

LA SEMAINE JURIDIQUE

ÉDITION GÉNÉRALE

SUPPLÉMENT AU N° 1-2, 11 JANVIER 2016 ISSN 0242-5777



Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation

Actes de la Conférence débat
24 novembre 2015

UNE MÉTHODE PARTICIPATIVE POUR UNE RÉPONSE D'ENSEMBLE À LA QUESTION DE LA RÉFORME DE LA COUR DE CASSATION

Ce premier supplément du millésime 2016 proposé par l'Édition générale de *La Semaine juridique* est consacré à la publication des actes de la conférence-débat « Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation ».

Organisé à l'initiative du président Jean-Paul Jean, directeur du Service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation, en partenariat exclusif avec LexisNexis, cet événement a réuni, dans la grand'Chambre, le 24 novembre 2015, un grand nombre de représentants de la communauté universitaire, de magistrats du siège et du parquet général de la Cour de cassation, de représentants des cours d'appel et nombre de juristes étudiants.

Pour le président Jean, missionné par le premier président Louvel pour animer la réflexion de la Cour de cassation sur sa propre réforme, la méthode dite « participative » est un appel au dialogue ouvert et transparent et constitue une première.

Depuis plus d'un an, un vaste chantier a conduit à des réflexions visant à « vérifier si le rôle séculaire de la cour, dans son principe et dans son mécanisme, est toujours adapté au contexte actuel, juridique et social, international et national » rappelle le président Louvel. Relevons dans ce contexte la place particulière des professeurs Loïc Cadiet et Cécile Chainais, qualifiés « d'anthropologues de la Cour de cassation » par le président Jean, de par leur participation aux sous-groupes de travail au sein de la commission de réflexion, sur le filtrage, l'intensité du contrôle, la motivation, les études d'impact et le parquet général.

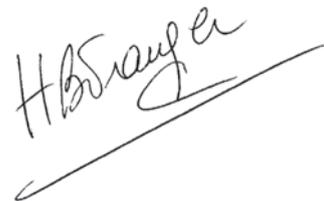
Dans son propos introductif, Loïc Cadiet relève la nouveauté de l'initiative prise pour apporter une réponse d'ensemble à la question de la réforme de la Cour de cassation. Elle ne se limite pas à « son seul accès ni à un seul désir de changement pour le changement, ni à une capitulation devant des modèles juridictionnels venus d'ailleurs », précise-t-il. Ce sont la modernisation des procédures ou encore le réajustement du rôle de ses acteurs qui sont en jeu.

Vous retrouverez au fil de ces pages les quatre thèmes traités dans le cadre des échanges : Quel accès à la Cour de cassation ? Quel type de contrôle exercé par la Cour de cassation ? Les arrêts de la Cour de cassation : nouvelle manière de motiver, nouvelle manière de rédiger ? Quelle méthodologie pour la réforme ?

Dans ses très riches conclusions Cécile Chainais dresse un bilan des premiers jalons posés dans la recherche d'un modèle pluraliste de cassation « à la française » et formule un certain nombre d'observations prospectives visant à une redéfinition contemporaine de l'office du juge. Nous vous souhaitons une fructueuse lecture !

Hélène Béranger
Rédactrice en chef

Élise Fils
Rédactrice en chef adjointe



LA SEMAINE JURIDIQUE
Juris-Classeur Périodique (JCP)
90^e année

Président Directeur Général, Directeur de la publication :
PHILIPPE CARILLON
Directrice éditoriale :
CAROLINE SORDET
carolinesordet@lexisnexis.fr

Directeur scientifique : NICOLAS MOLFESSIS

Comité scientifique : D. BUREAU, L. CADJET, C. CARON,
J.-F. CESARO, M. COLLET, E. DEZEUZE, J. KLEIN,
B. MATHIEU, H. MATSOPOULOU, F. PICOD,
B. PLESSIX, P. SPINOSI, Ph. STOFFEL-MUNCK,
F. SUDRE, B. TEYSSIE, S. TORCK

Comité d'experts : C. CHAMPALAUNE, W. FEUGÈRE,
J.-P. JEAN, D. MUSSON, É. NEGRON, B. STIRN,
L. VALLÉE, E. VASSEUR

Rédactrice en chef : HÉLÈNE BÉRANGER
Tél. : 01.45.58.93.24 - helene.beranger@lexisnexis.fr
Rédactrice en chef adjointe : ÉLISE FILS
Tél. : 01.45.58.92.86 - elise.fils@lexisnexis.fr
Éditeur : FLORENCE CREUX-THOMAS
Tél. : 01.45.58.92.42 - Florence.creux-thomas@lexisnexis.fr
Éditeur : MATHILDE HARDY-TOUCHARD
Tél. : 01.45.58.94.89 - mathilde.hardy-touchard@lexisnexis.fr

Merci à Marianne Vasquez pour la mise en page de ce numéro

Publicité :
Direction commerciale : IM RÉGIE
23, rue Faidherbe 75011 Paris
Directrice de Clientèle : CAROLINE SPIRE
Tél : 01 40 24 13 35 - Fax : 01 40 24 22 70 - c.spire@impub.fr

Correspondance :
M^{me} HÉLÈNE BÉRANGER
LA SEMAINE JURIDIQUE (ÉDITION GÉNÉRALE)
141, rue de Javel - 75747 Paris Cedex 15

Relations clients :
Tél. : 0 821 200 700
0,112 euros puis 0,09 euros /min à partir d'un poste fixe
www.lexisnexis.fr

Abonnement annuel 2016 :
• France (métropole) : 622,81 euros TTC (610 euros HT)
• DOM-TOM et pays étrangers : 658,80 euros HT
Prix de vente au numéro :
• France (métropole) : 25,53 euros TTC (25 euros HT)
• DOM-TOM et pays étrangers : 27,50 euros HT

Offre « spéciale étudiants » :
<http://etudiant.lexisnexis.fr/>

LEXISNEXIS SA
SA au capital de 1.584.800 euros
552 029 431 RCS Paris
Principal associé : REED ELSEVIER FRANCE SA
Siège social : 141, rue de Javel - 75747 Paris Cedex 15

Imprimeur : EVOLUPRINT - SGIT SAS
Parc Industriel Euronord, 10, rue du Parc, 31150 Bruguères

N° Imprimeur : 5635
N° Éditeur : 5702
Dépôt légal : à parution
Commission paritaire : n° 1116 T 80376
Photos : © Philippe Bachelier

Supplément gratuit pour les abonnés. Ne peut être vendu.

Sommaire

La Semaine Juridique - Édition Générale - Supplément au N° 1-2, 11 janvier 2016

Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation - Conférence - débat 24 novembre 2015

Ouverture du colloque

1 **Allocution du Premier président Bertrand Louvel**
→ **Bertrand Louvel**, Premier président de la Cour de cassation

P. 4

2 **Allocution du Procureur général Jean-Claude Marin**
→ **Jean-Claude Marin**, procureur général près la Cour de cassation

P. 6

Table ronde

3 **Propos introductifs** → **Jean-Paul Jean**, président de chambre à la Cour de cassation, directeur du Service de documentation, des études et du rapport (SDER) P. 8

4 **Introduction** → **Loïc Cadiet**, professeur à l'École de droit de la Sorbonne (université Paris 1 Panthéon-Sorbonne), président de l'Association internationale de droit processuel, directeur du Juris-Classeur de procédure civile P. 10

5 **Pour une sélection vertueuse des pourvois** → **Nicolas Molfessis**, professeur à l'université Panthéon-Assas P. 16

6 **Réforme de la Cour de cassation. Une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité** → **Emmanuel Jeuland**, professeur à l'École de droit de la Sorbonne, université Paris I P. 20

7 **Observations sur le contrôle de proportionnalité** → **Denys de Béchillon**, professeur des universités (Pau droit public), membre du Club des juristes P. 27

8 **Pour un meilleur accès à la portée normative des arrêts de la Cour de cassation. Nouvelle manière de moti-**

ver, nouvelle manière de rédiger et de communiquer ? → **Natalie Fricero**, professeur à l'université de Nice, directeur de l'Institut d'études judiciaires P. 30

9 **Observations sur la motivation des arrêts** → **Denys de Béchillon**, professeur des universités (Pau droit public), membre du Club des juristes P. 35

10 **Méthodologie de la réforme** → **Philippe Théry**, professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II) P. 38

Conclusions

11 **À la recherche d'un modèle pluraliste de cassation « à la française »** → **Cécile Chainais**, professeur de droit privé à l'université Panthéon-Assas (Paris 2), membre de l'Institut universitaire de France, directrice du Centre de recherche sur la justice et le règlement des conflits P. 42

Débats et clôture

Avec les interventions de P. 53
→ **Dominique Lottin**, premier président de la cour d'appel de Versailles et présidente de la Conférence des premiers présidents
→ **Jacques-Henri Robert**, professeur émérite de l'université Panthéon-Assas

(Paris II), ancien directeur de l'Institut de criminologie de Paris
→ **Philippe Malaurie**, professeur émérite, université Panthéon-Assas (Paris II)
→ **Emmanuel Jeuland**, professeur à l'École de droit de la Sorbonne, université Paris I

→ **Pierre-Yves Gautier**, professeur à l'université Panthéon-Assas

Clôture par le Premier président Bertrand Louvel P. 57



Grand' Chambre de la Cour de cassation - Conférence-débat du 24 novembre 2015

Ouverture

1 Allocution du Premier président Bertrand Louvel



Bertrand Louvel,
Premier président de la Cour de cassation

En dépit des circonstances tragiques que nous traversons et qui nous ont fait hésiter sur l'opportunité de maintenir cette manifestation, je suis heureux d'accueillir une assistance si nombreuse pour répondre à l'initiative originale du président Jean-Paul Jean qui m'a proposé d'organiser à la Cour une « controverse » à propos de la réflexion qu'elle mène sur sa réforme.

Cette initiative rejoint en effet la démarche engagée il y a plus d'un an afin de vérifier si le rôle séculaire de notre Cour, dans son principe et dans son mécanisme, est toujours adapté au contexte actuel, juridique et social, international et national.

Cette réflexion interne déborde donc nécessairement son propre objet pour s'inscrire dans le regard d'ensemble qu'on ne peut se dispenser de porter sur l'institution judiciaire française, le statut qui lui est reconnu dans l'État et les raisons de ce statut, sur la responsabilité qu'elle assume dans la crise de légitimité qui

l'affecte à travers son rapport à la société, au citoyen, au monde politique.

Crise de légitimité, crise de confiance, crise d'identité.

Ce vaste objet dépasse bien sûr celui de la controverse de ce jour, mais, pour bien comprendre l'introspection de la Cour de cassation sur elle-même, il faut la situer dans ce débat plus large que l'actualité législative la plus récente suffit à poser clairement. Lorsqu'il s'agit de contrôler l'activité de renseignement centrée sur la liberté d'expression la plus intime du citoyen, la société française choisit le juge administratif. Lorsque notre pays, confronté au terrorisme, renforce les moyens juridiques de sa défense à travers l'état d'urgence, si étroitement lié aux libertés publiques, on en confie le contrôle, là encore, au juge administratif.

Crise de légitimité, crise de confiance, crise d'identité.

L'Autorité judiciaire, que nous sommes invités à nommer désormais le service public de la justice, remplit-elle la fonction constitutionnelle qui est attendue d'elle avec efficacité, célérité, prévisibilité, harmonie des principes et des méthodes, responsabilité intellectualisée et assumée ?

Il nous revient de nous interroger tous ensemble sur les chemins que l'Autorité judiciaire doit emprunter pour tenir la place que lui assigne organiquement la séparation des pouvoirs.



Bertrand Louvel

La question intéresse tous les domaines, l'enseignement du droit, de l'État et de la démocratie, le périmètre, la composition et le statut du corps judiciaire, la gestion de ses moyens, ses modes d'expression collective, l'accès du justiciable aux juridictions, leurs compétences et leurs procédures, l'éthique des magistrats et des auxiliaires de justice, les voies de recours, leur philosophie et leur objet.

Nous voilà donc arrivés au pourvoi en cassation dont l'analyse et l'avenir sont eux-mêmes tributaires de phénomènes extérieurs, soit en cours de développement, soit attendus ou prévisibles, mais tous encore affectés d'une part d'incertitude.

Ainsi en va-t-il du temps que mettra l'évolution vers l'appel-voie de réformation avec l'effet d'accélération qu'il doit avoir sur les délais de traitement des procès, et l'effet restrictif qu'on en attend aussi sur le nombre des pourvois.

Ainsi en va-t-il encore du temps qu'il nous faudra pour rendre accessible en ligne l'ensemble de la production judiciaire française avec l'effet d'auto-harmonisation de la jurisprudence qui en est également attendu, et donc son effet corrélatif sur le recours au pourvoi.

Autre donnée à l'incidence incertaine sur le contenu et le flux des pourvois : la conceptualisation du contrôle de proportionnalité, qui est au cœur des travaux de réflexion à la Cour de cassation, en vue d'harmoniser entre ses chambres l'intégration de ce contrôle, venu d'ailleurs, à la technique de cassation, issue de notre tradition nationale.

Quel développement les raisonnements de proportionnalité, conduisant à écarter la loi interne comme inadaptée aux cir-

constances d'une espèce, sont-ils appelés à connaître devant les juges du fond à l'initiative de barreaux encore très partiellement sensibilisés à leurs potentialités immenses ?

À cette question est liée celle de la recherche des incidences de nos arrêts en tous domaines, sociaux, économiques, écologiques, sanitaires, éthiques, philosophiques, recherche sans laquelle il ne peut y avoir d'appréciation de la proportionnalité. Or, une telle appréciation nous appelle par ailleurs à développer la motivation de nos décisions et à les rendre ainsi plus intelligibles et accessibles au grand public, grâce à la familiarisation avec le droit que permet l'interdisciplinarité.

À cette question est encore liée l'identification de l'acteur ou des acteurs qualifiés à la Cour de cassation pour procéder à la recherche des incidences, la définition de sa méthode et des modalités de son exploitation.

Enfin, on ne peut se dispenser, bien sûr, dans une telle démarche, de la réflexion sur une éventuelle sélection des pourvois, de façon à disposer du moment venu de l'outil propre à réguler un contentieux renouvelé à la Cour de cassation pour en préserver la finalité, l'utilité, l'efficacité.

Vous l'aurez compris, mon propos n'est pas d'enfermer un tel débat, aussi riche soit-il, dans un simple cadre domestique, « pour ou contre » une réforme de la Cour de cassation. Il est de le situer dans son véritable enjeu : quel est le positionnement efficace et pertinent du pourvoi pour que la Cour de cassation contribue au mieux, à son niveau, à souder le pacte de confiance entre les Français et leur justice ? ■

2 Allocution du Procureur général Jean-Claude Marin



Jean-Claude Marin,
procureur général près la Cour de cassation

Mesdames, Messieurs,
Depuis un peu plus d'un an, la Cour de cassation a engagé, sous l'impulsion du premier président, une réflexion de fond mêlant introspection et questionnements face aux défis contemporains auxquels doit faire face notre Cour. Magistrats du siège, magistrats du parquet, avocats aux conseils et universitaires participent à ces travaux, leur conférant ainsi la richesse de la pluridisciplinarité.

Deux types de structures ont été mises en place : tout d'abord une commission de réflexion travaillant sur les fondamentaux du fonctionnement de la Cour et ensuite, une commission réfléchissant sur sa communication.

La première a été chargée d'examiner les questions liées au filtrage des pourvois, à l'intensité du contrôle exercé par la Cour, à la rédaction et la motivation des arrêts, et enfin, au rôle du parquet général au sein de cette maison.

Avec la seconde, la Cour s'est attachée à travailler sur sa communication institutionnelle mais aussi, plus largement, avec le public. En même temps qu'était abordé le renforcement de ses liens avec le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État, mais aussi avec les juridictions européennes, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne. Faut-il rappeler qu'aujourd'hui, la Cour de cassation est saisie d'environ 30 000 pourvois par an dont environ 10 000 en matière pénale ?

Ceci la distingue d'autres Cours suprêmes, telle, par exemple, la Cour Suprême des États-Unis qui juge, annuellement moins d'une centaine d'affaires.

À cet égard, certains ne craignent pas d'affirmer que la fonction normative et régulatrice de la Cour de cassation peut se trouver affaiblie par le nombre très important d'affaires qui lui sont soumises. Je ne doute pas que ce point de vue trouvera un écho dans vos débats cet après-midi.

Certes, une procédure de non-admission existe, mais cette dernière a uniquement pour objet de mettre en œuvre une procédure simplifiée de traitement des pourvois et non d'écarter ceux des pourvois qui ne présentent pas de moyen sérieux de cassation.

La mise en place d'une procédure de filtrage conduirait, au contraire, à ne pas examiner un certain nombre de pourvois en vertu de critères d'admission définis par la loi, comme par

exemple l'exigence d'une question de droit nouvelle ou encore la remise en cause d'une jurisprudence de la Cour.

La question du moment du filtrage, est aussi cruciale : doit-il s'exercer devant les cours d'appel une fois leur décision rendue ou plus tardivement devant la Cour de cassation, mais préalablement au dépôt du mémoire ampliatif ?

La problématique de l'intensité du contrôle exercé par la Cour vise non seulement à prendre en compte la jurisprudence de la Cour EDH mais aussi à considérer l'orientation de la Cour de cassation, ces dernières années, vers un contrôle plus intense de la proportionnalité.

Ce contrôle est parfois sous-jacent, les arrêts de la première chambre civile du 13 septembre 2013 en témoignent. Mais, il peut être également de plus haute intensité, comme l'illustre l'arrêt du 4 décembre 2013 rendu au visa de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, s'agissant d'un mariage contracté entre une belle-fille et son beau-père.

La Cour a estimé dans cette affaire que le prononcé de la nullité du mariage revêtait à l'égard de la belle fille « le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans ». Délaissant l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme soutenant l'un des moyens du pourvoi, la Cour de cassation a soulevé d'office le moyen de tiré l'article 8 du même instrument, non pour rejeter le pourvoi, mais pour casser l'arrêt en considération d'éléments factuels.

Cette application dynamique de contrôle de conventionalité mérite inventaire et prospectives.

Enfin, je ne peux terminer mes propos sans évoquer devant vous les réflexions émergentes autour de **la place du parquet général**.

S'agissant du statut, certaines voies de réforme doivent être entreprises afin de **consolider le rôle des magistrats du parquet général**, et ce, dans le but de privilégier l'intérêt des justiciables, notamment par un double regard qui en constitue une garantie essentielle¹.

Ainsi, le **statut des membres du parquet général** pourrait être modifié par leur **mode de nomination** qui doit évoluer vers un avis conforme du CSM et sans doute relever d'un pouvoir de proposition de ce dernier à l'instar de la procédure prévalant pour les magistrats du siège de la Cour.

Cette réforme nécessite néanmoins une révision constitutionnelle qui, je l'espère, verra bientôt le jour pour consacrer l'indépendance de l'avocat général dans ses avis et conclusions.

¹ D. Boccon-Gibod, *premier avocat général à la Cour de cassation, Ce qui pourrait changer à la Cour de cassation : D. 2014, p. 1107.*



Jean-Claude Marin

S'agissant de son rôle, la commission de réflexion s'est attachée à envisager la possibilité de désignation de l'avocat général en amont du dépôt du rapport du conseiller-rapporteur. La commission a également fait des propositions en matière de spécialisation des avocats généraux dans certains domaines ou encore d'accès aux travaux du Service de documentation, des études et du rapport, dans les mêmes conditions que les conseillers.

Si ces principes ont été actés, d'autres suscitent plus de réticences au regard des changements qu'induirait une telle réforme au sein de notre institution, à l'instar de la communication du projet d'arrêt à l'avocat général ou encore de la participation de ce dernier à la conférence dans le respect du secret du délibéré.

À ce stade, il est nécessaire de souligner que la place de l'avocat général est originale. Il ne peut recevoir d'ordre d'aucune autorité interne ou externe et surtout, il n'est pas chargé de l'action publique tendant à l'application des peines au sens de l'article 1er du Code de procédure pénale. Sa seule mission consiste à dire à la chambre à laquelle il appartient, en fonction des règles de droit applicables, la solution qui lui paraît devoir être appliquée au pourvoi.

En d'autres termes, il n'a d'autre hiérarchie que celle de la loi et c'est pour cela que l'article L. 432-4 du Code de l'organisation judiciaire dispose qu'en cas d'insuffisance un conseiller à la Cour peut être délégué dans les fonctions d'avocat général.

Le Conseil d'État a vu l'institution du rapporteur public validée en 2013 par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Marc-Antoine contre France*².

Une telle décision, comme maintes fois soulignée, doit nécessairement inspirer nos travaux.

Reste que la réforme de la Cour de cassation est une grande œuvre. Je forme le vœu que les débats d'aujourd'hui, grâce au regard libre des éminents universitaires que vous êtes, nous aideront à trouver les voies des réformes à entreprendre.

Je ne doute pas un seul instant que la confrontation de vos idées nourrira nos réflexions, et entretiendra ce souffle nouveau, par ce regard extérieur sur notre institution.

Faisons nôtre les propos de Nicolas Boileau, pour qui, c'est du « *choc des idées que jaillit la lumière* ».

Je vous remercie. ■

² CEDH, 4 juin 2013, n° 54984/09, *Marc-Antoine c/ France*.

3 Propos introductifs



Jean-Paul Jean,
président de chambre à la Cour de cassation,
directeur du Service de documentation,
des études et du rapport (SDER)

Monsieur le Premier président, Il y a un peu plus d'un an, vous m'avez confié la mission d'animer la réflexion de la Cour de cassation sur sa propre réforme, en fixant les axes dont vous venez de rappeler l'esprit, et que vous avez développés notamment dans plusieurs discours et un long entretien à La Semaine juridique¹. Nous sommes aussi convenus de la méthode que vous souhaitez, dite « participative », c'est-à-dire ouverte, transparente, prenant le temps du débat à partir d'études et de propositions documentées.

En interne, cela implique, avec toute l'équipe du SDER, des groupes de travail, une base de données accessible à tous les magistrats avec documents préparatoires, ordres du jour, questionnaires, contributions individuelles et collectives, comptes rendus, synthèses...

Sont conduites aussi des expérimentations comme celles en cours à la deuxième chambre civile et à la chambre criminelle. Des principes de dialogue et de meilleur fonctionnement ont été dégagés avec le parquet général et des accords ont été passés avec chaque président de chambre.

Je tiens à remercier tous les collègues du siège et du parquet général qui contribuent ainsi à ces travaux sans autre intérêt que leur motivation personnelle, pour penser collectivement l'amélioration des réponses de la Cour de cassation.

Cette méthode ouverte inclut pleinement les avocats aux Conseils dont on sait l'importance du rôle dans la qualité du travail de la Cour. Elle associe aussi évidemment les cours d'appel tant l'interaction entre les deux niveaux de juridiction est essentielle et les projets de réforme qui les concernent indissolublement liés. Je remercie les premiers présidents ici présents pour leurs contributions.

Aujourd'hui, à l'occasion de ce débat avec la communauté universitaire qui, sur le fond et sur la forme, constitue je crois une première, je souhaite insister sur l'apport de la doctrine et les liens historiques de la Cour de cassation avec les facultés de droit. J'avais d'ailleurs initialement proposé comme titre : « Réforme de la Cour de cassation : qu'en pense la doctrine ? » car c'est cette question « qu'en pense la doctrine ? » que se posent les magistrats de la Cour en examinant un dossier difficile. Mais bien évidemment personne ne peut prétendre représenter « la doctrine ». La discussion avec les universitaires contactés a donc

vite abouti à ce titre volontairement neutre : « Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation ».

Je voudrais souligner ici la place spécifique des professeurs Loïc Cadiet et Cécile Chainais dans ce dispositif. Ils ont accepté, depuis le début de nos travaux, de participer aux groupes de travail, en toute liberté intellectuelle, et ils ne sont engagés en rien par les conclusions qui en résulteront. Eux seuls parmi les universitaires savent tout de nos débats internes et ils pourraient aujourd'hui se transformer aisément en anthropologues de la Cour de cassation...

Mais eux seuls aussi se sont interdit déontologiquement de publier sur le fond de la réforme durant le temps des travaux. Je m'en veux un peu de cette frustration imposée, d'autant plus quand je vois le foisonnement des publications sur une réforme annoncée, alors qu'elle ne constitue encore qu'un objet volontairement non identifié.

En effet, on peut dénombrer en quelques mois plus de vingt-cinq articles de doctrine dans les grandes revues juridiques sur cette seule thématique de la réforme de la Cour de cassation. L'intérêt manifesté par l'université est donc incontestable et le partenariat avec *La Semaine Juridique, édition générale* va encore enrichir ces contributions.

Tous les intervenants de ce soir, sous la forme d'une table ronde, vont eux aussi connaître un moment de frustration de par la nécessaire discipline qui impose à tous un temps de parole restreint. Ils pourront donc présenter leur raisonnement synthétique en deux parties, mais ne pourront pas développer leurs deux sous-parties... Ils documenteront leurs propos dans les articles publiés dans un supplément du premier numéro de janvier 2016 du JCP Édition générale, dont je remercie spécialement la rédactrice en chef M^{me} Hélène Béranger.

Ces publications qui accompagneront les contributions des universitaires aux réflexions de la Cour ne seront pas les premières. Ont déjà été publiées la conférence du professeur Frédéric Ferrand, Lyon 3 sur le rôle comparé des cours suprêmes en Europe, celle du professeur Christophe Jamin, École de droit de Science Po sur le contrôle de proportionnalité, ou encore celle du professeur Pascale Deumier Lyon 3, sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation.

Je voudrais revenir sur un point qui me paraît essentiel, souligné par M. le Premier président Louvel.

Ces réflexions s'inscrivent dans un environnement national et international qui a changé, et elles constituent un ensemble dont tous les éléments sont liés. La partie publique du débat est accessible sur le site Internet de la Cour de cassation. Les documents intermédiaires internes sont des hypothèses librement discutées au sein des groupes de travail, dans un cadre déontologique que nous nous sommes fixés afin que la parole reste entièrement libre. Il faut donc à mon avis éviter les faux débats incantatoires, lancés à partir d'informations partielles, qui peuvent conduire à autant de postures, afin de réfléchir librement sur ce que doit et

¹ V. Entretien avec le Premier président Louvel, « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle » : JCP G 2015, act. 1122.



Jean-Paul Jean

sur ce que peut être la Cour de cassation aujourd'hui, avec son histoire et son génie propres.

Ainsi, pour ne pas rester dans l'allusif et la langue de bois, il n'est évidemment pas question de remettre en cause l'égal accès au juge, en proposant une conception dite « aristocratique » d'une Cour suprême qui ne correspond pas à notre modèle juridique et culturel. La Cour de cassation va bien et rend ses 30 000 arrêts par an dans des délais raisonnables.

Mais serait-il pour autant interdit de réfléchir à des mécanismes de régulation, qualifiés par la doctrine de « démocratiques », fondés notamment sur des modes d'admission et de traitement différenciés des affaires selon leur intérêt juridique réel, comme l'ont mis en place ces dernières années plusieurs Cours de cassation de pays européens comparables ?

Aucune institution ne peut échapper à cette thématique de la régulation sur laquelle la cour d'appel de Paris nous a, elle aussi, invités à réfléchir jeudi dernier. Mais bien sûr, comme vient de le rappeler M. le Premier président, cette évolution peut être également liée à l'importance du nombre des affaires nouvelles qui impliqueraient un contrôle de proportionnalité, et les méthodes de travail appliquées à cette problématique, pour laquelle nous cherchons à construire une doctrine de la Cour de cassation afin de rapprocher les pratiques des chambres et d'éclairer celles des juridictions du fond.

Il n'est évidemment pas question non plus ni d'imiter je ne sais quelle méthode de *common law*, ni de développer la motivation sur le modèle des longs arrêts de la Cour EDH. Ainsi, en prenant des arrêts de la Cour de cassation déjà rendus, sans rien changer à leur solution sur le fond, l'objectif est d'essayer d'améliorer et de clarifier la motivation sur certains aspects précis (en distinguant mieux faits, procédure, développement du raisonnement...). Cela vise à permettre au lecteur d'identifier sans difficulté la motivation de la Cour et à la rendre plus explicite, afin qu'elle ne soit pas comprise uniquement par les spécialistes français de la cassation.

Nous connaissons l'expérience conduite au Conseil d'État. Avec une autre méthode, nous tirerons les leçons de l'approche très

pragmatique engagée au sein du groupe de travail « Motivation » avec le président Lacabarats, à partir de projets d'arrêts-tests, en essayant de garder en mémoire la belle formule de nos collègues belges : « dire le droit et être compris ».

J'ai volontairement pris ces deux exemples qui suscitent le plus d'inquiétude, l'accès au juge et la motivation des arrêts, parmi beaucoup d'autres thématiques traitées dans ces groupes de réflexion, pour montrer combien nous sommes conscients de la difficulté de l'exercice. **La méthode est donc celle d'un travail très concret pour conserver ce génie propre de la Cour de cassation, avec son histoire et sa technique, mais en l'adaptant à son temps.**

Et ce temps n'est sans doute plus celui du splendide isolement, mais plutôt celui de l'interaction avec les autres cours suprêmes en France et en Europe, notamment le temps de la question prioritaire de constitutionnalité, le temps de la question préjudicielle posée à la Cour de justice de l'Union européenne et le temps proche maintenant de la demande d'avis du Protocole 16 additionnel à la Convention EDH.

Intitulé « protocole du dialogue » par le président Spielmann, le Protocole n° 16 doit permettre aux « *plus hautes juridictions d'une Haute Partie contractante* » d'« *adresser à la Cour des demandes d'avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention et ses protocoles* » (Protocole 16, art. 1^{er}, § 1).

Dans un article récent, le professeur Natalie Fricéro soulignait combien le processus de réforme de la Cour de cassation était difficile tout en soulignant son caractère « inéluctable ».

Je la remercie, ainsi que les professeurs Denys de Béchillon, Emmanuel Jeuland, Nicolas Molfessis et Philippe Théry, d'avoir accepté de contribuer à cette réflexion commune dans une perspective constructive. Nous attendons beaucoup de vos analyses et propositions dans ce débat difficile dont nous remettons maintenant avec confiance les clés aux professeurs Loïc Cadet et Cécile Chainais. ■

4 Introduction



Loïc Cadiet,

professeur à l'École de droit de la Sorbonne (université Paris 1 Panthéon-Sorbonne), président de l'Association internationale de droit processuel, directeur du JurisClasseur de procédure civile

¹ - Dans leurs allocutions d'ouverture, M. le Premier président Louvel et M. le Procureur général Marin ont rappelé les raisons de la manifestation qui nous réunit aujourd'hui à la Cour de cassation¹. À leur suite, le président Jean a présenté la manière dont la réflexion sur la réforme de la Cour de cassation a été organisée depuis bientôt un an², sous la responsabilité du service de documentation, des études et du rapport, dont il est le directeur et avec l'aide, particulièrement efficace, des membres de son équipe.

Je leur sais gré d'avoir, d'emblée, associé des universitaires à cette entreprise inédite. De cette réflexion, Cécile Chainais et moi avons en effet été les témoins en qualité d'observateurs extérieurs à la Cour de cassation, une entière liberté nous ayant été laissée de participer aux débats internes pour y faire valoir nos observations, éventuellement critiques mais toujours, nous l'espérons, constructives. Aucune porte ne nous a été fermée, invitation nous ayant été faite de participer à l'ensemble des sous-groupes de travail qui ont été installés, au sein de la commission de réflexion, sur le filtrage, l'intensité du contrôle, la motivation, les études d'impact et le parquet général.

L'activité de la commission de réflexion, en séance plénière ou en réunion de sous-groupe, a également permis à d'autres voix universitaires de se faire entendre, ainsi que l'a rappelé Jean-Paul Jean, qu'il s'agisse de Frédérique Ferrand pour inscrire la question du rôle de la Cour de cassation dans une perspective de droit comparé³, de Christophe Jamin sur le contrôle de proportionnalité⁴ ou de Pascale Deumier sur la question de la motivation des arrêts⁵.

² - La question de la réforme de la Cour de cassation n'est pas nouvelle, tant s'en faut. Depuis sa création, la juridiction de cassation, qui n'a pas toujours été une juridiction, n'a pas cessé d'évoluer. Faut-il rappeler que, dans sa conception originaire, la cassation par le Roi des arrêts des parlements était une prérogative royale qui apparaissait comme « le complément naturel de son droit de légiférer »⁶ et constituait « moins un acte de juridic-

tion que de puissance »⁷ ? Historiquement, si le pourvoi en cassation peut aujourd'hui apparaître comme un recours d'intérêt privé, c'est parce qu'il constitue une voie de recours ouverte aux parties dans la défense de leur intérêt, ce qu'il n'a pas toujours été et n'est d'ailleurs pas exclusivement⁸. La consultation des recueils Dalloz du milieu du XIX^e siècle montre par ailleurs que les arrêts de la Cour de cassation n'ont pas toujours été rédigés avec la motivation succincte qui leur est aujourd'hui largement reprochée. L'appel lancé il y a plus de quarante ans par André Tunc et Adolphe Touffait pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment celles de la Cour de cassation⁹, n'a rien perdu de son actualité. Le problème demeure donc posé. Il y a quatre ans, un colloque organisé sur le juge de cassation en Europe par l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, avec le soutien de l'Association Henri Capitant et la Société de législation comparée, avait également fait apparaître les difficultés soulevées, outre par la décision de la Cour de cassation, par la définition des missions de la Cour de cassation, les modalités de filtrage des pourvois à la Cour de cassation et les techniques mêmes de cassation¹⁰. Ce colloque avait mis en relief la nécessité de différencier les procédures de traitement des pourvois en cassation afin de mieux permettre à la Cour de cassation de répondre aux exigences de ses missions, disciplinaires d'une part, normatives d'autre part¹¹. L'idée est qu'un pourvoi dont le rejet ou la cassation s'imposent avec évidence ne doit pas mobiliser les mêmes moyens que le pourvoi soulevant une question de droit complexe ou une question juridique de principe. Un pourvoi formé dans une procédure d'urgence nécessite un traitement procédural accéléré s'écartant de la procédure ordinaire de jugement. Le circuit procédural que le pourvoi empruntera, l'instruction que le pourvoi nécessitera, la composition de la formation juridictionnelle appelée à en connaître, l'intensité du contrôle effectué par le juge de cassation, la manière dont la décision sera motivée et rédigée doivent varier selon les hypothèses. La possibilité de ces variations est déjà inscrite dans les dispositions du Code de l'organisation judiciaire¹² et, accessoirement, du Code de procédure civile¹³.

