque la surface de l'immeuble vendu ne correspond pas à celle qui était indiquée dans l'acte²⁴, en cas d'exécution défectueuse du contrat d'entreprise²⁵ et, d'une

façon générale pour les contrats commerciaux²⁶. Mais, avant la réforme, ce pouvoir judiciaire de réduction du prix en cas d'exécution imparfaite du contrat n'était pas admis en droit commun pour les contrats civils. Dans un tel cas de figure, faute d'inexécution d'une gravité suffisante pour emporter la résolution du contrat, le créancier devait se contenter de dommages-intérêts. L'ordonnance étend donc très sensiblement le pouvoir du juge en admettant son pouvoir de réduction du prix à titre de principe général du droit commun des contrats et non plus seulement comme une exception réservée à certains contrats spéciaux.

Il convient par ailleurs de relever que, dans la mise en œuvre de son pouvoir, le juge aura une marge importante d'appréciation, puisque la réduction devra être proportionnelle à l'imperfection de l'inexécution. C'est donc ce standard de la proportionnalité qui présidera au régime de son pouvoir, ce qui exprime sa marge d'initiative.

Outre ces renforcements réels des pouvoirs du juge sur le contrat, il importe de s'arrêter sur un renforcement qui a une portée symbolique.

B. Un renforcement symbolique

11. En vertu du nouvel article 1195²⁷, lorsqu'un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat emporte une excessive onérosité de l'exécution du contrat, se déploie alors un processus en trois étapes. D'abord, le contractant qui souffre de ce changement de circonstances peut demander la renégociation du contrat à son cocontractant. Ensuite, en cas de refus ou d'échec de cette renégociation, les contractants peuvent convenir de l'anéantissement du contrat, ou demander au juge d'adapter celui-ci. Enfin, à défaut d'accord, le contractant, qui subit l'excessive onérosité de l'exécution du contrat en raison du changement de circonstances, peut demander au juge la révision ou la résiliation du contrat.

Apparemment, la règle nouvelle qui crée un pouvoir de révision judiciaire pour imprévision

21. Pour une illustration récente, v. Com., 14 juin 2016 : *Contrats, conc., consom.*, 2016, comm. n° 204, obs. L. Leveneur ; D. 2016, p. 1628, note D. Mazeaud.

22. J.-S. Borghetti, note sous Civ. 3^e, 24 sept. 2004, n° 07-13.989, *RDC* 2009, p. 88.

23. J.-S. Borghetti, note sous arrêts, *RDC* 2008, p. 1158 s., spéc. p. 1168.

24. Art. 1616 à 1623 C. civ.

25. A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ, Domat, 11^e éd., 2015, spéc. n° 573.

26. Même si les arrêts en ce sens ne sont pas légion.

27. Sur ce texte, N. Molfessis, « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », *JCP G* 2015, p. 2390 ; Th. Revet, « Le juge et la révision du contrat », *RDC* 2016, p. 373 ; Ph. Stoffel-Munck, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC*, hors-série avr. 2016, p. 30.

constitue, ni plus, ni moins, une véritable révolution contractuelle. Elle efface, en effet, de notre modèle contractuel la règle emblématique posée par la Cour de cassation, en 1876, dans l'arrêt « Canal de Craponne »²⁸, par laquelle la Cour refusait dans des termes très fermes la révision judiciaire pour imprévision. Et l'on sait que la Cour de cassation, en dépit des objurgations doctrinales et de la pression des droits européens voisins ou des projets d'harmonisation européenne du droit des contrats, est restée droite dans ses bottes : la loi contractuelle est une loi d'airain que rien ne peut faire fléchir ; peu importe les bouleversements qui peuvent affecter son environnement économique, financier, social ou politique, le contrat, lui, est immuable. Seule une clause du contrat prévoyant sa renégociation ou son adaptation était susceptible de tempérer l'inflexibilité de la règle. Désormais, quand le juge aura constaté que les conditions légales de la révision sont réunies et que le processus prévu par l'article 1195 a été respecté pour qu'il puisse exercer son pouvoir, il pourra réviser le contrat dont l'exécution serait devenue d'une excessive onérosité pour un des contractants.

12. L'admission de la révision judiciaire pour imprévision a provoqué de multiples et vigoureuses critiques, ne serait-ce que parce qu'elle porte une atteinte frontale au principe de non-ingérence du juge dans le contrat, principe fondateur de notre modèle contractuel traditionnel, et qu'elle fragilise ainsi fatalement la sécurité contractuelle, clé de voûte du modèle en question.

Pourtant, à y regarder de plus près, il est permis de penser que l'innovation en question est plus symbolique que réelle et qu'elle ne fragilise pas les colonnes de notre temple contractuel, comme cela a pu être écrit ici ou là, et que si révolution il y a en la matière, elle n'est que de velours. En effet, la lettre de l'article 1195 prévoit expressément que le mécanisme légal qui conduit à la révision judiciaire pour imprévision peut être écarté par une clause aux termes de laquelle le contractant « victime » de l'imprévision, a accepté d'en assumer les risques. La liberté contractuelle peut donc tenir en échec le

pouvoir du juge. Tant et si bien que la différence entre le droit antérieur à la réforme et celui issu de celle-ci est moins spectaculaire qu'il n'y paraît à première vue et que le pouvoir du juge n'était pas fondamentalement distinct hier de celui qu'il est désormais. Hier, le juge ne pouvait pas réviser le contrat pour imprévision, sauf clause contraire lui accordant ce pouvoir ; dorénavant, le juge pourra réviser le contrat pour imprévision, sauf clause contraire excluant ce pouvoir. C'est, par conséquent, la liberté contractuelle qui hier comme aujourd'hui constitue le centre de gravité de la révision pour imprévision. Avant le droit nouveau, elle constituait le remède le plus approprié contre le risque d'imprévision ; avec celui-ci, elle est la parade la plus efficace contre l'ingérence du juge dans le contrat en cas d'imprévision.

La règle nouvelle ne bouleverse donc pas, en théorie du moins, notre modèle contractuel, puisqu'elle repose pour une large part sur la liberté contractuelle, principe directeur de notre droit des contrats, depuis des lustres et pour longtemps encore, comme le révèle l'article 1102 qui la consacre en tant que tel, au sommet de la hiérarchie des autres principes en question, à savoir la sécurité (art. 1103) et la bonne foi contractuelles (art. 1104).

Si certaines règles de l'ordonnance du 10 février 2016 constituent autant de signes du renforcement de l'office du juge en droit des contrats, d'autres sont des indices de son affaiblissement.

II. Les indices d'un affaiblissement de l'office du juge

Cet affaiblissement apparaît indiscutable à propos des sanctions de l'inexécution du contrat (A), il l'est moins à propos d'une hypothèse du pouvoir de révision judiciaire (B).

A. Un affaiblissement indiscutable en matière de sanctions

13. Dans le domaine des sanctions des manquements contractuels, la loi nouvelle est très nettement marquée par l'empreinte de l'unilatéralisme et emporte dès lors fatalement un affaiblissement de l'office du juge au profit du

28. Civ., 6 mars 1876 : D. 1876.1. 193, note Giboulot.

pouvoir unilatéral du contractant, victime de l'inexécution.

Cet affaiblissement procède, d'abord, de l'article 1122 qui régit l'hypothèse dans laquelle un contractant n'exécute pas son obligation de faire. Dans le Code civil de 1804, le créancier pouvait, dans un tel cas, demander au juge l'autorisation de la faire exécuter par un tiers, le débiteur étant tenu de supporter le coût de cette exécution. Désormais, en vertu du texte précité, le créancier n'a plus à solliciter l'autorisation du juge pour, après mise en demeure infructueuse du débiteur, faire exécuter cette obligation par un tiers.

Autre manifestation de cet affaiblissement du rôle du juge en matière de sanctions, la règle nouvelle édictée par l'article 1223, alinéa 2, à propos de l'exécution imparfaite du contrat, qui accorde au créancier qui n'a pas encore payé le pouvoir d'opérer unilatéralement une réduction proportionnelle du prix dû. Le mécanisme de la réfaction unilatérale du contrat n'est pas totalement inconnu dans notre droit mais il l'est de façon exceptionnelle²⁹. Avec le droit nouveau, la réduction unilatérale du prix en cas d'exécution imparfaite du contrat devient une règle de notre droit commun des contrats, dotée d'une portée générale.

Enfin, ultime illustration de ce déclin de l'office du juge en matière de sanctions contractuelles, le statut de la résolution unilatérale à la lumière de l'ordonnance. Considérée, à tort ou à raison, après avoir fait son entrée dans notre droit³⁰, comme une exception au principe de la résolution judiciaire, la résolution unilatérale devient un principe concurrent de cette dernière. Désormais, le créancier, victime d'un manquement contractuel grave dispose d'une option entre les deux modes de résolution.

14. Sur la portée réelle de cet affaiblissement de l'office du juge, la doctrine est divisée. Certains, plutôt que d'« affaiblissement », considèrent qu'il est plus exact de parler de mutation dans les rapports entre le juge et les parties au contrat³¹. L'intervention du juge, dans cette seconde thèse, n'est pas évincée, elle s'opère via un contrôle *a posteriori*, tant en ce qui concerne la procédure

de mise en œuvre des sanctions extrajudiciaires (mise en demeure, notification), que les conditions substantielles (gravité suffisante de l'inexécution, imperfection de l'exécution, proportionnalité de la réduction unilatérale du prix) de mise en œuvre des prérogatives unilatérales accordées au créancier.

Ainsi, en matière d'exécution d'une obligation de faire par un tiers, le juge n'est pas complètement exclu de la mise en jeu de cette sanction unilatérale, puisqu'il peut, à la demande du débiteur, apprécier si la sanction unilatéralement décidée par le créancier l'a été dans un délai et à un coût raisonnables. De même, lorsque le créancier réduit unilatéralement le prix en cas d'inexécution imparfaite de ses obligations par le débiteur, le juge n'est pas complètement évincé de la mise en œuvre de cette sanction, puisqu'il peut notamment apprécier la proportionnalité de la réduction du prix à la gravité de l'inexécution. Enfin, en cas de résolution unilatérale du contrat pour inexécution, le juge n'est pas dépourvu de tout pouvoir de contrôle. En effet, le débiteur pourra toujours arguer du fait que son inexécution n'était pas suffisamment grave pour justifier la résolution notifiée par son créancier. De plus, puisque le créancier qui résout unilatéralement le contrat est tenu d'une obligation de motivation, le juge pourra donc apprécier le sérieux et la légitimité des motifs qui l'ont conduit à résoudre le contrat.

Aussi peut-on relever qu'en dépit du pouvoir reconnu à l'un des contractants pour mettre en jeu unilatéralement la sanction de l'inexécution de sa créance contractuelle, son cocontractant n'est pas pour autant abandonné à son pouvoir discrétionnaire.

15. On peut objecter que ce pouvoir unilatéral, même s'il n'emporte qu'une modification de l'office du juge, engendre un risque pour celui des contractants qui va subir la mise en œuvre de la sanction extrajudiciaire. Il devra, en effet, exercer une action en justice pour apporter la preuve que les conditions formelles ou substantielles de mise en jeu de la sanction unilatérale qu'il subit n'ont pas été respectées et en supporter le coût, ce qui peut le dissuader de saisir le juge et l'inci-

29. Par ex. CIVM.

30. Civ. 1^{re}, 13 oct. 1998 : D. 1999, 197, note Ch. Jamin et somm. comm. 115, obs. Ph. Delebecque, *Defrénois*, 1999, 374, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 1999, 374, obs. J. Mestre.

31. Sur ce point, v. M. Mekki, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *RDC*, hors série avr. 2016, p. 400 s.

ter à se résigner à supporter la sanction unilatéralement prononcée par son cocontractant, sans autre forme de procès. Or, si l'office du juge n'avait pas été écarté au profit du pouvoir unilatéral du créancier, la situation aurait été tout simplement inverse : c'est le créancier qui aurait supporté la charge et le risque de la preuve des conditions de mise en œuvre des sanctions susvisées, la différence est loin d'être négligeable.

L'affaiblissement de l'office du juge, qui nous semble indiscutable en matière de sanctions de l'inexécution, l'est sans doute plus à propos d'une hypothèse dans laquelle le pouvoir de révision judiciaire était classiquement admis.

B. Un affaiblissement discutable en matière de révision

16. En vertu du nouvel article 1165, dans les contrats de prestations de service, à défaut d'accord des contractants sur le prix lors de la conclusion du contrat, le créancier se voit reconnaître le pouvoir de le fixer unilatéralement, une fois sa prestation exécutée. Si le prix fixé unilatéralement est abusif, le juge peut condamner le créancier qui l'a fixé à des dommages et intérêts.

On retiendra, d'une part, que le texte revient donc sur la règle qui, dans les contrats de mandat et d'entreprise, conférait, dans un tel cas de figure, au seul juge le pouvoir de fixer le prix. L'unilatéralisme gagne donc encore du terrain...

D'autre part, se pose la question du sort de la règle jurisprudentielle traditionnelle selon laquelle le juge peut réviser les honoraires des mandataires et des intermédiaires en général, quand ceux-ci sont excessifs. Sur ce point aussi la doctrine est partagée. Pour la majorité des auteurs, cette règle prétorienne ne survivra pas à la réforme³². Il est permis de ne pas être aussi catégorique. En effet, l'article 1165 régit le cas dans lequel le prix a été unilatéralement fixé après l'exécution du contrat, à défaut de l'avoir été conventionnellement lors de la conclusion du contrat, tandis que la règle jurisprudentielle concerne l'hypothèse dans laquelle le prix a été bilatéralement fixé lors de la conclusion du contrat et ne peut jouer que lorsqu'il l'a été avant l'exécution du contrat. Les deux hypothèses ne peuvent donc pas être confondues et l'entrée en vigueur de la règle légale pourrait donc ne pas rimer avec la disparition de la règle jurisprudentielle ancienne.

32. G. Chantepie et M. Latina, *op. cit.*, spéc. n° 421 ; O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, *op. et loc. cit.* ; Th. Revet, « Le juge et la révision du contrat », *op. cit.*, spéc. n° 20.

Petit huit du Grand A :

L'office du juge en droit de la responsabilité civile

L'office du juge en droit de la responsabilité civile

Jean-Sébastien Borghetti

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

1. Le droit de la responsabilité civile entretient avec le juge un rapport particulier, puisque si celui-ci n'est pas à proprement parler son créateur, c'est néanmoins à lui qu'elle doit une bonne part de ses développements. Qu'elle soit contractuelle ou délictuelle, la responsabilité n'aurait pas le visage qu'on lui connaît aujourd'hui si le juge n'était venu ajouter aux textes du code civil, il est vrai particulièrement peu nombreux et imprécis. Responsabilité du fait des choses fondée sur une interprétation audacieuse de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code, nouveaux cas de responsabilité du fait d'autrui rattachés à ce même texte, obligations de sécurité, principe de réparation intégrale, identification des différents types de dommage et de préjudice, etc. : ce sont des pans entiers du droit de la responsabilité qui peuvent être rattachés au patient travail du juge, qui a contribué à dessiner cette matière comme le torrent dessine son lit, à coup parfois de crues furieuses – et l'on songe ici à la théorie des grands arrêts, de *Teffaine* à *Blieck*, en passant par *Jand'heur* et *Desmares* –, le plus souvent par un lent travail d'érosion – cette accumulation d'arrêts d'espèce, dont chacun pris isolément est presque insignifiant, mais qui tous ensemble donnent à la matière une physionomie et même une saveur particulières.

2. Bien que la frontière entre les deux soit parfois particulièrement difficile à tracer, il faut évidemment distinguer le travail par lequel le juge crée le droit et celui par lequel il l'applique. Le rôle du juge dans le développement du droit de la responsabilité ne préjuge pas de son office dans l'application de celui-ci – ou du moins pas nécessairement. La sociologie des organisations nous enseigne cependant qu'une administration, à l'instar d'une personne, est généralement peu portée à l'autolimitation et se dessaisit rarement volontairement de son pouvoir. Dès lors, le juge ayant reçu du législateur un grand pouvoir d'élaborer et de compléter les règles applicables en matière de responsabilité, ne faut-il pas s'attendre à ce qu'il se soit réservé une forte marge de manœuvre dans leur application ?

3. Poser cette question est déjà presque y répondre. Une remarque nous paraît toutefois s'imposer à ce stade, quant aux rôles respectifs du législateur et du juge dans l'idée des auteurs du code civil. Nous ne prétendons certes pas posséder la vérité en la matière, mais il nous paraît évident que, pour ce qui est du droit de la responsabilité, et plus largement du droit des obligations (et peut-être même du droit civil dans son ensemble, mais c'est une autre histoire), le discours souvent entendu selon lequel le juge ne devait être pour le législateur de 1804 que « la

bouche de la loi » ne saurait convaincre. Sans doute était-ce là la conviction de nombreux révolutionnaires, notamment en droit pénal, sous l'influence de Beccaria (du moins avant qu'ils ne se frottent à l'exercice délicat du pouvoir). Qu'elle s'appliquât également au droit civil, si tant est que leurs opinions fussent très formées en la matière, est en revanche plus douteux. En tout état de cause, ce n'était certainement pas la conviction des rédacteurs du code Napoléon, et notamment de Portalis. Son fameux discours préliminaire en témoigne, mais plus encore la lettre même du Code : la formulation extrêmement générale, pour ne pas dire vague, des textes consacrés au droit des obligations, et notamment aux délits et quasi-délits, rend en effet nécessaire un travail de juge, qui n'est pas que d'application mécanique. Pour ne prendre que l'exemple le plus évident, face à un texte aussi « ouvert » que l'ex-article 1382 (devenu l'article 1240), qui ne précise ni ce qu'est un dommage, ni ce qu'est une faute, ni la manière dont il faut comprendre la causalité, comment le juge pourrait-il n'être que la bouche de la loi ? Il est bien évident qu'un texte comme celui-ci ne peut être mis en œuvre sans le concours actif d'un juge doté d'une intelligence qui ne soit pas seulement celle d'un robot ou d'une machine.

4. Le juge avait cependant au moins deux manières de mener à bien ce travail de concrétisation des textes très généraux que lui avait confié le législateur. La première eût consisté à décliner et préciser ces principes par l'élaboration de règles « intermédiaires », au champ d'application plus étroit et aux conditions de mise en œuvre mieux définies. Le juge eût ainsi pu poser une définition de la faute, voire des définitions de celle-ci en fonction du contexte. Il eût pu également préciser la notion de dommage, indiquer comment mesurer le montant des dommages et intérêts dans telle ou telle circonstance, etc. En d'autres termes, le juge français eût pu se comporter à la manière du juge anglais ou du juge allemand, qui, chacun à leur manière, ont cherché à « mailler » le droit des obligations, de telle sorte que la sécurité juridique fût assurée et la discrétion du juge encadrée. (Pour quelles raisons ont-ils accepté de s'autolimiter ainsi ? C'est une autre question, mais qui trouve peut-être un début de réponse, du moins en droit anglais, dans le fait que, le juge n'ayant pas formellement reçu son pouvoir du législateur, il était

peut-être moins tenté de le préserver à tout prix). La seconde manière de faire, qu'a préférée le juge français, consiste à conserver les règles en l'état, sans réellement les préciser, mais en en ajoutant d'autres de même facture, sur la base de la délégation de pouvoir implicite consentie par un législateur peu soucieux ou capable d'intervenir dans le domaine de la responsabilité, et finalement heureux de laisser le juge faire l'effort d'adapter la matière aux besoins changeants des justiciables. En ne « déclinant » pas les règles du Code et en créant d'autres tout aussi générales, le juge français a préservé autant que faire se peut sa marge d'appréciation. Le résultat en est naturellement un droit de la responsabilité extrêmement casuistique, qui peut surprendre ceux qui pensent que le code civil a tout prévu, mais qui n'est que la suite logique de cette absence de règles intermédiaires. Armé de ces seuls principes généraux, et sans l'encombre du caractère obligatoire des précédents que connaissent un certain nombre de droits ouvertement jurisprudentiels, le juge français est libre de déployer dans chaque espèce son intelligence et son imagination, et de faire intervenir ces considérations d'équité et d'opportunité politique, qui ont leur place dans tout jugement, mais auquel notre système laisse une place particulière, tout en la dissimulant sous l'austère visa des textes du Code et des principes généraux du droit.

5. Dans ce contexte, vaut-il encore la peine de parler de l'office du juge ? Si l'on entend cet office de manière large, c'est-à-dire comme le périmètre d'intervention du juge (et non, dans un sens plus procédural, comme les pouvoirs et devoirs du juge au regard de la matière litigieuse), il est bien évident que cet office est considérable. En ces temps de réforme du droit des obligations, néanmoins, il peut être utile de faire un rappel de l'état des lieux (I) et, surtout, de voir quelles évolutions l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile rendu public en avril 2016 laisse augurer (II).

I. Constat

6. Le juge, c'est une évidence, joue un grand rôle dans la mise en œuvre (judiciaire) de la responsabilité civile : pas seulement parce qu'il lui appartient de trancher le litige qui lui est soumis, ce qui va de soi, mais parce que la généralité des règles applicables en la matière fait que le contenu pré-

cis de celles-ci, et le résultat auquel conduit leur application dans le cas concret, peuvent difficilement être connus tant que le juge ne s'est pas prononcé. Le grand juriste américain Oliver Wendell Holmes Jr, qui fut l'un des grands inspirateurs de l'approche dite réaliste du droit, est notamment célèbre pour la définition qu'il donna de celui-ci dans son ouvrage *The Path of the Law* (1897) : « *The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law* ». Cette affirmation se voulait sans doute polémique en son temps, mais elle nous paraît s'appliquer particulièrement bien au droit français de la responsabilité. Elle vaut en effet à la fois pour ce qui concerne les conditions de la responsabilité et pour ce qui concerne ses effets.

7. S'agissant des conditions de la responsabilité, tout d'abord, il est bien évident que l'absence de définition précise de la plupart des concepts-clés de la matière, qu'il s'agisse de la faute, du dommage ou de la causalité, confère au juge un pouvoir considérable. Dispensé d'avoir à confronter les faits de l'espèce à une définition, le juge est libre d'affirmer de manière péremptoire, et parfois même arbitraire, l'existence ou l'inexistence d'une condition de la responsabilité dans un cas donné. Bien sûr, ce pouvoir s'exerce le plus souvent dans les limites de la raison, et nul ne doute que le juge recherche d'ordinaire la justice. Il n'empêche que, à l'heure de la convention européenne des droits de l'Homme et du renforcement des garanties procédurales dont bénéficient les justiciables, cette manière de faire est remarquable. Nous ne voudrions donner ici qu'un exemple, à nos yeux particulièrement significatif. Par un arrêt du 18 mai 2000 (n° 98-12802, *Bull. civ. II*, n° 85), la deuxième chambre civile de la Cour de cassation eut à statuer sur une affaire dans laquelle un grimpeur, escaladant un rocher en forêt de Fontainebleau, avait chuté, entraînant avec lui un grimpeur qui se trouvait en-dessous, et qui se blessa. Ce dernier ayant assigné en réparation le premier grimpeur et son assureur, la cour d'appel rejeta sa demande, au motif qu'il ne démontrait pas l'existence d'une faute du défendeur. Cet arrêt fut sèchement cassé par la haute juridiction, au visa de l'article 1382 du code civil et au motif lapidaire que « le fait de provoquer la chute d'un autre grimpeur constitue une faute ». Quelle simplicité ! Dans d'autres pays, le juge, même

supérieur ou suprême, n'eût pu trancher une telle affaire sans confronter les faits de l'espèce à une définition sinon officielle, du moins reconnue, de la faute, sans se référer à d'éventuelles précédents et sans discuter des considérations diverses et non strictement juridiques qui, en l'espèce, pouvaient plaider en faveur ou au contraire à l'encontre de la reconnaissance d'une faute (telle que, par exemple, la présence d'un assureur). Sans doute tous ces éléments ont-ils joué un rôle dans le processus qui a conduit au prononcé de la décision de la Cour de cassation. Celle-ci n'en laisse toutefois rien paraître, au point que le justiciable non averti, espérant naïvement qu'on lui explique en quoi il avait fauté, se représenterait peut-être la haute juridiction comme il se figure Louis XIV, emperruqué et prononçant un lapidaire : « parce que tel est notre bon plaisir ».

8. D'autres notions se prêtent particulièrement à la mise en œuvre de la « discrétion » du juge : la causalité (et notamment l'appréciation de son caractère direct) et la perte de chance (notamment lorsqu'il s'agit d'apprécier la mesure de celle-ci), par exemple. Il est en revanche d'autres qui sont mieux définies et laissent moins de place à l'appréciation du juge, tels que le fait de la chose ou l'accident de la circulation. En outre, très souvent, les faits « parlent d'eux-mêmes ». Nul ne doute ainsi de l'existence d'une faute lorsqu'un cycliste a roulé sur un trottoir encombré d'enfants et de vieillards, ou de celle d'un dommage lorsque le demandeur fait valoir un bras cassé. Dans tous les cas, cependant, le juge retrouve une marge d'appréciation très importante lorsqu'il s'agit de décider des modalités de la réparation et, surtout, du montant de celle-ci, lorsqu'elle prend la forme de dommages et intérêts. Il n'existe en effet en la matière aucune règle, sinon celle de la réparation intégrale ; mais celle-ci est bien vague, d'autant que le juge, en plus d'être à l'origine de la reconnaissance de la plupart des chefs de préjudices susceptibles d'être invoqués par les demandeurs, apprécie souverainement l'ampleur de chacun d'eux dans un cas donné et la mesure des dommages et intérêts censés y correspondre. L'office du juge est conçu de manière large même sur un plan strictement procédural, puisque la Cour de cassation a eu l'occasion de décider que le juge pouvait avoir l'obligation de chiffrer un préjudice non chiffré par le demandeur (v. p. ex. récem-

ment Crim., 22 mars 2016, n° 13-87650, à propos d'un préjudice écologique).

9. Que penser de cette ampleur du rôle laissé au juge en matière de responsabilité civile ? Les juristes français, notamment universitaires, insistent fréquemment sur la souplesse qu'elle permet, le sous-entendu étant que cette souplesse profitera normalement aux victimes, que le juge aurait toujours à cœur de favoriser. Les magistrats, quant à eux, font volontiers valoir qu'ils se débrouillent très bien de telles règles et que leur « texture ouverte » ne leur pose pas problème, bien au contraire. Le lecteur aura toutefois compris que nous ne partageons pas pleinement ce sentiment de satisfaction assez largement répandu. Sans même parler des questions que susciterait ce biais supposé du juge en faveur des victimes, à le supposer avéré, cette large place laissée à l'appréciation des juges nous paraît poser aux moins deux problèmes.

10. Le premier tient aux exigences du procès équitable. La manière de faire du juge français, et en tout cas du juge de cassation, qui affirme plus qu'il n'argumente ou ne motive, est-elle compatible avec les exigences contemporaines en la matière ? Cela n'est pas sûr, et du moins cette question mériterait-elle d'être discutée plus sérieusement qu'elle ne l'est aujourd'hui. D'aucuns feront toutefois valoir que ce problème dépasse largement le cadre de la responsabilité civile et tient en fait à la manière de faire de la Cour de cassation, qu'il est justement question de réformer. À quoi nous serions tentés de répondre que cela est vrai et que la question du pouvoir du juge est étroitement liée à celle de la motivation de ses décisions, mais que le problème se pose de manière particulièrement aiguë en matière de responsabilité, du fait de l'imprécision initiale des règles.

11. Le deuxième problème a trait à la sécurité juridique, ou plutôt à son absence. Même si l'on admet que l'usage de leur discrétion par les juges conduit le plus souvent à des résultats satisfaisants (voire même, pourquoi pas, presque toujours), l'inconvénient est que ces résultats sont difficiles à anticiper (le fait qu'ils soient satisfaisants ne garantissant nullement leur caractère prédictible, dès lors qu'il peut exister plusieurs résultats satisfaisants dans une affaire donnée). Or, cette insécurité juridique a évidemment un coût pour la collectivité, notamment parce

qu'elle incite au procès. De manière plus gênante encore, elle nous paraît surtout porter préjudice à ceux que l'on prétend aider, à savoir les victimes. Lorsque le résultat auquel conduit l'application d'une règle dans un cas donné est incertain, la victime ou celui qui se prétend telle ne peut espérer bénéficier de l'application concrète qu'en fera le juge que s'il saisit celui-ci, et donc s'il se lance dans une procédure judiciaire. Or, quel que soit le soutien que notre système s'efforce d'apporter aux plaideurs les plus mal lotis, notamment à travers l'aide juridictionnelle, intenter un procès constitue un presque toujours un investissement important pour le demandeur : très souvent financier, mais aussi en termes de temps et de ressources psychiques. Or, les victimes, et notamment celles de graves accidents corporels, surtout si elles disposent de ressources modestes et se trouvent physiquement ou psychologiquement affaiblies, n'ont pas forcément les moyens matériels ou humains de s'engager dans un procès, lorsqu'elles se heurtent à la résistance du responsable ou de son assureur. Elles auront donc tendance à accepter l'offre d'indemnisation qui leur est faite par la partie adverse. L'incertitude du droit, bien loin de leur profiter, se retournera alors contre elles, en permettant à l'autre partie de leur proposer bien moins que ce que le juge pourrait *peut-être* leur accorder, mais qui n'est jamais certain, du fait justement de la marge d'appréciation considérable dont il dispose, au stade du contrôle des conditions de la responsabilité comme au stade de la détermination de ses effets. En d'autres termes, le pouvoir du juge, censé bénéficier aux victimes, constitue sans doute en pratique pour elles une puissante incitation à conclure des transactions, qui ne leur sont pas forcément favorables.

12. Il ne s'agit là, il est vrai, que d'une hypothèse, qui mériterait d'être vérifiée à l'aide d'études de terrain. Elle ne paraît toutefois pas plus improbable que l'hypothèse opposée, qui voit dans le pouvoir des juges une bonne chose pour les victimes. Elle trouve de surcroît un début de confirmation dans les chiffres encore relativement élevés du contentieux relatif aux accidents de la circulation, qui représentait en 2010 (il s'agit malheureusement des derniers chiffres dont nous disposons, du fait de l'interruption de la parution de l'annuaire statistique de la Justice) encore environ 20 % du contentieux total de la

responsabilité délictuelle. Compte tenu de la quasi-automaticité de l'indemnisation sous le régime de la loi Badinter, et en dépit des questions qui peuvent encore se poser autour de quelques notions, comme celle d'accident complexe, un contentieux aussi abondant ne nous paraît pouvoir s'expliquer que par l'incertitude relative au montant de l'indemnisation et à la mesure de l'exonération en cas de faute de la victime conductrice. L'absence de règles précises en la matière permet en effet aux assureurs de proposer des transactions pour des montants relativement faibles et incite celles des victimes qui en ont les moyens à tenter une action en justice pour tenter d'obtenir du juge plus que ce que l'assureur leur offre spontanément. Faut-il vraiment s'en réjouir ?

II. Perspectives

13. La réforme annoncée de la responsabilité civile, qui doit compléter la récente réforme du droit des contrats et du régime des obligations, aura-t-elle un impact sur le rôle du juge dans ce domaine ? Bien fol est qui prétendrait apporter une réponse certaine à cette question, le contenu comme l'échéance de cette future réforme étant encore des plus incertains. Il est toutefois possible de raisonner à partir de l'avant-projet de réforme publié en avril dernier, car, compte tenu du fonctionnement de la Chancellerie, il est très probable que, si cette réforme devait effectivement intervenir dans un avenir relativement proche, elle ait un contenu assez proche de celui du texte dévoilé en avril dernier.

14. Ce texte cherche manifestement à opérer une synthèse entre les deux projets doctrinaux relatifs à la matière, le projet Catala (2006) et le projet Terré (2011). Sur la question des pouvoirs du juge, cependant, ces deux projets avaient adopté des partis clairement distincts, qu'il est donc difficile de concilier. Là où le projet Catala s'inscrivait clairement dans la continuité du droit positif, laissant une grande marge de manœuvre au juge, le projet Terré se montrait plus soucieux de sécurité juridique, cherchant à poser des règles plus précises, qui laissent un peu moins la bride sur le cou du juge. Entre ces deux approches, l'avant-projet gouvernemental a clairement choisi la première, du moins en ce qui concerne le contrôle des conditions de la responsabilité.

15. Le texte de 2016 ne se montre en effet guère plus précis que le droit positif en ce qui concerne la détermination de ces conditions. Il propose certes des définitions de la faute et du préjudice réparable, mais celles-ci restent relativement larges. Qui plus est, le texte ne définit pas la causalité, ni n'adopte officiellement la théorie dite de la causalité adéquate, qui permet de poser des bornes au pouvoir du juge lorsqu'il s'agit de remonter dans le temps pour identifier la cause du dommage. Sur certains points, l'avant-projet semble même devoir ouvrir de nouvelles marges d'appréciation au juge, comme lorsqu'il prévoit la responsabilité solidaire des membres d'un « groupe » de personnes identifiées agissant de concert ou pour des motifs similaires, en cas de dommage corporel causé par un membre indéterminé de ce groupe (article 1240), ou lorsqu'il envisage de restreindre la responsabilité délictuelle objective des contractants à l'égard des tiers aux seuls tiers « intéressés » (article 1234, dans la nouvelle rédaction qu'aurait adoptée la Chancellerie). Sur un point important, toutefois, l'avant-projet pourrait limiter sensiblement la marge de manœuvre des juges, même si tel n'est pas l'objectif premier de la disposition : l'article 1286, en effet, prévoit d'aligner la protection des victimes conductrices sur celle des victimes non-conductrices en cas d'accident de la circulation ayant causé un dommage corporel, ce qui supprimerait du même coup l'utilité du recours au juge pour fixer la mesure de l'exonération du responsable en cas de faute de la victime conductrice.

16. En ce qui concerne les effets de la responsabilité, en revanche, l'avant-projet de 2016 se montre plus soucieux de précision et de sécurité juridique. Il propose en particulier d'officialiser le recours à des nomenclatures (article 1269), barèmes (article 1270) et référentiels (article 1271) pour mesurer le dommage corporel, les préjudices qui en résultent et leur indemnisation. Il s'agirait ainsi de reconnaître et d'autoriser explicitement une pratique largement répandue chez les juges, mais qui souffre pour le moment d'être occulte, faute (paraît-il) d'être conforme au principe de réparation intégrale, et qui conduit à des inégalités de traitement entre victimes, en même temps qu'elle permet aux assureurs, le cas échéant, de continuer à jouer sur l'incertitude du droit pour minorer les indemnisations qu'ils proposent. À ce grand pas en avant

en matière de dommage corporel répond malheureusement un petit pas en arrière sur le terrain de l'amende civile (article 1266), le texte proposé par la Chancellerie octroyant au juge un pouvoir quasi discrétionnaire dans la fixation d'une telle amende, dont il est pourtant prévu qu'elle puisse attendre des montants astronomiques.

17. Finalement, il est probable que, si la réforme de la responsabilité civile doit se faire sur la base de l'avant-projet récemment présenté ou d'un projet approchant, elle ne changera pas fondamentalement l'office du juge en matière de responsabilité. Est-ce une surprise, s'agissant d'un texte rédigé par des magistrats (fût-ce sur la base de propositions antérieures de la doctrine) ? Au demeurant, un changement est-il seulement possible ? Le juge n'est-il pas trop habitué à sa

marge d'appréciation, ainsi qu'à prendre des libertés avec les textes, pour se laisser contraindre par de nouvelles règles, si d'aventure celles-ci étaient plus précises que les anciennes ? Il renâclerait, très probablement. D'un autre côté, pourrait-on faire le reproche au législateur, réformant enfin la responsabilité civile après l'avoir laissée durant deux siècles pratiquement en jachère, de prendre ses responsabilités et de fixer des bornes plus étroites au pouvoir du juge ? Lui contester ce droit reviendrait à remettre en question le supposé primat des textes dans notre droit civil. Le paradoxe est toutefois que, si l'office du juge civil français se trouve un jour restreint en matière de responsabilité civile, cela sera peut-être le fait non du législateur, mais d'un autre juge, constitutionnel ou européen, au nom de la motivation des décisions de justice ou de la sécurité juridique.

Petit neuf du Grand A :

l'office du juge en droit du travail

L'office du juge dans le traitement judiciaire des litiges de droit du travail

Alain Lacabarats

Président de chambre honoraire de la Cour de cassation

Les statistiques de l'année 2015 publiées par le Ministère de la justice à la fin de l'année 2016 font apparaître, pour les litiges de droit du travail, une triple caractéristique :

- Un nombre de saisines des juridictions prud'homales important : quoiqu'en baisse par rapport à l'exercice précédent, les conseils de prud'hommes ont été saisis de plus de 182 000 affaires, chiffre supérieur aux demandes de rupture de mariage qui constituent un autre pôle important d'activité pour les affaires civiles. Les litiges de droit du travail représentent plus du quart des affaires civiles en cour d'appel. À la Cour de cassation, la chambre sociale de la Cour de cassation rend plus du tiers des arrêts prononcés par les chambres en matière civile.
- Un taux d'appel particulièrement important : il s'élève en 2015 à plus de 68 %, de sorte que plus de deux décisions sur trois rendues par les conseils de prud'hommes font l'objet d'un appel, confirmant ainsi l'observation souvent entendue selon laquelle le « vrai » procès commence en appel. Aucun autre contentieux ne connaît un tel pourcentage de jugements déferés à la cour d'appel.
- Des délais de jugement préoccupants : de plus de 16 mois en moyenne nationale pour une affaire jugée par un conseil de prud'hommes, il est porté à plus de 30 mois

en cas de départage, auquel il faut ajouter une durée supérieure à 18 mois en cour d'appel. Hors saisine de la Cour de cassation (et d'une éventuelle nouvelle instance en cas de cassation), il est donc fréquent qu'une instance prud'homale puisse durer quatre ou cinq années avant de trouver une solution définitive.

Ces caractéristiques, dont les deux dernières sont particulièrement préoccupantes, montrent l'inadéquation des modes actuels de traitement du contentieux de droit du travail et l'urgence d'une réforme destinée à garantir aux justiciables un droit d'accès effectif à la justice. Il ne suffit pas en effet d'affirmer que tout citoyen peut, en cas de litige, saisir un juge. Encore faut-il que ce juge puisse remplir son office dans des conditions qui assurent l'utilité du jugement prononcé. Ce rappel d'un principe bien connu, selon lequel les droits fondamentaux ne doivent pas être des droits purement théoriques, s'impose d'autant plus dans un domaine où les statistiques montrent que près de 95 % des requêtes sont présentées par des salariés après rupture d'un contrat de travail et demandant donc l'indemnisation de préjudices liés à cette rupture. Pour la plupart de ces demandeurs, on comprend l'urgence qu'il y aurait à prononcer les décisions dans un délai raisonnable, objectif qui n'est pas actuellement atteint.

Pour mieux appréhender la réalité de l'office du juge en droit du travail, il est donc indispensable de saisir les conditions dans lesquelles cet office s'exerce. Il importe dès lors de s'interroger, d'une part, sur la pertinence des modes de traitement du contentieux par les juridictions (I), d'autre part, sur l'efficacité des procédures mises en œuvre (II).

I. Les juridictions

Le droit du travail est l'un des domaines du droit qui connaît la plus grande dispersion quant aux compétences juridictionnelles, réparties entre le juge administratif, le tribunal de grande instance, le tribunal d'instance, le conseil de prud'hommes, le tribunal de commerce, le tribunal correctionnel : bien que les questions à juger se recoupent, et soient même parfois identiques, le poids de l'histoire et des traditions laisse subsister cette particularité nuisible à la sécurité juridique et à l'efficacité des procédures judiciaires étatiques, d'autant plus que se greffe sur ce premier problème, impliquant de réfléchir à un regroupement des compétences d'attribution (A), celui du niveau de formation des juges, sensiblement différent d'un type de juridiction à l'autre (B).

A. Le regroupement des contentieux

La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 relative à la modernisation de la justice du ^{xxi}e siècle a prévu le regroupement des contentieux sociaux auprès du tribunal de grande instance.

L'instruction interministérielle du 2 janvier 2017 prise pour la mise en œuvre de la réforme explique que « l'intégration de la juridiction sociale au sein de la juridiction de droit commun et le regroupement du contentieux social doivent constituer un levier d'amélioration du service public et notamment la réduction à terme des délais de jugement, l'uniformisation des procédures et l'amélioration du pilotage de ces contentieux ».

On ne peut que souscrire à cet objectif, tant la situation actuelle de l'institution judiciaire se caractérise par l'extraordinaire dispersion des compétences contentieuses, réparties, non seulement entre juridictions administratives et juridictions judiciaires, mais aussi, au sein même de l'ordre judiciaire, entre divers tribunaux aux conditions de saisine et procédures les plus variées. Comment un justiciable peut-il, au ^{xxi}e siècle,

comprendre qu'on puisse débattre, parfois pendant des années, de la compétence contentieuse, avant même que le fond du litige puisse être évoqué ? Comment comprendre que des litiges similaires, voire identiques, doivent être jugés, selon les cas, par des juridictions administratives ou par des juridictions judiciaires ? Comment par exemple comprendre que, depuis une loi du 14 juin 2013, la procédure de licenciement économique collectif relève du contrôle des juridictions administratives, alors que l'appréciation de l'origine de cette procédure, à savoir l'existence d'une cause économique sérieuse susceptible de justifier l'engagement de cette procédure, reste dans la sphère de compétence des juridictions judiciaires ? Comment le même justiciable peut-il admettre qu'un litige « périphérique » retarde l'examen des vrais enjeux du procès parce que les formes de saisine de chaque juridiction sont souvent différentes et que des erreurs de forme affectent parfois la présentation de la demande faite devant le tribunal qu'il a estimé compétent ?

Alors qu'un véritable droit d'accès à la justice impliquerait que le justiciable puisse saisir, par le dépôt d'une requête ou par la voie informatique, un service ayant vocation à diriger directement la demande vers le juge compétent, qu'il soit « judiciaire » ou « administratif », qu'il soit « civil », « commercial » ou « travailliste », on laisse à chacun le soin de se débattre dans un méandre de procédures parmi lesquelles les praticiens eux-mêmes sont trop souvent en peine de se retrouver. Alors qu'un véritable droit d'accès à la justice impliquerait une simplification radicale de l'organisation judiciaire, on laisse subsister les particularités d'un trop grand nombre de juridictions. On a ainsi perdu l'occasion de concevoir une nouvelle organisation judiciaire comportant une seule juridiction de première instance, divisée en sections correspondant aux divers contentieux, susceptible d'être saisie par le justiciable dans les conditions précédemment évoquées. L'informatisation des juridictions et des services chargés de recevoir les requêtes des justiciables permettraient aussi de réduire le nombre de juridictions, afin d'assurer des pôles de compétences correspondant à l'évolution complexe du droit et aux besoins des justiciables. Le réseau des maisons de justice et du droit, ou toute autre structure équivalente, faciliterait les démarches des justiciables qui conserveraient ainsi un lieu de

justice de proximité et rien n'empêche de concevoir, pour les contentieux sans représentation obligatoire, le maintien d'unités de justice locales pour la tenue de certaines audiences.

Pour en revenir à la juridiction sociale, si, selon l'instruction ministérielle précitée, le regroupement réalisé par la loi du 18 novembre 2016 aura le mérite de faire traiter par une seule juridiction les 165 000 affaires (chiffres de l'année 2015) traitées par les « juridictions sociales », on laisse en dehors de ce regroupement la principale de ces juridictions sociales, le conseil de prud'hommes, et les 182 000 affaires de droit du travail. Un véritable « pôle social » dans un tribunal de grande instance ne peut se comprendre sans qu'y soient adjoints les institutions judiciaires en charge du droit du travail. C'est d'autant plus vrai que le tribunal de grande instance est déjà compétent pour connaître du droit collectif du travail, qu'a été ajouté à cette compétence le départage prud'homal et que devrait logiquement aussi y être inclus le contentieux des élections professionnelles.

Certes, le législateur, par la loi du 6 août 2015, a fait le choix du maintien d'une juridiction prud'homale spécifique. Un tel système de traitement des litiges de droit du travail peut subsister, mais c'est à un certain nombre de conditions, fixées d'ailleurs par cette loi :

- une déontologie affirmée des conseillers prud'hommes, qui doivent agir comme juges, avec l'obligation essentielle d'impartialité qui caractérise cette fonction, comme le prévoit la loi du 6 août 2016 dont les modalités d'application ont été précisées par un décret du 28 décembre 2016 ;
- une formation juridique portant à la fois sur les droits et devoirs des juges, les principes essentiels de la procédure et les questions de fond du droit du travail.

Pour le justiciable, l'enjeu n'est pas en effet seulement celui de l'efficacité ; c'est aussi la garantie de la crédibilité de l'intervention du juge judiciaire dont la compétence personnelle serait assurée dans des conditions plus satisfaisantes.

B. La formation des juges

La loi du 6 août 2015 a introduit une obligation de formation pour les conseillers prud'hommes. Cette obligation s'impose au regard de la complexité intrinsèque du droit du travail et de la difficulté croissante des litiges de droit du travail,

comme l'ont relevé les études du ministère de la justice. Il est particulièrement préoccupant qu'en l'état du système, une minorité de conseillers prud'hommes participe à des actions de formation. Comment juger sans connaître le droit ?

Mais les juges professionnels eux-mêmes ont besoin de cette formation : on ne s'improvise pas juge du travail et il serait parfaitement normal que tout juge sans expérience de la matière puisse, avant sa prise de fonction, suivre des sessions de formation d'au moins un mois, formation d'autant plus nécessaire que les avocats eux-mêmes tendent à la spécialisation. Il faut sur ce point souligner que, bien que non obligatoire, l'assistance ou la représentation en matière prud'homale s'applique à plus de 90 % des litiges. L'idée d'un juge généraliste, apte à juger n'importe quel type de litige, paraît dépassée au regard de l'évolution de la société et de son droit, de sorte que « l'égalité des armes » entre juges et avocats justifierait qu'à la spécialisation de ceux-ci corresponde une formation adaptée de ceux-là.

Un pôle social englobant toutes les matières traitées en première instance aurait le mérite, non seulement de permettre à des juges de première instance de s'investir pleinement dans des contentieux dont la plupart ignore encore l'essentiel faute de les pratiquer, mais aussi de constituer un « vivier » de magistrats compétents pour les cours d'appel. L'affectation aux chambres sociales des cours d'appel se fait encore trop souvent sur la base du principe du « dernier arrivé ». Cette affectation est trop souvent vécue comme une affectation par défaut, d'autant plus crainte que la masse de dossiers est considérable et que la rédaction d'un arrêt en droit du travail est particulièrement complexe, compte tenu notamment de la multiplicité des demandes, aux conditions de mise en œuvre différentes, susceptibles d'être présentées. Si une véritable formation de plusieurs semaines doit, comme cela a déjà été dit, être garantie à tous ceux qui sont affectés en chambre sociale, avant même leur prise de fonction effective, le fait que des magistrats déjà formés au droit social aient exercé en première instance dans le cadre des pôles sociaux est de nature à faciliter l'action régulatrice de la cour d'appel.

