



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON - ASSAS

Revue de droit d'Assas

N° 19 Déc. 2019

Portrait

Pierre Crocq, *in memoriam*
(1959-2019)

Projet

La République Injuriée
Par Olivier Beaud

Dossier

La motivation
Par Nicolas Cayrol, Freya Clausen,
Cécile Guérin-Bargues, Anissa Hachemi,
Dimitri Houtcieff, Ariane Meynaud-Zeroual
et Édouard Verny

Perspectives

Droit des sûretés
Par Lionel Andreu, Jean-Jacques Ansault,
Laetitia Bougerol, Maxime Julienne,
Vincent Mazeaud et Philippe Théry

Rétrospective

Jean Carbonnier, *Flexible droit*
Par Dominique Fenouillet

Revue de droit d'Assas

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

lextenso éditions

ISSN n° 2108-1050 (papier)

ISSN n° 2114-0332 (en ligne)

Directeur de la publication :

Guillaume Leyte

Directeurs éditoriaux :

Nicolas Balat et Étienne Casimir

Conseillère de la rédaction :

Emmanuelle Filiberti

Directrice scientifique : **Cécile Chainais**

COMITÉ DE RÉDACTION

Rédacteurs en chef :

Maxime Cormier et Nathan Allix

Rédactrices en chef adjointes :

Jeanne de Dinechin et Mathilde Gheeraert

Responsables de la diffusion :

Simon Husser, Grégoire Lemarchand-Ghica
et Quentin Monget

Responsable du financement :

Claire Leveneur

Membres du comité de rédaction :

Mélinda Benhaiem, Thomas Caracache,
Florian Carré, Guygonne Bettina-Deker,
Flavien Dréno, Rodolphe Eugène,
Raphaël Galvao, Charlotte Labry,
Philippe Morange, Hugo Nadjar,
Kevin Quinsac, Romain Raine,
Gabriel Sebban

CONSEIL SCIENTIFIQUE

Guillaume Drago,

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Yves Gaudemet,

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Michel Humbert,

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Christian Larroumet,

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Yves Lequette,

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Laurent Leveneur,

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Martine Lombard,

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Denis Mazeaud,

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

Jacques-Henri Robert,

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Louis Vogel,

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

La revue peut être citée de la manière suivante :
RDA, n° 19, décembre 2019, p. X
En ligne : www.u-paris2.fr

Quelques mots de la rédaction en chef

Maxime Cormier, rédacteur en chef

À quoi peuvent bien servir ces « Quelques mots de la rédaction en chef » qui ouvrent chaque numéro de la *Revue de droit d'Assas* alors qu'il suffit au lecteur de passer quelques pages pour en découvrir le sommaire ? Telle est la question posée par un certain rédacteur en chef de la *Revue*, premier partisan du moindre effort, afin d'échapper au travail d'écriture que lui impose pourtant sa fonction. La réponse, formulée par le même individu dans un sursaut de professionnalisme, vint rapidement : *pour motiver le sommaire !*

Réponse rapide, mais également salvatrice pour ces lignes inaugurales, à en croire le *Dossier* de ce numéro consacré à « La motivation ». En effet, les huit contributions évoquant la question – en droit public comme en droit privé – témoignent toutes d'une montée en puissance de l'exigence de motivation, laquelle suppose d'explicitier les motifs présidant à toute décision. Impossible économie de la motivation... dont acte !

Si d'aucuns voient dans cet essor rien moins qu'un risque d'« empâtement » de la décision, on peut tout aussi bien y déceler une formidable source d'enrichissement, notamment pour la recherche scientifique. Le *Projet* de ce numéro constitue, à ce titre, un parfait exemple de cette recherche qui *creuse* et *épluche*. En effet, dans un entretien mené par Raphaëlle Théry, le Professeur Olivier Beaud évoque son dernier ouvrage qui l'a mené jusque dans les cartons des Archives nationales et a été honoré du Prix du livre juridique remis par le Club des juristes : *La République Injurée, Histoire des offenses au chef de l'État de la III^e à la V^e République*.

Pour être conquérante, la motivation est-elle pour autant omniprésente ? Trouve-t-on encore des traces de décisions qui s'imposent d'elles-mêmes ? Assurément, le présent numéro de la *Revue* témoigne qu'il est possible de se passer de la motivation.

Déjà, il n'est guère nécessaire de s'étendre en explications lorsque la *Rétrospective* de cette parution reprend la conférence que le Professeur Dominique Fenouillet a consacré à l'un des grands textes du Doyen Carbonnier : *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*.

Ensuite, et surtout, il est plus que naturel que le *Portrait* de ce numéro rende hommage au Professeur Pierre Crocq, tragiquement disparu à la fin de la précédente année universitaire. Plusieurs de ses collègues, d'ici et d'ailleurs, ont pris la plume pour honorer la mémoire de celui qui a tant donné pour l'Université, les étudiants et le droit, à telle enseigne que l'hommage ne pouvait que traverser les rubriques de la *Revue*. Ainsi, les *Perspectives* de ce numéro portent-elles sur le « Droit des sûretés », matière en proie à la réforme, qui gardera toujours l'empreinte des écrits du Professeur Pierre Crocq.

Avant de clore ces quelques propos, il faut une nouvelle fois remercier tous les membres du Comité de rédaction de la *Revue de droit d'Assas* qui ont participé aux relectures ou à la diffusion de cette 19^e parution.

Excellente lecture à toutes et tous !

Sommaire

Quelques mots de la rédaction en chef p. 3

Portrait

Pierre Crocq, *in memoriam* (1959-2019) p. 6

Projet

La République Injuriée, Histoire des offenses au chef de l'État de la III^e à la V^e République
Olivier Beaud p. 13

Variétés autour du Droit

Chronique d'une affaire judiciaire gallinacée – Quand Saint-Pierre entend le chant du coq
Jeanne de Dinechin p. 18

Zone 51
Eva Helesbeux p. 22

Véritable horoscope à l'usage des juristes et des apprentis
Raphaël Galvao p. 24

Dossier

La motivation

Réflexions sur la motivation en procédure civile
Nicolas Cayrol p. 27

La motivation en droit des contrats
Dimitri Houtcieff p. 34

La motivation exigée en procédure pénale
Édouard Verny p. 45

La motivation en droit du procès administratif
Ariane Meynaud-Zeroual p. 52

L'amélioration de la motivation des décisions du Conseil constitutionnel : vrai progrès ou faux-semblant ?
Cécile Guérin-Bargues p. 69

La motivation des actes administratifs
Anissa Hachemi p. 78

La motivation des actes de droit dérivé de l'Union européenne
Freya Clausen p. 96

Perspectives

Droit des sûretés

Regard sur l'avant-projet de réforme du droit des sûretés
Jean-Jacques Ansault p. 106

Quelques observations sur le droit des sûretés
Philippe Théry p. 122

La politique de protection des constituants d'une sûreté personnelle dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés
Vincent Mazeaud p. 125

Le devoir de mise en garde de la caution : incertitudes et perspectives
Laetitia Bougerol p. 130

Projet de réforme du droit des sûretés : deux améliorations possibles relatives aux moyens de défense de la caution
Lionel Andreu p. 138

Encore un nouveau gage ?! La loi PACTE et la financiarisation des sûretés
Maxime Julienne p. 146

Rétrospective

Jean Carbonnier, *Flexible droit* : le non-droit, une invitation à lire ou à relire Carbonnier
Dominique Fenouillet p. 149

Les auteurs

ayant contribué à la rédaction de ce numéro

Lionel ANDREU, Professeur à l'Université de Poitiers

Jean-Jacques ANSAULT, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Laurent AYNES, Professeur émérite de l'Université Panthéon-Sorbonne

Olivier BEAUD, Professeur à l'Université Panthéon-Assas et Directeur adjoint de l'Institut Michel Villey

Thierry BONNEAU, Professeur à l'Université Panthéon-Assas et Directeur de l'École doctorale de droit privé

Laetitia BOUGEROL, Maître de conférences à l'Université Paris Sud

Nicolas CAYROL, Professeur à l'Université de Tours

Freya CLAUSEN, Docteur en droit et Référendaire à la Cour de justice de l'Union européenne

Maxime CORMIER, Doctorant à l'Université Panthéon-Assas

Jeanne DE DINECHIN, Doctorante contractuelle chargée d'une mission d'enseignement à l'Université Panthéon-Assas

Dominique FENOUILLET, Professeur à l'Université Panthéon-Assas et Directrice du Laboratoire de sociologie juridique

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

Sophie GJIDARA-DECAIX, Maître de conférences HDR à l'Université Panthéon-Assas et Directrice des études de l'IDC

Antoine GOUËZEL, Professeur à l'Université de Rennes 1

Cécile GUERIN-BARGUES, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Anissa HACHEMI, Professeur à l'Université de La Réunion

Eva HELESBEUX, ATER à l'Université Panthéon-Assas

Dimitri HOUTCIEFF, Professeur à l'Université Paris-Saclay

Maxime JULIENNE, Professeur à l'Université d'Angers

Hervé LÉCUYER, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Pauline LE MONNIER DE GOUVILLE, Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas et Directrice des études de l'IEJ Pierre Raynaud

Pascale MARTIN-BIDOU, Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas et Directrice des études de l'IHEI

Vincent MAZEAUD, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille, Centre de droit économique (EA 4224)

Ariane MEYNAUD-ZEROUAL, Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas

Atsushi OMURA, Professeur à l'Université Gakushuin et Professeur émérite de l'Université de Tokyo

Philippe THERY, Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Raphaëlle THERY, Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas

Édouard VERNY, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Portrait

Dans chaque numéro, la RDA dresse le portrait d'un enseignant-chercheur qui, par son parcours, a laissé une empreinte dans le monde juridique.

Pierre Crocq, *in memoriam* (1959-2019)



© Université Panthéon-Assas

La rubrique « Portrait » prend, pour ce numéro, une tonalité toute particulière, celle d'un hommage posthume que la Revue de Droit d'Assas tenait à rendre au regretté Pierre Crocq, emporté prématurément par la maladie, alors qu'il était au sommet de son activité universitaire.

Plusieurs voix ont souhaité s'exprimer ici pour porter, chacune à leur manière, le témoignage d'une reconnaissance profonde et sincère envers celui qui les a accompagnés, comme collègue, ami, ou maître.

Hommages de collègues et amis

Thierry Bonneau

Professeur à l'Université Panthéon-Assas
Directeur de l'École doctorale de droit privé

L'Université Panthéon-Assas (Paris 2) est en deuil. Elle a perdu, en la personne de Pierre Crocq, l'un de ses plus grands professeurs.

Directeur du centre Assas depuis plus d'une vingtaine d'années, il avait été chargé, plus récemment, de la direction du Collège de droit et de la direction de l'Institut des études judiciaires. Il a exercé ces fonctions administratives avec dévouement et intelligence, et avec les grandes qualités humaines que tous ses collègues lui connaissaient : gentillesse, délicatesse, écoute et courtoisie. Toutes ces qualités en faisaient un homme aimé et respecté, tant de ses collègues que des personnels administratifs et des étudiants.

Pierre Crocq n'était toutefois pas seulement un serviteur de l'Institution. Il a été également, et même surtout, un chercheur de grande renommée et un enseignant remarquable.

Sa carrière a été marquée par sa thèse, soutenue en 1992, intitulée *Propriété et garantie*, et préparée sous la direction du Professeur Michelle Gobert. Son œuvre scientifique s'est poursuivie par les chroniques régulières publiées en particulier à la *Revue trimestrielle de droit civil* ainsi que par sa contribution, aux côtés du Professeur Laurent Aynès, au manuel de référence *Droit des sûretés* publié par

LGDJ dans la collection des livres initiés par le Professeur Philippe Malaurie. Étant observé que ses compétences s'étendaient bien au-delà du droit des sûretés et que sa renommée internationale l'avait conduit à participer activement à l'élaboration de l'Acte Uniforme portant organisation des sûretés en Afrique (OHADA).

Sa solidité scientifique a été appréciée de ses étudiants. La qualité de ses cours et sa présence auprès de ses thésards en faisaient un enseignant exceptionnel.

Depuis son décès, les hommages se sont multipliés. Il ne pouvait pas en être autrement. La douleur de sa famille et de ses amis a été intense et profonde. Les hommes et les femmes sont de passage sur cette terre, mais les écrits et les actions demeurent. L'Université Panthéon-Assas (Paris 2) est fière d'avoir pu compter sur un professeur comme Pierre Crocq et veillera avec respect à pérenniser son héritage.

*
* * *

Laurent Aynès

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Sorbonne

Pierre Crocq était un roc. Beaucoup ont pris appui sur lui. Il l'était par sa fidélité aux engagements, aux nombreux engagements qu'il acceptait. Jamais je ne l'ai vu se dédire ou se dérober. Fidélité aux personnes auxquelles il s'attachait, pour toujours. Fidélité à ses idées, à ses convictions, à ses aversions aussi.

Il l'était encore par l'étendue et la précision de sa science. Travailleur infatigable, il connaissait dans les moindres détails la jurisprudence et la loi, en particulier dans les domaines les plus changeants et les plus arides, et ne laissait rien échapper à ses recherches. Sa parole était sûre, ce qui n'empêchait pas les désaccords sur certaines positions, qu'il défendait avec fermeté mais sans outrance.

Sous la rigueur et la sobriété de la mise et du style, palpait un cœur passionné pour l'Université et le droit, dans ses applications pratiques ; le commentaire aussi bien que la conception, dont il devait faire bénéficier diverses commissions de réforme en France et les pays de l'OHADA. La formation des étudiants, à laquelle il a tant donné, mobilisait son énergie. Et le Japon dont la sobre élégance l'enchantait.

Pierre ne se livrait pas facilement, discret, pudique, intérieur. La parole rare, mais vraie, une confiance comme échappée, parfois...

Un Juste, selon l'Écriture.

*
* * *

Souvenirs d'un équipier d'agrégation

Hervé Lécuyer

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Une vie.
7 h 30. Voiture garée au métro Falguière, au pied de chez lui.

Pourquoi donc mes amis ont-ils tous décidé de se concentrer patronymiquement entre le B et le F ? Pour le Concours, cela perturbe. Ce matin-là, je me couchai à 5 heures : jour et nuit précédents ont été consacrés à « La contradiction », magnifiquement défendue par Dominique. Demain, ce sera l'autre Dominique, qui nous portera jusqu'à l'aube au Laboratoire de sociologie juridique, rue Notre-Dame-des-Champs.

Pierre se greffait au cœur des deux Dominique – ou des trois. Pas question d'être en retard, pour le cueillir le matin de sa leçon. Pas question de laisser transparaître la moindre fatigue – la nuit fut si brève qu'il ne fut pas question de se raser ni de se laver... –. Lui grimpa dans la Lancia Y 10 avec un extraordinaire dynamisme. Aurais-je souffert, un instant, d'un moment difficile, d'une baisse de régime, Pierre était là.

Curieux renversement de perspective. J'aurais dû soutenir mon candidat. Lui me soutint et j'oubliai bien vite la nuit quasi-blanche pour plonger, à ses côtés, dans l'aventure du jour : sa leçon de 24 heures. Celle qui marque l'impétrant *ad vitam*.

Je conduisis prudemment, traversai le boulevard Montparnasse, poursuivis rue de Vaugirard, passant au pied de chez le Doyen Carbonnier (heureux présage), gagnai Saint-Germain puis la rue des Saints-Pères. Pierre bondit hors du véhicule. Il était confiant. Comment aurait-il pu ne pas l'être ?

Pour les doctorants, il était ce modèle de précision, de rigueur, de créativité. Tous avaient lu sa thèse, justement considérée comme un modèle. Tous aimaient l'homme, et admiraient l'auteur. Il était extraordinaire.

Pierre était de cette école, qui forçait l'admiration. L'école Michelle Gobert. Elle produisit maints agrégés. Mais au-delà, elle forgea tant de juristes de talent, et d'hommes.

Je pris ce trajet du métro Falguière à la rue des Saints-Pères comme un honneur et une gageure. Le conduire à destination devenait une impérieuse exigence, une mission de confiance que je ne pouvais trahir.

En double file, au pied de la Faculté de Médecine. Il revint, déjà pleinement concentré. Ce sera « L'amiable ». Il fallait, rapidement, regagner le Panthéon. Le boulevard Saint-Germain n'était pas encore gâché par quelque stupide politique de la ville. Le Panthéon fut rapidement rejoint. Encore doctorant, je pris conscience de la faveur extrême qui m'était faite, d'accompagner un agrégatif juste averti du sujet qui l'occuperait 24 heures durant. Le temps qui séparait la rue des Saints-Pères de la place du Panthéon fut un temps où les idées fusèrent. Pierre construisait déjà sa leçon, parlait à haute voix. Je l'écoutais.

L'équipe fut vite retrouvée, déjà à l'œuvre. Mais le plan était arrêté, dans son esprit. Traverser le VI^e puis un petit bout du V^e avait suffi à cette si belle mécanique intellectuelle pour jeter les bases de sa leçon.

Le reste de la journée fut un rêve. La plus belle manifestation d'une sublime harmonie de l'individuel et du collectif.

Pierre fut tout en maîtrise, révélant en cette occasion ses extraordinaires connaissances et compétences, mais témoignant aussi d'une remarquable faculté dans la gestion des hommes.

Nous finîmes de traiter de « L'amiable » au 182 avenue de Choisy, siège du CRIDON. La Lancia Y 10 trouva une place sur un emplacement « Taxi »...

Pierre élit domicile au dernier étage, dans cette salle destinée à accueillir les réunions plénières. Il était assis, stylo à la main. Nous nous succédions devant lui, lui dictant les parties rédigées par chaque binôme. Pierre écoutait, rectifiait, corrigeait, avec une clairvoyance que n'altérait pas l'heure avancée. Cette leçon était sa leçon. Il la maîtrisa de bout en bout.

Nous fûmes nombreux, à l'aube, à penser que l'agrégation s'obtenait non sur le titre, mais sur la possession d'état. Pierre était agrégé bien avant que son nom fût lâché, à une si belle place, par le président de son jury, en salle des Conseils.

Pierre était agrégé depuis bien longtemps. Le *tractatus* et le *fama* avaient fait leur office. Le titre les coiffa, avec un rôle amoindri : déclaratif, non constitutif.

Comment résumer un hommage à Pierre Crocq à une journée de sa vie ? Celle-là fut tellement révélatrice. Pierre y manifesta tous ses talents – ils étaient exceptionnels – ; il y montra aussi son profond attachement à l'autre. Son équipe donna tout pour lui, parce qu'elle l'aimait, parce qu'il l'aimait.

*
* *
*

Témoignage d'un collègue étranger

Atsushi Omura

Professeur à l'Université Gakushuin

Professeur émérite de l'Université de Tokyo

Pierre Crocq, le meilleur ami des juristes japonais. C'était au printemps 2019, juste avant sa disparition prématurée, que le Doyen Masahiko Iwamura et moi-même avons rencontré Pierre Crocq; deux rencontres successives à Paris et à Tokyo, à l'occasion de la signature de la convention académique entre l'Université Panthéon-Assas et l'Université de Tokyo. Cette convention a bien accéléré l'ouverture de notre Faculté vers l'Europe. En effet, jusqu'alors, nous n'avions conclu de telles conventions qu'avec certaines universités asiatiques et américaines. Nous avons choisi l'Université Panthéon-Assas en tant que premier partenaire européen. Ce choix nous semblait naturel, car même en l'absence de convention explicitement conclue, nous avons une longue histoire d'échanges académiques avec l'Université Panthéon-Assas. Il était aussi tout à fait naturel de contacter Pierre Crocq afin de lui demander son aide pour les démarches nécessaires, non seulement parce qu'il était depuis longtemps responsable des relations académiques avec le Japon – pays qu'il a toujours adoré – au sein de son Université, mais surtout parce que nous avions une parfaite confiance en lui. Chacun sait qu'il était un homme sincère et fidèle en amitié.

Le professeur Laurent Leveur a écrit que Pierre Crocq était vite devenu un spécialiste nationale-ment et internationalement reconnu du droit des sûretés. Oui, c'est vrai. Même dans un pays d'Extrême-Orient, tous les civilistes francophones consultent son ouvrage, écrit avec le professeur Laurent Aynès, *Les sûretés – La publicité foncière*. Sa thèse sur la *Propriété et la garantie* est très connue par les spécialistes de cette matière. En effet, il avait été invité au Japon plus de dix fois par diverses universités prestigieuses telles que Keio, Waseda et surtout Rikkyo, où l'un de ses meilleurs amis, Masamichi Nozawa, est Vice-président. Chaque fois qu'il est venu au Japon, il a donné des conférences, dont les textes, toujours soigneusement préparés, avaient été publiés en japonais¹.

Ces textes invitent fortement les jeunes chercheurs japonais à l'étude du droit français, surtout celui des sûretés, des biens et des obligations.