⁷ Gilbert des Voisins, in Tarbé, n° 58, p. 24, cité par J. et L. Boré, *op. cit.* note (6), n° 01.54.

⁸ Comme en attestent les pourvois spéciaux, pour excès de pouvoir et dans l'intérêt de la loi, formés par le procureur général près la Cour de cassation : L. n° 67-523, 3 juill. 1967, relative à la Cour de cassation, art. 17 et 18 ; compl. CPC, art. 639-1 à 639-4.

⁹ A. Touffait et A. Tunc, Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation : RTD civ. 1974, p. 487.

¹⁰ Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, Le juge de cassation en Europe : Dalloz, 2012.

¹¹ V. L. Cadiet, Observations conclusives, in Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, Le juge de cassation en Europe, préc. note (10), pp. 105-126.

¹² V. par ex. COJ, art. L. 421-3 à L. 421-5, art. L. 431-5 à L. 431-10 (chambre ordinaire, chambre mixte, assemblée plénière), art. L. 431-1 (formation de trois magistrats), art. R. 421-3 (formation plénière et formation de section de la chambre ordinaire) et art. R. 431-5 (formation de cinq magistrats).

¹³ V. par ex. CPC, art. 1013 et art. 1014. - La tendance au pluralisme des réponses judiciaires affecte les modes de règlement des conflits dans

¹ B. Louvel, Allocution d'ouverture, supra 1.

² J.-C. Marin, Allocution d'ouverture, supra 2.

³ F. Ferrand, La juridiction judiciaire suprême en droit comparé : mission, filtrage, intensité du contrôle, in G. Drago, B. Fauvarque-Cosson et M. Goré (ss dir.), L'accès au juge de cassation : Société de législation comparée 2015, pp. 147-218.

⁴ C. Jamin, Juger et motiver. Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux : RTD civ. 2015, p. 263. - V. aussi Motivation. - Cour de cassation : une question de motivation : JCP G 2015, doct. 878.

⁵ P. Deumier, Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? Raisons, identification, réalisation : D. 2015, p. 2022.

⁶ J. et L. Boré, La cassation en matière civile : Dalloz, coll. Dalloz Action, 2008, 4^e éd., n° 01.51.



Loïc Cadiet

Il s'agit de les amplifier et de les améliorer afin que la Cour de cassation, sans cesser d'être le garant de la légalité des décisions prononcées par les juridictions du fond comme l'article 12, alinéa 1^{er} et l'article 604 du Code de procédure civile lui en font l'obligation, puisse, mieux qu'aujourd'hui, jouer son rôle dans le développement du droit, c'est-à-dire dans le renforcement de la sécurité juridique, donc de la légitimité de la réponse de l'institution judiciaire à la demande sociale de justice.

Ce qui est nouveau, aujourd'hui, est qu'une initiative ait été prise pour donner une réponse d'ensemble à la question de la réforme de la Cour de cassation, qui ne se limite donc pas au seul accès à la juridiction suprême de l'ordre judiciaire et qui ne saurait davantage être réduite à un désir de changement pour le changement, ni à une capitulation devant des modèles juri-

dictionnels venus d'ailleurs¹⁴. C'est dans ce qui fait le génie de la tradition française, qui n'est ni un sanctuaire, ni même un conservatoire, que doivent être trouvées les bonnes solutions de nature à mettre la Cour de cassation en accord avec les évolutions liées de la société française et du système français de justice lui-même. Car le système français de justice connaît depuis plus d'une quinzaine d'années des évolutions importantes qui en ont transformé la quasi-totalité des rouages à l'exception, précisément, de la Cour de cassation. Nombreux sont ceux qui ont eu le sentiment que, ces dernières années, la Cour de cassation n'avait pas les moyens de jouer à armes égales avec les autres juridictions supérieures de l'ordre interne et que son statut juridique actuel la plaçait dans une situation de fragilité sur la scène juridictionnelle internationale, où elle n'est plus audible, voire

leur ensemble : L. Cadiet, *La justice face aux défis du nombre et de la complexité*, in *Les Cahiers de la Justice* 2010/1 : ENM et Dalloz, pp. 13-35.

¹⁴ Sur la crainte qu'il en soit ainsi, V. par ex. Ph. Malaurie, *Réformer la Cour de cassation, oui ou non ?*: *Gaz. Pal.* 6-7 nov. 2015, pp. 10-11.

de dépendance à l'égard des juridictions européennes, lorsque ses arrêts sont passés au tamis des exigences du procès équitable ou de la protection juridictionnelle effective. Il est certes permis de ne pas apprécier cette situation, mais cette situation n'existe pas moins ; elle est un fait et les faits sont têtus. La question est donc bien soulevée, non pas de l'américanisation de la Cour de cassation et de son évolution vers je ne sais quel modèle de gouvernement des juges auquel je suis, pour ma part, viscéralement hostile¹⁵, mais de son réarmement technique dans le cadre d'une modernisation de ses procédures et, le cas échéant, d'un réagencement du rôle de ses acteurs, conseillers, parquet général, avocats aux conseils. Tel est l'objet de notre rencontre d'aujourd'hui.

3 - Cette conférence-débat est intitulé « Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation ». Cet intitulé a été choisi à dessein. Il se signale par le pluriel des mots *Regard* et *universitaire*.

Nous avons cherché à permettre l'expression d'une pluralité de regards qui soit représentative autant que possible de la diversité des opinions qui se sont d'ores et déjà manifestées dans les différentes revues juridiques de notre pays, plus de vingt-cinq articles nous a dit le président Jean¹⁶. La question de la réforme de la Cour de cassation suscite des réactions variées, qui vont de l'adhésion spontanée au refus de principe, en passant par des positions plus nuancées de perplexité, de prudence, d'interrogation mais qui, toutes, manifestent l'attachement de leurs auteurs à cette institution cardinale de la justice française. Il était bon que ces opinions fussent mises en présence les unes des autres dans le cadre d'un débat constructif qui soit direct et non plus médiatisé par les supports éditoriaux qui les véhiculent. Je remercie la Cour de cassation d'en avoir pris l'initiative.

Tout naturellement, la pluralité des regards conduisait à la pluralité des universitaires, plutôt qu'à une formule du type : que pense la doctrine de la réforme de la Cour de cassation ? Le président Jean en a fait état. Sans revenir sur un débat qui avait agité la communauté des juristes universitaires il y a quelques années au sujet de la constitution de la doctrine comme entité¹⁷, il est clair que les universitaires ne constituent pas à eux seuls la doctrine, même s'ils en sont la plus grande part, et que bien

d'autres universitaires que ceux qui sont aujourd'hui présents à cette tribune eussent pu y trouver leur place. Des choix s'imposaient cependant et ils ont été faits, étant précisé que l'organisation de cette manifestation intègre une séquence de cinquante minutes à l'issue de la table ronde afin de permettre à ceux qui le souhaitent de s'exprimer sur les thèmes qui auront été abordés. Avec Cécile Chainais, je remercie Denys de Béchillon, Nathalie Fricero, Emmanuel Jeuland, Nicolas Molfessis et Philippe Théry d'avoir accepté de participer à cette table ronde. Je les en remercie d'autant plus qu'ils ont également accepté de se plier à un *modus operandi* relativement contraignant puisque, au lieu des traditionnelles présentations, nous allons procéder à des échanges croisés portant sur quatre thèmes : Quel accès à la Cour de cassation ? Quel type de contrôle exercé par la Cour de cassation ? Les arrêts de la Cour de cassation : nouvelle manière de motiver, nouvelle manière de rédiger ? Quelle méthodologie pour la réforme ? Après quoi Cécile Chainais conclura la table ronde de quelques observations sur la manière dont, sur le métier de la réforme, s'entrelacent la trame des questions de méthode et la chaîne des questions de fond.

1. Quel accès à la Cour de cassation ?

4 - Commençons donc, pour une première séquence de vingt minutes, par le thème de l'accès à la Cour de cassation, qui soulève, principalement mais non exclusivement, la question du filtrage des pourvois en cassation. Sur ce terrain, d'importants progrès ont déjà été accomplis depuis plus de dix ans, avec la procédure de non-admission des pourvois et le puissant renfort d'un important contingent de conseillers-référendaires. Mais la procédure de non-admission est rentrée dans le rang et n'a pas réalisé toutes ses promesses. En 2014, la part des pourvois non-admis s'élève à 25 % en matière civile, 33 % sur pourvois soutenus en matière pénale. Le nombre de dossiers donnant lieu à cassation ou rejet n'en demeure pas moins considérable, près de 10 000 en matière civile, de 2 000 en matière pénale. Cette forte et permanente pression permet-elle à la Cour de cassation de faire durablement face à ses missions ? Les avis sont partagés. Ce point est sans doute un des plus névralgiques et donne lieu à des débats dans lesquels la passion le dispute bien souvent à la raison, la caricature à une réalité beaucoup plus complexe qui ne peut être réduite à l'opposition simpliste d'une conception dite démocratique et d'une conception dite aristocratique du rôle de la Cour de cassation. L'exemple du Tribunal fédéral suisse est à cet égard assez instructif. Un projet de faire évoluer le Tribunal fédéral suisse vers une cour suprême à l'américaine avait été repoussé par votation populaire en 1990 ; une réforme a en revanche été acceptée, en l'an 2000, aujourd'hui inscrite à l'article 191 de la Constitution fédérale, aux termes de laquelle, d'une part, « La loi garantit l'accès au Tribunal fédéral », étant précisé, d'autre part, que « Elle peut prévoir une valeur litigieuse minimale pour les contestations qui ne portent pas sur une question juridique de principe ; Elle peut exclure l'accès au Tribunal fédéral dans des domaines déterminés ; Elle peut prévoir une procédure simplifiée pour les recours manifestement infondés ». Le Tribunal fédéral suisse n'est pas juge de sa saisine, mais l'accès

15 Rapp. L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès* : PUF, 2013, 2^e éd., spéc. n° 33, pp. 127-130.

16 Parmi lesquels V. not. D. Boccon-Gibod, *Ce qui pourrait changer à la Cour de cassation* : D. 2014, p. 1107 et s. - P. Cassia, *Filtrer l'accès au juge de cassation ?* : D. 2015, p. 1361 et s. - P. Deumier, *Accès à la Cour de cassation et traitement des questions jurisprudentielles* : D. 2015, p. 1720 et s. - E. Dreyer, *Le filtrage des pourvois ou la tentation pour la Cour de cassation d'agir en cour suprême* : Gaz. Pal. 13 juin 2015, p. 6 et s. - C. Fattacini, *L'intensité du contrôle de cassation (le contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation). Le point de vue d'un avocat aux Conseils* : D. 2015, p. 1734 et s. - P.-Y. Gautier, *Éloge du syllogisme* : JCP G 2015, act. 902. - N. Fricero, *L'avenir de la Cour de cassation : la vision originale du Club des juristes. À propos du rapport Sécurité juridique et initiative économique. Deuxième partie « La Cour de cassation »* : JCP G 2015, act. 753. - B. Hafel, *Libres propos sur l'avant-projet de réforme de la Cour de cassation et la fonction du juge* : D. 2015, p. 1378 et s. - C. Jamin, *Cour de cassation : le fil et la pelote* : D. 2015, p. 1641 et s. - J.-G. Mahinga, *Propos sur la Cour de cassation* : LPA 28 sept. 2015, p. 7 et s. - V. Rebeyrol, *Une réforme pour la Cour de cassation ?* : JCP G 2015, doctr. 954. - Ph. Théry, *Cours suprêmes : essai - manqué - de typologie et de définition* : D. 2015, p. 1731 et s.

17 Conf. Ph. Jestaz et C. Jamin, *L'entité doctrinale française* : D. 1997, chron. p. 167 et s. - F. Terré, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Antithèse de « l'entité » : à propos d'une opinion sur la doctrine* : D. 1997, chron. p. 229 et s.

au Tribunal fédéral est régulé afin de lui permettre d'accomplir sa mission jurisprudentielle¹⁸.

Cet exemple n'est pas le seul.

Il y a un an, le Club des juristes a présenté un rapport sur la régulation des contentieux devant les cours suprêmes¹⁹. Plusieurs participants à cette table ronde y ont participé. Nicolas Molfessis, secrétaire général du Club des juristes, nous parlera de cette question²⁰.

2. Quel type de contrôle exercé par la Cour de cassation ?

5 - La question de la nature du contrôle exercé par la Cour de cassation est un autre point important du débat. Ce qui est en cause ici, ce n'est pas la question assez traditionnelle du contrôle dit léger ou lourd sur la manière dont les juges du fond ont tranché le litige qui leur était soumis par application des règles de droit applicable²¹. Léger ou lourd, ce contrôle s'exerce dans le cadre du contrôle ordinaire de la légalité du jugement querellé. Ce qui est en cause ici, sous l'influence de la jurisprudence européenne ou du contrôle de constitutionnalité, c'est la question de la nécessité de mettre en œuvre un autre type de contrôle, dit de proportionnalité.

Ce contrôle soulève de multiples et délicates questions. Les unes tiennent à la notion même de proportionnalité, qui puise à des origines diverses et qui est susceptible de plusieurs sens. De quoi parle-t-on exactement ? La proportionnalité au sens d'un équilibre entre l'atteinte portée à un droit fondamental et les objectifs poursuivis par une règle de droit²² n'est pas la même chose que la proportionnalité à laquelle il

est fait référence pour régler un conflit entre deux droits fondamentaux, pas plus que la proportionnalité de la sanction d'un comportement au manquement ainsi sanctionné ; la proportionnalité selon la Cour de justice de l'Union européenne, dans le contexte des libertés de circulation, où elle apparaît comme un bilan coûts-bénéfices, n'est pas la proportionnalité selon la Cour européenne des droits de l'homme, qui en fait une méthode de balance des intérêts²³. Les ambiguïtés doivent être levées et la notion homogénéisée. Les autres difficultés tiennent à la possibilité et aux modalités, éventuelles, de l'articulation du

contrôle de proportionnalité au contrôle de légalité *lato sensu*²⁴ qui s'exprime sous la forme traditionnelle du raisonnement syllogistique²⁵. Dans une opinion limitant le contrôle de proportionnalité à un conflit de droits, fondamentaux ou subjectifs, par exemple le conflit entre liberté d'expression et droit au respect de la vie privée, ce qui est questionné, c'est le postulat même de l'égalité des droits, dont le conflit supposerait la mise en balance dans le cadre d'une opération intellectuelle de pondération des intérêts²⁶. Le contrôle de proportionnalité est-il soluble dans le syllogisme juridique ou lui est-il radicalement étranger, ce qui n'est pas sans incidence sur la manière même de rédiger les jugements ?

Mais ce débat est-il aussi nouveau que cela ? Derrière la nouveauté des mots employés, n'y a-t-il pas une très ancienne réalité à laquelle la Cour de cassation a été confrontée bien des fois depuis sa création ? Quel contrôle exerce-t-elle quand elle vérifie la correcte application de l'article 645 du Code civil aux termes duquel, en matière de servitude dérivant de la situation des lieux, « *s'il s'élève une contestation entre les propriétaires auxquels ces eaux peuvent être utiles, les tribunaux, en prononçant, doivent concilier l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété* » ? Quel type de contrôle a-t-elle exercé quand, tentant de concilier l'intérêt de l'industrie et celui de la santé publique

dans l'affaire *Derosne contre Puzin*, au milieu du XIXe siècle, elle a posé le principe, à l'origine de la théorie des troubles de voisinage, selon lequel chacun est tenu de supporter les inconvénients résultant des obligations normales de voisinage²⁷ ? Le contrôle de proportionnalité n'est-il pas une autre manière, contemporaine, de nommer le jugement d'équité ? L'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 4 décembre 2013 invite

à répondre par l'affirmative sans aucune espèce d'hésitation²⁸. Après tout, un ancien premier président de la Cour de cassation ne voyait-il pas, dans sa juridiction, un temple de l'équité²⁹ ? Et que dire, à la suite du doyen Carbonnier, du caractère largement artificiel du syllogisme juridique, qui revêt *a posteriori* du manteau de la légalité une décision arrêtée à partir de la solution « humainement désirable » du litige³⁰, ce que l'on appelle le syllogisme régressif ?

24 De ce point de vue, le contrôle de constitutionnalité est une espèce de contrôle de légalité.

25 V. par ex. J.-B. Duclercq, *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel* : Thèse, Paris I, 2014. - Comp., antérieurement, X. Philippe, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises* : Economica-PUAM, 1990.

26 V. par ex. P.-Y. Gautier, *Contre la « balance des intérêts » : hiérarchie des droits fondamentaux* : D. 2015, p. 2189.

27 Cass. civ., 27 nov. 1844 : DP 1845, 1, p. 13, également in GAJC : Dalloz, t. 1, 13^e éd., 2015, n° 81-82.

28 Cass. 1^{re} civ., 4 déc. 2013, n° 12-26.066 : *JurisData* n° 2013-027409 ; JCP G 2014, 93, M. Lamarche ; D. 2014, p. 179, note F. Chénéde et p. 153, obs. H. Fulchiron ; RTD civ. 2014, p. 88, obs. J. Hauser et p. 307, obs. J.-P. Marguénaud, à propos du mariage entre un beau-père et sa belle-fille. - Adde Ph. Jestaz, J.-P. Marguénaud et C. Jamin, *Révolution tranquille à la Cour de cassation* : D. 2014, p. 2061.

29 P. Bellet, *Le juge et l'équité*, in *Mélanges R. Rodière* : Dalloz 1981, p. 9 et s. 30 J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction* : PUF, coll. Quadrige, 2004, spéc.

18 V. A. Brenici, *De la question juridique de principe - La traduction de l'autorité judiciaire suprême ; le reflet des hésitations sur la nature du Tribunal fédéral* : LGDJ et Schulthess, coll. Études, 2015.

19 D. de Béchillon et M. Guillaume (ss dir.), *La régulation des contentieux devant les cours suprêmes : Le Club des juristes*, oct. 2014.

20 N. Molfessis, *infra* 5.

21 Pour une illustration, et une discussion, de cette distinction, V. par ex. J. Betoulle, *La distinction contrôle lourd / contrôle léger de la Cour de cassation. - Mythe ou réalité ?* : JCP G 2002, I, 171.

22 V. par ex. V. Goessel-Le Bihan, *Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel* : Cah. Cons. const. 2007, n° 22.

23 V. A. Marzal Yetano, *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne* : Thèse, Paris I, 2013.

Bien des questions sont ainsi soulevées par le contrôle de proportionnalité et bien des raisons apparaissent de relativiser le débat, sur lequel Emmanuel Jeuland³¹, puis Denys de Béchillon³² nous livrent tour à tour leurs analyses.

3. Les arrêts de la Cour de cassation : nouvelle manière de motiver, nouvelle manière de rédiger ?

6 - Ce troisième volet est sans doute le plus classique, depuis le célèbre article d'André Tunc et Adolphe Touffait, déjà évoqué³³, contemporain de leur grande enquête internationale sur la cour judiciaire suprême³⁴. La concision des arrêts de la Cour de cassation peut être considérée comme une élégante sobriété ; elle peut aussi, à l'inverse, être jugée d'une opacité incompatible avec ce qu'exige la motivation d'une décision de justice émanant d'une juridiction supérieure qui doit faire autorité. Que la Cour de cassation ait ressenti le besoin de faire paraître des communiqués, dont le statut a au demeurant fait couler beaucoup d'encre, dit assez les limites de la situation actuelle. Tant que le juge n'est que la bouche de la loi, la concision du jugement, qui emprunte alors à la concision de la règle elle-même, peut se comprendre. Lorsque la Cour de cassation se contente d'exercer sa fonction disciplinaire, la sentence peut bien tomber, lapidairement, comme tombe le couperet de l'article 12, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile. Cette concision lapidaire est davantage discutable dès qu'il s'agit, pour la Cour de cassation, de remplir sa fonction jurisprudentielle, ou normative. Si la décision fait le jugement, ce sont les motifs qui font la jurisprudence. À la différence de la loi, qui s'applique par raison d'autorité, la jurisprudence ne vaut que par l'autorité de ses raisons, que sont censés exprimer les motifs de ses arrêts. La nécessité d'une motivation suffisamment claire et précise pour que l'arrêt soit compris en dehors du club des initiés et du cercle des parties s'impose alors ; elle s'impose dans le cadre traditionnel du contrôle de légalité ; elle s'impose encore plus dans le cadre nouveau du contrôle de proportionnalité.

Ceci conduit sans doute, d'emblée, à préciser les perspectives d'une évolution possible de la forme des arrêts de la Cour de cassation, afin d'éviter les procès inutiles. D'abord, l'adoption d'une nouvelle manière de motiver n'a pas vocation à concerner nécessairement l'ensemble des arrêts prononcés par la Cour de cassation. La plupart de ses décisions n'ont pas de portée normative ; pour elles, le type actuel de motivation peut bien perdurer, même si rien n'interdit de le faire bouger. L'évolution de la motivation ne s'impose assurément que pour les arrêts ayant une portée normative particulière, soit par exemple qu'ils tranchent une question juridique de principe, qu'ils mettent un terme à une divergence de jurisprudence, ou qu'ils procèdent à un revirement de jurisprudence. Mais il faut alors concevoir cette motivation évoluée comme une motivation enrichie qui

n'a absolument rien à voir avec les décisions verbeuses, de plusieurs dizaines de pages, en usage dans certaines juridictions étrangères ou européennes. Une page de plus peut suffire à enrichir cette motivation. Par ailleurs, l'évolution de la manière de motiver n'absorbe pas à elle seule la question de l'évolution de la rédaction des arrêts de la Cour de cassation, qu'il est sans doute possible de faire progresser en dehors de ce qui concerne les motifs de la décision. Peuvent alors être mis dans le débat l'emploi de la phrase unique, le recours au style direct, voire la numérotation des développements et la séparation formelle des différentes parties de l'arrêt, par l'usage d'intertitres.

Cette troisième séquence du débat est alimentée par l'intervention de Natalie Fricero³⁵, à la suite de laquelle Denys de Béchillon apporte quelques éclairages venant d'expériences juridictionnelles étrangères à la justice judiciaire³⁶.

4. Quelle méthodologie pour la réforme ?

7 - Nous en venons enfin à notre quatrième et dernière séquence, intitulée « Quelle méthodologie pour la réforme ? ».

Cette question peut être comprise de deux manières différentes. La première est celle de la manière dont le processus de réforme de la Cour de cassation est conçu et conduit. Ce processus n'est pas inédit. Ce n'est pas la première fois qu'une juridiction supérieure, en France ou à l'étranger, sans négliger les juridictions internationales, notamment européennes, prend l'initiative d'une réflexion sur l'évolution de son organisation et de son fonctionnement³⁷. Au demeurant, certaines des évolutions passées de la Cour de cassation avaient déjà trouvé leur origine dans une initiative de la Cour de cassation elle-même et de leur premier président d'alors, notamment Pierre Drai et Guy Canivet pour la période la plus récente³⁸. Il n'est pas anormal que la réflexion s'élabore dans un premier temps à l'intérieur même de la Cour de cassation, surtout quand elle repose sur une concertation aussi large que celle qui est menée aujourd'hui, et qu'elle donne lieu à des expérimentations afin de valider ou non certaines pistes d'évolution, je pense notamment à la rédaction des arrêts ou aux études d'impact. Certaines évolutions peuvent même se faire à droit constant par une modification des pratiques administratives, procédurales et juridictionnelles ; elles sont sans doute limitées ; viendra un moment où il faudra bien procéder à une modification des dispositions législatives et ré-

35 N. Fricero, *infra* 8.

36 D. de Béchillon, *infra* 9.

37 La chose est manifeste, dans l'ordre interne, pour le Conseil d'État, dernièrement encore avec la réflexion engagée sur la rédaction des jugements administratifs. Pour le Conseil constitutionnel, V. *Cons. const.* 4 févr. 2010 portant règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité. Dans l'ordre européen, V. par ex. les évolutions du statut de la Cour EDH, opérée par différents protocoles additionnels à la suite, par exemple, de missions de réflexion qui avaient été confiées à des personnalités extérieures : V. Lord Woolf, *Étude des méthodes de travail de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 2005.

38 Avec, par exemple, l'introduction de la procédure dite de non-admission des pourvois : V. S. Amrani-Mekki et L. Cadet (ss. dir.), *La sélection des pourvois à la Cour de cassation : Économica, coll. Études juridiques*, 2005.

vol. 1^{er}, n° 9, p. 24.

31 E. Jeuland, *infra* 6.

32 D. de Béchillon, *infra* 7.

33 A. Touffait et A. Tunc, *Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation*, préc. note (9).

34 A. Tunc et A. Touffait (ss. dir.), *La Cour judiciaire suprême. Enquête comparative : RID comp.* 1978, vol. 30, n°1.

glements du Code de l'organisation judiciaire et du Code de procédure civile.

Ce passage par la loi, *lato sensu*, est d'autant plus nécessaire qu'une réforme de la Cour de cassation ne peut être conçue en contemplation de la seule Cour de cassation. Installée au sommet de la justice judiciaire dont elle est la juridiction suprême, en relation étroite avec les cours d'appel d'où vient la très grande majorité des pourvois qui lui sont soumis, dans le cadre d'une dynamique autant juridictionnelle que jurisprudentielle, comprise dans un réseau de juridictions internes et européennes avec lesquelles elle entretient un dialogue institutionnel et procédural qui affecte nécessairement son propre fonctionnement³⁹, interprète d'une loi qu'elle a vocation à mettre en œuvre en en complétant ou en en corrigeant, le cas échéant, le contenu éventuellement lacunaire ou imparfait⁴⁰, la Cour de cassation est au cœur du système de justice et, plus largement, du système juridique français. Se poser la question de la méthodologie de

la réforme conduit donc nécessairement à s'interroger sur la manière dont la réforme de la Cour de cassation peut et doit s'articuler à l'évolution plus globale de la justice française. Dans une perspective d'administration de la justice, qui est à la fois systémique et régulateur⁴¹, il convient d'envisager la gestion des procédures de la première instance jusqu'à l'instance finale devant la juridiction suprême, en définissant le rôle respectif de ces instances successives, afin que le litige trouve sa solution définitive - une solution de qualité : juste et exécutable⁴² - dans les délais les plus courts.

Cette interrogation est développée par Philippe Théry⁴³. ■

39 V. L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, préc. note (15), pp. 445-457.

40 C. civ., art. 4 : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

41 V. L. Cadiet, *La justice face aux défis du nombre et de la complexité*, préc. note (13). Adde, tout récemment, C. Arens, *Le rôle de régulation du juge dans l'État de droit* : Journ. spéc. sociétés 2015, n° 54, pp. 9-10 et le compte-rendu, par V. Bretonnier, du colloque organisé par la cour d'appel de Paris sur le thème « Vers un juge régulateur », le 19 nov. 2015, Journ. spéc. sociétés 2015, n° 54, pp. 8-9.

42 V. L. Cadiet, *La qualité de la norme juridictionnelle*, in *Autour de la qualité des normes*, J. Pini, M. Fatin-Rouge Stéfanini et L. Gay (ss dir.) : Bruylant, 2010, pp. 233-259.

43 Ph. Théry, *infra* 10.



Conférence-débat du 24 novembre 2015 à la Cour de cassation

5 Pour une sélection vertueuse des pourvois



Nicolas Molfessis,
professeur à l'université Panthéon-Assas

Face à la concurrence institutionnelle du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme, l'existence même de la Cour de cassation en tant que juridiction apte à unifier le droit et à répondre au besoin de sécurité juridique est aujourd'hui en cause. La gestion d'une masse considérable de pourvois ne permet pas une unité et une cohérence des solutions. La mise en place d'une sélection réelle et efficace des pourvois, à l'issue d'une procédure de non-admission fondée sur l'importance de la question de droit à juger, permettrait une réorientation vertueuse du travail de la Cour de cassation, de ses ressources et de sa manière de juger.

1 - Le premier constat à effectuer, c'est qu'il faut se féliciter de ce dialogue, qui marque la conscience que la Cour de cassation a de son rôle, des enjeux contemporains qui sont en débat aujourd'hui et de la nécessité pour elle de trouver sa place dans un environnement juridique qui n'a plus rien à voir avec celui des siècles précédents. La discussion publique, au sein même de la Cour de cassation et à sa propre initiative, montre aussi l'importance d'un échange avec la communauté juridique dans son ensemble, au sein de laquelle elle occupe une place éminente et suscite, corrélativement, des attentes très fortes.

Ce qui est en cause, aujourd'hui, c'est, sans dramatiser ou peut-être en dramatisant, son existence même en tant que juridiction apte à unifier le droit et à répondre au besoin de sécurité juridique sans lequel le droit est un mirage. Un tel besoin est d'autant plus pressant que nous sommes perdus sous des normes aussi nombreuses qu'instables : l'étouffement normatif appelle une Cour de cassation qui vienne nous soigner des maux de la loi et non participer, peu ou prou, à l'insécurité juridique. Mais l'essentiel vient d'ailleurs : prise dans une concurrence institutionnelle qui met face à elle le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de cassation doit conserver une prééminence qui lui est aujourd'hui disputée. La concurrence des juridictions suprêmes nourrit une lutte pour la suprématie de la décision juridique dans un système juridique devenu complexe, qui ne peut plus être représenté selon cette classique vision pyramidale au sommet de laquelle la Cour de cassation pouvait dominer l'organisation judiciaire.

Partons alors du principe que la Cour de cassation est pleinement consciente du rôle qu'elle doit tenir aujourd'hui, n'en déplaie à ceux qui l'espèrent encore en simple bouche de la loi

et dénie à sa jurisprudence tout rôle créateur de droit. Ecoutez-la, d'ailleurs : sous des arrêts de Chambre mixte du 17 mai 2013, elle se dépeint dans sa modernité, en soulignant que « par ces décisions, la Cour de cassation remplit pleinement son rôle normatif, de création prétorienne du droit, mais exerce aussi sa fonction régulatrice, visant à harmoniser la jurisprudence sur l'ensemble du territoire ». C'est exactement ce que l'on attend d'elle. Et c'est précisément ce que sa réforme doit permettre.

2 - Pour ce faire, diverses évolutions sont devenues indispensables ; elles sont au cœur de la réflexion menée par la Cour. Son programme d'action doit se déployer sur plusieurs fronts pour permettre à la décision, élément premier, d'être ce message par lequel le droit s'exprime, au-delà des parties au litige. L'évolution passe par une réflexion sur la technique de cassation. L'enfermement de l'arrêt dans le pourvoi, quand il devient obsession, est sclérosant. La motivation sibylline des arrêts nuit à leur compréhension autant qu'à leur réception. Elle passe aussi par une modification structurelle, qui doit mettre l'arrêt rendu, chaque arrêt rendu, au premier plan. S'il s'agissait d'une industrie, on dirait que c'est l'ensemble de la chaîne de production qui doit être revu : ce qui précède la décision, comme ce qui la suit, de l'acceptation du pourvoi à la diffusion de l'arrêt. À ce titre, il faut réaliser que le problème crucial est celui du nombre. La gestion d'une masse considérable de pourvois ne permet pas une unité et une cohérence des solutions. Elle favorise une approche quantitative des pourvois, là où la préoccupation première d'une Cour de cassation doit être de placer l'approche qualitative au premier rang de ses priorités. De la mise en place d'une sélection réelle et efficace des pourvois, jaillira une réorientation vertueuse du travail de la Cour de cassation, de ses ressources et de sa manière de juger. La sélection des pourvois est vertueuse. Elle est aujourd'hui indispensable.

- | -

3 - La Cour de cassation doit en effet être en mesure de consacrer ses moyens, l'énergie et les compétences de ses magistrats, aux contentieux qui le méritent, c'est-à-dire à ceux qui, une fois tranchés, contribueront à améliorer l'application des règles de droit. Elle doit se dédier à résoudre de façon claire, compréhensible et efficace les problèmes juridiques qui attendent une telle résolution. C'est précisément en cela qu'elle n'est pas un troisième degré de juridiction. Elle n'ajoute pas une décision à une affaire ; elle ajoute une décision à un système juridique qui appelle une réponse à une question. L'idée n'est pas nouvelle¹.

¹ A. Tunc, *La cour de cassation en crise : Archives de philosophie du droit*, t. 30, 1985 : « À mes yeux, la Cour de cassation ne devrait pas rendre



Nicolas Molfessis

4 - Sans doute faut-il préciser. La Cour de cassation n'est pas débordée par les pourvois. Les évolutions qui ont eu lieu à partir des années 2000 ont précisément permis de traiter le stock et d'accélérer les procédures. Elle parvient donc à traiter annuellement un flot d'environ 30 000 pourvois, chiffre qui croît d'ailleurs périodiquement, comme le montrent les + 8 % entre 2013 et 2014. Mais cela n'est ni nécessaire, ni utile ni surtout raisonnable.

plus de 50 décisions par an ou, puisqu'elle a plusieurs chambres, plus de 50 décisions pour chacune d'entre elles. La Cour de cassation doit en effet examiner, non pas une affaire, mais un problème qui se pose à l'occasion d'une affaire. Il s'agit, certes, d'appliquer un texte, mais en le replaçant dans l'esprit de la loi ou de la législation où il s'intègre, d'observer la jurisprudence qui s'est formée sur lui ou sur des textes comparables, d'étudier la doctrine. Il s'agit aussi d'être attentif aux conséquences sociales qu'aurait une décision dans un sens ou dans l'autre ».