La Cour de cassation elle-même doit prendre sa place dans cette recherche de compétence et d'efficacité. La Cour n'a pas pour seule vocation

de censurer les décisions non conformes aux règles de droit applicables. Elle doit aussi, à travers une motivation plus explicite de ses arrêts importants, permettre une meilleure compréhension de sa jurisprudence. Elle doit également aider les juridictions du fond dans leur mission contentieuse, par exemple en mettant « en ligne » sur son site intranet destiné aux juges des documents méthodologiques sur les questions de procédure et de fond relevant du droit social, l'objectif étant de permettre aux juges d'avoir un accès simple et immédiat aux principales références, règles et décisions judiciaires dont ils ont besoin, alors que leur charge de travail quotidienne réduit à peu de chose leur possibilité de consacrer du temps à la recherche juridique. La Cour doit multiplier les formes d'échanges entre les juges, universitaires et praticiens pour tendre à la meilleure justice possible, en particulier dans un domaine aux conséquences sociales et économiques essentielles.

La procédure doit aussi faire l'objet d'une attention particulière.

II. La procédure

Destinée à favoriser un déroulement loyal des échanges entre les parties et la contradiction des débats judiciaires, la procédure est aussi le moyen de permettre au juge de rendre une décision dans un délai raisonnable. Elle implique donc un engagement conjoint des parties et des juridictions en vue de la réalisation d'un objectif d'efficacité, à défaut duquel il n'y a pas de système judiciaire crédible. L'absence d'efficacité, réelle ou présumée, est l'une des raisons du développement de l'arbitrage, dont on voit apparaître l'influence en droit du travail. Sans en méconnaître l'utilité, l'arbitrage appliqué au droit du travail poserait plusieurs questions, notamment celle du champ d'application des clauses d'arbitrage (à supposer que le législateur en autorise un jour l'insertion dans les contrats des travail) lorsque le salarié ayant signé un contrat comportant une telle clause avec un certain employeur prétendra agir contre un tiers, pris en qualité d'employeur réel ou de coemployeur. Les contestations juridictionnelles susceptibles d'affecter le déroulement d'une procédure d'arbitrage ruinent trop souvent la célérité attendue d'une telle procédure.

La procédure de médiation judiciaire ne soulève pas les mêmes difficultés. Il est vrai qu'elle peine à trouver sa place dans nos institutions, bien qu'elle ait démontré son utilité depuis de nombreuses années. Deux séries de raisons peuvent l'expliquer :

- la réticence des parties d'abord puisque de nombreux avocats estiment que, dès lors qu'il entre dans leur mission de tenter de négocier un accord entre les parties avant l'engagement d'une procédure, si cette procédure est mise en œuvre, c'est qu'aucun rapprochement amiable n'a pu et ne peut être envisagé ;
- celle des juges ensuite, soit qu'ils estiment que leur devoir est de trancher, en fait et en droit, le litige, dès lors que celui-ci leur est soumis, soit que, comme les conseillers prud'hommes, ils considèrent que le rapprochement des parties leur incombe et ne saurait être délégué à un tiers, avec au surplus un coût qui devra être supporté par elles.

En réalité, un juge n'abdique pas ses pouvoirs et ne manque pas à sa mission lorsqu'il confie à un médiateur la recherche d'un accord entre les parties. Le juge lui-même a le pouvoir de concilier les parties, ainsi que le prévoit l'article 21 du Code de procédure civile. Ce texte montre bien que la finalité du procès n'est pas nécessairement le jugement. Rien n'empêche donc le juge d'investir de cette mission de rapprochement un tiers, qui peut y consacrer le temps dont ne dispose pas la juridiction et qui présente l'avantage d'être extérieur au processus judiciaire, tenu à une obligation de confidentialité de nature à libérer la parole des parties. En droit du travail, certaines chambres sociales de cours d'appel pratiquent la médiation sous des formes diverses, notamment grâce à la présence d'un médiateur aux audiences. Cette pratique serait tout aussi utile en première instance, à un moment où les parties ne disposent pas encore d'un jugement définissant le sens de l'orientation potentielle du règlement final du litige. Puisque, indépendamment des nouvelles dispositions procédurales résultant de la loi du 6 août 2015 et du décret du 20 mai 2016, beaucoup de conseillers prud'hommes estiment ne pas avoir le temps nécessaire pour assurer une réelle tentative de conciliation entre les parties, pourquoi n'inviteraient-ils pas celles-ci à rencontrer un médiateur qui, par sa présence aux débats, pourrait entreprendre immédiatement un travail d'écoute et

de rapprochement des points de vue ? La complexité reconnue des litiges de droit du travail et le degré élevé de conflictualité opposant souvent l'employeur et le salarié en cas de rupture du contrat de travail n'est pas un obstacle à la recherche d'une solution négociée du litige, comme en atteste le succès de la médiation dans d'autres domaines du droit complexes et dans divers systèmes juridiques étrangers.

Pour en revenir aux procédures judiciaires étatiques, deux séries de mesures doivent faire l'objet d'une attention particulière, la compétence territoriale (A) et la mise en état (B).

A. La compétence territoriale

Si l'inutile complexité des règles de compétence d'attribution en droit du travail a déjà été évoquée, la compétence territoriale mérite également une attention particulière.

En l'état actuel des textes, notamment des dispositions de l'article R. 1412-1 du Code du travail, différents conseils de prud'hommes peuvent être saisis, de manière également compétente, de questions identiques, si les salariés, qui sont à l'origine de la plupart des actions judiciaires, choisissent la règle de compétence conçue pour leur être la plus favorable, à savoir celle du lieu d'implantation de l'établissement où ils travaillaient. Par exemple, en cas de licenciement économique collectif prononcé par une entreprise ayant de nombreux établissements dispersés sur l'ensemble du territoire national, les conseils de prud'hommes (puis les cours d'appel) du lieu d'implantation de ces différents établissements peuvent être saisis de la même question : existe-t-il une cause réelle et sérieuse de licenciement ? Les réponses données à cette même question peuvent être contrastées, en fonction des éléments de preuve fournis localement à chaque juridiction. Autre exemple : la question du paiement de certaines primes ou gratifications prévues par des accords d'entreprises ayant une dimension nationale peut être traitée différemment selon les juridictions saisies, lesquelles peuvent porter des appréciations différentes quant à l'interprétation des stipulations conventionnelles. Les divergences de solutions judiciaires résultant de ces compétences multiples sont incompréhensibles pour les justiciables : comment ceux-ci peuvent-ils comprendre qu'ils ont « gagné » ou « perdu » devant telle juridiction, alors que le résultat aura été radicalement

différent pour d'autres parties appartenant à la même entreprise mais ayant comparu devant une autre juridiction ? Comment comprendre la nécessité d'attendre plusieurs années pour avoir, par la Cour de cassation, l'énoncé de la règle qui devrait être appliquée aux litiges en question par l'ensemble des juridictions ?

Les mécanismes actuels du Code de procédure civile (articles 100 et 101 sur la litispendance et la connexité) ne suffisant pas, en droit ou dans la pratique qui en est faite, à résoudre ce genre de difficulté, il est nécessaire d'aller plus loin, notamment par une attribution légale de compétence à la seule juridiction du lieu où est établi l'employeur, ou par la désignation d'une juridiction compétente par une autorité centrale (selon les cas et le périmètre géographique de l'entreprise, le premier président de la Cour de cassation ou son délégué, le premier président d'une cour d'appel). On pourrait aussi imaginer que, par un dialogue des différents degrés de juridictions et la mise en œuvre des procédures d'urgence que le code de procédure civile prévoit, même pour le règlement au fond des litiges, une « affaire pilote » soit prioritairement traitée en première instance et en appel, puis réglée avec des délais abrégés par la Cour de cassation, de façon à ce que les autres juridictions saisies de la même difficulté de droit sachent aussi rapidement que possible dans quel sens elle doit être résolue.

La procédure pour avis instituée par l'article L. 441-1 du Code de l'organisation judiciaire est un autre moyen de connaître rapidement la position de la Cour de cassation sur une difficulté juridique sérieuse. La Cour peut désormais, dans un délai de trois mois à compter de sa saisine, donner son avis, non seulement sur les difficultés d'interprétation d'un texte législatif, mais aussi sur celles découlant d'une convention ou accord collectif. Il ne s'agit, certes, que d'un avis, mais, dès lors qu'en pratique il préfigure dans la quasi-totalité des cas ce que sera la jurisprudence de la Cour sur la question, dès lors en outre que depuis le début de l'année 2016, chaque avis contient une motivation développée du raisonnement juridique conduisant à l'avis, on imagine aisément le bénéfice qu'il y aurait à mettre en œuvre cette procédure, plus souvent qu'on ne le fait actuellement, pour renforcer la sécurité juridique et prévenir le développement du contentieux.

B. La mise en état

Bien que les données du litige soient déterminées par les parties, il incombe au juge d'assurer l'efficacité de la procédure préalable au jugement, afin de respecter le principe du délai raisonnable fixé par l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Entendue dans son sens traditionnel, permettant aux parties d'attendre l'audience des débats pour présenter leurs prétentions et éléments de preuve, la procédure orale, classiquement appliquée aux litiges de droit du travail, ne correspondait plus à l'évolution de ce droit vers une complexité préoccupante et à son corollaire, la nécessité ressentie par les parties de se faire assister ou représenter par un professionnel du droit. Puisque les statistiques révèlent que les parties sont désormais assistées ou représentées, dans la plupart des affaires par des avocats et, dans 10 % des cas, par un défenseur syndical dont le statut est désormais régi par la loi du 6 août 2015 et un décret du 18 juillet 2016, elles sont naturellement conduites à déposer des écritures, pratique désormais généralisée aussi bien devant les conseils de prud'hommes que devant les cours d'appel. Il fallait prendre en considération cette évolution, et ce qui a été fait tant par les lois du 6 août 2015 et 8 août 2016 que par un décret du 20 mai 2016.

Avant ces textes, et malgré l'évolution relevée, il était aberrant que, malgré des délais d'audience des affaires trop importants, un pourcentage non négligeable d'affaires devait faire l'objet d'un renvoi en raison de demandes de dernière minute ou de communications de pièces tardives. Combien de fois des conseillers prud'hommes se plaignaient du fait que leurs audiences étaient « blanches », faute d'affaires en état d'être évoquées à l'audience fixée pourtant depuis de nombreux mois ? Comment faire devant les cours d'appel qui, malgré les contrats de procédure que la plupart de celles-ci avaient signés avec les barreaux locaux, étaient confrontées au même problème de non-respect des calendriers prévus et convenus souvent avec les parties elles-mêmes ? La sanction de la radiation du rôle était insuffisante et inefficace ; l'absence d'ordonnance de clôture ruinait les efforts accomplis pour réguler le flux des affaires traitées par les juridictions du travail. C'est dans ces conditions que le législateur a décidé d'instaurer

une procédure de mise en état en matière prud'homale, par la loi du 6 août 2015 et le décret du 20 mai 2016. Il convient d'y ajouter la loi du 8 août 2016 qui a prévu, pour les conseils de prud'hommes, la possibilité de prendre une ordonnance de clôture.

Les choses sont désormais claires pour la cour d'appel statuant en matière de droit du travail : la procédure est écrite avec représentation obligatoire. Une double particularité doit néanmoins être soulignée. Déjà, la procédure écrite n'est instaurée que pour les appels formés à compter du 1^{er} août 2016. Compte tenu de l'encombrement de la majorité des cours d'appel, cela signifie que vont coexister pendant de longs mois deux procédures différentes, avec les difficultés de gestion que cela représente. Ensuite, la représentation peut être assurée, non seulement par un avocat, mais aussi par un défenseur syndical. Justifiée au regard du particularisme de la matière, cette double possibilité de représentation va créer, au moins pendant les quelques mois de sa mise en place, des difficultés, ne serait-ce que parce que les charges procédurales ne sont pas les mêmes pour les avocats, qui doivent former leurs appels par le « RPVA » et les défenseurs syndicaux, qui n'ont pas accès au réseau informatique reliant les cabinets d'avocats aux juridictions et auxquels l'article 930-1 du Code de procédure civile n'est pas applicable (article 930-2 du même code). Par ailleurs, les formes imposées aux écritures des avocats par l'article R. 1453-5 du Code du travail, dans des conditions analogues à celles que prévoit l'article 954 du Code de procédure civile, ne doivent être suivies que lorsque toutes les parties sont représentées par un avocat.

Au point de vue du choix du type de procédure écrite en appel, qui relève de la compétence exclusive de la cour et ne peut être dicté par la volonté des parties, le principe est le recours à la mise en état. Mais, pour assurer une efficacité maximale de la nouvelle procédure d'appel, il apparaît que les dispositions de l'article 905 du Code de procédure civile sont de nature à assurer une souplesse adaptée à la nature du contentieux. Elle évite la complexité des délais de remise des écritures ; elle ne comporte pas la lourdeur inhérente à la mise en état avec ses incidents et sa procédure de déferé. Mais il est vrai que la formule dite du « circuit court » n'est envisageable que si la cour est en mesure de traiter

rapidement l'appel, ce qui n'est pas (encore ?) malheureusement le cas. Les cours d'appel disposent néanmoins maintenant des leviers leur permettant de réguler les procédures d'appel et de limiter le risque de renvoi rendu nécessaire par des communications tardives. Elles pourraient aussi, si la charge de travail était plus supportable, assurer une mise en état intellectuelle des affaires en utilisant les dispositions de l'article 765 du Code de procédure civile, afin que la formation de jugement ait une appréhension parfaitement éclairée des données de droit et de fait de chaque litige, des demandes et moyens auxquels il faut répondre. Cette mise en état intellectuelle ne sera réellement possible que si on donne aux juges les moyens de constituer une équipe d'aide à l'instruction et à la préparation du jugement des affaires.

En ce qui concerne la procédure devant la juridiction prud'homale de première instance, elle n'est pas « officiellement » devenue une procédure écrite, mais elle en présente la plupart des caractéristiques : obligation de déposer les pièces justificatives de la demande dans des conditions permettant d'assurer le respect, avant l'audience, du principe de la contradiction ; possibilité pour la juridiction de fixer des délais contraignants assortis de sanctions ; possibilité de prononcer une clôture de l'instruction. Toutes les règles issues des lois du 6 août 2015 et 8 août 2016 et du décret du 20 mai 2016 sont dans la logique d'une procédure où plus aucune pièce ne peut être communiquée le jour de l'audience des débats au fond. Si on y ajoute la suppression du principe de l'unicité de l'instance et donc de l'obligation pour les parties de formuler leurs prétentions au cours de la même instance, la figure idyllique du procès prud'homal où les parties comparaissent à l'audience pour y formuler leurs demandes et échanger leurs éléments de preuve appartient pour l'essentiel à l'histoire de la juridiction.

Il reste au juge prud'homal à s'approprier ces nouvelles dispositions, ce qui suppose, non seulement un état d'esprit tourné vers la recherche de l'efficacité de la procédure, mais aussi une formation particulière à l'usage des outils de la mise en état. Les greffes des conseils de prud'hommes, de même que la nouvelle institution des juristes assistants, peuvent jouer un rôle essentiel dans la modernisation des procédures prud'homales et constituer un pôle d'aide à la

préparation des procédures et à la prise de décision de nature à faciliter le fonctionnement de ces juridictions. Il appartient aussi au juge prud'homal d'utiliser les différentes palettes qui lui sont offertes par le législateur pour adapter au mieux le circuit procédural à la nature de chaque affaire : droit de juger immédiatement en formation de bureau de conciliation et d'orientation (BCO) les affaires dans lesquelles le défendeur ne comparaît pas sans motif légitime, et droit pour le BCO, à défaut de conciliation, de renvoyer l'affaire pour jugement, soit devant le bureau de jugement dans sa composition ordinaire, soit devant un bureau de jugement à composition restreinte, soit devant un bureau de jugement présidé par le juge départiteur. Le législateur a ainsi diversifié « l'offre de procédure » sous forme de facultés laissées à l'appréciation des juges. Mais c'est au prix d'une réelle appropriation de ces dispositions que cette juridiction spécialisée démontrera son aptitude à se réformer elle-même, dans l'intérêt des justiciables.

Pour conclure sur l'office du juge en droit du travail (mais cette observation vaut en toutes matières), la motivation des décisions est l'élément central de la légitimité de l'institution judiciaire. Bien sûr, celle-ci doit être indépendante et agir selon des principes déontologiques clairement définis. Mais c'est par une motivation précise des décisions, en fait et en droit, que le juge peut véritablement asseoir sa crédibilité et justifier la confiance du public dans le fonctionnement du système judiciaire. Il ne s'agit pas d'imposer au juge une réponse au détail de chaque argumentation. Il faut seulement que le jugement expose les raisons de fait et de droit pour lesquelles les moyens des parties sont accueillis ou rejetés et comporte une réponse aux prétentions formulées. D'où l'importance d'une mise en état par laquelle les termes du procès pourraient être spécifiés dans des conditions plus rigoureuses sous le contrôle du juge. Cette obligation de motivation, ainsi préparée et conçue, s'impose à tous les juges, qu'ils soient en première instance ou en appel. Une motivation sérieuse des décisions est en effet de nature, sinon à faire adhérer, du moins à mieux faire comprendre les décisions et, parfois, à dissuader les parties d'un exercice inutile des voies de recours.

Tout ceci permettrait d'améliorer le système de filtrage des affaires méritant réellement un nouvel examen, non seulement par la Cour de

cassation, mais aussi par les cours d'appel. Pourquoi en effet ne pas envisager une sélection des affaires à ce niveau, dès lors que nombre d'appels ne comportent aucun moyen sérieux de réformation ? Comme cela a déjà été suggéré, la Cour de cassation elle-même doit améliorer sa motivation, au moins dans les affaires qui tranchent des questions de droit de principe ou qui constituent un revirement de jurisprudence, afin que les juges, les praticiens du droit et les justiciables soient parfaitement informés quant à la signification et à la portée des arrêts rendus. Les expérimentations menées par les chambres civiles et pénale de la Cour montrent que le système français de motivation des arrêts de la Cour de cassation reste compatible, même si cette motivation est développée, avec la mission traditionnelle de la Cour, centrée sur les seules questions de droit, et avec un format « raisonnable » de décisions : on peut en dire plus sans avoir besoin de vingt ou trente pages pour le dire, dès lors que la motivation dite développée est centrée sur les raisons pour lesquelles, en droit, la décision est rendue dans un certain sens. La citation des précédents utiles est aussi une avancée appréciable pour une meilleure compréhension des arrêts, comme en attestent les arrêts rendus sous cette forme par la Cour principalement depuis le début de l'année 2016. La possibilité accrue offerte à la Cour de cassation de statuer sur le fond du litige constitue aussi un facteur d'efficacité et d'amélioration de la qua-

lité de la justice : pourquoi, dans de nombreuses affaires, notamment en cas de cassation partielle de l'arrêt attaqué, renvoyer devant une cour d'appel, avec le coût et les délais de procédure que cela implique, lorsque les points restant à juger sont relativement limités et peuvent aisément être tranchés par la Cour de cassation elle-même avec les pièces dont elle dispose déjà ou qu'elle peut demander aux avocats des parties ?

Si on ajoute à ces considérations le fait que le juge, à quelque niveau de la hiérarchie des juridictions qu'il se trouve, devrait, dans de nombreux domaines du contentieux, être, non pas un homme ou une femme solitaire, mais le responsable d'une équipe pluridisciplinaire apte à l'aider dans sa prise de décision, qu'il devrait privilégier les échanges dans le cadre de la collégialité du délibéré ou lors de contacts informels avec les autres juges et praticiens sur les difficultés qu'il rencontre dans le traitement des affaires, que la Cour de cassation doit, comme cela a précédemment été évoqué, agir davantage comme une institution d'aide à la décision que comme le censeur de jugements erronés ou rendus dans des conditions irrégulières, on constate que d'immenses efforts doivent encore être réalisés par tous, les pouvoirs publics en ce qui concerne les moyens, la justice et les praticiens du droit quant aux modalités d'exercice de leur office, pour que le justiciable dispose enfin d'institutions modernes de règlement des litiges conformes à ses attentes.

Petit dix du Grand A :

l'office du juge en droit pénal

L'office du juge en droit pénal

Guillaume Beaussonie

Professeur à l'Université Toulouse-Capitole – IEJUC (EA 1919)

Juger est-il un pouvoir ou un devoir ? C'est un pouvoir né d'un devoir, celui des hommes et de la société, et qui implique des devoirs, ceux des juges alors désignés. L'analyse de ces derniers devoirs, de ce que l'on nomme un peu pompeusement et, sans doute, un peu trop singulièrement l'« office du juge » – du latin *officium* : « fonction, devoirs d'une fonction ; assistance, service ; devoir, obligation morale » –, ne peut alors être menée qu'en considération de ce pouvoir.

Or, ce pouvoir, en droit pénal, s'avère d'une intensité inégalable : en cette matière, nul ne l'ignore, toutes les décisions du juge entretiennent un lien plus ou moins fort avec les libertés individuelles. Qu'il s'agisse, en effet, de décerner un mandat de recherche, de comparution, d'amener ou d'arrêter, d'autoriser une perquisition de nuit ou une mise en détention provisoire, de valider une composition pénale, de prononcer une peine ou encore d'en aménager l'exécution (etc.), il est toujours question de restreindre ou de priver la liberté d'un individu. Grand par ce qu'il implique, ce pouvoir l'est aussi par ce qu'il incarne : se référant à René Girard, le professeur Frison-Roche rappelle ainsi que « le juge détient le pouvoir sacré d'arrêter l'amplification de la violence dans la société »¹, ce qui est sans doute vrai en droit pénal encore plus qu'ailleurs. Pour parvenir à une telle fin, n'a-t-on pas

effectivement, selon les mots bien connus de Max Weber, confié à l'État, sa loi et son juge, « le monopole de la violence physique légitime »² ? À partir de ce but et de cette fonction primordiaux, le reste, tout le reste, n'apparaît que comme conséquence ou modalité.

Cet important pouvoir du juge pénal ne va donc pas sans de graves devoirs, le premier d'entre eux, le seul, au demeurant, qui soit posé dans le corps même de la Constitution, étant de garantir la liberté individuelle³. Par ailleurs, parce que le juge, exerçant autrefois seul ou presque cet office, a, dans une certaine mesure, failli, ce devoir ne va plus sans celui, corrélativement tout aussi essentiel, de respecter la loi. On reconnaîtra sans mal le principe de légalité des délits et des peines, imposé par nos textes les plus fondamentaux, en ce compris la Déclaration de 1789, et dont la fonction originelle, doit-on le rappeler, était d'empêcher le juge de prendre ses décisions arbitrairement – c'est-à-dire selon sa seule volonté – et, par là même, de protéger encore plus les libertés individuelles.

On pourrait presque s'arrêter là si toutes ces données n'avaient pas évolué avec le système qui leur donne corps : le pouvoir de stopper la violence s'est doublé en pouvoir d'empêcher sa résurgence (lutte contre la récidive) ; ce pouvoir s'est adouci, la violence, même légitime, n'étant plus perçue comme la seule réponse à la violence

1. M.-A. Frison-Roche, « Les offices du juge », in Jean Foyer, *Auteur et législateur*, Mélanges Jean Foyer, PUF, 1997, p. 466.

2. M. Weber, *Le savant et le politique*, 1919.

3. Art. 66 Const. de 1958.

(développement des mesures alternatives) ; ce pouvoir a été concurrencé, la gravité n'étant plus le propre de la répression pénale (essor de la répression administrative) ; la liberté, à la fois parce qu'elle constitue l'enjeu de tout le droit pénal et parce qu'elle emprunte la forme de droits subjectifs, est devenue un objet procédural autonome ; etc.

Parallèlement, « le » juge pénal s'est décliné en plusieurs fonctions, d'abord par l'évolution de ses fonctions traditionnelles, en réalité déjà plurielles. Le juge d'instruction, « Maigret et Salomon à la fois » selon l'expression notoire de Robert Badinter, est sorti plutôt perdant de cette nouvelle donne, son action étant de plus en plus encadrée, même s'il a survécu. Le juge « de jugement », en revanche, ne fait plus, désormais, que trancher entre innocence et culpabilité ; il valide ou homologue également ce qui a été déjà été décidé sans lui – ou l'inverse mais, dans un cas comme dans l'autre, c'est toujours sanctionner⁴. Ensuite, de nouvelles fonctions ont été dégagées à travers la création de nouveaux juges : juge de l'application des peines, en 1958, chargé, « dans les conditions prévues par la loi, de fixer les principales modalités de l'exécution des peines privatives de liberté ou de certaines peines restrictives de liberté, en orientant et en contrôlant les conditions de leur application »⁵, puis juge des libertés et de la détention, en 2000, qui autorise le recours à la détention provisoire, ainsi que d'un certain nombre d'autres mesures restreignant les libertés de ceux qui les subissent. Avec ces nouvelles fonctions, sont apparus de nouveaux offices qui, eux aussi, constituent la déclinaison des offices primordiaux.

Pour les comprendre et, de la sorte, prendre toute la mesure de l'office du juge en droit pénal, il faudrait donc percevoir ce qui, malgré les évolutions, est demeuré commun à tous les devoirs du juge pénal ou, plus exactement, des juges pénaux, avant de concevoir les devoirs qui, à l'aune de ces évolutions, semblent propres à chacun de ces juges : instruire, contrôler, juger et faire exécuter. Toutefois, faute de place suffisante, et parce que tel nous paraît être la première et indispensable étape, on se contentera,

en ces quelques pages, de faire une synthèse dans le but de révéler l'essence de l'office – des offices en vérité –, laissant alors à plus tard – ou à d'autres – le soin d'effectuer l'analyse, non moins importante, de ses déclinaisons⁶.

Dans cette perspective, il appert que l'office du juge pénal n'est pas fondamentalement différent de celui de tout juge, qui découle des nécessités de « trancher le litige, apaiser le conflit, concrétiser la règle de droit et réaliser la vertu de justice »⁷. Le devoir du juge, en effet, s'exerce à l'égard de la société et des individus, dont les rapports prennent la forme de règles juridiques que le juge peut être amené, en cas de litige, à faire respecter et, partant, à concrétiser, sauf, le cas échéant, à modérer leur application inéquitable. En droit pénal, ces règles ont, presque inéluctablement, pour domaine les libertés et pour cadre la loi. Par ailleurs, depuis que l'individu, même une fois mis en cause, n'est plus tant perçu comme un ennemi de la société que comme l'un de ses membres, qu'il faudra éventuellement insérer ou réinsérer, la mise en œuvre de ces règles par le juge pénal doit s'opérer au sein d'une procédure équitable et en considération de la situation dudit individu.

En conséquence, l'office primordial du juge pénal est d'appréhender les libertés (I) et, conjointement, de respecter la loi (II). Aujourd'hui, le juge pénal doit également, à tous les stades où il intervient, garantir aux personnes mises en cause un procès équitable (III), ainsi qu'un traitement individualisé (IV).

I. L'appréhension des libertés individuelles

Au regard des libertés, l'office du juge est bien évidemment exprimé par l'article 66 de la Constitution de 1958, en vertu duquel « nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ». Le juge pénal est un juge judiciaire et, au sein des juges judiciaires, il est celui qui est le plus confronté aux libertés, qu'il doit alors garder

4. Cf., en ce sens, A. Garapon, S. Perdriolle, B. Bernabé et C. Kadri, *La prudence et l'autorité, L'office du juge au XXI^e siècle, Rapport de l'IIHEJ*, mai 2013, p. 103.

5. Art. 712-1 C. proc. pén.

6. Cf. déjà, d'ailleurs, A. Garapon, S. Perdriolle, B. Bernabé et C. Kadri, *La prudence et l'autorité, L'office du juge au XXI^e siècle, op. cit.*

7. M.-A. Frison-Roche, « Les offices du juge », préc., p. 472.

en application d'un impératif constitutionnel. Statut, compétence et office apparaissent ainsi étroitement – et logiquement – liés.

On serait pourtant tenté de rechercher ailleurs le cœur de l'office du juge pénal, le Conseil constitutionnel ayant réduit « la liberté individuelle » à sa portion congrue afin, surtout, de permettre aux autorités et juges administratifs d'autoriser et d'ordonner certaines restrictions de liberté – ce qui est de plus en plus à la mode. Désormais, « la liberté individuelle », au sens de l'article 66 de la Constitution de 1958, ne représenterait plus que le droit de ne pas être détenu arbitrairement⁸, ce que, en suivant le modèle de la Convention européenne des droits de l'homme, on nomme le « droit à la sûreté »⁹. De quoi il ressort qu'il participe maintenant de l'office de tous les juges de garder les libertés, seuls les juges judiciaires et, *a fortiori*, le juge pénal ayant, au surplus, le devoir de garantir la sûreté des individus. Autrement dit, si la compétence du juge pénal en matière de libertés s'avère, en partie, concurrencée, son office n'a, quant à lui, pas été modifié.

En vérité, il semble que l'office du juge pénal soit bien davantage défini par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹⁰. En déterminant, mieux que tout autre, l'office de la loi dans notre système juridique, ce texte révèle tout autant celui du juge qui, non seulement, ne peut pas se substituer à la loi – office négatif, qui s'explique par l'histoire –, mais aussi, doit appliquer cette loi – office positif, qui n'est pas différent de celui de tout juge¹¹. Or, l'office de la loi, c'est de veiller à « la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme », c'est-à-dire à « la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression » (art. 2).

En droit pénal, et en ce qui concerne le juge, il en résulte essentiellement que ce dernier ne peut pas créer ou étendre des incriminations (art. 4 à 6 ; art. 8) et que toute accusation, arrestation ou détention ne peut s'opérer « que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites » (art. 7), de même que, « s'il

est jugé indispensable [d'arrêter un homme], toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la Loi ».

Quand le juge d'instruction enquête pour trouver la vérité, quand le juge « de jugement » condamne pour punir, mais aussi quand le juge des libertés et de la détention autorise certaines mesures blessant les libertés ou encore quand le juge de l'application des peines veille à l'exécution des sanctions pénales, il s'agit toujours, en vertu de la loi, de ne pas appréhender n'importe comment les libertés d'autrui. À elle seule, la création de la fonction de juge des libertés et de la détention symbolise d'ailleurs cette idée que la liberté mérite son propre juge.

S'il conviendrait alors d'actualiser la Déclaration de 1789 à l'aune des nouvelles fonctions juridictionnelles pénales, ainsi que de la place plus éminente occupée par le juge au sein du système répressif contemporain, le plus important y est dit : il participe de l'office du juge pénal, du devoir de tous les juges pénaux, dans la continuité et le respect de la loi pénale, d'appréhender prudemment les libertés des individus.

II. Le respect de la loi pénale

Depuis que le droit pénal est entré dans sa modernité, le respect de la loi représente, pour le juge pénal plus que pour tout autre, un impératif fondamental. C'est le fameux « principe de légalité des délits et des peines » qui signifie, en réalité, bien plus que ce que cette appellation traditionnelle laisse entendre¹². La raison de ce lien inhabituellement intense entre loi et juge en matière pénale vient, en tous les cas, d'être exprimée : il s'agit, encore et toujours, de veiller à la sauvegarde des libertés individuelles, l'office de la loi devant, à la fois, être respecté et garanti par le juge. Il est alors moins question de méfiance vis-à-vis de ce dernier, que de devoir – inéluctablement et inversement fondé sur une confiance incontestable envers lui ! Il existe aussi,

8. Jurisprudence semble-t-il initiée avec Cons. const., 16 juin 1999, n° 99-411 DC.

9. Cf. art. 5 Conv. DRLF.

10. Le constat ne serait pas très différent à la lecture, notamment, des art. 5 et 6 de la Conv. DRLF.

11. Cf. C. proc. civ., art. 12, al. 1^{er}.

12. V., à cet égard, B. de Lamy, « Dérives et évolution du principe de la légalité en droit pénal français (contribution à l'étude des sources du droit pénal français) », in *Les Cahiers de droit* (Faculté de droit de Laval), 2009, vol. 50, n° 3-4, sept.-déc. 2009, p. 585 ; notre étude, « Principe de légalité et/ou principe de sécurité juridique », in G. Beausonnie (dir.), *Faut-il « régénéraliser » le droit pénal ?*, Montchrestien, 2015, p. 99.

autrement dit, un principe de « judicialité » des délits et des peines, corollaire indispensable du principe de légalité.

Ce qui ne veut pas dire que le juge pénal puisse s'affranchir de la loi lors de l'exercice de son office, même dans les domaines où son action apparaît la plus libre. Le juge d'instruction, par exemple, malgré le principe de liberté de la preuve¹³, ne possède pas le pouvoir de recourir à des procédés probatoires blessant les libertés lorsque la loi ne les a pas préalablement autorisés¹⁴. Au-delà, sa liberté s'avère également modérée par un devoir de loyauté¹⁵. Dans la même idée, le juge de « jugement » qui recourt à son intime conviction pour prendre sa décision n'en doit pas moins laisser transparaître un raisonnement se référant à la loi dans sa motivation¹⁶. La recherche de la vérité et de la justice ne peut qu'emprunter de la sorte des terrains balisés par le législateur.

En revanche, parce que la loi pénale n'est plus présumée de manière irréfragable se soucier suffisamment des droits et libertés fondamentaux et que, par conséquent, elle est devenue débitrice des qualités qu'elle a perdues et qu'ont fini par lui imposer des normes de valeur supérieure – Constitution *lato sensu* et Convention européenne des droits de l'homme essentiellement –, il est entré dans l'office du juge d'en devenir le censeur. En effet, comme cela a été souligné par le professeur Frison-Roche, « le droit positif construit par la jurisprudence judiciaire en 1975 (Ch. mixte, 24 mai 1975, *Cafés Jacques Vabre*) puis la jurisprudence administrative en 1989 (CE, 20 octobre 1979, *Nicolo*) ne traduit pas tant une révolte du juge contre la loi qu'une tâche de concrétisation du droit dont le domaine d'application a été étendu de la stricte hypothèse de la loi au champ plus vaste de l'ensemble des règles de droit »¹⁷. En droit pénal, la chose apparaît plus vraie encore, les règles « applicables » ne pou-

vant être celles qui, au regard des libertés qu'elles blessent, ne se justifient que par la nécessité de la blessure, l'égalité dans la blessure et la sécurité en cas de blessure. Au juge, à tous les juges, de veiller qu'il en soit ainsi, autrement dit d'entretenir la loi pénale dans son essence.

Ce qui n'empêche que, même à l'aune d'une telle « substantialisation » de la loi, définie désormais moins – formellement – comme le texte issu du Parlement, que – matériellement – comme une norme suffisamment raisonnable, générale, accessible et prévisible, le juge n'en doit pas moins, sur ce terrain également, la respecter.

Ce n'est pas, en effet, parce que la jurisprudence a acquis droit de cité en droit pénal comme ailleurs – alors, on s'en souvient, qu'il n'en aurait point fallu en la matière, selon Portalis et quelques autres grands penseurs –, l'interprétation participant de la loi – voire, dans une certaine mesure, se substituant à la loi¹⁸ –, que le juge a gagné le droit de s'affranchir de la loi telle qu'il l'interprète. En droit pénal, toujours par application du principe de légalité, la loi pénale, de fond comme de forme, est et demeure « d'interprétation stricte »¹⁹, ce qui est tant la conséquence du caractère exceptionnel du droit pénal, que la cause du caractère mesuré de l'intervention du juge pénal. L'office du juge, eu égard à la loi pénale, se précise.

Invoquée à d'innombrables reprises, plus par la doctrine que par le juge, la règle doit ainsi être bien comprise, qui impose au juge pénal de rester serré à la loi – et non au texte ! Le juge a le devoir de faire preuve, dans son interprétation de la loi pénale, de rigueur et d'exactitude : appliqué aux règles, l'adjectif « strict » signifie effectivement « qui se réalise avec rigueur » et « qui est tout à fait conforme à ce qui est exigé »²⁰. Dès lors, l'interprétation stricte représente, du point de vue du juge pénal, plus une attitude raisonnable qu'un processus mécanique.

13. Art. 427 C. proc. pén.

14. Comp. Crim., 21 mars 2007, n° 06-89444, *Bull. crim.*, n° 89 où, dans le cadre d'une enquête préliminaire, des policiers avaient photographié clandestinement des plaques d'immatriculation de véhicules se trouvant à l'intérieur d'une propriété privée. Or, cette procédure, qui porte atteinte à la propriété et à la vie privée, n'était règlementée par aucun texte. Elle était donc illégale et il en aurait été de même si le juge d'instruction l'avait ordonnée.

15. Depuis Crim., 11 mai 2006, n° 05-84837, *Bull. crim.*, n° 132.

16. Même la cour d'assises, depuis la loi du 10 août 2011.

17. M.-A. Frison-Roche, « Les offices du juge », préc., p. 470. Le professeur Frison-Roche précisait à l'époque que, « dans cette perspective, on comprend mal pourquoi le contrôle de constitutionnalité est refusé au juge ordinaire ». Dans une certaine mesure, depuis l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité par la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, c'est chose faite.

18. Ce qui est l'aboutissement d'une conception matérielle que la Cour EDH ne rejette pas : cf. Cour EDH, 24 avril 1990, req. n° 11801/85 et n° 11105/84, *Kruslin c/ France et Huvig c/ France*. V. aussi, en ce sens, Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, cons. 13 et 14.

19. Art. 111-4 C. pén.

20. *CNRTL*, v° « Strict ».

Telle est la forme la plus évidente qu'emprunte son respect de la loi et, à travers elle, sa considération envers les libertés.

III. La garantie d'un procès équitable

La mise en œuvre du « droit à un procès équitable », tel qu'il est défini et imposé par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, puis affiné – et tout autant imposé – par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, a conduit, comme chacun sait, à de nombreux et profonds bouleversements de la procédure pénale française contemporaine. L'article préliminaire du Code de procédure pénale, sorte de réplique du précédent dans l'ordre juridique interne, créé par la loi du 15 juin 2000 et plusieurs fois modifié depuis, a la vertu de retracer les changements qui se sont opérés à l'aune du déploiement progressif du procès équitable, notamment en ce qui concerne l'office du juge pénal.

De façon générale, le juge est le garant du procès équitable, en ce sens qu'il doit veiller à ce que la procédure à laquelle il participe soit « équitable et contradictoire » et à ce qu'elle préserve « l'équilibre des droits des parties ». À cette fin, il doit d'abord se comporter comme un juge, c'est-à-dire être indépendant, ce qui concerne davantage son statut que son office, et surtout être impartial, c'est-à-dire ne pas cumuler les fonctions – et les offices qui vont avec, instruire et juger par exemple²¹ – afin de ne pas préjuger d'un dossier, et ne pas avoir d'opinion préconçue, afin de ne pas préjuger une personne²², sauf, obligation fondamentale, à la présumer innocente. Il ne devrait donc pas tout à fait s'agir, en droit pénal, de neutralité.

Ensuite, le juge pénal doit accomplir son office le plus publiquement, le plus contradictoirement et le plus rapidement possible. Même en droit pénal, et même si l'instruction n'a toujours pas été supprimée, le modèle accusatoire est donc devenu le principe, le juge devant prendre en compte les droits de toutes les parties sans, en conséquence, privilégier la partie publique, dont

il partage pourtant la formation et le corps. Aussi le juge pénal a-t-il l'obligation de respecter les droits de la défense du mis en cause, mais aussi celle de « veiller à l'information et à la garantie des droits des victimes au cours de toute procédure pénale »²³. L'essor des droits respectifs de ces « parties » privées représente, en effet, la marque la plus évidente de la diffusion du procès équitable, qui a nécessairement fait évoluer l'office du juge pénal.

Enfin, le droit au procès équitable demeurant surtout la prérogative de celui qui, au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, a fait l'objet d'« une accusation » en matière pénale, il impose au juge de considérer l'accusé, durant son procès, comme un innocent présumé et, par là même, de tout faire pour que sa défense soit parfaitement effective. Informations, temps et assistance – et tout ce qui va avec – sont dus à un mis en cause que, par ailleurs, le juge ne peut contraindre qu'en cas d'absolue nécessité et dont nul ne doit envisager la culpabilité de façon trop légère ou trop précoce ; durant cette « provisoire incertitude du droit »²⁴, il appartient ainsi au juge pénal de faire attention à ce que la force des évidences n'écrase pas celui que la chose jugée n'a pas encore condamné.

À la fin, précise notamment l'article préliminaire du Code de procédure pénale, « en matière criminelle et correctionnelle, aucune condamnation ne [pourra] être prononcée contre une personne sur le seul fondement de déclarations qu'elle a faites sans avoir pu s'entretenir avec un avocat et être assistée par lui ». C'est dire que, pour demeurer intime, la conviction du juge n'est plus totalement libre ; il ne doit, en principe, pour les raisons qui précèdent, concéder la culpabilité qu'en l'absence de doute sur la culpabilité et sur la procédure.

Mais ce que la présomption d'innocence rappelle peut-être surtout est que la matière sur laquelle se prononce le juge pénal est plus humaine que juridique. Aussi ce juge doit-il également et pour finir, à chaque fois qu'il se prononce, individualiser sa décision.

21. Même en ce qui concerne le juge des enfants : cf. Cons. const., 8 juill. 2011, n° 2011-147 QPC.

22. Sur cette complémentarité, v. bien sûr Cour EDH, 24 mai 1989, req. n° 10486/83, *Hauschildt c/ Danemark*.

23. Ces droits étant désormais posés par les nouveaux art. 10-2 à 10-5 C. proc. pén.

24. C. Lombois, « La présomption d'innocence », *Pouvoirs*, n° 55, 1990, p. 84.

IV. L'individualisation du traitement répressif

De l'individualisation du processus répressif, on ne retient souvent que la dernière étape : l'individualisation de la peine, prononcée puis exécutée, principe dont la consécration – législative puis constitutionnelle²⁵ – a atteint une forme de paroxysme lors de la redéfinition des fonctions de la punition avec la création d'un article 130-1 du Code pénal par la loi du 15 août 2014. En vertu de ce nouveau texte, la peine a pour fonctions de « sanctionner l'auteur de l'infraction », mais aussi de « favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion ».

En conséquence de quoi, d'abord, il faut individualiser la peine prononcée, ce qui implique pour la juridiction de jugement, « dans les limites fixées par la loi », de déterminer « la nature, le quantum et le régime des peines prononcées en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale, conformément aux finalités et fonctions de la peine énoncées à l'article 130-1 »²⁶. Au besoin, il est désormais possible de procéder, à cette fin, à la césure du procès pénal²⁷.

Ensuite, au juge de l'application des peines de veiller à ce que l'« exécution des peines privatives et restrictives de liberté [prépare] l'insertion ou la réinsertion de la personne condamnée afin de lui permettre d'agir en personne responsable, respectueuse des règles et des intérêts de la société et d'éviter la commission de nouvelles infractions ». Pour cela, il doit adapter le régime de la peine « au fur et à mesure de [son exécution], en fonction de l'évolution de la personnalité et de la situation matérielle, familiale et sociale de la per-

sonne condamnée, qui font l'objet d'évaluations régulières »²⁸.

Mais, bien en deçà, lorsqu'il est question, par exemple, d'autoriser le recours à une détention provisoire, la situation personnelle de la personne mise en cause doit déjà être prise en compte par le juge des libertés et de la détention, afin notamment de savoir s'il convient, par ladite mesure, de « garantir le maintien de la personne mise en examen à la disposition de la justice »²⁹. Plus largement, lors de l'enquête et, surtout, de l'instruction, il est question, le cas échéant, de mettre une affaire en état d'être jugée, ce qui implique évidemment d'informer suffisamment le juge de « jugement » sur la personnalité de la personne mise en cause.

Il apparaît alors, comme a pu l'écrire, il y a longtemps déjà, le professeur Vitu, que « le magistrat pénal doit avoir, du délinquant qu'il juge, une connaissance approfondie et savoir quels sont sa personnalité, ses déficiences physiques, mentales ou caractérielles, le milieu familial et social dans lequel il vit ». En effet, parce que « le juge criminel doit prononcer des mesures d'assistance, de surveillance ou d'amendement [...] », il est « un technicien des sciences humaines »³⁰. Cela s'inscrit effectivement dans son office bien, sans doute, qu'insuffisamment dans sa formation...

Pour conclure, qu'il s'agisse, pour les juges pénaux, d'instruire, d'autoriser et de contrôler, de juger, ou de faire exécuter une peine, il résulte de ce qui précède que, quelle que soit la fonction à laquelle on s'intéresse, il est toujours question, pour ces juges, dans le cadre d'une procédure légale et équitable, de faire respecter la loi pénale en s'intéressant à des individus dont les libertés sont en jeu.

25. V. surtout Cons. const., 9 août 2007, n° 2007-554 DC ; art. 132-1 C. pén. ; art. 707 C. proc. pén.

26. Art. 132-1 C. pén.

27. Art. 132-70-1 C. pén.

28. Art. 707 C. proc. pén.

29. Art. 144, 5°, C. proc. pén. Comp. art. 62-2, 2°, C. proc. pén., pour la garde à vue.

30. A. Vitu, *Procédure pénale*, PUF, Thémis, 1^{re} éd., 1957, p. 2.

Petit onze du Grand A :

L'office du juge administratif

Benjamin Defoort

Professeur à l'Université François Rabelais de Tours

« C'est quelque chose de nouveau en jurisprudence que l'appel désormais *explicite* à l'"office du juge" »¹. Ce n'est en effet qu'au début des années 2000 que les références à la notion d'office du juge vont, dans la jurisprudence administrative, se multiplier. Ainsi, deux décisions du même jour évoquent, pour l'une, « l'office du juge de cassation »², et pour l'autre, « l'office du juge des référés »³. Plus spécifiquement encore, le Conseil d'État avait, quelque temps auparavant, désigné « l'office que lui attribuent les articles L. 511-1 et R. 521-1 du Code de justice administrative », à savoir l'office du juge du référé suspension⁴. L'expression sera ensuite déclinée presque à l'infini : « office du juge d'appel »⁵, « office du juge de l'exécution »⁶, « office du juge de plein contentieux »⁷,

voire « office du juge du plein contentieux des installations classées »⁸, « office du juge des référés précontractuels »⁹, « office du juge de l'excès de pouvoir »¹⁰, « office du juge du contrat »¹¹, « office du juge de l'élection »¹², « office du juge de la contravention de grande voirie »¹³, « office du juge d'une demande de sursis à exécution d'une décision juridictionnelle »¹⁴, et très récemment « office du juge des comptes »¹⁵...

D'emblée, on le constate, c'est la diversité des usages qui s'impose. C'est, d'ailleurs, peut-être la première particularité de l'office du juge administratif que de ne pas pouvoir exister au singulier : celui-ci est irréductiblement pluriel. Ainsi, la notion d'« office » peut être mobilisée à la fois pour opposer les différents degrés de juridictions

1. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, Domat Droit Public, 12^e éd., 2006, n° 1040, p. 893.
2. CE, 30 déc. 2002, *Commune de Talloires et autres*, n° 237392, *Rec.*, p. 511.
3. CE, 30 déc. 2002, *Ministre de l'aménagement du territoire et de l'environnement c/ Carminati*, n° 240430, *Rec.*, p. 510.
4. CE Sect., 29 nov. 2002, *Communauté d'agglomération de Saint-Étienne*, n° 244727, *Rec.*, p. 421.
5. Cf. par ex. : CAA Nancy, 1^{er} avr. 2004, *Mme Effimia*, n° 00NC01273 ; CE, 1^{er} juin 2005, *Centre hospitalier spécialisé de la Savoie*, n° 259899.
6. Cf. par ex. : CAA Nancy, 1^{er} avr. 2004, *M. Jean-Paul Y.*, *Rec. T.* p. 667 ; CE, 9 mai 2005, *Société nouvelle de construction et de travaux publics*, n° 256912, *Rec. T.*
7. CE, 19 mai 2004, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, n° 253375.
8. CE, 22 sept. 2014, *SIETOM de la région de Tournan-en-Brie*, n° 367889, *Rec. T.* De manière générale, le plein contentieux « est un pavillon sous lequel cohabitent des juges aux offices très divers » (V. Daumas, concl. sur CE Ass., 21 mars 2016, *SNC Numéricable*, *RFDA* 2016, p. 506 ; cf. D. Bottegghi et A. Lallet, « Le plein contentieux et ses faux-semblants », *AJDA* 2011, p. 156).
9. CE Sect., 3 oct. 2008, *Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du Secteur de la Sarthe (SMIRGEOMES)*, n° 305420, *Rec.*
10. CAA Nancy, 20 déc. 2007, *Hôpitaux universitaires de Strasbourg*, n° 06NC01249 ; CE, 30 janv. 2012, *SCI Ultramarin*, n° 339114 ; CE, 30 déc. 2015, *SAS Clinique du Mail*, n° 383341.
11. CAA Paris, 5 juil. 2007, *Commune de Levallois-Perret*, n° 07PA00560, *Rec. T.*, p. 944 ; CE Sect., 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, n° 304806, *Rec.*
12. CE, 10 avr. 2009, *M. Séverin Q. et autres*, n° 317821.
13. CE, 10 oct. 2012, *Voies Navigables de France*, n° 338756.
14. CE, 26 mars 2014, *Commission de protection des eaux de Franche-Comté*, n° 370300, *Rec.*
15. CE, 28 sept. 2016, *Groupeement de coopération sanitaire des urgences de la Côte Fleurie*, n° 385903.