Il a profité de ses séjours au Japon qui l'ont conduit de la capitale, Tokyo, aux principales villes de l'Ouest telles que Osaka et Kyoto, et jusque dans les provinces que même les Japonais ne visitent pas souvent. Il était devenu un grand connaisseur et amateur de la culture japonaise. En employant des mots et expressions japonaises qu'il avait appris sur place pendant ses voyages, il cherchait à avoir des contacts avec les gens. Sa prononciation parfaite nous étonnait beaucoup. Il écoutait toujours la conversation en japonais avec grande curiosité et intensité. Tout cela montre ses hautes qualités en tant que comparatiste.

Sur le plan pédagogique, il ressemble beaucoup à sa directrice de thèse, Madame Michelle Gobert, qui est toujours si gentille et si accueillante. Après une conférence, il répondait toujours avec patience aux questions posées par les jeunes chercheurs. Son attitude aimable et délicate faisait forte impression sur tous les participants. Attirés par son caractère et son intelligence, de jeunes professeurs japonais lui

1. « L'évolution des sûretés en France à la fin du xx^e siècle et au début du xx^e siècle », *St Paul's Review of Law and Politics*, 2005, t. 69, p. 87; « L'évaluation de la réforme du droit des sûretés en France : succès ou échec ? » *Jurist*, 2008, n° 1365, p. 94; « L'introduction de la fiducie dans le Code civil français », *Journal of law, politics and sociology*, 2008, t. 81, vol. 9, p. 93; « L'information de la caution en droit français : évolutions récentes d'une réforme à venir », *Keio Law Journal*, 2005, t. 2, p. 189; « Les évolutions du cautionnement depuis le début du xx^e siècle », *St. Paul's Law Review*, 2013, t. 6, p. 147; « La protection de la caution en France et la réforme du Code civil au Japon », *St. Paul's Law Review*, 2014, t. 7, p. 79; « Les évolutions de la théorie du patrimoine en droit français au cours des vingt-cinq dernières années », *St. Paul's Law Review*, 2013, t. 6, p. 161; « Sûretés et procédures collectives en droit français », *The law review of Kinki University Law School*, 2014, t. 10, p. 161; « Cautionnement et surendettement des personnes physiques en droit français », *St. Paul's Law Review*, 2015, t. 8, p. 77; « Cautionnement et société », *St. Paul's Law Review*, 2015, t. 8, p. 91; « Les cessions de créance en droit français après la réforme du droit des obligations », *Nomos*, 2016, t. 39, p. 1; « Les contrats interdépendants après la réforme du droit des obligations », *St. Paul's Law Review*, 2017, t. 10, p. 202.

avaient demandé de superviser leurs études à Paris. Le cas exemplaire est celui de Madame Yuki Saito, professeure à l'Université d'Osaka, qui a séjourné à Paris au début des années 2010. Après elle, plusieurs autres l'ont suivie, et il reste encore des candidats. On pourrait dire qu'il y a une « École Crocq » au Japon. L'attraction de cette École Crocq, me semble-t-il, est due au moins en partie, à son épouse Dominique, toujours pleine de charme et de gaîté. L'appartement de la famille Crocq est une sorte d'abri sinon de paradis pour les jeunes chercheurs arrivés de pays bien lointains.

Avant de terminer, j'aimerais ajouter un petit souvenir personnel. Il y a quelques années, j'ai eu l'occasion de guider Pierre et Dominique dans le quartier de Sugamo, l'un des préférés des personnes âgées. Nous avons visité le Temple Koganji, très connu par son « Togenuki-Jizo », une sorte de Bouddha populaire au Japon, qui a le pouvoir, selon la légende, de soigner miraculeusement les maladies et prolonger la vie. Dominique avait longtemps prié au temple. Cela m'a beaucoup touché, car sa prière me semblait être pour Pierre. En gardant tant de souvenirs de leurs séjours au Japon, je me permets d'adresser à Dominique un message de sympathie profonde.

*
* *
*

Souvenirs d'un disciple

Antoine Gouëzel

Professeur à l'Université de Rennes 1

Pierre Crocq en séminaire de Master 2. – J'ai fait la connaissance de Pierre Crocq à l'occasion des séminaires de droit des biens et des sûretés dans le Master 2 Droit privé général; autant dire que nous avons beaucoup étudié le droit des sûretés, et peu le droit des biens. Nous étions seulement quatre étudiants – et nous nous sommes d'ailleurs tous les quatre lancés dans une thèse, ce qui ne saurait être un hasard – ce qui fut une chance exceptionnelle, et en même temps la source d'un travail colossal : nous ne pouvions nous cacher au fond de la salle. Je me souviens encore de la première séance, consacrée à la proportionnalité en droit des sûretés : ce fut un vrai choc intellectuel. Hauteur de vue, exigence à l'égard des étudiants, et en même temps instauration d'une véritable discussion; j'essaye depuis de l'imiter.

Pierre Crocq directeur de thèse. – Il existe plusieurs catégories de directeurs de thèse; Pierre Crocq faisait indiscutablement partie de ceux qui laissent une grande liberté à leurs doctorants.

Liberté dans le choix du sujet. Lorsque j'ai sollicité Pierre Crocq pour qu'il dirige ma thèse, une première réunion a porté sur la détermination du sujet. À cette occasion, il m'a proposé de nombreux thèmes, et m'a demandé d'y réfléchir. Je lui ai finalement proposé un sujet, qui ne faisait pas partie de sa liste. Il l'a accepté sans difficulté : c'est la liberté du doctorant. Mais cette liberté peut être mal exercée. Je suis revenu vers lui quelques mois plus tard : je ne parvenais pas à me saisir de mon sujet et lui demandais de pouvoir en changer, au profit de l'une des propositions qu'il m'avait précédemment faites. Il l'a de nouveau accepté sans difficulté. Cette fois-ci, le choix était le bon, et je ne me suis jamais lassé de ce sujet.

Liberté dans le contenu de la thèse. Sa seule exigence : il fallait que, dans chaque chapitre, figure une idée originale. La thèse a inévitablement une dimension de synthèse, mais elle ne peut se limiter à cela; le doctorant doit apporter ses idées propres. L'exigence dépasse d'ailleurs le seul cadre de la thèse : il s'agit de n'écrire que lorsque l'on a quelque chose à dire.

Cette liberté n'était aucunement un blanc-seing. Quand certaines pages lui plaisaient moins, il n'hésitait pas à le faire remarquer. Il me l'avait annoncé dès le départ : s'il estimait une réécriture nécessaire, je devrais réécrire.

Pierre Crocq et ses chargés de travaux dirigés. – C'est dans l'équipe de Pierre Crocq que, jeune doctorant, j'ai assuré mes premiers travaux dirigés. Devenu maître de conférences puis professeur, j'ai repris sa méthode.

Pierre Crocq transmettait son cours aux différents membres de son équipe, ce qui était particulièrement confortable. Tout chargé de travaux dirigés a été confronté durant sa carrière à un étudiant soutenant que le professeur avait tenu tel propos, *a priori* étonnant, en amphithéâtre, sans être en mesure de savoir si tel était bien le cas, si l'étudiant avait mal compris, ou s'il s'agissait d'une pure invention de sa part. Aucun risque avec Pierre Crocq, puisque nous connaissions la teneur exacte de son cours.

Il assurait par ailleurs lui-même la direction de son équipe, confectionnait les fiches et élaborait les exercices. Dans ce cadre, l'exigence n'était pas un vain mot : je me rappelle le sujet d'examen de droit des sûretés, redoutablement long et difficile, qu'il avait soumis à la sagacité des étudiants ; nous avons dû noter les copies sur 25, et malgré cela la moyenne n'était guère brillante !

Pierre Crocq au service de l'Université. – Pierre Crocq n'était nullement opposé à ce qu'un enseignant-chercheur ait des activités extérieures à l'Université ; les relations avec les praticiens du droit lui semblaient au contraire très fécondes. En revanche, l'important était de toujours placer l'Université à la première place ; il me l'avait encore réaffirmé quelques mois avant son décès. La liste de ses responsabilités administratives en témoigne suffisamment : directeur de l'IEJ de l'Université d'Angers au début de sa carrière, et de celui de Paris II pendant près de dix ans ; président de l'association des directeurs d'IEJ ; responsable du centre Assas ; directeur du collège de droit... Le nombre de ses publications, jusqu'à la fin, en atteste également.

*
* * *

Hommage de l'équipe de l'Institut d'études judiciaires de l'Université Panthéon-Assas

Sophie Gjidara-Decaix

Maître de conférences HDR à l'Université Panthéon-Assas
Directrice des études de l'IDC

Pauline Le Monnier de Gouville

Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas
Directrice des études de l'IEJ Pierre Raynaud

Pascale Martin-Bidou

Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas
Directrice des études de l'IHEI

L'Institut d'études judiciaires Pierre Raynaud a perdu son directeur, le Professeur Pierre Crocq. C'est une équipe qui se range derrière cette tragique disparition, et les trois directrices successives des études que nous sommes témoins de souvenirs heureux précieusement gardés. Pierre Crocq et ses drôles de dames, la formule prête à sourire, et c'est bien le sourire d'un formidable chef d'équipe que l'on souhaite conserver au cours de ces prochaines années, les yeux rieurs derrière une fine monture de lunettes dorée.

Ce sourire était d'abord celui d'une forme d'élégance. Il est poli d'être gai, dit-on. Pierre Crocq était très poli. Avenant, malicieux et accessible, souvent le mot pour rire, davantage encore si c'était de lui. La gentillesse est assurément une marque d'élégance, et nul doute que toute l'équipe aura aimé prendre le temps de discuter et d'échanger dans « l'arrière-boutique » de l'IEJ, là où se passe ce que les étudiants ne savent, là où se déroule la vie de l'IEJ, pleine d'enthousiasme mais aussi de remises en questions. Cette élégance se retrouvait dans sa discrétion et sa pudeur, si grandes jusqu'au dernier jour.

Ce sourire était aussi la marque de la confiance. Confiance envers tous les membres de son équipe et il aura été précieux d'apprécier, en tant que directrices des études, sa recherche d'un juste équilibre entre une coopération déterminée et le souhait de laisser chacune d'entre nous autonome, nous impliquant à part entière dans toutes ses entreprises. C'est avec passion que Pierre Crocq aura mené, près de dix ans, la direction de nos préparations aux examens et concours (CRFPA, magistrature, officiers et commissaires de police, officiers de la gendarmerie nationale) des professions judiciaires. La qualité des formations et la satisfaction des étudiants étaient pour lui une priorité. C'est avec énergie qu'il aura contribué à l'application des réformes de l'examen d'entrée aux Centres régionaux de formation professionnelle d'avocats et du concours d'accès à l'École nationale de la magistrature, revêtant sa casquette, depuis 2011, de Président de l'Association nationale des Directeurs des Instituts d'études judiciaires. C'est avec bienveillance qu'il aura pu, avec la mobilisation de tous les directeurs et directrices d'IEJ, porter nos voix auprès des autorités publiques et instances représentatives des professions judiciaires ; développer, également, les relations entre les Instituts et promouvoir l'égalité. Respectueux des avis divergents, confiant, il endossait au service des Universités ce double rôle de directeur et de Président, qui lui tenait particulièrement à cœur.

Ce sourire, enfin, était celui de l'enthousiasme. Il fallait pouvoir le suivre ! Idées, propositions, renouvellement et mises à jour (informatiques ? Pierre Crocq nous laisse ses joyeux tableurs Excel, statistiques et documents codés, mais aussi ses astuces numériques qu'il aimait partager). Pierre Crocq était résolument ancré dans la modernité, de l'apprentissage et de nos formations, toujours soucieux de rechercher les meilleures solutions pour préparer, par voie numérique, les étudiants ne pouvant assister à nos enseignements. Optimiste, il aimait à le répéter : il faut se tourner vers l'avenir.

L'avenir. Nous avons évidemment une pensée émue pour son épouse Dominique, ses enfants, Caroline et Édouard, et son petit-fils Gaspard dont il aimait si souvent parler, racontant comment déjà, même tout petit, il entendait l'initier à la lecture du Code civil. Après cette disparition brutale, nombre de voix se sont élevées pour rendre hommage à ce grand Professeur. Pierre Crocq aurait certainement apprécié la façon dont l'équipe de l'Institut d'études judiciaires Pierre Raynaud a pu être entourée de collègues et des membres de l'Association des Directeurs d'IEJ bienveillants, solidaires, et animés du sens du devoir universitaire. De bonnes intentions, tournées elles aussi vers l'avenir, à la mémoire de Pierre Crocq.

Projet

Dans chaque numéro, la RDA permet de faire connaître un projet – en gestation, sur le point ou récemment acté – dans un entretien ou un texte rédigé par une personne intéressée à ce projet.

La République Injuriée, Histoire des offenses au chef de l'État de la III^e à la V^e République

Olivier Beaud

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Directeur adjoint de l'Institut Michel Villey

Entretien en date du 30 septembre 2019, effectué par **Raphaëlle Théry**, Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas, à l'occasion de la parution, en septembre 2019, de l'ouvrage d'Olivier Beaud, consacré à une histoire des offenses au chef de l'État.

Raphaëlle Théry (R.T.) – Comment avez-vous été amené à travailler sur les offenses au chef de l'État ?

Olivier Beaud (O.B.) – Deux éléments ont joué. Le premier, c'est que je m'étais intéressé au statut pénal du Président de la République et j'avais donc étudié la question de l'immunité. Or, l'offense au chef de l'État est la seconde face de son statut pénal : c'est un exemple supplémentaire de dérogation à la loi pénale, puisque le Président bénéficie d'une protection spéciale grâce à ce délit. L'idée d'un tel statut particulier, qui dérogeait au droit commun, est ce qui avait initialement retenu mon intérêt. Cela rejoignait mes préoccupations plus larges sur l'articulation entre droit constitutionnel et droit pénal, telle que je l'avais examinée dans mon ouvrage sur le sang contaminé¹.

Le deuxième élément est un peu dû au hasard : j'ai eu la chance de découvrir précocement aux Archives Nationales les archives présidentielles du fonds de Gaulle (5AG1), et j'ai pu consulter, avant même que l'inventaire en soit réalisé (par Madame Even) et publié, cinq cartons d'archives sur les offenses. En dépouillant attentivement ces cartons, j'ai pris la mesure de leur richesse et j'ai pensé qu'il y aurait un livre à écrire sur « *les offenses sous de Gaulle* ».

1. O. Beaud, *Le sang contaminé – Essai critique sur la criminalisation de la responsabilité des gouvernants*, PUF, 1999.

Le livre s'est toutefois transformé en une histoire plus globale lorsque j'ai fait une deuxième découverte, toujours aux Archives Nationales, celle d'un gros carton portant, cette fois, sur la période de Vichy : j'ai pensé qu'il fallait absolument traiter ce matériau inédit, et faire un livre plus complet, intégrant Vichy et de Gaulle : cela supposait de remonter à 1881, date de la loi sur la liberté de la presse, qui prévoit ce délit d'offense.

R.T. – Dans votre livre, il est question d'offense, d'injure, d'outrage, de diffamation... Cette terminologie s'articule autour de deux axes, incarnés par deux théories de l'offense au chef de l'État – d'un côté une conception libérale, et d'un autre côté, une conception autoritaire, « illibérale ».

O.B. – L'offense est effectivement le terme technique, qui a déjà été utilisé dans la loi sur la presse de 1819, pour l'offense au Roi. C'est l'équivalent de l'outrage, mais elle présente une particularité : elle ne concerne qu'un homme, le chef de l'État. Alors qu'il peut y avoir outrage « à magistrat », l'offense, elle, ne peut concerner que le chef de l'État. Le mot « offense » renvoie donc à une personne particulière.

L'offense n'est pas définie par la loi de 1881 et se prête dès lors, techniquement, à deux approches.

Selon une conception *libérale*, les juges interprètent l'offense comme étant soit l'injure, soit la diffamation, deux délits de droit commun. Selon une conception plus autoritaire, ou « *illibérale* », le délit d'offense ne se limite pas à l'injure ou à la diffamation. En pratique, cela signifie que l'irrévérence, ou la moquerie railleuse, sont également passibles de poursuites pénales, au titre de l'offense. Le concept d'offense est alors étendu très largement, et peut devenir parfois un simple délit d'opinion, ce qui est contraire à l'intention des rédacteurs de la loi de 1881 relative à la liberté de la presse.

R.T. – Vous parlez très souvent de « justice politique » dans votre ouvrage et vous faites notamment appel au concept d'infraction politique. Vous mettez en œuvre la notion pour désigner une situation dans laquelle l'infraction a pour cible un homme politique. Mais il semble que l'infraction soit surtout politique parce que le pouvoir politique joue un rôle déterminant dans le contenu et la mise en œuvre de l'incrimination. Peut-on en déduire que même dans la conception libérale, une telle infraction présente une certaine plasticité, qui fait toujours peser un risque d'arbitraire ?

O.B. – C'est une interprétation que l'on peut donner, en effet. Les pénalistes estiment ainsi qu'il y a une singularité du délit politique dans la mesure où, par exemple, la peine qui le sanctionne ne peut pas être assortie de la contrainte par corps. En outre, et c'est là un point essentiel, dans la conception libérale de 1881, c'est la cour d'assises qui est compétente pour statuer sur l'offense. Le délit d'offense est établi au terme d'un jugement prononcé par les jurés, au nom du peuple. Ce n'est donc pas le tribunal correctionnel qui est compétent, alors même qu'il s'agit d'un délit. Les délits de presse sont considérés comme des délits *politiques*.

Dès lors, à l'évidence, tout délit politique peut être instrumentalisé. C'est ce que je montre non seulement à propos de Vichy, mais aussi à propos de la présidence de Mac Mahon. Dans ce cas, on a ce que j'appellerais un délit purement politique, un délit d'opinion : le fait même de critiquer le chef de l'État devient délictueux, et la manière dont le délit est utilisé offre un cas typique d'arbitraire.

Sous de Gaulle, la pratique est différente dans la mesure où il n'y a pas eu de poursuites systématiques – comme ce fut le cas sous Vichy –, alors même que le général de Gaulle, dans son ordonnance de 1944, a confirmé le changement majeur opéré en 1940 par une loi de Pétain, au terme de laquelle c'est le tribunal *correctionnel* qui est désormais compétent pour statuer sur les offenses, et non plus les jurys populaires des cours d'assises. Sans être « autoritaire », la jurisprudence sous de Gaulle a été peu libérale, car les magistrats (y compris ceux du siège), même s'ils sont indépendants selon la Constitution de 1958, ont été « sensibles » à la pression politique du pouvoir exécutif, pression que le livre « documente ». Ainsi, sous la V^e République, la Cour de cassation va, dès 1960, interpréter la notion d'offense de manière extensive, ce qui va lui permettre la condamnation des journalistes et écrivains d'extrême-droite – car ce sont eux qui sont poursuivis –, qui ont commis des prétendues offenses à de Gaulle.

R.T. – Il est d'ailleurs intéressant de relever qu'aujourd'hui, l'incrimination des infractions politiques semble réduite à peau de chagrin. Le sort réservé à l'offense vous paraît-il révélateur de cette évolution plus générale du droit pénal ?

O.B. – Officiellement, oui, à première vue. Mais on peut aussi considérer qu'il existe de nos jours des délits politiques sans nom. Je songe à tout ce qui concerne le terrorisme : pour certains auteurs, on a réinventé des délits politiques, mais sans le dire. Il y a donc une sorte d'hypocrisie du droit pénal moderne, qui ne dit pas vraiment les choses. On peut penser par exemple aux procès contre l'organisation *Action Directe* : ces procès visaient des ennemis politiques poursuivis dans le cadre du droit pénal commun, mais en réalité il s'agissait pour partie de procès politiques en raison du projet même des personnes incriminées, qui avaient elles-mêmes une visée politique. Donc il est difficile de dire que le délit politique a disparu.

On a bien un régime particulier pour l'offense, dans la mesure où on est en présence d'une justice *ordinaire* – tribunal correctionnel – qui tranche un conflit quelque peu « extraordinaire ». On est loin des juridictions d'exception (Cour militaire de justice, Cour de sûreté de l'État) créées par de Gaulle pour faire juger et condamner les activistes de l'Algérie française. L'offense met aux prises d'un côté, le chef de l'État, représenté par le Parquet, et d'un autre côté, des opposants d'extrême droite, qui attaquent très violemment, dans la presse, le chef de l'État.

R.T. – Votre ouvrage est à la fois un ouvrage d'histoire du droit et de droit constitutionnel. Une thèse centrale que vous défendez est, me semble-t-il, qu'il existe un lien évident entre le type de régime dans lequel on se trouve et la conception de l'offense qui est privilégiée. Mais vous mettez en évidence deux variables : la variable constitutionnelle, certes, mais aussi une variable « personnelle » puisque dans un même régime constitutionnel, un chef d'État peut mettre en œuvre à sa manière sa conception de l'offense, bien distincte de celle qu'un autre pourra faire prévaloir...

O.B. – Oui, ces deux variables sont assurément à l'œuvre.