Car cela montre qu'elle a appris à traiter un tel flux. Et c'est dans cette capacité à savoir rendre plus de 30 000 décisions que git, sans paradoxe aucun, le problème : elle ne peut dans le même temps gérer le nombre et exercer son pouvoir normatif. P. Sargos l'a parfaitement souligné en des termes dépourvus d'ambiguïté : « Cette mission normative ne peut être remplie si des milliers de pourvois soulèvent devant une chambre de la Cour de cassation des questions qui ne lui permettent pas de l'exercer, mais la transforment en une sorte de cour d'appel à vocation nationale l'obligeant à rendre des milliers d'arrêts de rejet qui non seulement n'ont aucune vocation normative, mais qui par leur aspect trop factuel sont une source de trouble pour beaucoup de commentateurs. La « vocation unifiante » de la jurisprudence de

la Cour de cassation devient alors une « vocation dispersante », génératrice d'incertitude et d'insécurité juridique »².

La Cour de cassation a ainsi concentré ses efforts, depuis près d'un quart de siècle, sur la manière d'absorber la masse de pourvois qui se présentent à elle, pour éviter l'engorgement. Cette préoccupation du nombre a eu des effets multiples sur son organisation interne comme sur le travail de chacun des magistrats qui la compose. Les principales mesures de réorganisation interne ont ainsi été justifiées par la nécessité de répondre à la demande croissante de décisions. D'où une segmentation des chambres en sections et sous-sections, une multiplication des formations de jugement, des audiences restreintes voire « super-restreintes », des rédactions d'arrêtés stéréotypés (les fameux arrêts dits « tampons »), la mise en place d'un système d'aide à la décision (système SIMO), etc. Les réflexions et les efforts ont été consacrés à permettre une meilleure rationalisation du travail de production des décisions dans un contexte de surabondance : mieux classer les pourvois, ranger les moyens, chercher les précédents, identifier les divergences de jurisprudence, repérer les questions de principe, déceler les séries de dossiers, les rapprochements entre affaires, en bref porter le dévolu des personnels sur le respect de processus plutôt que de concentrer les efforts sur la décision elle-même.

Certes, dans cet ensemble, les mesures de retrait du rôle comme la procédure de sélection des pourvois instituée par la loi du 25 juin 2001 se détachent, car elles permettent précisément d'endiguer le flot et non de le traiter. Mais leurs résultats restent très insuffisants. Le filtre ne dispense la Cour que d'un quart à un tiers environ des décisions³. Surtout, on sait que l'examen des pourvois qui feront l'objet d'une non-admission n'allège guère la charge de travail de la Cour.

5 - Si la phrase ne sonnait pas comme un slogan, on dirait donc volontiers que la qualité se dissout dans la quantité. La multiplication des formations de jugement vient favoriser la diversité au détriment de l'unité. La création de formations restreintes rend la collégialité et ses avantages souvent illusoire. Elle favorise la personnalisation de la jurisprudence et le rattachement de certains secteurs du droit à deux voire un seul magistrat, avec les risques inhérents à une telle domination d'un individu isolé sur une matière. Dans un tel contexte, la jurisprudence ne doit souvent sa permanence qu'à celle du magistrat qui l'a élaborée et nourrie. La Cour de cassation ne saurait juger à juge unique, ce qui n'est pas loin d'être le cas dans certains domaines. Ainsi est-il nécessaire de réguler le flux des pourvois et, précisément, de fortement fermer l'accès à la Cour de cassation.

- || -

6 - Les études montrent que la très grande majorité des démocraties occidentales, à l'exception de l'Italie, ont mis en œuvre des réformes profondes pour réguler les contentieux devant leurs cours suprêmes⁴.

2 P. Sargos, *L'organisation et le fonctionnement de la chambre sociale de la Cour de cassation : la mission normative au péril de l'effet de masse : Droit social 2006*, p. 48.

3 J.-M. Sommer, B. Munoz Perez, *Dix ans de non-admission devant les chambres de la Cour de cassation : Cour de cassation, févr. 2014*, p. 7.

4 V. le *Rapport du Club des juristes sur la régulation des contentieux devant*

7 - On n'ignore évidemment pas que les exemples étrangers ne sont pas tous parfaitement comparables, qu'une cour suprême qui est juge de la constitutionnalité a d'autres traits et que notre tradition comme les particularismes de notre système juridique ne peuvent être négligés.

À ce titre, notre Cour de cassation connaît de nombreux litiges à caractère « disciplinaire ». Il en va par exemple ainsi de tous les pourvois portant sur une méconnaissance des termes du litige ou sur un défaut de réponse à conclusions. On voit difficilement comment, en l'état actuel, la Cour de cassation pourrait s'en décharger. Le nombre de cours d'appel, l'absence d'une culture de l'autorité qui permettrait une bien meilleure diffusion du message de la Cour de cassation et une moindre disparité, ne permettent pas de faire l'impasse sur ce rôle disciplinaire.

Les recours en cassation sur le fondement de griefs parfois qualifiés de « disciplinaires »⁵ doivent alors faire l'objet d'un traitement *ad hoc*. Le « fonctionnement de la machine judiciaire » étant en jeu dans un recours disciplinaire, selon l'expression de A. Perdriau, ces recours doivent être jugés par la Cour de cassation, quitte à être traités spécifiquement en raison de leur absence de portée doctrinale. On peut alors envisager que des formations allégées de la Cour de cassation – dès lors que le pourvoi ne comporte pas par ailleurs une question de principe qui le ferait relever du contrôle dit normatif⁶ – permettent de

les Cours suprêmes, M. Guillaume et D. de Béchillon dir., dont sont issues les données de droit comparé.

En Espagne, deux profondes réformes ont été menées en 2007 et en 2011 pour modifier l'accès respectivement au Tribunal constitutionnel et à la troisième Chambre administrative du Tribunal suprême. Avant la réforme, le tribunal constitutionnel connaissait en 2007 près de 10 000 recours d'amparo par an ; en 2009 seuls 128 recours sur 7 000 ont été déclarés recevables. La même régulation volontariste a été développée devant la troisième Chambre du Tribunal suprême, juridiction administrative suprême. Cette dernière a vu, entre 2005 et 2013, les affaires pendantes devant elle réduites de près de 70 % et les requêtes déposées et les requêtes traitées réduites de moitié ; le nombre de jugements rendus en 2013 s'est monté à moins de 4 000. Devant les première et seconde chambre du Tribunal suprême, l'évolution est analogue ce qui a conduit cette juridiction suprême à rendre en 2013 moins de 1 000 jugements civils et moins de 1 000 jugements pénaux.

En Allemagne, la réforme du 27 juillet 2001 a profondément modifié les critères du pourvoi en cassation devant la Cour fédérale de justice (BGH) en matière civile. Les pourvois en cassation, autorisés par les juges d'appel, se montent désormais à moins de 800 (737 en 2012, 715 en 2013) alors que le BGH connaissait plus de 4 000 pourvois avant la réforme (4 440 en 2000 et 4 265 en 2001). Les recours contre les refus d'autorisation de pourvoi par la juridiction d'appel (3 633 en 2013) ne sont, quant à eux, accueillis qu'à 8 % (soit moins de 300 affaires). Pour sa part, de manière tout aussi stricte, la Cour constitutionnelle ne juge, quant à elle, désormais, que 154 affaires après filtrage.

En Grande-Bretagne, à la suite de la réforme de 2005, la Cour suprême a succédé en 2009 à la formation judiciaire de la chambre des Lord. Elle a mis en place une stricte politique d'octroi des permissions de faire appel avec un taux annuel d'environ 30 % la conduisant à juger moins de 100 affaires par an.

5 V. A. Perdriau, *Le rôle disciplinaire du juge de cassation : JCP G 2002, doctr. 150*. Selon l'auteur et ses statistiques personnelles, près d'un tiers de moyens mis en œuvre dans les procédures avec représentation seraient d'ordre disciplinaire.

6 On sait que des griefs tels que le défaut de réponse à conclusions mêlent souvent, inextricablement, des questions disciplinaires et des questions de fond mais précisément, la rationalisation du contentieux gagnerait à distinguer ces types de griefs, ne serait-ce que pour priver l'arrêt rendu en matière disciplinaire de toute portée doctrinale au sein du contentieux de la chambre. Une décision en matière disciplinaire concerne les parties et les juges du fond ; elle n'est pas et ne doit pas être normative.

traiter rapidement ces pourvois au sein de chaque chambre. De même, des recours circulaires pourraient être institués.

La Cour de cassation devra identifier les arrêts de nature disciplinaire, afin de délivrer le message selon lequel ils n'ont pas de portée normative. En outre, il est essentiel de pouvoir connaître la nature du contrôle opéré par la Cour. Le contrôle disciplinaire pourra donc être identifié par la lettre D.

8 - Pour le reste, la Cour de cassation doit se recentrer sur son rôle de cour suprême de l'ordre judiciaire. Ce rôle exclut de juger une troisième fois une affaire. Il n'implique notamment pas, sous couvert de manque de base légale, de remettre ou non en cause les appréciations de fait des juges du fond.

Elle doit aussi, de manière plus générale, savoir allouer du temps et des moyens aux affaires qui le réclament. Il convient ainsi, selon ce que pouvait affirmer un ancien Premier président, « de mettre fin à une attitude passive de la Cour, traitant les affaires les unes après les autres et de manière égale, au profit d'une sélection éclairée de ses champs d'intervention prioritaires et des affaires qui justifient une étude approfondie »⁷.

9 - Dans la sélection des pourvois, deux critères sont possibles, l'un de nature financière, l'autre relatif à l'importance de la question de droit à juger.

Le critère financier a été mis en œuvre en Allemagne et en Espagne. Même s'il a pu être défendu par de hauts magistrats⁸, il n'apparaît pas pertinent : il limite la saisine de la Cour suprême par un critère sans lien avec son office de cour régulatrice. La régulation du contentieux dépend de l'importance de la question de droit et non de l'importance financière du litige – même si le critère financier n'est pas ignoré dans la répartition des contentieux comme dans le taux d'appel. La mission unificatrice de la Cour de cassation, qui est à son origine et justifie jusqu'à son existence même, est décorrelée du montant des litiges qu'elle juge. Le critère de l'importance de la question de droit à trancher apparaît donc bien préférable⁹. Il doit recouvrer les seules ques-

« Les affaires qui ne répondent pas aux conditions de sa compétence [la Cour de cassation] doivent uniquement donner lieu à une ordonnance d'irrecevabilité du Premier président »

rait à la fois le plus conforme à notre modèle et le plus simple à mettre en place à brève échéance.

On sait que le filtrage ne permet guère une économie de temps par rapport au travail que requiert une affaire « admise ». Le filtrage est une opération aussi essentielle que sensible. En revanche, il est essentiel que la Cour de cassation, sur les cas

tions de principe, d'évolution du droit ou de contrariété de jurisprudences et de solutions entre juridictions. Il ne nous est d'ailleurs pas inconnu, comme en témoignent les procédures de demandes d'avis devant la Cour de cassation et le Conseil d'État¹⁰ qui requièrent une question de droit nouvelle ou présentant une difficulté sérieuse¹¹.

La notion de « question présentant une difficulté sérieuse » permet de traiter les questions de principe non résolues, les questions qui sont l'objet de contestations – par les juges du fond, comme par la doctrine – et de divergences de jurisprudence entre chambres.

10 - Pour procéder au filtrage, deux méthodes différentes sont envisageables. Dans une première option, ce sont les cours d'appel qui détiennent le pouvoir d'autoriser le pourvoi en cassation. Le refus d'autorisation du pourvoi peut alors le plus souvent être contesté devant la Cour suprême. L'autre manière de filtrer consiste à instaurer une procédure de régulation au sein de la cour suprême elle-même. C'est le choix qu'a jusqu'alors privilégié notre Cour de cassation dans le cadre de la procédure de non-admission, comme en Belgique. C'est celui qui appa-

qui ne ressortissent pas à son office, ne communique pas de rapport ni surtout ne rend de décision. Concrètement, les affaires qui ne répondent pas aux conditions de sa compétence doivent uniquement donner lieu à une ordonnance d'irrecevabilité du Premier président.

Aussi, il conviendrait de mettre en place des formations spéciales – lesquelles existent en réalité déjà (formations de non-admission, à l'exception de la chambre sociale) – au sein de chaque chambre de la Cour de cassation, destinées à procéder au filtrage des pourvois, après que le rapporteur désigné aura examiné le pourvoi.

Les parties auraient pour ce faire l'obligation de justifier en quoi le litige pose une telle question de principe justifiant que la Cour de cassation s'en saisisse dans un mémoire sur la recevabilité de leur pourvoi.

Car la Cour de cassation se mérite. ■

7 G. Canivet, *Vision prospective de la Cour de cassation : ASMP, séance 13 nov. 2006*. Sous cet aspect, la recommandation du Conseil de l'Europe, n° R (95) 5 du 7 février 1995 du comité des ministres aux États membres porte sur l'instauration de systèmes et procédures de recours en matière civile et commerciale et sur l'amélioration de leur fonctionnement. L'article 7. a. de cette recommandation dispose que « Pour établir les mesures relatives aux troisièmes tribunaux, les États devraient avoir présent à l'esprit que la cause a déjà été entendue par deux tribunaux successivement ». L'article 7, c, de cette recommandation prévoit, à propos des recours devant le « troisième tribunal » (Cour de cassation ou Cour suprême, selon les États), que ces recours devraient « être réservés aux affaires pour lesquelles un troisième examen juridictionnel se justifie, comme celles, par exemple, qui contribuent au développement du droit ou à l'uniformisation de l'interprétation de la loi. Ils pourraient encore être limités aux cas qui soulèveraient une question de droit d'importance générale. Il devrait être requis du demandeur de démontrer en quoi l'affaire comporte de tels enjeux ». À cet effet, ce texte recommande aux États l'introduction d'un système pour « restreindre le nombre d'affaires méritant un troisième examen judiciaire ».

8 P. Truche, *Discours de rentrée solennelle, 1994*.

9 Il est partagé dans tous les systèmes occidentaux. Il figure dans la recommandation du Conseil de l'Europe. Dans ce cadre, l'importance

des questions de droit à trancher conditionne la possibilité de se pourvoir en cassation. Cette importance regroupe les questions de principe, d'évolution du droit ou d'unification de la jurisprudence.

10 C. org. jud., art. L. 441-1 ; CJA, art. L. 113-1.

11 Ces critères rejoignent ceux de la Cour fédérale de justice allemande qui prend en compte le fait que l'affaire soulève une question de principe ou que l'évolution du droit ou l'unification de la jurisprudence impose l'intervention de la Cour.

6 Réforme de la Cour de cassation

Une **approche non utilitariste** du contrôle de proportionnalité



Emmanuel Jeuland,
professeur à l'École de droit de la Sorbonne,
université Paris I

Il existe plusieurs approches possibles de la proportionnalité, notamment une approche utilitariste et une approche en terme de valeur. On peut être tenté de mettre en œuvre les critères dégagés par la CJUE et repris par le Conseil constitutionnel. Il s'agit de l'adéquation du moyen au but poursuivi, de sa nécessité et de la proportionnalité *stricto sensu* donc de la pesée des intérêts en présence. L'approche utilitariste paraît critiquable car les valeurs sont toutes aplaties au profit de l'efficacité. Au lieu de se rapporter à une échelle de valeurs, il peut être préférable de comparer le rapport de droit existant avec le rapport de droit qui résulterait de l'application d'une mesure. Ce quatrième critère est finalement assez voisin du raisonnement par analogie. Il consiste à mettre en œuvre le principe de sécurité des rapports juridiques. Il s'agit de contribuer à l'élaboration d'un test de proportionnalité propre à la Cour de cassation.

1 - Le contrôle de la proportionnalité en question est au cœur du projet de réforme de la Cour de cassation. Il peut influencer sur la question de la motivation et du filtrage des affaires¹. Il existe traditionnellement des interrogations sur les différents types de contrôle devant la Cour de cassation, léger, normal ou appro-

fondi, renvoyant au pouvoir discrétionnaire ou au pouvoir d'appréciation du juge du fond. La frontière mouvante entre le droit et le fait se joue là. Le fait est en quelque sorte construit juridiquement. Il est seulement ce qui n'est pas contrôlé par la Cour de cassation si elle décide de ne pas le contrôler, par exemple : la faute en matière de divorce ou la cause réelle et sérieuse en matière de licenciement par opposition à un contrôle approfondi de la faute en droit de la responsabilité civile classique.

Le contrôle de proportionnalité connaît une croissance forte depuis quinze ans environ. Une rapide recherche portant sur les arrêts publiés montre que le terme « proportionné » est présent dans environ 500 arrêts dont 200 dans les cinq dernières années et les 200 suivants dans les dix années précédentes. L'étude de quelques arrêts récents montre que le mot « proportionné » se trouve le plus souvent invoqué dans les moyens et n'est pas toujours repris dans la motivation de l'arrêt. Récemment des arrêts ont plus radicalement utilisé le contrôle de proportionnalité pour écarter l'application d'une règle de droit notamment à propos d'un mariage incestueux. Il convient de noter également que la Cour de cassation n'hésite plus à casser un arrêt d'appel qui n'a pas mis en œuvre un contrôle de proportionnalité pour mettre en œuvre le droit au respect de la vie privée notamment dans une décision du 10 juin 2015 à propos de l'établissement d'une filiation biologique et d'un conflit d'héritage². De même, la Cour de cassation a pu approuver une cour d'appel d'avoir mené un contrôle de proportionnalité pour l'application d'une règle européenne concernant une exception à l'égalité de traitement³ en mettant en œuvre les trois critères mis en place par la directive du 27 novembre 2000, le caractère approprié, nécessaire et la proportionnalité *stricto sensu*. Cependant, la Cour de cassation ne paraît pas toujours mettre en œuvre elle-même le test de proportionnalité et sa motivation reste souvent assez péremptoire. Ainsi, elle a été condamnée par la Cour EDH dans l'arrêt *Henrioud* du 5 novembre dernier pour ne pas avoir mené de contrôle de proportionnalité. La question n'est donc pas de savoir si la Cour de cassation doit ou non appliquer le principe de proportionnalité, elle doit le faire pour se conformer aux lois, aux directives et aux traités, la question est de savoir quelle doit être l'étendue de son contrôle.

1 V. P. Cassia, *Filtrer l'accès au juge de cassation ?* : D. 2015, p. 1361 ; P. Deumier, *Accès à la Cour de cassation et traitement des questions jurisprudentielles* : D. 2015, p. 1720 ; C. Fattaccini, *L'intensité du contrôle de cassation* : D. 2015, p. 1734 ; N. Fricéro, *L'avenir de la Cour de cassation : la vision originale du Club des juristes* : JCP G 2015, act. 753 ; P.-Y. Gautier, *Éloge du syllogisme* : JCP G 2015, act. 902 ; S. Guincharde, F. Ferrand et T. Moussa, *Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement approprié au contrôle de conventionnalité* : D. 2015, p. 278 ; B. Hafiel, *Libres propos sur l'avant-projet de réforme de la Cour de cassation et la fonction du juge* : D. 2015, p. 1378 ; Ch. Jamin, *Cour de cassation : le fil de la pelote* : D. 2015, p. 1641 ; *Motivation. Cour de cassation : une question de motivation* : JCP G 2015, doct. 878 ; Ph. Jestaz, J.-P. Marguénaud et Ch. Jamin, *Révolution tranquille à la Cour de cassation* : D. 2014, p. 2061 ; E. Jeuland et G. Simiand, *Casanova à la Cour de cassation. - Comment accroître la force normative des arrêts malgré leur anonymisation ?* : JCP G 2015, doct. 876 ; B. Louvel, *Réflexions à la Cour de cassation* : D. 2015, p. 1326 ; V. Rebeyrol, *Une réforme pour la Cour de cassation ?* : JCP G 2015, doct. 954 ; Ph. Théry, *Cours suprêmes : essai - manqué - de typologie et de définition* : D. 2015, p. 1731.

2 Cass. 1^{re} civ., 10 juin 2015, n° 14-20.790, inédit : *JurisData* : 2015-013923 ; D. 2015, p. 2365, note H. Fulchiron.

3 Cass. soc., 31 mars 2015, n° 13-18.667 : *JurisData* n° 2015-007001.

2 - Il faut aussi lever une ambiguïté à propos du fait et du droit. L'opposition entre la *Common law* et le *Civil law* ne porte pas sur l'existence ou non d'un contrôle des faits devant la cour d'appel ou la Cour de cassation. En *common law* c'est un contrôle de droit qui a lieu appelé *judicial review* (terme employé également comme équivalent de notre recours pour excès de pouvoir)⁴. C'est bien le jugement de première instance qui est contrôlé. Il est très rare même si ce n'est pas impossible qu'un témoin soit entendu en appel ou devant la Cour suprême (du Royaume-Uni ou des États-Unis). Il n'y a guère d'instruction menée devant la cour d'appel et encore moins devant la Cour suprême. Il s'agit comme en *Civil law* de contrôler l'appréciation et la qualification des faits. La différence est que le contrôle légal n'est pas fait de la même manière car les précédents constituent explicitement des normes. Il importe donc de savoir si les faits d'une affaire peuvent être ou non distingués des faits d'un précédent. La démarche est donc plus inductive ou plus analytique que déductive et synthétique, mais il s'agit bien d'un contrôle de droit. Dire que le contrôle en *Common law* est un contrôle d'équité est également inexact. Il ne faut pas confondre les tribunaux d'*equity* qui ont existé en *Common law* et ont été largement fusionnés avec les tribunaux de *Common law* au XIX^e et l'application de l'équité. La distinction *Common law* et *equity* n'a pas été reprise aux États-Unis. Il est vrai cependant que le juge de *common law* a davantage de marge de manœuvre que le juge de *Civil law* vis-à-vis d'une règle de droit issue d'une loi sauf si elle est d'ordre public. Le juge tient compte notamment d'éléments tirés de la morale, de l'économie ou de la sociologie. Il n'en reste pas moins que sa démarche n'est ni purement factuelle ni purement fondée sur l'équité. Il y a une recherche de cohérence d'ensemble comme en *Civil law*.

3 - Concernant le contrôle de la Cour de cassation, il est difficile pour un non-initié de savoir si, dans tel ou tel domaine, le contrôle est léger ou approfondi. Il s'agit d'une question de politique jurisprudentielle. On pourrait certainement rendre plus claire et plus connue l'intensité du contrôle menée par la Cour de cassation (notamment par un document synthétique constamment mis à jour).

Cependant, avec le principe de proportionnalité, il s'opère un changement d'échelle et probablement même de méthode juridique. Il ne s'agit plus d'approfondir la qualification d'une catégorie juridique comme celle de faute, car la proportionnalité ne fonctionne pas comme une catégorie juridique classique. Elle n'implique pas un travail classique de qualification, mais notamment une pesée d'avantages et d'inconvénients concernant l'utilisation de moyens pour atteindre une fin. Elle se rattache à une interprétation ou à un raisonnement par analogie car elle vise à comparer des rapports de droit existants et prétendus.

4 - On peut certes s'en sortir en disant qu'au fond la proportionnalité est un contrôle d'exception, un contrôle *a posteriori* comme l'est l'abus de droit ou la fraude. C'est comme cela que la proportionnalité a longtemps été présentée devant la CJUE selon la thèse récente de M. Marzal Yetano⁵. Une atteinte natio-

nale à une liberté de circulation est possible si elle n'est pas disproportionnée par rapport à cette liberté. Le principe est la libre circulation et l'exception, c'est-à-dire l'atteinte, est justifiée par sa proportionnalité.

Cette approche minimale de la proportionnalité ne rend pas compte de son ampleur. Elle joue parfois un rôle dans la mise en œuvre d'exceptions dans des mécanismes correcteurs, mais elle a pris une telle ampleur depuis quarante ans qu'elle a modifié ou est susceptible de modifier nos théories du droit sous-jacentes. Ce qui paraît certain est que la Cour de cassation doit évoluer en ce domaine, mais la manière dont elle doit évoluer n'est pas si évidente puisqu'il existe plusieurs approches possibles de la proportionnalité, une approche utilitariste ou fonctionnaliste et une approche en terme de valeur. Chacune de ces conceptions de la proportionnalité se subdivisent elles-mêmes en plusieurs courants.

5 - Il n'est dès lors pas inutile de s'interroger sur l'étymologie du terme de proportionnalité. On le voit aujourd'hui essentiellement comme impliquant un calcul. Or, depuis son origine il s'agit d'un terme qui oscille entre l'idée d'un calcul entre deux rapports et l'idée d'une comparaison sans calcul qui renvoie à la singularité des termes. Ainsi en vieux français, l'idée de calcul était absente et il s'agissait de rechercher une harmonie entre des choses. Le mot proportion a été forgé notamment par Cicéron pour traduire *analogon*, l'analogie entre deux choses. Le mot proportion a été forgé à partir de *pro ratione* traduisant *analogon* et pour le rendre plus intelligible on a ajouté *pro* devant, ce qui a donné *proportione* qui veut dire « à chacun sa part ». L'on retrouve la question du raisonnement par analogie derrière le principe de proportionnalité. Or, *logos* qui vient d'un mot qui veut dire cueillir, ramasser, a le double sens de calcul et de raison⁶. Dès le départ, la proportionnalité a ainsi le sens d'un calcul et d'une comparaison entre des choses singulières que l'on essaie de rapprocher.

6 - Il existe probablement une proportionnalité liée au contrôle de fondamentalité et des cas où la proportionnalité n'est pas liée à la fondamentalité comme en matière de cautionnement ou de protection des majeurs, etc. On peut tenter d'unifier tous les contrôles de proportionnalité ou bien se concentrer sur la proportionnalité en matière de droits fondamentaux. Une unification ne serait pas impossible, mais elle complique sans doute la réflexion pour le moment. Je me tiendrai donc à la proportionnalité dans le contrôle de fondamentalité. Cela ne signifie pas cependant que la Cour de cassation doit calquer son contrôle de la proportionnalité sur celui des cours et conseils spécialisés dans le contrôle de fondamentalité. La Cour de cassation qui contrôle des jugements rendus en dernier ressort peut et peut-être doit mettre en relation le contrôle de proportionnalité avec les rapports de droit privé en cause. Il convient, dans cette perspective, d'envisager la nécessité d'une évolution (1) et les critères du contrôle qui doivent être retenus (2).

4 V. A. J. Bullier, *La Common Law : Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2012, 3^e éd., spéc. chap. 6.*

5 A. Marzal Yetano, *La dynamique du principe de proportionnalité : Essai*

dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne : Thèses, Paris I, 2013.

6 A. Ernout et A. Meillet, *Dictionnaire étymologique de la langue latine : Klincksieck, 2001, 4^e éd.*

1. La nécessité d'une évolution

7 - Dans l'affaire *Henrioud contre France* jugée par la Cour EDH le 5 novembre 2015⁷, un pourvoi principal avait été déposé par le procureur général près la cour d'appel de Bordeaux à propos de l'enlèvement international d'enfants entre la France et la Suisse. Le pourvoi a été jugé irrecevable car la décision attaquée n'avait pas été signifiée dans les délais à l'intimé en application de l'ancien article 979 du Code de procédure civile. Le pourvoi provoqué déposé par l'ex-époux a été jugé irrecevable en conséquence de l'irrecevabilité du pourvoi principal et parce que l'époux n'avait pas non plus signifié la décision d'appel à son épouse. Le pourvoi provoqué est un pourvoi permettant de contester un aspect de la décision attaquée à condition que l'arrêt soit cassé à la suite du pourvoi principal.

Le requérant estime qu'il a été porté une atteinte disproportionnée à son droit au juge. Selon lui, l'ordonnance suisse interdisant à l'épouse de venir en France avec les enfants ne lui était pas parvenue. Elle avait procédé au déplacement des enfants. Par la suite, l'ordonnance a été révoquée en supposant l'acquiescement du mari alors qu'il n'avait en rien acquiescé au déménagement des enfants et qu'il partageait l'autorité parentale avec son ex-femme. Le procureur demanda à la Cour de cassation que la sanction de l'irrecevabilité ne soit pas appliquée. Compte tenu de la nature de l'affaire et de l'intérêt supérieur de l'enfant, il avait dû agir dans l'urgence. Le 1^{er} décembre 2010, la Cour de cassation a rendu un arrêt sous la forme d'un parfait syllogisme : « Vu l'article 979 (...) Attendu qu'à peine d'irrecevabilité du pourvoi prononcée d'office, doit être notamment remise au greffe, dans le délai du dépôt du mémoire, une copie de l'acte de signification doit être remis au greffe ; Attendu que le procureur s'est pourvu en cassation, que la copie de l'acte de signification n'a pas été déposée dans le délai prescrit, que le pourvoi provoqué ne comporte pas plus l'acte de signification de la décision attaquée déclare le pourvoi principal et le pourvoi provoqué irrecevable »⁸.

La Cour EDH note parmi les faits que le droit de visite du père est toujours bafoué et qu'il a obtenu plusieurs condamnations pénales de sa femme, mais qu'il ne peut plus voir ces enfants. Par ailleurs, l'article 979 du Code de procédure civile a été abrogé par le décret n° 2014-1338 du 6 novembre 2014 ayant réformé la procédure suivie devant la Cour de cassation et prévoit dorénavant une possibilité de régularisation. Une circulaire du 12 novembre 2014 avait expliqué que l'article 979 a été modifié pour éviter la sanction de l'irrecevabilité qui apparaît disproportionnée en cas de défaut de remise des pièces.

L'arrêt de la Cour de cassation n'a pas même fait référence à la proportionnalité pourtant invoquée, selon l'arrêt de la Cour EDH, par les deux pourvois.

La Cour EDH rappelle qu'elle n'a pas pour tâche de se substituer aux juridictions internes particulièrement pour l'interprétation des règles procédurales. Le droit au juge peut être limité et les États ont une marge d'appréciation, à condition qu'il ne soit pas porté atteinte à la substance même de l'arrêt. La Cour

EDH indique que les tribunaux doivent, en appliquant les règles de procédure, éviter un excès de formalisme ou une souplesse excessive.

La Cour EDH mène alors un raisonnement de proportionnalité : l'exigence de la signification vise un but légitime mais le requérant s'est vu imposer « une charge disproportionnée qui rompt le juste équilibre entre d'une part, le souci légitime d'assurer le respect des conditions formelles pour saisir les juridictions et d'autre part le droit d'accès au juge (...) » « dans le contexte d'une procédure de retour d'enfants » susceptibles d'avoir des conséquences graves et délicates pour les personnes concernées ». Il est donc porté atteinte à l'article 6, § 1 de la Convention EDH et la France est condamnée. La Cour EDH a en quelque sorte cassé l'arrêt de la Cour de cassation en appliquant le principe de proportionnalité qui n'avait pas été appliqué. La motivation de la Cour EDH n'est pas très longue ni très approfondie sur la disproportion, mais les faits de l'espèce sont pris en compte. On aurait apprécié que la Cour EDH utilise des critères plus nettement mis en lumière. Il est à noter que le principe de proportionnalité n'est pas mentionné expressément et de manière générale dans la Convention EDH, il prend plusieurs formes (il est notamment une condition d'atteinte au droit au juge).

8 - Il ne fait donc pas de doute que l'absence de contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation expose la France à des condamnations par la Cour EDH et la CJUE⁹ et la prive de sa marge d'appréciation. Pour la CJUE, le juge national seul est compétent pour apprécier la proportionnalité de l'atteinte à l'égalité de traitement en usant largement de sa marge d'appréciation, une simple affirmation générale ne serait pas suffisante¹⁰. Il semble que la Cour de cassation depuis son arrêt de 2010 ait davantage mis en œuvre le principe de proportionnalité. On connaît l'arrêt de 2013 sur le mariage incestueux (*V. infra n° 16*). Pour autant, est-ce que le contrôle de proportionnalité effectué dorénavant par les chambres de la Cour de cassation est suffisant ?

À plusieurs reprises, la deuxième chambre civile a été confrontée aux mêmes faits : un plaideur et son avocat ont laissé passer le délai de trois mois de l'article 908 du Code de procédure civile pour déposer leurs conclusions et leur déclaration a été jugée d'office caduque. Plusieurs pourvois ont été tentés pour remettre en cause la sévérité d'une telle décision notamment en se fondant sur une atteinte au droit au juge. L'article 6 de la Convention EDH a été invoqué mais aussi plus récemment, dans un arrêt du 15 octobre, l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux. Un arrêt du 24 septembre 2015 de la Cour de cassation¹¹ indique ainsi : « Et attendu que la caducité de la déclaration d'appel résultant de ce que ces conclusions n'ont pas été remises au greffe dans le délai imparti par la loi ne constitue pas une sanction disproportionnée au but poursuivi, qui est d'assurer la célérité et l'efficacité de la procédure d'appel, et n'est pas contraire aux exigences de l'article 6, § 1, de la Convention

7 CEDH, 5 nov. 2015, n° 21444/11 : *JurisData* n° 2015-024260 ; *JCP G* 2015, act. 1333, obs. A. Gouttenoire. Je remercie M^e Poupet de m'avoir fait connaître cette décision.

8 Cass. 1^{re} civ., 1^{re} déc. 2010, n° 09-14.185, inédit.

9 CJUE, 5 mars 2009, aff. C-388/07, *Age Concern England* : *JurisData* n° 2009-005532.

10 V. une application *Cass. soc.*, 31 mars 2015, n° 13-18.667, préc. et avant cela *Cass. soc.*, 26 nov. 2013, n° 12-24.690 : *JurisData* n° 2013-027204. - *Cass. soc.*, 10 juill. 2013, n° 12-19.740 : *JurisData* n° 2013-014450.

11 *Cass. 2^e civ.*, 24 sept. 2015, n° 13-28.017, P+B : *JurisData* n° 2015-021092 ; *JCP G* 2015, 1278, N. Fricero.



Emmanuel Jeuland

de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

Le « et » ouvrant la fin de la phrase « et n'est pas contraire aux exigences de l'article 6 », laisse penser que le principe de proportionnalité est autonome par rapport à la Convention. Il y a donc bien un principe général de proportionnalité s'appliquant dans le contrôle du droit au juge. On peut se demander cependant s'il ne faudrait pas une méthodologie plus explicite et donc plus prévisible même si elle est peut-être un peu inatteignable en matière de balance des intérêts. La jurisprudence de la Cour EDH elle-même n'est pas toujours claire sur le principe de proportionnalité. Il semble possible de dégager des critères qu'il faudrait mettre en œuvre expressément pour conserver sa marge d'appréciation qui consiste justement pour le juge interne à être le mieux placé pour apprécier la proportionnalité d'une situation.