(appel, cassation) ou les différentes « branches du contentieux »¹⁶.

On le voit, l'extraordinaire multiplicité des hypothèses dans lesquelles la notion d'office est, aujourd'hui, utilisée en jurisprudence ne facilite aucunement la tâche d'en définir la teneur.

Nombreux sont les auteurs qui la considèrent comme une « notion globale, rétive à la définition et aux frontières »¹⁷. Par voie de conséquence, elle tend nécessairement à épouser la « conception que le juge lui-même se fait "de son métier" »¹⁸.

Dans une acception la plus générale possible, l'office du juge administratif peut être défini « comme l'exercice par le juge des pouvoirs qu'il tient de sa qualité de juge et qu'il doit ou peut mettre en œuvre »¹⁹. Il s'agit d'un « ensemble cohérent, constamment enrichi, de pouvoirs et de devoirs destinés à garantir un examen pertinent des litiges et l'effectivité de la décision rendue »²⁰. Dit autrement, derrière l'expression « office du juge », on trouve l'ensemble des pouvoirs et des devoirs qui incombent à celui qui assure la mission de juger, *parce qu'il juge et dans la mesure où il juge*.

En particulier, le premier des « devoirs » du juge étant de « remplir sa mission juridictionnelle »²¹, l'interdiction du déni de justice peut alors contribuer à légitimer l'important pouvoir d'interprétation qu'il se reconnaît. Comme le soulignait déjà L. Aucoc, « le juge, qui ne doit jamais refuser de statuer, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, est appelé à trancher ces questions, et la série de précédents judiciaires complète ainsi la loi en l'interprétant et en comblant les lacunes qu'on y a signalées »²².

Et aujourd'hui, pour justifier les interprétations qu'il propose, le juge administratif n'hésite

pas à assumer pleinement la liberté dont il dispose. Toutefois, il se trouve, de ce fait, placé sous le feu permanent de la critique, puisque cette liberté dévoilée met à nu la réalité de son pouvoir. C'est pourquoi, il recherche, parallèlement, à en tempérer les effets par un effort constant de justification de la pertinence de ces utilisations. La liberté du juge est donc enserrée dans un « réseau de contraintes »²³ argumentatives. Dès lors que l'office du juge – à savoir la définition de ses pouvoirs et de ses devoirs – est pensé, par le juge lui-même, comme tributaire de l'objet qui doit être jugé, la diversité des offices, évoquée plus haut, devient une raison supplémentaire de faire évoluer les pouvoirs que le juge entend se reconnaître au gré des questions qui lui sont soumises, quitte, parfois, à forger *ex nihilo* l'intégralité d'un régime contentieux. On songe, sur ce point, à deux hypothèses récentes où le Conseil d'État a été amené, en Assemblée, à définir l'office du juge pour connaître, d'une part, des recours dirigés contre les actes de droit souple²⁴, et d'autre part, des recours dirigés contre une sentence arbitrale²⁵.

L'office du juge apparaît, à cet égard, comme une notion finaliste ; elle ne se comprend qu'en tant qu'objectif à atteindre – Hauriou aurait dit, en tant qu'« œuvre »²⁶. Si son emploi en jurisprudence « fonde parfois le *rappel de certaines de ses obligations* », « le plus souvent, la notion sert à *justifier la reconnaissance de nouvelles prérogatives* au juge administratif »²⁷.

L'office du juge administratif exerce donc, pour le juge, à la fois une fonction de contrainte – en condensant sous son nom l'énumération exhaustive de ses pouvoirs et de ses devoirs – (I), mais elle constitue aussi une ressource à son profit (II) – car, en appelant à la « nature » de son office, ce dernier peut moduler l'étendue de

16. D. Truchet, « Office du juge et distinction des contentieux : renoncer aux "branches" », *RFDA* 2015, p. 657.

17. F. Donnat et D. Casas, chron. sous CE Sect., 3 déc. 2003, *El Bahi*, *AJDA* 2004, p. 202.

18. G. Darcy, « Regard elliptique sur l'office du juge », in *L'office du juge*, colloque organisé au Sénat les 29 et 30 sept. 2006, p. 528.

19. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, op. cit., n° 1040, p. 893.

20. B. Seiller et M. Guyomar, *Contentieux administratif*, Dalloz, Hypercours, 3^e éd., 2014, p. 432.

21. CE, 6 oct. 1995, *Hassini*, *Rec. T.* p. 994 ; CE, 12 mars 1980, *Époux Yvorra*, *Rec.* p. 143.

22. L. Aucoc, « Le Conseil d'État et les recours pour excès de pouvoir », *Revue des deux mondes*, 1878, p. 5 s., spéc. p. 16.

23. M. Troper, « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ? », in *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, Léviathan, 1994, p. 95 s., spéc. p. 101.

24. CE Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GmbH et autres*, n° 368082, *RFDA* 2016, p. 497, concl. S. Von Coester ; CE Ass., 21 mars 2016, *SNC Numéricable*, n° 390023, *RFDA* 2016, p. 506, concl. V. Daumas.

25. CE Ass., 9 nov. 2016, *Société Fosmax*, n° 388806, *RFDA* 2016, p. 1154, concl. G. Pellissier.

26. M. Hauriou, « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », in *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté, Cahiers de la nouvelle journée*, n° 13, 1925, p. 96. Cf. É. Millard, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droits & Société*, 1995, n° 30/31, p. 381 s. ; J.-A. Mazères, in *L'office du juge*, op. cit., spéc. p. 415-416.

27. B. Seiller et M. Guyomar, *Contentieux administratif*, op. cit., n° 809, p. 332.

ses propres pouvoirs, au gré des circonstances, et « légitimer » ainsi la consécration de solutions nouvelles.

I. L'office comme contrainte

L'office du juge administratif résulte à la fois, de sa nature de juge (A) et de sa nature de juge de l'administration (B). L'une et l'autre de ces missions emportent, pour le juge administratif, une série de contraintes. Toutefois, alors que les premières s'exercent toujours avec la même fermeté, les secondes tendent, inexorablement, à être relativisées.

A. Les contraintes dérivant de la mission de juge

Classiquement, la fonction juridictionnelle est regardée comme impliquant à la fois des pouvoirs et des devoirs. Ceux-ci s'appliquent au juge administratif, comme à tout juge. On se contentera, ici, d'en évoquer certaines illustrations récentes.

Au titre des devoirs, tout d'abord, on relèvera que le juge administratif est soumis à l'interdiction posée par l'article 4 du Code civil de commettre un déni de justice. Si le refus pur et simple de trancher un litige n'est, fort heureusement, que très rarement constaté²⁸, l'interdiction de renoncer à juger a d'autres implications plus fréquemment relevées. Ainsi, le juge administratif ne peut reporter l'exercice de sa mission juridictionnelle ni sur un expert, en lui demandant par exemple de fixer le montant de l'indemnité à allouer²⁹, ni *a fortiori*, sur l'une des parties et notamment sur l'administration³⁰. Le Conseil d'État a récemment eu l'occasion de rappeler ce principe en censurant un arrêt d'une Cour administrative d'appel qui s'était fondé exclusivement sur l'opinion émise par une personne sollicitée par ses soins, dans le cadre d'un *amicus curiae*

sur le fondement de l'article R. 625-3 du code de justice administrative³¹.

Le juge administratif a également l'obligation corrélative de se prononcer sur l'intégralité des conclusions (et moyens non inopérants) soulevées devant lui. On retrouve, ici aussi, des principes habituels applicables à toutes les juridictions leur interdisant de statuer *ultra petita* ou *infra petita*. Si ces deux interdictions comportent, comme ailleurs, des exceptions devant les juridictions administratives³², leur principale particularité tient, ici, à la pluralité des offices du juge administratif. En effet, les quelques hypothèses où le juge administratif est admis à statuer *ultra petita* sont toutes limitées à un contentieux particulier, et justifiées par l'office spécifique de ce juge. On songe, par exemple, au juge du référé précontractuel qui, saisi d'une simple demande de suspension, peut prononcer l'annulation d'une procédure de passation³³. On songe aussi au juge électoral qui, bien que saisi de conclusions ne visant que le premier tour, peut être amené à annuler aussi les opérations du second tour³⁴. Le Conseil d'État a, à son sujet, récemment rappelé que, devant certaines irrégularités, le juge de l'élection devait d'office annuler l'ensemble d'une opération électorale, alors même que seules les élections de certaines personnes étaient contestées devant lui³⁵.

Au titre des pouvoirs, ensuite, on se contentera ici de rappeler, à nouveau, leur très grande diversité. Il n'existe pas de pouvoirs généraux dont disposerait, par nature, le juge administratif en toute hypothèse : ceux-ci dépendent, toujours, du type de contentieux dont il est saisi et du type de conclusions soulevées devant lui. C'est à cet égard un truisme que de rappeler que les pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir ne sont pas identiques à ceux du juge du plein contentieux, et que les pouvoirs du juge des référés ne sont pas de même nature que ceux du juge statuant au fond. Tout au plus doit-on

28. CAA Marseille, 29 juin 2006, *Sté Clinique Vert-Côteau*, n° 04MA00195.

29. CE, 21 mars 1984, *Gury et Monnet, DA*, 1984, n° 193.

30. Cf. par ex. CE, 12 mars 1980, *Époux Yvorra*, *Rec. p.* 143 ; CE, 12 févr. 1971, *Cohu*, *Rec. p.* 130.

31. CE, 6 juin 2015, *M. B.*, n° 375036, *Rec.*, *JCP G* 2015, p. 1054, note E. Langelier.

32. Par exception à l'interdiction de statuer *ultra petita*, le juge a l'obligation de relever d'office les moyens d'ordre public qui n'auraient pas été soulevés par les parties (CE, 29 janv. 2003, *Aslan*, *Rec. p.* 947). Et par exception à l'interdiction de statuer *infra petita*, le juge peut être dispensé de statuer sur les conclusions en cas de non-lieu (CE Sect., 9 janv. 1959, *Dame Boigé*, *Rec. p.* 31) ou de désistement, dont le juge doit « donner acte » (CE, 26 mars 2001, *Mme Poinot-Thibaud*, *Rec. T. p.* 1139).

33. CE, 20 oct. 2006, *Commune d'Andeville*, *Rec. p.* 434.

34. CE, 20 oct. 1971, *Élections municipales de Hiers-Brouage*, *Rec. p.* 638.

35. CE, 10 juin 2015, *Commune de Michelbas-le-Bas*, n° 383585.

remarquer que le juge administratif semble disposer, en toutes circonstances, de pouvoirs d'instruction importants découlant du caractère inquisitorial de la procédure. Il faut aussi souligner que le juge administratif dispose désormais de la faculté de moduler dans le temps les effets de ses décisions. Le juge a, d'abord, admis la possibilité de moduler temporellement les effets d'une annulation : il diffère l'annulation dans le futur en laissant à l'autorité administrative un délai pour corriger sa décision avant qu'elle ne disparaisse³⁶. Il a ensuite admis de supprimer l'*effet rétroactif* des annulations qu'il prononce, en plein contentieux d'abord³⁷, puis en excès de pouvoir³⁸.

B. Le recul des contraintes découlant de la mission de juge l'administration

Traditionnellement, le juge administratif se trouve confronté à une série de contraintes propres à sa mission de juger l'*administration*. Ces limites résultent du principe de l'indépendance de l'administration à l'égard du juge et qui interdit à ce dernier de se comporter en administrateur. En ce sens, si le juge est toujours censé « se mettre à la place » de l'administration lorsqu'il aborde le contrôle de l'une de ses décisions, il lui est interdit – précisément au nom des limites qui s'imposent à son « office » – de « prendre sa place ». Ces principes habituels impliquent, dans le domaine du droit, la prohibition des injonctions à l'adresse des personnes publiques³⁹ et l'interdiction de statuer sur l'opportunité des décisions administratives. Mais ces principes se traduisent aussi, dans le domaine du fait, par le risque d'une « justice complaisante » envers l'administration.

La manière dont le juge administratif semble, aujourd'hui, comprendre son office a pour conséquence un double effet de balancement. En effet, bien que le juge demeure réceptif aux exigences inhérentes aux missions de l'administration, il tend un peu plus qu'avant peut-être à « se mettre à la place » des citoyens justiciables. Paradoxalement, cela peut le conduire, un peu plus qu'avant peut-être, à « prendre la place » de

l'administration dans l'exercice de sa fonction de juge. Ces différentes évolutions posent la question de la légitimité de l'émergence, voire de la résurgence, de la figure du « juge-administrateur ». Car, si le juge donne parfois l'apparence de « prendre la place » de l'administration, cela se traduit par une influence plus grande exercée sur le contenu et la portée des décisions administratives qu'il contrôle, quitte à s'ériger en « perfecteur », voire co-auteur de celles-ci.

Le contrôle du juge administratif sur la validité des décisions de l'administration prend, dans certains cas, les allures d'une réécriture juridictionnelle. Cela n'est, il est vrai, pas entièrement nouveau : le plein contentieux est ainsi, depuis longtemps, le domaine d'élection d'un pouvoir de réformation des décisions de l'administration. C'est donc essentiellement en excès de pouvoir que cette tendance se matérialise et pose problème.

Dans certains cas, le juge se fait administrateur pour mieux contrôler, voire censurer, l'administration. Il en va ainsi lorsqu'il approfondit les modalités de son contrôle, passant par exemple, d'un contrôle restreint à un contrôle normal de la qualification juridique des faits. Notons, sur ce point, le récent revirement de jurisprudence opéré par le Conseil d'État qui a abandonné sa jurisprudence *Lebon* pour accepter d'exercer un contrôle normal sur l'adéquation d'une sanction à la gravité de la faute en matière de contentieux disciplinaire⁴⁰. Mais c'est surtout par le renforcement des modalités d'exécution que le juge administratif est venu accroître son contrôle de l'administration. C'est le législateur qui, le premier, a instauré une importante dérogation à ce principe avec la loi du 8 février 1995, habilitant le juge, « saisi de conclusions en ce sens », à prononcer des injonctions pour garantir l'exécution de ses décisions (article L. 911-1 et s. du Code de justice administrative)

Par la suite, sans qu'il soit nécessairement saisi de conclusions en ce sens et sans qu'il soit obligé de faire droit à de telles conclusions lorsqu'elles lui sont présentées, le juge administratif s'est

36. CE, 27 juil. 2001, *Titran*, Rec. p. 411.

37. CE, 21 janv. 2012, *Sté Schweppes*, n° 243227.

38. CE Ass., 11 mai 2004, *Assoc. AC I*.

39. En dehors des cas visés par la loi du 8 février 1995, « il n'appartient pas au juge administratif d'adresser des injonctions à l'administration » (CE, 28 février 1995, *Fauqueux*, Rec. p. 52).

40. CE Ass., 13 nov. 2013, *Monsieur Dahan*, n° 347704.

reconnu la possibilité d'inclure, dans le dispositif de son arrêt, l'indication que l'annulation de la décision comporte, à la charge de l'administration, « les obligations énoncées aux motifs »⁴¹. De la sorte, le juge administratif écrit lui-même, dans les motifs de sa décision *juridictionnelle*, la manière dont devra être adoptée, par l'administration, la décision *administrative*. La frontière entre juridiction et administration s'en trouve donc quelque peu ébranlée.

Dans d'autres cas, en revanche, c'est pour venir au secours de l'administration, et « sauver » certaines de ses décisions que le juge prend des allures d'administrateur. La jurisprudence a, tout d'abord, permis à l'administration de demander au juge, en cours d'instance, de procéder à une substitution de base légale, en fondant la décision sur une norme de nature à la justifier légalement, contrairement à celle explicitement retenue par l'administration lors de son édicton⁴². Cette jurisprudence trouve dans la notion d'office du juge, un fondement légitime, permettant qu'elle soit mieux acceptée par les différentes parties. Elle permet en effet, « d'abord, [d'éviter] une annulation qui peut être mal ressentie par l'administration ; ensuite, d'éviter la perte de temps et d'énergie, sachant que l'administration peut toujours reprendre le même acte assorti du bon motif »⁴³. Dans la foulée, le juge administratif a également assoupli les conditions imposées pour que le juge puisse procéder à une substitution de motifs⁴⁴. Alors qu'auparavant l'administration ne pouvait obtenir du juge une telle substitution de motifs que si elle était en situation de compétence liée, aujourd'hui, le juge se borne à vérifier d'une part, que le nouveau motif est bien de nature à

rendre la décision attaquée légale et d'autre part, que l'administration, au vu de ce motif, aurait bien pris la même décision.

Le juge dispose, en outre, d'une troisième technique pour éviter d'annuler inutilement certaines décisions, par la neutralisation des motifs illégaux d'une décision⁴⁵. Le juge ne procédera pas à son annulation « s'il apparaît que l'administration aurait pris *la même décision*, en ne se fondant que sur le seul ou les seuls motifs légaux de la décision ». Proche de cette technique, bien que différente, on trouve les hypothèses où le juge peut ordonner la régularisation d'une décision administrative. À titre d'illustration, notons que le juge a désormais la possibilité, en matière d'urbanisme de faciliter la régularisation de permis de construire partiellement ou totalement illégaux⁴⁶.

On le voit, à la lecture des différentes illustrations des usages que le juge administratif fait de la notion d'office, cette dernière lui permet, bien souvent, de fonder une évolution, voire un approfondissement de ses pouvoirs.

II. L'office comme ressource

L'invocation, par le juge, de son « office », constitue à la fois le révélateur de son pouvoir normatif (A) et une manière de contribuer à la légitimation de ce dernier (B).

A. Le révélateur du pouvoir normatif du juge

Bien que toujours contestée⁴⁷, l'existence du pouvoir normatif du juge administratif n'est plus à démontrer. Et c'est, bien souvent, dans les arcanes de son « office », et par la voie de son

41. CE Ass., 29 juin 2001, *Vassilikiotis*, Rec. p. 303, concl. F. Lamy.

42. CE Sect., 3 déc. 2003, *El Bahi*, Rec. p. 479, concl. J.-H. Stahl.

43. M. Deguerge, « Des influences sur les jugements des juges », in *L'office du juge*, op. cit., spéc. p. 375.

44. CE Sect., 6 févr. 2004, *Mme Hallal*, Rec. p. 48, concl. I. de Silva, *AJDA* 2004, p. 434, chron. F. Donnat et D. Casas.

45. CE Ass., 13 janv. 1968, *Dame Perrot*, Rec. p. 39, *AJDA* 1968, p. 179, concl. J. Kahn.

46. Articles L. 600-5 et L. 600-5-1 du code de l'urbanisme, créés par l'ordonnance n° 2013-638 du 18 juillet 2013 relative au contentieux de l'urbanisme.

47. Pour une illustration récente, le Conseil d'État, dans un arrêt récent d'Assemblée du 13 juil. 2016 (*M. A...B...*, n° 387763), a réécrit l'article R. 421-5 du code de justice administrative aux termes duquel : « les délais de recours contre une décision administrative ne sont opposables qu'à la condition d'avoir été mentionnés, ainsi que les voies de recours, dans la notification de la décision ». Il a en effet jugé que : « le principe de sécurité juridique, qui implique que ne puissent être remises en cause sans condition de délai des situations consolidées par l'effet du temps, fait obstacle à ce que puisse être contestée indéfiniment une décision administrative individuelle qui a été notifiée à son destinataire, ou dont il est établi, à défaut d'une telle notification, que celui-ci a eu connaissance ; qu'en une telle hypothèse, si le non-respect de l'obligation d'informer l'intéressé sur les voies et les délais de recours, ou l'absence de preuve qu'une telle information a bien été fournie, ne permet pas que lui soient opposés les délais de recours fixés par le code de justice administrative, le destinataire de la décision ne peut exercer de recours juridictionnel au-delà d'un délai raisonnable ; qu'en règle générale et sauf circonstances particulières dont se prévaudrait le requérant, ce délai ne saurait, sous réserve de l'exercice de recours administratifs pour lesquels les textes prévoient des délais particuliers, excéder un an à compter de la date à laquelle une décision expresse lui a été notifiée ou de la date à laquelle il est établi qu'il en a eu connaissance ». Une telle solution n'a pas manqué de provoquer la critique, voire l'indignation, de certains auteurs (cf. F. Julien-Laferrrière, « Le juge n'est pas le législateur », *AJDA* 2016, p. 1769).

pouvoir d'interprétation, que le juge parvient à s'ériger en juriste.

D'une part, et alors que cette mission relève en principe de la seule responsabilité des parties, le juge, par le biais de ses interprétations, contribue à déterminer lui-même l'objet de litige qui lui est soumis.

En principe, le juge, quel qu'il soit, « n'a le devoir et le pouvoir de statuer que dans les limites du litige qui lui est soumis et dont l'objet est "déterminé par les prétentions respectives des parties..." (article 4 Code de procédure civile) ». Le juge « ne peut statuer que sur les conclusions dont il est saisi par les parties en cause »⁴⁸, et « a l'obligation d'épuiser définitivement [son] pouvoir juridictionnel en statuant sur toutes les conclusions »⁴⁹.

Cependant, comme le relève R. Chapus, « il est tout à fait remarquable, alors que les conclusions sont l'élément du débat contentieux le plus dépendant de la volonté de leur auteur, que le juge administratif collabore, en quelque sorte avec lui, de façon non seulement à statuer selon ses intentions réelles, mais aussi à le sauver autant que possible, de son inexpérience »⁵⁰. Ainsi, en interprétant les conclusions du requérant, au nom d'une conception finaliste de son « office », le juge adapte la délimitation du litige porté devant lui et, dans certains cas, il « sauve » un recours qui, sans cette intervention, ne serait resté qu'une vaine protestation.

La conception pragmatique que le juge se fait de son « office » l'amène à ne pas se fier trop rigoureusement à la lettre des recours portés devant lui. Dans certains cas, il peut sembler avoisiner l'*infra petita*, pour éviter d'avoir à se prononcer inutilement sur des dispositions, formellement critiquées, mais sans que l'argumentation réellement développée ne porte sur elles. Par exemple, si un justiciable ne conteste, dans l'argumentation qu'il fournit à l'appui de son

recours, que certaines des dispositions d'une décision réglementaire, alors même que, par ailleurs, il demande formellement l'annulation totale du règlement, le juge n'hésite pas – si ces dispositions sont divisibles – à requalifier la demande pour ne statuer que sur les articles effectivement critiqués et éviter ainsi de perdre du temps sur les autres dispositions⁵¹. Dans d'autres cas, il côtoie l'*ultra petita*, pour que les maladresses rédactionnelles du requérant n'aient pas pour conséquence que ne soit traitée qu'une partie de ce qui était la cause réelle du conflit. Par exemple, le juge pourra interpréter des conclusions visant une décision prise après recours administratif non obligatoire comme étant aussi dirigée contre la décision initiale ayant fait l'objet du recours administratif.

D'autre part, le Conseil d'État a, récemment, eu l'occasion, par une série d'arrêts de principe, de (re)définir l'office du juge dans plusieurs branches classiques du contentieux administratif, et de forger entièrement des régimes contentieux en créant de nouvelles formes de recours et en définissant, par la même occasion, « l'office » de ces nouveaux juges.

Le contentieux contractuel a, ainsi, été le terrain d'élection de cette nouvelle jurisprudence. Plutôt que de faire évoluer, par petites touches, comme il en avait habituellement l'usage, l'identification des pouvoirs et devoirs du juge dans chaque branche du contentieux administratif, le Conseil d'État a rendu une série d'arrêts de principe dans lesquels il indique, de la manière la plus exhaustive qui soit, ce qu'« il appartient » à tel ou tel juge de faire. On pense, bien entendu, à l'arrêt *Commune de Béziers (Béziers I)*⁵², qui a refondu l'office du juge du contrat dans les contentieux entre parties, mais aussi aux arrêts *Béziers II*⁵³, *Tropic Travaux Signalisation*⁵⁴ et *Département du Tarn-et-Garonne*⁵⁵ – créant et définissant dans un même mouvement de nou-

48. CE, 8 août 1918, *Delacour*, *Rec.* p. 739; J.-M. Aubry, « L'"ultra petita" dans la procédure contentieuse administrative », in *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public*, LGDJ, 1974, p. 267.

49. CE, 17 nov. 1982, *Kairenga*, *Rec.* p. 385.

50. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, op. cit., n° 902; R. Chapus, « De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile », *EDCE*, 1977-1978, n° 29, p. 13.

51. CE Sect., 2 juin 1972, *Féd. française des synd. de pilotes maritimes*, *Rec.* p. 407.

52. CE Ass., 28 déc. 2009, *Commune de Béziers*, n° 304802.

53. CE Sect., 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, n° 304806 (recours en reprise des relations contractuelles qui ouvre une nouvelle voie de recours au cocontractant dont le contrat aurait été résilié par l'administration lui permettant de demander au juge d'enjoindre cette dernière de reprendre les relations contractuelles).

54. CE Ass., 16 juil. 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, *Rec.* p. 360, *AJDA* 2007, p. 1577, concl. D. Casas, chron. F. Lenica et J. Boucher.

55. CE Ass., 4 avr. 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, n° 358994.

velles voies de recours. On pourrait aussi citer, plus récemment, les arrêts par lesquels la Haute juridiction est venue redéfinir l'office du juge du référé conservatoire⁵⁶, ou tout récemment, l'office du juge du référé précontractuel⁵⁷.

Dans un tout autre domaine, le Conseil d'État a, il y a peu, eu l'occasion de définir, *ex nihilo* et *in extenso*, l'office du juge administratif, saisi d'un recours en validité contre une sentence arbitrale⁵⁸. Gilles Pellissier, dans ses conclusions sur cet arrêt, soulignait que : « contrairement au juge judiciaire qui pratique ce contentieux depuis longtemps, sur la base de dispositions du Code de procédure civile, ce sera pour vous une première et il vous faudra, en l'absence de dispositions du Code de justice administrative, définir préalablement les modalités, le contenu, l'intensité et les effets de votre contrôle des sentences arbitrales, en l'occurrence internationales ». Dans le même sens, en admettant, par deux arrêts d'Assemblée, la recevabilité d'un recours en annulation contre les actes de droit souple, le Conseil d'État a été conduit, en même temps, à fixer l'office du juge dans ce nouveau contentieux⁵⁹. En ce sens, dans ses conclusions sur l'arrêt *SNC Numéricable*, le rapporteur public Vincent Daumas affirmait que : « *il vous appartient* de définir les pouvoirs et les devoirs dont le juge est investi dans le cadre de cette voie de droit élargie ; la question de savoir si le recours relève de l'excès de pouvoir ou d'un plein contentieux, ou encore d'un autre type de recours qui reste à conceptualiser, est avant tout affaire de doctrine » ; exercice qualifié de « difficile » et « périlleux »... La formulation employée par Vincent Daumas est particulièrement significative : s'il « appartient » au Conseil d'État de définir l'office du juge, il relève *de l'office* du Conseil d'État de définir son propre office...

Ces arrêts révèlent combien, en définissant lui-même son propre office, le juge administratif est, plus que jamais, la première « source » du droit du contentieux administratif. Et c'est tout

l'intérêt, précisément, de la notion d'office du juge, pour ce dernier, que de contribuer à légitimer l'existence de ce pouvoir normatif particulier.

B. La légitimation du pouvoir normatif du juge

« La question de la légitimité de l'office du juge [c'est-à-dire la question de l'acceptation, par la société et par l'administration, de son activité], se pose depuis que chacun découvre derrière la fiction du juge bouche de la loi, la réalité "politique" ou normative de l'acte de juger »⁶⁰. Cette réalité politique, pour le juge administratif en particulier, c'est l'irréductible liberté dont il dispose dans l'exercice de sa compétence pour contrôler la légalité des décisions de l'administration. En théorie, « le juge ne peut bien entendu examiner que des moyens de droit et il ne peut motiver sa décision que par des considérations d'ordre juridique et non par des arguments de nature politique, d'opportunité, d'efficacité ou d'équité »⁶¹. On sait cependant que l'application du droit à une situation de fait, quelle qu'elle soit, n'a rien de réductible à une opération purement mécanique. Le juge interprète la loi et l'ensemble des normes en vigueur ; il interprète les actes de l'administration pour déterminer s'il les soumet à son contrôle et pour se prononcer sur leur légalité ; il interprète les conclusions et moyens des parties et notamment ceux soulevés par les administrés demandeurs. Et pour ce faire, le juge n'ignore ni la politique, ni l'opportunité, ni l'efficacité, ni l'équité. Les conclusions des rapporteurs publics en témoignent.

Si la définition par le juge de son propre office témoigne, en ce sens, de l'ampleur de son pouvoir normatif, c'est d'un pouvoir normatif très particulier dont il est alors question. Car, en définissant lui-même son propre office, le juge définit ses propres compétences, mettant tout simplement à mal, sans le dire, le principe d'indisponibilité des compétences⁶². Quand bien même il ne saurait avoir la faculté de s'autosaisir,

56. CE Sect., 27 mars 2015, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, n° 385332 ; CE Sect., 5 févr. 2016, *M. A.B.*, n° 393540, *RFDA* 2016, p. 323, concl. A. Bretonneau.

57. CE, 4 mai 2016, *Adile de Vendée*, n° 396590, *Rec. T.*

58. CE Ass., 9 nov. 2016, *Société Fosmax*, n° 388806, *RFDA* 2016, p. 1154, concl. G. Pellissier.

59. CE Ass., 21 mars 2016, *Société NC Numéricable*, n° 390023, *RFDA* 2016, p. 506, concl. V. Daumas.

60. D. Rousseau, « La légitimité du juge en question », in *L'office du juge*, op. cit., p. 440 s., spéc. p. 440.

61. G. Darcy, « Regard elliptique sur l'office du juge », in *L'office du juge*, op. cit., p. 528 s., spéc. p. 537.

62. P. Azouaou, *L'indisponibilité des compétences en droit public interne*, Mare et Martin, Bibliothèque des thèses, 2016 ; G. Tusseau, « L'indisponibilité des compétences », in *La compétence*, Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008 par l'AFDA à la faculté de droit de Nancy, Litec, Colloques et débats, Travaux de l'AFDA-2, 2008, p. 101.

le juge – et tout particulièrement le juge administratif – est donc non seulement une autorité pleinement dotée d'un pouvoir normatif, mais la seule à être en mesure, par ce biais, de régler ses propres pouvoirs. Ainsi, la notion d'office du juge – dont le juge dessine les contours en fonction de la conception qu'il se fait de son propre métier – contient potentiellement en elle la reconnaissance à son profit de « la compétence de la compétence », formule où l'on reconnaît la marque de la souveraineté⁶³...

On comprend aisément que, si le juge assume l'ampleur de son pouvoir, il n'affirme pas explicitement détenir la compétence de sa propre compétence. Parler en ce sens « d'office » plutôt que de « compétence » est une manière de rendre légitime, et acceptable à la fois par l'administration et par les citoyens, le fait qu'il détermine lui-même la teneur exacte de cet « office ». La notion d'office apparaît ainsi comme une manière, non de masquer, mais de légitimer ce pouvoir créateur nouvellement assumé. En effet, si le juge administratif assume désormais pleinement sa faculté de faire évoluer le droit et de créer de nouvelles normes – au point qu'il admet même de moduler dans le temps les effets de ses revirements de jurisprudence⁶⁴ — c'est sous la bannière de son « office » qu'il le fait. Or, cette dernière notion semble sous-entendre que l'of-

fice du juge s'impose à lui. De ce point de vue, si le juge administratif dispose d'un véritable pouvoir normatif, c'est parce qu'il serait contraint de l'exercer.

Surtout, l'appel à l'office de juge, entendu et présenté comme une notion finaliste, permet au juge de justifier ses évolutions jurisprudentielles par la poursuite de certains objectifs, supposés louables en eux-mêmes. Ainsi, les évolutions contemporaines de l'idée que le juge administratif se fait de son « office » illustrent les libertés de plus en plus grandes qu'il est susceptible de prendre par rapport à une conception trop formelle, ou trop formaliste, de ses obligations. Le juge administratif se fait dès lors le chantre d'une conception pragmatique de son office, où « l'il-légalité n'est plus de manière abstraite réprimée »⁶⁵, mais caractérisée par une plus grande emprise sur le réel; il cherche à promouvoir une appréhension de sa fonction comme n'étant pas seulement de s'assurer de la régularité formelle du « procès », mais de parvenir, substantiellement, à construire un équilibre effectif entre les parties, en se préoccupant « des conséquences pratiques de ses décisions »⁶⁶. L'objectif affiché est, notamment, à la fois de mieux respecter les spécificités de l'action administrative, et d'atténuer l'inégalité caractérisant structurellement les rapports entre les parties.

63. G. Jellinek, *L'État moderne et son droit*, Éditions Panthéon-Assas, 2005.

64. CE Ass., 16 juil. 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, Rec. p. 360, AJDA 2007, p. 1577, concl. D. Casas, chron. F. Lenica et J. Boucher.

65. G. Darcy, « Regard elliptique sur l'office du juge », in *L'office du juge*, op. cit., p. 540.

66. A. Iliopoulou, « Quatre ans d'application de la jurisprudence *Duvignères* », RFDA 2007, p. 477.

Petit douze du Grand A :

L'office du juge et les autorités administratives indépendantes

Le transfert de la justice pénale aux autorités administratives indépendantes : l'exemple de l'AMF et de l'ACPR

Thierry Bonneau

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

1. Justice pénale et autorités administratives, voilà une association *a priori* saugrenue et assurément provocatrice. La justice pénale relève en effet traditionnellement du juge et uniquement de lui. Les autorités administratives n'en sont pas investies. Certes, elles peuvent sanctionner certains manquements. Mais il ne s'agit que de sanctions administratives ou disciplinaires¹. Il ne s'agit pas de sanction pénale.

2. Les règles applicables à l'Autorité des marchés financiers (AMF) et à l'Autorité de contrôle pru-

dentiel et de résolution (ACPR) paraissent le confirmer. Tout d'abord parce que si ces autorités sont dotées d'une commission des sanctions, il s'agit de commissions administratives qui ne sont pas, au regard du droit interne, des juridictions². Ensuite parce que ces commissions des sanctions ne peuvent pas prononcer la peine pénale emblématique qu'est l'emprisonnement. Elles peuvent uniquement prononcer des sanctions pécuniaires ou des sanctions non pécuniaires telles que le

1. Sur le pouvoir de sanction de l'ACPR et de l'AMF, v. T. Bonneau, *Droit bancaire*, LGDJ, 11^e éd., 2015, n° 189; T. Bonneau et F. Drummond, *Droit des marchés financiers*, Economica, 3^e éd., 2010, n° 293 et s.

2. Pour l'AMF, v. CE 6^e et 1^{re} ss-sect., 4 févr. 2005, n° 269001, *Sté GSD Gestions*, Dr. Sociétés nov. 2005, com. 197, note T. Bonneau, *Revue AMF*, n° 14, mai 2005, p. 77, *Banque et droit*, n° 101, mai-juin 2005, p. 44, obs. H. de Vauplane et J.-J. Daigre, *LPA*, n° 82, 26 avr. 2005, p. 5, concl. M. Guyomar, *Bull. Joly bourse*, mai-juin 2005, § 76, p. 227, note N. Decoopman, *RTD com.* 2005, p. 384, obs. N. Rontchevsky; CE 6^e ss-sect., 27 oct. 2006, n° 276069, 277198, 277460, Dr. Sociétés mars 2007, n° 55, note T. Bonneau, *JCP E* 2007, p. 1218, n° 30, obs. B. Dondero.

Pour l'ACP, devenu ACPR, v. ACP, Comm. sanctions, procédures n° 2012-04 et n° 2012-04 bis, déc. 10 janv. 2013, *Banque et droit*, n° 148, mars-avr. 2013, p. 26, obs. T. Bonneau, *D.* 2013, p. 2422, obs. H. Synvet, *Bull. Joly bourse*, avr. 2013, § 74, p. 168, note J. Morel-Maroger. Adde, T. Bonneau, « 13 mai 2011 : un nouveau 2 décembre 1804 ? », *JCP G* 2011, p. 949; B. Martin Laprade, « Réflexions sur la nature juridique de la commission des sanctions de l'Autorité de contrôle prudentiel (ACP) », in *Mélanges Philippe Bissara*, ANSA, 2013, p. 241; J.-P. Kovar, « La commission des sanctions de l'ACP : juridiction ou administration ? », *LPA*, n° 225, 9 nov. 2012, p. 29 et s.; A. Couret et B. Dondero, « La Commission des sanctions de l'Autorité de contrôle prudentiel est une juridiction dont il n'est pas sérieux de contester l'indépendance », *JCP E* 2011, p. 1544; J.-P. Kovar et J. Lasserre Capdeville, « La sanction de la Caisse de crédit municipal de Toulon confirmée », *Revue Banque*, avr. 2013, p. 89; T. Samin, « Caisse de crédit municipal de Toulon : le Conseil d'État confirme la première décision de la commission des sanctions de l'ACP », *Bull. Joly bourse*, sept. 2013, p. 402.

blâme, l'interdiction d'exercice, la radiation ou le retrait d'agrément³.

3. On le sait toutefois, cette gamme de sanctions, même exclusive de la prison, n'empêche pas, au regard de la Convention européenne des droits de l'Homme, d'estimer que les commissions administratives puissent être considérées comme des tribunaux statuant en matière pénale. Il en est ainsi si l'on considère que les sanctions dites administratives sont des sanctions pénales qui ne disent pas leur nom ; le montant des sanctions pécuniaires peut conférer, en raison de leur niveau élevé, une coloration pénale à l'ensemble des sanctions prétendument administratives. C'est d'ailleurs très clairement la position de la Cour européenne des droits de l'homme dans une décision du 11 juin 2009⁴ : le blâme a une « coloration pénale » dès lors qu'il fait partie des sanctions prononçables telles que la radiation et la sanction pécuniaire qui, en raison de leurs conséquences financières importantes, peuvent être qualifiées de sanctions pénales⁵ ; la même approche a été retenue par la Cour dans sa décision du 4 mars 2014⁶.

4. La sévérité des sanctions que l'AMF et l'ACPR peuvent prononcer n'est pas sans fondement. Les missions dont ces autorités sont investies⁷ et les objectifs poursuivis par les législations qu'elles sont appelées à appliquer – en particulier la réglementation des abus de marché⁸ qui a été établie en vue d'assurer l'intégrité des marchés, la confiance des investisseurs et la protection du système financier – y participent. La sévérité est nécessaire car les législations ne sont respectées

que si la sanction est dissuasive. Or elle ne l'est que si la sanction peut affecter lourdement la situation des personnes se rendant coupables des manquements sanctionnables par l'AMF et l'ACPR.

5. Cette sévérité est le résultat d'une évolution. À l'origine, les sanctions prononçables par les autorités dont l'AMF et l'ACPR sont issues – en particulier, la Commission des opérations de bourse (COB) pour l'AMF – n'avaient pas la sévérité permettant de considérer que sous couvert de sanctions administratives ou disciplinaires, les sanctions avaient une nature pénale. Ce sont les textes législatifs successifs qui ont conduit à reconnaître une nature pénale aux sanctions dites administratives, ce qui a généré des difficultés, tant en ce qui concerne l'organisation de la répression afin d'assurer l'impartialité de ceux ayant à prononcer les sanctions⁹ qu'en ce qui concerne la règle *non bis in idem*.

6. Cette règle est potentiellement applicable dès lors que les mêmes faits peuvent faire l'objet d'une double poursuite, étant précisé qu'elle ne fait pas obstacle au cumul des poursuites administrative et pénale, mais uniquement au cumul des poursuites pénales. Aussi la règle n'a-t-elle pas à jouer tant que la poursuite devant les commissions des sanctions demeure de nature administrative. Mais elle est appelée à interférer lorsqu'une législation criminelle permet de sanctionner pénalement les faits couverts par la poursuite prétendument administrative. Ce qu'ont considéré, en matière d'abus de marché, la CEDH dans sa décision du 4 mars 2014¹⁰ et le

3. Cf. art. L. 612-39 et L. 612-40 (ACPR), L. 621-15 (AMF) C. mon. fin.

4. Cour EDH 5^e sect., 11 juin 2009, req. n° 5242/04, *Dubus SA c/ France, Banque et droit*, n° 126, juil.-août 2009, p. 16, obs. T. Bonneau, *RD bancaire et fin.*, juil.-août 2009, n° 111, obs. F.-J. Crédot et T. Samin ; D. 2009, p. 2247, note A. Couret, *JCP E* 2009, p. 2018, note P. Paillier. *Adde.*, M. Guyomar, « Article 6 § 1 de la convention européenne des droits de l'homme. La procédure disciplinaire de la Commission bancaire remise en cause », *Banque et droit*, n° 127, sept.-oct. 2009, p. 3.

5. Sur les sanctions pécuniaires que pouvaient prononcer l'ancien Conseil des marchés financiers et qui ont été analysées en des sanctions de nature pénale, v. Cour EDH, 27 août 2002, n° 58188/00, *Didier c/France*, *Rev. dr. publ.* 2003, p. 3, obs. G. Gonzalez.

6. Cour EDH 2^e sect., 4 mars 2014, req. n° 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10, *Grande Stevens e.a. c/ Italie*, spéc. n° 97 et 98, *Bull. Joly Bourse*, avr. 2014, p. 209, note J. Chacornac, *Dr. sociétés* mai 2014, comm. 87, note S. Torck, *R.I.S.F.*, 2014/2, p. 53, note P. Pailler, *Banque et droit*, n° 135, mai-juin 2014, p. 43, obs. A.-C. Rouaud, *R.T.D.F.* 2014/2, p. 149, obs. N. Rontchevsky, *Banque*, n° 774, juil.-août 2014, p. 70, obs. P.-Y. Bérard, *Rev. soc.*, nov. 2014, p. 675, note H. Matsoploulou, *D.B.F.-B.F.R.* 2014/5, p. 267, note A. Lecocq, *Adde.*, F. Drummond, « Le fabuleux destin de la règle *non bis in idem* », *Bull. Joly Bourse*, déc. 2014, p. 605 ; A. Lecocq, « La jurisprudence européenne confirme la préséance du *non bis in idem* : le cas des abus de marché de Stevens à Pechiney II », *D.B.F.-B.F.R.* 2014/5, p. 272.

7. Art. L. 612-1 (ACPR) et L. 621-1 (AMF), C. mon. fin.

8. V. not. T. Bonneau, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, Bruylant, 3^e éd., 2016, n° 282 et s.

9. Sur l'impartialité, v. not. Cour EDH 5^e sect., 11 juin 2009, *op. cit.* ; Cour EDH, 5^e sect., 1^{er} sept. 2016, n° 48158/11, X et Y c/France, *Bull. Joly Bourse*, nov. 2016, p. 461, note E. Rogey. Pour la prise en compte de la décision du 11 juin 2009 par le Conseil d'État statuant à propos de l'ancienne Commission bancaire, v. CE, 8 nov. 2010, n° 329384 et n° 330042, *Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance*, *Bull. Joly Bourse*, févr. 2011, § 52, p. 76, rap. P. Collin et note F.-J. Crédot et T. Samin, *RB banc. fin.* janv.-févr. 2011, comm. 1 p. 62, D. 2011, p. 1643 et s., obs. H. Synvet. *Adde.*, M. Pujos, « Impartialité ou partialité de la procédure disciplinaire. Le Conseil d'État change de camp ! », *Banque et droit* n° 136, mars-avr. 2011, p. 3.

10. Cour EDH, 4 mars 2014, *op. cit.*

Conseil constitutionnel dans sa décision du 18 mars 2015¹¹.

7. La décision du 18 mars 2015 est importante car elle confirme implicitement que l'AMF est effectivement investie de la justice pénale. Une confirmation similaire est également apportée par la loi du 21 juin 2016¹² qui organise l'aiguillage de la répression – soit devant l'AMF, soit devant le juge judiciaire – afin d'éviter que des mêmes faits puissent être poursuivis et sanctionnés deux fois pénalement. Cet aiguillage aurait été inutile si les sanctions administratives avaient été réduites, les sanctions ne pouvant plus être requalifiées de sanctions pénales de sorte que la double répression – administrative et pénale – aurait été alors licite.

8. Cette réforme n'est pas sans conséquence car elle organise la concurrence des juges pénaux. Il est vrai qu'elle n'a pas été ainsi présentée et que l'idée est de donner compétence au juge judiciaire pour les infractions les plus graves. Mais les critères de l'aiguillage n'ont pas été indiqués par le législateur¹³, ce qui nuit non seulement à la démocratie et à la sécurité juridique mais également à la prévalence que l'on doit, à notre sens, reconnaître au juge judiciaire¹⁴.

9. On pourrait, il est vrai, être tenté de relativiser l'éviction du juge judiciaire car l'aiguillage est sous la supervision du Procureur général près la cour d'appel de Paris¹⁵ de sorte que celui-ci peut imposer le juge judiciaire. Il n'en reste pas moins qu'en pratique, l'AMF est en charge du plus grand nombre de dossiers, y compris les dossiers sensibles et graves. Aussi, nonobstant le rôle reconnu au Procureur général de Paris, le transfert de la poursuite pénale à l'autorité administrative n'est, à notre sens, pas contestable.

10. Ce transfert n'est pas sans interpeller ceux qui, après Montesquieu, considèrent que la séparation des pouvoirs est le fondement même de la démocratie. On pourrait, il est vrai, rétorquer que des juges composent les commissions des sanctions¹⁶ et que des recours devant les juridictions judiciaires ou administratives¹⁷ sont organisés. On pourrait encore mettre en avant que l'autorité administrative a une compétence que les juridictions, notamment judiciaires, n'ont pas et que la procédure devant l'autorité administrative est plus rapide et efficace que devant les juridictions¹⁸. Mais alors pourquoi avoir inclus des juges dans la composition desdites commissions et avoir organisé des recours juridictionnels ?

11. Que valent, toutefois, ces arguments au regard du principe même de transférer la justice pénale à l'autorité administrative ? La question n'est pas de jeter l'opprobre sur les autorités administratives et ceux qui en sont membres. Car peu importe leur probité, impartialité et honnêteté ! La question posée ne les concerne pas. Elle est en effet plus fondamentale et concerne la structure organisationnelle de la société contemporaine : alors que le juge est l'un des pivots essentiels de l'équilibre des forces au sein de notre société, n'est-il pas dangereux, même au nom de l'efficacité, de l'affaiblir et de le priver de ses pouvoirs ?