D'abord, la variable du *régime* : le délit d'offense, qui est formellement prévu par l'article 26 de la loi du 29 juillet 1881, change de sens suivant les régimes constitutionnels, avec une typologie tripartite. D'abord, on a le régime libéral (III^e et IV^e Républiques), avec très peu de poursuites. Même lorsqu'il y a des poursuites, notamment sous la IV^e République, le juge interprète libéralement l'offense. Ensuite, on a les régimes autoritaires, avec deux exemples massifs : Mac Mahon après le coup d'État du 16 mai 1877, qui utilise l'offense pour réprimer les républicains et pour pouvoir gagner les élections ; et puis surtout le régime de Vichy, où là il s'agit de l'offense comme parole publique – rappelons que la presse est censurée, donc il ne s'agit pas d'articles de journaux ni de textes d'écrivains – : c'est la parole de l'homme ou de la femme de la rue qui manifeste son mécontentement et qui apostrophe Pétain dans des termes en général peu châtiés. Et puis on a le régime de De Gaulle, qui n'est ni autoritaire, à mon avis, mais qui n'est pas non plus libéral : de Gaulle va en effet utiliser le délit d'offense pour réprimer systématiquement la presse d'extrême-droite, à une époque – et c'est la raison pour laquelle mon jugement est pondéré sur cette réaction – où l'extrême droite veut l'assassiner. Donc c'est une situation dans laquelle il est extrêmement attaqué, menacé, physiquement bien sûr, mais aussi par des écrits souvent assez immondes.

À la variable constitutionnelle s'ajoute la variable *personnelle* : sous la V^e République, de Gaulle va ainsi largement activer ce délit. Georges Pompidou, de son côté, le mettra en œuvre, mais peu – quatre fois. Quant à Valéry Giscard d'Estaing, il décide de ne plus l'appliquer. Il sera suivi à la fois par François Mitterrand et Jacques Chirac. L'exception viendra de Nicolas Sarkozy, qui a laissé poursuivre un militant du Front de Gauche qui l'avait apostrophé en brandissant cette fameuse pancarte sur laquelle était inscrit « Casse-toi, pauv'con », lui renvoyant donc l'insulte qu'il avait lui-même adressée, quelques jours auparavant à un citoyen au salon de l'Agriculture.

R.T. – Justement, le délit d'offense a été supprimé sous la présidence de François Hollande, à la suite notamment de cette affaire. Mais l'usage qu'en a fait Nicolas Sarkozy ne semble guère vous plaire : il mobilise, expliquez-vous, la théorie du « Président citoyen ». Selon

cette conception, l'offense ne serait pas une prérogative honorifique du chef de l'État, mais une simple incrimination ordinaire : le président mériterait autant – ni plus, ni moins – de protection en matière d'injure ou de diffamation que tout autre citoyen ou justiciable. Vous voyez donc dans cet usage l'une des manifestations du mouvement actuel de désacralisation de la fonction présidentielle ?

O.B. – En effet, je montre dans l'ouvrage que Nicolas Sarkozy a utilisé une fois l'offense. Ensuite, il l'a abandonnée et, comme ses deux prédécesseurs, il a utilisé le droit civil pour se défendre, en invoquant la formule du « Président citoyen ». Selon cette conception, le Président aurait les mêmes droits qu'un citoyen ordinaire et pourrait donc utiliser notamment le droit à la protection de l'image privée – notamment via l'article 8 de la Convention EDH – pour se défendre.

J'y vois pour ma part une régression : ce n'est pas un bon système, dans la mesure où cela coexiste avec la face inverse, à savoir que le président continue à bénéficier d'une immunité. Ainsi, lorsque cela l'arrange, le Président est un citoyen comme les autres ; il veut pouvoir poursuivre sur le fondement du droit civil. Mais lorsque cela l'arrange – aussi –, il fait jouer son immunité pour se protéger des affaires assez nombreuses qui le concernent.

R.T. – Est-ce que finalement vous ne regrettez pas la suppression du délit d'offense ? Il semble en effet que vous proposez une conception de l'offense qui n'est ni libérale, ni autoritaire, mais plutôt républicaine, au sens où son incrimination serait justifiée parce qu'elle permet de protéger la République.

O.B. – En effet, je défends à la fin du livre l'idée selon laquelle il la République doit se défendre contre ses ennemis et les combattre ; c'est une nécessité. Or, l'offense relève précisément d'une conception qu'on pourrait appeler de « République combative ». C'est cette conception que de Gaulle avait encore à l'esprit – il voulait défendre les institutions.

Mais aujourd'hui les hommes politiques sont complètement désarmés devant le tombereau d'insultes qui s'abat sur eux : ce n'est pas sain du point de vue de la théorie de la démocratie. Démocratisation de la vie politique ne signifie pas démocratisation de l'insulte...

R.T. – Vous faites d'ailleurs allusion à l'actuel président de la République, qui a prétendu restaurer une forme de « verticalité » de la fonction présidentielle. Pensez-vous qu'il ait réussi ?

O.B. – La méthode mise en œuvre par Emmanuel Macron n'est pas cohérente : théoriquement, il a réaffirmé sa volonté de réintroduire le respect du chef de l'État – on ne le tutoie pas par exemple – mais il n'y a pas eu de conséquences concrètes : à ma connaissance, le Parquet a très peu poursuivi ceux qui l'ont insulté – et la liste est longue. Il est donc resté à mi-chemin : il est assez paradoxal de le voir afficher une volonté de réinstaurer une certaine dignité à la fonction, et d'observer qu'en pratique, aucune suite n'est donnée à cette volonté.

R.T. – Vous mettez bien en lumière un autre élément, qui est sans doute l'une des autres thèses importantes de votre livre : tous les procès portant sur les offenses au chef de l'État concernent des individus situés politiquement aux « extrêmes ». Spécialement sous de Gaulle, l'offense provient massivement d'individus issus de l'extrême droite. Et vous montrez notamment comment l'extrême droite peut instrumentaliser un outil qui n'est pas traditionnellement prisé ni même recherché par elle, à savoir la liberté d'expression. De plus, lorsque vous examinez de près le contenu des offenses, vous semblez faire émerger une différence assez nette entre l'extrême droite et l'extrême gauche : il y aurait une vraie culture de l'insulte et de l'attaque verbale à droite, que l'on trouvait par exemple chez Maurras, alors qu'à l'extrême gauche ce serait moins le cas, l'offense étant plus difficile à dissocier de l'attaque politique.

O.B. – Oui, c'est ce que je dis dans un passage du livre, en effet : l'extrême droite défend la liberté d'expression de manière purement instrumentale. La première chose qu'elle ferait si elle arrivait au pouvoir, ce serait de la supprimer. Donc c'est toujours le débat : que faire quand on est au pouvoir et

que l'on a affaire à des personnes qui usent des armes libérales à des fins « illibérales » ? Je pense que sur ce point de Gaulle a été relativement cohérent : il savait à qui il avait affaire. L'une des choses qui m'ont saisies en écrivant ce livre, c'est qu'à certains égards, de Gaulle revit, à travers ce conflit avec l'extrême droite, ce qui s'est passé entre Vichy et Londres : il est de nouveau accusé d'être le traître à la Nation (à cause de l'Algérie), comme au temps de la guerre. Il est animé par la ferme résolution de ne pas céder à une extrême droite qui est très largement l'héritière de Vichy. Il est intéressant de voir que se rejoue ainsi, quinze ans plus tard, la guerre civile larvée entre la France de Vichy et celle de Londres.

R.T. – Lorsque vous évoquez les critiques libérales de l'incrimination d'offense, comme celle de Clemenceau notamment, vous dites qu'il s'agit des partisans d'une liberté d'expression absolue. Mais ce n'est pas parce que l'on est hostile à l'offense qu'on est partisan d'une liberté d'expression sans limite. N'est-il pas étonnant qu'aucun argumentaire ne mobilise des arguments que l'on trouve beaucoup dans la jurisprudence états-unienne ? Je pense à la distinction entre discours et acte, qui est fondamentale pour les libéraux, ou bien encore à l'idée selon laquelle il existerait des discours de moindre valeur – notamment dans la doctrine des « fighting words » – qui bénéficieraient d'une moindre protection constitutionnelle. Est-ce que parce que tout cela est étranger à notre culture juridique ?

O.B. – Oui, je pense que c'est tout à fait étranger à notre culture juridique. Les Américains ont placé très haut la liberté d'expression parce qu'ils l'ont considérée comme une liberté politique, alors que les Français ont mis beaucoup de temps, en dépit de l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, à donner l'extension nécessaire à la liberté d'expression. Il a fallu la jurisprudence audacieuse de la Cour Européenne des Droits de l'Homme relative à l'article 10 CESDH pour que la jurisprudence de la Cour de cassation se libéralise. Nous n'avons pas une tradition de *free speech*. Et d'ailleurs, si Clemenceau est si bon et si virulent dans son plaidoyer en faveur d'une liberté absolue d'expression (lors des débats de 1881), c'est parce qu'il a habité plusieurs années aux États-Unis et qu'il a apprécié les vertus du « free speech ». Mais on n'a donc pas du tout les mêmes ressources intellectuelles, et le débat en France est assez pauvre : il consiste simplement à opposer la licence à la liberté, ce qui, d'un point de vue intellectuel, est un peu maigre. C'est une limite du débat, qui à cet égard me paraît beaucoup moins fin et subtil qu'aux États-Unis.

R.T. – Dernière question : quelle est l'insulte que vous préférez dans le florilège que vous nous offrez ?

O.B. – « Je ne dis pas Pétain ; je dis putain ». Ce n'est pas très « distingué », mais le peuple fait des jeux de mots, souvent vulgaires d'ailleurs, pour exprimer sa colère. Ce n'est pas nouveau, et c'est même plutôt actuel.

Variétés autour du droit

Dans chaque numéro, la RDA donne à tous – étudiants, doctorants, docteurs, universitaires, praticiens, juristes, non-juristes – la possibilité de rédiger une contribution autour du droit, des études en droit, de la vie universitaire, etc.

Chronique d'une affaire judiciaire gallinacée – Quand Saint-Pierre entend le chant du coq

Jeanne de Dinechin

Doctorante contractuelle chargée d'une mission d'enseignement à l'Université Panthéon-Assas

« Une belette, ayant attrapé un coq, voulut donner une raison plausible pour le dévorer. En conséquence, elle l'accusa d'importuner les hommes en chantant la nuit et en les empêchant de dormir. Le coq se défendit en disant qu'il le faisait pour être utile ; car s'il les réveillait, c'était pour les rappeler à leurs travaux accoutumés »¹.

Avant nos réveils à la sonnerie stridente qui faisaient trembler nos tables de chevet, avant nos smartphones sophistiqués capables de nous réveiller dans tous les fuseaux horaires du monde, le réveil était bien souvent assuré par un être de chair et de plumes qui nous enjoignait, une fois le soleil levé, de quitter les bras de Morphée. Toutefois, il est des temps bénis où, au lieu de maudire la sonnerie qui nous arrache à nos rêves, au lieu de lutter contre la tentation de

tester la résistance du boîtier à un choc à grande vitesse contre le mur d'en face, nous pouvons nous offrir le luxe de la grasse matinée. En effet, nous ne sommes pas tous d'incurables sportifs prêts à se lever aux aurores pour profiter du grand air : certains d'entre nous considèrent que les rêves peuvent se prolonger plus loin que l'aube. Malheureusement, il arrive encore aujourd'hui que le réveil impitoyablement ponctuel soit suppléé par les vocalises matinales d'un coq.

Charmant son bucolique ou cruel réveil forcé ? C'est la question qui s'est récemment posée dans le village de Saint-Pierre, sur l'île d'Oléron, où un couple de vacanciers a intenté à ses voisins une action en troubles anormaux du voisinage pour avoir été, de manière répétée, réveillé aux aurores par le chant de Maurice, leur coq. Quelle joie pour une doctorante en droit

1. Esope, « La Belette et le Coq », *Fables*, Les Belles Lettres, traduction par Émile Chabry, 1927, pp. 8-9.

que de garder contact avec le monde judiciaire jusqu'à l'île non déserte où elle passe ses vacances d'été ! Quel bonheur que de voir le droit civil la suivre jusqu'à la plage et à vélo parmi les parcs à huîtres et les roses trémières ! En effet, il ne suffit pas de passer le pont de l'île d'Oléron pour perdre le contact avec le droit et ses palpitants rebondissements.

Saisi de l'affaire, les juges du tribunal d'instance de Rochefort devaient donc déterminer si le chant du coq Maurice, constaté par huissier entre 6 h 30 et 7 h 00 du matin², constituait un trouble anormal du voisinage.

Apparue devant la Cour de cassation à l'occasion d'un arrêt rendu le 27 novembre 1844 par la chambre civile au sujet d'une fabrique au visa des articles 1382 et 544 du code civil³, la responsabilité pour troubles anormaux du voisinage a connu une forte évolution et donne désormais lieu à un contentieux aussi varié que foisonnant. Il s'agit d'empêcher, non pas tout désagrément de la vie en communauté, mais simplement ceux qui dépasseraient le seuil de ce qui doit être considéré comme « normal » en un lieu donné⁴. Si ce régime juridique a longtemps eu pour fondement la faute, cette dernière a disparu : il n'est désormais plus possible à celui à qui l'on reproche de causer un trouble anormal du voisinage de se libérer en prouvant son absence de faute⁵. Ainsi, les propriétaires de Maurice n'auraient pu faire taire les revendications de leurs voisins en invoquant leur impuissance face aux turpitudes du

gallinacé : ils doivent, si les conditions sont réunies, répondre de ses moindres fantaisies.

Pendant, Maurice n'est pas le seul animal entraîné devant les prétoires pour avoir importuné son entourage. Qu'en sera-t-il de Sésame, le cheval comtois habitant l'Alsace dont le bruit, l'odeur et l'attrait qu'il suscite auprès des mouches dérangent ses voisins⁶ ? Ces derniers, déboutés le 3 juillet 2018 par le tribunal d'instance de Guebwiller, ont fait appel : l'audience se tiendra le 18 novembre 2019⁷. Et *quid* des canards « aux caquètements "incessants" »⁸ dans le sud-ouest de la France ? Dans des affaires antérieures, la Cour de cassation avait ainsi pu décider que les odeurs provoquées par des porcheries⁹ mais également les bruits occasionnés par des paons¹⁰ ou encore les aboiements d'un chien¹¹ constituaient un trouble anormal du voisinage. À l'inverse, un poulailler dans une zone rurale ne peut caractériser un tel trouble en raison de sa situation¹².

Le 5 septembre 2019, le tribunal d'instance de Rochefort a délibéré, donnant raison à Maurice, « être vivant doué [d'une] sensibilité »¹³ – artistique – de nature à troubler le repos de ses voisins. Trois des questions tranchées par les juges seront ici exposées.

Est-il anormal que Maurice chante ? Pas selon les juges du tribunal d'instance de Rochefort : « attendu qu'il n'est pas contesté que le coq [...] chante ; que tel est d'ailleurs généralement le

-
2. TI Rochefort-sur-Mer, 5 sept. 2019, n° 11-19-000233, décision rendue au sujet du « coq Maurice ».
 3. G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité – Traité de droit civil*, sous la direction de Jacques Ghestin, LGDJ, 3^e éd., 2006, n° 939, p. 1199.
 4. Sur ce point, voir V. Gaillot-Mercier, « Troubles de voisinage », *Répertoire civil Dalloz*, n° 50 et 51.
 5. G. Viney, *Introduction à la responsabilité – Traité de droit civil*, sous la direction de Jacques Ghestin, LGDJ, 3^e éd., 2008, n° 23, p. 34.
 6. E. Dafour, « Les animaux face à la justice : après le coq Maurice, le cheval Sésame attend son procès », Ouest France, 20 sept. 2019, <https://www.ouest-france.fr/societe/les-animaux-face-la-justice-apres-le-coq-maurice-sesame-le-cheval-attend-son-proces-6529337?fbclid=IwAR3vrWbzqymk0ZRtdmz9ZjxjABKdmf-qOPljToNSgBvI9Rlr3TXpnRx9hro>.
 7. E. Dafour, « Les animaux face à la justice : après le coq Maurice, le cheval Sésame attend son procès », Ouest France, 20 sept. 2019, <https://www.ouest-france.fr/societe/les-animaux-face-la-justice-apres-le-coq-maurice-sesame-le-cheval-attend-son-proces-6529337?fbclid=IwAR3vrWbzqymk0ZRtdmz9ZjxjABKdmf-qOPljToNSgBvI9Rlr3TXpnRx9hro>.
 8. I. Chambon, « Landes : son voisin l'attaque en justice pour des canards trop bruyants », *Sud-Ouest*, 27 août 2019 : <https://www.sudouest.fr/2019/08/27/conflict-de-canards-dans-le-voisinage-6487215-3452.php>.
 9. Civ. 2^e, 11 oct. 1989, n° 88-15.885, cité par V. Gaillot-Mercier, « Troubles de voisinage », *Répertoire civil Dalloz*, n° 57.
 10. CA Aix-en-Provence, 10 mai 2012, n° 11/15955.
 11. Civ. 2^e, 6 déc. 1995, n° 93-21.720, cité par F. Pasqualini, « L'animal et la responsabilité civile : une année de jurisprudence », *LPA*, n° 80, 03 juill. 1996, p. 15 n° 15.
 12. CA Riom, 7 sept. 1995, cité par N. Kilgus, « Le coq Maurice à l'île d'Oléron : libre de chanter », *Dalloz actualités* du 12 septembre 2009.
 13. Art. 515-14 du C. civ.

propre d'un coq »¹⁴. Le chant du coq, en tant qu'émanant d'un coq, n'est pas anormal en soi.

Maurice est-il un « Coq des villes » ou un « Coq des champs »¹⁵ ? Le débat s'est également porté sur la question de savoir si la commune de Saint-Pierre d'Oléron devait être considérée comme une zone « rurale » ou « urbaine »¹⁶, l'enjeu de la qualification étant le caractère « anormal » des vocalises matinales de l'animal. Surnommée « la lumineuse » par Pierre Loti¹⁷, l'île d'Oléron, territoire de 174 kilomètres carrés¹⁸ abritant quelque 21 000 habitants¹⁹, au sud de l'île de Ré, non loin de Fort Boyard et de Rochefort, est le résultat d'un réchauffement climatique survenu vers 2 500 avant notre ère²⁰ : elle est désormais rattachée au continent par un pont entre Bourcefranc-Le-Chapus et le Château-d'Oléron. Saint-Pierre, « centre géographique et économique de l'île »²¹, « sans conteste la capitale de l'île d'Oléron »²², comprend environ sept mille habitants permanents et accueille près de cinq fois plus de vacanciers chaque été²³. En dépit du plan d'occupation des sols qui avait penché pour la « zone urbaine »²⁴, le juge a estimé que cette partie de Saint-Pierre pouvait « être qualifiée de manière générale de rurale et en outre à distance raisonnable du centre-ville de

cette commune »²⁵. D'où une tolérance accrue attendue des voisins de Maurice, « coq des chants »²⁶. Cependant, ainsi que l'a souligné un auteur, « la décision ne valide pas, par principe, tous les bruits d'animaux au seul motif que la zone concernée est rurale »²⁷.

Le chant du coq Maurice est-il anormal ?

Suite aux constatations faites par huissier aux premières heures du jour, il semble que le chant du coq n'ait pas été considéré par les juges comme anormal, « [...] faute de démontrer l'existence d'un bruit répétitif, durant longtemps ou intense [...] »²⁸ : en effet, l'huissier aurait constaté des chants entre 6 h 30 et 7 heures du matin, de manière interrompue et qui ne seraient que « perceptibles » une fois la fenêtre fermée²⁹. Maurice ne serait donc pas un coq particulièrement bruyant. Ainsi, la décision aurait peut-être été différente si le chant avait été, selon les mots du juge « répétitif » ou « intense »³⁰.

*
* *

Selon certains, Maurice est devenu un « symbole de la ruralité »³¹ contre ceux qui souhaiteraient « réduire la campagne au silence »³² : on citera les exemples des cigales trop bruyantes dans le

14. TI Rochefort-sur-Mer, 5 sept. 2019, n° 11-19-000233, décision rendue au sujet du « coq Maurice ».

15. J. de La Fontaine, « Le Rat de ville et le Rat des champs », Livre I, Fable 9.

16. TI Rochefort-sur-Mer, 5 sept. 2019, n° 11-19-000233, décision rendue au sujet du « coq Maurice ».

17. <http://www.ile-oleron.info/>; <https://www.oleron.fr/>

18. <http://www.ile-oleron.info/>

19. <http://www.ile-oleron.info/> : 21 790 pour être exact, chiffre datant de 2012.