Sur le fondement de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux, la Cour de cassation, le 15 octobre 2015¹², a jugé : « Mais attendu qu'ayant relevé que M. X, qui avait interjeté appel du jugement le 7 mai 2013, n'avait fait signifier ses conclusions que le 30 août 2013 à la société AG2^R, et exactement retenu que les dispositions de l'article 908 du code de procédure civile, d'où il résulte qu'à peine de caducité de la déclaration d'appel, relevée d'office, l'appelant dispose d'un délai de trois mois à compter de la déclaration d'appel pour conclure, n'apportent pas une restriction disproportionnée à l'accès effectif à une juridiction et ne sont contraires ni à l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ni à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dès lors qu'elles laissent à l'appelant un délai rai-

¹² Cass. 2^e civ., 15 oct. 2015, n° 14-17.792, inédit : *JurisData* n° 2015-022882.

sonnable pour conclure, c'est à bon droit que la cour d'appel a prononcé la caducité de l'appel ».

Autrement dit, la caducité n'est pas une sanction disproportionnée car l'appelant dispose d'un délai raisonnable. La motivation est brève et plutôt affirmative que démonstrative. C'est un contrôle léger de la proportionnalité. En eux-mêmes, ces arrêts ont leur solidité, leur raison d'être et forment une ligne de jurisprudence depuis au moins un an. On peut regretter l'opportunité de la solution, mais pas la cohérence juridique. Ces arrêts sont orthodoxes par rapport au contrôle de la proportionnalité en général devant la Cour de cassation. On peut néanmoins considérer que la solution est plus péremptoire que convaincante et pédagogique, ce qui pose un problème de motivation. L'avantage de cette approche est qu'elle s'inscrit facilement dans le contrôle normatif habituel de la Cour de cassation.

9 - Cependant, on peut craindre que ce ne soit pas suffisant au regard de la jurisprudence de la Cour EDH voire de la CJUE. Si on compare par ailleurs le contrôle que fait la Cour de cassation avec le contrôle de proportionnalité du Conseil constitutionnel ou du Conseil d'État, il y a là encore une faiblesse de la Cour de cassation. Toutes ces cours mènent un contrôle de proportionnalité plus approfondi que celui de la Cour de cassation et dès lors le motive davantage.

En tous les cas, la Cour de cassation ne peut plus faire l'impasse sur le contrôle de proportionnalité. Le simple fait d'affirmer que le moyen n'est pas disproportionné n'est pas conforme au contrôle de la proportionnalité mené par la Cour EDH. Il en ira probablement de même de la CJUE à chaque fois que le droit de l'Union sera mis en cause de près voire peut-être même d'assez loin dans certains cas.

Comment améliorer le contrôle de proportionnalité ?

2. Les critères du contrôle de proportionnalité

10 - Pour éviter que la Cour EDH ne contrôle la proportionnalité à sa place, la Cour de cassation doit s'en emparer et profiter de la marge d'appréciation reconnue aux juges nationaux.

Il faut reconnaître que l'arrêt *Henrioud* de la Cour EDH n'est pas limpide à propos des critères qu'il utilise. Il est, en une seule phrase, noté qu'un équilibre a été rompu entre les formes nécessaires et le droit au juge. Il n'est pas certain que la Cour EDH soit un modèle à suivre en matière d'application de la proportionnalité.

On peut dès lors être tenté de mettre en œuvre les critères dégagés par la CJUE issus notamment de la jurisprudence allemande. Ces trois critères ont d'ailleurs été repris par le Conseil constitutionnel dans son arrêt sur la rétention de sûreté du 21 février 2008¹³. Il s'agit de l'adéquation du moyen, de sa nécessité et de la proportionnalité *stricto sensu* donc de la pesée des intérêts en présence, ou balance des intérêts. La chambre sociale en fait déjà application à propos de l'égalité de traitement car elle doit mettre en œuvre les critères de la directive.

¹³ *Cons. const.*, 21 févr. 2008, n° 2008-562 DC : *JurisData* n° 2008-010653 ; *JCP G* 2008, II, 10077, note J.-Ph. Feldman ; *JCP G* 2008, act. 166, *Aperçu rapide* B. Mathieu.

11 - Dans l'affaire *Henrioud*, il aurait donc fallu s'assurer que le moyen était approprié. La signification de l'arrêt attaqué à l'autre partie est appropriée car il permet à l'autre partie de préparer sa défense. De même, l'irrecevabilité du pourvoi provoqué est appropriée parce qu'il est dépendant du pourvoi principal. Imposer à la partie qui forme le pourvoi provoqué de suppléer le parquet qui a formé le pourvoi principal en signifiant la décision attaquée paraît en revanche assez compliqué et peu clair. La suppression de la règle par un décret récent montre, d'ailleurs, que l'adéquation entre le but recherché et le moyen n'était pas réalisée.

La nécessité non plus n'est pas établie car, l'évolution de l'article 979 du Code de procédure civile l'a montré, il est possible de faire autrement en procédant à une régularisation.

La pesée des intérêts en présence, c'est-à-dire des avantages et inconvénients, montre un déséquilibre entre le formalisme et le droit au juge car il existe potentiellement des conséquences très graves pour les enfants et les parents dans cette affaire.

Ces trois critères ne sont pas nécessairement appliqués par le Conseil d'État qui fait plutôt une balance d'intérêts ou par le Conseil constitutionnel qui cite dans la décision précitée ces trois critères mais n'en applique qu'un ou deux à la fois. Pour évaluer ces critères il convient aussi de se référer à leur origine théorique.

12 - Dans la théorie allemande, il s'agissait de mettre en place un garde-fou à la toute-puissance de l'État vis-à-vis des administrés. Il s'agissait de s'assurer que la mesure administrative était appropriée, nécessaire (il n'existait pas de mesure alternative plus souple) et avantageuse afin de défendre les droits des justiciables. Se développe également au début du XXe siècle, en même temps que l'invention de ce contrôle de proportionnalité par les publicistes, la jurisprudence des intérêts. Le mot jurisprudence ici est à comprendre dans son ancien sens de théorie du droit. Elle signifie que l'on doit interpréter une loi en fonction des intérêts recherchés par une loi donc ses buts (*Heck* en Allemagne, *Pound* aux États-Unis). Cette approche est souvent jugée contestable en théorie du droit car elle ne prend pas suffisamment en compte les valeurs en cause et place tous les intérêts sur un même pied d'égalité. Elle est fonctionnaliste dans la mesure où elle recherche le meilleur fonctionnement de la société à l'aide de droit. Elle fait du droit un instrument au service de différentes fins. Il faudrait plutôt prendre en considération une jurisprudence des valeurs distinguant les règles et les principes. Le contrôle de proportionnalité conduirait alors à opposer des valeurs entre elles ce qui paraît tout aussi délicat. On voit ainsi que, derrière le principe de proportionnalité, se profilent différentes théories du droit.

Le principe de proportionnalité a aussi une origine en *Common law*. Il semble que toutes les traditions cherchent à s'approprier l'origine du principe. Les auteurs allemands affirment qu'il provient de la jurisprudence des intérêts, les français de la jurisprudence du Conseil d'État et de la CJUE, les américains et les anglais, des utilitaristes. Il faut néanmoins noter que le principe de proportionnalité a suscité des réticences chez les juges anglais qui ne voulaient pas trop se lier les mains avec un tel principe, notamment quant à l'application de la liberté d'expression. La Cour EDH a condamné le Royaume-Uni sur le terrain de la proportionnalité et les juges anglais ont tardé à s'approprier ce contrôle.

13 - Il émerge pourtant progressivement un principe de proportionnalité spécifique en *Common law* qui est un principe utilitariste et même quasi économique. Il s'agit de s'assurer qu'une mesure est efficace et efficiente d'un point de vue économique. Si une mesure est trop coûteuse elle sera écartée car elle ne maximisera pas le plaisir au sens de *Bentham*. Ce principe de proportionnalité émerge particulièrement en procédure. Les principes de la procédure anglaise issus de la réforme *Woolf* indiquent qu'une mesure procédurale ne sera prise que si elle est proportionnée aux sommes en jeu¹⁴. Le code de procédure québécois a intégré un tel principe de proportionnalité¹⁵. Un article récent de deux auteurs brésiliens défend l'utilisation de ce principe pour une bonne administration de la justice dans toute procédure¹⁶. Il semble qu'historiquement le principe de proportionnalité en *Common law* ait une autre fonction qu'en *Civil law*. Il sert à faire barrage à l'invocation excessive des droits à l'encontre des décisions d'un État prétendument plus faible que dans les pays de *Civil law* (en tous les cas pour les États-Unis).

14 - Si l'on met en œuvre cette approche de la proportionnalité dans l'affaire du non-respect des délais de l'article 908 du Code de procédure civile, on peut noter avec la deuxième chambre civile que le but de célérité et d'efficacité justifie la caducité de la déclaration d'appel quand les délais sont dépassés. Il y a là une approche utilitariste du principe de proportionnalité induit par le décret *Magendie* n° 2009-1524 du 9 décembre 2009. Si l'on mettait en œuvre le critère de proportionnalité au sens strict, on verrait cependant qu'il y a plus de désavantages à la caducité dans les cours où le délai d'audiencement dépasse six mois. On exige des parties de respecter des délais brefs de trois et deux mois, mais ensuite elles doivent dans ces cours attendre plus de six mois une date d'audience. Le but de célérité n'est pas atteint et la situation paraît déséquilibrée. Cependant cela dépend des cours d'appel et il serait peut-être risqué de faire des différences entre les cours d'appel, *in concreto*. Qui ferait d'ailleurs cette étude des délais d'audiencement ? L'étude d'impact du parquet serait alors intégrée à la balance des avantages et des inconvénients de la mesure. On pourrait peut-être faire pencher la balance des avantages et des inconvénients en faveur du décret *Magendie*, en concluant qu'il assure une unité de délais en France et donc une égalité entre les plaideurs. L'approche utilitariste est également pragmatique en ce sens qu'elle invite à prendre en compte les

effets des mesures envisagées. Le conséquentialisme est quasiment un synonyme de pragmatisme.

15 - L'approche utilitariste et fonctionnaliste du principe de proportionnalité me paraît atteindre ici ses limites. Il se peut d'ailleurs qu'en liant réforme du contrôle de la Cour de cassation et réforme du filtrage, le projet de réforme obéisse sans le savoir à un principe de proportionnalité procédural ou utilitariste. Si l'on approfondit le contrôle de proportionnalité, il risque d'y avoir un afflux d'affaires, il faut donc d'emblée limiter le nombre d'affaires. La proportionnalité procédurale serait alors un principe managérial de la troisième génération avec l'efficacité, la qualité, la célérité et peut-être même la loyauté car le management s'est toujours beaucoup fondé sur l'éthique et l'autodiscipline des acteurs¹⁷.

L'approche fonctionnaliste ou utilitariste qui instrumentalise le droit me paraît critiquable car les valeurs sont toutes aplaties au profit de l'efficacité. L'approche en terme de valeur est sans doute plus convaincante, mais elle paraît difficile à manier. Comment affirmer que telle ou telle valeur l'emporte sur telle autre ? Cette pesée des valeurs revient peut-être aux cours spécialisées telles que la Cour EDH ou le Conseil constitutionnel. Néanmoins, le contrôle de la Cour de cassation ne se limite pas à un contrôle de fondamentalité, il est lié au contrôle de normativité.

16 - Dans l'affaire *Henrioud*, il est intéressant de constater qu'il n'y a pas eu de condamnation de la France au fond. Le juge français pouvait bien considérer que le mari avait acquiescé à la révocation de l'ordonnance suisse de retour car il n'avait pas fait de recours. Du moins c'est comme cela que la cour de Bordeaux a justifié sa décision. Il se trouve que le requérant avait fait un recours en Suisse mais n'en avait pas informé la cour de Bordeaux. La cour de Bordeaux n'a donc pas porté atteinte à l'article 8 de la Convention EDH en considérant que l'ordonnance de retour des enfants n'était pas applicable. La France est condamnée à 12 000 euros de satisfaction équitable en raison de la seule atteinte au droit au juge.

Il se trouve, en l'espèce, qu'il est montré que les enfants sont bien intégrés en France et que tout laisse à penser que le mari avait acquiescé au déplacement. Ce qui est pris ici en compte ce sont les rapports de droit en présence. Il y aurait donc peut-être un quatrième critère sous-jacent à l'application de la proportionnalité. Le principe de proportionnalité conduit à comparer les rapports familiaux existants *in concreto* : les enfants vivant à Bordeaux bien intégrés et les rapports familiaux qui auraient existé si le mari avait obtenu gain de cause. Les enfants auraient dû alors retourner en Suisse ; les rapports familiaux et sociaux auraient été complètement bousculés.

Il me semble qu'une telle comparaison a également été implicitement employée dans l'affaire du mariage incestueux de la Cour de cassation en 2013¹⁸. Elle a opéré une comparaison entre un mariage ayant uni un beau-père et sa bru pendant 18 ans et

14 *Civil Procedure Rules, Overriding objectives du CPR 1.1*, « (1) These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly and at proportionate cost. (2) Dealing with a case justly and at proportionate cost includes, so far as is practicable - a) ensuring that the parties are on an equal footing ; (b) saving expense ; (c) dealing with the case in ways which are proportionate - (i) to the amount of money involved ; (ii) to the importance of the case ;(iii) to the complexity of the issues ; and (iv) to the financial position of each party ;(d) ensuring that it is dealt with expeditiously and fairly ; (e) allotting to it an appropriate share of the court's resources, while taking into account the need to allot resources to other cases ».

15 4.2. « Dans toute instance, les parties doivent s'assurer que les actes de procédure choisis sont, eu égard aux coûts et au temps exigés, proportionnés à la nature et à la finalité de la demande et à la complexité du litige ; le juge doit faire de même à l'égard des actes de procédure qu'il autorise ou ordonne ».

16 S. Cruz Arenhart et G. Osna, *Complexity, Proportionality and the 'Pan-Procedural approach'* : Some Bases of Contemporary Civil Litigation : *International Journal of Procedural Law*, 2014, 2, p. 178 ; Une thèse est en cours sur la proportionnalité procédurale en cotutelle entre Paris 1 et Montréal, par M. Guilmain.

17 V. E. Vergès, *Introduction*, in L. Flise et E. Jeuland (ss dir.), *Les principes essentiels du procès à l'épreuve des réformes récentes du droit judiciaire privé* : éd. IRJS, 2014.

18 *Cass. 1^{re} civ.*, 4 déc. 2013, n° 12-26.066 : *JurisData* n° 2013-027409 ; *JCP G* 2014, 93, M. Lamarche.

le retour à la situation initiale d'un rapport entre un beau-père et sa bru dont le mari est décédé. Plutôt que de comparer les valeurs, il peut être préférable de comparer le rapport de droit existant avec le rapport de droit qui résulterait de l'application d'une mesure ou d'un moyen. On retombe de manière curieuse mais non illogique sur un raisonnement par analogie¹⁹ : un mariage incestueux ayant duré 18 ans est analogue à un mariage et pour l'affaire *Henrioud*, un état des relations familiales auquel paraît avoir acquiescé le père est analogue à un établissement légal des relations familiales en France quand bien même un excès de formalisme a été commis. Il a existé une forme de possession d'état du mariage et le principe de sécurité des rapports juridiques issus de la jurisprudence de la Cour EDH est respecté²⁰.

17 - Dans les affaires concernant l'article 908 du Code de procédure civile et donc l'application du décret *Magendie*, il conviendrait de comparer les rapports générés par ce décret et les rapports qui existeraient sans ce décret. Imaginons un plaideur condamné par un TGI à une prestation compensatoire très élevée et à l'exécution provisoire qu'il n'a pu faire arrêter, qu'il fasse appel mais laisse passer le délai de trois mois de quelques jours. Il n'aurait aucun moyen de remettre en cause le jugement. Il pourrait se retrouver dans une situation matérielle impossible sans avoir pu se défendre. Si un mécanisme de dérogation exceptionnelle et de régularisation existait, il pourrait se défendre et l'objectif de célérité serait pourtant atteint. Il se peut cependant que ce ne soit pas à la Cour de cassation d'opérer une telle évolution mais au pouvoir exécutif.

18 - Si les quatre conditions retenues sont réunies, la solution peut être prévisible autant que pour une règle de droit. Il s'agirait d'une sorte de test de proportionnalité. Il suppose une appréciation des faits constants, mais pas une nouvelle instruction. La relation entre principe de proportionnalité et augmentation du nombre de pourvoi ne me paraît pas évidente s'il faut remplir toutes ces conditions.

19 - En conclusion, la Cour de cassation devrait opérer un contrôle approfondi de la proportionnalité lorsque la fondamentalité est en jeu, ce qui n'est pas le cas dans toutes les affaires. Une référence sans fondement à un principe fondamental pourrait donner lieu à un filtrage dans une chambre spécialisée que l'on créerait dans les cours d'appel ou dans un circuit court devant la Cour de cassation. Il faudrait prévoir des critères précis qui conviennent au travail du juge de cassation qui n'est pas seulement un juge de la fondamentalité. Pour cela les trois critères existant plus ou moins clairement devant la CJUE, la Cour EDH ou le Conseil constitutionnel ne seraient peut-être pas encore satisfaisants. La marge d'appréciation permet sans aucun doute d'ajouter un critère. La Cour de cassation étant saisie de rapports de droit privé, il conviendrait de procéder en guise de quatrième cri-

tère à une comparaison entre les rapports existants et les rapports qui existeraient si la mesure en jeu était prise, par exemple la nullité du mariage, la caducité de la déclaration d'appel ou l'irrecevabilité du pourvoi. Certes, cette comparaison implique de prendre en compte des valeurs, mais il s'agirait surtout d'apprécier quel rapport est le plus durable, équilibré et satisfaisant, en somme de se conformer au principe de sécurité des rapports juridiques.

20 - Cette approche serait associée à une théorie du droit qui existe dans toutes les traditions juridiques, mais souvent de manière assez discrète, il s'agit du relationnisme ou de l'interactionnisme²¹. Selon cette théorie qui était défendue notamment par Savigny, par Gény ou plus récemment par Villey, l'idée est que la notion première en droit n'est pas la norme, le principe, ou le droit de l'homme mais le rapport de droit. Retenir un contrôle de proportionnalité plus flou fondé essentiellement sur les conséquences et l'utilité laisserait en revanche une marge de manœuvre au juge presque sans limite qui pourrait être destructeur des rapports de droit. Il s'opérerait une atomisation des rapports humains qui seraient examinés un par un en fonction de leur contexte et de l'équité. Or, le rapport de droit est fondamental en ce qu'il est le lieu de création, d'interprétation et de mise en œuvre de la règle. La règle doit être la même pour tous les rapports de droit similaires afin d'assurer non seulement une égalité mais aussi une cohésion entre tous les rapports de droit, ce qui n'est rien d'autre qu'une cohésion sociale. Il est reproché généralement au principe de proportionnalité de générer une insécurité juridique, il s'agirait avec la condition de sécurité des rapports juridiques de prendre le contrepied de cette crainte.

La Cour de cassation mènerait conjointement un contrôle de normativité et un contrôle de fondamentalité impliquant le test de proportionnalité. Il apparaît en fin de compte que l'évolution du contrôle de la Cour de cassation pourrait aussi conduire à une évolution de la doctrine privatiste. Elle ne servirait plus seulement à garantir et à vérifier que la loi a bien été appliquée par la jurisprudence, elle devra élargir son commentaire aux avantages et inconvénients sociaux, sociétaux et économiques. Elle devra accepter de sortir quelque peu des constructions dogmatiques qui font sa force et commenter et étudier les conséquences des décisions de la Cour de cassation. Elle a aussi à maintenir un effort de conceptualisation pour tenter de rendre compte de l'évolution du contrôle notamment, me semble-t-il, en contribuant à l'élaboration d'une doctrine de la proportionnalité propre à la Cour de cassation. La conférence du 24 novembre 2015 visait à savoir ce que pense la doctrine de la réforme de la Cour de cassation, il se peut en fin de compte que la réforme du contrôle à la Cour de cassation conduise à une évolution de la doctrine. ■

¹⁹ Longtemps critiqué mais réhabilité, V. not. M.-L. Mathieu, *Logique et raisonnement juridique* : PUF, coll. *Themis*, 2015, p.417 et s.

²⁰ Je dois la remarque sur la possession d'état à Ph. Théry. Concernant le principe de sécurité des rapports juridiques V. CEDH, 20 oct. 2011, n°13279/05, *Nedjet Sahin et Periban Sahin c/ Turquie*.

²¹ V. E. Jeuland et S. Messaï-Bahri (ss dir.), *Les nouveaux rapports de droit* : éd. IRJS, 2013. - Ainsi que nos articles : *La théorie relationnaliste du droit à l'épreuve de la mondialisation de la justice*, in J.-Y. Chérot et B. Frydman (ss dir.), *La science du droit dans la globalisation* : éd. Bruylant, coll. *Penser le droit*, 2012 ; E. Jeuland, *L'école relationnaliste du droit, la nouveauté ?* : *Archives de philosophie du droit*, 2011, t. 54, pp. 373-387.

7 Observations sur le contrôle de proportionnalité



Denys de Béchillon,
professeur des universités (Pau droit public),
membre du Club des juristes

M. le Premier président, M. le procureur général, chers amis, permettez-moi de tenir devant vous un propos nuancé pour évoquer cette question du contrôle de proportionnalité.

1 - Considérez-moi s'il vous plaît comme un ami de cette exigence. Le principe d'un contrôle de proportionnalité fait vivre l'idée d'une conciliation équilibrée entre des droits et/ou des intérêts différents. Or j'y vois un signe éminent de civilisation juridique.

a) J'ai souvent eu l'occasion de dire que l'une des plus grandes richesses de notre bloc de constitutionnalité réside en ceci qu'il s'est composé comme un feuilletage. On fait tenir ensemble des droits et des libertés dont l'inspiration historique et la ligne idéologique sont hétérogènes, et on ne les hiérarchise pas pour autant. Comme l'avait très bien dit le doyen Vedel - et comme le Conseil constitutionnel l'a jugé dans sa décision relative aux nationalisations de 1982 - le peuple français a réaffirmé, en 1958, son adhésion indistincte à la Déclaration (très libérale) de 1789 et aux principes (très sociaux) du Préambule de 1946. Il s'ensuit qu'aucune de ces normes ne prime en valeur juridique ni ne prévaut par sa plus grande proximité temporelle : notre adhésion d'ensemble a été réactualisée et continue d'ailleurs de l'être à chaque révision de la Constitution tant que l'on n'y change rien.

Il s'ensuit qu'une nécessité absolue commande d'opérer un compromis permanent entre les droits ainsi proclamés. Il doit y avoir droit de grève et continuité du service public, liberté de nationaliser et protection du droit de propriété. C'est cet impératif de conciliation proportionnée qui assure la neutralité idéologique de notre Constitution, c'est-à-dire, à la fois, sa capacité à rendre possible l'alternance politique et son aptitude à faire vivre ensemble des sujets dont les opinions et les intérêts sont opposés.

b) La notion de proportionnalité fait également vivre une valeur de relativisme à mes yeux très précieuse. Elle écarte notamment le fantasme de la vérité en matière juridique. S'il faut aménager une conciliation proportionnée des droits,

c'est que personne n'a absolument raison *a priori* et en tout cas par principe. Or il y a là une idée nécessaire pour se doter d'une philosophie à peu près saine - c'est-à-dire réaliste - de l'interprétation juridique et pour se protéger de toute forme d'intégrisme dans le jugement. Derrière la proportionnalité, il y a le doute et, par-là-même le souci de reconnaître la possibilité intrinsèque d'intérêts antagonistes et cependant légitimes. Bref, nous détenons là l'un des meilleurs antidotes contre ce qu'il peut y avoir de pire dans le rapport que certains juges peuvent entretenir à la loi.

c) Pour autant, je ne crois pas du tout que l'exigence de proportionnalité condamne à la mollesse et prohibe l'usage du fer. Un exemple parfait vient de nous en être donné par la Cour EDH dans sa décision d'irrecevabilité rendue ces jours-ci contre Dieudonné¹. Il y est (remarquablement) écrit :

« 40. En outre, la Cour souligne que si l'article 17 de la Convention a en principe été jusqu'à présent appliqué à des propos explicites et directs, qui ne nécessitent aucune interprétation, elle est convaincue qu'une prise de position haineuse et antisémite caractérisée, travestie sous l'apparence d'une production artistique, est aussi dangereuse qu'une attaque frontale et abrupte (V. égal., mutatis mutandis, Marais, préc., pour le recours à une démonstration prétendument technique). Elle ne mérite donc pas la protection de l'article 10 de la Convention.

« 41. Partant, dès lors que les faits litigieux, tant dans leur contenu que dans leur tonalité générale, et donc dans leur but, ont un caractère négationniste et antisémite marqué, la Cour considère que le requérant tente de détourner l'article 10 de sa vocation en utilisant son droit à la liberté d'expression à des fins contraires au texte et à l'esprit de la Convention et qui, si elles étaient admises, contribueraient à la destruction des droits et libertés garantis par la Convention (V. not., mutatis mutandis, les décisions Marais, Garaudy, et Witzsch préc.).

« 42. En conséquence, la Cour estime qu'en vertu de l'article 17 de la Convention, le requérant ne peut bénéficier de la protection de l'article 10. Il s'ensuit que la requête doit être rejetée comme étant incompatible *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention, conformément à l'article 35 §§ 3 a) et 4 ».

On a déjà vu moins radical et plus mal armé. La pratique habituelle du contrôle de proportionnalité ne condamne donc pas à l'impuissance. J'aurais même tendance à penser

1 CEDH, 10 nov. 2015, n° 25239/13, *M'Bala M'Bala c/ France* : *Juris-Data* n° 2015-024678 ; *JCP G* 2015, 1405, H. Surrel.



Denys de Béchillon

qu'elle raffermirait plutôt les décisions tranchantes lorsqu'il faut les prendre.

Vous le voyez, je n'ai vraiment rien en soi contre l'existence d'un contrôle de proportionnalité. Il s'en faut même de beaucoup.

2 - Il n'en reste pas moins que je suis et reste circonspect - pour ne pas dire franchement inquiet - lorsque je songe à certains emplois qui pourraient être faits de ce concept. Le maniement des mots « contrôle de proportionnalité » est parfaitement susceptible, si l'on n'y prend garde, de véhiculer des conséquences toxiques pour notre système juridique. Raison pour laquelle je souhaiterais en quelques mots nous inviter à prendre un peu de distance.

a) Primo, je ne suis pas persuadé que la référence au contrôle de proportionnalité soit constitutive d'un véritable changement de

paradigme. Déjà parce que ce type de contrôle - en tout cas tel qu'exercé par la CEDH, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État - reste confiné dans un espace relativement restreint. Il ne concerne que des hypothèses de violation des droits fondamentaux maniés comme normes de référence par ces juridictions (Convention européenne, Préambule de la Constitution...). Ensuite parce qu'il s'applique surtout lorsque plusieurs des droits construits par ces normes trouvent à s'appliquer ensemble et de manière disharmonieuse, d'où la nécessité de rechercher entre eux ce compromis véritable, c'est-à-dire proportionné, sans lequel l'un d'eux se trouverait indûment saccagé. Enfin parce que, qu'on le veuille ou non, les discordances d'intérêts qui se trouvent ainsi traitées ne sont rien d'autre que le résultat du conflit des normes qui ont rendu ces intérêts légitimes à part égale et que, pour un kelsenien comme votre serviteur, il n'y a là rien de nouveau sous le soleil d'un État de droit moderne.

Au demeurant, si je me laissais aller, je crois que je pourrais à peu de choses près lire l'affaire du mariage incestueux comme un cas assez banal de censure d'une loi inconstitutionnelle en raison des limites qu'elle n'a pas fixées à sa propre application, mais c'est une autre histoire, et je ne suis qu'un publiciste égaré en terre lointaine...

Quoi qu'il en soit, je comprends en quoi et pourquoi les observateurs sont aujourd'hui rendus plus sensibles à ce genre de problématique, mais je persiste à ne pas y voir la matière d'une révolution, a fortiori paradigmatique.

b) Secundo, je ne sache pas, sauf erreur, que la Cour de Strasbourg ait jamais condamné en son principe le mode de raisonnement habituel de la Cour de cassation, ni même l'écriture de ses arrêts (on y reviendra tout à l'heure). Ce qui est (seulement) prescrit, me semble-t-il, c'est l'obligation faite au juge de ne pas se voiler la face en présence d'une atteinte disproportionnée portée à l'un des droits protégés par la Convention, et de rendre expressément raison - d'une manière ou d'une autre - de la résolution de son trouble. Rien de moins, certes, mais rien de plus.

c) Tertio, je redoute qu'une régression profonde se profile à l'horizon si l'on ne prend pas suffisamment garde à conserver ses justes limites à l'invocation de ce « nouveau » contrôle et des prétendus bouleversements structurels qu'il charrierait de plano. Entendons-nous bien : ce que j'avance ici n'a pas trait à un (ou plusieurs) vice(s) que je prêterais au contrôle de proportionnalité lui-même, mais bien (et bien seulement) à la rhétorique qui peut l'accompagner et aux conséquences qui menacent de s'ensuivre.

Le danger est que le destin du principe de proportionnalité soit de connaître le sort de ces mots-valises à qui l'on fait - volontairement ou pas - dire tout et n'importe quoi parce que leur indétermination y prête en même temps que leur allure vertueuse. « Ordre public immatériel », « dignité de la personne

humaine », « ordre symbolique », « catégories anthropologiques fondamentales »... J'en passe. Ils connaissent tous la même histoire : celle d'une notion sans contenu suffisamment précis ou - ce qui revient au même - surchargée de tous les contenu que l'on veut y mettre, et dont il se vérifie un jour ou l'autre qu'elle est utilisée comme un talisman ou comme une permission générale pour s'autoriser à dire ou à faire ce que l'on n'est pas réputé pouvoir...

Le propre de phénomène est le plus souvent de ne pas apparaître aux yeux de ceux qui s'en font les vecteurs. Mon propos n'est donc pas de porter accusation contre qui ou quoi que ce soit. Le fait est qu'il existe un risque - objectif - si l'on n'y prend garde, de voir l'invocation du principe de proportionnalité se commuer en investiture que le juge se donnerait à lui-même pour juger en équité ou peu s'en faut. Il est donc vital de garder à l'esprit que son office n'est pas celui-là dans un système - moderne - tout entier construit sur le principe d'une habilitation à juger en droit et pas autrement.

La rhétorique du changement induit par le contrôle de proportionnalité ne peut pas - ne doit pas - servir à alimenter l'idée selon laquelle le juge serait tout à coup rendu légitime à

sortir de lui-même, autorisé par on ne sait quelle norme transcendante à se placer au-dessus du droit et à donner libre cours, en conscience, à sa plus pure subjectivité.

Pour le dire autrement, le développement du contrôle de proportionnalité n'est et ne sera constitutif d'un progrès que dans la stricte mesure où il ne sera jamais confondu avec le droit naturel. S'il s'amalgame un jour avec l'appréciation en équité, il se sera montré l'instrument d'une régression majeure dans l'histoire de l'État de droit. Ce risque, au demeurant, n'est pas le plus difficile à conjurer : il suffit de le garder très présent à l'esprit de la manière la plus loyale et de souhaiter par là s'en prémunir sérieusement.

C'est à cet exercice d'ascèse que je souhaitais seulement nous inviter. ■

« Le développement du contrôle de proportionnalité n'est et ne sera constitutif d'un progrès que dans la stricte mesure où il ne sera jamais confondu avec le droit naturel. »

8 Pour un meilleur accès à la portée normative des arrêts de la Cour de cassation

Nouvelle manière de motiver, nouvelle manière de rédiger et de communiquer ?



Natalie Fricero,
professeur à l'université de Nice,
directeur de l'Institut d'études judiciaires

La Cour de cassation est confrontée à un nouveau défi : la démocratisation de la compréhension de la portée normative de ses arrêts. Pour y répondre, elle devra accroître l'autorité argumentative interne de ses décisions par une motivation enrichie et améliorer la diffusion de compléments argumentatifs externes, tels les rapports des conseillers-rapporteurs et les avis du Parquet. Ces réformes reposent sur un juste équilibre entre la demande collective de transparence et les conditions de travail des magistrats : des tests permettront d'en préciser la faisabilité.

1 - La portée normative¹ des arrêts de la Cour de cassation ne peut pleinement jouer son rôle que si elle est parfaitement comprise par ceux auxquels elle s'adresse (magistrats, professionnels du droit, avocats, huissiers de justice, notaires, communauté des juristes, professeurs, justiciables, sans oublier les Cours suprêmes étrangères, comme la Cour européenne des droits de l'homme, amenée à contrôler la conformité de la mise en œuvre des règles européennes par les juges nationaux). La pratique révèle que les attentes de la communauté des juristes à cet égard ne sont pas toujours entièrement satisfaites, et que des incompréhensions apparaissent à la lecture de certaines décisions : on cite parfois, avec un cynisme certain, des commentaires d'arrêts révélant que leur auteur adopte une interprétation pour le moins déformante de la solution² ! Certes, la formation des juristes à la technique de la cassation permet de résoudre les difficultés³, mais elle ne saurait constituer l'unique réponse. La transparence démocratique, fondée sur l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789

fait que « la Société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration ». La réflexion sur la motivation contribue donc au renouvellement du pacte démocratique liant le juge et les justiciables.