12. La question prend d'ailleurs une acuité toute particulière lorsque l'on rapproche cette tendance à affaiblir le juge de celle qui concerne le législateur lui-même, en l'occurrence, le Parlement. Car, on le sait, en ce qui le concerne, son rôle s'amenuise en raison de l'importance accrue des textes dont il n'est pas l'auteur. On pourrait viser les textes européens, mais le constat n'est pas sans réplique car on est conduit à relativiser

11. Cons. const., 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC et 2015-462, QPC, *Bull. Joly bourse*, mai 2015, n° 112/3, p. 204, note T. Bonneau, *JCP G* 2015, p. 368, note F. Sudre et p. 369, note J.-H. Robert, *JCP E* 2015, p. 267, note E. Steru, *Bull. Joly sociétés*, juin 2015, n° 113/4, p. 273, *RD banc. fin.* mars-avr. 2015, comm. 63, note P. Pailler, *Droit des sociétés*, mai 2015, comm. 94, note S. Torck et 99, note R. Salomon, *Revue des sociétés*, juin 2015, p. 380, note H. Matsopoulou, *RTD com.* 2015, p. 317, obs. N. Rontchevsky. *Add.*, H. Le Nabasque, « L'audace du Conseil constitutionnel, À propos de la règle *non bis in idem* », *RD banc. fin.*, mai-juin 2015, Repère 3 ; J.-J. Daigre, « Le conseil constitutionnel sanctionne le cumul des sanctions... », *Banque et droit*, n° 160, mars-avr. 2015, p. 3.

12. Loi n° 2016-819 du 21 juin 2016 réformant le système de répression des abus de marché, V. T. Bonneau, « La réforme du système de répression des abus de marché », *JCP E* 2016, p. 1412 ; *Droit des sociétés* oct. 2016, ét. 14.

13. T. Bonneau, « La réforme du système de répression des abus de marché », *op. cit.*, spéc. n° 15.

14. V. T. Bonneau, « Modernité et abus de marché », *Actes pratiques et ingénierie sociétaire*, n° 122, mars-avr. 2012, p. 1.

15. V. T. Bonneau, « La réforme du système de répression des abus de marché », *op. cit.*, n° 8.

16. Art. L. 612-9 (ACPR) et L. 621-2 (AMF), C. mon. fin.

17. Art. L. 612-16 (ACPR) et L. 621-30 (AMF), C. mon. fin.

18. Sur les avantages habituellement – spécialisation et efficacité – mis en avant pour justifier la compétence de l'autorité administrative, v. T. Bonneau, « Sanction administrative, juge pénal et droit pénal en matière financière », in *Code pénal et code d'instruction criminelle, Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2010, p. 119 et s., spéc. n° 6.

la situation du Parlement français eu égard au rôle du Parlement européen. Mais il ne faut pas oublier tous les textes rédigés par les autorités administratives telles que les autorités européennes de surveillance qui sont non seulement l'auteur des normes techniques de réglementation et des normes techniques d'exécution¹⁹, qui doivent être repris par un règlement de la Commission, mais également de toute une doctrine, telle que les orientations, les recommandations, les opinions, les « *public statements* » et les « *Q&A* » (« *Questions and Answers* »)²⁰ qui ont une importance pratique considérable. Il ne faut pas non plus oublier les travaux internationaux²¹, tels que ceux du Comité de Bâle, qui sont repris, sous la surveillance dudit Comité qui n'hésite pas à réagir si la prise en compte de ses travaux est incorrecte, par les directives et règlements européens.

13. Ainsi, l'élaboration de la norme relève de plus en plus d'experts et non du législateur qui a plus un rôle d'avaliseur que de concepteur. De même, la sanction pénale est aux mains d'experts et non du juge qui a plus un rôle d'enregistrement que de décision. Ces tendances sont des tendances de fond. Elles devraient ne pas être considérées comme négligeables ou mineures. Elles ne le sont pas car l'une comme l'autre modifient profondément les équilibres de la société qui ne peut pas être une société d'experts. Ces derniers ont assurément un rôle important. Mais celui-ci ne peut pas être si prédominant qu'il en altère le rôle du juge et du législateur. Car alors, c'est la société toute entière qui est en danger. Dommage que cela n'ait pas été compris par le législateur lors de la loi du 21 juin 2016 qui a avalisé le transfert de la justice pénale à l'Autorité des marchés financiers²² !

19. Il s'agit des textes dits de niveau 2 : v. T. Bonneau, « Les textes dits de niveau 2 », *RISF*, 2016/3, p. 3.

20. Sur cette *soft law*, v. T. Bonneau, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, op. cit., spéc. n° 91 (orientations et recommandations), p. 87 (Les Q&A), p. 90 (Opinions et public statements).

21. V. T. Bonneau, *ibid.*, n° 35 et s. (Comité de Bâle), n° 45 et s. (OICV) et n° 54 et s. (*Financial stability board*).

22. V. T. Bonneau, « Aiguillage et déraillement », *Bull. Joly bourse*, juil.-août 2016, p. 1.

Petit treize du Grand A :

l'office du juge en droit des OPA et des abus de marché

L'office du juge en droit des OPA et des abus de marché

Dominique Schmidt

Agrégé des facultés de droit
Avocat au barreau de Paris

Guy Canivet publiait en 1992 une analyse lumineuse sur « Le juge et l'autorité de marché »¹ et exposait leurs rôles respectifs dans la régulation des OPA² et des sanctions contre les responsables de comportements abusifs. Ces deux domaines principaux du droit boursier font l'objet de la présente contribution sur l'évolution de l'office du juge. Cet office n'a pas été facilité au cours des dernières années. On observe en premier lieu la diversité des corps de règles applicables : le code de commerce en ses dispositions sur le droit des sociétés, le code monétaire et financier, le droit européen des OPA et des abus de marché (opérations d'initiés, manipulations de marché), et le règlement général de l'autorité de marché. On observe en deuxième lieu les très fréquentes modifications des textes ; en troisième lieu, l'accroissement de la complexité technique des offres et des abus de marché ; et enfin la dispersion du contentieux des OPA et des abus de marché entre maintes juridictions. Le juge exécute son office dans ce contexte mouvant et

peu ordonné qui est le fruit d'une imparfaite réflexion sur l'architecture de l'ensemble. Sans prétendre conduire une telle réflexion, nous suggérons en conclusion de cette contribution une voie permettant de rationaliser l'office du juge en ces deux matières : les OPA (I) et les sanctions des abus de marché (II). Vaste est le sujet³, limité le volume de la présente contribution qui n'abordera que l'essentiel.

I. L'office du juge et les OPA

L'OPA est une opération de marché ayant pour finalité principale soit la prise de contrôle soit le renforcement du contrôle d'une société cotée par l'acquisition des actions émises par celle-ci⁴. Elle est régie par les articles L. 433-1 et suivants du code monétaire et financier et par le titre III du livre II du règlement général de l'AMF. La jurisprudence boursière en cette matière très technique a été pour l'essentiel élaborée par de « grands arrêts » rendus au cours des années

1. G. Canivet, « Le juge et l'autorité de marché », *Rev. jurispr. com.* 1992, p. 185. Cette étude n'a pas perdu sa pertinence, ce qui n'est pas démenti par le dossier thématique mis en ligne par le Conseil d'État le 13 oct. 2016 intitulé « Le juge administratif et les autorités de régulation économique ».

2. L'acronyme OPA recouvre les offres publiques d'achat ou d'échange, les offres publiques de retrait, les offres publiques de retrait avec retrait obligatoire et les retraits obligatoires, portant sur des actions d'une société cotée en bourse.

3. Sur l'ensemble de la matière, F.-L. Simon, *Le juge et les autorités du marché boursier*, avant-propos de G. Canivet, préface de Ph. Merle, Éd. LGDJ, Paris 2004.

4. Canivet, D. Martin et N. Molfessis (Dir.), *Les offres publiques d'achat*, Éd. Litec, Paris 2009.

1988-1998 ; cette construction est le fruit d'une coopération que Guy Canivet décrit ainsi : « Réunis dans un même élan créatif, les juges, les professeurs, les avocats, les membres des autorités boursières et les professionnels ont ensemble œuvré pour donner une unité conceptuelle, une rationalité, une cohérence pratique, une technique d'application appropriée du droit boursier en cours de création... Ainsi a été organisé, et promu, un nouveau mode d'intervention du juge dans les opérations de bourse, intégrant ses décisions dans le rythme, les délais des opérations de marché pour leur donner une réelle effectivité » et pour fonder « une nouvelle conception du procès tourné vers l'efficacité »⁵. L'office du juge consiste à définir les règles applicables (A) et à contrôler leur mise en œuvre par l'autorité de marché (B). Cet office s'exerce dans le cadre d'une dispersion du contentieux entre plusieurs juridictions (C).

A. La définition des règles applicables

La régulation des OPA relève des autorités de marché : le Conseil des bourses de valeurs (ci-après : CBV) puis le Conseil des marchés financiers (ci-après : CMF)⁶, la Commission des opérations de bourse (ci-après : COB)⁷ et depuis 2003 l'Autorité des marchés financiers (ci-après : l'AMF) ; ces quatre autorités successives sont désignées dans la suite du développement par « l'Autorité ». Celle-ci est habilitée par la loi à fixer par règlement général les règles régissant les offres, les procédures à suivre et le comportement des acteurs, et à s'assurer du bon déroulement de ces opérations. Pour guider l'interprétation et l'application de ces règles, le juge en a fixé les principes directeurs (a), a recherché leur

combinaison avec certaines dispositions du droit des sociétés (b) et a posé quelques règles sur les modalités de prise de décision par l'Autorité (c).

a) Dès les années 1980, le juge et l'Autorité ont échafaudé les principes directeurs⁸ en la matière. Ont été ainsi consacrés et appliqués, dans la ligne du règlement COB 89-03, les principes d'égalité de traitement des actionnaires⁹, de libre compétition des offres et des surenchères¹⁰ et de loyauté¹¹ dans le déroulement des offres. Ces principes sont désormais repris dans l'actuel article 231-3 du règlement général de l'AMF.

b) Parallèlement, le juge a dû concilier les impératifs du droit des OPA avec certaines dispositions du droit des sociétés. Les unes étaient susceptibles de contrarier les OPA (1), d'autres concernent la notion centrale de contrôle (2).

1) Pour éviter toute contrariété entre le droit des OPA et le droit des sociétés, le juge a légitimé l'exclusion des actionnaires minoritaires par la procédure de retrait obligatoire ; alors même que cette exclusion forcée porte atteinte au droit de propriété, la Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir estimé, par une formule elliptique et négative, que cette procédure « répond à l'utilité publique quand bien même la collectivité dans son ensemble ne se servirait pas ou ne profiterait pas par elle-même du bien transféré » ; elle a ajouté que l'évaluation des titres expropriés doit être conduite selon la méthode « multicritères » alors même que cette méthode étouffe par avance, sauf rares exceptions¹², toute contestation du prix par les minoritaires¹³. Dans cette foulée, la cour d'appel de Paris décide, le 3 juillet 1998¹⁴, que les prescriptions d'ordre public de l'article 1843-4 du code

5. G. Canivet, en avant-propos de l'ouvrage de Monsieur F.-L. Simon cité en note 3.

6. Le CBV puis le CMF assurent la régulation des OPA.

7. La COB veille à la bonne information des investisseurs.

8. J.-F. Biard et J.-P. Mattout, « Les offres publiques d'acquisition : l'émergence de principes directeurs de droit boursier », *Banque et Droit*, n° 28, mars-avr. 1993, p. 3 ; F. Peltier, « Les principes directeurs des offres publiques », in *Les Offres Publiques d'Achat*, ouvrage collectif cité en note 4.

9. CA Paris 20 nov. 1991, *Quadral* : *BJB* 1992, § 17, p. 76, note M. Jeantin ; *Rev. jurispr. com.* 1992, p. 115 note D. Schmidt et C. Baj.

10. CA Paris, 21 avr. 1993, *OCF* : *JCP E* 1993, I, 457, p. 157, note A. Viandier ; *Rev. sociétés* 1993, p. 605, note D. Martin et D. Bompont ; *Rev. jurispr. comm.* 1993, p. 244, note Ch. Goyet ; *Rev. dr. bancaire et bourse* 1993, n° 37, p. 134, note M. Germain et M.-A. Frison-Roche ; *BJB* 1993, § 82, p. 396, note P. Le Cannu ; *Banque et Droit*, n° 29, mai-juin 1993, p. 18, obs. F. Peltier ; *Petites Affiches*, n° 60, 19 mai 1993, p. 20, note Cl. Ducouloux-Favard ; CA Paris, 20 nov. 1991, *Quadral*, cité sous note 9 ; CA Paris, 8 sept. 2015, Euro Disney SCA : *rapport annuel AMF*, 2015, p. 85.

11. CA Paris 17 juin 1999 : *Revue CMF* n° 20, 1999, page 57 ; CA Paris, 29 avr. 2014, Club Méditerranée : *Rapport annuel AMF*, 2014, p. 88 et 97.

12. CA Paris, 9 avr. 2002, *Louis Dreyfus Citrus* : *BJB* 2002, p. 149 ; *RTD com.* 2002, p. 488, note N. Rontchevsky.

13. *Com.*, 29 avr. 1997, *Sogenal* : *BJB* 1997, § 43, p. 391, note L. Faugerolas ; *Rev. sociétés* 1998, p. 337, note Bucher ; CA Paris, 7 nov. 2010 : *BJB* 2011, § 87, p. 117, note M. Roussille. Un tableau analysant 130 rapports d'évaluation et d'expertises indépendantes montre que l'application de la méthode « multicritères » a pour effet premier de justifier le prix avancé par l'initiateur d'un retrait obligatoire : D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Joly Éditions, Paris 2004, p. 453 s.

14. CA Paris 3 juill. 1998, *Elyo* : *JCP E* 1998, p. 1880, note A. Viandier ; *JCP E* 1999, p. 10008 et *Rev. sociétés* 1999, p. 123, note J.-J. Daigre ; *BJB* 1998, § 137, p. 636, note A. Couret ; *Banque et Droit*, n° 60, 1998, p. 30, obs. H. de Vauplane ; *D. Affaires* 1998, p. 1517 et p. 1523, note M. Boizard.

civil, relatives à l'évaluation par un tiers expert des droits sociaux en cas de contestation du prix, ne s'appliquent pas en la matière.

2) Une OPA a pour finalité le contrôle. Le contrôle est une notion de droit des sociétés. Cette notion est protéiforme : on connaît le contrôle de fait¹⁵ et le contrôle du droit¹⁶, ce dernier étant présumé dans certains cas (art. L. 233-3 du code de commerce), le contrôle direct et indirect, le contrôle minoritaire en capital et majoritaire en droits de vote en assemblées, et encore le contrôle par action de concert.

Les tribunaux ont peiné à maîtriser l'action de concert et le contrôle concerté. On sait que les personnes agissant de concert sont tenues solidairement de sorte que leurs droits de vote sont agrégés : il est donc essentiel de cerner, par-delà le texte de la loi¹⁷, la notion d'action de concert puisque la détention concertée est susceptible selon les cas de déclencher l'obligation de déposer un projet d'offre publique obligatoire ou d'exonérer les concertistes d'une telle obligation. Les tribunaux ont d'abord hésité sur la notion de « politique commune vis-à-vis de la société » en se demandant si cette politique est celle de la société ou des concertistes ; ils ont choisi la seconde voie. Puis ils se sont interrogés sur la nécessité du caractère contraignant¹⁸ de « l'ac-

cord conclu » entre les concertistes pour acquérir ou céder des droits de vote, et n'ont finalement pas retenu cette contrainte¹⁹ : par arrêt du 2 avril 2008, la cour d'appel de Paris a jugé que l'action de concert peut être caractérisée par une « démarche collective organisée » ayant pour objet le ramassage en bourse d'un bloc majoritaire. Enfin, la même cour²⁰, approuvée par la Cour de cassation²¹, retient, pour qualifier une action de concert contestée par les intéressés, que ceux-ci forment un « groupe familial », sans même rechercher l'existence d'un « accord conclu » par les membres de ce groupe. En bref, le juge considère et utilise l'action de concert comme une notion fonctionnelle dont le contenu varie selon la solution qu'il lui convient d'imposer.

Quant au contrôle de concert²², la cour de Paris l'avait écarté²³, jugeant que le contrôle d'une société s'entend du contrôle exercé par une seule société et exclut qu'il soit le produit d'une action concertée : cette position a été peu après contredite par le législateur²⁴. Pour apprécier si la constitution d'un concert ou si la modification de la situation des personnes au sein d'un concert emporte changement de contrôle, le juge a adopté et précisé la notion de prédominance au sein d'un concert²⁵.

15. Sur un contrôle de fait allégué, mais insuffisamment caractérisé, voir CA Paris, 20 févr. 1998, *CGE Havas* : *BJB* 1998, § 210 I, p. 622, note P. Le Cannu ; *BJB* 1998, § 62, p. 233, note S. Robineau ; *RIDA* 4/98, p. 279, note A. Couret, *Retour sur la notion de contrôle* ; *JCP G* 1998, II 10096, note J.-J. Daigre ; *Rev. sociétés* 1998, p. 346, note F. Bucher ; *Rev. CMF* avr. 1998, p. 19, obs. M.-J. Vanel et p. 21, obs. M. D'Orazio ; *RTD com.* 1998, p. 379, obs. Ch. Goyet, N. Rontchevsky et M. Storck ; *Rev. dr. bancaire et bourse* 1998, p. 64, obs. M. Germain et M.-A. Frison-Roche.

16. CA Paris, 24 juin 1991, *Galeries Lafayette* : *BJB* 1991, § 282, p. 771, obs. A. Viandier ; *Rev. Banque* 1991, p. 87, note F. Peltier ; *Rev. dr. bancaire et bourse* 1991, p. 232, obs. M. Jeantin et A. Viandier ; *Rev. jurispr. com.* 1991, p. 305 et 319, note Ch. Goyet ; *JCP E* 1991, II, 215 (2^e esp.), note Th. For-schbach ; *Rev. sociétés* 1992, p. 70, note Carreau et Martin. Sur le passage d'une situation de fait à un contrôle de droit, voir CA Paris, 15 sept. 2011, *Hermès International*, cité en note 20 et CA Paris, 4 déc. 2014, *Bastide*, commenté au *Rapport annuel AMF*, 2014, p. 95.

17. Art. L. 233-10 du code de commerce : « I. Sont considérées comme agissant de concert les personnes qui ont conclu un accord en vue d'acquérir, de céder ou d'exercer des droits de vote, pour mettre en œuvre une politique commune vis-à-vis de la société ou pour obtenir le contrôle de cette société... III. Les personnes agissant de concert sont tenues solidairement aux obligations qui leur sont faites par les lois et règlements. ». Sur la portée de l'obligation solidaire, *Com.*, 25 nov. 2014 : *BJB* 2015, n° 112m8, p. 275, note J. Klein.

18. CA Paris, 24 juin 1991, *Galeries Lafayette*, cité en note 16.

19. CA Paris 2 avr. 2008, *Eiffage Sacyr* : *RD bancaire et fin.* 1^{er} mai 2008, n° 3, p. 54, note H. Le Nabasque ; *BJS* 2008, n° 5, p. 411, note H. Le Nabasque ; *Banque et droit*, n° 119, mai-juin 2008, p. 28, obs. H. de Vauplane, J.-J. Daigre, B. de Saint-Mars et J.-P. Bornet ; *BJB* 2008, n° 3, p. 209, note L. Faugerolas et E. Boursican ; *RTD com.* 2008, p. 377 ; obs. N. Rontchevsky et p. 390, obs. Ch. Goyet ; *Rev. sociétés* 2008, n° 2, p. 394, note P. Le Cannu. Dans le même sens, CA Paris, 2 déc. 2010, RG 2010/08970.

20. CA Paris, 15 sept. 2011, *Hermès International* : *RD bancaire et fin.*, janv. 2012, n° 27, p. 41, obs. H. Le Nabasque ; *RTDF* 2012/1, p. 81, obs. D. Martin ; *JCP E* 2012, 1044, p. 24, note M. Pujos ; *Rev. sociétés* 2011, p. 692, note H. Le Nabasque ; *D.* 2011, p. 2973, obs. A. Gaudemet ; *BJB* 2011, p. 661, n° 328, note S. Torck ; *BJS* 2011, p. 882, n° 462, note D. Schmidt ; *RTDF* 2011/3, p. 105, note C. Maison-Blanche ; *RTDF* 2011/3, p. 118, note F. Martin Laprade.

21. *Com.*, 28 mai 2013 : *BJB* 2013, n° 110j3, p. 414, note J.-J. Daigre. Toutefois, un arrêt inédit de cassation rendu le 22 novembre 2016 (n° 15-11063) paraît manifester une volonté de contrôler l'existence d'un « accord conclu ».

22. F. Martin-Laprade, *Concert et contrôle*, Joly Éditions, Paris 2007 ; D. Schmidt, « Action de concert : 20 années de fluctuation de la notion », *BJB* 2012, § 223, p. 624.

23. CA Paris, 20 févr. 1998, *CGE Havas*, cité en note 15.

24. Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001.

25. CA Paris, 13 sept. 2005, *Hyparolo* : *Banque et droit*, sept.-oct. 2005, p. 45, obs. H. de Vauplane ; *RD bancaire et fin.* 2005, n° 191, note A. Couret ; *RTD com* 2005, p. 799, note N. Rontchevsky.

c) Les décisions prises par l'Autorité de marché sont exécutoires²⁶. Toute personne justifiant d'un intérêt peut former un recours à leur encontre²⁷. Ces recours ont souvent pour objet de critiquer les conditions dans lesquelles les décisions ont été prises par l'Autorité. Pour circonscrire ce contentieux, la cour d'appel de Paris a jugé sous la présidence de M. Pierre Drai, lors de son examen de la première décision du CBV attaquée, que cette Autorité « n'est pas une juridiction soumise au principe général de la contradiction des débats »²⁸.

Il en résulte, selon une jurisprudence désormais établie, que l'Autorité, qui n'est investie d'aucun pouvoir d'enquête, n'est tenue ni d'entendre les personnes contestant le projet d'OPA²⁹, ni de prendre ses décisions « autrement que par l'examen des demandes, pièces et mémoires qui lui sont adressées ou dont [elle] peut demander la production »³⁰, et qu'elle peut valablement délibérer « sur les documents en sa possession »³¹. Ces règles ont le double objet de limiter le contrôle au seul examen de la décision attaquée³² et de restreindre sensiblement le champ des contestations.

Ce très rapide survol de l'apport des tribunaux à la définition des règles applicables aux OPA révèle l'importance déterminante de l'office du juge. Certains en infèrent que le juge participe à

la régulation. C'est une interprétation. On peut aussi penser que réguler et juger sont deux fonctions distinctes et que l'intervention du juge en la matière consiste à contribuer à l'élaboration du droit des OPA et à contrôler sa mise en œuvre par l'Autorité de marché.

B. Le contrôle des décisions de l'Autorité

La loi du 22 janvier 1988 a confié à la cour d'appel de Paris le pouvoir de contrôler les décisions individuelles prises par l'Autorité, alors même que ces décisions ont la nature d'actes administratifs unilatéraux : elle fait de la cour « l'arbitre final du contentieux »³³. Le législateur n'a pas précisé l'objet de ce contrôle (a) et a laissé au juge le soin de fixer les règles procédurales régissant l'exercice du contrôle (b).

a) Le contrôle porte sur la légalité externe et interne de la décision³⁴ attaquée, c'est-à-dire sa conformité aux principes directeurs et aux règles de fond et de procédure applicables à celle-ci. Il s'est ensuite étendu à l'opportunité de la décision³⁵, la cour d'appel affirmant que le recours est un « recours de pleine juridiction »³⁶ en annulation ou en réformation³⁷. Ce contrôle englobe la vérification de l'exactitude des faits³⁸, le vice de procédure, le détournement de pouvoir, l'erreur de droit, le prix³⁹ dans les offres obligatoires

26. Le premier président de la cour d'appel de Paris peut ordonner qu'il soit sursis à leur exécution lorsqu'un recours est formé. Voir en dernier lieu Com., 17 mars 2015 : *BJB* 2015, n° 9, § 11257, p. 365, note L.-M. Pillebout.

27. Il a été jugé à maintes reprises que la seule qualité d'actionnaire de la société visée par l'OPA suffit à caractériser l'intérêt à exercer le recours.

28. CA Paris, 13 juill. 1988, *Télémeccanique* : *Bulletin Joly* 1988, p. 683 et 1988, p. 715 note Y. Sexer ; *D.* 1989, p. 160, note P. Le Cannu ; *JCP E* 1988, II, 15 337, note T. Forschbach ; *Gaz. Pal.* 1989, I, p. 56, obs. O. Douvreur et J.-P. Marchi ; *Rev. dr. banc. et bourse* sept.-oct. 1988, p. 173, obs. A. Viandier. Toutefois, la cour d'appel de Paris annule pour défaut de contradiction une décision de l'Autorité contraignant des concertistes à déposer un projet d'OPA sans les avoir préalablement entendus : CA Paris, 2 avr. 2008, cité en note 19.

29. CA Paris 7 oct. 1997 : *Lagardère* (et, sur pourvoi, Com. 19 oct. 1999, rejet) : *Rev. CMF*, n° 3, p. 44, obs. M. d'Orazio, p. 27 ; *Dr. soc.*, déc. 1997, p. 11, n° 182, obs. H. Hovasse ; *BJB* 1997, § 143, p. 831, note H. de Vauplane ; *D. Affaires* 1997, n° 43, p. 1414, note M. Boizard ; *JCP E* 1997, II, p. 1030, note A. Couret ; *Banque et Droit*, n° 56, 1997, p. 31, obs. H. de Vauplane ; *Rev. sociétés* 1997, p. 897, obs. Y. Guyon ; *RTD com.* 1998, p. 178, obs. P. Petit et Y. Reinhard.

30. CA Paris, 7 oct. 1997, *Lagardère*, cité en note 29.

31. CA Paris, 3 juill. 1998, *Elyo*, cité sous note 14.

32. Cette limitation explique également la raison pour laquelle la cour d'appel de Paris a écarté par principe toute possibilité de sursis à statuer au titre de l'article 4 du code de procédure pénale : CA Paris, 3 nov. 1998 : *D. Affaires* 1999, p. 20, obs. M. Boizard et sur pourvoi Com. 17 juill. 2001, *JCP E* 2001, n° 42, IV, 2738, p. 1960 ; *D.* 2001, n° 33, p. 2749, note M. Boizard ; *Banque et Droit*, n° 79, 2001, p. 26, obs. H. de Vauplane et J.-J. Daigre ; *D.* 2002, p. 1747, obs. Y. Reinhard ; *RTD com.* 2001, p. 946, note Ch. Goyet.

33. CA Bruxelles, 6 août 1992 : *Rev. dr. com. belge* 1992, p. 789.

34. La cour d'appel de Paris a jugé que le contrôle ne porte pas sur les « avis sans force contraignante » émis par l'Autorité : CA Paris, 25 juin 1998 : *BJB* 1998, § 179, p. 834, note A. Couret.

35. CA Paris, 24 juin 1991, cité en note 16.

36. CA Paris, 16 sept. 2003, *Schneider Legrand* : *Rapport annuel AMF*, 2003, p. 82 et 88.

37. CA Paris, 26 févr. 2002 : *Banque et Droit*, n° 82, mars-avr. 2002, p. 28, obs. H. de Vauplane et J.-J. Daigre ; *Rev. CMF* 2002, n° 48, p. 21, obs. M. D'Orazio ; *Rev. dr. banc. et fin.* mai/juin 2002, p. 147, note A. Couret ; *JCP G* 2002, I, 151, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Bull. Joly Bourse* sept.-oct. 2002, p. 457, note Th. Granier ; *RTD com.* 2002, p. 510, obs. N. Rontchevsky ; *Dr. sociétés* août-sept. 2002, n° 162, obs. T. Bonneau.

38. Mais il n'englobe pas la vérification de la sincérité des données comptables sur la base desquelles les évaluations du prix ont été faites : CA Paris, 5 mai 1998, *Genefim* : *BJB* 1998, § 136, p. 631 ; *Rev. CMF* 1998, n° 10, p. 47, note C. Desaleux.

39. Très rares sont les recours en contestation du prix de l'offre qui ont abouti, parmi lesquels CA Paris, 3 mai 2001 : *BJS* 2001, p. 796.

et les retraits obligatoires, et la pertinence de l'information livrée au public⁴⁰.

Pour exercer efficacement son contrôle, le juge a demandé à l'Autorité de motiver ses décisions de telle sorte que « la décision comprenne, en elle-même, l'énoncé concret les éléments de fait et le visa explicite des textes qui en constituent le fondement pour que l'on puisse en comprendre la logique, le sens où la portée »⁴¹. Concomitamment, le contrôle s'est alourdi, passant du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation à celui de la motivation.

Le juge observe deux limites : d'une part, son contrôle « ne peut s'exercer que dans la seule limite des compétences relevant de l'Autorité qui s'est prononcée "en première instance" et ne saurait s'étendre... notamment aux problèmes relevant exclusivement du droit privé des contrats et obligations »⁴²; d'autre part, le juge ne peut substituer sa propre décision à la décision qu'il a annulée, notamment prononcer lui-même la recevabilité ou la conformité d'un projet d'offre⁴³.

b) En l'absence de toute prescription législative ou réglementaire, le juge a déterminé les règles procédurales qu'il entend suivre dans l'exercice de sa mission. Dès la survenance des premiers recours, il a pris soin de dénoncer le recours à toutes les personnes intéressées en les invitant à présenter leurs observations ; parmi ces personnes prend place l'Autorité dont la décision est attaquée. La régularité de la décision « ne s'apprécie qu'au vu des documents examinés par le conseil, lors de la séance, et de la décision telle que publiée »⁴⁴, cette formule restrictive étant en harmonie avec le processus décisionnel de l'Autorité que le juge a lui-même fixé. Mais le juge a ensuite apporté à sa propre règle de sérieux

tempéraments. Ainsi, la cour d'appel de Paris a jugé que l'Autorité n'était pas tenue de communiquer à l'auteur du recours « les documents relatifs au projet d'offre »⁴⁵ et a même admis que « certaines données communiquées au Conseil soient soustraites à l'examen des parties à l'instance devant la cour d'appel de Paris dès lors, d'une part, qu'il existe un intérêt légitime à ce que des informations mettant en jeu le secret des affaires demeurent confidentielles et, d'autre part, que la connaissance de celles-ci n'est pas nécessaire à l'exercice effectif du recours ouvert contre la décision de l'autorité de marché »⁴⁶. Allant plus loin encore, le président délégué de la cour d'appel de Paris⁴⁷ puis la cour⁴⁸ ont jugé que « la communication du "dossier du collège" n'est pas prévue par la loi ni le règlement qui régissent les recours formés devant la cour d'appel de Paris contre les décisions de l'AMF » et qu'il n'existe pas « l'obligation pour l'AMF de communiquer le dossier transmis par les services au collège, puisqu'il est sans portée juridique et qu'il a pour seul objet de faciliter la délibération de cette instance. » Il est pourtant difficile au juge, comme à l'auteur d'un recours, d'établir l'inexactitude d'un fait retenu dans la décision attaquée ou un détournement de pouvoir ou de procédure, si les documents susceptibles d'administrer cette preuve sont soustraits à leur connaissance. En adoptant cette attitude restrictive, le juge paraît manifester un souci d'enserrer le champ de son contrôle dans des limites réduisant sensiblement le risque d'une annulation de la décision attaquée. De fait, aucun recours en matière d'OPA, à notre connaissance, n'a prospéré au cours des quatre dernières années⁴⁹.

40. CA Paris, 3 mai 2001 : *BJS* 2001, p. 796, note D. Schmidt; *D. Affaires* 2001, p. 1877, note M. Boizard; *Banque et droit*, n° 77, mai-juin 2001, p. 36, obs. H. de Vauplane et J.-J. Daigre; *RTD com.* 2001, p. 727, obs. Ch. Goyet et N. Rontchevsky; *Dr. sociétés* juill. 2001, comm. n° 119, obs. H. Hovasse; *Rev. CMF* n° 40, 2001, p. 8; *RD bancaire et bourse* 2001, p. 183, note C. Bajet p. 242, obs. M.-A. Frison-Roche, M. Germain, J.-C. Marin, C. Pénichon; *JCP E* 2001, p. 1046, note A. Viandier; *BJB* 2001, p. 609, note F. Bucher; *JCP E* 2002, n° 93, p. 519, obs. J.-J. Daigre; *D. Affaires* 2002, p. 1663, obs. S. Thomasset-Pierre.

41. CA Paris, 24 juin 1991, *Galeries Lafayette*, cité en note 16; CA Paris, 10 mars 1992, *Pinault Printemps* : *BJB* 1992, § 137, p. 425, note F. Peltier; CA Paris, 24 juin 2008 : *BJS* 2009, p. 135, note H. Le Nabasque; *Dr. sociétés* 2008, comm. n° 213, note T. Bonneau.

42. CA Paris, 13 juill. 1988, *Télémeccanique*, cité en note 28; CA Paris, 8 sept. 2015, *Euro Disney SCA : rapport annuel AMF*, 2015, p. 85.

43. CA Paris, 11 juin 1997 : *BJB* 1997, § 120, p. 750, note N. Rontchevsky; *JCP E* 1997, I, 676, note A. Viandier et J.-J. Caussain.

44. CA Paris, 3 juill. 1998, *Elyo*, cité en note 14.

45. *Ibid.*

46. CA Paris, 26 févr. 2002 : *Banque et Droit*, n° 82, mars-avr. 2002, p. 28, obs. H. de Vauplane et J.-J. Daigre; *Rev. CMF* 2002, n° 48, p. 21, obs. M. D'Orazio; *Rev. dr. banc. et fin.* mai-juin 2002, p. 147, note A. Couret; *JCP G* 2002, I, 151, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain; *BJB* 2002, p. 457, note Th. Granier; *RTD com.* 2002, p. 510, obs. N. Rontchevsky; *Dr. sociétés* 2002, comm. n° 162, obs. T. Bonneau.

47. CA Paris, ord. Prés., 17 févr. 2011 : *BJB* 2011, n° 6, § 181, p. 375, note B. Descours.

48. CA Paris 29 avr. 2014, *Club Méditerranée*, cité en note 11.

49. Sauf une annulation partielle prononcée par CA Paris, 2 avr. 2008, cité en note 19.

C. La dispersion du contentieux

Il serait erroné de penser que la cour d'appel de Paris, instance de recours contre les décisions de l'Autorité, est le seul juge habilité à intervenir à l'occasion des OPA. D'une part, le champ de compétence de la cour est limité, comme on l'a vu, aux compétences de l'Autorité (a) et d'autre part, sa compétence n'exclut pas celle d'autres juridictions dont les décisions sont de nature à exercer une influence sur une OPA (b).

a) La compétence limitée de la cour d'appel de Paris ne lui permet pas d'apprécier la validité des obligations de droit privé : il s'agit principalement des conventions conclues par l'offrant avec soit la société visée, soit les actionnaires ou dirigeants de celle-ci, pour faire réussir l'offre et/ou pour faire échouer celle-ci ou une offre concurrente, ou encore des pactes entre actionnaires – et autres montages de la société visée – pour faire échouer l'offre ou pour en faire augmenter le prix. En présence de tels arrangements, la cour ne peut que déterminer leur impact sur la validité de la décision de recevabilité ou de conformité de l'offre. Ainsi elle a annulé⁵⁰ la décision de recevabilité de l'offre visant la société OCP au motif que les accords entre l'offrant et la société visée, garantissant à celui-là le contrôle des filiales commanditées de celle-ci, sont contraires au principe de libre compétition des offres et des surenchères. C'est donc le juge de droit commun qui a compétence pour statuer sur la validité de ces obligations.

De même, la cour d'appel de Paris ne se prononce pas sur « l'intérêt social »⁵¹. On peut regretter l'absence de sanction par l'Autorité de la méconnaissance des prescriptions de l'article 231-7 du règlement général AMF reproduisant les termes de l'article 3 du règlement

COB 89-03 énonçant : « Pendant la période d'offre publique, l'initiateur et la société visée s'assurent que leurs actes, décisions et déclarations n'ont pas pour effet de compromettre l'intérêt social »⁵². L'appréciation de cet intérêt relève des organes sociaux et c'est donc au juge de droit commun qu'il revient d'apprécier la conformité à l'intérêt social des comportements avant et en cours d'offre et, le cas échéant, de les sanctionner.

Enfin, si l'Autorité a le pouvoir de délivrer des injonctions administratives⁵³, ni elle ni la cour d'appel ne peuvent assortir ces injonctions d'une astreinte⁵⁴. Ce pouvoir est confié au président du tribunal de grande instance de Paris⁵⁵ qui statue en la forme des référés : à la demande de l'Autorité, il peut ordonner sous astreinte à la personne auteur d'une pratique irrégulière de se conformer aux textes applicables, de mettre fin à l'irrégularité ou d'en supprimer les effets ; dans ce cadre, le président a pu notamment contraindre à l'exécution d'une injonction administrative non respectée⁵⁶, ordonner le dépôt d'un projet d'OPA⁵⁷ ou encore ordonner que le prix de l'offre, stipulé payable à terme, porte des intérêts moratoires⁵⁸.

b) De plus, la compétence de la cour d'appel de Paris n'exclut pas celle d'autres juridictions pour connaître d'actions en relation avec une OPA. Ainsi, le tribunal de commerce est habilité à trancher des litiges portant sur le contrôle d'une société cotée ou sur un franchissement de seuil⁵⁹, ou portant sur la validité de conventions destinées à faire aboutir ou à faire échouer une offre publique, ou encore portant sur une action de concert. Le Conseil d'État a également rendu des arrêts en matière de contrôle et d'action concertée⁶⁰. Ces compétences partagées pourraient provoquer des divergences sur des notions centrales telles que le contrôle ou les éléments

50. CA Paris, 21 avr. 1993, *OCP*, cité en note 10.

51. CA Paris, 11 sept. 2001 : *BJB* 2001, p. 571, note N. Rontchevsky ; *JCP E* 2001, p. 1821, note A. Viandier.

52. Une telle disposition aurait pu être utilement reprise dans la loi *Florange* n° 2014-384 du 29 mars 2014 octroyant aux dirigeants de la société visée le pouvoir de mettre en œuvre des mesures anti-OPA sans l'approbation préalable des actionnaires.

53. La cour d'appel, après avoir annulé une décision accordant à des concertistes le bénéfice d'une dérogation à l'obligation de déposer un projet d'OPA, leur a enjoint de déposer auprès de l'Autorité un projet d'offre publique recevable : CA Paris, 13 sept. 2005, *Hyparho*, cité en note 25.

54. Le CMF avait enjoint à une personne en situation d'offre obligatoire de déposer un projet d'OPA recevable ; son injonction, confirmée par la cour d'appel de Paris, n'a pas été exécutée, ce qui a contraint l'Autorité à recourir au président du tribunal de grande instance de Paris : *Rapport annuel COB*, 1999, page 73.

55. Article L. 621-14, II du code monétaire et financier.

56. Voir la note précédente.

57. CA Paris, 19 oct. 2005, RG 2005/15 501 confirmant TGI Paris réf. 13 juill. 2005, RG 05/54 287.

58. *Com.*, 24 févr. 1998, *Hubert industries* : *Bull. civ.*, IV, n° 85, p. 67 ; *D. Affaires* 1998, p. 510, note M. Boizard ; *BJB* 1998, § 88, p. 474, note M.-C. de Nayer.

59. CA Versailles, 16 mars 1992 : *Bulletin Joly* 1992, § 208, p. 631, note P. Le Cannu.

60. CE 20 oct. 2004 : *Rev. sociétés* 2005, p. 158, note P. Le Cannu.

constitutifs d'une action de concert, et l'on voit mal comment ces décisions intervenant avant même le déclenchement d'une OPA pourraient être ignorées ou contredites par l'Autorité appelée à décider ultérieurement la recevabilité ou la conformité d'un projet d'offre.

Parfois, le juge du fond intervient en cours d'offre pour apprécier la validité d'une promesse de cession de titres⁶¹ ou la violation d'un pacte de préférence⁶² ou l'exercice d'un droit de préemption⁶³ ou pour annuler une cession d'actions d'autocontrôle conclue en période d'offre⁶⁴.

Quant au juge des référés⁶⁵, il a rendu de nombreuses décisions en cours d'offre : il a interdit le transfert du contrôle d'une société actionnaire d'une société visée par une offre⁶⁶, et une cession à d'autres acquéreurs que les offrants en compétition⁶⁷; il a accueilli⁶⁸ ou rejeté⁶⁹ une demande de séquestre d'actions; il a suspendu les droits de vote d'un actionnaire ayant irrégulièrement franchi le seuil de 10 %⁷⁰; il a nommé un administrateur provisoire pour assurer l'efficacité d'une privation de droits de vote sanctionnant la non déclaration d'un franchissement de seuil⁷¹.

Les développements qui précèdent confirment que la cour d'appel de Paris, en tant que juge des recours contre les décisions individuelles de l'Autorité, dispose d'une compétence incomplète pour traiter tous les aspects du contentieux des OPA. Les développements qui suivent montrent que la commission des sanctions de l'AMF dispose d'une compétence contrôlée et discutée pour infliger des sanctions aux auteurs d'abus de marché.

II. L'office du juge et les sanctions de l'abus de marché

L'abus de marché⁷² est aujourd'hui défini par deux corps de textes : les articles L. 465-1 et suivants du code monétaire et financier en leur rédaction issue de la loi n° 2016-819 du 21 juin 2016, ainsi que la directive européenne n° 2014/57/UE du 16 avril 2014, le règlement UE n° 596/2014 du même jour précisé en 2015 par l'Autorité européenne des marchés financiers⁷³ et le règlement délégué UE n° 2016/522 de la Commission du 17 décembre 2015⁷⁴. La répression de l'abus de marché est prévue par deux séries de textes : les articles L. 465-1 et suivants précités répriment les délits d'abus de marché par des sanctions pénales, et l'article L. 621-15-III⁷⁵ du même code réprime les manquements d'abus de marché par des sanctions pécuniaires administratives. Les infractions relèvent du pouvoir du juge pénal, les manquements du pouvoir d'une autorité administrative : la COB depuis les lois du 2 août 1989 et 23 décembre 1970, puis la commission des sanctions de l'AMF depuis 2003; cette autorité connaît, sous le contrôle d'un juge qui n'est pas un juge pénal, des accusations en matière pénale⁷⁶ au sens des stipulations de l'article 6 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales (ci-après : CESDH). Du fait de cette distinction entre manquement et délit, l'office du juge diffère fondamentalement selon qu'il s'applique à une décision réprimant un manquement administratif (A) ou à la sanction d'une infraction pénale (B).

61. TC Paris, 28 juill. 1986 : *Rev. sociétés* 1987, p. 581.

62. TC Corbeil Essonne, 27 févr. 1987, inédit.

63. CA Paris, 23 juin 1987 : *Bulletin Joly* 1987 § 288, p. 701; cet arrêt a été cassé le 7 mars 1989 : *Bulletin Joly* 1989, § 153, p. 430.

64. TC Paris, 16 mars 1992 : *Bulletin Joly* 1992, § 172, p. 526, note M. Jeantin.

65. La cour d'appel de Paris, le 20 nov. 1991, juge que les prérogatives du CBV ne font pas obstacle aux pouvoirs généraux du juge des référés qui reste compétent pour prendre les mesures de séquestre et d'interdiction d'achat justifiées au cours du déroulement d'une OPA : *BJB* 1992, § 18, p. 76, note M. Jeantin; *Rev. jurispr. com.* 1992, p. 115, note D. Schmidt et C. Baj.

66. CA Paris référés, 18 mars 1988, *Télémeccanique* : *JCP E* 1988, II, 15248, note T. Forsbach; *JCP E* 1988, II, 15 177, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain; *D.* 1989, p. 352, note F. Laroche-Gisserot; *Gaz. Pal.* 1988, II, p. 461, note J.-P. Marchi; *RTD com.* 1989, p. 77, note Y. Reinhard.

67. TC Paris référés, 30 août 1989 : *Rev. jurispr. com.* 1989, p. 378.

68. CA Nancy, 28 juill. 1989 : *Gaz. Pal.* 16 juill. 1989; CA Paris, 15 mars 2000 : *BJB* 2000, § 68, p. 323, note N. Rontchevsky.

69. TC Paris référés, 10 mars 1988 : *Gaz. Pal.* 1988, I, p. 468; 21 juin 1988 : *Bulletin Joly* 1989, § 311, p. 890.

70. TC Paris référés, 21 juin 1988 : *Bulletin Joly* 1989, § 315, p. 908.

71. CA Paris référés, 10 juin 2009 : *BJB* 2009, § 51, p. 364, note F. Martin Laprade.

72. S. Loyrette, *Le contentieux des abus de marché*, éd. Joly, Paris, 2007.

73. <http://www.esma.europa.eu/system/files/2015-224.pdf>.

74. À la suite de ce dernier règlement, le Livre VI du règlement général de l'AMF relatif aux abus de marché a été abrogé par arrêté du 14 sept. 2016.

75. Ce texte a été modifié 17 fois depuis le début de ce siècle.

76. *Com.*, 9 avr. 1996, n° 94-11.313, *Bull. civ.*, IV, n° 115; CE 3 déc. 1999, n° 207434; CE 4 févr. 2005, n° 269001 : *D.* 2005, p. 717, obs. A. Lienhard, et p. 2601, obs. Y. Reinhard et S. Thomasset-Pierre; *RFDA* 2005, p. 1174, note D. Costa; *RTD com.* 2005, p. 384, obs. N. Rontchevsky.

A. Le manquement administratif

Le Conseil constitutionnel⁷⁷ a jugé qu'une autorité administrative (la COB) peut être habilitée à prononcer des sanctions réprimant un abus de marché pourvu que l'exercice du pouvoir de sanction soit assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis. Ces mesures doivent être complétées, en tant que de besoin, par l'application des garanties énoncées par l'article 6 de la CESDH. De son côté, la Cour de cassation⁷⁸ a rejeté une question prioritaire de constitutionnalité en considérant que la structure de la commission des sanctions, organe de l'AMF, permet « une stricte séparation entre l'organe chargé des fonctions de poursuite et celui investi du pouvoir de sanction, lequel ne dispose pas de la faculté de se saisir d'office, de sorte que la question posée ne présente pas un caractère sérieux au regard des exigences d'indépendance, d'impartialité, de respect des droits de la défense et de séparation des autorités de poursuite et de jugement qui découlent du principe de valeur constitutionnelle invoqué ne porte pas atteinte à son indépendance et à son impartialité ». Cette appréciation a été confortée par la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après : CEDH)⁷⁹ qui estime que les garanties d'indépendance entourant la composition et le fonctionnement de la commission des sanctions excluent toute violation du principe d'impartialité.