20. Th. Sauzeau, *Oléron*, Geste éditions, coll. « Petite histoire », 2016, p. 8.

21. Site officiel de Saint-Pierre d'Oléron, rubrique Accueil > Découvrez Saint-Pierre d'Oléron > Présentation de Saint-Pierre d'Oléron : <https://www.saintpierreoleron.com/decouvrez-saint-pierre-doleron/lidentite-de-saint-pierre-doleron/>

22. Site officiel de Saint-Pierre d'Oléron, rubrique Accueil > Découvrez Saint-Pierre d'Oléron > Présentation de Saint-Pierre d'Oléron : <https://www.saintpierreoleron.com/decouvrez-saint-pierre-doleron/lidentite-de-saint-pierre-doleron/>

23. Site officiel de Saint-Pierre d'Oléron, rubrique Accueil > Découvrez Saint-Pierre d'Oléron > Présentation de Saint-Pierre d'Oléron : <https://www.saintpierreoleron.com/decouvrez-saint-pierre-doleron/lidentite-de-saint-pierre-doleron/> : environ 6 901 habitants à l'année.

24. TI Rochefort-sur-Mer, 5 sept. 2019, n° 11-19-000233, décision rendue au sujet du « coq Maurice » ; N. Kilgus, « Le coq Maurice à l'île d'Oléron : libre de chanter », Dalloz actualités du 12 septembre 2009.

25. TI Rochefort-sur-Mer, 5 sept. 2019, n° 11-19-000233, décision rendue au sujet du « coq Maurice » ; N. Kilgus, « Le coq Maurice à l'île d'Oléron : libre de chanter », Dalloz actualités du 12 septembre 2009.

26. J. de La Fontaine, « Le Rat de ville et le Rat des champs », Livre I, Fable 9.

27. N. Kilgus, « Le coq Maurice à l'île d'Oléron : libre de chanter », Dalloz actualités du 12 septembre 2009.

28. TI Rochefort-sur-Mer, 5 sept. 2019, n° 11-19-000233, décision rendue au sujet du « coq Maurice ».

29. *Ibid.*

30. *Ibid.*

31. F. Petitdemange, « Justice : le coq Maurice, symbole de la ruralité », France Bleu, 4 juill. 2019 : <https://www.francebleu.fr/infos/faits-divers-justice/justice-le-coq-maurice-symbole-de-la-ruralite-1562224542>.

32. S. Cottin, « Bruits ruraux : la campagne bientôt réduite au silence ? », *Sud-Ouest*, 5 sept. 2019 : <https://www.sudouest.fr/2019/07/04/bruits-ruraux-la-campagne-bientot-reduite-au-silence-6297454-1504.php>.

Var³³, des « pétitions contre les cloches des vaches » en Savoie³⁴ ou encore des cloches du village de Jettingen en Alsace³⁵. L'affaire du « gallinacé le plus célèbre de France »³⁶ a en tout cas traversé les frontières : Maurice a fait parler de lui jusque dans le *New York Times*³⁷ ! L'idée a par ailleurs été proposée de « faire réaliser un

bronze à l'effigie du coq Maurice »³⁸. Certains parlent même de « faire classer les bruits de la campagne au patrimoine mondial »³⁹.

Une chose est sûre : Saint Pierre n'a pas fini d'entendre le coq chanter.

Remerciements à Maître Julien Papineau.

33. Le Point, 21 août 2018 : https://www.lepoint.fr/environnement/var-des-touristes-veulent-eliminer-les-cigales-trop-bruyantes-a-leur-gout-20-08-2018-2244670_1927.php.

34. Le Point, 4 sept. 2019 : https://www.lepoint.fr/societe/haute-savoie-une-petition-contre-les-cloches-des-vaches-04-09-2017-2154445_23.php.

35. Le Point, 6 mai 2019 : https://www.lepoint.fr/societe/alsace-les-cloches-de-jettingen-pourront-continuer-a-sonner-06-05-2019-2311032_23.php.

36. A. Nossiter, « "The Roster Must Be Defended" : France's Culture Clash Reaches a Cop », *New York Times*, 23 juin 2019 : <https://www.nytimes.com/2019/06/23/world/europe/france-rural-urban-rooster.html>, expression exacte en anglais : « the most famous chicken in France ».

37. A. Nossiter, « "The Roster Must Be Defended" : France's Culture Clash Reaches a Cop », préc.

38. D. Labardin, « Le coq Maurice pourra continuer à chanter à Saint-Pierre d'Oléron », *Le Littoral*, n° 5.728, vendredi 6 sept. 2019, p. 2.

39. C. Mayer, « Maurice, le coq chanteur devenu symbole d'une ruralité menacée », *Le Monde*, 7 juin 2019 : https://www.lemonde.fr/societe/article/2019/06/07/maurice-le-coq-chanteur-devenu-le-symbole-d-une-ruralite-menacee_5472718_3224.html.

Zone 51¹

Eva Helesbeux

ATER à l'Université Panthéon-Assas

Au mois de juillet dernier, un événement créé sur les réseaux sociaux invitait ses participants à prendre d'assaut la Zone 51. L'offensive était programmée au 20 septembre et deux millions d'individus se sentirent suffisamment hardis pour afficher qu'ils viendraient vérifier par eux-mêmes si cette célèbre zone militaire du Nevada contient bel et bien les preuves d'une vie extraterrestre. L'armée américaine étant composée d'un peu moins d'un million et demi de soldats actifs, répartis sur une centaine de bases dans le monde, l'entreprise de raid civil pouvait paraître difficile à maîtriser. L'important engouement pour l'événement eut de quoi inquiéter son organisateur qui avait à l'idée que l'initiative de réaliser un raid dans une zone sous haute sécurité militaire ne pouvait pas rationnellement être prise au sérieux et que nul ne manquerait de saisir le caractère humoristique de l'invitation. C'était sans compter sur l'intrépidité, dirait-on même l'héroïsme, voire plus probablement l'ennui, qui conduisit de nombreux inscrits à manifester l'intention imperturbable de passer une nuit pré-automnale dans le désert névadais.

À quelles extrémités sont réduits les citoyens américains s'inquiétant du sort des aliens possiblement retenus captifs dans le *Neverland* ? Le premier amendement de la Constitution des États-Unis donne au peuple le droit de « s'assembler paisiblement ». Cependant, un raid n'a pas exactement les caractéristiques de l'opération paisible. Dans une logique plus réaliste, on peut au moins s'interroger sur l'accès aux informations relatives aux pratiques réalisées sur la base ; la zone existe depuis les années 1950 mais le gouvernement américain n'a reconnu son existence qu'en 2013.

Qu'est-elle véritablement ? Probablement une simple base de tests d'aviation militaire. En réalité, elle est surtout une manne touristique et commerciale, pour l'État du Nevada d'une part, et pour certaines marques commerciales d'autre part, qui savent tirer parti de l'enthousiasme

pour l'existence d'une vie extraterrestre. La base n'apparaît sur aucune carte officielle du gouvernement américain, et pourtant la portion d'auto-route donnant sur Rachel, le village le plus proche, a été baptisée par l'État du Nevada « l'autoroute des extraterrestres ». Ou comment profiter du potentiel touristique d'une base militaire qu'il est – amusant paradoxe – impossible d'approcher. Quant aux marques, l'utilisation de la zone va bon train. Pour ne citer qu'une campagne publicitaire, sortie au moment des préparations du raid cet été, la marque *Budweiser* (« *King of beers* ») a promis une bière gratuite pour tout extraterrestre parvenant à s'échapper de la zone. Si c'est en 1947, à Roswell, qu'ils ont atterri puis été capturés, il n'est pas certain que l'indemnisation, qui n'est pas si royale, soit à la hauteur du préjudice.

Après l'inscription de plus de deux millions de participants, l'*United States Air Force* ne manqua pas de prendre connaissance du programme du raid et rappela qu'il était fortement déconseillé de pénétrer dans la zone. Le communiqué ajouta, sans qu'il soit possible de déterminer la portée exacte de la sommation, que : « l'USAF est toujours prête à protéger l'Amérique et ses actifs ».

En dehors de la zone, l'inquiétude était à son comble. Dans le petit village le plus proche, Rachel, 98 âmes, le seul commerce de la ville est un petit *bed and breakfast* et la plus proche station-service se situe à 70 kilomètres. Un habitant de Rachel s'alarmait de voir arriver dans le désert des visiteurs en tongs et en shorts, indiquant avec perspicacité que cela ne les protégerait pas contre « les bestioles, les serpents et les scorpions ».

Le 20 septembre, en tout début de journée, moins d'une centaine de personnes se sont amassées devant les portes de la Zone 51. Certains manifestants – loin d'être de véritables assaillants – étaient affublés de chapeaux en aluminium, tandis que d'autres portaient des pancartes invitant à libérer les petits hommes verts. Seules deux personnes furent mises en

1. La Zone 51, aussi connue sous le nom de *Groom Lake* ou *Neverland*, est liée aux théories des ovnis. Dans la culture pop, elle est le lieu d'entreposage d'appareils extraterrestres, voire de leur équipage, qui selon les spéculations serait soit mort, soit vivant.

détention par le shérif local, l'une pour avoir tenté de passer sous une des portes, l'autre pour avoir uriné près de la zone. En revanche, un bon nombre de personnes – pas deux millions – se sont rendues dans les villages alentours et au festival *AlienStock*, le succédané mis en place par

l'organisateur de l'invasion, festival qui fut, faute d'infrastructure, délocalisé à Las Vegas afin d'éviter que personne ne se retrouve « blessé ou coincé au milieu du désert ». C'était judicieux. Et qui sait si E.T. et ses amis ne participaient pas à la fête avec eux.

Véritable horoscope à l'usage des juristes et des apprentis

Raphaël Galvao

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

Chaque année universitaire apporte son lot de révolutions, de zéniths, de solstices et autres bouleversements astraux : pour qui sait les lire, ces signes recèlent le destin mystérieux des individus. Les juristes n'échappent pas à ces augures zodiacaux...

Bélier

À force de trop ruminer vos échecs, vous vous morfondrez. Envoyez donc paître vos états d'âme pour aborder l'année sous de meilleurs auspices ! Ne doutez plus de vos capacités et faites montre de votre esprit guerrier, placé sous le patronage de Mars. Étudiants, osez donc participer dans ce TD intimidant où vous craigniez les quolibets ; chargés, tentez enfin le trait d'humour mûrement réfléchi que vous aviez ravalé, de peur de vous heurter au froid silence de l'assistance ; thésards, n'hésitez plus à user du « *contra*. » sans trembler à l'idée de risquer une opinion dissemblable face à la doctrine autorisée...

Taureau

Une année placée sous le signe de l'abondance, jaillissant sans cesse de sa corne. Sans risque de voir l'inspiration se tarir, prenez garde, inversement, à l'excès de verve – comme de verbes¹. Étudiants, respectez donc le nombre de lignes imparti aux examens. Thésards, ne risquez pas d'étendre indéfiniment vos développements par trop d'enthousiasme. Votre productivité nouvelle ne sera que plus récompensée par la preuve de votre concision.

Gémeaux

Né aux confins du second semestre, vous êtes par essence un retardataire. Pour vos rendez-vous, vos révisions, vos devoirs, votre second

chapitre ou encore votre II) B) inexorablement amputé par le fatidique « *posez vos stylos* ». En droit, mais conscient de vos travers, votre défaut n'est pas une fatalité : pour que l'année soit plus fructueuse, pressez-vous !

Cancer

Tel le crabe du même nom, vous favorisez les déplacements latéraux. En témoigne votre appétence pour les domaines et les sujets transversaux. Gare pourtant à la déconcentration ! L'heure n'est plus – certains le regretteront – aux polymathes, mais aux spécialistes. Ne perdez pas cependant votre pluridisciplinarité : utilisez donc votre esprit en croisant les regards mais ne vous égarez pas trop dans vos bibliographies.

Lion

Votre naissance en plein cœur des vacances judiciaires ne vous prédisposait pas à un destin de juriste. Envisagez une réorientation.

Vierge

Étudiants comme thésards, gare au syndrome de la page – ou de la copie – blanche ! Nous ne saurions cependant vous recommander, pour y parer, de recourir à de vils stratagèmes : anti-sèches, plagiat, strabismes ne divergeant que trop sur le voisin... car vierge, votre casier judiciaire se doit de le rester aussi.

Balance

Quelle chance ! Vous êtes né sous le signe de la Justice. Ce qui vous condamne cependant à souffrir des mêmes maux : des troubles budgétaires à prévoir pour l'année. N'hésitez donc pas, nouvelles Thémis, à faire glisser votre bandeau, car si l'amour et la justice sont aveugles, vos finances nécessiteront, elles, un regard attentif.

1. L'amour du droit, sait-on depuis Carbonnier, est réductible en cas d'excès.

Scorpion

Les astres sont formels : en raison d'un angle particulièrement obtus entre Mars et Pluton, cette année sera pour vous celle du grand amour ! Or, on le sait bien, l'université regorge d'occasions de faire éclore ces passions dormantes. Levez donc les yeux, de temps à autres, à la bibliothèque ou à la machine à café.

Sagittaire

Votre signe propice au tumulte augure une année agitée. Plutôt que de troubler séances de TD par vos bavardages, ou colloques par vos borborygmes, dirigez votre colère contre de justes causes. Soyez donc à l'affût des projets de réforme de la justice et des professions judiciaires.

Capricorne

Une année particulièrement faste à venir pour vous qui partagez avec l'auteur de ces lignes – dont on ne saurait questionner, en l'espèce, l'impartialité – un signe zodiacal des plus vertueux. Que de réussite donc, professionnelle, académique ou personnelle et ce sans qu'aucune difficulté ne vienne, en contrepartie, troubler les

cieux dégagés qui s'annoncent. La chance – celle d'une pure coïncidence – vous sourit.

Verseau

Santé : gare aux excès ! Votre amour pour la bonne chère – ou du moins sa gratuité, sans préjuger bien sûr de votre appétence doctrinale – vous conduit à de trop nombreux colloques, aux thématiques de plus en plus éloignées de votre sujet de thèse, de mémoire ou de votre domaine de prédilection ; sans compter les pots et autres célébrations qui témoignent tout autant de votre assiduité. Des indigestions de petits fours et de champagne à prévoir.

Poissons

Vous péchez par trop de « par cœur », signe de votre tendance astrale à l'intériorisation. N'oubliez pas que l'Université forme, avant tout, des esprits bien outillés et non pas des compilateurs invétérés d'articles et d'arrêts sur fiches bristol. Apprenez à désapprendre, pour mieux douter, mieux chercher et donc mieux raisonner. Côté cœur, votre incompatibilité planétaire avec les Balances vous oblige à chercher votre moitié chez les profanes : les juristes ne sont décidément pas faits pour vous !

Dossier

La motivation

Dans chaque numéro, la *RDA* rassemble les contributions d'universitaires ou praticiens consacrées à une problématique particulière.

Réflexions sur la motivation en procédure civile

Nicolas Cayrol

p. 27

La motivation en droit des contrats

Dimitri Houtcieff

p. 34

La motivation exigée en procédure pénale

Édouard Verny

p. 45

La motivation en droit du procès administratif

Ariane Meynaud-Zeroual

p. 52

L'amélioration de la motivation des décisions du Conseil constitutionnel : vrai progrès ou faux-semblant ?

Cécile Guérin-Bargues

p. 69

La motivation des actes administratifs

Anissa Hachemi

p. 78

La motivation des actes de droit dérivé de l'Union européenne

Freyja Clausen

p. 96

Dossier

La motivation

Réflexions sur la motivation en procédure civile

Nicolas Cayrol

Professeur à l'Université de Tours

La motivation est un langage. Une manière classique de définir consiste à rattacher la chose à définir à son genre puis à la caractériser, de manière à indiquer à quelle espèce, voire sous-espèce, elle appartient. Par exemple, définir le chêne, c'est dire qu'il est une sorte d'arbre présentant certaines caractéristiques, et une observation attentive permet même de distinguer parmi les chênes plusieurs sous-espèces ayant chacune leurs caractéristiques propres. Bien conscient du caractère polysémique du mot, nous pensons que, en procédure civile, la motivation est un langage; elle est une espèce particulière de langage qu'il convient de caractériser.

La motivation est un récit. Une espèce de langage, en effet, car il y a différents langages. Les langages se distinguent par leurs fonctions particulières. C'est en étudiant les processus d'acquisition du langage chez les jeunes enfants ou en étudiant le langage des animaux que les savants ont appris à distinguer différentes sortes de langage suivant un critère fonctionnel. Par exemple, « demander », « prévenir », « menacer », « ordonner » correspondent à différentes espèces de langage. La motivation, quant à elle,

appartient à cette espèce de langage dont la fonction est de raconter. Fondamentalement, la motivation est un récit. Motiver, exposer les motifs, c'est raconter le comment du pourquoi ou le pourquoi du comment qui accompagne une demande, un ordre ou une décision¹.

La motivation est un récit subordonné. Cette dernière remarque permet d'approfondir l'analyse et de préciser la définition en caractérisant la motivation comme une sous-catégorie de récit. Parmi les récits, en effet, il en est qui se suffisent à eux-mêmes (un conte d'Edgar Poe, un poème d'André Chénier, une chanson de Georges Brassens); et il en est qui n'existent pas indépendamment d'un acte ou d'une action. Par exemple, un discours politique avant un vote, la harangue d'un capitaine avant l'assaut ou le début du match, ou l'analyse de la prestation d'un candidat par le jury avant la note. La motivation appartient à cette deuxième sous-espèce de récit : les récits subordonnés².

La motivation des actes de procédure. En procédure civile, la motivation est le récit qui accompagne parfois les actes de procédure. Ce qui revient à dire deux choses. La première est

-
1. Soit dit en passant, cette fonction du récit est une spécificité humaine. Toutes les autres fonctions du langage, nous les partageons avec les animaux, du moins les animaux les plus proches de nous. C'est ainsi que nous pouvons communiquer avec eux et même leur apprendre des éléments de langage. Mais les animaux ne connaissent pas le langage représentatif, celui qui consiste à raconter des histoires, celui qui permet la littérature, la philosophie et la religion. C'est là la différence essentielle entre les animaux et nous (v. F. Kaplan, *Des singes et des hommes. La frontière du langage*, Fayard, 2001).
 2. Sans préjudice d'éventuelles subdivisions supplémentaires. V. par ex., celle de C. Lombois distinguant « motivation de conviction » et « motivation d'explication », in *La motivation*, actes des 3^e journées nationales, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique, LGDJ, 2000, p. 107.

que les actes de procédure eux-mêmes ne sont pas des récits³. Les actes de procédure relèvent d'autres registres de langage. La demande, comme son nom l'indique assez, est l'acte par lequel un plaideur soumet une prétention à son juge; un déclinatoire de compétence est l'acte par lequel un plaideur conteste la compétence du juge désigné par son adversaire; un jugement est l'acte par lequel un juge prescrit quelque chose. Demander, protester, ordonner, ce n'est pas raconter une histoire, c'est agir. Dans le jargon des linguistes, on dit que les actes de procédure relèvent du « performatif » parce que « dire, c'est faire » : c'est en formulant ma demande que je demande; c'est en formulant mon déclinatoire que je conteste la compétence du juge; et c'est en disant qu'il rejette mon déclinatoire que le juge fait ce qu'il dit.

La motivation des actes de procédure n'est pas essentielle. La seconde est que la motivation en procédure n'est pas essentielle. Une demande est une demande qu'elle soit motivée ou non : pour en être une, une demande doit seulement soumettre une prétention à son destinataire⁴. L'essence du déclinatoire de compétence est de décliner la compétence du juge, pas d'expliquer pourquoi⁵. C'est vrai aussi pour un jugement : qu'il soit motivé ou non, un jugement est un jugement dès qu'il adjuge, rejette ou même simplement ajourne⁶. L'essence des actes de procédure est de procéder, pas de raconter pourquoi. Comme on dit dans les westerns, « quand on tire, on raconte pas sa vie »⁷.

Les actes de procédure discrétionnaires. Cela explique que certains actes de procédure puissent valablement ne pas être du tout motivés et que

d'autres qui le sont généralement ne le soient pas toujours⁸. Parmi les actes des parties, n'ont pas à être motivés, par exemple, l'acquiescement à la demande ou un désistement. Parmi les actes du juge, les actes d'administration judiciaire se sont pas motivés (jonction ou disjonction d'instance, sursis à statuer, évocation par la cour d'appel, etc.). Même les actes juridictionnels du juge ne le sont pas toujours : ainsi du jugement d'adoption, des décisions de non-admission de la Cour de cassation⁹ ou encore de la décision relative aux frais non compris dans les dépens du célèbre article 700. On dit de ces actes qui n'ont pas à être motivés qu'ils sont « discrétionnaires »¹⁰.

Remarque sur l'ordonnance d'injonction de payer. La non-motivation de certains actes du juge pose problème. Personnellement, nous avons du mal à comprendre pourquoi le juge n'a jamais à motiver l'ordonnance de clôture. Le cas le plus grave est certainement celui de l'ordonnance d'injonction de payer. Pour la Cour de cassation, cette ordonnance n'a pas à être motivée. Unanime, la doctrine critique cette non-motivation. Qui a raison ? Un peu tout le monde. La Cour de cassation a raison parce que, d'une part, de manière générale, il n'est pas essentiel qu'un ordre de paiement (fût-il juridictionnel) soit motivé pour en être un, et d'autre part, accidentellement, il se trouve que le juge qui délivre l'ordonnance n'a dans ce cas particulier qu'un son de cloche. Quel intérêt de dissertar sur les mérites d'une requête d'un soi-disant créancier, alors que par hypothèse le juge ignore la situation du soi-disant débiteur ? Mais la doctrine a raison aussi parce qu'il est important que le débiteur selon le requérant, mais qui en réalité ne

3. Exceptions : le témoignage, le constat, la consultation et l'expertise.

4. Si la plupart des demandes sont motivées, et même le plus souvent à peine de nullité de l'acte, ce n'est pas une nécessité (v. par ex. la demande en divorce).