2 - La problématique n'est pas récente : elle avait été relevée dans un autre contexte par les réflexions du procureur général Touffait et du professeur Tunc, dans un plaidoyer « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation »⁴. Les auteurs insistaient, notamment, sur le devoir moral et parfois politique des juges d'expliquer leur solution, et sur le décalage entre une motivation abstraite et les aspirations des hommes. Depuis, si ces arguments n'ont nullement perdu de leur pertinence, d'autres réflexions ont intégré les enjeux contemporains d'une meilleure lisibilité et d'une démocratisation de la compréhension des arrêts de la Cour de cassation. L'un des facteurs d'évolution réside dans les impacts de la mission de protection des droits de l'homme attribuée au juge judiciaire dans le cadre du Conseil de l'Europe. En effet, le juge judiciaire national est le premier garant du respect des droits garantis par les Traités régulièrement ratifiés, auxquels il accorde une valeur infraconstitutionnelle et supralégislative⁵. Si la Cour européenne des droits de l'homme n'intervient qu'après épuisement des recours internes, elle n'exerce pas moins un contrôle sur l'application jurisprudentielle de la Convention européenne et veille à ce que les atteintes aux droits garantis soient proportionnelles au but légitime poursuivi, en examinant à la fois le droit pertinent tel que mis en œuvre par les juges nationaux et les faits de l'espèce. Pour éviter que l'État français au nom duquel elle rend la justice fasse l'objet de déclarations de violation de la Convention européenne, la Cour de cassation intègre les critères de mise en œuvre des standards européens. Il en est ainsi du contrôle de proportionnalité⁶ qu'elle demande aux juges du fond d'effectuer ou qu'elle effectue d'office sur la base des faits tels que constatés souverainement par les juges du

1 F. Zenati, *La nature de la Cour de cassation* : Bull. inf. C. cass. 15 avr. 2003, n° 575.

2 J. Ghestin, *L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation* : D. 2004, p. 2239.

3 J.-F. Weber, *Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile* : Bull. inf. C. cass. 15 mai 2009, n° 702.

4 RTD civ. 1974, p. 487.

5 Const. 4 oct. 1958, art. 55.

6 C. Fattaccini, *L'intensité du contrôle de cassation (le contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation)* : D. 2015, p. 1734. - P. Jestaz, J.-P. Marguénaud et C. Jamin, *Révolution tranquille à la Cour de cassation* : D. 2014, p. 2061.

fond⁷, en l'adaptant à la technique de cassation⁸. Ce nécessaire dialogue entre les deux Cours, vecteur d'une meilleure protection des droits de l'homme, peut-il être amélioré en réduisant l'opposition entre des styles de rédaction qui se situent aux antipodes ? Motivation fleuve des arrêts de la Cour européenne, avec expression des opinions séparées et dissidentes, motivation très concise des arrêts de la Cour de cassation sans que l'opinion des juges puisse disparaître ? En interne, les travaux du Conseil d'État⁹ ont mis en évidence la nécessité d'améliorer l'intelligibilité des décisions de justice par leurs destinataires. Pour y répondre, il s'agit « d'exprimer aussi clairement, précisément et complètement que possible les motifs pour lesquels le juge adopte une solution », afin de « faciliter autant que possible la lecture de la décision et d'enrichir son contenu informatif, sans rien céder de la rigueur et de la précision du raisonnement du juge ni accroître la charge de travail de ceux qui élaborent la décision »¹⁰... La Cour de cassation a également entrepris un travail de réflexion sur la motivation et la rédaction des décisions. Dans son discours d'ouverture des travaux de la commission de réflexion dédiée à la motivation, du 14 septembre 2015, le Premier président Louvel insiste sur ces nouveaux enjeux. Le renforcement de la mission de la Cour de cassation relative au contrôle des droits fondamentaux, particulièrement par le développement du contrôle de proportionnalité, donne une nouvelle justification aux interrogations sur la motivation de ses décisions. « [Le juge] ne peut plus se dispenser d'opérer son choix entre les diverses interprétations possibles du droit sans s'en expliquer, en envisageant, au terme d'une approche pluridisciplinaire, l'ensemble des impacts de sa décision. S'il ne le fait pas lui-même, le citoyen y pourvoit et ne se prive pas de critiquer l'imprévoyance ou l'aveuglement du juge »¹¹.

3 - De tels objectifs peuvent être réalisés en développant l'autorité argumentative interne des arrêts (1) par une motivation enrichie, et en améliorant la diffusion de compléments argumentatifs externes (2).

1. Le développement de l'autorité argumentative intrinsèque

4 - Dans un arrêt du 16 mai 1838, la chambre des requêtes rappelait « que les jugements et arrêts résident entièrement dans leur dispositif et que la loi n'a pas pu exiger et qu'elle n'a pas, en effet, exigé nulle part les motifs des motifs »¹². Le nouveau

contexte conduit inévitablement à nuancer cette affirmation et à remettre en question la technique rédactionnelle propre à la Cour de cassation, caractérisée par une construction syllogistique particulièrement concise¹³. Les arrêts de la Cour de cassation sont soumis à l'obligation de motivation prévue à l'article 455 du Code de procédure civile, qui n'en précise pas l'étendue. La Cour de cassation a fait évoluer sa motivation dans le sens d'une toujours plus grande concision et d'une grande rigueur terminologique, qui traduit plus une « affirmation » qu'une démonstration¹⁴.

5 - **Faut-il introduire la possibilité pour les juges de formuler en annexe de la décision une opinion personnelle ?** L'opinion séparée permet au juge d'expliquer publiquement les raisons pour lesquelles il refuse d'adhérer en tout ou partie à la décision majoritaire¹⁵ à titre de « doctrine judiciaire »¹⁶. L'opinion séparée a des vertus pédagogiques certaines : elle permet au justiciable de vérifier que tous les aspects de sa cause ont été « entendus » au sens de l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme et effectivement mis en balance par les juges délibérants. Selon Jean-Pierre Ancel, « la publication de l'opinion minoritaire lève le voile sur le vrai débat »¹⁷. Elle engendrerait un nouveau rapport entre le juge et le justiciable et permettrait de « réveiller le pacte démocratique »¹⁸. Mais son introduction dans la rédaction des arrêts de la Cour de cassation doit être écartée, parce qu'elle risquerait d'affaiblir la portée normative, la compréhension et l'acceptation des décisions. La multiplication des opinions séparées risque de rendre la décision incompréhensible et de constituer une entrave à son acceptation par les parties. La sophistication des opinions séparées que l'on observe devant la Cour européenne des droits de l'homme empêche parfois de définir la *ratio decidendi*, surtout si l'on envisage les opinions « partiellement concordantes », qui se rallient au dispositif tout en dénonçant les motifs. Briser « l'écran d'unanimité » qui entoure les arrêts de la Cour de cassation impose des limites pour conserver la rationalité de la décision. L'autre inconvénient avancé est le risque d'atteinte à l'indépendance des juges : certains ont suggéré l'anonymisation de l'opinion séparée pour permettre la transparence tout en évitant « la polémique stérile, l'engagement idéologique, la dérive d'autosatisfaction, la surenchère médiatique »¹⁹ !

7 Cass. 1^{re} civ., 4 déc. 2013, n° 12-26.066 : *JurisData* n° 2013-027409 ; D. 2014, p. 179, note F. Chénédé ; D. 2014, p. 1342, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau.

8 S. Guinchard, T. Moussa et F. Ferrand, *Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement approprié au contrôle de conventionnalité* : D. 2015, p. 278.

9 Conseil d'État, *Rapport du groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative*, avr. 2012, disponible sur www.conseil-etat.fr.

10 *Rapp. du groupe de travail*, préc. note (9), p. 7 et 8.

11 B. Louvel, *Discours prononcé en ouverture des travaux de la commission de réflexion dédiés à la motivation*, lundi 14 sept. 2015, en ligne sur le site de la Cour de cassation.

12 Dalloz, *Jurisprudence générale, Répertoire méthodique et alphabétique de législation*, t. 29, 1854, V^o Jugement, n° 950. - P. Deumier, *Les « motifs des motifs » des arrêts de la Cour de Cassation. Étude des travaux préparatoires, in Principes de justice* : Mél. J.-F. Burgelin, Dalloz, 2008, p. 125.

13 *Travaux de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour, groupe de travail « Motivation »*, 3 sept. 2015, en ligne sur le site de la Cour de cassation. - Sur la technique de rédaction, J. Weber (ss dir.), *Droit et pratique de la cassation en matière civile* : LexisNexis, 2012, 3^e éd. - J. Boré et L. Boré, *La cassation en matière civile* : Dalloz, coll. Dalloz action, 2015, 5^e éd.

14 *Travaux de la Commission de réflexion*, préc. note (13), et les réf. citées.

15 A. Langenieux-Tribalat, *Les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français* : Thèse, univ. Limoges, 2007. - W. Mastor, *Les opinions séparées des juges constitutionnels* : Economica-PUAM, 2005.

16 W. Mastor, *Pour les opinions séparées du Conseil constitutionnel français : intervention conf. « Les opinions dissidentes »*, C. cass., 18 oct. 2005, en ligne sur le site de la Cour de cassation, V. ex. cités aux États-Unis et en Espagne de l'influence des opinions minoritaires de juges « visionnaires » ou « prophètes ».

17 J.-P. Ancel, *Une opinion dissidente*, in *La création du droit jurisprudentiel* : Mél. J. Boré, Dalloz, 2007, p. 1.

18 A. Garapon, *Le gardien des promesses, justice et démocratie* : éd. Odile Jacob, 1996, spéc. p. 84.

19 J.-P. Ancel, art. préc. note (17), Mél. J. Boré, spéc. p. 2. - Certains proposent au contraire de donner des pseudonymes aux arrêts, E. Jeuland et G. Simiand, *Casanova à la Cour de cassation. - Comment accroître la force normative des arrêts malgré leur anonymisation ?* : JCP G 2015, doct. 876.

6 - **Faut-il abandonner le syllogisme judiciaire concis au profit d'un contrôle de proportionnalité à la fois syllogistique et analytique ?** L'abandon du syllogisme judiciaire n'est pas opportun dans la mesure où il constitue un mode de raisonnement propre aux droits continentaux, permettant d'appliquer le droit général aux faits qualifiés par le juge, par opposition à la technique analytique et casuistique anglo-saxonne²⁰. L'opposition est d'ailleurs très relative : la Cour européenne des droits de l'homme elle-même expose les faits de l'espèce et le droit pertinent national, puis les principes européens, et en tire la conséquence d'une déclaration de violation selon un raisonnement syllogistique. Un raisonnement syllogistique n'est absolument pas incompatible avec un contrôle de proportionnalité dans la mise en œuvre des règles de droit, même dans la technique de cassation. Le syllogisme mis en œuvre par la Cour de cassation n'est pas « désincarné »²¹, et la recherche d'un juste équilibre ainsi que la mise en balance systématique des droits des plaideurs peuvent parfaitement s'opérer à partir des faits constatés.

La question porte plutôt sur la **brièveté des motifs et l'existence de formulations très concises** issues de l'évolution historique du style de la Cour de cassation et de la nature de son contrôle (léger, lourd, normatif ou disciplinaire). Certes, on peut considérer que « la concision est le génie propre du syllogisme ; la longueur embarrasse la pensée, obscurcit le caractère didactique de la décision »²², ou encore qu'une décision qui s'exprime dans une forme ramassée « contribue à en manifester l'autorité »²³ et que les décisions de la Cour de cassation sont plus rapidement accessibles et compréhensibles que les décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme ! Néanmoins, cette brièveté n'est plus adaptée à la demande collective de transparence et de motivation plus compréhensive. Le Conseil d'État, sans renoncer au syllogisme, est parvenu à enrichir la motivation à l'aide des débats lors de la préparation de la décision (sans que le rapport élaboré par le rapporteur public soit considéré comme faisant partie de la motivation de la décision) et à modifier le style en évitant la syntaxe par phrase unique accumulant les « que » et « points-virgules » qui lui ont semblé constituer une entrave à la compréhension de la décision. Sur ce dernier point, l'opportunité d'un changement de style n'est pas démontrée : la phrase unique présente l'avantage d'une compréhension rapide et facile, pour peu que le lecteur maîtrise la terminologie juridique.

7 - En revanche, **une adaptation et une gradation de la motivation semblent inévitables**. Lorsque la Cour de cassation exerce sa mission créatrice de droit, ou opère un revirement de jurisprudence, un supplément de motivation paraît indispensable pour répondre aux standards de la Cour européenne des droits

de l'homme qui imposent aux Cours suprêmes de donner des raisons substantielles pour expliquer un revirement de jurisprudence, sauf à violer les droits du justiciable d'obtenir une décision suffisamment motivée²⁴. L'enjeu est également de répondre à un souci de transparence démocratique et à un objectif de pédagogie, afin que les décisions soient comprises par les justiciables et la communauté des juristes. Une telle gradation de la motivation est déjà partiellement en vigueur, avec la mise en place d'une motivation allégée pour la non-admission des pourvois²⁵.

8 - Comme il n'est pas envisageable de généraliser une motivation plus étendue à tous les arrêts, une sélection des affaires qui nécessitent une motivation développée (revirement de jurisprudence, interprétation d'une loi nouvelle) accompagnée le cas échéant, d'une nouvelle répartition des rôles des formations solennelles de la Cour de cassation, permettrait d'assurer plus de transparence dans la motivation et d'intégrer les considérations sur le contexte de l'affaire²⁶. Dans le rapport du groupe de travail du Conseil d'État, des tests ont été réalisés démontrant qu'il est possible de rendre plus explicite la portée donnée à la règle de droit qui fonde la solution, en donnant des éléments dans la décision elle-même sur la méthode d'interprétation et le raisonnement qui ont conduit les juges à donner tel ou tel sens à la norme appliquée²⁷. La comparaison entre deux décisions de la Cour de cassation et du Conseil d'État rendues à propos du revirement de jurisprudence pour l'avenir est topique (travail effectué par Pascale Deumier²⁸).

L'évolution ne peut être que progressive²⁹, et fondée sur des expérimentations³⁰ dont l'évaluation permettra de savoir si une généralisation est envisageable, eu égard aux conditions de travail des magistrats (durée de l'instruction, du délibéré, de la rédaction des arrêts). Toute la difficulté consistera à définir un nouvel équilibre pour éviter qu'un excès de motivation ne fragilise la cohérence du droit et l'autorité des arrêts.

2. La diffusion de compléments argumentatifs externes

9 - **La diffusion des décisions contribue sans conteste à l'effectivité de la mission régulatrice de la Cour de cassation**. Selon le Premier président Louvel, « le principe de l'autorité relative des arrêts est par ailleurs remis en cause par une communication sociale permettant désormais à tous, par-delà même les parties et les initiés, de connaître, de commenter, d'interroger en

20 C. Jamin, *Contrôle de proportionnalité : Juger et motiver. Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux, et les réf. citées, conf. du 30 mars 2015, en ligne sur le site de la Cour de cassation.*

21 Cass. 1^{re} civ., 4 déc. 2013, n° 12-26.066, préc. note (7). - Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2015, n° 13-27.391 : *JurisData* n° 2015-011061 ; JCP G 2015, 967, C. Geiger. - S. Guinchard, T. Moussa et F. Ferrand, *Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement approprié au contrôle de conventionnalité* : D. 2015, p. 278.

22 P.-Y. Gautier, *L'Éloge du syllogisme* : JCP G 2015, 902, spéc. p. 1494. - L'ouvrage *Droit et pratique de la cassation en matière civile* : LexisNexis, 2003, 2^e éd., p. 381, recommande d'adopter des « rédactions brevissimes ».

23 *Droit et pratique de la cassation en matière civile, op. cit. note (22)*, p. 382

24 CEDH, 14 janv. 2010, n° 36815/03, *Atanasovski c/ ex-Rép. Yougoslave de Macédoine* : *JurisData* n° 2010-030717 ; AJDA 2010, p. 997, chron. J.-F. Flauss.

25 *Droit et pratique de la cassation en matière civile, op. cit. note (22)*, p. 249, avec un modèle de décision p. 253.

26 B. Louvel, *Réflexions à la Cour de cassation* : D. 2015, p. 1326. - P. Deumier, *Accès à la Cour de cassation et traitement des questions jurisprudentielles* : D. 2015, p. 1720, spéc. *l'adaptation des formations*, p. 1724.

27 *Rapp. préc. note (9)*, p. 27 et s.

28 P. Deumier, *Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ?* : D. 2015, p. 2022, spéc. p. 2028.

29 P. Deumier, *op. cit. note (28)*, p. 2022.

30 Inspirées des décisions tests que l'on trouve dans le rapport du groupe de travail du Conseil d'État, avec des modèles établis en fonction de la gradation souhaitée de la motivation.



Natalie Fricero

temps réel le sens et la portée possible des décisions, dans un contexte de libération complète de l'expression publique sur le fonctionnement de l'institution judiciaire comme sur les comportements réels ou supposés des magistrats »³¹. Plus un arrêt a une portée normative élevée, plus sa diffusion est élargie³². Mais on constate un **certain nombre de paradoxes dans la diffusion**. En effet, certaines décisions suscitent la perplexité, l'importance de la question de principe tranchée ne se traduisant par une publication au Bulletin ou au Rapport. À l'inverse, la diffusion sur le site Légifrance de la totalité des décisions conduit les professionnels du droit à utiliser un arrêt inédit dans leurs moyens de droit, tout en connaissant la faible portée normative de la

décision. Cette situation a conduit le Club des juristes à proposer la suppression de cette hiérarchisation³³.

10 - Faut-il diffuser plus largement le rapport du conseiller-rapporteur et l'avis de l'avocat général ? Il existe un certain nombre de **documents annexes** préparatoires aux arrêts fort utiles pour la compréhension de la raison et de la portée d'une décision. Mais leur diffusion est aléatoire : **le rapport du conseiller-rapporteur et l'avis de l'avocat général** sont publiés dans certains cas seulement (et notamment pour les arrêts rendus en assemblée plénière et en chambre mixte) ; les notes au bulletin d'information de la Cour de cassation se raréfient ; la diffusion

³¹ B. Louvel, *Discours préc. note (11)*.

³² 10 % font l'objet d'une diffusion élargie P+B+R+I.

³³ *Rapp. du Club des juristes, Sécurité juridique et initiative économique, juin 2015, n° 111.* - N. Fricero, *L'avenir de la Cour de cassation : la vision originale du Club des juristes* : JCP G 2015, act. 753.

de communiqués ou de notes explicatives varie selon les chambres et les périodes.

Il conviendrait d'institutionnaliser la pratique de cette diffusion. À cet effet, il pourrait être envisagé de **systematiser la diffusion des rapports des conseillers rapporteurs ainsi que des avis des avocats généraux dans les décisions à haute portée normative**³⁴. Les avis pourraient traduire la prise en compte de l'impact des décisions de la Cour de cassation : **le Parquet devrait avoir un rôle d'ouverture sur la société civile**, et procéder au recueil des opinions extérieures à la Cour, rechercher les incidences sociétales, économiques des décisions prises par la Cour³⁵. Des **expérimentations procédurales** sont d'ailleurs en cours devant certaines chambres pour que la communication entre le Parquet et le siège soit plus importante en amont et que le Parquet soit associé à la détermination des dossiers à fort enjeu pour organiser une instruction plus approfondie³⁶. Certes, ni l'avis de l'avocat général ni le rapport du conseiller-rapporteur ne sont revêtus de « l'onction juridictionnelle »³⁷, et ces travaux prépa-

ratoires ne traduisent pas nécessairement la décision finale. Mais ils demeurent des hypothèses éclairantes et déploient les éléments essentiels de l'argumentation.

11 - Faut-il améliorer la diffusion d'explications pédagogiques des arrêts ? Certains **compléments interprétatifs**, déjà utilisés par la Cour de cassation, peuvent être rationalisés afin de dévoiler les enjeux non juridiques de la décision discutés lors du délibéré (enjeux de politique judiciaire, de bonne administration de la justice, enjeux économiques, sociaux, de proportionnalité). Particulièrement, la diffusion d'un **communiqué lève le voile sur les « motifs des motifs »**, les explications sociales, économiques, judiciaires du choix de la solution juridique seule exposée dans la décision. Il évite à la communauté des destinataires de surinterpréter ou de mal interpréter la solution.

12 - Enfin, le chaînage des arrêts, précisé grâce aux travaux de Xavier Henry³⁸, améliore la lisibilité de la jurisprudence : le renvoi aux précédents pertinents permet de situer la nouvelle solution dans l'évolution jurisprudentielle.

13 - Comme ce colloque le manifeste clairement, pour répondre à tous ces défis, la Cour de cassation s'est résolument engagée dans la voie de la réflexion partagée, qui lui permettra sans aucun doute d'accroître son rôle de création prétorienne du droit, en rendant le contenu de ses arrêts plus accessible ! ■

34 V. Rebeyrol, *Une réforme pour la Cour de cassation ?* : JCP G 2015, doctr. 954 qui suggère que les avocats généraux ne donnent un avis que dans les affaires importantes à la demande du conseiller-rapporteur pour éclairer sur des points de droit indiqués dans le rapport.

35 D. Boccond-Gibod, *Ce qui pourrait changer à la Cour de cassation* : D. 2014, p. 1107.

36 Entretien avec B. Louvel : JCP G 2015, act. 1122.

37 C. Charruault, *Propos sur la parole de la Cour de cassation*, in *Du moyen à l'arrêt : la technique de cassation au service du droit*, colloque, 15 mars 2010 : www.courdecassation.fr.

38 X. Henry, *Le chaînage des arrêts de la Cour de cassation dans le bulletin civil* : Bull. inf. C. cass. 1^{er} juin 2004, n° 599.



Intervention de Nathalie Fricero

9 Observations sur la motivation des arrêts



Denys de Béchillon,
professeur des universités (Pau droit public),
membre du Club des juristes

Sur le thème de la motivation des arrêts et des éventuels changements auxquels il conviendrait de procéder, permettez-moi de nous poser quatre questions afin de nous mettre mieux à même de réfléchir aux réponses possibles.

1. Pourquoi motiver mieux ?

Il me semble que cette question est un peu trop souvent présentée comme univoque. En vérité, elle recouvre au moins deux interrogations différentes, que l'on gagne à désintronquer : celle de l'intelligibilité de la décision et celle de son acceptabilité sociale ou, si l'on préfère, de sa perception comme légitime.

2. Pour qui motiver mieux ?

Là aussi, et indépendamment même de la distinction que je viens d'opérer, il y a lieu de différencier trois destinataires possibles pour le souci qui nous anime :

- les protagonistes du procès eux-mêmes - dont il ne faut pas oublier qu'ils disposent le plus souvent d'un avocat réputé à même de leur expliquer ce qui pourrait requérir une compétence juridique ;
- le corps social dans son ensemble, en tant qu'il est touché surtout lorsque l'arrêt présente une dimension jurisprudentielle propre à lui conférer un effet élargi au-delà du cercle des parties ou, pour les mêmes raisons, lorsqu'il se prononce sur la validité (objective) d'une norme de portée générale, législative ou réglementaire. Dans tous ces cas, l'arrêt présente une dimension proto-législative propre à justifier qu'il présente des qualités proches de celles que l'on attend de la loi, même si elles s'expriment par d'autres moyens. Je pense en particulier aux vecteurs de communication extérieurs, à type de commentaire officiel ou de communiqué de presse. Soit dit par parenthèse, je trouve ces techniques tout à fait utiles et vertueuses lorsqu'elles sont fermement contrôlées, en particulier parce qu'elles permettent de s'exprimer dans des formes de langage diversifiées, et par là-même susceptibles de s'adresser à des destinataires différents. L'écriture de l'arrêt n'est pas le seul moyen d'en rendre le message intelligible ;

- La communauté des juristes professionnels (*i.e.* des personnes ayant reçu une formation idoine). J'observe au demeurant que les tenants de ladite communauté sont, de loin, les plus revendicatifs en matière de motivation, alors que leur sort est de toute évidence le moins problématique d'entre tous. Pourtant, la marche du monde ne serait pas très gravement affectée si nous avions des juristes frustrés mais des justiciables heureux...

3. Avec quoi motiver mieux ?

a) Faudrait-il que le juge fasse apparaître clairement les paramètres extra-juridiques de sa détermination ? Qu'il mette en pleine lumière les éléments de théorie économique ou de conviction éthique qui l'ont résolu à trancher comme ceci et non pas comme cela ? C'est assez tentant pour qui rêve, comme votre serviteur, d'un juge ouvert au monde, informé, cultivé et soucieux de n'être jamais aveuglé par les mirages du juridisme étroit ou du légalisme dogmatique.

Reste qu'il y a loin de la coupe aux lèvres et qu'il faut ne pas confondre le thème de la qualité de la réflexion du juge avec la question de savoir de quelle manière il lui faut rendre compte de ses propres interrogations dans l'écriture de ses arrêts. N'oublions pas que la modernité juridique s'est tout entière construite autour de l'idée d'*autonomiser* la sphère juridique, de la dissocier de tous les autres ordres normatifs et de lui donner comme telle des modalités de jeu spécifiques. Dit d'une autre manière, j'y reviens, on demande foncièrement à un juge de statuer « en droit » et pas autrement.

Je ne suis pas sûr du tout, par voie de conséquence, qu'un juge bavard sur ses tourments intimes, dans tous les ordres que l'on voudra, ne se condamne pas à perdre en légitimité et en autorité à trop parler de ce qu'il est réputé taire. La Cour EDH se fait certainement une très piètre idée morale de Dieuonné, mais le tranchant et la légitimité de la décision que je vous lisais tout à l'heure auraient sans doute perdu si elle avait fait état de ce mépris de manière plus transparente. L'hypocrisie attachée à la fiction d'un juge disant « le droit » et ne disant que cela n'a pas que des inconvénients.

b) Variante : faut-il que le juge dévoile les contraintes cachées qui l'ont fait incliner de la sorte ? Encore faudrait-il, indépendamment de ce que je viens de dire, qu'il en soit - et puisse toujours s'en rendre - conscient.

Bien sûr, les déterminations ultimes du juge lui sont parfois limpides. Je ne résiste pas au plaisir de citer à nouveau sous les ors de cette Chambre ce qu'écrivait Antonio Casse, ancien président du Tribunal pénal international pour



Denys de Béchillon

l'ex-Yougoslavie : « Nous avons tous rédigé des jugements. Nous savons que l'on pourrait considérer les juges comme des experts en manipulation. Les juges "manient" habilement les lois, les critères, les principes d'interprétation dans le but, bien sûr, de rendre justice dans un cas d'espèce. En particulier dans la justice pénale, on sent intuitivement qu'un homme est coupable, que le sens commun devrait nous conduire à cette conclusion. La construction du magnifique raisonnement juridique qui le justifie est postérieure »¹.

Ronald Dworkin ne manquait certes pas de répondre qu'il était : « si triste d'entendre des choses pareilles »², mais cela ne nous empêche pas de savoir, de science certaine, qu'Antonio Cassese décrit lucidement ce qui se passe parfois.

1 R. Badinter et S. Breyer (ss dir.), *Les Entretiens de Provence* : Fayard, 2003, p. 44.

2 *Ibid.*

Lorsqu'il en va ainsi, les choses sont assez simples et entièrement renvoyées au problème de l'illégitimité du juge à écrire tout haut ce que qu'il pense - très consciemment - tout bas. L'écriture de l'arrêt ne peut se comprendre autrement que comme une entreprise de *rationalisation* (au sens de Freud en non au sens de Weber) ou, si l'on préfère, comme une espèce de pieux mensonge...

Mais tout n'est pas soluble dans ces configurations transparentes. J'allais dire qu'il est évident que les cas sont nombreux dans lesquels le juge n'est à aucun degré conscient de tout ce qui l'anime *vraiment*, et qu'il ne dispose d'aucun moyen fiable pour faire en sorte qu'il en aille autrement. Nous sommes tous *mus* - anthropologiquement, métaphysiquement, sociologiquement, psychologiquement, idéologiquement, culturellement, politiquement, émotionnellement, etc. - par des forces dont l'entier contrôle nous échappe toujours pour partie. Mieux vaut s'en

faire une raison et ne pas se bercer d'illusions sur notre accès à la vérité de nos êtres et de nos décisions. Nous risquerions, à trop croire que nous pouvons *tout* mettre sur la table, de passer de Charybde en Scylla et donc d'une illusion à une autre.

Ainsi, parce qu'il ne peut pas vraiment connaître tout ce qui le détermine, le juge ne nous ferait rien gagner de bien tangible à vouloir nous expliquer ce que, par hypothèse, il ne sait pas. Là encore, il n'est pas dit que l'ascèse et l'hypocrisie du mode d'écriture classique des arrêts à la française aient plus d'inconvénients que d'autres.

c) Cela me donne l'occasion de vous dire une conviction toute subjective : je suis persuadé que la motivation anglo-saxonne la plus déployée n'offre *en elle-même* aucune plus-value dans tous les registres que je viens d'évoquer. Le juge anglais n'est pas forcément moins aveuglé par lui-même que ne le sont ses collègues continentaux. Quant aux moyens dont il dispose pour *chercher*, lorsqu'il le faut, ce que qui pourrait n'être pas dicible dans un jugement, il peut le faire tout aussi bien dans un arrêt de cent pages que la Cour de cassation dans un attendu de six lignes. Bénéfice de principe à cet égard il n'y a pas. Tout, ici et là, est affaire d'espèce et de personnes.

4. Faut-il remettre en cause la forme syllogistique de l'écriture des arrêts ?

a) J'observe tout d'abord que personne ne le fait chez ceux qui seraient plus ou moins réputés nous donner l'exemple d'une autre voie. Je ne sais pas que les arrêts de la Cour EDH soient autres que syllogistiques en structure. On y retrouve toujours un exposé des situations, un autre de la base légale et une conclusion fondée par une opération de qualification juridique et d'appréciation construite dans le rapport de ces deux termes. Ce n'est pas parce que l'on y prend la peine d'exposer l'un après l'autre les points de vue des protagonistes et que l'on s'explique un peu plus longuement sur le raisonnement que l'on tient en prenant le soin de montrer qu'on fonde cette explication au creuset de la jurisprudence antérieure que l'ontologie des opérations de jugement diffère du tout au tout. Loin s'en faut.

b) Je ne suis pas - du tout - certain qu'il faille s'écarter de la forme canonique des arrêts à la française pour gagner en clarté et en intelligibilité de la motivation. L'ordonnance de référé rendue le 23 novembre 2015 au Palais-Royal pour enjoindre à l'État

de ne pas laisser la « jungle de Calais » en l'état où elle se trouve (et ses habitants avec elle) se comprend très bien à première lecture, y compris pour le profane.

Il est tout à fait possible, en se donnant un peu de peine, de motiver (bien) mieux et (bien) plus clairement sans remettre en cause la forme structurelle des jugements. Les choses sont sans doute plus difficiles à cet égard dans certains types de contentieux très peu factuels et juridiquement décharnés - à type de légalité objective en cassation, par exemple - mais il n'empêche...

c) Faute de temps, je voudrais me borner pour finir à insister d'un mot sur l'idée que la « critique du syllogisme » est en vérité bien plus difficile à mener qu'il n'y paraît. Elle expose en effet ses tenants à confondre (de nouveau) deux objets distincts et à errer, pour le surplus, dans chacun de ces registres.

« Il est souhaitable de chercher à motiver mieux à la Cour de cassation - j'en suis convaincu - mais cela ne signifie pas que cet objectif requière de passer par des chemins révolutionnaires. »

Observons d'abord qu'elle peut s'appliquer à des objets *très* différents : la *réalité* du raisonnement du juge et la manière dont il s'est *exprimé* et surtout exprimé par écrit. Pour toutes les raisons que j'ai dites jusqu'ici, cela ne se confond pas.

Observons ensuite que, pour qui prend soin de distinguer ces plans, il reste à conserver un esprit de nuance que l'on ne voit pas s'appliquer partout dans le débat de ces dernières années. Bien sûr, il faudrait enfermer à double tour un juge dont le credo serait de raisonner *pour de bon* en syllogiste et de ne faire que cela. Mais il m'apparaît tout aussi clair qu'un traitement comparable devrait s'appliquer à ceux des sociologues du droit qui pensent encore que la forme syllogistique n'est *absolument rien d'autre* qu'un habillage retors opéré par un acteur pleinement conscient de sa propre malice. Il y a là une méconnaissance profonde de ce qui fait aussi 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 » comme diraient les informaticiens.

Bref, ici comme ailleurs, il n'est pas bon de jeter le bébé avec l'eau du bain. Il est souhaitable de chercher à motiver mieux à la Cour de cassation - j'en suis convaincu - mais cela ne signifie pas que cet objectif requière de passer par des chemins révolutionnaires. Des moyens assez légers pourraient peut-être suffire : un effort vrai en direction d'une meilleure lisibilité et d'une explication moins absconse, la remise en cause des traits de rédaction les plus exagérément archaïques... Pas forcément beaucoup plus.

Ma recommandation, en tout état de cause, serait déjà de commencer par là... ■

10 Méthodologie de la réforme



Philippe Théry,
professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II)

À plusieurs reprises, le Premier président de la Cour de cassation, M. Bertrand Louvel, a exprimé sa volonté de faire évoluer le rôle de la Cour de cassation pour lui redonner sa place de Cour suprême et d'introduire dans la décision judiciaire, un contrôle de proportionnalité qui redonnerait à la Cour une marge de liberté au regard des exigences de la Convention EDH. En quoi consiste cette réforme ? À quelle méthode recourir pour la mettre en œuvre ? À quelles difficultés se heurte-t-elle ? C'est à ces questions que sont consacrées les lignes qui suivent.

1 - Comment parler de la méthodologie d'une réforme¹ dont l'essentiel est encore confidentiel ? Il faut s'en tenir aux propositions qui ont été faites dans les diverses revues juridiques. Leur lecture, spécialement celle de l'entretien accordé par le Premier président de la Cour de cassation à cette revue², fait apparaître que deux réformes sont envisagées : la première concerne le rôle juridictionnel de la Cour - comment dire le droit³ (1) - la seconde son rôle « normatif » - comment faire le droit (2).

1. Comment dire le droit ?

2 - « Si rien ne change, la France continuera d'être condamnée à Strasbourg à travers les arrêts de sa Cour de cassation, ce qui traduit le fait que notre Cour, à la fois, n'est pas adaptée au contrôle de type européen et ne remplit pas son rôle de Cour suprême »⁴.