Les décisions⁸⁰ de cette commission sont contrôlées par la cour d'appel de Paris ou par le Conseil d'État selon la qualité de l'auteur du manquement⁸¹ : en bref, lorsque l'auteur est un professionnel des marchés visé par l'article L. 621-9-II du code monétaire et financier, son recours est porté devant le Conseil d'État. Il y a

donc deux juges, chacun doté de la plénitude de juridiction⁸², dont l'office consiste à contrôler la légalité et l'opportunité de la décision de la commission des sanctions (a) ainsi que le respect des droits et libertés fondamentaux (b).

a) Le contrôle au fond porte sur la vérification de la matérialité des faits, leur qualification, l'application de la règle de droit, la précision de celle-ci⁸³, l'imputation du manquement à la personne poursuivie, la motivation⁸⁴ et la proportionnalité de la sanction⁸⁵. Le juge doit donc procéder à un nouvel examen au fond, ce que le Conseil d'État exprime en ces termes : « Saisi d'une requête tendant à l'annulation d'une sanction reposant sur différents griefs, le Conseil d'État examine la régularité de la notification et le bien-fondé de chaque grief attaqué, écarte les griefs non régulièrement notifiés et ceux qui ne lui paraissent pas fondés, et adapte la sanction à la gravité des faits qui peuvent être valablement reprochés au requérant »⁸⁶. À la différence de la cour d'appel, le Conseil d'État emploie des pouvoirs inquisitoriaux et procède à des mesures d'instruction appelées « les enquêtes à la barre ». Les parties sont convoquées lors d'une séance d'instruction afin de permettre une mise en l'état de l'affaire. Les juges posent directement des questions aux parties qui viennent avec leurs avocats et les témoins qu'ils souhaitent éventuellement faire entendre. Il y a un véritable réexamen de la preuve des faits. La charge de la preuve pèse sur l'AMF qui doit établir devant la juridiction de recours la réalité de l'abus reproché. À cet égard, le juge a admis que cette preuve peut résulter d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants⁸⁷ et, en matière d'opération d'initié, que cette preuve est rapportée lorsque l'opération ne peut s'expliquer que par la connaissance et l'ex-

77. Cons. const., n° 89-260 DC du 28 juill. 1989 ; Cons. const., n° 96-378 DC du 23 juill. 1996.

78. Com., 25 févr. 2014 : *B/JB* 2014, n° 4, § 111h2, p. 199, note A.-V. Le Fur.

79. CEDH, 1 sept. 2016 : *B/JB* 2016, n° 11, § 116h4, p. 461, note E. Rogey.

80. Sont également soumises à recours, depuis la loi du 21 juin 2016, les décisions du collège de l'AMF et de la commission des sanctions en matière de composition administrative en cas d'abus de marché : article L. 621-14-1 du code monétaire et financier.

81. Art. R. 621-45 du code monétaire et financier.

82. Art. R. 621-45, I, alinéa 2, du code monétaire et financier.

83. Dans le domaine voisin du « règlement – livraison », voir CEDH, 1 sept. 2016, cité en note 79.

84. CA Paris, 30 juin 2016, RG 2015/04219.

85. Le juge peut augmenter le montant de la sanction : CE 6 avr. 2016, n° 374224.

86. CE 15 mars 2006, n° 276370.

87. CA Paris, 8 nov. 2012, n° 11/22 467 : à défaut de preuve directe ou tangible, la détention par la personne poursuivie d'une information privilégiée et par la suite la circonstance que cette personne savait ou aurait dû savoir que précisément cette information était privilégiée de sorte qu'elle ne devait être ni exploitée ni transmise, peuvent être démontrées par un faisceau d'indices graves, précis et concordants si le rapprochement de ces indices établit ces faits sans équivoque, tout doute profitant nécessairement à la personne poursuivie.

exploitation de l'information privilégiée⁸⁸. Il a même admis que l'initié primaire (le dirigeant social) est présumé avoir exploité l'information privilégiée⁸⁹. Ces facilités probatoires⁹⁰, que l'on justifie par l'impossibilité pratique de recueillir des preuves directes, trouvent une limite dans le principe à valeur constitutionnelle⁹¹ et conventionnelle⁹² de la présomption d'innocence.

Cette présomption peut aussi entrer en conflit avec la règle de l'article L. 621-15, V du code monétaire et financier relative à la publication de la décision de sanction ; cette publication intervient dès après le prononcé de la sanction puisque le recours n'a pas d'effet suspensif. Aussi le juge du recours peut ordonner le sursis à l'exécution de la décision « si celle-ci est susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives ». Ces conséquences sont appréciées de façon quelque peu différente par le conseil d'État⁹³ et par le juge judiciaire⁹⁴.

b) Le juge contrôle le respect par la commission des sanctions des droits et libertés fondamentaux⁹⁵, et particulièrement des droits de la défense⁹⁶ : le droit à un tribunal impartial⁹⁷, le droit d'être informé de la nature de la cause de l'accusation, le droit d'accès à la procédure (qui ne s'exerce qu'à compter de la notification des griefs), le droit de disposer du temps et de facilités nécessaires à la préparation de la défense, le droit au respect de la confidentialité de la corres-

pondance entre la personne mise en cause et son avocat⁹⁸, le droit d'être entendu et de faire interroger les témoins, le droit de se taire⁹⁹.

Depuis quelque temps, les contestations se concentrent sur la procédure d'enquête préalable menée par les services de l'AMF. Les enquêteurs déterminent librement la nature et l'étendue des investigations auxquelles ils décident de procéder, mais leur enquête n'est pas menée contradictoirement, ce que la Cour de cassation énonce sèchement en ces termes : « Mais attendu que la cour d'appel a exactement retenu que le principe de la contradiction est sans application aux enquêtes préalables à la notification des griefs »¹⁰⁰. Bien plus, l'enquête s'opère sans garantie des droits de la défense. Par arrêt du 11 décembre 2015¹⁰¹, le Conseil d'État réaffirme : « Considérant que le principe des droits de la défense, rappelé tant par l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que par l'article L. 621-15 du code monétaire et financier, s'applique seulement à la procédure de sanction ouverte par la notification des griefs par le collège de l'AMF et par la saisine de la commission des sanctions, et non à la phase préalable des enquêtes réalisées par les agents de l'AMF ». Le juge ne formule qu'une seule exigence : l'enquête « doit seulement être loyale de façon à ne pas compromettre irrémédiablement les droits

88. CE, 29 mai 2012, n° 344589 : la Commission des sanctions n'a pas commis d'erreur d'appréciation ni d'erreur de droit en estimant, en l'absence de toute autre explication plausible avancée par le mis en cause, que seule la détention d'une information privilégiée et son usage prohibé pouvaient expliquer les ventes à découvert qu'il avait réalisées.

89. CJUE, 23 déc. 2009, n° C-45/08, Spector Photo Group NV, Chris Van Raemdonck : *RD bancaire et fin.* 2010, comm. n° 80, note T. Bonneau ; *Banque et droit* 2010, n° 129, p. 27, obs. H. de Vauplane, J.-J. Daigre, B. de Saint-Mars et J.-P. Bornet ; *BJB* 2010, p. 92, note S. Torck ; *JCP G* 2010, 485, note B. Zabala ; *Banque* n° 723, avr. 2010, p. 78, obs. J.-L. Guillot et P.-Y. Bérard ; *BJS* 2010, p. 346, n° 73, note D. Schmidt.

90. D. Martin et M. Françon, « Recherche des preuves d'abus de marché », *RTDF* 2011/3, p. 10.

91. Art. 9 de la Déclaration de 1789.

92. Art. 6 de la CESDH.

93. CE réf. 20 janv. 2006 : *Banque et droit* 2006, n° 106, p. 46, obs. H. de Vauplane et J.-J. Daigre.

94. Com., 17 mars 2005, n° 14-11630.

95. G. Canivet, « La procédure de sanction administrative des infractions boursières à l'épreuve des garanties fondamentales », *RDA* 5/96, p. 423 ; S. Thomasset-Pierre, *L'autorité de régulation boursière face aux garanties processuelles fondamentales*, éd. LGDJ, Paris 2003.

96. Com., 17 juill. 2011 : *BJB* 2011, p. 582, note N. Rontchevsky.

97. CEDH 27 août 2002, n° 58188/00 ; CE 4 févr. 2005, n° 269001 ; CE 27 oct. 2006, n° 276069 ; Ass. plen., 5 févr. 1999, n° 97-16 440 ; CE 3 déc. 1999, n° 207434 ; Com., 14 févr. 2012 : *BJB* 2012, n° 5, p. 206, note D. Bompoin. La loi du 17 déc. 2007 a introduit une faculté de récusation des membres de la commission des sanctions. La violation de la procédure de récusation peut être sanctionnée par l'annulation de la décision de la commission : CA Paris, 24 oct. 2013 : *BJB* 2013, § 110v8, p. 571, note J.-J. Daigre.

98. CA Paris, 9 sept. 2011 : *BJB* 2011, p. 231 A. Gaudemet et D. Schmidt, « Sur la sélection des pièces par les enquêteurs de l'AMF », *BJB* 2012, n° 4, p. 152.

99. Cons. const., n° 2016-594 DC du 4 nov. 2016. Cependant, par arrêt du 12 juin 2013 (n° 349185), le Conseil d'État jugeait : « Considérant, en deuxième lieu, que les sociétés requérantes ne peuvent utilement se prévaloir, à l'appui de leur contestation de la régularité de l'enquête de l'AMF, d'une méconnaissance des stipulations de l'article 6 § 3 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 14 § 3 du pacte international relatif aux droits civils et politiques, en soutenant que les enquêteurs n'auraient pas notifié à leurs préposés leur droit de se taire, dès lors que ces stipulations ne sont pas applicables à la procédure d'enquête administrative ».

100. Com., 6 févr. 2007 : *BJB* 2007, p. 254 ; *RTDF* 2007/2, obs. N. Rontchevsky ; Com., 6 sept. 2011, n° 10-11.564.

101. CE 11 déc. 2015, n° 383289.

de la défense »¹⁰². Ainsi, le seul grief admissible est celui de la déloyauté des enquêteurs, et le grief n'est admis que si la déloyauté compromet « irrémédiablement » les droits de la défense¹⁰³. La personne mise en cause aura les plus sérieuses difficultés à administrer la preuve d'une part, d'un agissement déloyal imputable aux enquêteurs et d'autre part, de la compromission irrémédiable de son droit de se défendre; cependant, il aurait pu être approprié et cohérent de mettre à la charge de l'AMF la preuve de ce que l'irrégularité lors de l'enquête n'a pas compromis « irrémédiablement » les droits de la défense. Pour illustrer le problème, évoquons le reproche d'avoir versé au dossier d'enquête des courriels échangés entre la personne mise en cause et son avocat; l'irrégularité est flagrante, mais n'est pas sanctionnée car, selon le juge du recours, « la commission des sanctions a écarté des débats devant elle les cotes du dossier correspondant à des courriels échangés entre la société et son avocat »¹⁰⁴. C'est trop facile. On aura compris que la recherche de l'efficacité et de la célérité prévaut sur les droits de la défense. En ce domaine, l'office du juge peut et, à notre sens, doit évoluer, ainsi que le souhaite l'ancien président de la chambre 5-7 de la cour d'appel de Paris affirmant la nécessité d'un « contrôle lourd » des modalités de l'enquête¹⁰⁵.

Quel bilan de l'office du juge dans le contentieux des manquements de marché ? À l'actif un contrôle effectif, mais restreint des décisions de la commission des sanctions, au passif un contrôle quasi inexistant de l'enquête préalable à la notification des griefs; ce défaut de contrôle est d'autant plus regrettable que le dossier de l'enquête menée non contradictoirement et sans

respect des droits de la défense peut alimenter le dossier du juge pénal de l'abus de marché.

B. L'infraction pénale

L'article 705-1 du code de procédure pénale, en sa rédaction issue des lois du 6 décembre 2013, 30 décembre 2014 et 21 juin 2016, édicte que le procureur de la République financier et les juridictions d'instruction et de jugement de Paris sont seuls compétents pour la poursuite, l'instruction et le jugement des délits d'abus de marché. L'évolution de l'office du juge en cette matière appelle deux observations principales, l'une relative à sa saisine (a) et l'autre au caractère équitable du procès (b).

a) Depuis l'introduction dans notre droit du délit d'abus de marché par loi du 23 décembre 1970 (délits d'initié et de diffusion d'informations trompeuses), le juge pénal n'a guère été saisi : de 1990 à 2015, la COB puis l'AMF ont transmis au parquet, en application de l'article 40 du code de procédure pénale, 493 dossiers, une majeure part d'entre eux concernant des abus de marché¹⁰⁶. L'annexe du rapport Coulon¹⁰⁷ relate le « nombre d'apparitions des infractions au code monétaire et financier de 1995 à 2006 » : ce nombre s'élève à 12 pour les délits d'initiés et à 31 pour les délits de manipulation par diffusion de fausses informations. La modicité de ces chiffres est confirmée par le groupe de travail de l'AMF¹⁰⁸ : de fin 2003 à août 2014, l'AMF a transmis au parquet 180 dossiers d'abus de marché; seuls 22 d'entre eux ont fait l'objet d'une condamnation pénale¹⁰⁹. Dans le même temps, sur les 182 dossiers transmis, 150 ont fait l'objet de décisions de la commission des sanctions. Cette situation surprend puisque, de 1970 à 2015, le cumul des poursuites et des sanctions

102. CE 26 mai 2008, n° 288583; CE 6 nov. 2009, n° 304300; Com., 1^{er} mars 2011, n° 09-71.522; CE 15 mai 2013 : *Rev. jur. de l'économie publique* 2013, n° 714, comm. n° 49, note C. Broyelle. A été considérée déloyale et irrégulière l'audition par les enquêteurs de personnes qui n'avaient pas été informées de leurs droits : Com., 24 mai 2011 : *B/JB* 2011, § 243, p. 474, note J. Lasserre Capdeville; sur renvoi après cassation, CA Paris, 13 sept. 2012 : *B/JB* 2013, n° 1, p. 6, note D. Schmidt.

103. Rapprocher Crim. 14 mai 2008, n° 08-80 483 qui, statuant au visa de l'article 6 de la CESDH, décide : « Attendu que, si le défaut d'impartialité d'un enquêteur peut constituer une cause de nullité de la procédure, c'est à la condition que ce grief ait eu pour effet de porter atteinte au caractère équitable et contradictoire de la procédure ou de compromettre l'équilibre des droits des parties ».

104. Com., 8 mars 2012 : *B/JB* 2012, p. 242, note D. Bompoin. Voir également Com., 27 mai 2015, n° 12-21361, refusant de sanctionner un « procès-verbal d'audition volontaire » dressé après la clôture de l'instruction.

105. T. Fossier, « Vers un droit procédural commun des autorités de régulation », *Rev. jur. de l'économie publique*, déc. 2011, p. 29.

106. *Rapports annuels AMF*, 2013, p. 290 et 2015, annexe 3, p. 18.

107. Rapport du groupe de travail présidé par Jean-Marie Coulon, premier président honoraire de la cour d'appel de Paris, janv. 2008, Paris, La Documentation Française, p. 122).

108. *L'application du principe Ne bis in idem dans la répression des abus de marché*, AMF, 19 mai 2015.

109. 22 peines d'amendes et 13 peines d'emprisonnement avec sursis.

à l'encontre d'une même personne pour les mêmes faits était admis¹¹⁰ et pratiqué aussi bien devant les juridictions judiciaires¹¹¹ que devant le Conseil d'État¹¹². Comme les éléments constitutifs du manquement ne diffèrent guère¹¹³ des éléments constitutifs de l'infraction pénale¹¹⁴, on aurait pu penser que le nombre des condamnations pénales pût être du même ordre que le nombre des sanctions administratives. Tel ne fut pas le cas, pour deux raisons au moins : d'un côté, l'AMF est mieux à même de déceler les abus de marché, est plus rapide dans leur instruction et plus performante dans leur « jugement » par une commission des sanctions échelonnée ; d'un autre côté, le procureur de la République a classé sans suite la plupart des dossiers en estimant sans doute que la sanction administrative était appropriée et suffisante.

La situation évoquée ci-dessus a connu une évolution depuis la décision du Conseil constitutionnel du 18 mars 2015 d'interdire sous certaines conditions le cumul des poursuites pour opération d'initié¹¹⁵, et surtout depuis la loi du 21 juin 2016 qui met fin à ce cumul en matière d'abus de marché ; la loi oblige désormais à choisir entre la voie administrative et la voie pénale¹¹⁶. Ce choix avait été préconisé par le rapport Coulon précité. Ce choix, souvent appelé « aiguillage », s'opère au terme d'une concertation entre l'AMF et le procureur de la République financier et, faute d'accord entre eux, par le procureur général¹¹⁷. Comme la saisine du juge

pénal ne dépend que de ces autorités, la victime d'un abus de marché (qui déjà ne pouvait pas saisir la commission des sanctions ni intervenir devant elle) se voit privée du droit de mettre en mouvement l'action publique¹¹⁸ et n'est recevable à se constituer partie civile qu'à la condition que le procureur de la République financier « ait la possibilité » d'exercer des poursuites¹¹⁹. Notons que la même loi étend la procédure de la comparution avec reconnaissance préalable de culpabilité aux abus de marché¹²⁰.

b) L'article préliminaire du code de procédure pénale édicte : « La procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties... Les personnes se trouvant dans des conditions semblables et poursuivies pour les mêmes infractions doivent être jugées selon les mêmes règles ». Il n'est pas certain que ces prescriptions qui ont valeur constitutionnelle soient pleinement satisfaites dans le système répressif de l'aiguillage¹²¹ édicté par la loi du 21 juin 2016.

S'agissant du caractère contradictoire de la procédure, le choix entre la voie pénale et la voie administrative relève d'une décision non contradictoire et non motivée, prise en l'absence de la personne mise en cause, émanant de l'AMF et/ou du parquet sans que le juge puisse exercer un quelconque contrôle.

S'agissant du traitement égalitaire, l'aiguillage soumet des personnes se trouvant dans des conditions semblables et poursuivies pour les

110. Cons. const., n° 89-260 DC du 28 juill. 1989.

111. Ass. plén., 8 juill. 2010, n° 10-10965. Pour illustration, voir notamment CA Paris, 13 mai 1997 : *RJDA* 10/97, n° 1215 ; la cour retient que « la circonstance qu'une ordonnance de non-lieu ait été rendue du chef de délit d'initié est indifférente, la commission des sanctions demeurant compétente pour statuer sur le manquement administratif ».

112. Le 16 juillet 2010, le Conseil d'État avait refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité sur le cumul des sanctions administrative et pénale en retenant notamment que la sanction administrative est prononcée à l'issue d'une procédure contradictoire « mettant l'intéressé à même de faire valoir, le cas échéant, qu'il a déjà fait l'objet d'une sanction pénale pour les faits que la commission des sanctions de l'AMF envisage de sanctionner ». Il suffit donc de pouvoir informer.

113. Cons. const., n° 2015-453/454 QPC et n° 2015-462 QPC du 18 mars 2015, *JCP G* 2015, 368, F. Sudre ; *JCP G* 2015, 369, J.-H. Robert ; *JCP G* 2015, doctr. 547, n° 23 et n° 24, obs. B. Mathieu ; *Dr. pén.* 2015, comm. 79, note Peltier ; *D.* 2015, p. 874, note O. Décima et p. 894, obs. A.-V. Le Fur et D. Schmidt ; *Rev. sociétés* 2015, p. 380, note H. Matsopoulou ; *AJP* 2015, p. 179, note J. Bosson et p. 182, note J. Lasserre Capdeville ; C. Mauro, « Ne bis in idem : un tremblement de terre ? » : *AJP* 2015, p. 172 ; *Banque et droit* 2015, n° 160, p. 35, note A.-C. Rouaud ; *BJB* 2015, p. 2014, note Th. Bonneau ; *RLDA* 2015, n° 105, note F. Stasiak ; *BJS* 2015, p. 273, note A. Gaudemet ; *RD bancaire et fin.* 2015, comm. 63, note P. Pailler ; *Dr. sociétés* 2015, comm. n° 94, obs. S. Torck ; *Dr. sociétés* 2015, comm. n° 99, obs. R. Salomon.

114. Sur la problématique de l'identité des sanctions, A.-V. Le Fur, « La rationalisation des sanctions, une exigence démocratique en faveur de leur efficacité », *D.* 2016, p. 1091.

115. Le tribunal correctionnel de Paris, par jugement du 18 juin 2015, applique cette interdiction au manquement et au délit de défaut de déclaration de franchissement de seuil : *BJB* 2015, § 112x3, p. 495.

116. A.-V. Le Fur et D. Schmidt, « Le traitement du cumul des sanctions administratives et pénales en droit interne : entre incohérences et insécurité juridique », *D.* 2016, p. 2126.

117. Article L. 465-3-6 du code monétaire et financier.

118. Sur la constitutionnalité de la privation de ce droit, rapprocher Ass. plén., 21 juin 1999, n° 99-81927.

119. Article L. 465-3-6, VII du code monétaire et financier.

120. Article 495-7 du code de procédure pénale.

121. D. Schmidt et A.-V. Le Fur, « Sanctions des abus de marché : "l'aiguillage", source de déraillements », *D.* 2015, p. 1450.

mêmes infractions à des règles différentes de procédure et de jugement selon qu'elles sont renvoyées devant le juge pénal ou devant la commission des sanctions, sans que les critères d'orientation soient prévus par le législateur lui-même¹²² et sans que la décision d'orientation soit motivée. L'aiguillage est d'autant plus inégalitaire qu'il est discrétionnaire et arbitraire.

S'agissant du principe de prévisibilité des peines, la personne mise en cause ignore jusqu'au jour de l'aiguillage si elle va encourir une sanction pécuniaire administrative ou une peine d'emprisonnement. Dans l'affaire tranchée par la CEDH le 22 janvier 2013, une règle procédurale du droit maltais conférait une option au procureur qui pouvait, à sa discrétion, exercer les poursuites devant des juridictions pénales différentes, avec pour conséquence des durées de peine variables. La Cour relève que le justiciable ne pouvait pas savoir laquelle des deux peines s'appliquerait préalablement à la décision du procureur, qu'aucun des critères d'orientation n'était indiqué dans la loi, et que « la décision était inévitablement subjective et ouvrait ainsi la place à l'arbitraire »¹²³.

S'agissant enfin du caractère équitable de la procédure et de l'équilibre des droits des parties, le système de l'aiguillage appelle deux ordres d'observations relatives à l'office du juge.

En premier lieu, la présomption d'innocence est malmenée. Certes, l'aiguillage ne constitue pas une déclaration de culpabilité prononcée par un juge ; néanmoins la CEDH a retenu qu'une atteinte à la présomption d'innocence peut émaner non seulement d'un juge ou d'un tribunal, mais aussi d'autres autorités publiques¹²⁴ et il n'est pas certain que la décision du procureur de la République financier ou du procureur général, qui sont des autorités publiques, soit celle d'une

« personne extérieure à la procédure »¹²⁵. Par ailleurs le prévenu aura du mal à démontrer que le choix de la voie pénale procède d'un doute sérieux sur sa culpabilité, doute que le parquet préférerait soumettre au juge pénal plutôt qu'à une commission des sanctions qui privilégie¹²⁶ la matérialité des faits. On peut redouter que le choix de la voie pénale éveille le sentiment du juge que le prévenu a commis des faits graves susceptibles de lui faire encourir une peine d'emprisonnement : sinon, pourquoi ne pas avoir choisi la voie administrative¹²⁷ ?

En second lieu, l'équilibre des droits des parties et l'égalité des armes dans le procès sont douteux lorsque le dossier de l'enquête AMF vient au renfort du dossier pénal. L'AMF transmet son dossier d'enquête au procureur de la République financier¹²⁸ qui peut le verser au dossier du juge. Or on a vu ci-dessus que l'enquête AMF n'est pas menée contradictoirement et que le principe des droits de la défense ne s'applique pas. Le dossier d'enquête fera-t-il l'objet d'un contrôle par le juge pénal pour vérifier à tout le moins si l'enquête a été loyale ? L'espoir d'une réponse positive se heurte à l'arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 31 octobre 2007¹²⁹ : le prévenu était poursuivi notamment pour délit d'initié et manipulation de cours ; il avait sollicité l'annulation de l'enquête AMF en soutenant qu'elle était entachée d'irrégularités tenant à des saisies opérées sans autorisation judiciaire. La chambre de l'instruction avait rejeté sa demande en retenant une motivation que la Cour de cassation confirme en érigeant un barrage contre des prétentions de cette sorte : « Attendu que, pour dire n'y avoir lieu à annulation de l'enquête administrative, l'arrêt énonce que les irrégularités alléguées de cette enquête sont sans incidence sur la validité du

122. Par décision QPC n° 2016-569 du 23 sept. 2016, le Conseil constitutionnel juge contraire à la Constitution la référence au vol au sein de l'article 41-1-1 du code de procédure pénale au motif suivant : « en renvoyant au pouvoir réglementaire le soin de délimiter le champ d'application d'une procédure ayant pour objet l'extinction de l'action publique, le législateur a méconnu sa compétence dans des conditions affectant l'égalité devant la procédure pénale ».

123. CEDH 22 janvier 2013, n° 42931/10, D. 2013, p. 2713.

124. CEDH 10 févr. 1995, n° 15175/89.

125. Crim., 11 juill. 2012, n° 11-85.220.

126. Les opérations d'initiés se définissent de manière objective pour assurer l'intégrité nécessaire des marchés financiers et renforcer la confiance des investisseurs : CA Paris, 8 nov. 2012, RG 11/22 467 ; CA Paris, 27 mars 2012, RG 11/08526. La constitution du manquement prévu à l'article 3 du règlement de la COB n° 90-04 relatif à l'établissement des cours comportait un élément intentionnel. Cet élément n'apparaît plus dans la définition issue du règlement général de l'AMF : Commission des sanctions, 26 janv. 2006, SAN-2006-11.

127. Le montant maximal de la sanction pécuniaire administrative et celui de l'amende pénale sont désormais identiques. Le choix de la voie pénale ne s'explique que par la possibilité d'infliger une peine d'emprisonnement. En vain alléguerait-on le caractère « infamant » de la sanction pénale : ce caractère s'est étiolé dans le monde actuel des affaires.

128. Article L. 621-15-1 du code monétaire et financier.

129. Crim., 2 oct. 2007, n° 06-82392.

réquisitoire introductif, le procureur de la République étant investi du pouvoir d'apprécier l'opportunité d'exercer les poursuites au vu de renseignements faisant présumer l'existence d'une infraction, et que ceux-ci ne sont astreints à aucune condition de forme ». Cette décision peut être rapprochée de celle rendue le 1^{er} mars 2000 : une enquête et une sanction administrative avaient été annulées par la cour d'appel de Paris; cette même enquête avait été versée au dossier du juge pénal saisi des mêmes faits; le prévenu avait demandé l'annulation du réquisitoire introductif de la procédure subséquente motif pris de l'annulation de la procédure administrative d'enquête; sa demande est rejetée au motif, approuvé par la Cour de cassation, que l'annulation de l'enquête administrative « n'est pas de nature à entacher de nullité la procédure et le rapport de la COB transmis au procureur de la République ni le réquisitoire définitif subséquent »¹³⁰. Cette situation peut trouver une justification dans le cas où le dossier d'enquête n'a en aucune façon été pris en considération par le juge pénal pour forger sa conviction : mais comment en être assuré ? Les dossiers d'enquête de l'AMF, construits par des enquêteurs spécialisés à l'aide d'outils informatiques sophistiqués, parfois composés de milliers de cotes, portant sur des faits qui peuvent présenter, notamment en matière de manipulation de cours, une très haute technicité accrue en cas de négociation algorithmique, peuvent difficilement être considérés comme dépourvus d'incidence sur le réquisitoire introductif et dépourvus d'incidence sur la délibération du juge. À quoi s'ajoute la possibilité ouverte à l'AMF par l'article L. 621-16-1 du code monétaire et financier, lorsque le parquet a engagé des poursuites, d'exercer les droits de la partie civile ou d'être présente à l'audience de la juridiction saisie, de déposer des conclusions et de les développer oralement. L'AMF intervient ainsi pour obtenir du juge pénal ce que l'aiguillage lui interdit d'attendre de la commission des sanctions. Le poids de l'enquête non contrôlée de l'AMF et de l'exercice par celle-ci des droits de la partie civile ou du droit d'intervenir à l'au-

dience en vue de « corroborer l'action publique »¹³¹ provoque dans les faits le déséquilibre des « droits des parties » et l'inégalité des armes.

Nous n'avons guère évoqué jusqu'à présent les droits de la victime d'un abus de marché. Ils sont chétifs. Lorsque l'aiguillage mène à la voie administrative, la victime ne peut ni saisir la commission des sanctions, ni intervenir devant elle, ni former un recours contre sa décision. Elle n'a d'autre voie que celle d'une action ordinaire en responsabilité devant le juge civil. Lorsque l'aiguillage mène à la voie pénale, la victime est en droit de se porter partie civile. Devant le juge civil ou pénal, elle n'obtient pas la réparation de son préjudice financier provoqué par l'abus de marché car elle ne peut se plaindre que d'une « perte de chance » : en effet, la Cour de cassation, par arrêt du 9 mars 2010¹³², a décidé au visa de l'article L. 225-252 du code de commerce « que celui qui acquiert ou conserve des titres émis par voie d'offre au public au vu d'informations inexactes, imprécises ou trompeuses sur la situation de la société émettrice perd *seulement*¹³³ une chance d'investir ses capitaux dans un autre placement ou de renoncer à celui déjà réalisé [...] ; que l'arrêt retient que le préjudice des actionnaires de la société ne s'analyse pas en la perte d'une chance d'investir ailleurs leurs économies dès lors qu'il est, en réalité, au minimum de l'investissement réalisé ensuite des informations tronquées portées à leur connaissance ; [...] en statuant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé ». L'utilisation du terme « seulement » signifie que la Cour exclut la perte financière pour ne réparer que la perte d'une chance. Les rares décisions publiées révèlent la modicité de l'indemnisation de cette perte de chance. Cette jurisprudence dissuade la victime d'engager des frais pour un procès qui, après de nombreuses années, débouche sur un résultat sans intérêt.

*
* *

En conclusion, l'office du juge présente un caractère contrasté : en matière d'OPA, la cour d'appel de Paris exerce un contrôle effectif sur les déci-

130. Crim., 1^{er} mars 2000 : *Bull. crim.*, n° 98.

131. Crim., 29 juin 2016, n° 15-85.759.

132. Com. 9 mars 2010, n° 08-21.547, *D.* 2010, p. 761, obs. A. Lienhard, et p. 2797, obs. J.-C. Hallouin ; *Rev. sociétés* 2010, p. 230, note H. Le Nabasque ; *RSC* 2011, p. 113, obs. F. Stasiak ; *RTD civ.* 2010, p. 575, obs. P. Jourdain ; *RTD com.* 2010, p. 374, obs. P. Le Cannu et B. Dondero, et p. 407, obs. N. Rontchevsky.

133. Souligné par nos soins.

sions du collège de l'AMF, mais ce contrôle est enserré entre d'étroites limites ; en outre, sa compétence n'englobe pas tout le contentieux des OPA. En matière d'abus de marché, la même cour et le Conseil d'État ont élaboré pour l'application des mêmes textes une jurisprudence semblable en vue de contrôler les sanctions infligées par la commission des sanctions. Pourquoi deux juridictions ?

Les sanctions de nature pénale infligées par cette commission administrative au mépris de la séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire démembrant la justice pénale et réduisent l'office du juge pénal à la portion congrue. De plus, le contrôle des sanctions ne porte pas sur l'enquête qui en est le support. Enfin ni la commission ni les juges du recours n'ont compétence pour ordonner la réparation du préjudice causé par l'abus de marché.

Pour résoudre ces graves difficultés et insuffisances, nous avons proposé avec le professeur Anne-Valérie Le Fur l'institution d'un tribunal des marchés financiers¹³⁴ : une juridiction financière qui pourrait prendre la forme d'une chambre spécialisée du tribunal de grande instance de Paris. Cette juridiction serait composée de juges et d'assesseurs professionnels des marchés¹³⁵, aurait le même domaine d'intervention que la commission des sanctions en matière d'abus de marché, se substituerait à celle-ci en ce domaine, aurait le pouvoir de caractériser et de sanctionner¹³⁶ les faits au regard des lois civile et pénale et d'ordonner la réparation du préjudice causé par l'abus de marché. Il appartient au législateur

de fixer les règles procédurales spécifiques à cette juridiction qui pourrait être saisie par l'AMF, le parquet et la personne se prétendant victime d'un abus de marché.

Cette proposition n'a pas soulevé d'objection¹³⁷ ; cependant on lui a préféré en 2016, comme si l'idée que ce contentieux soit traité par un juge suscite l'inquiétude, le système de l'aiguillage qui cumule les atteintes au principe constitutionnel d'égalité et de prévisibilité des peines ainsi qu'au caractère équitable de la procédure et à l'équilibre des droits des parties. En outre, ce système n'a aucun impact positif sur l'efficacité de la régulation et de la répression financières alors qu'il aggrave sensiblement la situation de la personne mise en cause et celle de la personne lésée. En revanche la création d'une telle juridiction permettrait l'unification¹³⁸ et la rationalisation du contentieux actuellement dispersé et réserverait au juge l'infliction de sanctions de nature pénale, tout en renforçant le rôle et l'autorité de l'AMF en sa pleine et seule fonction de régulateur. Cette nouvelle juridiction pourrait aussi recevoir compétence exclusive pour connaître des demandes visées aux articles L. 621-13, L. 621-14 et L. 621-14-1 du code monétaire et financier, pour autoriser les visites domiciliaires, pour traiter la partie du contentieux des OPA qui échappe à la cour d'appel de Paris, et éventuellement le contentieux des sanctions actuellement prononcées par d'autres autorités administratives indépendantes. Cela n'est pas une révolution, mais une nécessaire évolution.

134. Pour une présentation détaillée de cette proposition, « Pour un tribunal des marchés financiers », *BJB* 2015, n° 1, p. 236.

135. Le rapport Coulon précité (p. 106) préconisait déjà l'échevinage dont les mérites ont été décrits par M. Marshall (*Rapport sur les juridictions du xix^e siècle*, déc. 2013, p. 62) : « Il convient dans les contentieux techniques économiques et sociaux où l'apport des magistrats issus du milieu professionnel concerné constitue un enrichissement évident au débat et à la décision juridictionnelle, de proposer une synthèse entre cette culture et la culture judiciaire en organisant des compositions mixtes associant magistrats professionnels et magistrats non professionnels dans des formations adaptées à chacun de ses contentieux. Dans les audiences collégiales où ils siègeront, les magistrats non professionnels auront voix délibérative et ils participeront à la rédaction des décisions juridictionnelles ».

136. L'AMF conserverait les pouvoirs d'enquête et de surveillance prévus par l'article 23 ainsi que nombre des pouvoirs de sanction de nature administrative prévus à l'article 30 du règlement n° 596/2014.

137. Contrairement à un argument avancé, la directive Abus de marché ne s'oppose nullement à ce que les sanctions pécuniaires de nature pénale soient prononcées par un tribunal étatique : D. Schmidt et A.-V. Le Fur, « Le TMF au regard du droit de l'UE relatif aux sanctions financières », *BJB* 2015, n° 5, p. 236.

138. CEDH, Gde ch., 20 nov. 2016, Req. n° 24130/11 et 29 758/1115 : « Il ressort à l'évidence de cette analyse de la jurisprudence de la Cour que, s'agissant de faits punissables aussi bien sur le terrain du droit pénal que sur celui du droit administratif, la manière la plus sûre de veiller au respect de l'article 4 du Protocole n° 7 consiste à prévoir, à un stade opportun, une procédure à un seul niveau permettant la réunion des branches parallèles du régime légal régissant l'activité en cause, de façon à satisfaire dans le cadre d'un seul et même processus aux différents impératifs poursuivis par la société dans sa réaction face à l'infraction ».

Droit pénal général

Autour d'une discipline choisie à chaque numéro, cette rubrique « perspectives » a pour objectif d'en dessiner les contours, d'en tracer les évolutions récentes et les évolutions à venir, d'en dresser un bilan prospectif.

À cette fin la liberté de la plume est totale : les auteurs présentent un libre-propos sur la discipline en général, ou sur certains de ses aspects particuliers, sur ses évolutions récentes et futures, sur ce qu'elle pourrait devenir, sur d'éventuels souhaits pour son avenir.

Les « perspectives » de ce numéro sont consacrées au droit pénal général.

Petit un du Grand B :

quelles perspectives pour le droit pénal ?

Quelles perspectives pour le droit pénal ?

Xavier Pin

Professeur à l'Université Jean Moulin (Lyon III)

Depuis une vingtaine d'années – pour prendre comme point de départ le dernier code pénal¹ –, notre droit pénal, de fond comme de forme, s'est considérablement emballé, transformé et complexifié, au point que les pénalistes sont en perte de repères². Il est de plus en plus difficile de savoir en effet quelles valeurs il exprime et quels comportements il réprime. Certes, le mouvement avait été pressenti par Jean Larguier, qui nous mettait en garde, il y a plus de quarante ans, contre la médicalisation et la fiscalisation du droit pénal et qui se demandait s'il fallait reconstruire le droit pénal alors que le sol tremblait, ou déplacer l'édifice pour ne pas qu'il se fissure ou s'effondre³. Or il a été choisi de le reconstruire en 1992, mais sans changer les fondations et sans un véritable architecte⁴, si

bien qu'aujourd'hui ce droit pénal nouveau apparaît très fragilisé.

D'aucuns se mettent « à la recherche de la peine perdue »⁵, d'autres font le constat d'un droit pénal « en quête de sens », oscillant entre « surenchère sécuritaire » et « désescalade humanitaire »⁶, et tous s'accordent sur le fait que la politique criminelle elle-même est « en quête de rationalité », surtout depuis qu'elle s'est ouverte à des rationalités prospectives (par la multiplication des incriminations préventives ou des peines préventives) et pseudo-scientifiques (par le recours à l'expertise criminologique ou à l'expérimentation pénologique)⁷. La Justice pénale n'est pas en reste, puisque la procédure pénale est aussi « en quête de cohérence »⁸, et que l'on sait que l'administration judiciaire comme l'administration pénitentiaire sont de

1. L. Saenko (dir.), *Le nouveau Code pénal, vingt ans après : état des questions*, LGDJ/Lextenso, 2014 ; J. Pradel, « Notre Code pénal, vingt ans à peine et déjà des dérivés qui n'ont pas attendu le nombre des années », *JCP G* 2014, lib. pr. n° 259 ; J. Pradel, « La notion de Code pénal à la lumière du droit comparé », *RPDP* 2014, p. 515 s. ; J.-H. Robert, « Le Code pénal vingt ans après », *Dr. pénal* 2014, rep. n° 3.
2. V. not. V. Malabat, B. de Lamy et M. Giacomelli (dir.), *Droit pénal le temps des réformes*, LexisNexis, Colloques et débats, 2011 ; V. Malabat, B. de Lamy et M. Giacomelli (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale : Opinio doctorum*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009.
3. J. Larguier, « Mort et transfiguration du droit pénal », in *Mélanges Marc Ancel*, Cujas, 1975, p. 123 s.
4. P. Poncela et P. Lascoumes, *Réformer le code pénal : où est passé l'architecte ?*, PUF, Les voies du droit, 1998.
5. B. de Lamy (dir.), « À la recherche de la peine perdue, Actes de la 10^e journée des Masters 2 pénal des universités de Toulouse et Bordeaux », dossier, *Dr. pénal* 2015, n° 9.
6. C. André, « Alternance et politique pénale : le droit pénal français en quête de sens (1981-2015) », in *L'exigence de justice, Mélanges en l'honneur de Robert Badinter*, Dalloz, 2016, p. 1 s.
7. X. Pin, « Une politique criminelle en quête de rationalité : le cas français », in J. Boulad-Ayoub, M. Antarki et P. Robert (dir.), *Rationalité pénale et démocratie*, PU Laval, Mercure du Nord, 2013, p. 39 s.
8. Cour de cassation, *La procédure pénale en quête de cohérence*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2007.

plus en plus traversées par des logiques économiques ou de gestion⁹, pas forcément compatibles avec les exigences du droit, de la justice et du progrès.

Des explications ont bien été recherchées du côté de la post-modernité¹⁰ mais le doute sur le sens du droit pénal s'est sérieusement installé, au point que certains se demandent s'il peut encore être enseigné¹¹ et que d'autres sont prêts à se résoudre au fait « qu'il n'y aurait ni progrès, ni sens en matière de peine »¹². Et le tableau peut encore être assombri, lorsque l'on constate que le droit pénal est de plus en plus *concurrenté* par des droits bien moins garants des libertés individuelles et bien moins porteurs de valeurs, tels que le droit de la sécurité intérieure ou les divers droits dits de régulation qui s'aventurent sur le terrain de la punition. Sans compter la concurrence du droit civil, où la réparation se mêle parfois à la répression¹³.

Il est possible néanmoins de rester optimiste quant à l'avenir du droit pénal car malgré la complexité et les turbulences, qui affectent le droit tel qu'il est (*de lege lata*), des signes de stabilisation et de réorientation apparaissent, qui offrent quelques perspectives de refondation (*de lege ferenda*).

I. De lege lata

En prenant un peu de recul ou de hauteur par rapport au droit pénal actuel, on a le sentiment, comme l'observait récemment un collègue d'être parvenu à un « point d'équilibre »¹⁴. Cet équilibre est sans doute instable mais il peut s'analyser, sur un plan idéologique, comme « la fin de l'histoire » (A), laquelle entraînerait, sur un plan technique, la fin des systèmes (B).

A. La fin de l'histoire

Le constat de la « fin de l'histoire », selon l'expression de *Fukuyama*, a été fait par notre collègue *Étienne Vergès* à propos de la récente loi

du 3 juin 2016 qui, selon lui, marquerait la fin de l'alternance entre les lois dites de sécurité et lois de liberté. Ce constat est juste et l'on peut se demander s'il ne mérite pas d'être généralisé à l'ensemble des lois pénales – codes compris. Le temps semble en effet révolu, où les lois étaient idéologiquement marquées par une bipolarisation entre, en gros, les lois « de droite » privilégiant la sécurité et les lois « de gauche » prônant la liberté. Certes, on ressent ponctuellement les influences, mais lorsque l'on regarde l'ensemble de notre législation, l'on s'aperçoit qu'elle n'est ni de gauche, ni de droite; ni plus sécuritaire, ni plus humaniste, mais qu'elle est un « *patch work* », qui offre le pire comme le meilleur, allant du « droit pénal de l'ennemi »¹⁵ au droit pénal des droits de l'Homme.

L'une des explications tient certainement au fait qu'aujourd'hui, le droit pénal est en grande partie d'origine européenne et que les normes européennes ne sont pas clivées. Mais, même sans l'Europe, il faut bien reconnaître que les clivages politiques se sont estompés et que malgré les alternances, le droit n'est jamais refondé, il gonfle : les institutions créées par les uns s'ajoutent à celles créées par les autres. Il en a été ainsi des peines de substitution comme de la rétention de sûreté, si bien qu'aujourd'hui nos codes permettent toutes les politiques pénales. La loi du 14 août 2014 *relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales* en est l'illustration : issue d'une conférence de « consensus », elle est finalement une loi de *compromis*. Certes, on y trouve l'amorce d'une césure du procès pénal, le renforcement de la diversion avec un nouveau cas de transaction, le timide début d'une abolition de l'emprisonnement avec la contrainte pénale et le désir de sortir du paradigme vindicatif, avec la *justice restaurative*, mais elle n'est pas allée au bout de sa logique. Certes, elle a supprimé les peines planchers, mais c'est moins par idéologie

9. V. J. Danet, *La justice pénale entre rituel et management*, Presses Universitaires de Rennes, 2010; J. Danet (dir.), *La réponse pénale : dix ans de traitement des délits*, Presses universitaires de Rennes, 2013.

10. M. Massé, J.-P. Jean et A. Giudicelli (dir.), *Un droit pénal post-moderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, PUF, Droit et justice, 2009.

11. D. Mayer « Peut-on encore enseigner le droit pénal ? », in *Mélanges en l'honneur de Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 521 s.

12. P. Poncela et G. Casadamont, *Il n'y a pas de peine juste*, Odile Jacob, 2004.

13. V. notamment Ch. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale : à la recherche d'une cohérence perdue*, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 570, 2016; G. Rabut-Bonaldi, *Le préjudice en droit pénal*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 159, 2016.

14. E. Vergès, « La procédure pénale à son point d'équilibre », *Rev. sc. crim.* 2016, p. 551 s.

15. J.-F. Dreuille (dir.), « Droit pénal et politique de l'ennemi », *Jurisprudence, Revue critique*, 2015.

que par pragmatisme : les peines fixes n'ont jamais tenu bien longtemps dans notre droit.

Tout cela n'est pas sans rappeler le vieux débat entre les tenants du *déterminisme* et les idéologues du *libre arbitre*; entre l'état dangereux et la culpabilité; entre punir et prévenir ou entre sévérité et humanisme. Foucault, dans *Surveiller et punir*, a bien montré que ces oppositions, ces postures n'avaient plus de sens dans une société de la surveillance ou du contrôle, et Jean-Louis Halpérin a parfaitement mis en lumière « les ambivalences des doctrines pénales modernes »¹⁶. De la philosophie des Lumières à celle des droits de l'homme en passant par les doctrines les plus sécuritaires, la plupart des auteurs ont soutenu des idées sévères et humanistes à la fois, comme Saleilles ou Garraud qui soutenaient en même temps la relégation des récidivistes incorrigibles et le sursis ou la libération conditionnelle; ou comme Ancel qui prônait la resocialisation mais admettait dans certaines limites, des mesures de sûretés pré-délictuelles.

Or ces ambivalences ont pénétré notre législation comme en témoigne la nouvelle définition des peines de l'article 130-1 du Code pénal, issu précisément de la loi du 14 août 2014 : « Afin d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime, la peine a pour fonctions : 1° De sanctionner l'auteur de l'infraction; 2° De favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion ». Tout y est : la sanction (ce qui est vague), l'amendement, c'est-à-dire le rachat moral et la réinsertion, c'est-à-dire le rachat social. L'ennui est que la peine n'est pas définie dans son aspect *afflictif* substantiel (la punition) et que le code pénal omet de dire qu'elle n'est plus la seule « réponse » à l'infraction, en ne la distinguant pas suffisamment des mesures de sûreté et des autres mesures alternatives à la poursuite. Du coup, lorsque l'on consulte le cata-

logue des peines, on est frappé par leur *hybridation*¹⁷. Ainsi, en ce qui concerne les genres, il est très difficile de distinguer les peines des mesures de sûreté : les peines se veulent *éducatives* (c'est la mode des stages) voire *curatives* (avec la multiplication des injonctions de soins) et les mesures de sûreté s'apparentent à des « peines sans crime » (la rétention de sûreté) voire à des « peines sans criminels » (les mesures susceptibles d'être prononcées à la suite d'une déclaration d'irresponsabilité pénale). Et lorsque l'on rentre dans le détail des espèces, l'on constate que des alternatives à la sanction ressemblent à des peines (l'ajournement avec injonction, la composition pénale) et que des peines peuvent être à la fois complémentaires et de substitution, ou à la fois préventive et réparatrice (la sanction réparation)¹⁸. Quant à la procédure pénale, le constat est celui d'un rapprochement avec la procédure civile, la diversité en la matière ayant pu être qualifiée par Loïc Cadiet d'« apparente » ou de « résiduelle »¹⁹, ce qui attesterait de la fin des systèmes.