5. Aujourd'hui, le déclinatoire de compétence doit être motivé dans tous les cas (v. Civ. 2^e, 21 févr. 2019, n^o 17-28.857 : « L'interdiction faite à la juridiction saisie d'une exception d'incompétence au profit du juge administratif de désigner la juridiction administrative à saisir n'est pas de nature à écarter l'obligation faite, par l'article 75 du code de procédure civile, à la partie qui soulève l'exception, d'indiquer dans tous les cas, sous peine d'irrecevabilité de cette exception, devant quelle juridiction administrative l'affaire doit être portée ». Mais cela n'a pas toujours été la règle).

6. On laissera de côté ici les difficultés que suscite la distinction entre les motifs et le dispositif.

7. Réplique de Tuco, personnage de « la brute », dans *Le Bon, la Brute et le Truand*, film célèbre, et pas seulement pour la musique d'Ennio Morricone.

8. V. J. Normand, « Le domaine du principe de motivation », in *La motivation*, actes des 3^e journées nationales, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique, LGDJ, 2000, p. 17.

9. Pour une réflexion critique, v. A. Brunet, « Droit au procès équitable et contrôle de la motivation des décisions de la Cour de cassation », in *Justice et droits fondamentaux : études offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 51, n^o 10 et s.

10. V. A. Perdriau, « Le pouvoir discrétionnaire des juges du fond », *LPA*, 15 nov. 2001.

l'est pas, sache pourquoi un juge a cru devoir faire droit en tout ou en partie à une requête, ce qui doit normalement le conduire à s'opposer à l'ordonnance qui en a été tirée. Pour surmonter cette contradiction, on ne voit guère qu'une solution : prendre appui sur la requête qui, elle, est motivée. La Cour de cassation et la doctrine se contredisent sur la motivation de l'ordonnance, mais sont d'accord sur l'importance de la motivation de la requête. Mais une telle analyse centrée sur la requête ne serait pas sans conséquences¹¹.

La motivation ne commande pas les actes de procédure. Que la motivation ne soit pas essentielle aux actes de procédure conduit aussi à analyser distinctement le processus de formation des actes de procédure. La motivation accompagne l'acte : elle le suit, le soutient et le renforce, mais elle ne le commande pas. Lorsque je demande quelque chose, je le demande sans doute pour les motifs que j'expose ou que mon avocat expose en mon nom, mais je le demande d'abord parce que je suis de bonne foi. Si mon adversaire est lui aussi de bonne foi, il ne peut pas ne pas acquiescer à ma demande et nous nous serrerons la main. La résistance de mon adversaire à ma demande m'étonne. Je n'ai jamais vu une mauvaise foi pareille ! Et qui peut bien être son avocat pour avoir accepté de lui prêter son art pour étayer une telle défense ? L'ironie, c'est que, de son côté, mon adversaire pense exactement la même chose de moi et de mon avocat.

La motivation n'est pas la délibération. Rapporté aux jugements, le propos a quelque chose de choquant. Dans un premier mouvement, on est tenté de dire, au contraire, que tous les jugements sont commandés par leurs motifs. Si le juge a cru bon de juger comme il l'a fait, c'est parce qu'au cours de la délibération, il a soigneusement pesé tous les motifs, les miens et ceux de mon adversaire, plus ceux que sa conscience lui a dictés, de sorte que son jugement est le résultat nécessaire de sa motivation. En somme, délibération et motivation se confondraient, ou plus précisément, la motivation ne serait que la délibération révélée. Cette confusion est séduisante : qui n'a pas envie de croire que les motifs du jugement nous révèlent les secrets du délibéré, nous livrent la substance de la délibération des juges, modèles d'esprits raisonnables, insensibles au calcul, à l'intuition, à l'affect et à l'émotion ? Mais la réalité est différente. En droit, si les motifs sont publics, la délibération est secrète. En fait, c'est après avoir délibéré que les juges rédigent la motivation de leur jugement. Et la différence entre délibération et motivation éclate lorsqu'un juge ayant délibéré formule une opinion dissidente motivée. On peut concevoir un jugement sans motivation le justifiant, mais il n'y a pas de jugement sans délibération¹².

La motivation des actes de procédure est quasi générale. Si cette déduction est exacte, si la motivation n'est pas essentielle aux actes de procédure, il faut alors affronter ce qui ressemble à un paradoxe : cette motivation qui n'est pas

11. Déplacer le centre de gravité de la procédure d'injonction de l'ordonnance sur la requête impliquerait de parer la requête elle-même des attributs que l'on confère aujourd'hui à l'ordonnance, et spécialement la force exécutoire. Cela impliquerait aussi de dénier à l'ordonnance l'autorité de chose jugée qui lui est généralement reconnue. Mais serait-ce si grave ? Le juge de l'injonction, en réalité, ne juge pas grand-chose ; et qu'est-ce que cette « autorité » à laquelle on fait mine de croire alors qu'elle n'est que conditionnelle, alors qu'il suffit de former opposition pour la balayer ? Cela réglerait aussi les pénibles discussions relatives aux conséquences de cette étrange autorité. On fait ici référence à un arrêt récent qui décide qu'en l'absence d'opposition dans le délai imparti, l'autorité de chose jugée de l'ordonnance d'injonction « faisait obstacle aux demandes relatives à la résolution de conventions conclues entre les parties et à la restitution des sommes versées en exécution de l'ordonnance » (Civ. 2^e, 1^{er} févr. 2018, n° 17-10.849, *D. actualité*, 9 mars 2018, obs. M. Kebir ; *JCP G*, 2018, 530, obs. L. Mayer ; *Procédures*, 2018, n° 102, obs. Y. Strickler ; *LEDC*, avr. 2018, p. 6, obs. S. Pellet). Sur quoi se fonde cette solution ? La Cour de cassation affirme qu'il s'agit d'une application de la concentration des moyens. Cela se discute. D'abord, il y a là un « glissement insidieux » de la concentration des moyens à la concentration des demandes (v. C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *Procédure civile*, 34^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2018, n° 1173). Ensuite et surtout, que vient faire ici la concentration des moyens ou des demandes alors que le soi-disant débiteur n'a pas fait opposition et qu'il a payé sans rien demander ? On ne voit pas le rapport. Le fait est qu'une personne a déferé à une injonction de payer qui est devenue exécutoire faute d'opposition. Si le *solvens* demande après coup le remboursement de ce qu'il a payé, quelle « chose jugée » peut-on lui opposer pour refuser d'examiner sa prétention au fond ? Par hypothèse, le juge de l'injonction ignorait le problème et ne l'a pas jugé. Mieux vaudrait abandonner ces circonvolutions sur l'autorité d'une chose qui n'a pas été jugée. En fait, il arrive quelquefois que l'autorité de chose jugée soit conférée à un jugement fondé sur l'ignorance. C'est regrettable, mais la sécurité juridique commande de faire avec. En revanche, on trouve choquant de l'admettre en droit.

12. V. N. Cayrol, « La notion de délibération », *Procédures*, 2011, étude n° 2.

essentielle est pourtant quasi générale. En général, la demande en justice doit être motivée¹³; de même, en général, le défendeur ne peut pas se contenter de dénier les prétentions de son adversaire : lui aussi doit motiver les moyens de défense qu'il oppose; les conclusions sont des actes motivés; l'acte d'appel est motivé; etc. Quant au juge, ce n'est encore que par exception qu'il peut ne pas motiver la décision qu'il rend. Nous avons du mal aujourd'hui à nous représenter ce temps proche du Déluge où les juges n'étaient pas tenus de motiver leurs décisions. C'était avant la Révolution : « L'Ancien droit ne connaissait pas de principe général de motivation » des jugements¹⁴. C'est en 1790 que la règle fut posée¹⁵. La motivation des actes de procédure est incontestablement une idée d'une grande modernité¹⁶.

La motivation des actes de procédure est naturelle. Comment résoudre ce paradoxe d'une motivation quasi générale sans être essentielle ? La manière la plus simple consiste à raisonner à la manière d'Aristote en distinguant essence, nature et accident : ce qui est essentiel, c'est ce sans quoi la chose n'est pas; ce qui est naturel, c'est ce qu'il est normal de trouver dans une chose, sauf exception; et ce qui est accidentel, c'est ce qui, normalement, ne doit pas s'y trouver. On peut dire qu'en procédure civile, la

motivation des actes est naturelle, et que ce n'est donc que par exception ou par accident que l'auteur de l'acte est dispensé de le motiver. Quel est le sens de ce besoin naturel ? On dit beaucoup que la motivation est un « rempart contre l'arbitraire ». Mais pourquoi ? À la réflexion, il y a quatre niveaux de réponse.

Motivation et vérité. Le premier est le souci de la vérité. À quoi sert le récit qui accompagne la demande ou le jugement ? Une demande est une demande; un jugement est un jugement. Ces actes sont ce qu'ils sont, et ils disent ce qu'ils disent. Mais en tant qu'ils sont motivés, ce qu'ils racontent peut être vrai ou faux. C'est le propre des récits : ils peuvent être vrais ou faux. En effet, « s'il y a récit, il peut y avoir récits contradictoires d'un même fait, et si tous se veulent conformes à la réalité et qu'un seul peut l'être, cela donne prise aux concepts de vérité et d'erreur et implique la nécessité de se placer à un point de vue universel »¹⁷. Pour bien juger de la demande, il faut savoir si la prétention qu'elle porte est véritablement fondée. La motivation d'un jugement est nécessaire pour savoir si ce qu'il dit est véritablement fondé ou non. Le défendeur a besoin de savoir si les allégations sur lesquelles le demandeur fonde ses prétentions sont vraies pour y répliquer¹⁸; le demandeur doit savoir sur quoi le défendeur se fonde pour ne pas acquies-

-
13. Depuis un décret du 28 décembre 1998, la demande formée par voie d'assignation doit même être motivée en fait et en droit, à peine de nullité (CPC, art. 56).
14. C. Bléry, « Les fondements historiques de la motivation des sanctions », in C. Chainais, D. Fenouillet et G. Guerin (dir.), *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 2, *La motivation des sanctions prononcées en justice*, Dalloz, 2013, p. 9.
15. Art. 15 du titre V de la loi des 16 et 24 août 1790. P. Godding, « Jurisprudence et motivation des sentences du Moyen-Âge à la fin du XVIII^e siècle », in C. Perelman et P. Fories (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruylant, 1978, p. 37; C. Bléry, « L'obligation de motiver les décisions de justice était-elle révolutionnaire en 1790 ? », *Revue d'histoire de la justice*, 1991, n° 4, p. 79; P. Texier, « Jalons pour une histoire de la motivation des sentences », in *La motivation*, actes des 3^e journées nationales, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique, LGDJ, 2000, p. 5. Adde T. Sauvel, « Histoire du jugement motivé », *RD pub.*, 1955, p. 5.
16. En cela, la procédure civile paraît suivre l'orientation générale de son temps. Il y a une modernité de la motivation des actes en procédure pénale (motivation de la décision de classement sans suite, des arrêts de cour d'assises, etc.) et en droit civil ou en droit commercial (motivation du congé, de la mise en demeure, de l'offre d'indemnisation de l'assureur en cas d'accident de la circulation, de la protestation du réceptionnaire de transport, etc.).
17. F. Kaplan, *op. cit.*
18. Voir la motivation du loup dans la fable de La Fontaine, *Le loup et l'agneau* : « La raison du plus fort est toujours la meilleure. / Nous l'allons montrer tout à l'heure. / Un agneau se désaltérait / Dans le courant d'une onde pure. / Un loup survient à jeun qui cherchoit aventure, / Et que la faim en ces lieux attirait. / – Qui te rend si hardi de troubler mon breuvage ? / Dit cet animal plein de rage : / Tu seras châtié de ta témérité. / – Sire, répond l'agneau, que votre Majesté / Ne se mette pas en colère ; / Mais plutôt qu'elle considère / Que je me vas désaltérant / Dans le courant / Plus de vingt pas en dessous d'Elle, / Et que par conséquent en aucune façon / Je ne puis troubler sa boisson. / – Tu la troubles, reprit cette bête cruelle, / Et je sais que de moi tu médis l'an passé. / – Comment l'aurais-je fait, si je n'étais pas né ? / Reprit l'agneau ; je tête encor ma mère. / – Si ce n'est toi, c'est donc ton frère. / Je n'en ai point. / – C'est donc quelqu'un des tiens : / Car vous ne m'épargniez guère, / Vous, vos bergers et vos chiens, / On me l'a dit : il faut que je me venge. / Là-dessus au fond des forêts / Le loup l'emporte, et puis le mange / Sans autre forme de procès. »

cer à la demande ; le juge qui doit trancher entre les prétentions contradictoires se demande qui dit vrai ; *idem* du juge du recours contre le jugement qui doit le confirmer ou l'infirmier¹⁹. La motivation est la condition de la vérification.

Motivation et raison. Deuxième considération : la motivation est une exigence de la raison, entendue comme faculté de bien juger²⁰, laquelle a aussi ses lois. Comme dit Motulsky, « les lois du raisonnement – telles qu'elles sont données à l'intellect humain – requièrent le respect comme toute loi : l'illogisme est une erreur de droit »²¹. Nous n'admettons pas les motifs contradictoires, pas plus qu'un galimatias inintelligible²². La motivation oblige le juge à élaborer un raisonnement rigoureux pour fonder sa décision²³. Cela « constitue une garantie essentielle pour les justiciables »²⁴. Peu importe d'ailleurs à cet égard que la motivation soit en droit ou en équité. Le juge amiable compositeur est soumis comme les autres aux lois de la raison. C'est vrai aussi pour l'arbitre : que la sentence arbitrale soit en droit ou en amiable composition, le défaut de motif constitue un cas d'ouverture d'un recours en annulation.

Motivation et justice. Au-delà de la recherche de la vérité et des exigences de la raison, il y a une autre explication à ce besoin naturel de motivation en procédure civile, qui correspond à une fonction fondamentale du récit. Quelle fonction fondamentale ? C'est celle de la littérature et de la religion. C'est cette fonction qui consiste à nommer les choses, à leur donner un nom, donc à créer à côté des choses de ce monde, ou

au-dessus d'elles, un monde de noms. Cette fonction, c'est aussi – ô combien – celle du droit. L'auteur de l'acte, qu'il s'agisse d'une partie, de son avocat ou du juge, le motivera d'abord en nommant telle chose. Par exemple, à quoi correspond cette remise que j'ai faite ? Pour moi, c'est un prêt, et c'est ce qui motive ma demande de restitution ; pour celui à qui je l'ai faite, c'est une donation. Voilà le litige. Ce monde des noms qui double le monde des choses est un monde parfait d'idées, un monde idéal ou idéal²⁵, un monde de qualifications sur lequel brillent les idées de justice et d'équité.

Motivation et paix. La vérité, la raison et la justice justifient assez que les actes de procédure soient naturellement motivés. Est-ce que tout est dit ? Pas encore. Il faut encore considérer la politesse de la motivation, qui couvre la violence des actes de procédure. Car il y a une violence des actes de procédure : demander l'expulsion, désavouer sa paternité, récuser son juge, etc., c'est faire violence. Si légitimes qu'elles soient, les prescriptions des jugements ne sont pas moins violentes : elles « condamnent », elles « rejettent », elles « cassent ». La motivation tempère cette violence. Ce que nous appelons « politesse de la motivation », c'est la politesse des formes que doivent observer les actes de procédure, standard de civilité qui tend à l'apaisement de la vigueur du conflit par l'emploi de mots et de formules appropriées. Cette vertu apaisante de la motivation vaut pour les parties, via leur obligation de réserve²⁶. Et elle vaut aussi pour les juges : la Cour de cassation censure les

19. Encore que l'on pourrait imaginer, comme le remarque Philippe Théry, un recours « à l'aveugle » contre le jugement, comme il y a une double correction à l'aveugle des copies d'examen ou de concours (P. Théry, « Observations conclusives », in C. Chainais, D. Fenouillet et G. Guerlin (dir.), *Les sanctions en droit contemporain*, op. cit., p. 224, n° 6).

20. Sens que l'on trouve chez Descartes, *Discours de la méthode*, premier principe. On s'en tiendra à cette acception, mais il y a une autre raison qui mériterait d'être approfondie à propos de la motivation : la raison d'État. Il est avéré que l'enjeu de la motivation des décisions de justice est le contrôle que l'on peut en faire et spécialement le contrôle de l'État sur ses juges. Sur cette interprétation de l'histoire de l'obligation de motiver, v. L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, 2^e éd., PUF, 2013, n° 196.

21. H. Motulsky, *Écrits II. Études et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, 1974, p. 208.

22. Civ. 1^{re}, 29 mai 2019, n° 18-17.686 : « en statuant par des motifs inintelligibles, la juridiction n'a pas satisfait aux exigences de l'article 455 ».

23. J. Héron et T. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, 5^e éd., LGDJ-Lextenso, coll. « Domat droit privé », 2015, n° 502.

24. *Ibid.*, n° 501.

25. Monde parfait, parce qu'idéal, et pour cela même par-delà erreur et vérité. Mais il en résulte des tensions, parfois des tragédies, lorsque l'idéal est trop en décalage avec la réalité. Ainsi, Julien Sorel tire-t-il sa motivation à s'élever au-dessus de sa condition d'un idéal qu'il a conçu à partir de deux publications qui n'avaient que peu de rapports avec la vérité : le *Mémorial de Sainte-Hélène* et les *Bulletins de la grande armée*.

26. CPC, art. 24 : « Les parties sont tenues de garder en tout le respect dû à la justice ».

motivations qui humilient²⁷ ou qui exaltent une partie²⁸.

Motivation et ordre public. Compte tenu de l'importance de toutes ces raisons, on comprend l'importance que la Cour de cassation attache au contrôle de la motivation des décisions de justice. Sujet immense sur lequel on peut faire des thèses²⁹. Le contentieux des ordonnances sur requête en offre un bon exemple, lorsqu'il s'agit de présenter les circonstances qui exigent qu'une mesure ne soit pas prise contradictoirement³⁰. Le contentieux de l'exequatur aussi : une décision étrangère dépourvue de motivation est contraire à la conception française de l'ordre public international et ne peut être reconnue en France³¹. À cet égard, l'arbitrage international fait figure d'exception remarquable. Il est admis en effet depuis longtemps que le défaut de motifs d'une sentence n'est pas en lui-même contraire à l'ordre public français et n'est donc pas de nature à justifier un refus d'exequatur³². Mais cette solution traditionnelle est-elle encore certaine aujourd'hui ?

Sempiternelle motivation. Si l'on admet qu'il est naturel que les actes soient motivés, est-il bien naturel de toujours spécialement motiver ? Est-ce qu'il n'y a pas des cas types pour lesquels une motivation stéréotypée serait suffisante ? Dans les cas habituels à quoi bon motiver spécialement pour redire la même chose ? C'est l'histoire de la soupe de Jules Renard :

- « Et j'entends la bonne qui demande :
- Quelle soupe qu'on fait, madame ?
- Comme d'habitude.

Oui ! Il faut tous les jours faire de la soupe, et, aux légumes près, c'est tous les jours à peu près la même »³³.

Pourquoi, en procédure, ne suffit-il pas de dire que, dans des cas pareils, *on a toujours fait comme ça* ? Pourquoi sempiternellement motiver ? Pourquoi la Cour de cassation n'admet-elle pas la motivation par référence³⁴ ? Il y a là un mystère, mais un mystère au sens d'un secret que l'on garde comme un trésor précieux. On hasarderait l'idée que la raison est toujours en mouvement ; que ses arrêts sont pour toujours définitivement provisoires ; qu'il faut toujours refaire l'expérience de la vérité du nom que l'on donne aux choses, repérer la valeur des preuves, refaire le raisonnement, revivifier la pertinence des sources et l'actualité de la conclusion. Il n'y a pas de motivation valable pour les siècles des siècles, pas plus qu'il n'y a de preuve des preuves.