Faut-il, comme le souhaite le Premier président, afin de conjurer le spectre de la Cour de Strasbourg, introduire dans la décision un contrôle de proportionnalité et changer ainsi la méthode de jugement ? La question appelle plusieurs observations.

a) En premier lieu, le mot « réforme » est-il encore approprié ? Car, la Cour de cassation a déjà opéré ce type de contrôle dans

un fameux arrêt du 4 décembre 2013 en écartant l'annulation d'un mariage incestueux⁵ demandée vingt ans après sa conclusion parce que cette annulation constituait une ingérence injustifiée dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale du conjoint survivant. Elle s'y est à nouveau référée dans un arrêt dont le défaut de publication n'a pas découragé les commentateurs⁶, en reprochant à la cour d'appel de n'avoir pas répondu à des conclusions « qui faisaient valoir qu'un juste équilibre devait être ménagé, dans la mise en œuvre de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, entre le droit revendiqué par M. Philippe G. de voir établir sa filiation biologique et les intérêts de M^{mes} B., filles de Claude B., qui opposaient un refus à ce qu'il hérite de ce dernier ». D'autres arrêts, soit pour casser soit pour rejeter, opèrent aussi un tel contrôle de proportionnalité⁷. On pourrait enfin, sans artifice, rattacher à cette conception des décisions plus anciennes, par exemple la jurisprudence qui refuse de sanctionner le vol de documents par un salarié lorsque ces documents sont nécessaires pour assurer un procès équitable⁸. Sur ce point, on peut donc s'étonner de ce débat *a posteriori*, qui ressemble assez à celui qu'avait consacré la Cour de cassation à l'aménagement dans le temps des revirements de jurisprudence le 12 janvier 2005, alors même qu'un arrêt du 8 juillet 2004 avait déjà appliqué les suggestions du rapport présenté ce jour-là⁹.

b) En second lieu, la méthodologie est tributaire des rapports qu'entretient la Cour de cassation avec la Cour de Strasbourg. Alors que l'on parle beaucoup de « dialogue des juges », l'image de la Cour de Strasbourg n'est pas véritablement celle d'un

1 La réforme est une idée récurrente. On se reportera par ex. à un ouvrage classique *La Cour judiciaire suprême : une enquête comparative : Économica, 1978* et à une chronique de J.-F. Burgelin, *La Cour de cassation en question* : D. 2001, p. 932.

2 Entretien avec B. Louvel, « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle » : JCP G 2015, act. 1122.

3 Par « dire le droit » on entend la *jurisdictio* qui consiste à donner une solution au cas soumis au juge.

4 Entretien avec B. Louvel, *préc. note* (2).

5 Après divorce, l'ex-épouse s'était remariée avec son beau-père, en violation des dispositions de l'article 161 du Code civil (*Cass. 1^{re} civ., 4 déc. 2013, n° 12-26.066* : *JurisData* n° 2013-027409 ; *Bull. civ.* 2013, I, n° 234 ; *JCP G* 2014, 93, M. Lamarche).

6 *Cass. 1^{re} civ., 10 juin 2015, n° 14-20.790, inédit* : *JurisData* n° 2015-013923 ; *D.* 2015, p. 2365, note approbative H. Fulchiron ; *RTD civ.* 2015, p. 596, obs. critiques J. Hauser.

7 *Cass. 1^{re} civ., 30 sept. 2015, n° 14-16.273* : *JurisData* n° 2015-021531 ; *JCP G* 2015, 1385, P. Ducoulombier (liberté d'expression et droit au respect de la vie privée). - *Cass. 3^e civ., 15 oct. 2015, n° 14-23.612* : *JurisData* n° 2015-022823 ; *JCP G* 2015, act. 1232 (caractère proportionné de l'obligation de détruire une construction défectueuse) ; sur cet arrêt, V. note Ch. Dubois : *D.* 2015, p. 2423. - *Cass. 3^e civ., 22 oct. 2015, n° 14-11.776* : *JurisData* n° 2015-023501 ; *JCP G* 2015, act. 1199, obs. C. Laporte (conflit entre le droit à la vie privée et familiale et la destruction de cabanes construites en bordure du périphérique). Tous ces arrêts seront publiés au Bulletin.

8 *Cass. soc., 30 juin 2004, n° 02-41.720* : *JurisData* n° 2004-024396 ; *Bull. civ.* 2004, V, n° 187 : « Attendu qu'un salarié, lorsque cela est strictement nécessaire à l'exercice des droits de sa défense dans le litige l'opposant à son employeur, peut produire en justice des documents dont il a eu connaissance à l'occasion de ses fonctions ». - *Addé Cass. crim., 11 mai 2004, n° 03-85.521* : *JurisData* n° 2004-023992 ; *Bull. crim.* 2004, n° 117 ; *JCP G* 2004, II, 10124, note C. Girault.

9 *Cass. 2^e civ., 8 juill. 2004, n° 01-10.426* : *JurisData* n° 2004-024681 ; *Bull. civ.* 2004, II, n° 387.



Philippe Théry

interlocuteur. La citation du Premier président reproduite plus haut évoque davantage un rapport de maître à élève, de ces maîtres qui pour des vétilles, maniaient volontiers la règle... Un véritable dialogue des juges supposerait non seulement la possibilité de manifester un désaccord avec la Cour de Strasbourg, mais encore qu'elle accepte éventuellement d'en tenir compte. La chose n'est pas impossible mais il faut alors prendre le risque de s'opposer¹⁰. Autrement, ce dialogue dissimule la soumission

à l'argument d'autorité et la crainte d'affaiblir les finances publiques.

Quoi qu'il en soit, si, dans les litiges où des droits fondamentaux sont en cause, la Cour de cassation estime nécessaire d'attirer solennellement l'attention des juges du fond sur la nécessité d'apprécier si l'application de la loi est proportionnée, elle a tout au plus besoin d'un arrêt d'assemblée plénière qui fixerait les modalités d'un tel contrôle et en déterminerait les limites.

10 V. par ex. la discussion rapportée dans l'arrêt *CEDH, gr. ch., 15 déc. 2011, n° 26766/05 et n° 22228/06, Al-Khawaja et Tahery c/ Royaume-Uni*: *JurisData n° 2011-033710*; *JCP G 2012, act. 25, obs. G. Gonzalez*, dans lequel la CEDH se rend aux raisons que lui avait opposées la Suprême Court du Royaume-Uni dans *R. v. Horncastle and others*, 9 déc. 2009, [2009] UKSC 14, sp. n° 108 dans lequel Lord Phillips conclut : « *I have taken careful account of the Strasbourg jurisprudence. I hope that in due course the Strasbourg Court may also take account of the reasons that have led me not to apply the sole or decisive test in this case* ».

3 - La véritable difficulté nous paraît ailleurs. M. Louvel, dans l'entretien déjà cité, a défini ce qui, à le lire, semble l'alternative à laquelle seraient confrontés les juges : « la confrontation du légalisme strict imprégnant la tradition juridique française avec la vérification de la proportionnalité de l'application d'un texte aux données de l'espèce lorsque des droits fondamentaux sont en cause, selon le périmètre très large qui est donné à ces

droits par la Cour de Strasbourg »¹¹. Sans doute l'important est-il dans la fin de la phrase : « ...selon le périmètre très large qui est donné à ces droits ». La confirmation en est donnée par un autre passage : « ceci ne consiste pas simplement à se décider à faire autre chose que du droit strict, comme on l'a toujours fait à la Cour de cassation dans un contexte purement national. Il s'agit de s'approprier un contrôle de type européen pour inclure dans la technique de cassation toutes les données de ce contrôle. Et notamment le procédé essentiel de la vérification des consensus européens. La Cour de Strasbourg ne se détermine pas par rapport à elle-même, mais par rapport à ce qu'elle constate de la montée des consensus au sein de la cinquantaine d'États du Conseil de l'Europe et de leurs Cours suprêmes. Et quand elle voit se former un consensus, elle l'affirme au niveau européen. Si nous-mêmes nous intégrons ce contrôle, il faut que l'on ait aussi la démarche de la vérification des consensus européens »¹².

Le terme « consensus » est extraordinairement ambigu¹³. Étymologiquement, c'est un accord. S'il existe, dans cette acception, un consensus européen, la France y est nécessairement partie, de sorte que la référence au droit des divers pays européens n'est pas utile. Mais, le consensus est aussi, et probablement surtout, « l'accord du plus grand nombre », ce qui modifie radicalement la situation des États minoritaires. La Convention EDH est-elle en train de connaître le sort des directives de l'Union européenne ? Conçues pour être respectueuses de la liberté des États et de leur génie juridique, ces directives laissent les États libres du choix des moyens de parvenir au but souhaité. Aujourd'hui, les directives ne leur laissent plus aucune marge. La CEDH a été instituée pour faire en sorte que la liberté des États membres ne dégénère pas et non pour les contraindre à suivre la majorité. Qu'une opinion soit minoritaire ne la rend pas en cela contraire aux exigences de la Convention. Il est consternant que dans une Europe qui est majoritairement libérale, politiquement s'entend, la liberté prenne la forme d'un sens unique...

Pour certains, cette conception, pourtant extensive, ne suffit pas si l'on en juge par l'appréciation portée sur cette méthode « proportionnaliste » dans l'article écrit en main commune par Philippe Jestaz, Jean-Pierre Marguénaud et Christophe Jamin : « hasardons une prophétie : on entend souvent dire que les droits de l'homme perturbent le droit. Mais les droits de l'homme ne sont peut-être que le cheval de Troie par où s'engouffre le toujours plus envahissant principe de proportionnalité. Plus aristotélicienne qu'Aristote, la proportionnalité s'affirme, à l'heure de la globalisation, comme la révolte des faits trop longtemps tenus en laisse par la règle de droit. Et c'est la règle qui risque de céder. Elle cédera parce que le droit, dirait le doyen Carbonnier, est " trop humain pour prétendre à l'absolu de la ligne droite ". La proportionnalité s'apprête peut-être à envahir la jurisprudence comme le droit souple a envahi la législation et le paysage juridique en serait transformé peu à peu, mais en profondeur. Ce que nous avons appris, il faudrait alors non pas l'oublier mais le nuancer à l'extrême et se décider à voir le droit autrement »¹⁴.

11 Entretien avec B. Louvel, préc. note (2).

12 Entretien avec B. Louvel, préc. note (2).

13 V. l'étude critique de F. Sudre, *La mystification du « consensus » européen* : JCP G 2015, doctr.1369.

14 P. Jestaz, J.-P. Marguénaud, C. Jamin, *Révolution tranquille à la Cour de cassation* : D. 2014, p. 2061 et s., dernier al.

4 - Même si la mise en œuvre du principe de proportionnalité a d'abord pour raison d'être d'apprécier le cas soumis au juge¹⁵, ne doit-on pas s'interroger sur la légitimité politique d'une telle pratique ? Cette question, Conseil constitutionnel mis à part, est rarement évoquée chez nous¹⁶. Pourtant, elle donne à nos voisins matière à discussion. À la fin du mois de septembre dernier, un colloque organisé à l'occasion des vingt ans de l'Institut de droit européen et de droit comparé d'Oxford avait choisi pour thème « Les principes généraux du droit » et une session avait été consacrée à la légitimité de leur usage¹⁷, notamment au regard de l'existence d'un Parlement démocratiquement élu¹⁸. C'est une question que l'on ne peut éluder simplement en disant que la légitimité des juges se trouverait accrue par une motivation qui tiendrait davantage compte des faits parce qu'elle permettrait un débat public¹⁹. Peut-être est-ce exact, mais l'argument n'a qu'une portée très limitée. À la différence de la Cour de Strasbourg, qui juge en suspension dans le vide institutionnel, les juridictions nationales ont, à côté d'elles, un Parlement et un exécutif avec lesquels le dialogue est aussi important, sinon plus important, que celui des juges entre eux.

5 - Comment ne pas s'interroger, aussi, sur une réforme dont le domaine d'application est à ce point imprécis ? L'arrêt rendu par

15 Sur les réserves que suscitent ces jugements en forme de pesées, P.-Y. Gautier, *Contre la « balance des intérêts » : hiérarchie des droits fondamentaux* : D. 2015, p. 2189 qui estime que la proportionnalité n'a qu'une vocation subsidiaire et qu'il s'agit surtout d'articuler principe et exception lorsqu'il survient un conflit entre droit subjectif et liberté publique.

16 D. de Béchillon, *Comment traiter le pouvoir normatif du juge ?*, in *Mél. Ph. Jestaz* : Dalloz, 2006, spéc. note 3, p. 31 ; RTD civ. 2011, p. 90, note P. Deumier ; G. Canivet et N. Molfessis, *La politique jurisprudentielle*, in *Mélanges J. Boré* : Dalloz, 2007, n° 27, article que l'on peut consulter sur le site de la Cour, rubrique publications.

17 *General Principles of Law : European and Comparative perspective*, 24-25 sept. 2015, spéc. session 4 : *Legitimacy of Judge-made General Principles of law*.

18 Les actes de cette conférence seront publiés (*Stefan Vogenauer and Stephen Weatherill (eds) General Principles of Law: European and Comparative Perspectives (Hart Publishing, forthcoming)*). On citera deux extraits, le premier de l'intervention de Mme J. Kokott, av. gén. à la CJUE : « Les choix de politique ne doivent pas être faits par un tribunal. C'est une tâche pour les institutions politiques dotées de la légitimité démocratique » (« *Policy choices are not to be made by a court. They are task for political institutions that enjoy democratic legitimacy* », *provisional text*, n° 10, p. 5) ; le second de celle de Sir Ph. Sales, juge à la *Court of appeals*, « Même si la marge d'appréciation autorisée par la CEDH, en tant que juridiction internationale, s'applique à un État sans distinguer quel organe de cet État exerce ce pouvoir discrétionnaire accordé par la CEDH, il existe néanmoins, au sein de l'ordre constitutionnel du Royaume-Uni, une forte exigence démocratique qui impose de respecter les choix législatifs effectués par le Parlement et des ministres élus qui doivent lui rendre des comptes » (« *Even if the margin of appreciation allowed by the ECtHR as an international court applies to a state without, in itself, differentiating which organ in the State may exercise the discretionary power of choice thereby accorded by the ECHR, nonetheless within the UK's own constitutional order there is a strong democratic imperative to respect the choices made by Parliament in legislation an by elected ministers accountable to Parliament* »).

19 Ph. Jestaz, J.-P. Marguénaud et Ch. Jamin, préc. note (14), III, A, in fine : « Une juridiction démocratique est celle qui tient sa légitimité moins du statut institutionnel de ses juges (le concours) que de la motivation de ses décisions, celle-ci devant être à la fois remise sur le métier à intervalles réguliers et exprimée en des termes accessibles au plus vaste auditoire possible, afin d'autoriser un éventuel débat public. En définitive, en tenant mieux compte des faits, la Cour de cassation a des chances de se démocratiser ».

la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 15 octobre 2015²⁰ pose crûment la question : il casse une décision qui, à la suite de l'annulation d'un contrat de maison individuelle, avait condamné le constructeur à démolir l'édifice sous astreinte sans avoir recherché si cette sanction n'était pas disproportionnée. Si cet arrêt répond certainement au vœu exprimé par Philippe Jestaz, Jean-Pierre Marguénaud et Christophe Jamin, on doit aussi se demander, dans l'optique qui est celle du Premier président de la Cour, où sont, dans ce litige, les droits fondamentaux ? À l'aune de cet arrêt, on ne donne pas cher de la jurisprudence relative à l'empiètement, pourtant solidement assise sur la protection de la propriété privée, si celui qui a construit chez son voisin invoque le caractère disproportionné d'une condamnation à la destruction...

6 - La réforme en faveur de la proportionnalité - sinon la proportionnalité elle-même - ne soulève pas vraiment de question de méthode puisque les quelques arrêts cités illustrent, en l'absence de toute directive, la facilité de sa mise en œuvre. Mais, cette préoccupation nous prémunira-t-elle des foudres de Strasbourg ? Si le filtrage énergique que certains appellent de leurs vœux est mis en place, peut-être la foudre tombera-t-elle alors sur les arrêts rendus par les cours d'appel puisque la règle d'épuisement des recours internes permettra aux parties de saisir la Cour de Strasbourg immédiatement. La diversité des décisions des cours - à laquelle l'institution de la Cour de cassation avait et a toujours précisément pour but de remédier - pourrait même avoir pour conséquence de favoriser cette saisine.

2. Comment faire le droit ?

7 - Le second axe de réforme obéit à une inspiration assez différente. Il ne s'agit plus de s'interroger sur la « bonne » manière de régler le cas soumis au juge mais, de faire en sorte que la Cour, submergée sous les pourvois, retrouve la liberté qui lui est nécessaire pour retrouver son rôle de « cour normative »²¹. Ici, la difficulté tient au fait qu'aucun texte ne confère ni n'a jamais conféré à la Cour de cassation le rôle de « cour normative ». On ne comprendrait pas, autrement, l'étonnement qu'a souvent suscité la situation d'une Cour supérieure dont les décisions, sauf lorsqu'elles émanent de l'assemblée plénière, ne s'imposent pas aux juges du fond²².

Reportons-nous à ce que la Cour dit d'elle-même : « elle est appelée, pour l'essentiel, non à trancher le fond, mais à dire si, en fonction des faits qui ont été souverainement appréciés dans les décisions qui lui sont déférées, les règles de droit ont été correctement appliquées »²³. Comme on l'a dit, après le décret de 1790 qui avait institué le Tribunal de cassation auprès de Corps législatif pour annuler « toutes procédures dans lesquelles les formes auront été violées, et tout jugement qui contiendra une

contravention expresse au texte de la loi », ce Tribunal devait être le « garde du corps des lois », comme on dira du Conseil constitutionnel qu'il devait garder la frontière entre les articles 34 et 37 afin de sauvegarder les prérogatives du pouvoir exécutif. Bien entendu, on ne peut s'en tenir à la mission conférée en 1790 à la Cour, comme le Conseil constitutionnel n'est plus - seulement - le gardien de la Constitution.

8 - Mon propos n'est pas ici de dire que les arrêts de la Cour sont dépourvus de portée « normative »²⁴, seulement de souligner que cette qualité, caractéristique de toute activité juridictionnelle²⁵, trouve dans la position hiérarchique de la Cour, le surcroît d'autorité que donne la fonction de cassation. La portée normative des arrêts de la Cour, quoique réelle, est invisible : le plus théorique des arrêts de principe ne contient que ce qui est strictement nécessaire pour résoudre la question posée, ce qui suffit à écarter la qualification, brandie par certains, d'arrêts de règlement. La portée normative des arrêts suppose que le lecteur effectue à partir des motifs, un raisonnement inductif pour leur donner la forme d'une règle générale²⁶. Ce rappel de choses connues de longue date n'a d'autre objet que de souligner que le rôle normatif de la Cour n'existe pas en soi ; il est un produit dérivé de son activité juridictionnelle.

Cette invisibilité rend une réforme délicate. Il est possible, comme l'a suggéré le Premier président, sans qu'un texte soit nécessaire, de traiter différemment affaires « normatives » et affaires ordinaires²⁷. La portée d'une telle réforme serait cependant réduite et l'adjectif « normatif » exprimerait seulement le jugement que la Cour porte sur sa propre activité, sans pouvoir, comme le dit l'Évangile, « ajouter une coudée à sa taille ».

En revanche, la reconnaissance officielle du rôle normatif de la Cour exigerait une réforme d'ampleur - législative ? constitutionnelle ? - accompagnée d'une réflexion approfondie sur plusieurs points. Discuter d'abord, ne serait-ce que dans les grandes lignes, de ce qui revient au juge et ce qui doit demeurer du rôle du législateur. On a objecté que le juge doit statuer²⁸. Mais n'est-ce pas ce qu'il fait lorsqu'il décide de maintenir une solution admise en renvoyant le changement au Parlement ? Il faudrait aussi réfléchir à la proportionnalité. En quoi consiste-t-elle exactement ? Permettrait-elle, par exemple, de remodeler la propriété intellectuelle au nom de la liberté d'expression²⁹, au risque d'un relativisme généralisé dont la sécurité juridique sortirait fortement ébranlée ? Quel devrait être son domaine : limité aux conflits de droits fondamentaux ou généralisé comme mode ordinaire de jugement ? ■

20 V. *supra* note (7).

21 Entretien avec B. Louvel, *préc. note* (2).

22 A. Tunc (*La Cour judiciaire suprême, préc. note* (1), p. 434) suggérerait que la Cour statue sur le fond lorsque les éléments du dossier le permettaient.

23 V. *Site Cour de cassation*, rubrique « Le rôle de la Cour de cassation ». Sur la nature de la Cour, V. P. Gothot, *Origène et le procureur ou la nature de la Cour de cassation*, in *Ruptures, mouvements et continuité du droit, Autour de Michelle Gobert* : *Économica*, 2004, p. 139.

24 V. l'article de B. Haftel, *Libres propos sur l'avant-projet de réforme de la Cour de cassation et la fonction du juge* : *D.* 2015, p. 1378.

25 Et pas seulement de celle des cours supérieures, de sorte que l'institution d'un filtrage serré, qui aurait pour conséquence de laisser largement le dernier mot aux cours d'appel, pourrait ressusciter les jurisprudences locales des cours qui tenaient une place importante au XIX^e siècle.

26 P. Hébraud, *Le juge et la jurisprudence*, in *Mél. P. Couzinet* : *Toulouse*, 1974, p. 329. Dans cette étude, certainement la plus pénétrante et la plus originale qui ait été consacrée à ce sujet pourtant labouré en tous sens, Hébraud montre comment la jurisprudence se forme par induction, à partir des motifs de la décision.

27 Entretien avec B. Louvel, *préc. note* (2).

28 Argument largement développé dans l'étude consacrée à la « politique jurisprudentielle » par G. Canivet et N. Molfessis, *citée supra* note (16).

29 V. *Chron.* P.-Y. Gautier, *préc. note* (15).

Conclusions

11 À la recherche d'un modèle pluraliste de cassation «à la française»



Cécile Chainais,

professeur de droit privé à l'université Panthéon-Assas (Paris 2), membre de l'Institut universitaire de France, directrice du Centre de recherche sur la justice et le règlement des conflits

Le chantier de réforme lancé par le Premier président Bertrand Louvel voici près d'un an autour de la cassation a permis d'affiner certaines pistes de réflexion. L'attrait immédiat exercé par l'hypothèse d'une simple transposition du modèle adopté en Allemagne en 2001 - modèle « moniste » en ce sens qu'il met principalement en valeur la mission dite « normative » ou jurisprudentielle de la Cour de cassation, aux dépens de sa mission « disciplinaire » - a cédé le pas à une réflexion plus raffinée qui pourrait permettre d'élaborer un modèle pluraliste de cassation « à la française ». Celui-ci trouverait une traduction concrète dans l'instauration de parcours procéduraux différenciés au sein de cette juridiction. De manière plus lointaine, c'est un débat sur la redéfinition de l'office du juge (du fond et de cassation), qui est aujourd'hui ouvert.

Monsieur le Premier président,
Monsieur le Procureur général,
Mesdames, Messieurs,
Chers collègues, chers étudiants,

1 - Ces « conclusions », au terme des travaux très stimulants de ce jour, ne prétendent nullement, on s'en doute, à une quelconque synthèse des regards d'universitaires qui se sont exprimés aujourd'hui. L'entreprise serait au demeurant malaisée en raison de la pluralité des vues ainsi exprimées - auxquelles il convient d'ajouter celles qui se sont manifestées, durant ces derniers mois, dans les contributions nombreuses et de grande qualité que les universitaires ont consacrées à la réforme de la Cour de cassation.

2 - Je m'efforcerai simplement d'esquisser quelques lignes directrices qui me semblent se dégager plus d'un an après le lancement, par le Premier président, d'un **vaste chantier visant à la modernisation, voire à la redéfinition, de l'office du juge de cassation français face aux enjeux du XXI^e siècle.**

3 - **Ces enjeux sont multiples** et ont été rappelés à plusieurs reprises aujourd'hui. En premier lieu, les « auditoires » des décisions de la Cour de cassation, au sens que donnait Perel-

man à cette expression¹, se sont multipliés et leurs exigences se sont modifiées². L'auditoire constitué par les justiciables, d'abord, suscite des exigences nouvelles. On assiste en effet à un changement de paradigme dans la réception des décisions de justice³ : le modèle vertical de l'autorité se voit préférer un modèle plus horizontal de « transparence démocratique »⁴. Il en résulte une exigence accrue d'intelligibilité, voire de pédagogie dans la rédaction des décisions de justice. À l'heure où les liens deviennent, pour le meilleur et pour le pire, de plus en plus horizontaux dans notre société, la Cour de cassation ne saurait rester en marge de cette exigence accrue d'accessibilité et d'intelligibilité de ses décisions. Ce constat vaut également, d'une autre manière, pour l'auditoire spécialisé que constituent les universitaires commentant les arrêts de la Cour de cassation, qui peut légitimement aspirer à ce que ces décisions soient plus explicites, ce qui lui permettrait de recentrer ses efforts sur l'étude des apports des arrêts et de leurs conséquences plutôt que de se livrer à une activité parfois divinatoire sur leur sens probable⁵.

4 - En outre, la Cour de cassation peine parfois à faire entendre sa voix face à **ce nouvel auditoire que constituent les hautes juridictions des différents pays d'Europe**, dans un contexte de concurrence accrue entre les systèmes juridiques. Ce constat rejoint une difficulté plus générale, soulevée par le Premier président en termes de déficit d'« autorité » de la Cour de cassation⁶ : la Haute juridiction peine parfois à se faire entendre, du point de vue des institutions internes, mais également européennes. Cela tient à un certain nombre de pratiques, qui ont été rappelées aujourd'hui : traitement relativement indifférencié d'un nombre important de pourvois variés par la nature des griefs soulevés, motivation insuffisamment explicite, mode de publicité à la cohérence incertaine⁷, sont autant d'obstacles à la lisibilité de la politique jurisprudentielle de la Cour.

1 Ch. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique* : PUF, 2 vol., 1958, rééd. éd. Université libre de Bruxelles, préf. M. Meyer, 1 vol., 2008.

2 D. de Béchillon, *Observations sur la motivation des arrêts, spéc. « 2. Pour qui motiver mieux ? »*, supra Étude 9.

3 C. Chainais, *La motivation des sanctions, entre dits et non-dits : Les cahiers de la justice*, 2014/2, p. 241-258.

4 N. Fricero, *Pour un meilleur accès à la portée normative des arrêts de la Cour de cassation*, supra Étude 8.

5 V. sur ce point *Rapp. du Club des juristes, Sécurité juridique et initiative économique*, juin 2015, ss dir. H. de Castris et N. Molfessis, n° 108 et s., p. 175 et s. Le rapport fait état sur ce point de quelques exemples édi-

fiant.

6 V. en dernier lieu *Entretien avec B. Louvel* : JCP G 2015, act. 1122.

7 *Rapp. du Club des juristes*, op. cit. note (5), n° 111 et s. et spéc. n° 113 et s. - Dans le même sens, P. Deumier, *Accès à la Cour de cassation et trai-*

5 - Ainsi, au plan interne, la Cour de cassation n'est pas toujours perçue par les juges du fond - qui sont un autre auditoire de ses décisions - comme faisant autorité pour délimiter une règle de droit unique et égale pour tous sur le territoire français⁸. Les taux de cassation encore élevés aujourd'hui (près d'un tiers devant les chambres civiles, 45% devant la chambre sociale) attestent sans doute d'une jurisprudence que les juges du fond ne se sont pas suffisamment appropriée. Le constat est troublant car c'est la qualité de la justice française qui est ici en cause, si l'on veut bien considérer que le taux de cassation dans un pays demeure un bon indicateur, parmi d'autres, de la qualité de sa justice⁹. De même, la relative déshérence dans laquelle se trouve la saisine pour avis traduit une perception encore faible, par les juges du fond, de la dimension normative des missions de la Cour de cassation¹⁰.

6 - Au plan européen, la Cour de cassation, si elle a commencé à modifier ses pratiques, n'a sans doute pas suffisamment pris en compte, par le passé, les **exigences liées à l'essor des droits fondamentaux**¹¹ et à l'**applicabilité directe de la Convention EDH**. La France a subi, en ce domaine, des condamnations qui auraient pu être évitées et qui nuisent dans une certaine mesure au rayonnement de la Cour de cassation. Même si les débats sont légitimement en cours sur les conséquences à tirer de ce constat¹², l'attention particulière portée à cette question par le Premier président¹³ a d'ores et déjà eu le mérite d'attirer l'attention de l'ensemble des juristes, magistrats et avocats, sur l'exigence d'une parfaite maîtrise des sources européennes (du Conseil de l'Europe comme de l'Union européenne) et sur la nécessité pour les juges internes, à commencer par le juge de cassation, de s'approprier les méthodes liées à ces sources et au contrôle de conventionalité. Ont ainsi été mises en évidence certaines lacunes du système français actuel qui ne permet pas à la Cour de cassation de jouer pleinement son rôle dans le contrôle de la conformité des lois à la Convention EDH, alors même que le mécanisme de saisine pour avis consultatif prévu par le protocole 16 lui ouvre sur ce point des perspectives nouvelles¹⁴.

tement des questions jurisprudentielles : D. 2015, p. 1720 (« la gradation de la diffusion »).

8 J. Boré et L. Boré, *La cassation en matière civile : Dalloz, coll. Dalloz action, 2015, 5e éd., n° 01.12* : « les juridictions du fond ont parfois une certaine tendance à suivre plus leur propre jurisprudence que celle de notre Cour suprême judiciaire » - V. égal. le constat préoccupant dressé, à propos de la justice prud'homale, par le rapp. Lacabarats, *L'avenir des juridictions du travail : vers un tribunal prud'homal du XXI^e siècle, juill. 2014, p. 23* : « Lors des auditions, il est apparu que pour certains conseillers prud'homaux, la jurisprudence ne s'imposait aucunement aux juridictions du fond, mais ne constituait qu'une simple source d'information ».

9 V. sur ce point E. Jeuland (*ss dir.*), *La qualité : une notion relationnelle : Mission de Recherche droit et justice, université Paris I, juin 2015, spéc. p. 15 et p. 56*. Tout en montrant que la notion de qualité de la justice suppose la combinaison d'une approche qualitative et d'une approche quantitative, le rapport mentionne que sous l'angle du quantitatif un signal très intéressant de qualité de la justice demeure le taux de cassation des décisions dans un pays.

10 P. Deumier, *op. cit. note (7)*, p. 88 et s. - *Rapp. du Club des juristes, op. cit. note (5)*, n° 117 et s.

11 V. le dossier intitulé *La fondamentalisation du droit privé : RDA n° 11, oct. 2015*.

12 V. *infra* 2.

13 V. not. B. Louvel, *Réflexions à la Cour de cassation : D. 2015, p. 1326 ; Entretien avec B. Louvel, préc. note (6)*.

14 La proposition visant à élargir le mécanisme de la saisine pour avis

7 - Ces enjeux étant rappelés, j'aimerais, de manière plus personnelle, mettre l'accent sur deux aspects. En premier lieu, il me semble que les travaux menés depuis un an ont d'ores et déjà permis d'affiner un certain nombre d'hypothèses de travail, en écartant certaines solutions séduisantes mais trop simples voire simplistes et en proposant des pistes réalistes, de nature à rénover et moderniser les procédures en œuvre devant la Cour : ainsi semblent se dessiner quelques acquis de méthode et de fond pour la réforme en cours. En second lieu, je souhaiterais, de manière plus prospective, mettre l'accent sur quelques incertitudes et questionnements qui subsistent et devront encore être explorés dans les prochains mois, autour de la redéfinition de l'office du juge (du fond, et partant de cassation), à l'époque contemporaine.

8 - J'évoquerai donc d'abord ce qui me paraît être l'un des acquis des travaux en cours, à savoir les premiers jalons posés dans ce que j'appellerais la recherche d'un modèle pluraliste de cassation « à la française » (1^o). J'en viendrai ensuite aux questions dont les solutions paraissent, à cette heure, incertaines, à commencer par les différentes manières d'appréhender la redéfinition contemporaine de l'office du juge (2^o).

1. Les premiers jalons posés vers l'élaboration d'un modèle pluraliste de cassation « à la française »

9. Certains aspects du grand chantier de réforme ainsi lancé sont aujourd'hui largement éclaircis et quelques jalons communs semblent se dégager. Les uns portent sur la méthode à suivre pour dessiner les contours de la modernisation de l'office du juge de cassation : ils tracent la voie vers un bon usage du droit comparé (A) ; les autres portent sur une première hypothèse de travail récemment rendue publique par le Premier président - qui me paraît pouvoir faire consensus - à savoir l'instauration de parcours procéduraux différenciés au sein de la Cour de cassation (B).

A. - Jalons méthodologiques : du bon usage du droit comparé

10 - Avec le recul sur les travaux effectués par les uns et les autres depuis un an, se dégage progressivement une voie méthodologique claire, celle d'un juste usage du droit comparé. Cette voie n'était pas acquise il y a quelques mois et c'est un lent travail de maturation qui a conduit à la voir émerger.

11 - Le rapport du Club des juristes consacré à la régulation du contentieux avait été l'un des premiers à appeler à une mobilisation intense du droit comparé en soulignant que la France, avec le traitement relativement indifférencié d'un nombre important de pourvois, n'avait pas suivi le chemin emprunté par cer-

de la Cour de cassation aux hypothèses de possible non-conformité d'un texte à la CEDH apparaît à cet égard très opportune, la Cour de cassation étant elle-même désormais dotée du pouvoir de saisir la Cour EDH pour avis. - V. *Rapp. du Club des juristes, op. cit. note (5)*, n° 97.

tains pays voisins européens. Dans cette perspective, **la France devait, selon le rapport, suivre ce mouvement et s'inspirer de ces réformes étrangères pour mieux réguler son contentieux**¹⁵. La méthode ainsi proposée est bien connue des comparatistes : elle consiste dans ce que l'on appelle **la circulation d'un modèle juridique**¹⁶, c'est-à-dire la greffe, dans un pays, d'un modèle existant dans un autre pays - ce dont on rend parfois compte, en anglais, à travers la métaphore très évocatrice du *legal transplant*.