B. La fin des systèmes

L'ordonnancement du droit pénal, hérité de la Révolution, fondé sur le principe de légalité criminelle et le paradigme de la culpabilité et de la défense de l'ordre public ne correspond plus à la réalité du droit positif. Il y a belle lurette en effet que l'édifice s'est lézardé et que le système classique n'est plus explicatif, tant en ce qui concerne les *principes* que les *concepts*. Le phénomène a surtout été remarqué en procédure pénale, où le modèle du procès équitable a supplanté la traditionnelle opposition entre les *systèmes inquisitoire* et *accusatoire*²⁰, et où les fonctions de poursuite, d'instruction, de jugement ont été redéfinies²¹, mais il s'observe aussi en droit pénal de fond.

Au plan des *principes*, tout d'abord, il convient de constater le *déclin* irréversible du prin-

16. J.-L. Halpérin, « Les ambivalences des doctrines pénales modernes », <http://www.college-de-france.fr/site/mireille-delmas-marty/seminar-2009-06-08-09h35.htm>.

17. X. Pin, « Quelques réflexions sur l'hybridation des peines », in *La cohérence des châtiments*, Institut de criminologie de Paris, Dalloz, Essais de philosophie pénale et de criminologie, vol. 10, 2012, p. 81 s.

18. S. Fournier, « La peine de sanction-réparation : un hybride disgracieux (où les dangers du mélange des genres) », in *Mélanges en l'honneur de Jacques-Henri Robert*, op. cit., p. 285 s.

19. L. Cadiet, « Rapport de synthèse », in S. Amrani-Mekki (dir.), *Procédure civile et procédure pénale, Unité ou diversité ?*, Bruylant, 2014, p. 207 s.

20. V. notamment L. Primot, *Le concept d'inquisitoire en procédure pénale : représentations, fondements et définition*, LGDJ, Bibl. sc. crim., t. 47, 2010.

21. V. notamment C. Viennot, *Le procès pénal accéléré – étude des transformations du jugement pénal*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 120, 2012; X. Pin, « La notion de juridiction (le point de vue d'un pénaliste) », in S. Amrani-Mekki (dir.), *Procédure civile et procédure pénale, Unité ou diversité ?*, op. cit., p. 57 s.

cipe de légalité formelle. Le droit pénal n'est plus principalement *législatif* – l'a-t-il jamais été ? –, il est autant réglementaire (droit des contraventions mais aussi, en grande partie, droit de l'exécution des peines) que parlementaire (et encore : nombre de lois pénales sont des ordonnances) ou judiciaire (à force d'interprétation large). On pourrait s'en offusquer et dénoncer comme le faisaient nos maîtres une atteinte au principe de la légalité criminelle dans sa dimension politique²² : le droit pénal qui s'écrit *place Vendôme*, *place Beauvau* ou au *Palais Royal* n'a évidemment pas la même légitimité démocratique qu'un droit pénal écrit au *Palais Bourbon* et au *Palais du Luxembourg*. Et que dire du droit pénal réécrit par le juge ? Mais le phénomène n'inquiète plus guère car le droit pénal est en même temps devenu *constitutionnel*²³ et *européen*, au prix d'une transformation de la légalité, en une *légalité matérielle*²⁴. L'important aujourd'hui n'est donc pas tant la source de la norme pénale que la bonne maîtrise des mécanismes de contrôle permettant de s'assurer de sa *validité substantielle*, au regard de normes et de principes supérieurs (mesure, prévisibilité, équité)²⁵. Au passage, l'on notera que l'utilité même d'un Code a pu être remise en question²⁶ surtout depuis l'avènement du droit pénal européen. Toutefois, cela ne signifie pas que le législateur national doive se reposer ; il lui appartient au contraire d'être plus vigilant et d'apprendre à manier l'art de la *transposition*²⁷, pour préserver la culture juridique nationale²⁸.

Au plan des *concepts*, ensuite, on s'aperçoit que les belles théories ont fait leur temps. La théorie de l'infraction, née d'exigences processuelles²⁹, craque de toute part. Ainsi, le dol est

très artificiel, non seulement parce qu'il se déduit le plus souvent de la matérialité des faits mais aussi parce que, dans bien des cas, la jurisprudence considère que « la seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique de la part de son auteur, l'intention coupable exigée par l'article 121-3, alinéa 1, du Code pénal » et que, dans d'autres, elle retient un dol simplement *éventuel*. Quant à la *faute*, il semble que les subtiles distinctions entre les fautes simples, caractérisées et délibérées voulues par le législateur en 2000 n'aient guère eu d'impact en jurisprudence³⁰. Semblablement, les systèmes légaux ou doctrinaux relatifs à la causalité n'ont pas résisté à l'épreuve des faits, comme en témoigne cet arrêt de la Cour de cassation qui admet que cause « directement » le dommage, subi par une personne mordue par un chien, la faute de négligence du propriétaire de l'animal l'ayant laissé sortir de chez lui sans être contrôlé et tenu en laisse³¹.

De manière plus générale, c'est le système de responsabilité pénale fondée sur la *culpabilité* qui vacille, non seulement parce que l'on punit de plus en plus de simples mises en danger, mais aussi parce que l'exigence d'un fait personnel recule, au point que l'on ose désormais formuler des hypothèses de responsabilité du fait d'autrui, voire de responsabilité pénale du fait des choses³². De même, la condition d'imputabilité a reculé depuis que les personnes déclarées irresponsables peuvent se voir imposer par le juge pénal toute une série d'interdictions. Le paradoxe étant que l'on commence à envisager la question de l'imputabilité chez les personnes morales³³. Que dire aussi de la complicité, lors-

22. Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, Amand Colin, 7^e éd., 2004, n° 87 s.

23. A. Cappello, *La constitutionnalisation du droit pénal, pour une étude du droit pénal constitutionnel*, LGDJ, Bibl. sc. crim., t. 58, 2014.

24. D. Zerouki, *La légalité criminelle. Enrichissement de la conception formelle par une conception matérielle*, Thèse Lyon III, 2001.

25. M. Bouchet, *La validité substantielle de la norme pénale*, Thèse Paris II, 2016.

26. M. Delmas-Marty, « Le dernier Code pénal ? », in L. Saenko (dir.), *op. cit.*, p. XI et s. ; v. aussi M. van de Kerchove, « Pourquoi punir au-delà d'un Code pénal ? Réflexions à partir du droit belge », in L. Saenko (dir.), *op. cit.*, p. 183 s.

27. E. Vergès, « La réforme par transposition : la nouvelle voie de la procédure pénale », *Rev. sc. crim.* 2015, p. 683 s.

28. E. Letouzey, S. Corioland et M. Daury-Fauveau (dir.), *La transposition du droit de l'Union européenne dans la loi pénale interne : l'intégration d'un corps étranger*, CEPRISCA, 2017 (à paraître).

29. J. Ferrand, « Quand la forme l'emporte sur le fond : de l'incidence des normes processuelles sur la genèse de la théorie générale de l'infraction », *Rev. sc. crim.* 2013, p. 505 s.

30. X. Pin, « La notion de faute en droit pénal (121-3=07) », in V. Malabat, B. de Lamy et M. Giacomelli (dir.), *Droit pénal le temps des réformes*, *op. cit.*, p. 95 s.

31. *Crim.* 21 janv. 2014, n° 13-80267, *Gaz. Pal.* 2014, n° 106-107, p. 5, note R. Mésa, *RPDP* 2014, p. 77 note S. Fournier, p. 641, obs. X. Pin.

32. S. Detraz, « L'hypothèse d'une responsabilité pénale du fait des choses », in *Mélanges en l'honneur de Jacques-Henri Robert*, *op. cit.*, p. 229 s.

33. E. Dreyer, « Responsabilité pénale des personnes morales : question d'imputation ou d'imputabilité ? », *Gaz. Pal. Spécialisée* 2015, n° 305-307, p. 24 ; Y. Mayaud, « Non à l'imputabilité des personnes morales », in *Politique(s) criminelle(s), Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 719 s.

que la jurisprudence admet l'imputation d'un délit non intentionnel à un complice qui s'est abstenu³⁴ ? Enfin, c'est aussi dans le domaine des faits justificatifs que les concepts sont fragilisés : peut-on encore considérer qu'il s'agit de causes « objectives » d'irresponsabilités, lorsque la jurisprudence admet la responsabilité civile de celui qui a agi en état de légitime défense³⁵ ? Et à quoi va bien pouvoir servir la théorie de la justification, depuis que la Cour de cassation contrôle la proportionnalité des décisions de condamnations³⁶ ? C'est ici le concept même d'infraction qui est touché.

Des observations du même ordre pourraient être faites à propos du concept de *condamnation pénale*, dont on ne sait toujours pas ce qu'il recouvre³⁷ et qui pourtant a fait l'objet d'une extrême « juridicisation ». En ce domaine, il aurait fallu être sobre en se contentant d'admettre que la peine est nécessaire et en veillant à ce qu'elle soit *individualisée*. Or, le législateur a fait preuve de tout sauf de sobriété, au point qu'une véritable branche du droit est née : *le droit de l'exécution des peines*³⁸. Là où il y a quelques années encore on enseignait la « science pénitentiaire » puis la « pénologie », il est désormais question de *droit*, avec ses institutions, ses procédures, ses juges et ses spécialistes, capables de maîtriser des règles de computation de délais, de cumul de mesures ou de conversions en tout genre. Le fameux « parcours d'exécution de peine » devient un parcours d'obstacles juridique d'une extrême complexité, où il est question de suspension, d'aménagement, de réduction ou de conversion de peines, régies par un maquis de

textes. L'ensemble a visiblement échappé à toute logique, au point que la matière a même accueilli des concepts qui lui sont totalement étrangers. Il en est ainsi du *consentement*³⁹, qui est désormais requis pour le travail d'intérêt général, le stage de citoyenneté, le placement sous surveillance électronique, les injonctions de soins, la libération conditionnelle, les aménagements et les conversions de peines. Cette immixtion du consentement a conduit certains auteurs à formuler l'hypothèse d'une « contractualisation » de la matière⁴⁰, alors pourtant que l'analogie entre la peine et le contrat⁴¹ est juridiquement fautive et psychologiquement trompeuse. Il a donc dû être démontré que la justice pénale consensuelle pouvait accueillir les actes d'option⁴², de renonciation⁴³, de transaction⁴⁴ voire de négociation⁴⁵, mais qu'elle n'était pas adaptée pour le *contrat* au sens civil du terme. Et pourtant le législateur a persisté dans cette logique contractuelle, comme en témoigne la loi du 3 juin 2016, qui permet au prévenu absent mais représenté à l'audience d'accepter un travail d'intérêt général, un stage de citoyenneté ou un sursis assorti d'un travail d'intérêt général, en faisant connaître par écrit son accord. Or que reste-t-il de l'autorité de la justice lorsque la peine est acceptée *in absentia* ? Certes, cette forme de contractualisation n'est peut-être pas mauvaise en soi⁴⁶, mais en l'occurrence est elle plaquée sur un modèle qui n'est pas fait pour l'accueillir : si les mots ont un sens une peine n'est pas un contrat.

Enfin, un autre concept étrange a fait son entrée dans le domaine des peines : celui de

34. Crim., 13 sept. 2016, n° 15-85045.

35. Crim., 16 juin 2015, n° 13-88263, *AJ Pénal* 2015, p. 610, obs. D. Aubert.

36. Comp. à propos de l'action d'une journaliste infiltrée, non punissable pour escroquerie dès lors que ses agissements s'inscrivent dans le cadre d'une enquête sérieuse, destinée à nourrir un débat d'intérêt général, Crim., 26 oct. 2016, n° 15-83774, *JCP G* 2016, p. 1314, note G. Beaussonnie et B. de Lamy.

37. S. Detraz, « La notion de condamnation pénale : l'arlésienne de la science criminelle », *Rev. sc. crim.* 2008, p. 41 s.

38. E. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine*, LexisNexis, 2^e éd., 2014 ; M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz, Dalloz action, 5^e éd., 2016-2017.

39. X. Pin, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, Bibl. sc. crim., t. 36, 2002 ; v. également C. Ambroise-Casterot, « Le consentement en procédure pénale », in *Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 29 s.

40. F. Alt-Maes, « La contractualisation en droit pénal : mythe ou réalité », *Rev. sc. crim.* 2002, p. 514 s. ; B. de Lamy, « Procédures et procédés (propos critique sur la contractualisation de la procédure pénale) », in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, LGDJ, Droit et sociétés, Recherches et travaux n° 16, 2007, p. 149 s.

41. M. Herzog-Evan, « Consent and probation : an analogy with contract law », *European journal of Probation*, 2015, vol. 7(2), p. 143 s.

42. X. Pin, « La participation consensuelle », in M. Danti-Juan (dir.), *Les nouvelles orientations de la phase exécutoire du procès pénal*, Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, Cujas, vol. XXV, 2007, p. 27 s.

43. C. Sourzat, *La renonciation en procédure pénale*, LGDJ, Bibl. sc. crim., t. 56, 2013.

44. J.-B. Perrier, *La transaction en matière pénale*, LGDJ, Bibl. sc. crim., t. 61, 2014.

45. S.-M. Cabon, *La négociation en matière pénale*, LGDJ, Bibl. sc. crim., t. 64, 2016.

46. R. Roth, « Le consensualisme dans l'exécution de la sanction : la dernière chance de réhabilitation ? », in *La peine dans tous ses états : Hommage à Michel van de Kerchove*, Larcier, 2015, p. 115 s.

« peine de peine », selon l'expression de *Philippe Salvage*. Ce concept bizarre désigne certaines sanctions pénales applicables en cas d'inexécution d'une autre sanction pénale, insusceptible d'exécution forcée⁴⁷. On entre ici dans le cercle vicieux de la *pénalisation* : comme la vengeance appelle la vengeance, la peine appelle la peine. Or ce système n'est pas seulement vicieux, il est aussi totalement illisible : on y rencontre en effet des peines prononcées par un tribunal à la suite d'*infractions réelles* d'atteintes à l'autorité de la justice, dont les éléments ne sont pas définis précisément (C. pén., art. 434-38 et s.); des peines d'amende ou d'emprisonnement dont le maximum est « fixé » par anticipation pour des *infractions virtuelles* et qui seront mises à exécution par le juge de l'application des peines (C. pén., art. 131-9 et 131-11 : TIG, stage de citoyenneté, peines privatives de droit); ainsi que des peines d'amende ou d'emprisonnement dont le maximum est fixé par anticipation et qui seront mises à exécution par le juge de l'application des peines en cas d'inobservation des obligations, sans qu'aucune infraction ne soit relevée (C. pén., art. 131-36-1, 131-8-1, 131-15-1 et 131-4-1 : suivi socio-judiciaire, sanction-réparation, contrainte pénale). Or il est piquant de constater qu'un emprisonnement maximum de deux ans peut être appliqué en cas de non respect d'une contrainte pénale, laquelle se voulait être une mesure d'accompagnement totalement déconnectée de l'emprisonnement. En outre, il est notable que dans la limite du maximum de deux ans la durée de cet emprisonnement est absolument imprévisible, au moment où la contrainte est prononcée. De ce point de vue, la contrainte pénale offre moins de garanties que le sursis avec mise à l'épreuve dont l'inobservation peut entraîner une *révocation*. C'est dire, de manière plus générale, que le droit pénal est devenu incohérent et qu'il nécessite donc moins une réforme qu'une véritable « refonte »⁴⁸.

II. De lege ferenda

« Vers quel modèle allons-nous ? » se demandait récemment *Mireille Delmas-Marty*, constatant une « instabilité croissante du champ juridique » et comparant les nouveaux ensembles juridiques à des « nuages au ciel un jour de grand vent ». La question qui se pose est donc de savoir « à quel modèle ressemblera le pays des nuages ordonnés »⁴⁹. Il est très difficile de répondre à cette question car il faudrait faire œuvre de divination. Tout au plus peut-on indiquer que la seule façon de remettre de l'ordre, dans un système à bout de souffle, est de procéder à une *refondation*.

C'est notamment ce que préconise la commission présidée par *Bruno Cotte*, en droit des peines, proposant une « nouvelle codification », une « rationalisation et une rénovation de la nomenclature des peines » et « une simplification et une clarification de l'exécution des peines ». C'est également en termes de refondation que s'est exprimée la commission pour la modernisation de l'action publique, présidée par *Jean-Louis Nadal*, à propos du ministère public⁵⁰. Quant à la doctrine universitaire, elle semble également s'être engagée dans cette voie, puisqu'elle a collectivement décidé de faire entendre ses *opinio doctorum* et qu'un certain nombre d'auteurs proposent de « *régénéraliser* » le droit pénal⁵¹ avec l'espoir sans doute de le *régénérer*.

Dans cette perspective, il nous semble qu'il faut encourager les pénalistes à travailler sur les deux dimensions du droit pénal : sa dimension expressive (celle des valeurs) et sa dimension répressive (celle des peines). Autrement dit, pour refonder le droit pénal il ne suffira pas de *repenser* un beau système, très dogmatique – même si c'est un gage de justesse, donc de justice –, il faudra surtout repenser les *fondements* du droit pénal, ce qui suppose d'investir ou de réinvestir non seulement le champ de la philosophie (A),

47. A. Ponselle, « L'exécution sanctionnée des peines prononcées », in V. Malabat, M. Giacomelli et B. de Lamy (dir.), *Opinio doctorum, op. cit.*, p. 339 s.; Ph. Salvage, « Les peines de peine », *Dr. pénal* 2008, chron. n° 9; Ph. Salvage, « L'inexécution d'une peine insusceptible d'exécution forcée, source de responsabilité pénale », *Dr. pénal* 2000, ét. n° 1; S. Detraz, « Le prononcé anticipé des peines : une procédure ante delictum en expansion », *Dr. pénal* 2005, ét. n° 9.

48. V. B. Cotte (dir.), *Pour une refonte du droit des peines*, Rapport à Madame le garde des Sceaux, ministre de la justice, déc. 2015; v. également E. Bonis-Garçon (dir.), *Pour une refonte du droit des peines : quels changements, si les préconisations de la Commission Cotte étaient suivies*, LexisNexis, 2016.

49. M. Delmas-Marty, « Vers une cinétique juridique : d'une approche statique à une approche dynamique de l'ordre juridique », in B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ/Lextenso, 2016, p. 141 s., spéc. p. 149.

50. J.-L. Nadal (dir.), *Refonder le ministère public*, Rapport à Madame le garde des Sceaux, ministre de la justice, nov. 2013.

51. G. Beaussonie (dir.), *Faut-il régénéraliser le droit pénal ?*, LGDJ/Lextenso, Grands colloques, 2015.

mais aussi celui de la criminologie ou des sciences criminelles (B).

A. Refonder le droit pénal sur la philosophie

Le droit pénal de demain comme celui d'hier ne pourra se construire et se maintenir que s'il est appuyé sur des valeurs partagées par tous. On le constate avec le droit pénal européen ou international : l'harmonisation ne progresse, comme la démontre régulièrement *Mireille Delmas-Marty* que si elle permet de « résister à la déshumanisation »⁵² et si elle repose sur une « communauté de valeurs »⁵³. Au plan interne, c'est la même chose : il faut donc d'abord s'entendre sur les valeurs pour construire un droit solide.

De ce point de vue, la procédure pénale a montré la voie : les valeurs humanistes du *procès équitable* ont été intégrées dans notre droit, mais ce socle de valeurs doit encore être conforté. D'où l'importance pour les pénalistes de toujours confronter leur savoir à la philosophie. Certaines revues y contribuent, comme la présente *revue*, ou comme d'autres⁵⁴. Mais il convient également d'encourager les plus jeunes à investir le champ de la philosophie et à relire les grands auteurs ou des auteurs moins connus, cela donne toujours des résultats très stimulants⁵⁵. Enfin, il est évident qu'il y a plusieurs façons pour un(e) juriste d'intégrer une réflexion sur les valeurs dans sa représentation du droit. Il est possible, selon la sensibilité de chacun, de réordonner le droit pénal spécial, de proposer une théorie axiologique de

l'infraction⁵⁶, de redéfinir le domaine du droit pénal, de choisir ou d'abolir certaines peines, voire de changer complètement de paradigme, ce qui suppose de comprendre aussi le phénomène criminel.

B. Refonder le droit pénal sur la criminologie

Pour refonder le droit pénal, il appartient au pénaliste d'investir aussi le champ de la criminologie ou plus généralement des *sciences criminelles* en s'ouvrant à toutes les disciplines qui permettent de mieux comprendre le phénomène criminel et le fonctionnement des institutions pénales (criminalistiques, psychologie criminelle, psychiatrie criminelle, sociologie criminelle, politique criminelle, économie criminelle, etc.)⁵⁷. Notre section de rattachement au Conseil national des universités, intitulée « droit privé et sciences criminelles » nous y invite et il est important de le faire car, comme l'a écrit *Jacques-Henri Robert* « le droit pénal sans la criminologie n'a pas d'objet et la criminologie sans le droit pénal n'a pas de limite ». On rappellera, à cet égard, qu'il y a cinq ans⁵⁸, une soixantaine de juristes universitaires se sont mobilisés, avec des collègues d'autres disciplines⁵⁹, pour que la criminologie ne soit pas érigée en discipline autonome⁶⁰. Il s'agissait alors d'éviter que cette science vagabonde et pluridisciplinaire ne soit accaparée par quelques-uns⁶¹ ou instrumentalisée à des fins politiques⁶². La mobilisation a été fructueuse, puisque le projet a été retiré⁶³ mais désormais ce

52. M. Delmas-Marty, *Résister, responsabiliser, anticiper*, Seuil, 2013, spéc. p. 105 s. : « Résister à la déshumanisation ».

53. M. Delmas-Marty, *Vers une communauté de valeurs ? Les force imaginantes du droit*, vol. IV, Seuil, 2011.

54. V. notamment la revue *L'Inscible* : « Les prémices d'une science européenne du droit criminel », *L'Inscible*, n° 6, 2016 ; « Prison et droits : visages de la peine », *L'Inscible*, n° 5, 2015 ; « Savoirs pénaux, savoirs diffus : la circulation d'une pensée pénale réformatrice de l'Europe des Lumières à la restauration monarchique », *L'Inscible*, n° 4, 2013 ; « Les éclaireurs du pénal », *L'Inscible*, n° 3, 2012 ; « Les foudres du pénal », *L'Inscible*, n° 2, 2011 ; « Les lumières du pénal », *L'Inscible*, n° 1, 2011.

55. V. notamment B. Dreyfus, *Regard contemporain sur la défense sociale nouvelle de Marc Ancel*, IRASC, L'Harmattan, 2010 ; M. Regad, *Attaquer le droit pénal par la philosophie : le cas Joseph Rey*, IRASC, L'Harmattan, 2016 ; M. Coquet, *De l'abolition du système pénal. Le regard de Louk Hulsman*, IRASC, L'Harmattan, 2016.

56. V. par exemple X. Pin, *Droit pénal général*, Dalloz, Cours Dalloz, 8^e éd., 2016, n° 211 s.

57. V. « Mémoire sur la criminologie », *RDPP* 2013, p. 503 s.

58. V. P. Maistre du Chambon, « Quelle place pour la criminologie en France ? », in *Mélanges en l'honneur de Jacques-Henri Robert*, op. cit., p. 435 s.

59. V. les pétitions : « Contre la création d'une section de criminologie au CNU », *JCP G* 2011, act. n° 36 ; *D.* 2011, p. 457 ; puis : « Pour une rénovation des Instituts de sciences criminelles et de criminologie dans l'Université française », *JCP G* 2011, p. 509 ; *Dr. pénal* 2011, n° 6, p. 50 s. ; *RPDP* 2011, p. 293 s., suivie de la création de la Conférence pluridisciplinaire des directeurs de centres de recherche et de diplômes en criminologie, *Rev. sc. crim.* p. 469 s.

60. Arrêté du 13 févr. 2012 du ministre de l'Enseignement et de la Recherche fixant la liste des groupes et sections ainsi que le nombre des groupes de chaque section du Conseil national des universités et arrêté du 13 févr. 2012 fixant les modalités de rattachement à la section criminologie du Conseil national des universités.

61. M. Herzog-Evans, R. Cario et L. Villerbu, « Pourquoi il est urgent de créer des UFR de criminologie », *D.* 2011, p. 766.

62. V. L. Mucchielli, *Criminologie et lobby sécuritaire : une controverse française*, La dispute, 2014.

63. Arrêté du 6 août 2012 modifiant l'arrêté du 2 mai 1995 fixant la liste des groupes et des sections ainsi que le nombre des membres de chaque section du Conseil national des universités et annulant la section 75 intitulée « Criminologie » ; CE 4^e sect., 24 oct. 2012, n° 358844.

champ de recherche est libre et il ne doit pas être délaissé par les juristes⁶⁴. Les enjeux sont importants car les sciences criminelles permettent de comprendre certaines décisions de justice (comme la répression du meurtre impossible ou de l'action commune dangereuse) mais aussi d'éclairer la norme pénale (comment comprendre les implications de l'article 122-1 du Code pénal sans l'éclairage de la psychiatrie ou de la psychologie ? Qu'est ce que la dangerosité ?...), ou encore de l'améliorer. Ainsi, en comprenant mieux le mécanisme de passage à l'acte, il est possible de mener des politiques préventives et d'élaborer un droit pénal situé au plus près du basculement dans la délinquance, sans être dans l'anticipation permanente. De même, il est important de connaître les phénomènes de persistance criminelle ou au contraire de « *désistance* » pour adapter au mieux le parcours d'exécution des peines. En outre, les études

criminologiques ou de sociologie des institutions sont utiles pour comprendre tous les enjeux du procès pénal. Enfin, une bonne occasion de s'y intéresser est l'introduction par la *loi Taubira* du principe de la *justice restaurative* à tous les stades de la procédure⁶⁵. Cette forme de justice qui semble avoir fait ses preuves en droit pénal international (*comités vérité réconciliation, juridictions gaccaca*) et qui est défendue en France depuis de nombreuses années par *Robert Cario* et l'Institut français pour la justice restaurative⁶⁶ a certainement de beaux jours devant elle, mais elle ne peut être comprise par les juristes que s'ils s'intéressent d'abord au processus décrit par *John Braithwaite* de la « honte réintégrative »⁶⁷. Ils découvriront alors qu'il s'agit d'une justice qui repose sur l'*inclusion* plutôt que sur l'*exclusion* : elle porte donc en elle tout un programme, qui pourrait conduire le législateur à repenser voire à abolir des pans entiers de notre droit pénal⁶⁸.

64. O. Cahn, « L'enseignement des sciences criminelles au défi de la place de la criminologie », in L. Rousvoal (dir.), « Les défis intellectuels de l'enseignement des sciences criminelles dans les Facultés de droit », Séminaires, Rennes, 26 juin 2015.

65. B. Sayous et R. Cario, « La justice restaurative dans la réforme pénale : de nouveaux droits pour les victimes et les auteurs d'infractions pénales », *AJ pénal* 2014, p. 461.

66. www.justicerestaurative.org.

67. J.-H. Robert, « La honte réintégrative, moteur de la justice restaurative », *JCP G* 2015, p. 273.

68. V. M. Coquet, *De l'abolition du système pénal : le regard de Louk Hulsman*, op. cit., p. 186.

Petit deux du Grand B :

L'élément matériel de l'infraction

L'élément matériel de l'infraction : une théorie riche en rebondissements...

Yves Mayaud

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Préserver le droit pénal général, dans ce qui en marque, à la fois, le passé récent et les perspectives d'évolution, est une entreprise difficile, tout simplement parce que, faite de principes directeurs, qui plus est ancrés dans une longue tradition, la matière connaît une stabilité assez remarquable. S'il est des changements, des mouvements, voire des séismes dévastateurs, c'est ailleurs qu'ils se manifestent, en droit pénal spécial, et surtout en procédure pénale, ou dans le droit de la peine. Ces matières sont l'objet de constantes mutations, qui, par leur nombre et le peu de qualité qui les accompagne, contribuent à les rendre incertaines et fort éloignées d'une stabilité souhaitable. Le droit pénal général, au contraire, qui donne leur cadre fondateur aux

autres disciplines, ne connaît pas une telle mobilité, et c'est plus sagement qu'il marque son empreinte sur tout ce qui est répressif, voire punitif. Ce n'est pas dire qu'il soit immuable, et que, depuis la grande réforme du code pénal entrée en vigueur le 1^{er} mars 1994, rien n'ait bougé de sa substance profonde. Le principe de la légalité est désormais sous étroite surveillance, les questions prioritaires de constitutionnalité ne manquant pas pour en dénoncer le non-respect¹. Le champ d'application de la loi pénale gagne en extension, notamment par la prise en compte de la résidence comme source de compétence française, sur le fondement de la personnalité, tant active² que passive³. L'individualisation a eu raison d'un retour non concluant à des peines plan-

-
1. – Ainsi de la **qualification d'inceste** : Cons. const., 16 sept. 2011, Décision n° 2011-163 QPC, *JO* 17 sept.; *Dalloz Actualité*, 26 sept. 2011, obs. E. Allain; *D.* 2011, *Pan.*, p. 2824, obs. Roujou de Boubée; *AJ pénal* 2011. 588, obs. C. Porteron; *Gaz. Pal.* 2011. 2. 3611, note M. Disant; *ibid.* 2012. 295, note Detraz; *RSC* 2011, p. 830, obs. Mayaud; *ibid.* 2012, p. 131, obs. Fortis, p. 183, obs. Danet, et p. 221, obs. de Lamy. – *Adde* : A. Lepage, « La définition des agressions sexuelles incestueuses n'est pas conforme au principe de la légalité en raison de son caractère imprécis », *JCP G* 2011, n° 1160. – *J.-Cl.* Planque, *Infractions incestueuses : Objets Pénaux Non Identifiés et conséquences identifiables*, *Gaz. Pal.* 2012. 1. 751. – Cons. const., 17 févr. 2012, Décision n° 2011-222 QPC, *JO* 18 févr.; *RSC* 2012, p. 146, obs. Mayaud.
 - Ainsi du **délict de harcèlement sexuel**, avant sa redéfinition par la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 : Cons. const., 4 mai 2012, n° 2012-240 QPC, *JO* 5 mai, p. 8015; *D.* 2012, p. 1372, note Detraz; *RSC* 2012, p. 371, obs. Mayaud; *Rev. pénit.* 2012, p. 367, obs. Pin, p. 389, obs. Malabat, et p. 402, obs. Danti-Juan. – *Adde* : A. Lepage, « À propos de l'abrogation de l'article 222-33 du Code pénal », *JCP G* 2012. 662. – D. Guérin, « Le harcèlement sexuel : une copie à refaire pour le législateur », *Dr. pénal* 2012, Étude 12.
 2. C. pén., art. 113-13 : application de la loi pénale française aux crimes et délits qualifiés d'actes de terrorisme commis à l'étranger par un Français ou par une personne résidant habituellement sur le territoire français.
 3. C. pén., art. 222-16-2 : violences commises à l'étranger sur une victime mineure dont la résidence habituelle est en France. – C. pén., art. 221-5-4, 222-6-3, 222-16-3 : violences commises à l'étranger à l'encontre d'une personne résidant habituellement sur le territoire français, en rapport avec un refus de contracter un mariage ou de conclure une union.

chers⁴... Ces quelques exemples sont autant de signes d'une vitalité à laquelle le droit pénal général n'est pas étranger. Nous ne ferons que les évoquer, notre propos se voulant plus ciblé, dont l'objet est de révéler ce qui est dans l'ombre, affectant l'élément matériel de l'infraction.

La matérialité nourrit le droit pénal de l'une de ses plus grandes théories, offrant au juriste des repères importants. Elle livre d'abord l'infraction dans son existence, tant la répression a besoin d'un repère factuel, évitant ainsi les procès d'intention. Mais elle va plus loin, pour se mettre au service d'une diversité de modèles, les actions et les omissions pénalement incriminées ne relevant pas toutes de la même matrice. Plusieurs types sont en cause, renvoyant à des structures différentes, générant elles-mêmes des régimes différents : infractions simples, infractions à composantes multiples, infractions instantanées, infractions continues, infractions matérielles, infractions formelles... À chacune de ces catégories correspond une matérialité particulière, qui témoigne, non seulement de la transparence d'un comportement, mais encore d'une appartenance à une famille, avec ce qu'elle emporte de spécificité quant à la manière de traiter juridiquement l'infraction. Les notions sont classiques, mais il n'est pas sûr que le juriste les maîtrise à la perfection, tout comme les illustrations reposent parfois sur des exemples limités, pouvant laisser croire à de l'artifice doctrinal. La réalité est bien différente, qui livre de l'élément matériel une vision renouvelée. La théorie exerce depuis quelques années une véritable attraction, pour se prêter à l'inédit, ou encore être sollicitée à des fins de rentabilité répressive. Il en résulte des applications, ou des propositions d'application, se situant bien au-delà des clichés traditionnels, donnant ainsi un nouveau souffle au droit pénal général, en révélant la justesse et l'utilité de ses distinctions. C'est le propre des grandes matières que de se prêter à de tels rebondissements : elles donnent volontiers le sentiment d'être endormies, voire d'être étouffées par une surabondance de normes, elles-mêmes marquées par une forte technicité, ce qui ne peut que les éloigner des pensées d'un autre temps, fondé sur des règles délibérément générales, et où le raisonnement l'emportait. Mais la

sagesse n'est jamais perdue, parce qu'elle rejoint toujours la justesse, et donc la justice, et c'est ce résultat que nous entendons faire valoir.

L'élément matériel des infractions connaît une véritable renaissance, même si tout n'est pas retenu des sursauts dont il fait preuve. Deux mouvements contraires en rendent compte : l'un fait de percées stratégiques (I), l'autre de rejets motivés (II).

I. Les percées stratégiques

Certains modes de matérialité ont aujourd'hui les faveurs du droit, pour correspondre à un besoin de réponse adaptée à des formes particulières de criminalité ou de délinquance. On entre ici dans la dimension sensible de la structure de l'infraction. Les crimes et les délits ne relèvent pas de l'uniformité, devant être l'image parfaite de la réalité factuelle concernée par la répression. Mais parce que cette réalité plonge elle-même dans la diversité, la matérialité constitutive des infractions ne peut qu'en être la reconduction, du moins s'en rapprocher le plus possible. De là, le rôle joué par certains modèles, qui prennent une ampleur manifeste, étant au cœur d'une stratégie délibérée, pour contenir toute la dimension préventive inhérente à la politique criminelle. Le droit pénal n'est pas que réactif, il est aussi préventif, d'une prévention qui se fait de plus en plus pressante, de sorte qu'il relève aujourd'hui d'un construit ouvertement en avance sur l'action ou l'omission redoutée. La qualification *ante delictum* devient une technique de répression en soi, avec pour supports privilégiés l'infraction formelle (A) et l'infraction complexe (B).

A. L'infraction formelle

L'indifférence au dommage redouté est le propre de l'infraction formelle, et *a fortiori* de l'infraction obstacle, ce qui en fait une qualification à la structure très différente de l'infraction matérielle. Alors que cette dernière est une infraction de résultat, pour être tributaire de la réalisation effective du dommage de référence, l'infraction formelle, au contraire, n'est qu'une infraction de comportement, consommée par la seule action ou omission incriminée, peu importe que le

4. C. pén., anciens articles 132-18-1, 132-19-1 et 132-19-2, abrogés par la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales (JO, 17 août, p. 13647 ; rectificatif ; JO 13 sept. p. 15057).

résultat correspondant n'ait pas été suivi d'effet. L'enjeu de la distinction est au centre d'intérêts non négligeables, qui manifestent combien le choix d'un modèle d'infraction n'est pas politiquement neutre. Les infractions matérielles correspondent à une répression sûre, pour être ancrées dans l'indice le plus sensible de la criminalité ou de la délinquance, à savoir l'effectivité du dommage que le législateur entend éviter. Ce n'est pas le cas pour les infractions formelles ou obstacles, qui, par leur caractère préventif prononcé, placent le droit pénal en amont du résultat, en érigeant en conduite répréhensible ce qui en est fort éloigné. Si l'objectif de prévention est louable, il n'est pas non plus sans danger, en se prêtant à des anticipations risquées pour les libertés.

Les infractions formelles et obstacles sont pourtant en pleine expansion, en rapport avec des besoins de répression révélés par une actualité brûlante. Il n'est pas question de raisonner sur l'empoisonnement ou les pratiques commerciales trompeuses, qui ont toujours témoigné de cette catégorie d'infraction, et permis d'illustrer ce qu'elle a de particulier. Notre propos se veut en lien avec des données plus récentes, afin de faire ressortir la vocation du droit pénal à intégrer des comportements dangereux pour la société, jusqu'à rejoindre un impératif de réaction sans concession. Le terrorisme en est la meilleure expression, qui représente une menace telle, que tout ce qui peut y conduire, s'agirait-il d'actions fort éloignées de leur résultat redouté, mérite d'être considéré et pris en compte. La prévention y est omniprésente, qui ne passe pas seulement par des mesures de surveillance ou de contrôle, mais qui nourrit la répression elle-même.

L'association de malfaiteurs est naturellement concernée, telle qu'incriminée dans sa version terroriste par l'article 421-2-1 du code pénal. Elle ne diffère pas de celle du droit commun, du moins pour ce qu'elle incarne de matérialité formelle ou obstacle, l'infraction étant dans les deux cas indifférente à l'effectivité des atteintes dont la préparation est en cause. Mais, afin de mieux lutter contre le terrorisme, le législateur est allé plus loin, dévoilant ainsi ce qu'il est capable de concevoir de plus extrême pour prévenir et réprimer ce qui peut y conduire.

C'est d'abord le cas pour le terrorisme par recrutement, défini à l'article 421-2-4 du code pénal comme le fait, même lorsqu'il n'a pas été suivi d'effet, « d'adresser à une personne des offres ou des promesses, de lui proposer des dons, présents ou avantages quelconques, de la menacer ou d'exercer sur elle des pressions afin qu'elle participe à un groupement ou une entente prévu à l'article 421-2-1 ou qu'elle commette un des actes de terrorisme mentionnés aux articles 421-1 et 421-2 ». Cette incrimination est la mise en œuvre de la décision-cadre n° 2008/919/JAI du Conseil du 28 novembre 2008, et elle a pour origine la loi n° 2012-1432 du 21 décembre 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme⁵. Mais son adoption n'a pas été facile. En effet, très proche du délit de participation à une association de malfaiteurs, elle a été dénoncée comme pouvant en affaiblir l'efficacité, et une divergence de vue a opposé le Sénat et l'Assemblée nationale, le premier étant partisan de la qualification, la seconde favorable à sa suppression. Le Sénat l'a finalement emporté, sur la considération que l'association de malfaiteurs ne répondait pas à tous les cas, notamment à ce qui serait seulement constitutif d'une tentative de recrutement. C'est pourquoi l'article 421-2-4 du code pénal érige le recrutement en délit formel ou obstacle, sa matérialité consistant à prendre des initiatives destinées à déterminer une personne à entrer dans le terrorisme, peu importe qu'elles soient ou non suivies d'effet. En définitive, le débat a parfaitement cristallisé ce que l'infraction contient d'anticipation étroite sur des actions terroristes plus manifestes. De la participation au recrutement la nuance est subtile, qui ne sert pas forcément le principe de la légalité. Mais la volonté de ne rien négliger des relais terroristes est plus forte, jusqu'à concevoir ce qui s'apparente à une tentative d'infraction obstacle, une tentative d'infraction terroriste par association...

Il est une autre figure de la montée de l'infraction obstacle. Il s'agit du terrorisme par entreprise individuelle. La loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme⁶ est à l'origine de cette infraction, dont le principe mérite la plus grande attention. Il s'agit d'un délit déli-

5. JO 22 déc. p. 20281.

6. JO 14 nov. p. 19162.

bérement placé aux frontières des premières étapes visibles de l'*iter criminis*, consistant à sanctionner certains comportements très éloignés d'un résultat ou d'un dommage terroriste tangible. L'article 421-2-6 du code pénal est concerné, qui érige en acte terroriste le fait de préparer la commission d'une infraction de nature elle-même terroriste, « dès lors que sa préparation est intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur ». La loi rebondit ici sur la formule générale de l'article 421-1 du code pénal, qui définit les actes de terrorisme en référence avec une « entreprise individuelle ou collective », et elle apporte une illustration de ce qu'il est possible d'entendre juridiquement par la première option. L'actualité témoigne de cette nouvelle forme de terrorisme, liée aux agissements d'un auteur isolé, sans aucune attache à la moindre structure, sans la participation quelconque d'un autre intervenant, qu'il soit coauteur ou complice. Elle soulève une difficulté politique majeure, puisqu'elle prend les traits d'une action dont la lisibilité n'est pas évidente. Incriminer et sanctionner les premiers indices d'un projet, c'est prendre le risque de verser dans le procès d'intention, avec une rupture constitutionnelle évidente en termes de nécessité et de légalité. L'association de malfaiteurs n'a plus sa place, faute d'une pluralité d'acteurs au sein d'un « groupement formé » ou d'une « entente établie ». Une autre réponse s'impose, mais qui ne peut que verser dans un éloignement par rapport à des actions tangibles, et donc souffrir d'une prévisibilité d'artifice, fort en retrait de la réalité terroriste.

On voit à quel point l'infraction formelle, mieux encore l'infraction obstacle, dernier retranchement de l'infraction formelle, tient de nos jours un rôle majeur. Certes elle affecte un domaine restreint, principalement marqué par le terrorisme. Elle n'en demeure pas moins une technique d'incrimination, malgré les risques d'atteinte aux libertés et droits fondamentaux qui lui sont immanquablement attachés. C'est la preuve que le droit en a besoin, et que, loin d'être un modèle à ne pas suivre, ce type d'infraction répond aujourd'hui à une attente politique. Une attente par ailleurs couverte par le recours à l'infraction complexe...

B. L'infraction complexe

L'infraction complexe se caractérise par une pluralité d'actes de nature différente, cette pluralité remplissant l'élément matériel de sa singularité. Le délit d'escroquerie (C. pén., art. 313-1) en est le principal exemple, qui nécessite, pour être matériellement réalisé, d'abord un mensonge (faux nom, fausse qualité, abus de qualité vraie, manœuvres frauduleuses), ensuite la remise du bien ou la fourniture du service convoité par l'escroc. Certains agissements exigent donc plus qu'un acte isolé pour valoir infraction. Leur caractère punissable tient à la rencontre de plusieurs composantes, chacune trouvant une signification pénale par son adjonction à l'autre. Le mensonge n'est pas suffisant à caractériser le délit d'escroquerie, parce qu'il n'est pas significatif en lui-même d'une atteinte au patrimoine, et c'est seulement lorsque cette atteinte est réalisée, sous la forme d'une remise, que le délit est vraiment accessible. Inversement, la remise d'un bien par une personne à une autre n'est pas en soi l'expression d'une délinquance, et c'est sous couvert de ce qui a pu la déterminer, de manière déloyale ou frauduleuse, qu'elle revêt les signes d'une infraction punissable. Alors se révèle l'originalité de l'infraction complexe, tenant à l'interdépendance des données qui en marquent la matérialité. Seule leur association rend le comportement punissable, de sorte que celui-ci ne serait pas, à s'en tenir seulement à l'une des composantes participant de la pluralité.

On s'interroge parfois sur la place de l'infraction complexe en droit pénal. Il faut reconnaître que, le délit d'escroquerie mis à part, voire les délits d'extorsion (C. pén., art. 312-1) ou de chantage (C. pén., art. 312-10), on éprouve quelque difficulté à l'illustrer, ce qui pourrait faire douter de la pertinence d'élever au rang de la théorie générale une figure aussi peu représentée. Mais, outre le fait que, par sa structure même, l'infraction complexe est un atout considérable pour prétendre à une bonne maîtrise de la matérialité des crimes et des délits, ce serait une erreur de la considérer comme relevant d'un genre isolé. Elle n'est pas un modèle fermé, et l'actualité en témoigne, qui trouve en elle de quoi répondre, comme c'est par ailleurs le cas de l'infraction formelle ou obstacle, à des attentes très fortes, en étant parfaitement adaptée à cer-

tains comportements, dont la complexité factuelle ne peut que rejoindre la complexité juridique. Nous allons en donner deux preuves, l'une tirée du délit de risques causés à autrui, l'autre du terrorisme par entreprise individuelle.

1. Les risques causés à autrui

La Cour de cassation s'est ostensiblement orientée vers une conception « complexe » du délit de risques causés à autrui (C. pén., art. 223-1). Elle juge que, pour en caractériser la matérialité, il ne suffit pas d'établir la violation de la norme de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, encore faut-il établir un « comportement particulier », « s'ajoutant » à cette violation⁷. C'est dire que le délit présente les traits d'une infraction complexe, pour être tributaire d'une dualité d'actes dont la nature diffère, le premier correspondant au non-respect de l'obligation érigée en impératif de prudence, et le second qui vient en compléter le principe par référence à un comportement distinct de la violation de la norme de sécurité. L'infraction tient à la rencontre de ces deux composantes, de nature autonome, mais constitutives de matérialité par leur conjugaison. Il ne s'agit pas d'une infraction simple, comme le laisse supposer la formule d'incrimination, mais bien d'une infraction complexe, soumise à un principe de pluralité pour en assurer l'existence. Cette « complexité » a une explication et justification à la fois. Il s'agit d'éviter que la mise en danger ne devienne un instrument trop facile de correctionnalisation des différents manquements à la sécurité par ailleurs érigés en contraventions, tant il importe que ces dernières ne soient pas systématiquement traitées en délits par le fait de leur violation. Aussi, est-il juste de renforcer leur dangerosité, ou de la manifester de manière plus évidente, par le « comportement particulier » que la Cour de cassation érige en donnée complémentaire⁸.

2. Le terrorisme par entreprise individuelle

La seconde illustration va nous permettre de rebondir sur le terrorisme par entreprise individuelle. L'article 421-2-6 du code pénal la définit comme « le fait de préparer » la commission d'une infraction terroriste, préparation dont la matérialité passe par deux composantes. Elle doit d'abord consister dans « le fait de détenir, de rechercher, de se procurer ou de fabriquer des objets ou des substances de nature à créer un danger pour autrui ». Elle doit ensuite se manifester par « l'un des autres faits matériels suivants » : recueillir des renseignements sur des lieux ou des personnes permettant de mener une action dans ces lieux ou de porter atteinte à ces personnes ou exercer une surveillance sur ces lieux ou ces personnes ; s'entraîner ou se former au maniement des armes ou à toute forme de combat, à la fabrication ou à l'utilisation de substances explosives, incendiaires, nucléaires, radiologiques, biologiques ou chimiques ou au pilotage d'aéronefs ou à la conduite de navires ; consulter habituellement un ou plusieurs services de communication au public en ligne ou détenir des documents provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme ou en faisant l'apologie ; avoir séjourné à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes.

Tel qu'il est ainsi aménagé et structuré, le délit entre dans la catégorie des infractions complexes. Il s'agit d'une infraction-obstacle doublée de complexité, ce qui est extrêmement rare, voire la seule et unique hypothèse. Le fait de détenir, de rechercher, de se procurer ou de fabriquer des objets ou des substances de nature à créer un danger pour autrui n'est pas en soi l'expression d'une délinquance ouverte au terrorisme, mais il prend cette orientation à la mesure d'agissements qui peuvent en éclairer le constat, tels s'entraîner ou se former au maniement des armes, consulter des services de communication

7. Ainsi du comportement particulier devant s'ajouter : ... au dépassement de la vitesse autorisée. – Crim. 19 avr. 2000, n° 99-87.234, *Bull. crim.* n° 161 ; D. 2000. 631, note Mayaud ; *Dr. pénal* 2000. 98, obs. Véron ; 16 déc. 2015, n° 15-80.916, *Dalloz Actualité*, 2 févr. 2016, obs. D. Goetz ; RSC 2015. 851, obs. Mayaud. – Toulouse, 27 sept. 2001, *JCP G* 2002. IV. 1466. – ... à l'utilisation interdite d'engins à moteur sur les pistes d'un domaine skiable pendant les heures d'ouverture. – Crim. 3 avr. 2001, n° 00-85.546, *Bull. crim.* n° 90 ; *Dr. pénal* 2001. 100, obs. Véron ; RSC 2001. 575, obs. Mayaud ; *JCP G* 2002. II. 10056, note Gauvin. – ... à un acte de rébellion lors d'un contrôle des pièces d'un véhicule. – Crim. 12 janv. 2016, n° 14-86.503, *Dalloz Actualité*, 28 janv. 2016, obs. D. Goetz ; RSC 2016. 72, obs. Mayaud.