Les ruses de la motivation. À vrai dire, il y a bien des motivations stéréotypées, qui permettent de faire l'économie d'une motivation spéciale. Cela a été noté : « la motivation par la copie d'un formulaire reproduisant des motifs établis par avance est admise par la Cour de cassation, malgré les critiques de la doctrine »³⁵. Ce n'est pas tout. La Tradition juridique recèle un trésor d'arguments qui constituent en fait autant de dispenses d'une motivation spéciale. Soit, par exemple, l'adage selon lequel les exceptions sont d'interprétation stricte. En réalité, la pertinence de cet adage est du même ordre que celle d'une horloge arrêtée, qui donne l'heure exacte deux fois par jour. Le seul intérêt positif que l'on peut

27. V. Soc., 23 oct. 2013, n° 12-16.840 ; Soc., 8 avr. 2014, n° 13-10.209.

28. Par exemple, en reprenant mot à mot ses conclusions. V. Civ. 3^e, 18 nov. 2009, n° 08-18.029.

29. Celle par ex. de T. Le Bars, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, LGDJ, 1997, préf. J. Héron, et réf. cit. Pour une riche bibliographie, v. L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, 2^e éd., PUF, 2013, n° 200.

30. V. N. Cayrol, « La motivation de la requête et de l'ordonnance prescrivante une mesure d'instruction avant tout procès », *RTD civ.*, 2017, p. 481. Adde. P. Julien, « Ce que la raison ou la nécessité commande... », in *Justice et droits fondamentaux : études offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 241.

31. V. par ex., Civ. 1^{re}, 26 juin 2019, n° 17-14.022. En l'espèce, l'exequatur est refusé à un jugement de divorce rendu au profit du mari au motif que la demande reconventionnelle de l'épouse n'avait pas été réellement examinée : « en l'absence d'analyse en fait ou en droit de la demande reconventionnelle en divorce de l'épouse, son rejet n'apparaît résulter que de l'accueil de la demande principale ; cette décision étrangère, dépourvue de toute motivation de ce chef, était, en l'absence de documents de nature à servir d'équivalent à la motivation défaillante, contraire à la conception française de l'ordre public international de procédure et ne pouvait être reconnue en France ». C'est la formule classique de la jurisprudence en la matière.

32. Civ. 1^{re}, 22 nov. 1966, *Rev. crit. DIP*, 1967, p. 372, note Ph. Francescakis ; *JCP*, 1968, II, 15318, note H. Motulsky ; *JDI*, 1967, p. 631, note B. Goldman.

33. J. Renard, *Journal*, 15 juin 1897.

34. V. Civ. 2^e, 2 avr. 1997 et Civ. 3^e, 23 avr. 1997, *Justices*, 1997, n° 8, p. 140, obs. G. Wiederkehr.

35. C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *Procédure civile*, 34^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2018, n° 1112, citant Civ. 2^e, 31 janv. 1985, *Gaz. Pal.*, 1985, pan., 124, obs. crit. S. Guinchard.

lui reconnaître est « de réaliser une économie de raisonnement et de simplifier la tâche du rédacteur de la motivation du jugement », mais ce qui a nécessairement « pour effet pervers de dissimuler les véritables raisons de décider qui ont emporté la conviction des juges »³⁶.

Modalités de la motivation. Ces notes sur la motivation n'épuisent pas la formidable diversité des modalités de la motivation en procédure civile. On a raisonné sur l'hypothèse d'une motivation écrite. Mais la motivation peut être écrite ou orale. C'est le rôle fondamental de l'audience que de permettre à chacun de raconter sa vie, de narrer les tenants et les aboutissants, bref de motiver. Et il y a aussi l'audience de prononcé du jugement au cours de laquelle le juge, s'il le souhaite, racontera pourquoi il a pris telle décision alors qu'une partie ou les deux lui en demandai(en)t une autre. Encore du récit. Au cinéma, il

y a d'ailleurs quelques fort belles scènes d'audience de prononcé du jugement. Autre modalité : la motivation peut être sommaire³⁷, voire lapidaire³⁸, ou détaillée. C'est parfois du droit. Il arrive que la loi exige des parties ou du juge une motivation détaillée³⁹. Mais il ne tient qu'au juge de ciseler sa motivation. On sait comment, ces dernières années, la Cour de cassation a œuvré à enrichir la motivation de ses arrêts, dans le but d'améliorer la communication de sa politique jurisprudentielle⁴⁰.

Humour de la motivation. On aurait bien voulu finir sur une note d'humour, car, comme tout récit, la motivation peut être drôle ou sinistre, enjouée ou pathétique. Mais, comme dit Carbonnier, « le chancelier est grave ». Même s'il arrive quelquefois qu'on lise des motifs humoristiques⁴¹, le style des motivations des actes de procédure est en général sans humeur ni humour.

36. C. Atias, *Devenir juriste : le sens du droit*, 2^e éd., LexisNexis, 2014, n° 135. Dans le même ordre d'idées, on se souvient aussi d'une note de Josserand au *D.H.*, 1933, p. 51, dans laquelle il étudie l'idée selon laquelle la faute lourde est équivalente au dol, montrant qu'en droit positif, la maxime *culpa lata dolo aequiparatur* est vraie dans deux cas sur dix, c'est-à-dire fautive dans la plupart des cas, ce qui n'empêche pas les juges d'en tirer argument pour la motivation de leurs jugements quand cela les arrange.

37. Exemple : n'a pas à être spécialement motivée l'ordonnance du premier président de la cour d'appel de suspendre l'exécution provisoire de droit d'une ordonnance du juge de l'exécution faisant l'objet d'un appel (Civ. 2^e, 20 juin 1996, deux arrêts, n° 94-16.464 et 93-19.320; Civ. 2^e, 22 janv. 1997, n° 95-11.039). Sur le sens équivoque de cette motivation sommaire, v. N. Cayrol, *Droit de l'exécution*, 3^e éd., LGDJ-Lextenso, coll. « Précis Domat », 2019, n° 649.

38. Exemple : la motivation de l'urgence, qui commande la saisine du juge des référés sur le fondement de l'article 808 du Code de procédure civile (v. Civ. 2^e, 27 nov. 1957, *Bull. civ. II*, n° 706).

39. Exemples : imputation des frais du procès au gagnant (CPC, art. 696); réduction du taux d'intérêt et imputation des paiements sur le capital en cas d'octroi d'un délai de grâce (C. civ., art. 1343-5). Citons encore la motivation renforcée de la condamnation pour abus de procédure, parce qu'il est arrivé que la Cour de cassation juge le contraire. Mais elle a eu tort : v. C. Atias, « L'abandon d'un principe fondamental. La dispense de motivation pour abus de procédure », *D.*, 2011, 1228.

40. V. par ex., Com., 27 mars 2017, n° 15-17.659 et 15-24.241.

41. V. par ex., CA Riom, 7 sept. 1995, *JCP*, 1996, II, 22625, note A. Djigo.

Dossier

La motivation

La motivation en droit des contrats

Dimitri Houtcieff

Professeur à l'Université Paris-Saclay

1. – Ambivalence et ambiguïtés de la motivation. – La théorie générale de la motivation en droit des contrats reste à faire. Il est vrai qu'au-delà même de la matière juridique, le mot « motivation » est de facture récente : au milieu du XIX^e siècle encore, il était recensé parmi les « mots nouveaux » du Dictionnaire *Richard*¹. Cette jeunesse relative a pour corollaire une certaine immaturité : le mot se cherche encore, son sens varie avec celui qui l'emploie. Au philosophe, elle évoque par exemple une « motivation morale »², une manière d'impulsion pous-

sant à agir^{3,4}. Si le juriste n'est sans doute pas insensible à une pareille acception, il qualifiera cependant ordinairement de motifs ou de mobiles ces « ressorts de la volonté »⁵. Le droit des contrats s'en préoccupe lui-même peu : mobiles, motifs et autres « motivations impulsives » sont généralement tenus pour être extérieurs au contrat et indifférents à la convention⁶.

Le vocabulaire juridique rattache bien plus volontiers – et depuis longtemps⁷ – le terme de la motivation à « l'ensemble des motifs d'un jugement »⁸ : au point que c'est le seul sens que le

1. J.-B. Richard de Radonvilliers, *Dictionnaire des mots nouveaux – Enrichissement de la langue française*, Paris, Pilout, Laloy, 1842, V^o Motivation.
2. V. parmi d'autres F. Julien, *Fonder la morale*, Grasset, 1995, spéc. IV, n^o 2 et s. *Adde* sur cette question dans ses rapports avec la philosophie du droit, J. Goldschmidt, « L' "a priori" dans le droit et la morale », *Arch. Philo. Dr.*, 1937, p. 94 et s., spéc. p. 111 et s.; J. Rawls, « L'indépendance de la théorie morale », *Cités*, PUF, 2001, n^o 5, p. 161 et s.
3. F. Julien, *op. cit.*, *loc. cit.*
4. C'est du reste souvent le cas en matière de philosophie du droit ou de théorie de droit : Kelsen fait par exemple de la motivation une forme d'impulsion vers le but que s'assignent les hommes déterminant l'ordre juridique. V. H. Kelsen, « La méthode et la notion fondamentale de la théorie pure du droit », *Revue de métaphysique et de morale*, PUF, 1934, p. 183 et s., spéc. p. 198.
5. L. Josserand, *Essais de téléologie juridique II – Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Dalloz, 1928, n^o 7, p. 10.
6. Sur la question de la motivation en droit des contrats, v. not. M. Fabre-Magnan, « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, LGDJ, 2001, p. 301 et s.; X. Lagarde, « La motivation des actes juridiques », in *La motivation, Travaux de l'Association Henri Capitant*, Paris, LGDJ, 2000, p. 73 et s.; « Obligation de motivation et droit des contrats », *RDC*, 2004, p. 555 et s.; et not. Th. Revet, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », *RDC*, 2004, p. 579; J.-F. Hamelin, « L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *RDC*, 2018, p. 514; J. Heinich, « Le contrôle des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *RDC*, 2018, p. 521. *Adde* M. Jaouen, *La sanction prononcée par les parties au contrat*, préf. D. Mazeaud, Economica, 2013.
7. V. déjà J. Bentham, *De l'organisation judiciaire et de la codification – Extraits de divers ouvrages de Jeremy Bentham*, par E. Dumont, éd. H. Bossange, 1828, p. 196 : on lit déjà – alors que les premières attestations du mot « motivation » rapportées par les dictionnaires renvoient à des textes de 1845 – que « la motivation du jugement est donc d'une haute importance, pour le public et le juge même ». V. pour une étude classique de la motivation des décisions de justice – certes parmi d'autres – C. Perelman et P. Foriers (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruylant, 1978.
8. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF 2018, V^o Motivation.

Vocabulaire juridique de l'Association Capitant attribuée à ce mot. Ainsi définie, la motivation apparaît alors comme « un discours rhétorique destiné à convaincre de la rationalité d'une décision générale ou particulière, par la présentation organisée de l'ensemble des considérations qui, selon son auteur, commandent qu'il prenne telle option. Elle est donc un phénomène éminemment social : justification, explication, défense ou promotion d'un acte, elle participe des relations que son auteur établit avec autrui relativement à cet acte »⁹. La motivation s'entend alors d'une explication rationnelle de la décision nécessaire à son acceptabilité et à sa légitimité : en même temps qu'elle assure le raisonnement du juge, elle rend la sanction mieux acceptable au condamné. Elle permet en outre d'inscrire le jugement ou l'arrêt dans un système de valeurs, de décisions et de normes : elle constitue le cœur battant de la jurisprudence, qui ne pourrait exister sans elle, voire du Droit lui-même¹⁰. Ainsi entendue, cette motivation peut être qualifiée de « décisive » : elle se distingue en effet de la motivation impulsive évoquée plus haut et fonde une décision dont elle est l'indissociable soutien. Une telle motivation n'est cependant pas si fréquemment évoquée au-delà du domaine judiciaire. La question ne suscite du reste d'intérêt en matière contractuelle que depuis peu : voici à peine vingt

ans, notre collègue Xavier Lagarde pouvait ainsi écrire que « la question de la motivation des actes juridiques, semble-t-il, n'a de fait jamais été abordée de front ; elle est traitée de manière incidente dans certaines thèses et articles »¹¹.

2. – Indifférence du droit des contrats à la question de la motivation. – À la réflexion, il n'est pas si étonnant que la jurisprudence et la doctrine aient tardé à se saisir de la question. Si l'exigence de motivation croît et multiplie, elle résulte souvent de dispositions particulières à certains contrats spéciaux : le droit du contrat de travail vient à l'esprit, qui impose de motiver le licenciement, qu'il soit fondé sur un motif personnel¹² ou bien économique¹³. On songe encore au droit des baux commerciaux, qui impose au bailleur nombre d'exigences de motivation¹⁴. L'obligation de motivation n'est donc pas si rare. Elle prend même souvent racine dans le terrain de relations contractuelles fondées sur la dépendance d'une partie à l'égard de l'autre : ici le salarié et son employeur, là-bas le preneur et son bailleur¹⁵... La multiplication de ces dispositions spécifiques a fini par conduire les auteurs à s'interroger sur l'opportunité d'étendre l'exigence de motivation au droit commun, ou à tout le moins aux contrats de dépendance¹⁶ : l'obligation de motivation ne permet-elle pas de renforcer « l'effectivité du respect du devoir de consi-

9. Th. Revet, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », préc., spéc. n° 2.

10. On songe ici à la plaisante formule de L. Husson, qui écrivait que le Droit commence « au moment où le loup du fabuliste, au lieu de manger l'agneau sans explication, s'applique à lui donner les raisons qu'il a de le dévorer », L. Husson, « Compte-rendu », in *Nouvelles études sur la pensée juridique*, Dalloz, Paris, collection « Philosophie du droit », 1974, p. 130.

11. X. Lagarde, « La motivation des actes juridiques », préc., p. 73 et s.

12. C. trav., art. L. 1232-6 : « Lorsque l'employeur décide de licencier un salarié, il lui notifie sa décision par lettre recommandée avec avis de réception. Cette lettre comporte l'énoncé du ou des motifs invoqués par l'employeur ».

13. C. trav., art. L. 1233-16 : « La lettre de licenciement comporte l'énoncé des motifs économiques invoqués par l'employeur ».

14. Le bailleur qui refuse le renouvellement, ou bien encore qui délivre congé en fin de période triennale sur le fondement des articles L. 145-18, L. 145-21 ou L. 145-24 du Code de commerce est tenu d'en préciser les motifs. Pour peu qu'il agisse à l'expiration d'une période triennale, le preneur échappe en principe à l'exigence de motivation.

15. V. encore par exemple le dispositif particulièrement rigoureux prévu par la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, art. 25-8 I al. 2 : « Lorsqu'il donne congé à son locataire pour reprendre le logement, le bailleur justifie du caractère réel et sérieux de sa décision de reprise ; Le bailleur qui ne souhaite pas renouveler le contrat doit informer le locataire avec un préavis de trois mois et motiver son refus de renouvellement du bail soit par sa décision de reprendre ou de vendre le logement, soit par un motif légitime et sérieux, notamment l'inexécution par le locataire de l'une des obligations lui incombant ; À peine de nullité, le congé donné par le bailleur doit indiquer le motif allégué et, en cas de reprise, les nom et adresse du bénéficiaire de la reprise ainsi que la nature du lien existant entre le bailleur et le bénéficiaire de la reprise qui ne peut être que le bailleur, son conjoint, le partenaire auquel il est lié par un pacte civil de solidarité enregistré à la date du congé, son concubin notoire depuis au moins un an à la date du congé, ses ascendants, ses descendants ou ceux de son conjoint, de son partenaire ou de son concubin notoire ; En cas de contestation, le juge peut, même d'office, vérifier la réalité du motif du congé et le respect des obligations prévues au présent article. Il peut notamment déclarer non valide le congé si la non-reconduction du bail n'apparaît pas justifiée par des éléments sérieux et légitimes. »

16. V. notamment, M. Fabre-Magnan, « Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique », préc.

dération de l'intérêt d'autrui [en organisant] une répartition de la charge probatoire conforme à la répartition des rôles qui prévaut dans le type de contrat dans lequel elle apparaît »¹⁷. À quelques décisions équivoques près, ces saillies doctrinales ont cependant laissé la jurisprudence impassible : « en l'absence de disposition légale particulière, affirme la chambre commerciale de la Cour de cassation, toute partie à un contrat à durée indéterminée peut, sans avoir à motiver sa décision, mettre fin unilatéralement à celui-ci, sauf à engager sa responsabilité en cas d'abus »¹⁸.

3. – La résistance relative du droit commun des contrats à l'exigence de la motivation.

– Cette résistance du droit des contrats à la motivation se comprend : la souveraineté des volontés libres et unies par leur rencontre les dispense de révéler leur motivation. Les parties y trouveront d'ailleurs souvent avantage, qui préfèrent généralement bouter le tiers hors du contrat et garder pour elles le secret de leur affaire. Elles n'ont du reste pas même de confidences à se faire l'une à l'autre quant aux motivations qui les animent : l'accord sur l'essentiel, cette espèce d'harmonie originelle qu'il paraît emporter aussi, les en exonèrent. Motifs et mobiles restent normalement à la porte du contrat.

La résistance du droit commun des contrats à la motivation ne confine cependant pas l'étalement. Rien n'empêche après tout les parties de s'y plier spontanément. Elles peuvent ainsi s'adresser aux tiers – et singulièrement à ce tiers désintéressé qu'est le juge – en rédigeant un exposé des motifs qui servira de proclamation d'un projet contractuel et plus encore de ligne directrice d'interprétation. Il peut aussi arriver qu'une partie exerce unilatéralement une prérogative contractuelle, ici en fixant le prix de la prestation, ailleurs en résiliant le contrat : elle aura volontiers tendance à faire savoir à l'autre partie les raisons commandant sa décision. L'ac-

cord des volontés qui fonde les conventions n'exclut pas, en effet, que certains comportements contractuels soient unilatéraux : l'explication spontanée d'un pareil comportement par la partie qui l'adopte peut participer à manifester qu'il s'inscrit dans le prolongement de l'accord original, rassurant l'autre partie quant à la prise en compte de ses intérêts au-delà de l'unilatéralité¹⁹.

4. – Renouveau de la question.

– Reste que la motivation en droit commun des contrats pouvait passer pour une préoccupation doctrinale plutôt que jurisprudentielle, une manifestation de la liberté des parties plutôt qu'une exigence comportementale à leur endroit. La réforme du droit des contrats est cependant passée par là, modifiant quelque peu les termes de la question. Consacrant de nouveaux pouvoirs unilatéraux au bénéfice des contractants, l'ordonnance du 10 février 2016 les a en effet parfois subordonnés à des exigences expresses de motivation plus ou moins pesantes²⁰. L'article 1226 du Code civil impose par exemple à la partie qui résout unilatéralement la convention de notifier cette sanction « et les raisons qui la motivent »²¹ : elle exige ainsi une « motivation décisive » au soutien de la sanction fulminée par une partie. Dans une perspective différente, les articles 1164 et 1165 du Code civil permettent à l'une des parties de fixer unilatéralement prix « à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation » : ils se bornent ainsi à exiger une simple expression *a posteriori* des motifs, l'expression de cette « motivation impulsive » évoquée plus haut. Bref, si la motivation s'installe ainsi dans le Code civil et en droit commun des contrats, les nouveaux textes échouent à lui conférer une quelconque cohérence. Pour ainsi dire, non seulement « l'existence de l'obligation de motivation ne paraît pas s'être imposée dans l'esprit des rédacteurs de l'ordonnance comme la

17. Th. Revet, préc., spéc. n° 7.

18. Com., 26 janv. 2010, n° 09-65.086, *Bull. civ. IV*, n° 18, *D.*, 2010, p. 2178, obs. D. Mazeaud.

19. Comp. Th. Revet, préc.

20. Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. *Adde* Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. V. sur la question de ces pouvoirs, le dossier « Les nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *RDC*, 2018, p. 502 et s. V. en particulier, D. Houtcieff, « L'étendue des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *RDC*, 2018, p. 505 ; J.-F. Hamelin, « L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », préc. ; J. Heinich, « Le contrôle des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », préc. ; L. Aynès, « Les nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant – Synthèse », *RDC*, 2018, p. 528.

21. C. civ., art. 1226.

condition *sine qua non* de l'exercice d'un pouvoir unilatéral », mais son « existence apparaît quelque peu erratique »²². Au vrai, cette situation s'explique sans doute pour partie par l'ambivalence originaire du terme de « motivation ». Le mot évoque en effet tantôt cette « motivation décisive » nécessaire au soutien et à l'efficacité de la décision unilatérale (I), cependant qu'il renvoie d'autre fois à une simple « motivation impulsive » que les parties font librement remonter à la surface contractuelle (II).

I. La motivation décisive

5. – Généralités. – La « motivation décisive » – au sens défini plus haut – constitue le support nécessaire d'une décision dont elle détermine les effets. Elle n'est cependant que rarement mise en œuvre par les textes : son domaine semble cantonné à la résolution unilatérale (A). Sous réserve d'une jurisprudence qui ne s'est pas encore fixée, son régime paraît devoir se concevoir de manière rigoureuse : la motivation décisive paraît devoir intervenir concomitamment à la sanction et en fixer définitivement la portée (B).