12 - Si, dans cette perspective d'une pure et simple transposition d'un modèle, la technique américaine du *cherry-picking* - qui autorise le juge suprême à choisir discrétionnairement les affaires qui retiendront son attention - a très vite été écartée, en revanche les regards se sont tournés avec insistance vers l'Allemagne. En effet, ce pays a instauré depuis le 1er janvier 2002 un mode de filtrage en vertu duquel la Cour fédérale allemande n'examine les pourvois, sur autorisation de la cour d'appel, que si l'affaire juridique soulève une question de principe ou bien lorsque l'évolution du droit ou la garantie d'une jurisprudence unitaire exige une décision de la Cour fédérale de justice (*ZPO*, art 543, § 1)¹⁷. En d'autres termes, **le droit allemand propose un modèle de contrôle qu'on pourrait qualifier de « moniste », en ce sens que les activités de la Cour fédérale de justice sont limitées à une seule mission, dite « normative » ou jurisprudentielle**. En effet, l'Allemagne a fait le choix de remettre en cause radicalement un système dans lequel « historiquement, la mission disciplinaire était primordiale »¹⁸, et où, progressivement, « mission disciplinaire et mission normative [s'étaient trouvées] sur un pied d'égalité »¹⁹. Désormais, la première est délibérément reléguée au profit de la seconde : « l'illégalité matérielle ou procédurale même grave ne constitue par un cas d'ouverture »²⁰. Encore faut-il nuancer le propos : le modèle adopté par l'Allemagne est en réalité un modèle « normativiste tempéré » ou « moniste atténué » puisque deux hypothèses disciplinaires demeurent ouvertes à titre résiduel, à savoir la violation par le juge des droits fondamentaux et l'erreur manifeste du juge allant jusqu'à l'arbitraire (*ZPO*, art. 543, § 2, al. 1, n° 1 et 2). Certains avaient donc pu souhaiter, dans un premier temps, que la France empruntât le même chemin et abandonnât purement et simplement la mission disciplinaire traditionnelle de la Cour de cassation.

15 *Rapp. du Club des juristes, La régulation des contentieux devant les cours suprêmes, Comm. « Constitution et Institutions », Paris, oct. 2014, p. 176 et s., spéc. p. 183* : « La France doit pouvoir s'inspirer de toutes ces réformes étrangères pour réguler les contentieux devant le Conseil d'État et la Cour de cassation afin de rendre à ces Cours suprêmes leur mission régulatrice ».

16 Sur cette notion, V. en dernier lieu *B. Fauvarque-Cosson (ss dir.), Le droit comparé au XXI^e siècle : enjeux et défis*, éd. SLC, 2015, l'ensemble de la partie IV de l'ouvrage, intitulée « Circulation des modèles et modèles européens dans la mondialisation », p. 139 à 202, avec les contributions d'A. Monti, R. M. Kiesow, J.-L. Halpérin, M. Haentjens, S. Soleil, R. Sacco.

17 F. Ferrand, *L'accès aux juridictions suprêmes en Allemagne*, in *La régulation des contentieux devant les cours suprêmes*, op. cit. note (15), p. 27. Le propos est ici limité à la Cour fédérale de justice mais voir cet article pour une description de l'ensemble des cours allemandes et de l'accès à ces cours.

18 N. Gross, *Le juge de cassation en Europe. L'Allemagne*, in *Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, Le juge de cassation en Europe* : Dalloz, 2012, p. 27.

19 *Ibid.*, p. 28.

20 *Ibid.*, p. 30.

13 - Les dernières avancées de la réflexion ont conduit à adopter une solution plus raffinée que l'importation pure et simple du modèle « normativiste ». Le Premier président a ainsi souligné récemment que la mission dite « disciplinaire », gage d'égalité application de la loi sur le territoire français, devrait être maintenue²¹. Plus nuancé que le premier, le second rapport du Club des juristes, paru en mai dernier, propose également le maintien d'un contrôle de nature disciplinaire²², ainsi que l'a précédemment rappelé Nicolas Molfessis²³.

14 - D'un point de vue comparatiste, j'y vois la volonté de trouver **une voie française dans la modernisation de la cassation** et de faire entendre en Europe mais aussi en Amérique latine ou en Afrique par exemple, une voix différente sur ce que peut être un office moderne de cassation au XXI^e siècle. Face au modèle normativiste - ou moniste tempéré - proposé par l'Allemagne **se dessine ainsi en droit français ce qui pourrait être un modèle pluraliste, mettant pleinement en lumière la fonction moderne dite « normative », que « la Cour de cassation assume de plus en plus franchement »**²⁴, **tout en maintenant un contrôle de nature disciplinaire, considéré comme indispensable pour assurer la sécurité juridique et l'égalité devant la loi**.

15 - Cette position me semble procéder d'un juste usage du droit comparé. **Une circulation raisonnée et raisonnable des modèles juridiques** suppose en effet de prendre en compte une analyse critique de ces modèles. Or on lit avec perplexité les commentaires d'un auteur allemand expliquant, non sans cynisme, que l'Allemagne a fait le choix « de sacrifier dans une certaine mesure les intérêts des parties au profit de l'intérêt général »²⁵. L'embaras n'est pas moindre lorsqu'on lit que la Cour fédérale de justice peut ainsi « se consacrer pleinement à sa mission propre qui se définit moins par le souci de réparer les dégâts d'un dossier individuel du passé que de poser les fondements de l'avenir du Droit »²⁶. En effet, pour le justiciable, le dossier individuel maltraité n'est pas « passé » : il est un présent qui demande à être résolu par la justice. Quant à l'avenir, c'est aussi celui de la confiance des citoyens dans leur justice, confiance sans doute largement mise à mal lorsqu'on laisse subsister les « dégâts » subis par un dossier individuel.

Au demeurant, on peut s'interroger sur la conception de l'intérêt général telle qu'elle résulte du modèle normativiste. Certes, depuis les écrits de Jean-Jacques Rousseau, on sait que l'intérêt général n'est pas la simple somme des intérêts particuliers. Pour autant, on peine à imaginer que l'intérêt général, appréhendé en matière de justice, puisse se concevoir en faisant l'économie

21 *Entretien avec B. Louvel, préc. note (6)* : « La Cour n'a pas seulement un rôle unificateur à travers la création de jurisprudences. Elle tient aussi ce rôle lorsqu'elle exerce son contrôle dit disciplinaire. (...) C'est sur ce contrôle disciplinaire que se concentre en quelque sorte le principe d'égalité des justiciables. On ne peut pas l'abandonner ! La Cour de cassation ne serait plus la Cour de cassation si elle n'opérait plus ce contrôle ».

22 *Rapp. du Club des juristes, op. cit. note (5), n° 103*.

23 V. *supra* Étude 5, N. Molfessis, *Pour une sélection vertueuse des pourvois*.

24 P. Deumier, *préc. note (7)*.

25 N. Gross, *Quelle mission et quel critère pour l'accès au juge de cassation ? L'exemple allemand*, in G. Drago, B. Fauvarque-Cosson et M. Goré (ss dir.), *L'accès au juge de cassation : Société de législation comparée, coll. Colloques, 15 juin 2015, p. 260* (nous soulignons).

26 *Op. et loc. cit. note (25)*.

de l'intérêt des justiciables et de la qualité de la justice rendue. Si le recours en cassation a pu être perçu, en France, comme ambivalent en ce qu'il mêle l'intérêt public de la loi contrôlée et l'intérêt privé des parties²⁷, c'est aussi parce que du point de vue de l'idée de justice, l'un et l'autre sont intimement mêlés. De surcroît, même si l'on acceptait de scinder artificiellement ces deux aspects, cela laisserait intacte une autre difficulté, qui tient à la dimension très restrictive ainsi donnée à l'intérêt général – puisqu'il y est compris non dans le sens du bien commun déterminé par la volonté générale mais simplement comme recouvrant le développement du droit par la Cour de cassation et l'unité de sa jurisprudence.

16 - En outre, on peut s'interroger sur la cohérence intellectuelle du choix ainsi fait en Allemagne, qui consiste à dissocier contrôle dit « disciplinaire » et mission « normative » de la Cour. Une Cour ne peut assurer l'effectivité concrète de ses arrêts dits normatifs que si elle veille ultérieurement à leur application rigoureuse par les juges du fond²⁸. Il en va de son autorité et de son crédit. Certes, il fut une époque où le Conseil du Roi, ancêtre de la Cour de cassation, occupait une mission essentiellement « normative ». Mais il s'agissait d'une conception largement féodale et archaïque de la cassation, dans laquelle « la cassation par le souverain des arrêts de Parlement apparai[sai]t comme une prérogative royale, qui [était] le complément naturel de son droit de légiférer et non comme l'effet d'une voie de recours ouverte aux justiciables »²⁹. L'émergence d'une conception moderne et démocratique de la cassation, sous l'initiative combinée de la Révolution française puis des innovations du code napoléonien et des lois qui ont émaillé l'évolution de cette institution au fil du XIX^e siècle, a coïncidé au contraire avec l'affirmation d'une Cour souveraine, conçue comme indépendante à l'égard des pouvoirs exécutif et législatif. La Cour de cassation est ainsi devenue une *juridiction* suprême que les parties peuvent saisir librement pour s'assurer de la conformité du jugement à la loi, ce qui a conduit « à sa transformation en une Cour régulatrice du droit »³⁰. Mission normative et mission disciplinaire sont historiquement conçues comme étroitement complémentaires³¹.

17 - En outre, on a perçu aujourd'hui dans les commentaires de Nicolas Molfessis et Philippe Théry de légitimes interrogations sur certains choix techniques qui accompagnent en droit allemand le choix d'un modèle « normativiste » de la cassation. Ainsi, le modèle procédural qui consiste à confier à la juridiction d'appel le soin de déterminer quelles sont les affaires qui sont dignes d'être examinées en cassation – **système de l'autorisation de pourvoi par la juridiction d'appel - résiste mal à l'analyse processuelle**. On peine à comprendre que la décision d'accorder la possibilité de former un pourvoi contre une déci-

sion puisse relever de la compétence des juges mêmes qui ont rendu cette décision (ou de la juridiction dont émanent ces magistrats). On pressent que ce système repose sur le calcul - exact, mais cynique - selon lequel les juges d'appel seront toujours réticents à accorder l'autorisation de pourvois contre les décisions qu'eux-mêmes (ou leurs collègues au sein de la même juridiction) auront rendues et seront par hypothèse enclins à utiliser cette possibilité avec la plus grande parcimonie, étant naturellement soucieux de ne pas se dédire et de ne pas être dédités³². A l'heure où l'on s'efforce, par tous moyens, de restaurer le lien social et la confiance des citoyens en la justice, **un tel modèle technique peut difficilement emporter l'adhésion et valoir comme modèle à suivre**³³, sans compter que son adoption en France alourdirait encore la charge de travail des cours d'appel, dont la situation est déjà difficile.

18 - Pour relativiser cette vision critique du modèle allemand de la cassation, il faut encore préciser que la révolution « normativiste » de la cassation a été entreprise sur fond de confiance renforcée dans les juridictions du fond³⁴ dont les procédures ont été, dans le même temps, profondément rénovées par des réformes d'ampleur visant à améliorer la qualité de la procédure au fond dans son ensemble – spécialement en première instance où le dialogue entre le juge et les parties a été considérablement renforcé, au service d'un traitement extrêmement complet de l'affaire, en fait comme en droit. Or de telles réformes n'ont pas encore eu lieu en France - ce dont attestent les pourcentages de cassation précités. De ce point de vue également, la solution de facilité consistant dans la reprise pure et simple d'un modèle juridique apparaît inopportune.

19 - Ce travail critique sur les modèles issus du droit comparé est nécessaire et salutaire. Il requiert du temps, dans tous les domaines ; les récentes critiques apportées au modèle de l'appel « pure voie de réformation » du litige en sont une nouvelle démonstration³⁵. Mais il se trouve que le Premier président a

27 J. Boré et L. Boré, *op. cit. note (8)*, n° 01.23.

28 V. en ce sens Ch. Charruault, *Remarques sur la mission disciplinaire du juge de cassation*, in *Le juge de cassation en Europe*, *op. cit. note (18)*, p. 25 : « S'il y a pour toute la France une Cour de cassation c'est non seulement pour que le droit sorte d'une seule bouche, mais aussi pour s'assurer que ceux qui ensuite le parlent sont à l'unisson ».

29 J. Boré et L. Boré, *op. cit. note (8)*, n° 01.51.

30 J. Boré et L. Boré, *op. cit. note (8)*, n° 01.71.

31 En ce sens, V. égal. B. Hafiel, *Libres propos sur l'avant-projet de réforme de la Cour de cassation et la fonction du juge* : D. 2015, p. 1378.

32 V. F. Ferrand, *L'accès aux juridictions suprêmes en Allemagne*, in *La régulation des contentieux devant les cours suprêmes*, *op. cit. note (15)*, p. 26-27, qui critique le caractère « erroné » de ce critère de filtrage : « l'autorisation nécessaire des juges d'appel risque (ce qui se produit en pratique) de conduire à une politique d'autorisation très restrictive de la part des juges d'appel peu désireux de voir leurs arrêts censurés par la Cour fédérale de justice ». L'existence, depuis la réforme entrée en vigueur en 2002, d'une voie de recours contre le refus d'autorisation (qui engendre d'ailleurs un « procès sur le procès ») n'est pas de nature à écarter totalement ce risque.

33 Sur ces deux sens du mot « modèle », V. S. Soleil, *Comment les pionniers du droit comparé ont-ils fabriqué les premiers modèles juridiques ?*, in B. Fauvarque-Cosson (ss dir.), *Le droit comparé au XXI^e siècle : enjeux et défis* : éd. SLC, 2015, p. 178-179 : l'auteur distingue le « modèle qui est donné en exemple, vanté, imité et qui ouvre la voie à la réforme, à la greffe, à l'emprunt, à la réception, à la transposition, à l'imitation, à l'acculturation » et le modèle compris comme « ensemble juridique simplifié et différencié », qui permet de réfléchir, classer, comparer, « pour percevoir facilement les ressemblances et les différences ».

34 N. Gross, *préc. note (18)*, p. 31 : l'auteur voit dans le modèle allemand « un témoignage impressionnant de confiance dans les juridictions inférieures et notamment les cours d'appel ».

35 Pour une vision critique de la proposition simpliste visant, en convoquant le modèle allemand, à proposer une pure et simple transformation de la conception de l'appel voie d'achèvement du litige en appel voie de réformation, V. F. Ferrand, *Le lien d'instance en appel*, in L. Flise et E. Jeuland (ss dir.), *Du lien d'instance aux liens processuels : 6e rencontres de procédure civile, IRJS, à paraître, 2016*. L'auteur



Cécile Chainais

justement fait le choix de ne pas enfermer la réflexion dans des barrières temporelles rigides, ce qui permet de *donner le temps au temps*, selon la formule de Cervantès³⁶.

20 - La Cour de cassation est-elle pour autant condamnée à l'immobilisme ? En aucune manière. La volonté de trouver une

montre notamment comment la jurisprudence allemande n'a eu d'autre choix que de tempérer, voire de détricoter le système allemand nouvellement instauré par la loi du 27 juillet 2001 (extrêmement restrictif dans la définition des missions du juge d'appel), pour permettre le respect de l'impératif selon lequel les décisions de justice doivent être correctes, convaincantes et conformes à l'équité dite matérielle.

³⁶ M. de Cervantès, *Don Quichotte, œuvres romanesques complètes, I* : Gallimard, 2001, p. 1409.

voie propre à la France en matière de cassation trouve un prolongement naturel, du point de vue du fond cette fois et non de la méthode, dans **une première proposition très concrète, celle de mettre en œuvre des parcours différenciés au sein de la Cour**, idée récemment soulignée par le Premier président³⁷. Elle me paraît essentielle car elle porte en elle-même la notion de pluralisme des modèles. Là où d'autres systèmes ont procédé par amputation radicale (par suppression de l'essentiel des missions dites « disciplinaires » de la Haute juridiction), la hiérarchisation de parcours adaptés apparaît comme une solution moderne, source potentielle de profondes évolutions.

³⁷ Entretien avec B. Louvel, *préc. note* (6).

B. - Jalons procéduraux : la promotion de parcours différenciés au sein de la Cour de cassation

21 - L'idée qui anime la proposition des parcours différenciés est la suivante : malgré les inéluctables difficultés de frontières entre mission normative et mission disciplinaire de la Cour et le caractère complémentaire de l'une et l'autre de ces missions, la Cour de cassation souffre aujourd'hui d'un déficit de crédibilité, aux yeux des autres hautes cours judiciaires européennes notamment. Cela ne tient pas tant au fait que la Cour de cassation française ne rendrait pas des arrêts à forte teneur normative, mais à un défaut de lisibilité de ces décisions : les arrêts par lesquels la Cour assure une mission de développement du droit, en lien avec les évolutions économiques et sociales du monde contemporain, sont pour le moment peu mis en valeur ; ils sont à certains égards noyés dans le traitement peu différencié des pourvois.

22 - A l'heure où la Cour de cassation entend se moderniser, une **manière intéressante de mettre en avant l'expression pluraliste d'un modèle français rénové de cassation** – intégrant le contrôle disciplinaire, tout en faisant la part belle aux arrêts à forte portée normative – consiste en conséquence à **conférer aux différents types de pourvois, selon la charge normative des questions qu'ils abordent, des modes de traitement différenciés**. L'idée est certes déjà ponctuellement appliquée au sein de certaines chambres et l'a été dans le passé. Mais une étape majeure sera franchie lorsque cette différenciation de parcours sera à la fois formalisée et systématisée. Celle-ci ne sera plus conçue comme un simple instrument de gestion des pourvois, une soupape d'adaptation du système, mais comme un moyen de rénovation et de mise en évidence des différentes missions de la Cour³⁸.

23 - Quelles formes pourraient concrètement prendre ces différents parcours devant la Cour de cassation ? Je proposerai ici quelques pistes de réflexion.

24 - Pour préciser ces parcours, on pourrait sans doute s'inspirer de ce qu'avaient jadis pu écrire Cornu et Foyer à propos de la procédure devant le TGI : « il y a, devant le tribunal de grande instance, d'autres procédures que la procédure ordinaire, procédures simplifiées, et, au sein de la procédure ordinaire, d'autres voies que la mise en état développée. Deux sortes d'atténuations. Un même esprit. Tous les procès ne présentent pas la même complexité. **On ne commande au litige qu'en lui obéissant. La règle d'or est d'approprier la procédure à la difficulté et à l'état de l'affaire. Il n'y a donc pas un seul modèle monolithique et rigide mais, en souplesse et en soufflets, divers modalités concurrentes** »³⁹.

25 - La proposition formulée pour le TGI pourrait être adaptée devant la Cour de cassation, dans la perspective d'y promouvoir un modèle pluraliste de la cassation. Les parcours procéduraux susceptibles d'être empruntés par un pourvoi pourraient ainsi être gradués en fonction de la charge normative, de la difficulté ou encore de l'urgence qui caractérise la question soumise à la Cour.

26 - On pourrait ainsi distinguer, au sein de la procédure de cassation, des parcours procéduraux ordinaires (1°) et des parcours procéduraux spéciaux (2°), correspondant à des situations spécifiques appelant un traitement simplifié ou accéléré.

1° Les parcours procéduraux ordinaires

27 - Lorsque l'affaire présente une forte charge normative, elle devrait donner lieu à un parcours ordinaire approfondi (a) - qui serait le pendant du parcours ordinaire avec mise en état, évoqué par Cornu et Foyer à propos de la procédure devant le TGI. Lorsque l'affaire relève du contrôle disciplinaire classique et vise à s'assurer du simple respect de la légalité, elle devrait donner lieu à un parcours ordinaire allégé (à l'image du parcours ordinaire devant le TGI en l'absence de juge de la mise en état) (b). Cette distinction viendrait illustrer **l'idée formulée par le président Alain Lacabarats, selon laquelle « les circuits d'examen des affaires devraient être adaptés aux griefs formulés »**⁴⁰.

a) *Le parcours ordinaire approfondi (questions à forte teneur normative)*

28 - Seraient éligibles à ce parcours les affaires à forte teneur normative - en d'autres termes (si l'on veut s'inspirer des critères du droit allemand) les affaires soulevant une question de principe, une question d'importance majeure pour le développement du droit ou l'unification de la jurisprudence. L'instauration d'un tel parcours approfondi placerait la Cour de cassation française sur un pied d'égalité avec les autres hautes juridictions d'Europe et conférerait aux arrêts rendus par la Cour tout le rayonnement auquel ils peuvent prétendre.

29 - Le processus d'élaboration de la décision serait particulièrement nourri : le ministère public serait étroitement associé, très tôt, à l'élaboration de la décision. Des études d'impact pourraient être réalisées en amont le cas échéant, ainsi que des études de droit comparé avec l'aide du Service de la documentation et du rapport de la Cour de cassation. Le cas échéant, de nouveaux échanges de mémoires pourraient avoir lieu en cours d'instance, permettant ainsi une sorte de mise en état de cassation et une audience serait organisée, ce qui donnerait aux avocats aux Conseils l'occasion de plaider l'affaire de manière approfondie.

30 - L'assemblée plénière, une chambre mixte ou encore simplement une plénière de chambre (qui « reproduit, à l'échelle de la chambre, la logique de l'assemblée plénière et de la chambre mixte, à l'échelle de la Cour »⁴¹) auraient vocation à connaître

38 V. déjà, en ce sens, L. Cadet, *Observations conclusives*, in *Le juge de cassation en Europe*, op. cit. note (18), p. 121.

39 G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile* : PUF, 1996, n° 171, p. 677-678 (nous soulignons).

40 A. Lacabarats, *Le contrôle exercé par la Cour de cassation*, in *L'accès au juge de cassation*, op. cit. note (25), p. 248.

41 P. Deumier, *préc. note* (7).

de ce type d'affaire, comme il convient pour une affaire de nature à permettre le développement du droit ou à clore des divergences jurisprudentielles. La solennité de la formation serait en harmonie avec la portée de la décision rendue. De tels arrêts donneraient bien sûr lieu à **une motivation approfondie et plus détaillée**⁴², venant répondre au constat selon lequel, en l'état, « la technique de cassation porte sans doute trop l'empreinte de la mission disciplinaire de la Cour de cassation »⁴³, notamment par la concision traditionnelle des motifs. Cette motivation ferait une large part à l'analyse des conséquences juridiques, économiques et sociales de la solution juridique retenue. Sans verser dans la logorrhée, elle renoncerait à l'*imperatoria brevitatis*, qui apparaît à la fois « en retard sur l'office du juge »⁴⁴ et « en décalage avec la place occupée par le juge »⁴⁵ dans la société contemporaine. Les arrêts seraient signalés très tôt comme destinés à faire l'objet d'une publication spéciale⁴⁶ ; ils seraient traduits au moins en anglais et seraient accompagnés systématiquement d'un communiqué.

b) Le parcours ordinaire simple (questions de nature « disciplinaire »)

31 - Lorsque l'affaire est sérieuse et met en jeu le contrôle disciplinaire - en ce sens qu'elle ne répond pas aux critères « normatifs » précédemment mentionnés - elle devrait donner lieu à un traitement ordinaire allégé. Elle pourrait être confiée à une formation restreinte composée de trois magistrats. Seraient intégrées dans ce parcours les affaires « disciplinaires » *lato sensu*, que la règle transgressée relève de la procédure (non-respect du contradictoire, du principe dispositif, etc.) ou du fond. La motivation demeurerait relativement concise.

2° Les parcours spéciaux

À côté de ces parcours ordinaires, trouveraient leur place des parcours spéciaux. Ainsi, lorsqu'il porte sur une question qui ne présente pas un caractère sérieux, le pourvoi pourrait suivre un parcours simplifié (a). De même, lorsqu'il s'inscrit dans le cadre d'une procédure accélérée, il devrait donner lieu à un parcours accéléré (b).

a) Un parcours simplifié (questions non sérieuses, qu'elles soient normatives ou disciplinaires)

32 - Les affaires qui ne soulèvent pas de contestation sérieuse - soit que le rejet s'impose, soit que la cassation soit évidente - devraient donner lieu à un parcours procédural simplifié. On songe ici aux espèces dans lesquelles un arrêt de principe a déjà

été rendu et où la doctrine de la Cour est parfaitement établie. Sauf à ce que le pourvoi sollicite, par motifs circonstanciés, un revirement de jurisprudence, il devrait donner lieu à ce traitement simplifié. On pourrait aller jusqu'à envisager que le traitement de telles affaires se fasse à juge unique, par ordonnance. La motivation pourrait être particulièrement allégée ; elle pourrait encore être modernisée par la référence faite explicitement aux arrêts par lesquels la Cour aurait, par le passé, déjà statué dans des affaires identiques, ce qui serait du reste de nature à tarir les contentieux répétitifs et à satisfaire les praticiens, si l'on se fonde sur l'expérience néerlandaise en ce domaine⁴⁷.

b) Un parcours accéléré (pourvoi s'inscrivant au terme d'une procédure accélérée)

33 - Enfin, **les décisions intervenant au terme de procédures accélérées devraient être systématiquement traitées en priorité par la Cour de cassation.** On pourrait ici s'inspirer de ce qui est prévu au stade de l'appel avec l'article 905 du CPC qui prévoit une fixation de l'audience à bref délai pour les situations d'urgence et les décisions prises en référé notamment. En prévoyant de manière systématique des délais abrégés en cassation, **on assurerait la cohérence du traitement des procédures accélérées tout au long de la chaîne procédurale, de la première instance à l'instance de cassation.**

34 - Certes, la Cour de cassation dispose déjà, aujourd'hui, de moyens internes pour traiter parfois de manière prioritaire ce type d'affaire, mais la solution n'est pas systématique. À l'heure où la Cour EDH a, au terme d'un revirement de jurisprudence remarquable, mis en avant l'applicabilité des normes du procès équitable aux procédures provisoires⁴⁸ et où la Cour de cassation remplit dans ce domaine des fonctions majeures⁴⁹, il paraît indispensable de redonner à la Haute juridiction, dans ce type d'affaire, toute son autorité en s'assurant de l'effectivité des décisions qu'elle prend. Or l'effectivité de la décision de cassation qui intervient au terme d'une procédure accélérée n'est assurée que si l'arrêt rendu par la Cour permet aux juges du fond de statuer de nouveau, après cassation éventuelle, dans des délais brefs. Il est essentiel que la décision prise sur requête ou en référé puisse être censurée (ou maintenue) en temps utile, de manière crédible et efficace : il en va de l'effectivité et de la qualité de la protection juridictionnelle provisoire. L'autorité de la Cour de cassation est ici en jeu, si l'on songe que les affaires portées en référé ont parfois un retentissement médiatique important et voient s'affronter des droits fondamentaux que le juge du provisoire doit mettre en balance⁵⁰. Une procédure accélérée de cassation serait de nature à mieux asseoir la légitimité de la Cour dans ce domaine.

42 Sur les liens entre mission normative et exigence de motivation renforcée, V. P. Deumier, *Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ?* : D. 2015, p. 2022.

43 L. Cadiet, *Observations conclusives*, in *Le juge de cassation en Europe*, op. cit. note (18), p. 121.

44 F. Malhière, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation)*, préf. D. Rousseau : Dalloz, 2013, n° 512 et s.

45 *Ibid.*, n° 581 et s.

46 Comp. avec les propositions 32 et 33 du *Rapp. du Club des juristes*, op. cit. note (5), n° 113 et s.

47 P. Deumier, *préc. note (7)*.

48 CEDH, gr. ch., 15 oct. 2009, n° 17056/06, *Micallef c/ Malte* : RTD civ. 2010, p. 285, obs. J.-P. Marguénaud.

49 Le constat n'est, du reste, pas limité à la France : pour la Belgique, V. J.-F. Van Drooghenbroeck et S. Van Drooghenbroeck, *Référé et procès équitable*, note ss Cass., 14 janv. 2005 : *Rev. crit. jurispr. Belge* 2006/3, p. 507-555.

50 V. sur ce point, déjà, J. Van Compernelle, *Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts*, in *Nouveaux itinéraires en droit, Hommage à F. Rigaux* : Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 495-506.

35 - Les délais pour former un pourvoi en cassation devraient donc être abrégés (réduits à un mois au lieu de deux), puis le traitement du pourvoi devrait lui-même être accéléré par une programmation anticipée de l'audience. L'essentiel est en effet, dans ce type de situation, que l'affaire soit mise au rôle des audiences dans des délais brefs, de manière à ce que la décision soit rendue en quelques semaines au maximum.

36 - Cette accélération ne préjugerait pas, au demeurant, de la formation qui serait appelée à connaître de cette affaire. Selon la difficulté de la question soumise par le pourvoi et sa teneur normative, l'affaire pourrait en effet être traitée soit par ordonnance, par un juge unique (dans le cas d'une hypothèse déjà tranchée par le passé par exemple), soit de manière collégiale mais restreinte à trois magistrats, soit dans une formation plus solennelle si l'affaire revêt une forte teneur normative⁵¹. Au fond, c'est le *tempo* de traitement de l'affaire qui doit être modifié, mais cette accélération ne préjuge pas en soi de la définition de la formation appelée à en connaître et des modalités d'élaboration ou de publication de la décision⁵².

37 - **Les parcours différenciés ainsi dessinés reposent sur quelques lignes directrices simples**, qu'on peut résumer de la manière suivante. En premier lieu, **plus la question soulevée par un pourvoi contribue à l'unification et au développement du droit, plus le parcours qui lui est consacré doit être approfondi et plus la publication conférée à l'arrêt doit être importante**. En second lieu, **les moyens déployés par la Cour de cassation pour le traitement des pourvois doivent être proportionnés à l'importance et à la pertinence de la question soumise à la Cour par le pourvoi**. Enfin, **l'évidence, ou l'urgence de la question soumise doivent commander un traitement procédural spécial**, par voie de simplification ou d'accélération.

38 - En pratique, un tel dispositif suppose la mise en place d'un système efficace d'aiguillage des pourvois. La mobilisation de quelques magistrats pour hiérarchiser ainsi les recours, si elle peut être perçue dans un premier temps comme de nature à mobiliser certaines ressources humaines, sera en réalité très bénéfique sur le long terme en permettant une **organisation plus rationnelle et une productivité accrue de la Cour**. Du reste, on peut concevoir que cette mission soit tournante et qu'elle ne soit pas accomplie invariablement par les mêmes magistrats. En revanche, il paraît évident que la hiérarchisation des affaires devrait être effectuée par des conseillers expérimentés, disposant du recul nécessaire pour pouvoir identifier les caractéristiques des différents pourvois.

51 L'hypothèse n'est pas d'école. V. par ex. *Cass. ass. plén.*, 28 juin 1996, n° 94-15.935 : *JurisData* n° 1996-002806 ; *JCP G* 1996, II, 22712, note G. Mémeteau ; *RTD civ.* 1997, p. 216, obs. J. Normand ; *Cass. ass. plén.*, 16 nov. 2001, n° 99-20.114 : *JurisData* n° 2001-011749 ; *JCP G* 2001, II, 10646, note A. Perdriau ; *D.* 2002, p. 598, note C. Puigelier.

52 Sur cette nécessaire adaptation des procédures au temps du litige, V. C. Chainais, *Avant-propos à l'étude du rapport annuel 2014 de la Cour de cassation, Le temps : La documentation française, spéc.* p. 118 et s. et sur l'accélération du temps processuel, V. l'étude elle-même, *spéc.* p. 356 et s.

39 - Enfin, il conviendrait de prévoir, **au sein de chaque parcours, un système de passerelle qui permettrait à la formation saisie de l'affaire de la renvoyer à un circuit plus adapté** si l'affaire se révèle, en cours d'instance, correspondre à un parcours différent de celui qui était initialement envisagé. L'impératif de souplesse procédurale cher à Cornu et Foyer impose cette précaution.

40 - **Les vertus d'un tel système de parcours différenciés sont multiples**. Il est de nature à répondre à l'une des difficultés qui se posent aujourd'hui à la Cour de cassation, qui tient sans doute moins au nombre des pourvois dont elle a à connaître⁵³ - qu'elle gère bien si l'on en croit les délais dans lesquels elle rend ses décisions, moins de 13 mois en matière civile⁵⁴ - qu'au **caractère relativement indifférencié (ou du moins encore trop indifférencié) du traitement que reçoivent ces pourvois**.

Cette différenciation, si elle est systématisée, rendra la jurisprudence de la Cour parfaitement lisible par les autres juridictions (juridictions du fond, hautes juridictions étrangères ou juridictions européennes). Elle permettra aussi à chacun de **mieux identifier ce que recouvre la notion de mission « normative » de la Cour, parfois énigmatique**. On pourra ainsi appréhender plus clairement cette notion d'un point de vue qualitatif, ce qui n'est pas anodin si l'on songe que la mise en place, en Allemagne, des critères de filtrage « normatifs » a donné lieu à de nombreuses corrections jurisprudentielles⁵⁵. Elle permettra également d'en mesurer, en France, l'ampleur quantitative en chiffrant le nombre de pourvois concernés par cette mission de la Cour et en évaluant ainsi la part qu'elle occupe proportionnellement dans son activité globale. De plus, cette solution présente le mérite de laisser la Cour de cassation en situation d'exercer pleinement sa mission normative, tant il est vrai que « le pouvoir normatif est d'autant plus exercé lorsque le recours est plus ouvert »⁵⁶ - filtrage et renforcement de la mission normative n'allant pas nécessairement de pair⁵⁷, contrairement à ce

53 *Comp.*, en ce sens, *Rapp. du Club des juristes, op. cit. note (5)*, p. 159.

54 Cette statistique s'explique notamment par le fait que la Cour n'a pas réellement à connaître de 30 000 pourvois en une année, comme peut le donner à penser le nombre des 29 706 pourvois soumis à la Cour en 2014 (dont 21 295 en matière civile et 8 411 en matière pénale). Les statistiques fournies par le Rapport annuel 2014 de la Cour de cassation permettent en effet d'affiner cette donnée brute. Il en ressort que 9 559 pourvois n'ont pas eu à être réellement examinés par la Cour (4 897 désistements ou déchéances en matière civile, 490 désistements et 4 172 non-admissions en la forme en matière pénale). La Cour de cassation a donc eu à connaître véritablement 20 147 pourvois, dont 16 398 en matière civile (Pour des données complètes, V. *Rapport annuel 2014 de la Cour de cassation, Le temps : La documentation française*, p. 565 et s., *spéc.* p. 569 et s.).