8. Encore faut-il, pour correspondre au critère de la complexité, que ce comportement procède d'une attitude active du prévenu, distincte du non-respect des obligations qui s'imposaient à lui. Dans sa version la plus pure, l'infraction complexe passe par une relance de l'action du prévenu, qui doit lui-même surenchéir au premier acte pour en assurer la complémentarité par le second. Cette réalité pourrait faire douter du caractère complexe de l'escroquerie, la remise ne procédant pas d'une telle conjugaison active, pour se confondre plutôt avec le résultat de l'infraction (sur la question, A. Decocq, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971, p. 167. – M. Joly, *La matérialité de l'infraction à l'épreuve des extensions du principe de territorialité*, Thèse Paris II, 2014).

en ligne faisant l'apologie du terrorisme, ou encore avoir séjourné à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes. À l'inverse, si elles rejoignent bien une sensibilité terroriste, ces dernières actions ne sont pas suffisantes pour se convaincre de la réalité d'une entreprise individuelle faite de la préparation d'un projet terroriste, et c'est seulement à la lumière de la recherche, de la détention ou de la manipulation d'objets ou de substances dangereuses qu'elles prennent leur véritable sens. Seule la conjugaison active des deux données assure la singularité de l'élément matériel, et on ne peut qu'approuver cette version complexe de l'infraction, tant la matérialité d'une infraction-obstacle a besoin de compenser ce qu'elle représente de situation juridiquement inconfortable, étant plus proche de la simple intention que d'un résultat tangible, serait-il fait de potentialité.

Nous sommes vraiment là au cœur de la matérialité complexe. Une complexité qui répond parfaitement à la version idéale du droit pénal général, et qui rend compte des commodités liées à sa structure : ce que des actes isolés ne sauraient rejoindre de criminalité ou de délinquance avérée, leur combinaison peut en rendre compte, avec l'avantage non négligeable de sortir des dangers inhérents à la nature obstacle de l'infraction. Ainsi se trouve établi un lien insoupçonné, une alliance quasi stratégique, entre l'infraction obstacle et l'infraction complexe.

II. Les rejets motivés

L'infraction formelle et l'infraction complexe ne sont pas les seules à avoir été sollicitées à des fins bien comprises de stratégie. Deux autres références participant de la théorie de la matérialité sont également engagées, qui se prêtent pareillement à des commodités de répression. Mais, pour des raisons ciblées, elles n'ont pas eu les

suites escomptées, ce qui ne détruit en rien les potentialités qu'elles contiennent, lesquelles restent ouvertes à des usages plus opportuns ou mieux justifiés. Il s'agit d'abord de l'infraction clandestine (A), ensuite de l'infraction continue (B).

A. L'infraction clandestine

L'infraction clandestine est une catégorie d'infraction se greffant volontiers sur toutes les autres, avec une quête de rentabilité plus particulièrement axée sur la prescription de l'action publique. La prescription n'a pas toujours les faveurs des magistrats, qui en supportent mal les effets neutralisants, et les juridictions font preuve d'invention pour en éviter les retombées. La théorie de la matérialité est au cœur des techniques qui ont cet objet, particulièrement lorsqu'il s'agit d'un crime ou d'un délit instantané. L'instantanéité va de pair avec un temps de prescription d'ouverture immédiate, ce qui en favorise le cours et en précipite la forclusion. Un substitut de matérialité a donc été recherché, destiné à éviter un tel résultat, et à prévenir les impunités choquantes ou trop facilement accessibles qui lui sont adossées. La clandestinité est cet élément de substitution, qui exploite le fait que certaines infractions ne s'extériorisent pas d'elles-mêmes, ce qui ne les rend pas immédiatement accessibles, si bien que la jurisprudence considère que le point de départ de la prescription doit être fixé, non au jour de leur matérialité constitutive, mais au jour « où le délit est apparu et a pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique ». Solennellement confirmée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans quatre arrêts QPC du 20 mai 2011⁹, cette solution est destinée à éviter l'irresponsabilité, alors qu'aucune transparence ne permettrait de révéler le crime ou le délit. C'est le cas pour l'abus de confiance¹⁰, l'abus de biens

9. Ass. plén., 20 mai 2011, 4 arrêts : n° 11-90.042, *Bull. crim.* n° 5 ; n° 11-90.033, *ibid.* n° 6 ; n° 11-90.025, *ibid.* n° 7 ; n° 11-90.032, *ibid.* n° 8 ; *Gaz. Pal.* 2011. 1. 1519, note D. Rousseau ; *ibid.* 2011. 1. 1526, note G. Drago. – Adde : B. Mathieu, « La prescription de l'action publique ne constitue pas un principe constitutionnel », *JCP G* 2011, n° 670. – Y. Mayaud, « À propos des arrêts QPC du 20 mai 2011 : point de vue d'un pénaliste », *Rev. dr. publ.* 2011, p. 1446.

10. Jurisprudence constante : *Crim.* 5 juill. 1945, *Bull. crim.* n° 76 ; 16 mars 1970, n° 68-91.369, *ibid.* n° 104 ; *D.* 1970. 497, note J.-M. R. ; 19 oct. 1971, n° 70-92.012, *Bull. crim.* n° 267 ; 18 juill. 1974, n° 73-92.016, *ibid.* n° 258 ; 19 févr. 1975, n° 74-90.474, *ibid.* n° 58 ; 10 mars 1976, n° 75-93.172, *ibid.* n° 88 ; 7 déc. 1976, n° 76-90.634, *ibid.* n° 350 ; 26 janv. 1977, n° 76-90.485, *ibid.* n° 35 ; 11 févr. 1981, n° 80-92.059, *ibid.* n° 53 (1^{er} arrêt) ; 29 oct. 1984, n° 83-92.268, *ibid.* n° 323 ; 26 févr. 1990, *Dr. pénal* 1990. 191 ; 13 mai 1991, *ibid.* 1991. 258 ; 14 avr. 1993, n° 92-84.575, *D.* 1993. 616, note Fenaux ; 30 nov. 1993, n° 92-85.671, *Dr. pénal* 1994. 110 ; *RSC* 1994. 764, obs. Ottenhof ; 26 sept. 1996, *Bull. Joly* 1997. 112, note Barbière ; 13 sept. 2006, n° 05-84.111, *Gaz. Pal.* 2006. 2. *Somm.* 3333, note A.C. ; 11 déc. 2013, n° 12-86.624, *Bull. crim.* n° 251 ; *Dalloz Actualité*, 8 janv. 2014, obs. S. Cucini ; *AJ pénal* 2014. 132, obs. Gallois ; *JCP G* 2013, n° 1374, obs. Maréchal ; *Dr. pénal* 2014, n° 19, obs. Véron.

sociaux¹¹, l'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public¹², la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant¹³, la malversation¹⁴, ou encore la tromperie¹⁵. Malgré leur instantanéité, toutes ces infractions ont pour caractéristique d'échapper à leur matérialité naturelle, afin d'entrer dans un artifice de qualification destiné à les rendre tributaires d'une prescription plus lourdement opérationnelle.

La référence à la clandestinité n'est pas condamnable en soi, bien au contraire, ayant l'avantage de rejoindre les fondements de la prescription, notamment présentée comme la sanction de la négligence¹⁶. Une telle négligence ne peut être effective que sur des signes tangibles d'existence de l'infraction, et donc d'une extériorisation suffisante. C'est toujours sur la lisibilité des faits qu'il convient de se situer, afin de ne point reprocher une négligence à celui qui ne saurait agir, parce qu'il n'a pas eu la connaissance du crime ou du délit, ou, à l'inverse, de se satisfaire de la négligence de celui qui, ayant pu agir, ne l'aurait pas fait. La théorie de la « clandestinité » relève donc d'une idée juste, procédant d'une pertinence répressive en parfaite correspondance avec la philosophie de la prescription. Mais elle est desservie par les techniques recherchées ou retenues pour en asseoir la légitimité, tant il est difficile, voire impossible,

de se prononcer sur un critère objectif rendant compte des infractions clandestines, sauf à adhérer à ce que la Cour de cassation veut bien reconnaître comme telles... Une théorie fondée sur une imprévisibilité aussi forte, tributaire de l'incertitude, voire du bon vouloir de la Chambre criminelle, n'est pas une bonne assise pour le droit. Et on comprend qu'elle atteigne ici ses limites.

Une affaire sensible a eu raison de ce débat impossible : l'affaire « *Lempereur* », du nom de cette mère de famille poursuivie pour avoir été l'auteur d'homicides volontaires aggravés commis sur ses enfants à leur naissance, nés clandestinement, morts dans l'anonymat, et dont aucun indice apparent n'avait révélé l'existence. Parce que ces infanticides remontaient à plus de dix ans lorsqu'ils furent découverts, la question de la prescription fut naturellement évoquée. Dans un arrêt du 7 octobre 2011, la cour d'appel de Douai a rejeté l'exception, jugeant que le point de départ du délai de dix ans devait être fixé, non au jour des actes criminels, mais au jour du déterrement des premiers corps, le secret ayant entouré les naissances et les décès concomitants des malheureuses victimes ayant empêché toute action utile¹⁷. La Chambre criminelle censura la décision¹⁸, considérant au contraire que la prescription était acquise, sur le fondement de l'article 7 du code de procédure pénale, avec une restitution fidèle de ses termes, comme pour se

-
11. L'abus de biens sociaux est une infraction instantanée (Crim. 28 mai 2003, n° 02-83.544, *Bull. crim.* n° 109; *D. Aff.* 2003, p. 2015; *Dr. pénal* 2003, comm. 100, obs. J.-H. Robert; *RSC* 2004, 358, obs. Rebut; 8 oct. 2003, n° 02-81.471, *Bull. crim.* n° 184; *D. Aff.* 2003, p. 2695, obs. Lienhard; *AJ Pénal* 2003, p. 67, obs. A.P.; *JCP G* 2004, II, 10028, note Jacopin; *JCP E* 2004, p. 467, note J.-H. Robert; *Dr. pénal* 2003, 147, obs. J.-H. Robert; 28 févr. 2007, n° 06-80.200, *D. 2007, chron.* C. cass., p. 1824, obs. Ménotti; *D. 2008, Pan.*, p. 1575, obs. Mascala; *Dr. pénal* 2007, 83, obs. J.-H. Robert. – Adde : Y. Mayaud, « Appel à la raison, ou pour une approche cohérente de la prescription de l'abus de biens sociaux », *D. Aff.* 2004, *Chron.*, p. 194. – G. Damy, « La répression de l'abus de biens sociaux : l'imprescriptibilité contestée », *Gaz. Pal.* 2004, 2. *Doctr.* 3000), dont la prescription de l'action publique court à compter de la présentation des comptes annuels, sauf dissimulation (Crim. 27 juin 2001, n° 00-87.414, *Bull. crim.* n° 164; *Dr. pénal* 2001, 129, obs. J.-H. Robert; *Gaz. Pal.* 2002, 1. 116, note Monnet; *RSC* 2002, 339, obs. Renucci), cette réserve étant la concession faite à la clandestinité possible du délit.
 12. Crim. 27 oct. 1999, n° 98-85.214 (cassation de Caen, 20 avr. 1998, *Bull. inf. C. cass.* 1999, n° 561), *Bull. crim.* n° 238; *Dr. pénal* 2000, 27, obs. Véron; *RSC* 2000, 618, obs. Delmas Saint-Hilaire; 27 oct. 1999, n° 98-85.757 (cassation de Limoges, 17 juin 1998, *Bull. inf. C. cass.* 1999, n° 423), *Bull. crim.* n° 239; 5 mai 2004, n° 03-85.503, *ibid.* n° 110; *AJ Pénal* 2004, p. 285, obs. Girault; *Gaz. Pal.* 2005, 1. *Somm.* 618, note A.C.; *RSC* 2004, 897, obs. Commaret.
 13. Crim. 23 juin 2004, n° 03-82.371, *Bull. crim.* n° 173; *D. 2005, 1399*, note Royo; *AJ Pénal* 2004, p. 367; *Dr. pénal* 2004, 143, obs. Véron; *RSC* 2004, p. 883, obs. Mayaud, et p. 897, obs. Commaret.
 14. Crim. 9 févr. 2005, n° 03-85.508, *Bull. crim.* n° 50; *D. Aff.* 2005, p. 1152, obs. Lienhard; *D. 2005, Pan.* p. 2994, obs. Mascala; *Dr. pénal* 2005, 80, obs. J.-H. Robert.
 15. Crim. 7 juill. 2005, n° 05-81.119, *Bull. crim.* n° 206; *D. 2005, 2998*, note Donnier; *AJ Pénal* 2005, p. 370, obs. Leblois-Happe; *JCP G* 2005, II, 10143, note Leblois-Happe; *Gaz. Pal.* 2005, 2. 2688; *ibid.* 2006, 1. *Somm.* 2059, note Viriot-Barrial; *Dr. pénal* 2005, comm. 132, obs. J.-H. Robert; *RSC* 2006, 84, obs. Ambroise-Castérot.
 16. R. Merle et A. Vitu, *Procédure pénale*, Cujas, 5^e éd., 2001, n° 50, p. 66. – S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, Litec, 10^e éd., 2014, n° 1330, p. 802.
 17. Décision confirmée par un arrêt du 7 juin 2013 portant renvoi devant la juridiction de jugement.
 18. Crim. 16 oct. 2013, n° 11-89.002 et 13-85.232, *Bull. crim.* n° 192; *Dalloz Actualité*, 31 oct. 2013, obs. M. Bomble; *D. 2013*, p. 2673, note Y. Mayaud; *ibid.* 2014, p. 1736, obs. J. Pradel; *AJ pénal* 2014, p. 30, obs. J. Pradel; *JCP G* 2013, n° 1309, note Detraz; *Gaz. Pal.* 2013, 2. 3739, note Méssa; *RSC* 2013, p. 803, obs. Mayaud, et p. 833, obs. Salvat. – Adde : J.-Y. Maréchal, « Prescription du meurtre : "Couvrez ces cadavres que je ne saurais voir" », *Dr. pénal* 2013, Étude 18.

justifier de certains écarts en d'autres domaines... Désignée comme juridiction de renvoi, la cour d'appel de Paris a rendu un arrêt de résistance¹⁹, s'appuyant, comme l'avait fait la cour d'appel de Douai, sur l'impossibilité d'une action pour quiconque pendant le temps de la prescription. La thèse des juridictions du fond l'a finalement emporté. Dans une décision du 7 novembre 2014, l'Assemblée plénière en a approuvé le principe : « Si, selon l'article 7, alinéa 1^{er}, du code de procédure pénale, l'action publique se prescrit à compter du jour où le crime a été commis, la prescription est suspendue en cas d'obstacle insurmontable à l'exercice des poursuites »²⁰. Tel était bien le cas en l'espèce, nul n'ayant été en mesure de s'inquiéter de la disparition des malheureuses victimes.

La leçon est importante. Loin de reposer sur la matérialité clandestine de l'homicide, contrairement à une démarche envisagée en ce sens par le conseiller rapporteur, la solution affiche son appartenance à la procédure. Elle n'est pas le résultat d'une conception artificielle de l'infraction pénale, mais d'une donnée processuelle, par laquelle la prescription peut être, non seulement interrompue, mais également suspendue. Elle mérite d'être approuvée, pour mettre un terme à des analyses inaccessibles sur la nature dissimulée ou non de l'homicide : ce crime est et doit rester une infraction instantanée, toute autre réponse n'étant qu'une surenchère à des considérations dictées, moins par le souci du droit, que par une quête d'opportunité... Sa matérialité n'a pas à subir une telle dénaturation, alors que l'adage « *Contra non valentem agere non currit praescriptio* »²¹ couvre sagement la difficulté²². C'est une règle de bon sens, en parfaite adéquation avec ce que la prescription sanctionne de négligence dans l'exercice des pour-

suites. Là où elles n'ont pu être exercées, faute pour le parquet ou la victime d'avoir été placés dans une situation qui leur permettait de le faire, il n'est aucune négligence, aucun reproche possible à même de trouver sa sanction dans la prescription. Celle-ci est tout simplement « suspendue » pendant le temps couvert par l'impossibilité d'agir – une suspension qui s'apparente davantage à un report du point de départ du délai – indépendamment de savoir si, structurellement, l'infraction commise est par nature clandestine. La théorie de la clandestinité n'est donc pas promise à une généralisation incontrôlée, et son rejet en rapport avec le crime d'homicide volontaire témoigne d'une belle lucidité dans un débat hors sujet...

B. L'infraction continue

Est continu ce qui se prolonge dans le temps. Ce qui est à même de durer rend compte de la continuité, si bien que les infractions concernées se caractérisent par une matérialité extensible. L'infraction est continue lorsque l'action ou l'omission est susceptible de se manifester inchangée dans le temps, pour être reconductible à l'infini. C'est cette vocation à se maintenir dans la durée qui fait la continuité, même si, dans sa consommation réelle, le crime ou le délit se réduit à une simple ponctualité. Le critère est abstrait, tributaire, moins d'un constat, que d'une conception. Ainsi définie, la matérialité continue rejoint une liste importante d'infractions, dont la consommation passe par des actes qui ont cette propriété de pouvoir se prolonger dans le temps sans aucune altération de leur substance : séquestration (C. pén., art. 224-1), proxénétisme par non-justification de ressources (C. pén., art. 225-6, 3°), hébergement contraire à la dignité de la personne (C. pén., art. 225-14),

19. Paris, 19 mai 2014, *Dalloz Actualité*, 27 mai 2014, obs. M. Bombled ; *Gaz. Pal.* 2014. 2. 2191, note J. Larregue.

20. Ass. plén., 7 nov. 2014, n° 14-83.739, *Bull. crim.*, Ass. Plén., n° 1 ; *Dalloz Actualité*, 21 nov. 2014, obs. C. Fonteix ; *D.* 2014. 2498, note Parizot ; *AJ pénal* 2015. 36, note Darsonville ; *Gaz. Pal.* 2014. 2. 3710, note E. Raschel ; *RSC* 2014, p. 777, obs. Mayaud, et p. 803, obs. Boccon-Gibod. – *Adde* : L. Saenko, *D.* 2014, Point de vue, p. 2469 ; *Dr. pénal* 2014, Alertes 57, obs. Maréchal, et comm. 151, obs. Maron et Haas. – *Rapp.* : *Crim.* 20 juill. 2011, n° 11-83086 (non publié au *Bulletin*), dont il résultait déjà que : « (seul) un obstacle insurmontable à l'exercice des poursuites peut entraîner la suspension du délai de prescription de l'action publique ».

21. S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, Litec, 10^e éd., 2014, n° 1343, p. 810. – La règle est appelée à la généralité dans un rapport d'information déposé au Sénat le 20 juin 2007 (J.-J. Hyest, H. Portelli et R. Yung, Rapport d'information fait au nom de la commission des lois et de la mission d'information de la commission des lois, 20 juin 2007, n° 338, « Pour un droit de la prescription moderne et cohérent », *Documentation française*). Elle se trouve ainsi sur la voie d'une légitime reconnaissance par la Cour de cassation elle-même.

22. Le législateur en a reconnu la justesse : la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (*JO* 15 mars, p. 4582 ; rectificatif : *JO* 23 mars, p. 5193) a complété l'article 8 du code de procédure pénale par un troisième alinéa, afin de faire courir le délai de prescription de l'action publique des délits d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse, de vol, d'escroquerie, d'abus de confiance, et de recel, lorsqu'ils sont commis à l'encontre d'une personne vulnérable, « à compter du jour où l'infraction apparaît à la victime dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique »... C'est là une reconnaissance explicite de la légitimité de l'axiome d'origine civiliste ? De cette légitimité dictée par la nature profonde de la prescription...

conservation d'un enregistrement de paroles prononcées à titre privé ou confidentiel (C. pén., art. 226-2), conservation de données informatisées (C. pén., art. 226-19), soustraction de mineur (C. pén., art. 227-7), recel (C. pén., art. 321-1), marchandage (C. trav., art. L. 8231-1 et L. 8234-1)... autant d'exemples qui renvoient à la possibilité de prolonger les actions en cause, de manière à rendre leur matérialité présente aussi longtemps que persiste en ce sens la volonté de leur auteur.

Les infractions continues ont toujours exercé une réelle attraction. Il faut dire qu'elles sont un genre idéal pour une répression adaptée à la durée, pouvant s'exercer autant que se perpétue l'action ou l'omission incriminée. Il en résulte que les différents mécanismes juridiques participant de cette répression trouvent auprès d'elles une assise beaucoup plus large que dans les infractions instantanées, chaque manifestation de la continuité pouvant servir de point d'appui à leur application. C'est particulièrement le cas pour la prescription de l'action publique, qui concentre toute l'attention portée à ce modèle original de matérialité. Par la continuité, ladite prescription court seulement du jour où le comportement a cessé. La solution est normale : l'infraction se matérialisant tant que la perpétuation est active, il est logique de fixer le point de départ de la prescription à l'instant seulement où cette activité n'est plus, marquant ainsi le seuil ultime de la consommation du délit.

Il ne faut donc pas s'étonner que la continuité soit revendiquée comme la marque d'actions ou d'omissions caractérisées par une forte assise dans la durée, avec pour stratégie d'en retirer un profit non négligeable quant à la prescription, afin d'en éviter les effets. Tout ce qui peut en rejoindre le profil entre un jour ou l'autre dans le débat, mais sans aucune certitude d'un gain acquis d'avance. Il est parfois d'autres considérations qui l'emportent, et la continuité en fait les

frais, au nom d'un équilibre à trouver entre ce qu'elle représente de matérialité attractive, et ce que d'autres intérêts ont également de légitime. Une intéressante illustration peut être tirée de la continuité des supports que représentent les nouvelles technologies, qui servent de plus en plus de relais à des agissements répréhensibles, particulièrement en relation avec les infractions de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. L'Internet est en cause, qui plaide volontiers pour une action continue. S'agissant d'écrits ou d'images diffusés sur support papier (livres, journaux, affiches...) ou audiovisuel (radio, télévision, cinéma...), la détermination du seuil de consommation de l'infraction est facile, qui résulte du support lui-même, ou correspond à un acte précis (routage pour les livres), et c'est tout naturellement que, s'appuyant sur le caractère « périssable », voire « furtif » des messages publiés, l'infraction est considérée comme instantanée. Mais il n'en est plus de même lorsque le propos passe par le réseau Internet : alors, en effet, l'infraction s'inscrit dans la durée et devient continue, à la mesure de la perpétuation possible du message publié, et de la volonté renouvelée de l'émetteur de le maintenir sur le site ou de l'en retirer quand bon lui semble²³.

Cette perception n'a pas les faveurs de la Cour de cassation, qui, sur une considération d'équilibre, n'entend pas que, pour une même infraction, soient retenues des conceptions différentes quant à son mode de réalisation matérielle. De là une position uniforme, quel que soit le support retenu, et à l'avantage de l'instantanéité des délits commis²⁴. Il n'en demeure pas moins que la question reste pertinente, tant il est vrai que sont protéiformes les notions de publication ou de diffusion propres à la loi sur la presse, pour renvoyer à de multiples supports, et justifier que le droit en intègre les différences. Autant la publication de propos diffamatoires par la voie d'un quotidien peut être considérée

23. Paris, 15 déc. 1999, *JCP G* 2000. II. 10281, note P.-A. Schmidt et V. Facchina; *D.* 2000. *Somm.* 403, obs. Dupeux; *Gaz. Pal.* 2000. 1. *Doctr.* 697, note A. Cousin; *RSC* 2000. 644, obs. Francillon. – TGI Paris, 6 déc. 2000, *D.* 2001, IR p. 180; *JCP G* 2001. II. 10515, note A. Lepage; *Gaz. Pal.* 2001. 1. 122, note B. Ader; *ibid.* 2001. 2. 1054, note A. Blanchot.

24. Crim. 30 janv. 2001, n° 00-83.004, *Bull. crim.* n° 28; *D.* 2001. 1833, note Dreyer; *JCP G* 2001. II. 10515, note A. Lepage; *Gaz. Pal.* 2001. 1. 661, note Monnet; *RSC* 2001. 605, obs. Francillon; 16 oct. 2001, n° 00-85.728, *Bull. crim.* n° 211; *D.* 2002. *Somm.* 2770, obs. Bigot; *JCP G* 2002. II. 10028, note Blanchetier; *Dr. pénal* 2002. 12, obs. Véron; *Gaz. Pal.* 2002. 1. 119, note Monnet; *ibid.* 2002. 2. 956, note L'Hénoiret-Marcellesi; *RSC* 2002. 621, obs. Francillon; 27 nov. 2001, n° 01-80.134, *Bull. crim.* n° 246 (cassation de Paris, 15 déc. 1999, préc.); *D.* 2002. *Somm.* 2770, obs. Bigot; *RSC* 2002. 621, obs. Francillon; 6 janv. 2009, n° 05-83.491, *Bull. crim.* n° 4; *D.* 2009, p. 1260, note Courtin; *JCP G* 2009, n° 46, 441, § 8, obs. Tricoire; *Gaz. Pal.* 2009. 1. *Somm.* 1477, note Marcellesi et Bensoussan-Brulé. – Dans le même sens : Poitiers, 11 déc. 2001, *JCP G* 2002. IV. 2210; Paris, 2 mars 2005, *JCP G* 2005. IV. 2667; Nancy, 24 nov. 2005 : *JCP G* 2007. IV. 1106. – *Adde* : P. Blanchetier, « Point de départ du délai de prescription des délits de presse sur internet : vers une solution libertaire et contraire au bon sens », *D.* 2001. *Chron.* 2056.

comme une action instantanée aux effets permanents²⁵, autant la diffusion de ces mêmes propos sur Internet paraît rejoindre la matérialité continue. La différence est inscrite dans les faits eux-mêmes, qui procèdent d'une opposition évidente. Et ce n'est pas un allongement du délai de prescription, tel qu'il existe déjà en matière raciste²⁶, ou tel qu'il est projeté par la proposition de loi portant réforme de la prescription en matière pénale²⁷, qui aura pouvoir de la neutraliser. C'est dire que le problème n'est pas résolu, du moins qu'il l'est artificiellement, sur un critère

extérieur à ce que dicte la matérialité elle-même, un critère de stratégie politique, qui a ses raisons, mais sans rendre raison à la théorie de la matérialité...

Tel est l'élément matériel de l'infraction aujourd'hui : une théorie prospère, dans laquelle sont puisées de nombreuses espérances, comme elle peut être source de déceptions. Mais, quel qu'en soit l'image, positive ou négative, elle est et reste bien vivante, contribuant à alimenter le droit pénal général d'un dynamisme porteur, et à lui donner un profil de « grande matière ».

25. TGI Paris, 6 déc. 2000, préc.

26. Loi 29 juill. 1881, art. 65-3.

27. Adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale le 10 mars 2016 : AN, « Petite loi » n° 690.

Petit trois du Grand B :

le droit pénal préventif et l'anticipation de la répression

Le droit pénal préventif et l'anticipation de la répression Libres-propos

Jean-Baptiste Perrier

Professeur à l'Université Clermont Auvergne

Directeur du Centre Michel de l'Hospital (EA 4232)

1. Un droit répressif. Souvent présentée comme n'étant pas une espèce particulière de loi mais étant plutôt la sanction de toutes les autres, la loi pénale serait essentiellement répressive : elle n'interviendrait que lorsqu'une autre loi n'a pas été respectée. Cette vision rousseauiste du droit pénal est quelque peu décevante, car cette matière n'y a qu'un rôle secondaire ; le droit pénal viendrait au renfort d'une autre matière et ne pourrait prétendre, à la différence des autres, encadrer l'organisation et le fonctionnement de notre société. Il est vrai qu'une telle logique se retrouve dans les droits pénaux dits « techniques », mais qui n'en relèvent pas moins de la matière pénale, au sens européen de la notion tel que dégagé à l'occasion de l'arrêt *Engel*¹. Le droit pénal de la consommation vient en effet sanctionner le non-respect des règles posées par le droit de la consommation, lequel encadre notamment les relations entre consommateurs et professionnels ; le droit pénal du travail vient

pour sa part sanctionner le non-respect des règles relatives à la protection des salariés, à l'exercice du droit syndical ou encore des obligations déclaratives et de paiement des cotisations sociales.

2. Un droit réactif. Cette vision du droit pénal, auxiliaire des autres droits, est toutefois réductrice : elle ignore la dimension régulatrice du droit pénal, en ce qu'il vient, aux côtés des autres matières, garantir le respect du pacte social, en sanctionnant les atteintes les plus graves. Il est alors un droit d'exception, présentant un caractère subsidiaire puisqu'il sanctionne « les atteintes les plus graves que les autres mécanismes de régulation sociale n'ont pas réussi à prévenir et qu'ils sont incapables d'effacer »². Le droit pénal est, de ce point de vue, l'*ultima ratio*, intervenant non plus pour sanctionner le non-respect de règles techniques imposées par d'autres droits, mais pour sanctionner la violation d'interdits plus généraux que ces autres droits n'ont pas

1. CEDH, 8 juin 1976, *Engel et a. c/ Pays-Bas*, n° 5100/71.

2. E. Dreyer, *Droit pénal général*, LexisNexis, 4^e éd., 2016, n° 85.

réussi à faire respecter. Le droit pénal est ainsi l'un des outils permettant d'assurer le respect du pacte social et, sans être le plus performant, il est à l'évidence le plus exceptionnel, en ce que les sanctions prévues par lui sont les plus exceptionnelles.

Cela étant, qu'il soit auxiliaire ou subsidiaire, qu'il intervienne au renfort d'autres droits ou qu'il intervienne en complément de ceux-ci, le droit pénal est toujours réactif, sanctionnant le comportement prohibé après que celui-ci a été adopté. Cette logique réactive semble être l'essence même du droit pénal, qui ne peut frapper que lorsque l'interdit a été violé, lorsque l'élément matériel a été accompli et lorsque les exigences de l'élément moral sont remplies, ce qui suppose que l'auteur a commis l'infraction, ou au moins tenté de la commettre.

3. Des fonctions préventives. Réactif car répressif, le droit pénal ne semble donc pouvoir intervenir qu'en aval, après la commission d'une infraction ; il serait toutefois erroné d'écarter toute dimension préventive de la loi pénale, et ce pour plusieurs raisons.

D'abord, à travers l'interdit érigé en incrimination et la sanction prévue pour la violation de l'interdit, la loi pénale remplit une fonction dissuasive. Cette fonction bien connue permettrait de prévenir l'infraction, en dissuadant celui qui songerait à la commettre, par la menace d'une sanction. L'on sait toutefois que cette prévention « primaire » n'est pas toujours efficace³, puisque des infractions sont malgré tout commises.

Ensuite, au regard des fonctions de la peine, celle-ci doit permettre la sanction de l'auteur de l'infraction, mais également favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion⁴. L'on retrouve ici la logique « correctionnelle » du droit pénal, visant à corriger le délinquant pour éviter la réitération ; l'on retrouve surtout un nouveau témoignage de la dimension préventive de la répression pénale, cette prévention tertiaire qui innerve le droit de la peine. Lorsque la dissuasion n'a pas suffi à prévenir la première infraction, la peine doit alors permettre de prévenir une seconde infraction.

Ainsi, loin d'être uniquement réactive, la loi pénale peut se teinter d'une coloration préventive et cette logique identifiée – cette prévention en amont et en aval de l'infraction – est intéressante. Cette logique présente toutefois un inconvénient en ce qu'elle est binaire : la prévention se retrouve soit avant toute infraction, de façon générale et impersonnelle, avec les limites que l'on connaît à cette approche, soit après une première infraction, de façon individualisée mais alors de nouveau essentiellement réactive. Il est donc intéressant de remarquer que le droit pénal a par ailleurs su mêler prévention et réaction, par l'anticipation de la répression.

4. Un outil préventif. Une troisième variété de cette dimension préventive de la loi pénale se retrouve en effet à travers l'infraction-obstacle. La logique de l'infraction-obstacle est connue, il s'agit d'un moyen de prévention qui « consiste à incriminer et à punir par des mesures individuelles certains agissements fautifs qui créent un trouble social encore léger, mais qui constituent une étape sur la voie d'infractions plus graves »⁵. Pour garantir le respect du pacte social, la loi pénale s'est donc dotée d'un outil tout à fait remarquable, à la fois répressif et préventif : l'infraction-obstacle est une incrimination d'un comportement vu comme dangereux permettant, par la sanction de celui-ci, d'éviter la réalisation d'une infraction plus grave.

L'on devine ici tout l'intérêt de l'infraction-obstacle, permettant l'intervention du droit pénal en amont de l'infraction elle-même, et ce par l'anticipation de la répression. Il n'est donc pas surprenant de constater que cette anticipation de la répression s'étend, même si une telle extension ne peut être sans limite. Quoi qu'il en soit, et compte tenu de l'intérêt que présente l'anticipation de la répression, permettant de prévenir tout en réprimant, le législateur contemporain a multiplié les infractions obstacles, en incriminant la participation à la préparation d'une autre infraction (I), mais aussi, et de façon plus étonnante, en s'attachant à la simple intention (II), quoique ces incriminations ne soient pas dépourvues de toute matérialité.

3. De ce point de vue, la prévention serait « proactive, alors que la peine est réactive », P. Morvan, *Criminologie*, Litec, 2^e éd., 2016, n° 319.

4. Telles sont les fonctions de la peine, telles que présentées par l'article 130-1 du code pénal, inséré par la loi n° 2014-896 du 15 août 2014.

5. B. Bouloc, *Droit pénal général*, Dalloz, 24^e éd., 2015, n° 25, lequel ajoute qu'« en incriminant ces agissements et en sévissant contre leur auteur dès ce stade, on évite qu'ils commettent des crimes importants ».

I. L'anticipation et le développement de l'incrimination de la participation

5. L'absence de logique préventive de la tentative. Lorsque l'infraction est réalisée, les différents participants peuvent être poursuivis, quelle que soit la teneur de leur participation, coaction ou complicité. Cela étant, l'objectif préventif conduit à anticiper la répression avant la réalisation de l'infraction, dès sa préparation. L'on sait que le droit pénal permet déjà, dans certaines hypothèses et à certaines conditions, de sanctionner une infraction avant sa réalisation, par la sanction de la tentative, telle que prévue et réglementée par l'article 121-5 du code pénal⁶. Ce texte exige, pour que la tentative soit constituée, une absence de désistement volontaire mais aussi un commencement d'exécution. Si cette seconde notion n'est pas définie par le code pénal, la jurisprudence a eu l'occasion d'indiquer que le commencement d'exécution était caractérisé par « des actes devant avoir pour conséquence directe et immédiate de consommer le crime, celui-ci étant ainsi entré dans la période d'exécution »⁷. Dès lors, puisque l'infraction est déjà entrée dans la période d'exécution, l'on devine que la répression de la tentative ne permet pas de prévenir l'infraction, tout au plus permet-elle de l'éviter lorsque l'infraction aura été empêchée juste avant sa commission. La répression de la tentative ne relève pas d'une logique d'anticipation, elle vise simplement à permettre la sanction de l'auteur que l'on aurait empêché de mener son projet criminel à son terme.

6. La logique préventive de l'infraction-obstacle. Afin d'anticiper la répression, et pour éviter plus spécifiquement la réalisation d'une infraction qui porterait atteinte à des valeurs importantes, le recours aux infractions-obstacles

est dès lors très utile en ce que ces incriminations « se situent très en amont sur l'*iter criminis* »⁸. Pour ce faire, le législateur incrimine des comportements qui révèlent le risque d'une autre infraction ou qui ne sont que des actes préparatoires de l'infraction que l'on souhaite éviter. Ces actes ne peuvent remplir les conditions prévues par l'article 121-5 du code pénal, de telle sorte que la tentative n'est pas constituée; pour autant, l'intervention dès ce stade du droit pénal est nécessaire afin d'éviter la réalisation de l'infraction. L'on retrouve ainsi l'intérêt des infractions-obstacles, qui incriminent la préparation ou le risque, plus ou moins direct, d'une autre infraction, plus ou moins déterminée; le « flou » ici rappelé révèle la souplesse des infractions-obstacles mais ces distinctions ont un intérêt concernant l'éventuel cumul des qualifications.

Les exemples sont nombreux et l'on se contentera de rappeler les plus connus. Ainsi, pour éviter une infraction plus indéterminée, le délit de risque causé à autrui incrimine le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente⁹, et ce afin de prévenir les infractions d'homicide ou de blessures involontaires¹⁰. Ces mêmes infractions peuvent également être évitées grâce à l'incrimination de la conduite sous l'empire d'un état alcoolique¹¹, « l'exemple-type de l'infraction obstacle »¹². Ces mêmes infractions pourraient être également évitées par une poursuite plus effective des violations des règles d'hygiène et de sécurité en droit pénal du travail¹³, certains auteurs regrettant que ces dernières ne soient sanctionnées qu'« au moment où survient un accident », de telle sorte que « le système, qui néglige de sanctionner ce qui devrait constituer une "infraction-obstacle" se trouve alors perversi »¹⁴.

6. L'article 121-4, 2^e, qualifie pour sa part d'auteur celui qui tente de commettre un crime ou, dans les cas prévus par la loi, un délit.

7. Crim. 25 oct. 1962, *Bull. crim.* n° 292 et n° 293; v. déjà Crim. 5 juill. 1951, *Bull. crim.* n° 198, où la chambre criminelle vise « les actes qui tendent directement au crime ou au délit avec intention de le commettre ».

8. P. Conte et P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, A. Colin, 7^e éd., 2004, n° 322.

9. Article 223-1 du code pénal; l'infraction est constituée lorsque le risque résulte d'une violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement.

10. Certains y voient une « infraction de prévention » car, lorsque le résultat redouté se produit, le délit de risque causé à autrui est absorbé par « la qualification matérielle homologue », P. Conte et P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, *op. cit.* n° 323.

11. Art. L. 234-1 du code de la route; « le législateur a voulu ainsi sanctionner l'imprudence pour elle-même, indépendamment du résultat qu'elle est de nature à engendrer, en créant une infraction obstacle », J. Mouly, « Infraction de mise en danger délibérée d'autrui », *D.* 2000, p. 227.

12. D. Roets, « Classification des infractions », Art. 111-1, fasc. 20, *J-CI Pénal Code*, n° 45.

13. D. Mayer, « L'influence du droit pénal sur l'organisation de la sécurité dans l'entreprise », *D.* 1998, p. 256.

14. E. Dreyer, « L'imputation des infractions en droit pénal du travail », *RSC* 2004, p. 813, n° 2; sur ce point, v. également concernant le délit de risque causé à autrui, V. Cohen-Donsimoni, « L'entreprise face à l'émergence du délit de risques causés à autrui », *AJ Pénal* 2016, p. 356.

7. L'infraction-obstacle et l'incrimination de la participation.

Au-delà du risque causé par ces comportements ainsi incriminés, le législateur a aussi souhaité intervenir en amont, dès la préparation de l'infraction que l'on souhaite éviter. Ainsi, le complot est constitué par la résolution de commettre un attentat, lorsque cette résolution est concrétisée par un ou plusieurs actes matériels¹⁵, l'objectif étant ici expressément de prévenir un attentat en incriminant sa préparation¹⁶. De même, et pour éviter une infraction plus indéterminée, l'article 450-1 du code pénal permet de réprimer l'association de malfaiteurs, constituée par tout groupement formé ou entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un ou plusieurs crimes ou d'un ou plusieurs délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement. L'on voit ici la logique de cette infraction-obstacle mise en évidence, le délit d'association de malfaiteurs permet d'anticiper la répression, en incriminant la participation à ce groupement ou cette entente, dès les premiers faits matériels, sans attendre le commencement d'exécution, peu important d'ailleurs le crime ou le délit projeté¹⁷. La variante de l'association de malfaiteurs en matière de terrorisme¹⁸ prévoit toutefois plus de précisions quant à l'infraction que l'on souhaite prévenir.

Enfin, et témoignant de ce développement de l'incrimination de la participation, la loi du 2 mars 2010¹⁹ a introduit un article 222-14-2 dans le code pénal, incriminant « le fait pour une personne de participer sciemment à un groupement, même formé de façon temporaire, en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, de violences volontaires contre les personnes ou de destructions ou dégradations de biens »²⁰. Est donc incriminée la

participation à un groupe violent, dès les premiers faits matériels, sans attendre le passage à l'acte. L'on retrouve ici l'intérêt de l'anticipation de la répression, intervenant avant la commission de faits de violences, de destructions ou dégradations. Une nouvelle infraction-obstacle est ainsi identifiée, concernant les violences de groupes et sur le modèle de l'association de malfaiteurs, la différence tenant au caractère inorganisé du groupe.

8. Les éléments de l'incrimination de participation.

Si ces infractions permettent l'intervention du droit pénal dès la participation à un groupement, une entente ou un groupe inorganisé, il ne faut pas pour autant en déduire que la simple participation est sanctionnée ; celle-ci doit être consciente et la visée criminelle du groupe doit être matérialisée. L'on retrouve ainsi dans ces infractions à la fois un élément matériel, mais aussi un élément moral, soit les deux conditions de la culpabilité et donc de la responsabilité pénale.

S'agissant de l'élément matériel de ces infractions-obstacles, comme cela a été rappelé, « l'élément matériel d'une association de malfaiteurs – qu'elle soit terroriste ou non – consiste à y participer »²¹. Si l'association doit avoir pour projet la préparation d'un crime ou d'un délit, caractérisée par des faits matériels²², l'auteur n'a pas à prendre part à ces faits, comme la chambre criminelle l'a rappelé le 12 juillet 2016²³ ou encore le 11 janvier 2017²⁴. S'agissant de l'élément moral, la question s'est posée de savoir si un tel lien devait également se retrouver, s'il était nécessaire de retrouver chez l'auteur de l'infraction-obstacle l'intention précise de commettre l'infraction que l'on souhaite éviter. À cette question, la réponse aurait pu être positive²⁵, puisque

15. Article 412-2 du code pénal.

16. Article 412-1 du code pénal ; lorsque l'attentat est réalisé, le complot ne peut être retenu, il est « englobé » dans l'attentat.

17. Le délit doit toutefois être puni de cinq ans d'emprisonnement.

18. Article 421-2-1 du code pénal.

19. Loi n° 2010-201 du 2 mars 2010 renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public, sur ce texte, v. nos obs. *RSC* 2010, p. 468.

20. Une telle participation est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

21. P. Conte, « Élément matériel », *Droit pénal*, 2016, comm. 152, obs. sous Crim. 12 juillet 2016, n° 16-82.692.

22. Il en va de même du risque causé à autrui, qui renvoie à l'infraction redoutée, seuls les délits routiers s'émancipent de ce lien et s'autonomisent parfaitement.

23. Crim. 12 juill. 2016, n° 16-82.692.

24. Crim. 11 janv. 2017, n° 16-80.610, où la Cour approuve le raisonnement des juges du fond selon lequel « la bande organisée s'analyse en une circonstance aggravante réelle qui, ayant trait aux conditions dans lesquelles l'infraction a été commise, a vocation à s'appliquer à l'ensemble des coauteurs et complices, sans qu'il soit besoin de démontrer la participation personnelle et directe [du prévenu] à la préparation de son évasion ».

25. Pour d'autres infractions-obstacles, la réponse négative est une évidence : l'on ne peut rechercher, chez l'auteur du délit de risque causé à autrui, l'intention de commettre un homicide involontaire (mais le délit de risque causé à autrui reste une infraction intentionnelle).

le groupe ou le groupement est formé en vue de la préparation d'une infraction. Toutefois, la jurisprudence considère depuis longtemps que le code pénal « n'exige pas, comme élément constitutif du délit d'association de malfaiteurs, le dessein, formé par des individus rassemblés, de commettre un crime déterminé de façon précise; il suffit que l'entente établie ait été concrétisée par un ou plusieurs actes préparatoires »²⁶. De façon plus récente et remarquée, la chambre criminelle a indiqué que l'association de malfaiteurs formée en vue d'un crime terroriste n'exige pas, pour être caractérisée, la démonstration de la connaissance précise et concrète du projet par les participants²⁷, rappelant ainsi l'autonomie de l'infraction.

Il ne s'agit pas de punir celui qui ignore tout du projet criminel, il s'agit de punir celui qui, sans connaître la teneur de ce projet, ne pouvait en ignorer l'existence; l'on peut alors se demander « si ne pas ignorer équivaut à adhérer et vouloir »²⁸. Sous cette réserve, l'élément moral n'est pas absent, il ne concerne toutefois que la participation au groupe ou à l'entente criminelle, et non l'infraction qui est projetée²⁹.

9. L'intérêt de l'incrimination de la participation. À travers ces décisions, l'on voit que l'anticipation de la répression est axée sur la participation à un groupe ou à une association de malfaiteurs, peu important que l'intéressé connaisse avec précision le projet criminel³⁰ et qu'il participe aux faits matériels visant à sa préparation; « le participant à une association de malfaiteurs n'a à prendre part ni aux crimes qu'elle prépare, ni aux actes qui manifestent cette préparation »³¹. Afin de donner aux infractions-obstacles leur pleine efficacité, la jurisprudence n'hésite pas à autonomiser ces infractions

de celles que l'on souhaite prévenir. Du point de vue de l'anticipation de la répression, une telle solution est logique, puisqu'il s'agit de poursuivre un comportement pour lui-même³², quoique l'objectif soit également préventif. Cette attention portée à la participation ne surprendra donc pas, puisque la logique même de ces infractions est d'intervenir dès cette participation afin d'éviter que le projet criminel ne se réalise. En revanche, cette attention portée à la simple participation détonne avec la tendance actuelle s'intéressant de plus en plus à l'intention.

II. L'anticipation et le déplacement de l'incrimination vers l'intention

10. L'anticipation de la participation. Afin de lutter plus efficacement contre les crimes les plus graves, c'est-à-dire de nos jours ceux de terrorisme, le législateur a cherché à anticiper plus encore la répression, pour prévenir mieux ces infractions. La difficulté est qu'en remontant l'*iter criminis*, en amont de la participation à la préparation de l'infraction, l'on se situe au stade du projet criminel, de l'intention. Or, l'on voit la difficulté tant il semble inconcevable d'incriminer une simple intention criminelle. Le législateur a peut-être réussi à concevoir une telle incrimination, en insufflant une dose suffisante de matérialité au sein de ce qui semble être l'incrimination d'un projet criminel, en l'occurrence d'un projet terroriste.

11. L'incrimination de l'entreprise individuelle. Ainsi, l'infraction d'entreprise individuelle terroriste, prévue par l'article 421-2-6 du code pénal³³, incrimine la préparation de la commission de certaines infractions graves portant

26. Crim. 15 déc. 1993, n° 93-81.240.

27. Crim. 7 oct. 2016, n° 16-84.597.

28. N. Catelan, « Association terroriste de malfaiteurs : quelle intention pour quelle aggravation ? », *Lexbase Hebdo* 2016, n° N5420BWN.