A. Domaine

6. – Unilatéralité et contrat. – Le contrat n'est pas exclusif d'unilatéralité. Après tout, même l'accord de volontés peut passer pour la rencontre de deux intérêts antagoniques. Certains ne voient-ils pas dans l'unilatéralisme particulier au contrat d'adhésion – qui repose sur une manière de relation hémiplégique où l'une des parties se soumet aux *desiderata* contractuels de l'autre – une véritable *summa divisio*²³ ? Surtout,

l'accord originel des volontés nécessaire à la naissance du contrat n'interdit nullement que des comportements unilatéraux s'arriment ultérieurement sur ce socle : voici quelques années déjà que la doctrine a fait justice d'une confusion qui perturba un temps la jurisprudence entre arbitraire et unilatéralité²⁴. Les parties peuvent ainsi librement stipuler un pouvoir unilatéral de fixation du prix au bénéfice de l'une d'elles²⁵, cependant que les promesses unilatérales de contrats – conférant à l'une des parties la faculté de former unilatéralement la convention définitive – sont consacrées par le Code civil²⁶. L'admissibilité des comportements unilatéraux se dispense du reste parfois de toutes stipulations contractuelles. Le nouvel article 1193 du Code civil est en effet un brin trompeur lorsqu'il affirme que « les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties » : l'article 1211 du Code civil ne proclame-t-il pas que « lorsque le contrat est à durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment »²⁷ ?

7. – L'unilatéralité n'impose pas systématiquement la motivation. – Non seulement le contrat n'exclut pas les comportements unilatéraux, mais ces derniers ne paraissent pas systématiquement requérir de motivation. L'article 1211 du Code civil admettant la résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée n'exige aucune motivation. La jurisprudence a pour sa part expressément affirmé qu'« en l'absence de disposition légale particulière, toute partie à un contrat à durée indéterminée peut, sans avoir à motiver sa décision, mettre fin unilatéralement à celui-ci, sauf à engager sa respon-

22. J.-F. Hamelin, « L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », préc., spéc. p. 518.

23. V. à propos de la version du texte antérieure à la loi du 20 avril 2018, Th. Revet, « Les critères du contrat d'adhésion », *D.*, 2016, p. 1171.

24. V. parmi d'autres L. Aynès, « Indétermination du prix dans les contrats de longue durée : de la nullité à la responsabilité contractuelle (un revirement radical de la Cour de cassation) », *D.*, 1996, p. 13. L'auteur écrit, à propos du célèbre revirement de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation à la fin de l'année 1995 (Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, *Bull. Ass. plén.*, n° 7, 8 et 9) : « L'arrêt fait ainsi justice d'une prétendue "essence bilatérale" du contrat, qui confond en réalité unilatéral et arbitraire. Rien ne s'oppose à ce que les parties conviennent de confier à l'une d'elles la fixation future du prix. Les règles de la responsabilité contractuelle suffisent à protéger cette confiance ».

25. C. civ., art. 1164 et 1165.

26. C. civ., art. 1124 : « La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire ».

27. C. civ., art. 1211 : « Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement ou, à défaut, un délai raisonnable ».

sabilité en cas d'abus »²⁸. Certes, on ne saurait en déduire qu'une pareille résiliation est discrétionnaire : il n'en reste pas moins qu'il n'est pas nécessaire que le motif en soit exprimé pour qu'elle produise ses effets. Des remarques du même ordre peuvent être faites à propos de l'exception d'inexécution : pas davantage que la jurisprudence, l'article 1219 du Code civil n'exige la moindre mise en demeure préalable²⁹. Non seulement la motivation n'est pas si fréquente en matière contractuelle, mais elle n'est donc pas même systématique en cas de comportement unilatéral : aussi convient-il de faire le départ entre les hypothèses où elle est requise et celles où elle ne l'est pas.

8. – L'exigence de motivation en cas de résolution unilatérale du contrat. – L'article 1226 du Code civil fixant le régime de la résolution unilatérale constitue par évidence un terrain d'étude privilégié afin d'élucider les critères de la motivation décisive. Selon cette disposition, « le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification » : en cas d'inexécution, « le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent ». Cette exigence de motivation est *a priori* surprenante, si l'on considère qu'aucune obligation similaire n'est imposée en cas de résiliation unilatérale de la convention. Cette dissymétrie n'est-elle pas porteuse risque ? On pourrait craindre qu'elle n'incite à contourner l'exigence de motivation requise par la résolution unilatérale et des aléas d'une rupture à ses risques et périls en recourant opportunément à la résiliation³⁰. À la réflexion, ces craintes paraissent cependant largement infondées. Chacune de ces modalités de rupture des contrats a son domaine : la résolution unilatérale est d'ailleurs la seule prérogative

susceptible d'être mise en œuvre par le contractant déçu pour peu que la convention soit à durée déterminée. Surtout, résiliation et résolution unilatérales reposent sur des fondements différents et ne tendent pas aux mêmes fins. La faculté de rompre à tout moment la convention à durée indéterminée exprime une liberté individuelle. Elle est en outre en quelque sorte « incluse » dans le consensus originel de l'accord des volontés : participant des volontés communes et souveraines des parties, elle se dispense donc de motivation. Il en va tout différemment en matière de résolution unilatérale : il ne s'agit plus de mettre en œuvre l'accord originel pour terminer le contrat, mais de le rompre unilatéralement pour sanctionner l'autre partie d'y avoir manqué. La motivation est nécessaire, qui ne s'autorise plus de l'onction originelle de la rencontre de volonté. La motivation est d'autant plus nécessaire qu'ainsi que l'écrivait Cassin : « 1°) un contractant ne peut être juge de la gravité de l'inexécution qu'il impute à l'autre, et par conséquent de la sanction qu'il mérite. Or s'il rompt le contrat en suivant son propre jugement, il inflige toujours la sanction *la plus grave* à une inexécution qui peut n'être pas sérieuse ou même certaine ; 2°) une partie ne peut en second lieu être juge du caractère définitif, irréparable de l'inexécution des engagements de l'autre. Or en se faisant justice à soi-même sous le coup de l'indignation ou de la colère, elle supprime pour celui-ci toutes les chances qu'il pouvait avoir d'exécuter au cours du procès, ou d'obtenir des juges un délai de grâce »³¹.

9. – L'unilatéralité, l'immédiateté et la gravité : critères du contrôle de la sanction. – Au-delà de son caractère unilatéral, l'immédiateté des effets de la résolution unilatérale – qui

28. Com., 26 janv. 2010, n° 09-65.086, *Bull. IV*, n° 18, *D.*, 2010, p. 2178, obs. D. Mazeaud ; *JCP G*, 2010, p. 516, obs. P. Grossier ; *Gaz. Pal.*, 2010 n° 98, p. 17, obs. D. Houticoff ; *Civ. 1^{re}*, 30 oct. 2008, n° 07-19.736, *JCP G*, 2009, II, 10052, obs. C. Chabas ; *Civ. 1^{re}*, 21 févr. 2006, n° 02-21.240, *Bull.*, I, n° 82, *RTD civ.*, 2006, p. 314, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC*, 2006, p. 704, obs. D. Mazeaud ; *Contrats, conc. consom.*, 2006, comm. n° 99, obs. L. Leveneur ; *Comp. Cons. const.*, 30 mars 2006, n° 2006-535 DC, *RTD civ.*, 2006, p. 314 : « Il ne résulte ni du principe de la liberté contractuelle qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789 ni d'ailleurs d'aucun autre principe ou règle de valeur constitutionnelle que la faculté pour l'employeur de mettre fin au contrat première embauche devrait être subordonnée à l'obligation d'en énoncer préalablement les motifs ».

29. Com., 27 janv. 1970, n° 67-13.767, *JCP G*, 1970, II, 16554, obs. A. Huet ; *JCP G*, 1970, IV, p. 71, obs. Y. Loussouarn ; *RTD civ.*, 1971, p. 136, : « celui qui oppose l'*exceptio non adimpleti contractus* n'est pas tenu à une mise en demeure préalable ». *Adde Com.*, 10 déc. 1979, n° 78-11.956, *Bull. IV*, n° 327 ; *Com.*, 26 mai 1981, n° 79-15.606, *Bull. IV*, n° 24. Certaines décisions sont, il est vrai, plus ambiguës : v. *Civ. 3^e*, 11 déc. 1973, n° 72-14.157, *Bull. III*, n° 625.

30. *Comp.* à propos du droit antérieur à la réforme, M. Jaouen, *La sanction prononcée par les parties au contrat, op. cit.*, n° 337.

31. R. Cassin, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exceptio non adimpleti contractus) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, th. 1914, spéc. p. 344.

sont produits dès la notification – participe à expliquer l'exigence de motivation. Sans doute cette dernière tient-elle cependant à la gravité particulière de la sanction considérée. La résolution unilatérale place en effet l'autre partie dans la situation particulièrement délicate du « fait accompli » de la fin du contrat. *Mutatis mutandis*, le créancier qui a exercé cette faculté se trouve en effet dans une position assez proche de celle du contractant ayant obtenu une résolution judiciaire assortie de l'exécution provisoire du contrat³² : il peut se dispenser d'exécuter, au risque, le cas échéant, de réparer plus tard les conséquences dommageables de son comportement s'il est finalement jugé fautif³³. L'autre partie devra pour sa part remonter le cours des débats judiciaires au fond pour contester la position acquise³⁴, sans grand espoir de résurrection du contrat par le juge³⁵. Il est donc légitime qu'elle puisse au moins s'appuyer sur une motivation nette afin de pouvoir utilement contester la décision prise : l'exigence de motivation assure à sa manière un brin de contradiction et le respect des droits de la défense.

10. – Tentative de détermination du domaine de la motivation. – L'unilatéralité, l'immédiateté et la gravité de la décision paraissent pouvoir constituer des critères de la motivation décisive. Leur utilisation ne conduirait du reste guère à en étendre outre mesure le champ d'application. Au-delà de la résolution unilatérale, la clause résolutoire paraît tout au plus pouvoir être analysée comme une modalité de fixation préalable et conventionnelle de la motivation décisive³⁶. Le contrôle vétilleux de la mise en œuvre de ces

clauses par la jurisprudence renforce d'ailleurs ce pressentiment : interdisant notamment les « clauses balais », elle affirme avec constance que la résiliation ne peut être invoquée que dans le cas d'un « manquement aux obligations expressément visées dans ce bail »³⁷. Cette rigueur ne peut désormais plus être justifiée par l'existence du principe de résolution judiciaire, dont la réforme a fait justice. Aussi est-il permis de considérer que l'unilatéralité, l'immédiateté et la gravité de la sanction considérée, qui placent encore l'une des parties devant le fait accompli de la fin du contrat, sont des commencements de son explication.

11. – Pour une extension du domaine de la lutte contre l'inégalité des contractants. –

Quoique le droit positif ne soit guère en ce sens, on peut se demander si l'exigence d'une motivation décisive ne devrait pas être étendue à l'hypothèse de la résiliation unilatérale du contrat de dépendance ou d'adhésion³⁸. En effet, si par principe la résiliation unilatérale ne constitue pas une sanction et peut être considérée comme « incluse » dans l'accord originel des parties³⁹, il n'en va pas de même lorsque les contractants sont de forces inégales, au point que les circonstances ont contraint l'un d'eux à se plier aux conditions de l'autre : il ne serait donc pas illégitime de subordonner la résiliation unilatérale de pareils contrats d'adhésion ou de dépendance à une telle exigence de motivation. Le droit des contrats spéciaux milite en ce sens, en ce qu'il subordonne souvent l'exercice de prérogatives unilatérales à une exigence de motivation, pour peu que les parties se trouvent en situation d'iné-

32. Sur ce point, v. D. Houtcieff, « La réactivité en droit contemporain des contrats : des réactions unilatérales au *smart contract* », *Gaz. Pal.*, 2019, Hors-série n° 3, p. 9 et s.

33. Paris, pôle 4, ch. 1, 30 juin 2017, n° 15/22736.

34. Une pareille question paraît en effet échapper à la compétence du juge des référés telle qu'elle résulte de l'article 808 du Code de procédure civile. Comp. T. com. Manosque, 12 oct. 2010, n° 2010003506 : « Constatons que la demande tendant à la résiliation anticipée du contrat du 26.07.2005 aux torts de la SARL X et au paiement d'une clause pénale contractuelle, se heurte à des difficultés sérieuses qui rendent incompétent le juge des référés ».

35. La résolution unilatérale fautive devrait ainsi le plus souvent déboucher sur l'allocation de dommages-intérêts : v. TGI Paris, 3^e ch., 1^{er} sect., 16 nov. 2017, préc. ; TGI Paris, 3^e ch., 3^e sect., 23 mars 2018, préc.

36. L'article 1226 du Code exige en effet que les engagements sanctionnés par la résolution soient spécifiés et que la mise en demeure mentionne la clause résolutoire. Selon cette disposition en effet, « La clause résolutoire précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat ; La résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, s'il n'a pas été convenu que celle-ci résulterait du seul fait de l'inexécution. La mise en demeure ne produit effet que si elle mentionne expressément la clause résolutoire ».

37. Par ex. Civ. 3^e, 15 sept. 2010, n° 09-10.339, *Bull.* III, n° 157, *Gaz. Pal.*, 2010, n° 308, p. 14, obs. D. Houtcieff.

38. Comp. Th. Revet, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », préc., p. 579 et s.

39. V. *supra* n° 8.

galité⁴⁰. Le régime de la motivation décisive est par ailleurs aisément transposable à la résiliation de telles conventions.

B. Régime

12. – Une motivation écrite. – L'article 1226 du Code civil permet de tracer les grandes lignes d'un régime général de la motivation décisive. Selon cette disposition, comme on sait, « le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent ». Il s'en déduit ainsi tout d'abord que l'autre partie doit être informée de la décision prise à son encontre par écrit. L'expression écrite du motif de la résolution unilatérale atteste de la fermeté de la décision de mettre fin à la convention. Elle est surtout nécessaire à la protection de l'autre partie : la victime d'une résolution unilatérale intempesive doit pouvoir s'appuyer sur une motivation intangiblement fixée. Voilà qui pose cependant la question du contenu de la motivation !

13. – Le contenu de la motivation. – S'il impose une motivation, l'article 1226 se garde d'énumérer les motifs susceptibles d'être invoqués. Il convient cependant par évidence que la motivation atteste de la gravité de l'inexécution justifiant la fin du contrat. Ainsi qu'on l'a écrit, « la motivation doit être utile, ce qui signifie qu'elle doit être, non seulement de nature à renseigner effectivement sur les motifs de l'acte, et surtout "adaptée au cas précis de l'intéressé" »⁴¹. Elle doit dès lors expliciter le motif de la résolution de manière suffisamment précise et factuelle pour qu'il puisse être utilement contesté judiciairement. Le contractant fulminant la résolution unilatérale a d'ailleurs lui-même tout intérêt à y apporter le plus grand soin, dès lors qu'il lui faudra s'appuyer sur elle, en cas de contentieux, pour « prouver la gravité de l'inexécution ».

14. – Le temps de la motivation. – L'article 1226 du Code civil fixe très clairement le temps de la motivation : elle intervient au moment de la notification terminant le contrat.

Cette motivation déclenchante est-elle dès ce moment gravée dans le marbre ? La motivation décisive fixe-t-elle les limites du litige, à l'instar d'une lettre de licenciement⁴², imposant ce faisant le respect d'une sorte de principe de concentration des moyens ? Les avis sont partagés. Nombre d'auteurs ne souscrivent guère à cette idée et admettent une motivation complémentaire, voire tout à fait nouvelle⁴³. Après tout, l'article 1226 du Code n'offre-t-il pas au créancier la possibilité de prouver la gravité de l'inexécution ? Une telle exigence pourrait en outre embourber la résolution unilatérale dans un formalisme qui jure avec la finalité d'efficacité qui la porte. Elle pourrait également favoriser la chicane, ouvrant au contractant opposé à la résolution la voie d'une contestation facile. Aussi impressionnantes soient-elles, ces objections ne sont cependant pas pour autant dirimantes⁴⁴. Le souci de protection du débiteur soumis à la résolution et l'exigence d'égalité des contractants paraissent au contraire justifier que le créancier s'en tienne – une bonne fois pour toutes – aux motifs qu'il a exprimés. La motivation paraîtrait sinon vidée de sa substance : l'invocation artificielle d'un motif sans fondement suffirait à temporiser jusqu'au jour de convaincre le juge. La fixation définitive de la motivation a au contraire ce mérite d'imposer au créancier de soupeser avec gravité sa décision : le fait accompli devant lequel la résolution unilatérale place l'autre partie justifie ce minimum d'équilibre des armes.

15. – Les sanctions du défaut ou de l'insuffisance de la motivation. – La question de la sanction de l'exigence de motivation est discutée. Faut-il admettre que le non-respect de la « procédure » de communication de la motivation puisse déboucher sur une sanction ? L'on pourrait en effet préférer cantonner la sanction à l'absence de motif, sans s'arrêter à l'insuffisance ou même à l'absence de motivation. Une voie moyenne pourrait aussi être choisie : « il est possible de se demander si, à l'instar du sort particulier qui est réservé à certaines règles en procédure civile, la nullité de l'acte juridique à raison

40. V. *supra* n° 2.

41. M. Jaouen, *La sanction prononcée par les parties au contrat*, op. cit., n° 350, qui cite CE, 24 juill. 1981, *Belasri, Rec.*, p. 322.

42. C. trav., art. L. 1235-2 : al. 2 « La lettre de licenciement, précisée le cas échéant par l'employeur, fixe les limites du litige en ce qui concerne les motifs de licenciement ».

43. Ph. Stoffel-Munck, « La résolution par notification : questions en suspens », *Dr. et patr. mensuel*, n° 240, p. 67 et s., spéc. III.

44. V. aussi P.-Y. Gautier, « La hiérarchie inversée des modes de résolution du contrat », *Dr. et patr. mensuel*, n° 240, p. 70 et s.

de l'absence ou de l'insuffisance de motivation ne devrait pas être soumise à la démonstration, par la partie destinataire de l'acte, d'un préjudice subi en raison de cette violation. Ce serait appliquer la règle "pas de nullité sans grief" »⁴⁵. L'article 1226 du Code civil livre sur ce point peu d'éléments de réponse. Une chose semble cependant incontestable : la notification déclenchant la sanction, la résolution est inefficace – elle n'existe pas – en l'absence de motivation. Il reviendra pour le reste au juge d'apprécier les conséquences d'une motivation formelle, creuse, insuffisante ou infondée. L'inefficacité de la résolution unilatérale pourrait sans doute être théoriquement envisagée. Les juges seront cependant sans nul doute réticents à la résurrection d'un contrat au sortir d'une procédure judiciaire peut-être longue : autant dire que la sanction ordinaire du défaut de motivation de la résolution unilatérale consistera le plus souvent dans une responsabilité du créancier plutôt que dans l'inefficacité de la résolution qu'il aura notifiée⁴⁶.

16. – Observations terminales sur la motivation décisive. – La résolution unilatérale de l'article 1226 du Code civil paraît bien consacrer un cas de « motivation décisive », c'est-à-dire d'argumentation nécessaire au soutien de la sanction. Cette exigence n'est évidemment pas sans évoquer la motivation des décisions de justice : que la résolution soit judiciaire ou unilatérale, il n'est après tout pas incohérent que le contractant puisse la contester en prenant appui sur les motifs qui l'ont prétendument justifiée. Certes, le domaine de cette motivation décisive est étriqué : il est pour l'heure cantonné à la résolution unilatérale, sauf à en rapprocher le mécanisme de la clause résolutoire⁴⁷. Il pourrait cependant être étendu à l'hypothèse de la résiliation unilatérale des contrats de dépendance ou d'adhésion à durée indéterminée⁴⁸. L'exigence d'une motivation préalable et invariable ne saurait cependant être admise que lorsque l'égalité des parties le requiert, soit parce que la sanction unilatérale place l'une d'elles en situation de fai-

blesse, soit parce que la convention est originellement déséquilibrée. La motivation décisive, telle qu'elle vient d'être étudiée, se distingue ainsi nettement de la motivation impulsive, qui n'a pas vocation à maintenir une quelconque égalité entre les parties, mais tout au plus à faciliter l'interprétation de leurs comportements.

II. La motivation impulsive

17. – Généralités et plan. – La motivation n'est pas toujours décisive : elle ne conditionne pas toujours l'efficacité d'un comportement unilatéral et tend parfois seulement à l'éclairer. Elle est alors une « motivation impulsive » de l'acte, qui fait remonter ses motifs à la surface et renseigne sur le comportement adopté sans pour autant en déterminer les effets. Cette motivation impulsive est à la vérité plus fréquente (A) ; elle débouche par ailleurs sur des règles plus molles que celles découlant de la motivation décisive (B).