55 V. sur ce point, F. Ferrand, *op. cit. note (17)*, p. 30, note 31.

56 G. Ghanem, *Le rôle normatif de la Cour de cassation ; observations générales nourries de l'exemple libanais*, in *Le juge de cassation en Europe, op. cit. note (18)*, p. 20.

57 F. Ferrand, *Autorité et juridictions de cassation. De l'autorité des arrêts à l'autorité des cours*, in *Le juge de cassation en Europe*, p. 92 : « Il est fréquent de lire que l'autorité d'un arrêt rendu par la Cour de cassation ou une autre juridiction suprême comparable est inversement proportionnel au nombre d'arrêts rendus par ladite cour. (...) Les choses ne sont pas si simples (...) Il faut simplement « faire le tri » entre les grands arrêts... et les autres, ceux qui - de rejet ou de cassation - ne font qu'intervenir de façon « disciplinaire », pour sanctionner la violation par exemple d'une obligation de motivation, ou de façon répétitive, pour réaffirmer une solution constante ». - L. Cadet, *Observations conclusives*, in *Le juge de cassation en Europe*, p. 117 : « Des conditions de forme exigeantes ou une saisine trop stricte de la Cour de

que l'on pourrait penser. De surcroît, cette réforme - qui suppose, en ce qui concerne les deux derniers parcours du moins, l'intervention du législateur - est susceptible d'accueillir l'assentiment de la Représentation nationale, dès lors qu'elle préservera la fonction traditionnelle de la Cour de cassation « gardienne de la loi », tout en affichant davantage la réalité de son activité normative. Elle représente donc une voie réaliste. Enfin, cette proposition présenterait le mérite de **mettre en avant un modèle revalorisé de cassation « à la française », susceptible d'inspirer d'autres pays étrangers**. La France aurait ainsi une occasion de redevenir un droit « exportateur »⁵⁸ de modèles juridiques plutôt qu'importateur, ce qui serait particulièrement adapté s'agissant de la cassation, « invention française, que nous avons exportée vers de nombreux pays »⁵⁹. En somme, la voie ainsi tracée vers un modèle pluraliste pourrait être une réponse appropriée à la question récemment posée par Rodolfo Sacco : « La circulation des modèles n'a pas été la même au XIX^e et au XX^e siècles. Et que va-t-il arriver dans notre siècle ? *Cela dépend de nous* »⁶⁰.

Une réforme interne à la Cour (concernant les deux premiers parcours proposés), confortée par une réforme législative (nécessaire pour la création des deux autres parcours spécialisés) constituerait à cet égard un pas important et bénéfique.

41 - Le travail de réflexion entrepris sur la réforme a ainsi déjà porté ses fruits et le terrain a été considérablement défriché. Des incertitudes demeurent néanmoins, sur lesquelles je voudrais maintenant m'attarder pour donner une tonalité plus prospective à cette conclusion.

2. Les incertitudes : observations prospectives sur la redéfinition contemporaine de l'office du juge

42 - Dans quelle mesure assiste-t-on aujourd'hui à un changement de paradigme qui justifierait une modification en profondeur de notre système de cassation ?

43 - La question se pose avec acuité. **Le changement de paradigme est réel en matière de motivation**. Au paradigme ancien de l'autorité pure et simple de l'instance décisionnaire, s'est substitué un modèle plus explicatif et plus démocratique. Il est certain que la Cour de cassation devra sur ce point mettre en œuvre un certain nombre d'idées novatrices, sans redouter le changement : une présentation plus claire et plus explicite des arrêts, l'abandon de la phrase unique, la citation expresse des arrêts antérieurs (rendus par des cours européennes, mais également par la Cour elle-même), sont autant de voies qu'elle devra envisager en se tournant résolument vers l'avenir et en prenant

acte de ce changement de paradigme. **Les travaux actuellement entrepris sur la motivation et les études d'impact sont à cet égard des terrains particulièrement prometteurs** de la réforme en cours.

44 - Mais assiste-t-on par ailleurs à un autre changement de paradigme, en matière d'office du juge cette fois ? Ici commencent les incertitudes, qui touchent à la redéfinition contemporaine de l'office du juge du fond et, inévitablement, à celle de l'office du juge de cassation.

45 - **Le Premier président** a offert aux universitaires matière à réflexion sur ce point dans l'entretien récemment publié, où il a mis en exergue deux modèles - non sans forcer délibérément le trait - celui du **légalisme mécanique d'un côté, reposant sur le syllogisme, celui de la proportionnalité (on pourrait dire du « proportionnalisme ») de l'autre**⁶¹, reposant sur l'adaptation aux circonstances de l'espèce et la pesée des intérêts en présence. Il me semble que la réflexion portera inévitablement dans les mois qui viennent sur la dynamique à l'œuvre entre ces deux modèles.

46 - Doit-on aujourd'hui considérer qu'un nouveau modèle de l'office du juge se substitue à l'ancien ou à vocation à s'y substituer ? Le modèle du **légalisme mécanique** serait-il évincé par celui du **proportionnalisme** et de la mise en balance des intérêts ? Je m'inscrirais ici dans le droit fil de la contribution du Premier président mais en apportant une nuance, dans le prolongement des remarques formulées aujourd'hui⁶².

47 - Je ne suis pas sûre que le second modèle ait ici vocation à remplacer le premier. **On assiste moins à la substitution d'un modèle par un autre qu'à la diversification de l'office du juge et à l'émergence d'une pluralité de modèles de la justice contemporaine**, parmi lesquels prennent place, par exemple, les modes alternatifs de règlement des litiges ou encore l'arbitrage. Certes, les juges du fond sont désormais appelés à procéder de plus en plus souvent à une mise en balance de droits fondamentaux qui se confrontent, ce qui appelle de leur part une pesée des intérêts en présence et qui les éloigne de la pure et simple application de la règle de droit. La palette des modalités d'intervention du juge s'en trouve encore étendue. La proportionnalité constitue-t-elle pour autant « le nouveau légalisme »⁶³ ? Est-elle devenue la règle ? Qu'il soit permis de nuancer la formule : elle est plutôt une règle que le juge a le devoir d'appliquer lorsque sont en présence des droits fondamentaux ; « un » nouveau légalisme ou une nouvelle forme du légalisme.

48 - En d'autres termes, l'office du juge demeure incarné par l'article 12 du Code de procédure civile : il tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ; mais cet article trouve une application originale lorsque cette règle applicable est le principe de proportionnalité - hypothèse dans laquelle l'article s'éloigne sans doute, dans son application pratique, de ce qui était son acception première. Le Pre-

cassation sont de nature à constituer un handicap à sa fonction de régulation du système juridique et mettre ainsi en péril sa mission essentielle de formation du droit ».

58 E. Agostini, *La circulation des modèles juridiques* : RID comp. 1990, p. 461.
59 J. Boré et L. Boré, *op. cit.* note (8), n° 01.13.

60 R. Sacco, *La circulation des modèles en droit comparé : quelles évolutions ?*, in *Le droit comparé au XXI^e siècle*, *op. cit.* note (16), p. 200 (nous soulignons).

61 Entretien avec B. Louvel, *préc. note* (6).

62 D. de Béchillon, *Observations sur le contrôle de proportionnalité*, *supra* Étude 7.

63 Entretien avec B. Louvel, *préc. note* (6).

mier président lui-même n'est pas insensible à cet argumentaire puisque, alors que certains auteurs proclamaient en ont appelé à une nécessaire « révolution méthodologique » au sein de la cassation⁶⁴, il semble être plus réceptif à la contribution de ceux qui ont démontré que l'on pouvait parfaitement acclimater cette notion dans notre technique de cassation continentale⁶⁵ et a clairement affiché sa volonté de préserver intacte la technique de cassation⁶⁶.

49 - On ajoutera, qu'il ne serait pas souhaitable, *de lege ferenda*, que le modèle « proportionnaliste » devint la règle. Certes, on voit bien ce que présente de séduisant le modèle « proportionnaliste » et en quoi il correspond au renforcement général, au sein de notre civilisation, des liens horizontaux - dont l'internet et les réseaux sociaux sont les expressions les plus saillantes. Mais il me semble que ces relations coexistent aujourd'hui avec des liens d'origine verticale, tissés par le juge lorsqu'il applique la règle de droit et incarnés par la forme si spécifique du syllogisme⁶⁷. Le lien social suppose aussi le maintien de cette verticalité, incarnée symboliquement par le maintien d'une Cour de cassation au sommet de l'ordre judiciaire. Comme l'a indiqué Denys de Béchillon, l'insécurité juridique rôde autour d'une définition de l'office du juge fondée sur la proportionnalité, qui serait périlleuse, tant la frontière est parfois ténue entre un principe de proportionnalité mal délimité et le retour aux jugements en équité⁶⁸.

50 - En d'autres termes, il convient sans doute de tenir le principe de proportionnalité dans de justes proportions. Les travaux à venir porteront certainement sur cette question⁶⁹ et viseront notamment à donner des contours plus précis à une notion dont Emmanuel Jeuland a largement montré combien elle était protéiforme et polysémique⁷⁰ et dont le contrôle « devra évidemment être délimité »⁷¹ très soigneusement pour éviter toute dérive.

51 - Les récents apports de la doctrine la plus éminente en matière de droits fondamentaux incitent du reste à la prudence devant la tentation de généraliser ou importer les pratiques du juge européen des droits de l'homme : Frédéric Sudre a ainsi récemment montré - pour ne prendre qu'un exemple - toutes les incertitudes qui accompagnent l'utilisation, par la Cour de Strasbourg, de la technique dite du consensus européen : le juge européen instrumentalise très largement l'argument du sup-

posé consensus (ou de l'absence de consensus) entre les pays européens sur une question donnée, argument qu'il manie au gré de considérations très incertaines, tantôt pour refuser de trancher une question pourtant consensuelle en laissant une forte marge d'appréciation aux États, tantôt au contraire pour imposer une solution qui ne s'impose nullement et qui n'a de consensuelle que le nom⁷². C'est dire que les mois qui viennent permettront d'affiner les réflexions en cours sur la redéfinition contemporaine de l'office du juge, qui devra être appréhendée dans toute sa complexité.

52 - Cette discussion a bien sûr des résonances directes sur ce que pourrait devenir l'office du juge de cassation, à long terme. Si l'on considère que l'office du juge doit, de manière générale, progressivement être redéfini comme une mise en balance des intérêts, comme un office d'équité, alors pour toutes ces affaires où le juge aura ainsi tranché, le contrôle de cassation devient secondaire. À suivre ce qui risquerait de devenir, si l'on n'y prend garde, une prophétie auto-réalisatrice, le juge de cassation pourrait bien être un jour réduit à ne statuer que sur des cas très marginaux définis par la loi - parmi lesquels figurerait sans doute le cas d'un contrôle de proportionnalité impliquant les droits fondamentaux.

53 - Si au contraire on retient l'hypothèse d'une pluralité des figures de l'office du juge (et plus généralement de l'offre de justice), alors la Cour de cassation devra nécessairement conserver, même à très long terme, sa mission tendant à vérifier que le juge du fond a respecté la légalité : le modèle pluraliste du juge de cassation continuera de s'imposer, sous sa forme rénovée.

54 - Ces réflexions me conduisent à deux ultimes observations conclusives.

55 - La première remarque est de nature à prévenir une inquiétude parfois manifestée autour de la mise en valeur du principe de proportionnalité - à savoir le risque d'un afflux potentiel, devant la Cour de cassation, de pourvois portant sur la proportionnalité - risque qui commanderait lui-même la mise en place d'une sélection accrue des pourvois.

56 - Je voudrais ici dédramatiser cet enjeu. Il me semble que ce risque peut être largement désamorcé si la Cour de cassation parvient, notamment au sein du parcours normatif approfondi, à donner une large publicité aux arrêts de principe dans lesquels elle est amenée à préciser les critères à mettre en œuvre pour exercer ce contrôle, non sans avoir rappelé le cas échéant les conditions dont la Cour EDH et la Cour de Justice de l'Union européenne entourent ce contrôle. De tels arrêts contribueront en effet directement - comme ils le font déjà - à développer progressivement une véritable culture de la conventionnalité et de la proportionnalité chez les juges du fond, incités à rendre des décisions conformes aux exigences européennes. Le nombre de pourvois en la matière pourra ainsi être aisément contenu. Ce sera d'autant plus le cas si la Cour prend soin, après avoir rendu des arrêts à forte portée normative en ce domaine, d'en assu-

64 H. Fulchiron, *La Cour de cassation, juge des droits de l'homme ?* : D. 2014, p. 153. - P. Jestaz, J.-P. Marguénaud et C. Jamin, *Révolution tranquille à la Cour de cassation* : D. 2014, p. 2061.

65 S. Guinchard, F. Ferrand et T. Moussa, *Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement approprié au contrôle de conventionnalité* : D. 2015, p. 278.

66 Entretien avec B. Louvel, *préc. note (6)* : « Nous ne touchons pas à la technique de cassation ».

67 P.-Y. Gautier, *Éloge du syllogisme* : JCP G 2015, act. 902.

68 D. de Béchillon, *Observations sur le contrôle de proportionnalité*, *supra* Étude 7.

69 V. déjà P.-Y. Gautier, *Contre la balance des intérêts : hiérarchie des droits fondamentaux* : D. 2015, p. 2189. - C. Fattaccini, *L'intensité du contrôle de cassation (le contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation), le point de vue d'un avocat aux conseils*, in *L'accès au juge de cassation*, *op. cit. note (25)*, p. 229 et s.

70 E. Jeuland, *Réforme de la Cour de cassation. Une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité*, *supra* Étude 6.

71 *Rapp. du Club des juristes*, *op. cit. note (5)*, n° 94.

72 F. Sudre, *La mystification du « consensus » européen* : JCP G 2015, *doctr.* 1369.

rer le suivi par l'exercice d'un contrôle disciplinaire sur les espèces ultérieures présentant la même physionomie.

57 - Plus généralement - et j'en viens à ma seconde observation - j'aimerais ici réitérer un vœu déjà formulé l'année dernière dans cette enceinte⁷³ : la Cour de cassation aurait tout intérêt à revenir sur la jurisprudence posée dans son arrêt du 21 décembre 2007, en vertu de laquelle les juges du fond ont seulement la faculté et non le devoir de relever d'office les moyens de pur droit applicables au litige⁷⁴. En effet, l'une des voies ouvertes à la Cour de cassation pour restaurer son autorité auprès des juridictions du fond consiste précisément à indiquer fermement à ces dernières que les règles de droit, y compris celles issues de la Convention EDH (dont le principe de proportionnalité) - ne sont

pas facultatives pour les juges du fond. Tel est du reste le chemin qu'ont récemment emprunté d'autres hautes juridictions judiciaires européennes⁷⁵, la position de la Cour de cassation française étant singulièrement isolée sur ce point.

58 - *Jura novit curia* : tel est l'adage - revisité, enrichi par le développement contemporain de nouvelles modalités de l'office du juge - avec lequel les réformes futures devront, me semble-t-il, composer, car la règle de droit, en assurant l'égalité entre les citoyens, est aussi un élément de ce *lien social* dont, plus que jamais, nous souhaitons tous le maintien et la restauration ; elle est un élément fondamental sans lequel il deviendrait difficile d'accomplir ce noble objectif rappelé en ouverture de nos travaux - « souder le pacte de confiance entre les Français et leur justice »⁷⁶. ■

73 C. Chainais, *Le principe dispositif : origines historiques et droit comparé*, in *Le procès civil est-il encore la chose des parties ?* IRJS, 2015, p. 9 et s., spéc. p. 33-34.

74 Cass. ass. plén., 21 déc. 2007, n° 06-11.343 : *JurisData* n° 2007-042069 ; JCP G 2008, II, 10006, L. Weiller ; D. 2008, p. 1102, chron. O. Deshayes.

75 V. S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile* : Dalloz, 2014, n° 537 et les références citées.

76 V. *supra* Etude 1, B. Louvel, *Allocution d'ouverture*.



Intervention de Cécile Chainais



Conférence-débat du 24 novembre 2015 à la Cour de cassation

Débats

Dominique Lottin, premier président de la cour d'appel de Versailles et présidente de la Conférence des premiers présidents

Je remercie le Premier président de la Cour de cassation d'avoir instauré ce débat et de nous avoir permis d'y assister. C'était particulièrement enrichissant d'entendre les différents intervenants.

Je voudrais au nom de la Conférence des premiers présidents rappeler quelle a été notre délibération. Vous nous aviez demandé la position de la Conférence sur le filtrage qui devait ou non s'instaurer au niveau de la Cour de cassation. Vous venez de l'aborder dans le cadre de cette conférence-débat.

Nous pensons effectivement que la question du filtrage de la Cour de cassation pose la question plus générale de la

chaîne des recours depuis la première instance en passant par l'appel et jusqu'à la cassation, pour que soient respectés à la fois l'accès au juge et bien naturellement la qualité des décisions qui sont rendues.

À ce titre, la Conférence des premiers présidents soulignait que nous avons perdu sans doute peut-être la logique pour le justiciable qui consisterait à avoir, dès la première instance, une collégialité restaurée qui permettrait d'avoir une qualité dès cette première instance et un large débat. Cela nous paraît indispensable pour assurer, dès la première instance, un débat complet au fond.

Par ailleurs, toujours dans le déroulement de cette procédure, nous nous sommes dits favorables à l'appel-voie de réformation.



Vous évoquiez la qualité des décisions des cours d'appel. Nous nous efforçons naturellement de maintenir cette qualité. Mais les conditions et le nombre d'appels, leur augmentation, fait que de plus en plus, vous le savez, nous statuons entre conseillers-rapporteurs et la collégialité est malheureusement de plus en plus théorique.

Au niveau de la cassation, nous nous sommes aussi dits favorables à l'idée d'un filtrage des pourvois dès lors qu'on offrirait la garantie au justiciable d'un débat complet et de qualité devant les juges du fond. Filtrage que nous proposons, sur le modèle allemand, au niveau des cours d'appel avec la possibilité d'un recours au niveau ensuite de la Cour de cassation ; et l'instauration d'une instance collégialité pourrait être envisagée pour examiner les conditions des pourvois.

Le filtrage doit permettre de définir ce que doit être le pourvoi et sa raison d'être. Et redonner à la Cour de cassation sa vocation de Cour suprême.

J'ajouterai, mais ce à titre tout à fait personnel, que nous sommes très demandeurs d'une motivation plus explicite des arrêts de cassation.

Les magistrats de la cour que je dirige et dont je me fais l'écho, souhaitent, eux aussi, avoir des arrêts de cassation qui soient plus lisibles. En effet, combien de fois, et il m'arrive encore de siéger, nous nous interrogeons sur la portée des arrêts de cassation. Nous sommes favorables à des motivations peut-être plus explicites de la Cour de cassation.

Si nous voulons unifier la jurisprudence et être dans ce droit fil, nous devons avoir accès aux avis, aux commentaires. Pour nous c'est très précieux.

De même, est-il essentiel que les arrêts de cassation soient compris par les cours européennes.

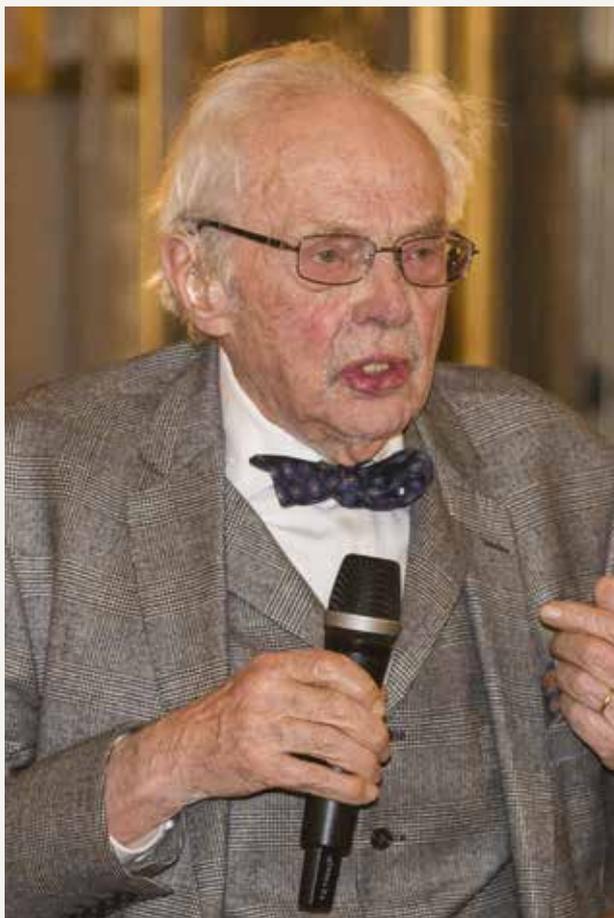
Jacques-Henri Robert, professeur émérite de l'université Panthéon-Assas (Paris II), ancien directeur de l'Institut de criminologie de Paris

Comme les cabris du Général qui sautaient sur leur chaise nous avons crié : « La proportionnalité, la proportionnalité ! » Mais il y a longtemps que la Cour de cassation en fait. Quand la chambre criminelle apprécie la légalité d'un arrêté de police, en comparant les libertés auxquelles un règlement de police porte atteinte et la finalité de ce règlement, elle se fonde sur proportionnalité comme elle le fait quand elle rejette une QPC au motif que le texte critiqué ne porte pas une atteinte disproportionnée aux droits et libertés que la Constitution garantit. Dans ces deux hypothèses, c'est la norme toute entière qu'il ne faut pas appliquer parce qu'elle dépasse, en proportion, ce qui est nécessaire à son objet.

Or, dans les exemples sur lesquels nous avons raisonné ce soir, la norme ne mérite pas ce grief mais c'est son application à un cas isolé, particulier, qui est contestée : le mariage incestueux, le délai de procédure dépassé, le vol par un salarié des documents de son employeur, pour les besoins de sa défense. Or, dans tous ces cas, le droit positif offre des standards permettant d'écarter la règle : le mariage incestueux peut être déclaré putatif et valable à l'égard des enfants, le juge peut inventer un cas de suspension du délai, le salarié voleur peut invoquer l'état de nécessité que le Code pénal déclare justement proportionné pour empêcher l'application d'une incrimination dans un cas particulier. Pourtant, lorsque la Cour de cassation, dans l'affaire de l'inceste, dit que la loi est bonne mais refuse de l'appliquer, cela me paraît tout à fait choquant. Au pire, il faudrait dire que c'est une affaire de notaire pour la liquidation des intérêts, et puis on se fera condamner par la Cour européenne des droits de l'homme : ce n'est pas grave en matière civile il n'y a pas de recours en réexamen à la suite de son arrêt.

Ces standards juridiques souples valent mieux que le bouleversement tout entier du rôle de la Cour de cassation en la transformant en un troisième degré de juridiction (sur quatre).





Philippe Malaurie, professeur émérite, université Panthéon-Assas (Paris II)

Je veux d'abord remercier la Cour de cassation pour cette ouverture qu'elle fait aux universitaires. Aucune juridiction au monde ne le fait. En France, ni le Conseil d'État ne le fait, ni la Cour européenne des droits de l'homme, ni la Cour de justice de l'Union européenne.

La Cour de cassation manifeste dans cette ouverture une humilité, un sens de l'humanisme et de l'humanité. Peut-être, aujourd'hui, y'a-t-il eu un déséquilibre entre la place qui est donnée à la salle et celle qui est donnée à la chambre. Mais, ce qui m'importe le plus, c'est de dire qu'on a avant tout débattu de questions techniques, de recettes, alors qu'est en jeu une question beaucoup plus importante : la culture française, qui est faite de concisions, de sobriété, de sens de la raison, de mesure, d'élégance... Je crois qu'il ne faut aucunement prendre comme modèle la Cour européenne des droits de l'homme ou la Cour de justice de l'Union européenne.

Il n'y a pas de culture aussi structurée que celle que nous a enseignée René Descartes dans le *Discours de la méthode*. Je pense ainsi, que, malgré les atteintes qui sont faites à la culture française, dans la barbarie islamiste, il faut défendre l'essentiel de notre culture dont la Cour de cassation est une partie importante. Peut-être doit-elle évoluer ? Mais pas avec brusquerie. Je trouve que tous ces changements qui ont été envisagés aujourd'hui ne sont pas au point.

La super motivation : plus c'est long, moins c'est bon.

Le filtrage : on ne sait pas trop où ça mène.

Le langage de la Convention européenne des droits de l'homme, pour moi, le principe de la proportionnalité dont vous vous régalez, le principe du procès équitable, le principe du balancement des intérêts, c'est de la « bouillie pour les chats ». Je préfère le respect de la légalité, le respect de la loi que la Cour de cassation a pour objet essentiel d'assurer.

Je souhaite que soit maintenu ce qui fait la richesse de notre patrimoine culturel en laissant au temps faire son évolution. Les grandes évolutions sont les évolutions lentes.

Je redis mes remerciements à la Cour de cassation de m'avoir invité mais je fais toute réserve sur la brusquerie des réformes qui sont envisagées.

Emmanuel Jeuland, professeur à l'École de droit de la Sorbonne, université Paris I

On ramène souvent le principe de proportionnalité à une pesée des intérêts. C'est ce qui avait été un peu fait au Conseil d'État dans l'arrêt *Nouvel Est* de 1970. Je ne crois pas que ce soit forcément un modèle (d'ailleurs la jurisprudence du Conseil d'État a évolué depuis). La notion d'intérêt est très vague. Si on fixe des critères (des critères ont été fixés dans la jurisprudence de la CJUE ou du Conseil constitutionnel), il faut qu'ils soient suffisamment précis (nécessité, adéquation, balance avantage/coût et sécurité des rapports juridiques). Cela donnera une certaine sécurité juridique et pourra donner lieu à un syllogisme judiciaire. Cela ne modifiera pas tant que cela la technique de cassation. Cette notion de pesée des intérêts est un peu malheureuse. Je crois qu'il ne faut vraiment pas réduire la proportionnalité à cela.



Pierre-Yves Gautier professeur à l'université Panthéon-Assas

Emmanuel Jeuland a cité, à plusieurs reprises, l'arrêt de la CEDH du 5 novembre 2015.

Il faudrait quand même en dire un mot.

La Cour de cassation française avait retenu l'application d'un texte du Code de procédure civile, prescrivant l'observation d'une forme processuelle, avec un délai. Le délai est expiré, c'est une fin de non-recevoir au pourvoi. Il y a une motivation syllogistique qui est mentionnée dans l'arrêt de la Cour de cassation.

La Cour européenne, après de longs développements sur la pesée des intérêts mais avec une toute petite motivation pour sa part – c'est un paradoxe, ce n'est pas parce que l'arrêt est long que la motivation est substantielle – condamne cette position (la Cour de justice de l'Union européenne, c'est encore pire : vous avez des pages et des pages de rappels des considérants et articles des directives, des moyens des parties, etc., et puis à la fin, juste avant le dispositif, parfois une demi-page de motivation : longueur n'est pas synonyme d'art didactique).

Dans cet arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, celle-ci a considéré que la Cour de cassation avait fait preuve d'un « formalisme excessif ». On n'est pas loin du « légalisme excessif » reproché au syllogisme. Cela veut donc dire qu'à l'avenir, pratiquement toutes nos fins de non-recevoir (qualité pour agir, prescription, chose jugée, etc.) pourront être appréciées à l'aune du critère de proportionnalité.

C'est la refonte générale de notre droit et la remise en cause de règles raisonnées et préalablement pesées, qui ont été prises par une autorité normative souveraine, le Parlement français, ou le Gouvernement lorsqu'il s'agit de décrets, comme pour le Code de procédure civile.

Boîte de Pandore !



Clôture par le Premier président Bertrand Louvel

Je tiens à remercier les universitaires présents pour la grande qualité de cette soirée, de ces échanges.

Je pense que l'exercice a vraiment rempli le but qu'on lui assignait. Ce fut vraiment ce soir une controverse avec toute la richesse des idées complémentaires ou contraires qui ont été évoquées. C'est une soirée qui sera dans les annales de la Cour de cassation.

Je la considère comme une étape essentielle dans la démarche de réflexion qui est actuellement en cours.

Je vous propose de renouveler l'exercice à l'horizon de quelques mois, après que des formations solennelles de la Cour auront eu à dire leur mot sur cette évolution et que nous serons en mesure de mettre au point des pré-conclusions.

Je vous propose que ces pré-conclusions soient soumises à la même controverse et que nous puissions, après seulement, établir le projet de réforme que nous souhaiterions pour la Cour de cassation.

Merci, encore une fois, pour cette excellente soirée.



Clôture par le Premier président Bertrand Louvel



Conférence-débat du 24 novembre 2015 à la Cour de cassation

UN AN DE COMMANDE PUBLIQUE

HORS-SÉRIE REVUE CONTRATS ET MARCHÉS PUBLICS

NOUVEAU!
49€ TTC
SEULEMENT

Le droit de la commande publique a connu, au cours de l'année 2015, de profondes évolutions tant législatives que jurisprudentielles.

L'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ou encore l'arrêt Béziers 3 rendu le 27 février 2015 par le Conseil d'État en sont de parfaites illustrations.

Retrouvez dans ce hors-série* une sélection inédite et pertinente d'articles (fiche pratique, formule, synthèse) LexisNexis pour appréhender efficacement l'ensemble de ces évolutions.

100 pages environ

*Hors-série non inclus dans l'abonnement à la revue Contrats et marchés publics

AU SOMMAIRE

- **Exécution des marchés publics,**
par Willy ZIMMER et Mathias AMILHAT
- **L'ordonnance du 23 juillet 2015 sur les marchés publics : simplification et ambitions contrariées,**
par Stéphane BRACONNIER et Emmanuel KALNINS
- **Les relations in house à l'aune des nouvelles directives européennes,**
par Lionel LEVAIN et Mathieu PRATS-DENOIX
- **Les marchés de partenariat,**
par François TENAILLEAU et Sophie WEILL
- **Déterminer le degré de publicité à respecter dans les procédures de passation des marchés publics par les pouvoirs adjudicateurs,**
par Éric NIGRI et Charlotte ROUXEL
- **Passer un marché à procédure adaptée,**
par Éric NIGRI et Aurore-Emmanuelle RUBIO
- **Convention d'occupation du domaine public,**
par Sophie PIGNON

BON DE COMMANDE



Sur internet

boutique.lexisnexis.fr



Par email

relation.client@lexisnexis.fr



Par fax

01 45 58 94 00

ARTICLE

QTÉ

Tarif TTC

TOTAL

Hors-série un an de commande publique (VRRMP-15HS01)

49 € TTC

frais d'envoi

OFFERTS

TVA 2,10%

TOTAL

Règlement

- Je réglerai à réception de la facture
 Ci-joint mon règlement par chèque à l'ordre de LexisNexis

Coordonnées

MLLE MME M.

NOM / PRÉNOM

SOCIÉTÉ / ÉTABLISSEMENT

ADRESSE

CODE POSTAL

VILLE

E-MAIL

TÉL.

VOTRE ACTIVITÉ

DATE/CACHET ET SIGNATURE

15REVM086.3

Conformément à la législation en vigueur, vous disposez d'un droit d'accès et de rectification pour toute information vous concernant. Ces informations sont à destination de notre fichier prospects/clients et à des fins de prospections commerciales.

L'ARBITRAGE

NOUVEAU! HORS-SÉRIE REVUE PROCÉDURES

NOUVEAU!
49€^{TTC}
SEULEMENT

Le droit de l'arbitrage est un droit vivant! De multiples décisions rendues en 2015 en témoignent de manière claire et précise.

On signalera l'arrêt (d'une importance capitale) de la Cour de cassation en date du 8 juillet 2015 sur la reconnaissance de la compétence des juridictions judiciaires pour l'exequatur des sentences arbitrales étrangères relatives à un marché public international conclu par une personne publique française. D'autres décisions sont signalées et commentées dans ce hors-série.

À travers **120 pages** regroupant des études, des commentaires et des fiches pratiques, le lecteur pourra, d'une part, **appréhender la matière dans toute sa substance**, mais aussi, avoir une **idée précise sur les récentes évolutions jurisprudentielles**.

*Hors-série non inclus dans l'abonnement à la revue Procédures.

BON DE COMMANDE



Sur internet

boutique.lexisnexis.fr



Par email

relation.client@lexisnexis.fr



Par fax

01 45 58 94 00

ARTICLE	QTÉ	Tarif TTC	TOTAL
Hors-série l'arbitrage (VR06R-15HS01)		49 € ^{TTC}	
frais d'envoi			OFFERTS
TVA 2,10%			
		TOTAL	

Règlement

- Je réglerai à réception de la facture
 Ci-joint mon règlement par chèque à l'ordre de LexisNexis

DATE/CACHET ET SIGNATURE

15REVM087.3

Conformément à la législation en vigueur, vous disposez d'un droit d'accès et de rectification pour toute information vous concernant. Ces informations sont à destination de notre fichier prospects/clients et à des fins de prospections commerciales.

AU SOMMAIRE

- **Arbitrage interne**
(Exequatur des sentences arbitrales, Recours en révision, Arbitrage en droit de la famille)
- **Arbitrage international**
(Autonomie de la convention d'arbitrage, Les lois de l'arbitrage)
- **Arbitrage interne**
(Tierce opposition, Sentence signée par trois arbitres, L'obligation de révélation, Force obligatoire de la convention d'arbitrage, Responsabilité du tribunal arbitral)
- **Arbitrage international**
(Le droit des immunités, Rôles respectifs du juge de l'exécution et du juge de l'exequatur, Recours contre l'ordonnance d'exequatur)
- **Arbitrage interne**
(Sécuriser une clause d'arbitrage, Déterminer la validité de la clause d'arbitrage, Recourir à l'arbitrage)
- **Arbitrage international**
(Introduire une procédure d'arbitrage, Rédiger une clause compromissoire, Constituer un tribunal arbitral ad hoc, Faire exécuter une sentence arbitrale)

Coordonnées

M. LLE MME M.

NOM / PRÉNOM

SOCIÉTÉ / ÉTABLISSEMENT

ADRESSE

CODE POSTAL

VILLE

E-MAIL

TÉL.

VOTRE ACTIVITÉ