29. « C'est donc en rapport avec la matérialité "obstacle" que l'intention doit être appréciée, ce qui en fait en quelque sorte son décalque psychologique », Y. Mayaud, « Le crime terroriste de participation à une association de malfaiteurs : une aggravation révélée dans sa juste portée », *AJ Pénal* 2016, p. 526.

30. De même, le délit de risque causé à autrui est caractérisé peu importe que l'auteur sache avec précision si son comportement exposait autrui à un risque de mort ou seulement de blessures; il doit en revanche être conscient du risque généré.

31. P. Conte, « Élément matériel », préc., qui pose la question : « sinon, à quoi servirait cette incrimination ? ».

32. Comme l'observe le Professeur Mayaud, « Cette jurisprudence se veut respectueuse de la nature "obstacle" de l'association de malfaiteurs. Une nature inscrite dans les différentes formules d'incrimination, qui toutes font de la préparation des crimes ou délits à commettre l'objet même de l'association, en référence, non à ceux précisément réalisés, mais à ceux indifféremment réalisables dans les termes de la loi », Y. Mayaud, « Le crime terroriste de participation à une association de malfaiteurs : une aggravation révélée dans sa juste portée », préc.

33. Introduit par la loi n° 2014-1353 du 13 nov. 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme.

atteinte ou pouvant porter atteinte à la vie et à l'intégrité physique, et ce afin de les prévenir³⁴. L'objectif est de pouvoir poursuivre les « loups solitaires », dès la préparation de l'acte de terrorisme, même si l'on a pu voir que les loups n'étaient pas solitaires, recevant leurs instructions de l'organisation dont ils se revendiquaient.

Pour pouvoir appréhender une telle préparation de ces infractions, celle-ci est caractérisée, selon ce texte, par le fait de détenir, de rechercher, de se procurer ou de fabriquer des objets ou des substances de nature à créer un danger pour autrui et par le fait, soit de recueillir des renseignements permettant de mener une action, soit de s'entraîner ou se former au maniement des armes ou à la fabrication de substances explosives, soit encore de consulter habituellement des sites internet faisant l'apologie du terrorisme, soit enfin d'avoir séjourné à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes. L'infraction est donc complexe, en ce qu'elle suppose deux éléments matériels différents.

12. L'intention de l'entreprise individuelle.

De prime abord, par l'incrimination de la préparation de telles infractions, l'article 421-2-6 ne se distingue pas des autres infractions-obstacles, puisque l'on retrouve cette prévention réalisée par ce « qui apparaît cependant déjà comme une œuvre de répression »³⁵. Toutefois, à la différence des hypothèses précédentes, l'article 421-2-6 exige que la préparation de ces infractions soit « intentionnellement en relation avec [cette] entreprise individuelle ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur ». La référence à l'intention pourrait ne pas surprendre car elle se retrouve déjà dans les articles 421-1 et 421-2 ; toutefois, elle ne se retrouve pas dans l'article 421-2-1, c'est-à-dire dans l'association de malfaiteurs à caractère ter-

roriste. Il ne faut pas pour autant en conclure que l'association de malfaiteurs ne serait pas une infraction intentionnelle : si la matérialité est décisive, à travers la préparation de l'infraction, l'élément moral, réduit à cette simple adhésion, doit toutefois être caractérisé. En revanche, il est évident que, lorsqu'il s'agit d'une entreprise individuelle, l'on ne peut se satisfaire d'une simple adhésion sans connaissance précise de l'acte de terrorisme projeté : puisqu'il n'y a qu'un participant, celui-ci doit à la fois préparer l'infraction projetée mais aussi la préméditer.

L'entreprise individuelle terroriste suppose donc, et fort logiquement, une connaissance précise par l'auteur de l'infraction projetée ; il ne pourrait en être autrement, à moins d'incriminer une simple éventualité, ce qui ne paraît pas admissible.

13. La difficile preuve d'une seule intention.

Cette attention portée à l'intention n'est pas la simple conséquence du caractère « individuel » de l'infraction. Elle a elle-même une conséquence importante et logique : les faits sont punissables lorsque l'auteur a une telle intention, et ils ne le sont pas, lorsqu'une telle intention fait défaut. Dès lors, si l'entreprise individuelle terroriste doit être caractérisée par des éléments matériels, concrets, il n'en demeure pas moins que le critère décisif est cette fois l'intention de l'auteur.

La raison d'une telle infraction-obstacle se comprend, mais en ce que l'intention devient un critère décisif, l'on devine la question : comment réussir à découvrir ce qui n'est que la préparation individuelle d'une autre infraction ? Il est vrai que les faits matériels visés permettent une certaine extériorisation de la préparation d'un acte de terrorisme, et cette préparation doit être intentionnellement en relation avec cette entreprise ayant un tel but. Toute la difficulté est alors de

34. Sont ainsi visées les infractions prévues l'article 421-1, 1°, soit les atteintes volontaires à la vie et à l'intégrité de la personne, l'enlèvement et la séquestration ainsi que le détournement d'aéronef, de navire ou de tout autre moyen de transport ; sont également visées les infractions prévues par l'article 421-1, 2°, c'est-à-dire les vols, les extorsions, les destructions, dégradations et détériorations, ainsi que les infractions en matière informatique, « lorsque l'acte préparé consiste en des destructions, dégradations ou détériorations par substances explosives ou incendiaires devant être réalisées dans des circonstances de temps ou de lieu susceptibles d'entraîner des atteintes à l'intégrité physique d'une ou plusieurs personnes » ; enfin, sont visés les actes de terrorisme mentionnés à l'article 421-2, « lorsque l'acte préparé est susceptible d'entraîner des atteintes à l'intégrité physique d'un ou plusieurs personnes ».

35. B. Boulloc, *Droit pénal général*, op. cit. n° 25.

réussir à démontrer cette intention³⁶, qui n'est pas extériorisée par l'adhésion à un groupe ou à une entente. Face à une telle exigence et à une telle difficulté, deux solutions sont possibles : soit exiger la preuve de cette intention, ce qui semble difficile à moins que celle-ci soit extériorisée par des aveux, soit déduire cette intention des faits matériels, ce que les juges n'hésitent pas à faire en d'autres hypothèses. Il y a fort à parier que, compte tenu des enjeux répressifs, si de tels faits matériels devaient être constatés, l'intention serait déduite du comportement adopté.

Le déplacement de l'anticipation de la répression vers l'intention serait ainsi un trompe-l'œil, en ce que l'on en reviendrait à la matérialité. L'on découvre alors un paradoxe : dans les hypothèses précédentes, la participation à une association de malfaiteurs était le critère décisif, sans qu'il soit nécessaire de prouver la connaissance précise du projet criminel, dans l'entreprise individuelle terroriste, alors que ce projet criminel est le critère décisif, il sera souvent déduit de la préparation de l'infraction³⁷. Si l'on comprend les raisons d'une telle incrimination, quoique l'on puisse douter de son efficacité, il est gênant de constater qu'elle risque de reposer sur une présomption d'intention terroriste, sauf à rester souvent inefficace. Cette gêne mise à part, l'entreprise individuelle terroriste témoigne de ce déplacement de l'anticipation de la répression : l'infraction-obstacle permet d'incriminer le projet criminel qui relève de l'intention, puisque le projet est individuel, intention devant toutefois être corroborée par des faits matériels.

14. L'incrimination de la radicalisation. Cette attention portée à l'intention criminelle se retrouve encore, et de façon encore plus anti-

pée, dans l'incrimination de consultation de sites internet djihadistes. Ainsi, dans sa version issue de la loi du 3 juin 2016³⁸, l'article 421-2-5-2 du code pénal incriminait « le fait de consulter habituellement un service de communication au public en ligne mettant à disposition des messages, images ou représentations soit provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme, soit faisant l'apologie de ces actes lorsque, à cette fin, ce service comporte des images ou représentations montrant la commission de tels actes consistant en des atteintes volontaires à la vie ».

De prime abord, l'intention exigée par ce texte se rapportait à l'élément moral : la consultation de tels sites doit être réalisée en connaissance de cause, de « mauvaise foi »³⁹. Toutefois, l'on ne s'y trompe pas, l'objectif était ici d'incriminer la radicalisation aussitôt que possible, comme le révèlent d'ailleurs les débats parlementaires. Il n'était pas nécessaire de démontrer que l'auteur projetait un acte de terrorisme ; si tel est le cas, l'entreprise individuelle terroriste serait caractérisée en s'appuyant sur une « présomption d'intention terroriste à base large »⁴⁰. La simple consultation était ici incriminée, afin d'anticiper la répression avant que le projet terroriste ne se forme.

Un telle infraction était remarquable et régulièrement appliquée⁴¹, mais l'on voyait naître une difficulté tenant à la conformité de cette incrimination aux droits et libertés, particulièrement à la liberté d'opinion et à la liberté de communication. La difficulté était réelle puisque, dans sa décision du 10 février 2017, le Conseil constitutionnel a considéré que l'atteinte portée à la liberté de communication n'était pas nécessaire, adaptée et proportionnée⁴². Il relève notamment

36. V. en ce sens N. Catelan, « Lutte contre le terrorisme », *RSC* 2015, p. 425, pour lequel, « ici, plus qu'ailleurs, tout se résumera à une question de preuve... et d'appréciation ». La difficulté est telle que la Cour de cassation a accepté de renvoyer une question prioritaire de constitutionnalité portant sur ce texte, observant notamment qu'en faisant « dépendre l'incrimination de comportements non directement attentatoires à l'intégrité des personnes ni en relation immédiate avec la commission d'un acte de terrorisme, d'une intention *supposée* [nous soulignons] d'un individu isolé de commettre un tel acte, l'article 421-2-6 du code pénal pourrait ne pas satisfaire à l'exigence constitutionnelle de clarté, de prévisibilité, de nécessité et de proportionnalité de la loi pénale », *Crim.* 25 janv. 2017, n° 16-90.030. Lors de la remise de cette étude, la décision du Conseil n'était pas encore connue.

37. À supposer toutefois que l'infraction ait pu être constatée avant la réalisation du projet terroriste et qu'il s'agisse bien d'une entreprise individuelle.

38. Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

39. L'alinéa 2 de l'article 421-2-5-2 prévoyait en effet que le texte n'est pas applicable lorsque la consultation est effectuée « de bonne foi », ou encore lorsqu'elle « résulte de l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public, intervient dans le cadre de recherches scientifiques ou est réalisée afin de servir de preuve en justice ».

40. P. Ségur, « Le terrorisme et les libertés sur l'internet », *AJDA* 2015, p. 160, pour lequel l'article 421-2-6 « instaure un régime de suspicion légale sur les usages individuels et privés de l'internet ».

41. Différentes sources journalistiques font état d'une vingtaine de condamnations prononcées sur ce fondement.

42. Cons. constit. 10 févr. 2017, n° 2017-611 QPC, *M. David P.* ; v. la décision de renvoi, *Crim.* 29 nov. 2016, n° 16-90.024.

que les autorités administrative et judiciaire disposent déjà de nombreuses prérogatives pour surveiller les personnes consultant ces sites et les interpellier lorsque cette consultation s'accompagne d'un comportement révélant une intention terroriste⁴³ ; il relève également que le texte contesté n'imposait pas que l'auteur « ait la volonté de commettre des actes terroristes ni même la preuve que cette consultation s'accompagne d'une manifestation à l'idéologie exprimée sur ces services »⁴⁴.

Mécontent de voir cette infraction disparaître, le législateur a profité de l'adoption de la loi relative à la sécurité publique pour rétablir le texte abrogé, en y insérant les précisions vues comme suffisantes. Ainsi, au sein du nouvel article 421-2-5-2, la référence à l'exception de bonne foi a disparu pour préférer une infraction constituée en l'absence de motif légitime et, surtout, l'infraction n'est constituée que si la consultation s'accompagne d'une manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur ce service. L'on retrouve ici le souci du législateur de se conformer aux exigences du Conseil constitutionnel, même s'il n'est pas certain que les indications du Conseil avaient vocation à servir de guide pour réintroduire le texte.

15. L'anticipation de l'anticipation. Avec la réintroduction de cette infraction-obstacle, le législateur permet la répression d'une intention, en germe, de commettre un acte de terrorisme, en ce que la consultation de tels sites et cette extériorisation de l'adhésion laissent entrevoir un risque de radicalisation ; il s'agit bien d'une infraction-obstacle, puisque c'est « véritablement un "état dangereux" qui est incriminé »⁴⁵. La consultation de sites djihadistes était déjà l'un

des faits matériels permettant de caractériser l'infraction-obstacle d'entreprise individuelle terroriste ; elle est désormais elle-même une infraction-obstacle lorsqu'elle s'accompagne de cette manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur ces sites, permettant d'éviter une autre infraction-obstacle ou toute autre infraction, puisque l'article 421-2-5-2 ne fait référence à aucun résultat précis⁴⁶, même si l'on devine qu'il s'agit d'éviter un acte de terrorisme.

Par ces faits matériels érigés en infraction-obstacle, le législateur remonte plus encore l'*iter criminis*, pour anticiper la répression non pas au stade de l'intention, mais avant celle-ci, au stade des éléments permettant de déceler sa formation, afin de prévenir tout risque d'acte de terrorisme. L'on voit ici à quel point la logique du droit pénal préventif conduit à anticiper la répression : il ne s'agit plus d'incriminer des actes préparatoires, ni même d'incriminer l'intention de commettre une infraction corroborée par des faits matériels, il s'agit d'incriminer des faits matériels susceptibles de conduire à une intention de commettre un acte de terrorisme.

Un tel mécanisme est remarquable, mais il est peut-être inquiétant, en ce que le droit pénal préventif tendrait à incriminer toujours plus tôt, ce qui n'est peut-être qu'une opinion. Face à ce qui pourrait être une nouvelle orientation du droit pénal, mêlée de crainte pour nos libertés et d'attrait pour la sécurité, la réponse du Conseil constitutionnel était attendue, pour connaître les limites de ce droit pénal préventif et de l'anticipation de la répression. Elles sont désormais précisées, reste à savoir si elles sont satisfaisantes et si elles seront suffisantes.

43. Consid. n° 13.

44. Consid. n° 14.

45. E. Dreyer, *Droit pénal général*, op. cit. n° 726.

46. Cette absence de référence serait le « meilleur moyen » de faire obstacle, Y. Mayaud, *Droit pénal général*, PUF, 5^e éd., 2015, n° 194, concernant l'association de malfaiteurs.

Petit quatre du Grand B :

l'avenir du droit pénal général

L'avenir du droit pénal général

Jacques-Henri Robert

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Le cours de droit pénal général comprend deux morceaux de bravoure ou deux grands airs, la tentative et la complicité, auxquels les professeurs consacrent plusieurs heures. Ils y accumulent les références doctrinales et jurisprudentielles dont ils extraient d'innombrables finesses, nuances et exceptions.

Or, ces deux objets sont très peu représentés dans la pratique judiciaire. Les tables annuelles de jurisprudence ne les visent que rarement. C'est cette observation qui a inspiré à Mme Danièle Mayer un article intitulé « Peut-on encore enseigner le droit pénal général ? »¹. La raison en est que le législateur s'efforce d'écrire des incriminations très englobantes qui permettent de saisir soit des actes préparatoires assez lointains de la réalisation complète de l'infraction (association de malfaiteurs, provocation à divers crimes et délits), soit des infractions de conséquence autonomes comme le recel, le blanchiment ou la non-justification de ressources qui permettent de briser les limites dans lesquelles la tradition enferme la tentative et la complicité. Les récentes lois de lutte contre le terrorisme ont largement exploité ces procédés, allant jusqu'à incriminer le fait de consulter des sites terroristes². De toute façon, même quand leur régime est respecté, la tentative et la complicité n'ont

d'application concrète que lorsque le délit concerné se manifeste de manière très sensible dans le monde matériel : meurtre, vol et, naguère, avortement qui donnait lieu à une jurisprudence abondante ; mais elles ne sont guère utiles, surtout la complicité, en matière de criminalité astucieuse, laquelle comprend l'escroquerie, l'abus de confiance et la plupart des délits du droit pénal des affaires, abus de biens sociaux, abus de marchés financiers, tromperies et pratiques commerciales déloyales, toutes les hypothèses dans lesquelles c'est la décision et non l'exécution matérielle de l'infraction qui consomme le délit. Par exemple, la diffusion d'informations financières fausses ou trompeuses n'est pas imputée au typographe du journal qui les imprime, mais à la personne qui les a inventées ; si on appliquait strictement la lettre du Code pénal, on devrait le dire complice par instigation, alors qu'il est traité, à bon droit, comme auteur principal.

Le droit pénal général universitaire change donc de contenu, mais il est fort loin de disparaître. Il s'enfle même, à ses deux extrémités, de deux nouveaux corps de règles, celles qui concernent d'une part la rédaction des lois d'incrimination et de pénalité et d'autre part le régime d'application des peines.

1. D. Mayer, « Peut-on encore enseigner le droit pénal général ? », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 523.

2. Art. 421-2-5-2 C. pén.

La rédaction des lois pénales est marquée par une forte empreinte du droit constitutionnel et du droit européen des droits de l'homme. Les questions prioritaires de constitutionnalité se sont multipliées même si, pour ce qui concerne le Livre I du Code pénal, la chambre criminelle a souvent refusé de les renvoyer au Conseil constitutionnel, pratiquant ce qui a été nommé « le contrôle négatif » de constitutionnalité en déclarant la loi critiquée conforme à la constitution (« négatif » parce qu'il rejette la QPC) : il en fut ainsi, et à plusieurs reprises, de la contestation de l'article 121-2 du Code pénal instituant la responsabilité des personnes morales³. Mais, bien avant, la chambre criminelle ne s'était pas privée de constater l'inconventionnalité de certaines lois, comme par exemple celle qui interdisait la publication des sondages électoraux pendant une semaine entière avant le scrutin : la chambre criminelle a estimé que cette interdiction portait une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression, garantie par la Convention européenne des droits de l'homme⁴.

À l'autre extrémité de la réaction étatique à la délinquance, se trouve l'exécution de la peine. Cette matière fut longtemps abandonnée au pouvoir réglementaire et délaissée par les universitaires, mais le législateur s'en est emparé et l'a largement judiciaireisée depuis la loi du 9 mars 2004. Bien que, pour des raisons historiques, le droit de la peine se trouve en partie écrit dans le Code de procédure pénale, sa dénomination montre bien qu'il s'agit de droit pénal. Mais c'est une partie du cours de droit pénal général que, quand on ne leur concède qu'un semestre, les professeurs n'abordent jamais. On en a donc fait une spécialité de master 1 ou 2 et les éditeurs publient maintenant des précis et manuels de droit de la peine, distincts de ceux consacrés au droit pénal général.

Cette matière a donc perdu les dentelles qui faisaient jadis sa grâce, mais elle a pris une substance abondante et nouvelle. Son avenir, même s'il doit être fractionné, est assuré.

3. Crim., 29 mars 2011, n° 11-90.007 ; Crim., 27 avril 2011, n° 11-90.013 ; Crim., 16 nov. 2011, n° 11-81.203.

4. Crim., 4 sept. 2001, n° 00-85329, *Bull. crim.*, n° 170.

Hommage à Jean-Jacques Bienvenu

Didier Truchet

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Ancien président de la Section de droit public et de science politique



Le professeur Jean-Jacques Bienvenu nous a quittés le 23 janvier 2017, à 68 ans.

Je l'ai connu moins intimement que certains de nos collègues, en particulier le professeur Benoît Plessix qui lui a rendu un magnifique hommage à Saint Honoré d'Eylau. Mais je m'en sentais très proche. Lorsqu'il présidait le département de droit public et de science politique et que je dirigeais l'École doctorale Georges Vedel (nous travaillions « en compères » disait-il), il avait coutume, m'apercevant dans mon bureau, de dire « Tiens ! », comme étonné ; il s'asseyait, souriant, et nous parlions, pendant cinq minutes ou une heure, de tout, de rien... Ce que j'ai pu aimer ces moments, et comme ils me manquent !

Lui rendre hommage est une évidence, tant il comptait dans tous les aspects de la vie universitaire. Mais expliquer cette importance n'est pas aisé. En apparence, avec ses talents et ses tourments, il était paradoxal : un savant qui n'écrivait plus ; un professeur dont les étudiants aimaient particulièrement les cours alors qu'il pouvait en oublier l'heure ; un administrateur avisé capable de s'endormir au conseil d'administration de notre université, et même en présidant le conseil du département (il ne fallait pas s'y fier : en réalité il enregistrait tout !) ; un homme au commerce délicieux, et parfois submergé par des moments d'émotion ou de colère. En réalité, il n'y avait ni paradoxe, ni contradiction, mais une profonde unité : il était « JJB » (comme il nous arrivait de dire ou d'écrire), c'est-à-dire une présence. Et c'est bien pourquoi son absence nous laisse un tel sentiment de vide.

Une présence scientifique. Il était un savant. Le dire fiscaliste et administrativiste serait exact bien sûr, mais terriblement réducteur. Car il était trop libre intellectuellement pour s'enfermer dans des champs disciplinaires. L'étendue de ses intérêts et de ses connaissances était immense, sa culture impressionnante. Il savait le droit privé, il savait la philosophie, il savait l'histoire (il avait succédé au professeur Stéphane Rials, à la présidence de la Société pour l'histoire des facultés de droit et de la science juridique et avait siégé deux fois dans le jury d'agrégation d'histoire du droit, outre sa participation au jury de droit public). Personne ne maîtrisait comme lui l'histoire de la doctrine de droit public : il en exploitait inlassablement le filon dans les sous-sols les plus obscurs de la Bibliothèque Cujas et en accumulait les pépites, dans les rayons de l'Institut Cujas, mais aussi chez lui, semble-t-il. Pour lui, la doctrine du passé (du ^{xix}^e siècle particulièrement) n'était pas seulement un objet d'étude : avec sa continuité et ses ruptures, elle

irriguait sa réflexion sur le droit positif actuel. Il en tirait une vision générale et synthétique du droit, qu'il voyait notamment comme un art des formes¹.

Or il écrivait peu, et avec concision². Depuis quelques années, quiconque le sollicitait pour un colloque, un article, une contribution à des *Mélanges*, le savait : il n'aurait pas le texte de Jean-Jacques Bienvenu. D'où vient alors qu'on le sollicitait tant, en particulier pour les rapports introductifs ou les rapports de synthèse dans lesquels il excellait³ (toujours disponible, il ne refusait jamais à ma connaissance) ? Parce qu'il était passionnant et que l'entendre était une certitude d'enrichissement, de profondeur et d'originalité scientifiques ! Son élocution était tout à la fois comme hésitante et acérée. Elle paraissait improvisée et l'était sans doute, mais ce n'était qu'une improvisation dans l'expression. Au fond, son propos traduisait le cheminement d'une pensée construite, nourrie d'intelligence et de science : fort de réflexions devenues des convictions, il savait toujours parfaitement où il allait, souvent par des voies inattendues qui, pour neuves qu'elles fussent, semblaient évidentes à ses auditeurs. Qu'il n'en demeure que de trop rares écrits est un regret pour nous tous. Mais tout autant que les travaux qu'il a publiés, ses interventions orales, voire ses conversations, ont exercé une influence profonde sur les travaux de ses auditeurs. Je sais la dette que j'ai envers sa pensée et ne suis certainement pas le seul en ce cas.

Une présence pédagogique. Jean-Jacques Bienvenu aimait l'enseignement. Il poussait le dévouement jusqu'au déraisonnable (c'est du moins ce que je lui avais dit sans le convaincre), voire jusqu'à l'épuisement : il lui arrivait d'assurer un cours qui n'avait pas trouvé preneur, car il répugnait, comme président du département, à peser sur ses collègues. Sa palette était si vaste qu'il pouvait enseigner des matières apparemment éloignées de ses spécialités.

De nombreux témoignages confirment combien les étudiants l'appréciaient à Angers, à Paris V, à Paris I, puis à Paris II. Cette formule, rituelle dans un hommage rendu à un professeur, correspond particulièrement bien à la réalité dans son cas. Son auditoire sentait qu'il le respectait, et appréciait sa méthode, qui, à ce qu'on m'en a dit, traçait des perspectives intellectuelles, faisait comprendre, rendait intelligent, sans se perdre dans les détails de la législation, de la réglementation ou de la jurisprudence. En somme, il se comportait avec eux comme avec l'auditoire d'un colloque, et avec le même succès.

Son rôle pédagogique dépassait ses seuls enseignements magistraux. Dans l'hommage qu'ils ont publié⁴, ses anciens docteurs ont dit ce qu'ils devaient à sa méthode person-

-
1. Dans sa contribution aux *Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer* (LGDJ, 2013) intitulée « L'esprit et les formes sur le bail emphytéotique » (p. 493 et s.), il écrivait : « Un immense et passionnant travail sur la théorie des formes en droit reste à faire sachant que l'analyse notionnelle reste en panne », et plus loin : « La forme, pour nous, ce n'est point ce que l'on peut assimiler au mode du discours, au style, au contraire ce serait à l'imitation du concept, une unité active du raisonnement juridique : la dot, la personne morale, le trust, l'emphytéose... Il [sans doute faut-il lire : elle] paraît se décomposer alors en une structure, agencement d'éléments objectifs invariables qui permettent une identification et surtout, et c'est là où l'on rejoint Deleuze, en une force, c'est-à-dire, un principe générateur qui fait vivre la structure, garantit à la fois son intégrité et son adaptation. Force productive de droits et d'obligation qui travaille et s'impose de par sa seule logique ». Tout l'art de Jean-Jacques Bienvenu est là : la diversité des exemples pris dans tout le champ du droit et traités dans leur profondeur historique, l'appel à la philosophie, le sens de la formule, le souffle de la pensée et l'aptitude à situer un sujet technique et précis dans une vision fondamentale.
 2. Quatre pages lui ont suffi pour dire sa pensée sur la déontologie, dans son article « Déontologie et standards administratifs » (in P. Avril et M. Verpeaux (dir.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, éd. Panthéon-Assas, 2000), dans lequel on lit « En réalité, je crois que c'est un grand défaut de nos jours de vouloir abuser de la normativité. Il peut exister des notions qui ont une effectivité propre, qui est une efficacité sur le raisonnement sans que l'on puisse considérer *a priori*, que ce soit une norme ». Où l'on retrouve les qualités signalées dans la note précédente... [je remercie le professeur Benoît Delaunay de m'avoir signalé ce texte qui – j'en ai honte – m'avait échappé].
 3. Ceux qui ont eu le bonheur d'entendre son rapport introductif (non publié) au colloque sur la police administrative à Nancy en 2013 (C. Vautrot-Schwarz (dir.), *La police administrative*, PUF Thémis/Essais, 2014) ou son rapport de synthèse au colloque tenu à Paris en 2011 sur la Constitution administrative de la France (J.-J. Bienvenu, J. Petit, B. Plessix et B. Seiller (dir.), *La constitution administrative de la France*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2012 p. 381) ne risquent pas de les oublier. Dans ce rapport, Jean-Jacques Bienvenu disait qu'il allait parler du colloque « avec passion, avec distance et sans compromis ». C'est un bon autoportrait !
 4. <http://www.chezfoucart.com/2017/02/01/jean-jacques-bienvenu/>. À paraître au JCP A.

nelle de direction de thèse. Mais nombreux sont les autres doctorants qu'il rencontrait à l'Institut Cujas et qui le sollicitaient, à en avoir profité aussi. Respectueux de leur liberté et du rôle de leur directeur de thèse, il leur donnait des pistes plutôt que des conseils : ici aussi, il n'imposait rien, mais sa pertinence s'imposait. Mes propres élèves s'en souviennent certainement ; lorsque nous parlions de leur thèse et que je le voyais passer, je leur disais souvent : « nous allons poser la question au professeur Bienvenu » ; et lui, bienveillant, paisible et ferme leur donnait son avis, parfois très net, parfois difficile à décoder, toujours utile. Il les aidait ainsi à approfondir ou préciser leur réflexion, à corriger leur tir, ou à le poursuivre plus sûrs d'eux-mêmes. De même, très sollicité pour des jurys de thèse, il savait aussi donner aux soutenances, un enrichissement qui les rendait instructives : il avait une manière bien à lui, gentille mais implacable, d'adoucir ses critiques sur les faiblesses de la thèse en les présentant comme des réflexions pour des recherches futures prolongeant celle-ci. Il a dû arriver que l'impétrant n'y voie que du feu, mais les autres membres du jury en prenaient bonne note.

Une présence administrative. Jean-Jacques Bienvenu aimait l'Université en général et Paris II en particulier. Il n'était pas de ces collègues, trop nombreux, qui font admirablement leurs enseignements, mènent une activité de recherche de haut niveau et s'occupent avec zèle du master qu'ils dirigent, mais répugnent vigoureusement à exercer des fonctions administratives. Jean-Jacques Bienvenu enseignait, cherchait, dirigeait un master... et administrait. Il a très longtemps siégé au CNU ainsi qu'au conseil d'administration de notre maison, dont il a aussi présidé l'instance disciplinaire. En outre, il a succédé en 2006 au professeur Jacques Chevallier, qui avait lui-même pris ma suite, comme président de la Section, puis du Département de droit public et de science politique. On sait le rôle structurant que la tradition de Paris II confère aux départements, en étroite liaison avec le président. Qu'il ait souhaité cette fonction avait pu surprendre car il paraissait peu prédisposé à remplir des tâches administratives : il pouvait être difficile à joindre (mais il disait volontiers : « contrairement à une idée reçue, je sais lire mes mails et les consulte régulièrement »), peu disposé à répondre rapidement, et assez indifférent envers le respect des délais.

Or il a été un excellent président, adroit et indiscuté. Il a beaucoup aimé cette mission et devoir y renoncer plus tôt qu'il ne le pensait, lorsque la maladie l'a contraint à la retraite, lui a été douloureux. Il présidait nos réunions de main de maître. Il disait les choses sans détour sans que nous en prissions ombrage. Connaissant parfaitement ses dossiers, il savait où il souhaitait nous mener et de fait nous y menait, attentif cependant aux observations et aux *ego* des uns et des autres, désireux d'obtenir un consensus et y parvenant. Les réunions duraient ce qu'il fallait, sans hâte excessive ni perte de temps. Hors réunion, il était très actif : fin négociateur, il s'enquêrait discrètement des souhaits, craintes et opinions des uns et des autres, avec un souci constant de ne blesser personne ; il trouvait ainsi l'équilibre entre des positions qui pouvaient paraître opposées. Son influence était grande, non seulement au sein du Département, mais au sein de notre université et au-delà. Elle reposait sur l'affection qu'il suscitait, sur son réseau d'amis, sur la confiance qu'on lui portait, sur la justesse de sa vision. Il était incroyablement bien informé de ce qui se passait dans et hors l'université, mais ne trahissait jamais une confidence. Il a certainement rempli bien des missions, rendu bien des services (notamment à la demande des présidents de notre université) dont il ne parlait jamais.

La présence d'un Juste. Lorsque je songe à Jean-Jacques, c'est ce mot, un Juste, qui me vient à l'esprit pour unir toutes les facettes de sa personnalité et tous les aspects de son activité. Il était l'un des hommes les plus honnêtes, les plus sincères, les plus probes que j'ai jamais connus. Profondément indépendant, lui-même, il respectait l'indépendance de pensée et d'action de ses collègues et de ses élèves, alors même qu'il exerçait

sur eux l'influence intellectuelle et morale que j'ai dite, et dont je ne suis pas certain qu'il ait eu pleinement conscience. Pudique, voire secret, sans illusion sur lui-même et sur autrui, totalement dépourvu de prétention, il s'exprimait avec une netteté qui pouvait être rude sans être jamais blessante.

Indifférent aux honneurs (je crois bien qu'il ne s'est jamais fait remettre la croix de la Légion d'honneur dans laquelle il avait été nommé) et aux positions hiérarchiques, il s'adressait à tous avec une égale simplicité et un égal respect. Il me donnait l'impression d'être toujours débordé et jamais pressé. En tout cas, ce gros travailleur (dont je n'ai évoqué que l'activité au sein de notre université) à la pensée fulgurante était généreux de son temps, envers quiconque souhaitait profiter de son intelligence, de son savoir et de son humanité.

Il était « JJB ». Sa silhouette courte et puissante, son fin sourire, sa science, son autorité, ses avis, bref sa présence, nous manquent.

Droits fois rien

Cécile Chainais, Directrice scientifique

Gouverner, c'est prévoir... et juger, c'est prédire ?

J'ai eu le plaisir d'assister, le vendredi 27 janvier, dans notre université, aux Assises du Droit et de la Compétitivité organisées par le Club des juristes. Les tables rondes s'annonçaient plus passionnantes les unes que les autres. Celle qui était consacrée à la « justice prédictive », présidée par Antoine Garapon, a retenu mon choix. Je ne fus pas déçue. La justice dite « prédictive », née d'une collaboration entre les mathématiques et le droit¹, ouvre en effet aux juristes en général, et singulièrement aux chercheurs en droit, des horizons vertigineux. Il a déjà été écrit et bien écrit sur le sujet².

La justice prédictive, encore largement à l'état virtuel (du moins en France³), repose sur un phénomène qui, lui, est déjà bien réel, à savoir la mise à disposition, par de toutes jeunes entreprises, d'un « *open data* » de la jurisprudence, constitué de millions de décisions de justice rendues en France. Ces entreprises complètent cette banque de données par une proposition : celle d'exploiter ces informations par la production d'algorithmes qui, à terme, ont vocation à prédire l'issue probable d'un litige avant même que la justice n'en soit saisie, en prenant en compte non seulement les données propres de ce litige mais également d'autres éléments tels que la juridiction, voire le juge destiné à en connaître⁴.

Comme il en va pour toutes les vraies discussions prospectives, je suis sortie de cette rencontre très stimulante avec moult questions et réflexions en tête, que je livre ici à l'état brut, sans prétendre à une réflexion aboutie.

Justice prédictive et principe de sécurité juridique

Quid, d'abord, des rapports entre justice « prédictive » et principe fondamental de sécurité juridique ? D'un côté, la prévisibilité accrue censée résulter de l'exploitation de ces bases de données fait écho favorablement au principe de sécurité juridique, en contribuant à rendre plus accessible et plus prévisible la règle de droit applicable et l'issue du litige. À cet égard, ces bases de données nouvelles, donnant à chacun des

1. Voir ainsi le site *Caselawanalytics.com*, précurseur sur ces questions en France, né de la collaboration entre un directeur de recherche en mathématiques (de l'INRIA, Institut national de recherche en informatique et en automatique) et d'un magistrat docteur en droit.

2. A. Garapon, « Les enjeux de la justice prédictive », *JCP G* n° 1-2, 9 janv. 2017, p. 47 et s.

3. Voir le site précédemment cité, qui propose d'ores et déjà un outil simplifié pour l'évaluation des pensions alimentaires et qui annonce la mise en ligne, pour les mois qui viennent, des données détaillées portant sur l'analyse de ce même contentieux, ainsi que ceux des prestations compensatoires et du licenciement sans cause réelle et sérieuse. D'autres sites, dont les auteurs étaient également présents lors de cette table ronde, annoncent également comme prochaine la mise à disposition d'outils mettant en œuvre des algorithmes prédictifs (www.doctrine.fr ou encore www.predictice.com).

4. Sur les enjeux de l'*open-data* de la justice, en termes d'anonymisation, voir par ex., sur le site internet de la Cour de cassation, l'intervention de J.-P. Jean au colloque organisé le 14 octobre 2016 sur ces questions : <https://www.courdecassation.fr/IMG/Jean-Paul%20Jean%20%20Open%20data.pdf>.

clefs de compréhension inédites sur notre système judiciaire, peuvent être sources de progrès dans un État de droit.

Bien utilisées, on pourrait même rêver de les voir contribuer à promouvoir une meilleure qualité de la justice en France : elles peuvent en effet révéler, de manière anticipée, des divergences de jurisprudence et inciter à les résoudre, pour assurer plus d'égalité dans l'application du droit sur notre territoire. De même, elles peuvent conduire à mettre en évidence ou au contraire à contester la partialité supposée de certains juges dont la manière de rendre justice serait trop « prévisible », au mauvais sens de ce terme, en ce sens que, confrontés à des situations présentant certains traits analogues, ils seraient enclins à se prononcer toujours dans le même sens ou en faveur des mêmes intérêts (par exemple au bénéfice du salarié ou au contraire de l'employeur, révélant ce qui serait un biais politique de la part de la juridiction concernée). La plupart du temps, l'étude de la masse des données désormais accessibles révélera sans doute que le biais supposé n'est qu'une illusion d'optique. Et pour les cas où des inégalités de traitement seraient avérées, on pourrait imaginer que des mesures correctives soient prises par les magistrats eux-mêmes afin d'infléchir ou de modifier leurs pratiques.

La médaille a pourtant son revers et il faut se garder ici de tout angélisme.

La jurisprudence ou les jurisprudences ?

Est-il certain en effet que cette nouvelle masse de données ainsi mise à la disposition de tous contribuera à une justice plus égale et plus harmonieuse sur notre territoire ?

Certes, la mise à disposition de ces données peut se lire comme l'une des nouvelles traductions de l'exigence démocratique de transparence. Mais on n'a pas fini de mesurer les conséquences de cette visibilité totale de la jurisprudence.

Pour ne prendre qu'un exemple, la distinction et la hiérarchie entre jurisprudence de la Cour de cassation et jurisprudence *lato sensu* (celle des juridictions du fond) pourrait en ressortir affaiblie. Chacun, au sein de sa juridiction, quel que soit son degré ou son importance, pourrait bien désormais se sentir investi de la mission de « faire jurisprudence » – sa jurisprudence personnelle devenant désormais accessible à tous via ces nouveaux moteurs de recherche. Nul ne sera censé ignorer la jurisprudence du tribunal de Trifouillis-les-Oies, qui pourra se targuer de la plus grande prévisibilité... Rien ne dit que l'essor de la justice prédictive doive par nature engendrer une « discipline » accrue des juridictions du fond à l'égard de la Cour de cassation (traditionnellement considérée comme moins spontanée devant cette institution que devant le Conseil d'État pour l'ordre administratif).

On peut d'ailleurs légitimement s'interroger sur les effets que pourrait concrètement avoir la convergence entre l'émergence de ce *Big data* juridique et la promotion des idées favorables à une réforme de la Cour de cassation marquée par un recentrement de cette institution sur sa mission dite purement « normative » : si la Cour de cassation devait un jour, comme l'ont fait nos voisins espagnols ou allemands, renoncer à exercer son contrôle sur l'ensemble des décisions françaises (pour ne se prononcer que sur celles qui seraient les plus significatives d'un point de vue normatif⁵), les phénomènes de jurisprudence locale (au niveau des juridictions de première instance ou, au moins, au niveau de cour d'appel), pourraient bien s'accroître, avec pour alibi l'accessibilité et donc la prévisibilité de ladite jurisprudence – fût-elle locale...

5. Voir en ce sens la proposition n° 65 du rapport de la Commission de réflexion de la Cour de cassation récemment mis en ligne sur le site de la Cour.

Pourtant, la sécurité juridique implique aussi le droit pour chacun d'être jugé de manière égale sur tout le territoire. C'est là un prolongement nécessaire du droit au juge naturel⁶, droit fondamental trop souvent méconnu qui implique le droit de *tous* les citoyens à être jugés de manière *égale*, selon les mêmes règles, devant les mêmes juridictions. Il est dès lors permis de se demander si la révolution que constitue la justice prédictive ne rend pas essentiel, à terme, un renforcement de la mission profondément égalitaire de la Cour de cassation.

Du risque d'une fossilisation du droit

Mais inversement, même si l'on parvenait à pallier ce risque de voir naître des jurisprudences inégales sur notre territoire, tous les défis posés par la justice prédictive seraient encore loin d'être relevés. Car on peut aussi légitimement redouter, de manière paradoxalement complémentaire, le risque d'une fossilisation de la jurisprudence et de l'acte de juger : les juges pourraient bien être tentés de ne plus juger le cas particulier et préférer appliquer à celui-ci, avant même de l'avoir vraiment analysé, quelques mots clefs automatiques pour en sortir une solution supposée s'imposer naturellement. Feu l'adaptation de la règle au cas particulier ! Feu les revirements de la jurisprudence, pourtant sources de vitalité du droit !

Il faut donc souhaiter la naissance et la diffusion rapide, à l'ère de la justice prédictive, d'une nouvelle forme de l'exigence processuelle d'impartialité, qui serait à mi-chemin entre ce que l'on appelle l'impartialité personnelle et l'impartialité fonctionnelle. Le juge de l'ère prédictive doit apprendre – et le plus tôt sera le mieux – à se défaire des préjugés personnels nés des informations délivrées par la justice dite prédictive. Plus que jamais, il devra conserver pleinement sa capacité de juger en toute impartialité et toute souveraineté au regard des données disponibles. Sans quoi la *prévision du jugement* pourrait bien, à terme – et plus vite qu'on ne pourrait le penser – se substituer subrepticement au jugement lui-même. Prévoir le jugement et juger ne seraient plus qu'une seule et même activité. Les jugements du passé seraient autant de préjugements et de préjugés pour le jugement de demain, déjà scellé avant même d'avoir été examiné.

D'autres principes directeurs de la procédure seront essentiels dans cette perspective, à commencer par le principe dispositif et le principe de la contradiction. Le principe du contradictoire devrait ainsi être respecté non seulement par les parties mais également par tout juge amené à faire entrer des éléments issus de la justice prédictive dans son raisonnement : celui-ci devrait en informer les parties afin de susciter un débat sur leur pertinence, *in abstracto* mais également au regard du cas d'espèce.

La jurisprudence, nouvelle doctrine ?

Ultime prolongement de cette évolution, la jurisprudence ou plutôt les jurisprudences pourraient bien devenir toutes puissantes, incarner à elles seules le savoir sur la justice et sur le juste : le positif – ce qu'est la justice – et le prescriptif – ce qu'elle pourrait ou devrait être – ne feront plus qu'un.

D'un point de vue terminologique, l'intitulé retenu par l'un des plus puissants moteurs de recherche concernés – *Doctrine.fr* – relève ainsi, assurément, d'une tentative de captation symbolique de l'autorité scientifique en matière juridique : en choisissant un

6. Th. Renoux, « Le droit au juge naturel, droit fondamental », *RTD civ.* 1993, p. 33-58 ; N. Picardi, « Le juge naturel, principe fondamental en Europe », *RID comp.* 2010, p. 27-73.

terme généralement réservé aux auteurs universitaires ou aux penseurs du droit et en faisant le choix (apparemment paradoxal, à l'heure de créer une nouvelle forme ultra-moderne de justice), de ressusciter un vocable – doctrine – parfois contesté, les auteurs de ces moteurs de recherche entendent s'ériger en vecteurs d'une nouvelle Doctrine – notion désormais comprise au sens le plus large et dont le noyau dur serait la jurisprudence en son ensemble.

Certes, ces moteurs de recherche prétendent, dans le même temps, présenter également un certain nombre de textes de « doctrine », au sens classique et restrictif de ce terme. Mais on notera que ladite doctrine y est réduite à sa fonction de commentatrice des décisions de justice, fonction ici manifestement conçue comme purement ancillaire (loin de l'art consommé de certains arrêttistes), rappelant la formule du très regretté Jean-Jacques Bienvenu, selon laquelle, dans certains cas, le commentaire d'arrêt pouvait traduire « le degré zéro de l'écriture juridique »⁷... !

Voici donc (l'ancienne) doctrine aimablement et généreusement promue au rôle de servante de la nouvelle vraie doctrine – constituée par la jurisprudence et les prédictions qu'elle autorise... Voilà donc remisés au placard les articles de fond portant sur telle ou telle notion fondamentale du droit, qui n'ont donc définitivement pas vocation à éclairer les juges du fond ou les avocats ! Au demeurant, autant ces sites se donnent pour objectif d'être aussi exhaustifs que possible sur les décisions de justice rendues, autant certains s'estiment autorisés à distinguer et à extraire à destination de leur public ce qu'ils appellent « le *meilleur* de la doctrine » – *sic*. La formulation laisse rêveur et l'on aimerait savoir quels critères on entend mettre en œuvre pour démêler avec autant d'assurance le bon grain de l'ivraie en matière doctrinale.

Seul détail rassurant : avec le choix d'un tel intitulé, tout se passe comme si, au moment d'introniser la jurisprudence comme la nouvelle doctrine des temps modernes, il n'était pas tout à fait vain de prendre un peu de l'auréole attachée à « la » *doctrine* universitaire... ! Preuve, s'il en fallait une, que la bête est encore vivante !

Gageons que les universitaires sauront, en leur liberté souveraine, résister à la tentation d'aller eux-mêmes, réciproquement, prendre un peu de l'auréole de cette nouvelle « doctrine », ce qui serait sans doute le début de la fin de l'autonomie de la pensée universitaire – tant il est vrai que les chercheurs en droit vont avoir besoin de toute leur indépendance d'esprit pour appréhender dans leur richesse et leur complexité les enjeux de la *justice* « prédictive », qui pourrait bien, si l'on n'y prend garde, ne pas en être une.

Au demeurant, rien n'est perdu ! Dans un échange de bons procédés, l'heure est peut-être venue, pour les universitaires et autres penseurs du droit, de se réapproprier le terme de « jurisprudence » dans son sens historique, la science du droit... et la boucle sera bouclée !

7. J.-J. Bienvenu, « Remarques sur quelques tendances de la doctrine contemporaine en droit administratif », *Droits* 1985, 1, p. 153 et s.



ADD
■ ASSOCIÉS

Généalogie successorale
Recherche d'héritiers

SIÈGE SOCIAL : 4, avenue du Coq - 75009 PARIS Tél. : +33 (0)1 44 94 91 91 Fax : +33 (0)1 44 94 91 92

AIX-EN-PROVENCE ■ BAYONNE ■ BEAUNE ■ BORDEAUX ■ CLERMONT-FERRAND
LYON ■ METZ ■ NANTES ■ NICE ■ RENNES ■ ROUEN ■ STRASBOURG ■ TOULOUSE



HO-CHI-MINH-VILLE ■ IRUN ■ RABAT ■ VARSOVIE

www.add-associés.com

COMMENT PUBLIER UN ARTICLE DANS LA RDA ?

Il peut être adressé au comité de rédaction un article d'une ou deux pages « autour du droit » (actualités de l'Université, vie à l'Université, fait divers en lien avec le droit, etc.). Les meilleures contributions feront l'objet d'une publication dans la *revue*.

*Les auteurs doivent adresser leur manuscrit
par courrier électronique à l'adresse suivante :
revuededroitdassas@gmail.com*

Pour nous aider

La *Revue de droit d'Assas* est une revue juridique universitaire. Elle a vocation à réunir, dans ses colonnes, tous les acteurs du droit et de l'université – enseignants, praticiens, chercheurs, étudiants – et toutes les disciplines juridiques – droit public, droit privé, histoire du droit.

Œuvre collective, novatrice et scientifique,
elle repose sur les principes de gratuité et d'indépendance,
à l'image de l'université française.

Si vous souhaitez soutenir ce projet et contribuer à sa pérennité,
vous pouvez adresser vos dons libres à :

Revue de droit d'Assas – 12, place du Panthéon – 75005 Paris

L'équipe de la RDA tient à remercier le FSDIE, le Laboratoire de droit civil, Maître Arsène Kronshagen ainsi que la Direction de la communication de l'Université Panthéon-Assas.

La revue est disponible en ligne sur le site
www.u-paris2.fr