A. Domaine

18. – Premières vues. – Dans un sens psychologique, la motivation désigne « l'ensemble des facteurs dynamiques qui orientent l'action d'un individu vers un but donné, qui déterminent sa conduite et provoquent chez lui un comportement donné ou modifient le schéma de son comportement présent »⁴⁹. Cette motivation-là, que l'on peut qualifier de « motivation impulsive », évoque au civiliste ordinaire une simple expression des motifs ou des mobiles impulsifs et déterminants, la mise au jour des « ressorts de la volonté » selon la formule de Josserand⁵⁰. Si les motifs et les mobiles sont ordinairement en dehors du contrat, rien n'interdit aux parties de les y intégrer et de les expliciter : songeons aux préambules qui décorent fréquemment les conventions. Il en va de même s'agissant des comportements unilatéraux des contractants : s'il n'est nullement tenu de le faire, rien n'interdit au contractant résiliant unilatéralement la

45. M. Jaouen, *La sanction prononcée par les parties au contrat*, op. cit., n° 352.

46. En ce sens, D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 4^e éd., 2018, n° 992.

47. V. supra n° 10.

48. *Ibid.*

49. *Trésors informatisés de la langue française*, V^o Motivation, sens II.

50. *Op. cit.*, loc. cit.

convention de faire connaître les motifs de la rupture à l'autre partie⁵¹.

19. – Motivation impulsive et motivation décisive. – Ainsi comprise, cette motivation impulsive apparaît bien différente de la motivation décisive évoquée plus haut. Comme on l'a vue, la motivation décisive se présente comme une argumentation écrite au soutien de la sanction. La motivation impulsive se ravale quant à elle à l'expression d'un mobile ou d'un motif, qui fonde peut-être la décision prise, mais n'en conditionne nullement les effets. Les articles 1164 et 1165 du Code civil illustrent à merveille cette hypothèse. Selon ces dispositions, en matière de contrats cadre et de contrats de service, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation⁵². La motivation n'est en ces cas nullement décisive : elle est facultative, du moins en l'absence de contestation. Cette motivation n'équivaut pas, par ailleurs, à une « justification » de la fixation du prix : elle tend seulement à expliquer les raisons qui fondent la décision⁵³. Elle permet ainsi tout au plus d'éclairer la partie contestataire et de faciliter le contrôle de l'éventuel abus. Ce dernier sera en effet d'autant plus facilement retenu que la partie disposant du pouvoir de fixer le prix ne parvient à s'expliquer sur les modalités de son exercice. Il n'en demeure pas moins que cette motivation ne fixe nullement le litige ni ne cantonne les pouvoirs du juge. La pratique atteste de ce que la jurisprudence s'appuie bien

davantage sur la comparaison de la contrepartie fournie au débiteur du prix au regard du marché que sur la motivation articulée par le créancier⁵⁴. Cette tendance n'est du reste pas incohérente avec la solution posée par l'article 1166 du Code civil lorsque c'est la qualité de la prestation qui n'est pas déterminée, qui se dispense de toute référence à une quelconque motivation⁵⁵.

20. – Utilité de l'évocation de la motivation impulsive. – Si on la compare à la motivation décisive, la portée de la motivation impulsive paraît largement moindre. Elle a une vocation essentiellement explicative. Son utilité se borne pour l'essentiel à renseigner le contractant et les tiers – singulièrement le juge – sur les raisons aux sources du comportement adopté. Somme toute, en pratique, il s'agit pour l'essentiel de se préparer par avance à un éventuel contentieux en fournissant dès avant les arguments qui convaincront de l'absence d'abus ou de faute. Ainsi en va-t-il des articles 1164 et 1165 du Code civil relatifs à la fixation du prix. Il en va de même lorsque le preneur souhaitant imputer les travaux qu'il a réglés justifie sa décision au bailleur ou bien encore lorsque le franchisé informe le franchiseur des dépenses qu'il a dû consacrer au développement de la clientèle. Il s'agit toujours de se prémunir : *si vis pacem, para bellum* en quelque sorte. Les effets de cette motivation sont évidemment largement moins fermes que ceux que l'on a pu attribuer à la motivation décisive.

51. V. *supra* n° 7.

52. La formulation de ces deux dispositions n'est pas absolument identique, sans que cette variation n'emporte de grande conséquence dans le cadre qui nous occupe dans cette étude. V. C. civ., art. 1164 : « Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation ; en cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat ». C. civ., art. 1165 : « Dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation. En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande en dommages et intérêts ».

53. D. Houtcieff, *Droit des contrats*, *op. cit.*, n° 391-3.

54. Paris, 1^{er} oct. 2014, n° 12/11167 : « peut être considéré comme abusif, dans certaines configurations de marché, un prix de vente sans rapport ou excessivement disproportionné par rapport aux coûts effectivement supportés ou sans rapport avec les prix pratiqués par des concurrents, sur des marchés comparables, et pour des produits équivalents ». *Adde* Limoges, ch. civ., 29 sept. 2015, n° 14/01430 : « la seule circonstance que ce prix puisse être supérieur à celui de concurrents, hors toute appréciation de la qualité du produit, ne peut suffire à caractériser un abus dans la fixation du prix, étant au surplus rappelé que l'engagement d'approvisionnement constituait la contrepartie de facilités de règlement d'un arriéré de factures impayées au moyen d'un prêt ». *Adde* encore T. com. Dijon, 10 avr. 2014, n° 2012005324 : les factures et devis versés au débat « ne permettent pas de comparer une prestation équivalente à celle facturée par Monsieur X et sont dès lors insuffisants pour caractériser l'abus dans la fixation du prix ».

55. C. civ., art. 1166 : « Lorsque la qualité de la prestation n'est pas déterminée ou déterminable en vertu du contrat, le débiteur doit offrir une prestation de qualité conforme aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie ». Cette disposition invite à déterminer la qualité de la prestation à l'aune de la contrepartie.

B. Régime

21. – Liberté de la motivation impulsive. – La liberté d’y recourir est probablement le principal trait caractéristique de la motivation impulsive : en tant qu’elle touche aux mobiles et aux motifs, elle n’a rien de nécessaire. Il n’appartient ainsi qu’à la partie résiliant unilatéralement la convention de motiver la rupture si elle le souhaite⁵⁶ : il s’agira alors pour elle d’attester par avance du caractère raisonnable et légitime de la rupture afin d’étouffer une éventuelle contestation. Cette liberté peut être exercée de concert et de conserve : les parties peuvent s’accorder sur la nécessité d’une motivation. Une clause exigeant l’expression du motif de la rupture, voire une clause imposant l’invocation d’un motif légitime ou limitativement énuméré peut être insérée dans la convention. L’essentiel ne varie cependant pas : la motivation impulsive n’appartient qu’aux parties. Il est vrai que ses conséquences sont molles.

22. – Effets de l’expression de la motivation impulsive. – La motivation impulsive n’a d’autre office que d’éclairer le comportement. Son expression ne conditionne nullement la décision et n’a guère d’effet contraignant ou définitif. Le préambule – cette expression concertée des motivations poursuivies par les parties – n’est ordinairement qu’un élément d’interprétation pour le juge : il ne saurait passer pour une condition de validité de la convention, pas plus qu’il n’exclut par lui-même que le juge ne puise ailleurs que dans ses stipulations des éléments lui permettant d’éclairer la convention⁵⁷. Des considérations du même ordre peuvent être faites lorsque l’expression de la motivation impulsive a vocation à soutenir une décision unilatérale : elle se ravale encore à un élément d’interprétation à l’intention de l’autre partie et – peut-être plus encore – à l’attention du juge. L’expression des raisons justifiant la fixation unilatérale du prix n’est ainsi exigée par les articles 1164 et 1165 du Code civil qu’en cas de « contestation » : en l’absence de désaccord formulé par l’autre partie, la fixation du prix par le créancier est présu-

mée légitime. L’expression des raisons de la fixation du prix permet tout au plus d’anticiper une éventuelle contestation, à moins qu’elle ne relève de l’excès de zèle : « dans cette hypothèse, il faut partir du principe que la concorde règne entre les parties et, la suspicion n’étant pas de mise, la confiance supplée à la transparence. L’exécution du contrat y gagne en simplicité et célérité »⁵⁸. L’exigence de justification ne survient qu’en cas de désaccord : voilà qui se comprend, dès lors qu’elle participe dès ce moment précis à attester du respect de l’obligation d’ordre public de bonne foi. La motivation n’en demeure pas moins interprétative : au contraire de la motivation décisive, elle ne paraît nullement devoir lier les parties ou bien le juge. Dans la mesure où elle n’a pas à être préalable à la décision de déterminer le prix, on voit mal comment et pourquoi l’expression des motifs par le créancier pourrait fixer les termes du litige : ainsi l’abus devrait-il pouvoir être écarté dès lors que la fixation du prix répond à des considérations légitimes qui n’auraient pas été invoquées par le créancier⁵⁹.

23. – Extension à l’hypothèse de réduction du prix. – Les remarques qui précèdent peuvent être étendues à d’autres situations. Songeons par exemple à l’article 1223 du Code civil, qui dispose qu’en « en cas d’exécution imparfaite de la prestation, le créancier peut, après mise en demeure et s’il n’a pas encore payé tout ou partie de la prestation, notifier dans les meilleurs délais au débiteur sa décision d’en réduire de manière proportionnelle le prix. L’acceptation par le débiteur de la décision de réduction de prix du créancier doit être rédigée par écrit ». Il est *a priori* difficile de saisir que le principe d’une motivation en cas de contestation n’ait été évoqué que dans l’hypothèse de la fixation conventionnelle du prix, sans être envisagé dans le cadre de la réduction du prix en cas d’exécution imparfaite. Cette bizarrerie s’explique sans doute en partie par la mauvaise facture de la rédaction de cette disposition. Plus profondément, elle exprime aussi peut-être l’idée suivant laquelle l’acceptation du débiteur n’est pas exclue au

56. Pour autant que la résiliation ne concerne pas un contrat de dépendance ou d’adhésion : v. *supra* n° 11.

57. V. sur ce point R. Cabrillac, « La motivation des actes individuels : le contrat », *RLDC*, 2012, n° 89, spéc. pp. 91-92. Selon cet auteur, la motivation permet d’explicitier le but poursuivi en concluant le contrat et de faciliter l’interprétation du juge en réduisant le risque d’une dénaturation.

58. J.-F. Hamelin, « L’exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *préc.*, spéc. p. 519.

59. V. *supra* n° 18.

moment de la notification, et que la réduction s'inscrit en quelque sorte dans le prolongement de la concorde originelle : pour ainsi dire – à l'instar de la résiliation unilatérale – la faculté de réduction unilatérale du prix est originellement emportée par le consentement des parties au contrat. La motivation ne saurait donc être exigée en l'absence de contestation ou dans le cadre de la situation prévue par l'alinéa 2 du même texte, c'est-à-dire « si le créancier a déjà payé [et] à défaut d'accord », puisqu'il lui appartiendra alors de « demander au juge la réduction du prix ».

24. – Extension à la résiliation unilatérale ou non-renouvellement du contrat. – Des considérations du même ordre peuvent être faites s'agissant de résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée ou du non-renouvellement du contrat à durée déterminée. Dans l'une et l'autre de ces hypothèses – si l'on veut bien ici laisser de côté l'encadrement de la rupture des relations d'affaires par le Code de commerce⁶⁰ – le contractant qui souhaite mettre fin à la relation contractuelle est libre. Tout au plus lui appartient-il de respecter un préavis ou un délai raisonnable si le contrat est à durée indéterminée, afin de ne pas surprendre l'autre partie par une décision intempestive⁶¹ : si la convention est à durée déterminée, en revanche, « nul ne peut exiger le renouvellement du contrat ». En toute occurrence, aucune obligation de motiver ne pèse sur la partie qui souhaite mettre fin au

contrat⁶². La faculté de résiliation unilatérale ou la liberté de non-renouvellement ont été consenties au moment de la conclusion du contrat. Leur mise en œuvre n'attestant par elle-même d'aucune remise en cause de l'accord originel ou de volonté de sanction, aucune exigence de motivation ne saurait s'imposer, sauf à vouloir contester par avance l'invocation d'un éventuel abus de droit.

25. – Conclusion. – Somme toute, le Code civil paraît bien avoir consacré deux types de motivation, qu'il n'a pas pris garde de distinguer expressément, ni même clairement. La motivation est « décisive », en tant qu'elle se présente comme le support nécessaire de la décision unilatérale d'un contractant. L'exercice d'un pouvoir unilatéral de sanction – en particulier en cas de résolution unilatérale – impose en effet un encadrement, afin que l'autre partie puisse du moins utilement contester la décision prise. La motivation est d'autres fois simplement « impulsive ». Elle est alors un simple moyen entre les mains des parties leur permettant d'éclairer leurs comportements et d'anticiper ainsi, le cas échéant, les contestations qui pourraient leur être faites. Certes, il faut bien convenir que cette conclusion est un peu courte : la théorie de la motivation reste à faire. Au sortir de ces trop longs développements, la motivation demeure une notion vaporeuse, ambivalente et même ambiguë : on s'en consolera en voyant là autant de motivations à remettre l'ouvrage sur le métier !

60. On songe bien évidemment notamment à l'article L. 442-1 II du Code de commerce, suivant lequel « II. – Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, en l'absence d'un préavis écrit qui tienne compte notamment de la durée de la relation commerciale, en référence aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels ».

61. C. civ., art. 1211 : « Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable ».

62. V. *supra*.

Dossier

La motivation

La motivation exigée en procédure pénale

Édouard Verny

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Les vertus de la motivation semblent évidentes. Elle requiert un raisonnement plus exigeant et la décision rendue pourra être mieux comprise. Pour la partie mécontente, cette pédagogie est d'autant plus importante qu'elle pourra ainsi mesurer ses chances d'avoir un meilleur sort en exerçant un recours. Et justement, la juridiction qui sera saisie de ce recours pourra appréhender les fondements de la décision attaquée.

La motivation peut aussi répondre à d'autres objectifs. Le législateur peut, en l'imposant de façon spéciale, rendre une option plus difficile et ainsi marquer son caractère exceptionnel. Il peut aussi l'utiliser pour justifier une mesure de contrainte qui sera confiée à un juge : cette exigence de motivation semble naturellement louable mais doit aussi connaître des limites car il ne faudrait pas conférer à un juge des prérogatives exorbitantes, avec comme seule barrière, brandie comme une justification, la nécessité pour lui de motiver ses décisions. Cette crainte serait d'autant plus légitime que la motivation pourrait n'être que succincte, voire artificielle.

Il n'est pas question ici de traiter la motivation en procédure pénale de façon exhaustive mais seulement d'en dégager les évolutions actuelles les plus marquantes, en montrant que son développement ne trouve sa réelle portée qu'avec une dimension qualitative. Ainsi, l'exigence croissante de motivation (I) se prolonge par l'exigence croissante dans la motivation (II).

I. L'exigence croissante de motivation

Au cours de ces dernières années, l'accroissement du domaine de la motivation a opéré dans deux registres bien distincts. Il concerne d'abord les autorisations particulières prévues pour certains actes d'enquête (A). Il se constate ensuite lors de la détermination de la peine prononcée (B).

A. La motivation lors de l'enquête

Le procureur de la République peut être tenu de motiver ses décisions. La loi l'y contraint tout particulièrement lorsqu'elle incline dans un certain sens : ce magistrat peut s'éloigner du modèle établi mais doit alors motiver. Il doit donc s'expliquer, ce qui peut avoir un caractère dissuasif. Le classement sans suite pur et simple, qui n'a pas les faveurs du législateur, représente une illustration d'une décision orientée par la motivation. Le procureur de la République qui décide de procéder au classement sans suite doit en aviser les plaignants, les victimes dès lors qu'elles sont identifiées ainsi que les personnes et autorités qui, selon les dispositions de l'article 40, alinéa 2 du code de procédure pénale, auraient procédé au signalement de l'infraction. Cet avis doit comprendre l'indication des raisons juridiques ou d'opportunité qui justifient le classement sans suite. Cette exigence de motivation tend d'une part à éviter des classements dont la justification serait malaisée et d'autre part à mieux faire comprendre cette décision.

Le juge des libertés et de la détention (JLD) est souvent appelé à prendre des décisions motivées. Ce juge est parfois dénoncé comme un moyen commode d'autoriser des actes gravement attentatoires aux libertés individuelles. Juge du siège, désormais bénéficiaire d'un véritable statut, ses décisions, surtout lorsqu'elles sont motivées, porteraient une légitimité difficilement contestable. Il intervient souvent en enquête de police, à la requête du procureur de la République afin de prendre une décision qui dépasse sa compétence. S'agissant de la garde à vue, et en matière de criminalité ou délinquance organisée (C. proc. pén., art. 706-73), le JLD peut ainsi, à la requête du procureur de la République et après la première prolongation accordée par ce dernier, à titre exceptionnel et par décision écrite et motivée, accorder des prolongations supplémentaires (C. proc. pén., art. 706-88).

L'enquête préliminaire est, en principe, non coercitive, ce qui implique donc la nécessité d'obtenir l'accord de la personne chez laquelle a lieu une perquisition qui doit déclarer par écrit y consentir (C. proc. pén., art. 76, al. 2). La loi du 15 novembre 2001 prévoyait pour certaines infractions la faculté d'opérer exceptionnellement des perquisitions en enquête préliminaire sans l'assentiment de l'intéressé. Ces dispositions ont été remplacées par celles issues de la loi du 9 mars 2004 dont le domaine est beaucoup plus large. Désormais, si les nécessités de l'enquête relative à un crime ou à un délit puni d'une peine d'emprisonnement d'une durée égale ou supérieure à trois ans¹ l'exigent, le JLD peut, à la requête du procureur de la République, admettre, par une décision écrite et motivée, que les opérations de perquisition, de visite domiciliaire ou de saisie réalisées en enquête préliminaire seront effectuées sans l'assentiment de la personne chez qui elles ont lieu (C. proc. pén., art. 76, al 4). Les perquisitions nocturnes (C. proc. pén., art. 706-89 et s.) sont soumises à une autorisa-

tion particulière : à peine de nullité, elles font l'objet d'une ordonnance écrite, précisant la qualification de l'infraction dont la preuve est recherchée ainsi que l'adresse des lieux dans lesquels les visites, perquisitions et saisies peuvent être faites ; cette ordonnance, qui n'est pas susceptible d'appel, est motivée par référence aux éléments de fait et de droit justifiant que ces opérations sont nécessaires et qu'elles ne peuvent être réalisées pendant les heures prévues à l'article 59 du code de procédure pénale.

La saisie dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile doit pouvoir être conciliée avec le respect des droits de la défense. Le bâtonnier ou son délégué peut ainsi s'opposer à la saisie d'un document ou d'un objet à laquelle le magistrat a l'intention de procéder s'il estime que cette saisie serait irrégulière (C. proc. pén., art 56-1). Le JLD statue sur la contestation par ordonnance motivée non susceptible de recours. Cette intervention du JLD, toujours par ordonnance motivée non susceptible de recours, est aussi prévue pour les saisies opérées dans les locaux d'une entreprise de presse² (C. proc. pén., art. 56-2) ou dans les locaux d'une juridiction ou au domicile d'une personne exerçant des fonctions juridictionnelles (C. proc. pén., art. 56-5).

Les opérations de surveillance exigent une autorisation du procureur de la République ou du juge d'instruction (C. proc. pén., art. 706-80 à 706-80-2). La loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice en prévoit une forme particulière consistant, pour la police judiciaire, à livrer ou délivrer à la place des prestataires de services postaux et des opérateurs de fret des objets, biens ou produits tirés de la commission de l'une des infractions entrant dans le champ d'application de la criminalité ou de la délinquance organisée, ou servant à les commettre, sans être pénalement responsable. Dans ce cas, et à peine de nullité, l'autorisation du procureur de la République ou du juge d'instruction doit être écrite et motivée. Opéra-

1. La loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice a abaissé ce seuil de cinq à trois ans.

2. L'article 56-2 du code de procédure pénale vise plus largement : les locaux d'une entreprise de presse, d'une entreprise de communication audiovisuelle, d'une entreprise de communication au public en ligne, d'une agence de presse, les véhicules professionnels de ces entreprises ou agences ou le domicile d'un journaliste lorsque les investigations sont liées à son activité professionnelle.

tion plus complexe, l'infiltration³ est soumise à une exigence particulière de motivation : à peine de nullité, l'autorisation donnée en application de l'article 706-81 du code de procédure pénale est délivrée par écrit et doit être spécialement motivée (C. proc. pén., art. 706-83, al. 1^{er}).

La décision du juge d'instruction prescrivant l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des communications électroniques est motivée par référence aux éléments de fait et de droit justifiant que ces opérations sont nécessaires (C. proc. pén., art. 100-1). Cette décision n'a pas de caractère juridictionnel et n'est susceptible d'aucun recours. En enquête de flagrance ou en enquête préliminaire, il en est de même lorsque le JLD les autorise à la requête du procureur de la République (C. proc. pén., art. 706-95).

Si les nécessités de l'information relative à un crime ou à une infraction de criminalité ou délinquance organisée (C. proc. pén., art. 706-73 et 706-73-1) l'exigent, le JLD ou le juge d'instruction peut autoriser par ordonnance motivée l'accès, à distance et à l'insu de la personne visée, aux correspondances stockées par la voie des communications électroniques accessibles au moyen d'un identifiant informatique (C. proc. pén., art. 706-95-1 et 706-95-2).

Les techniques spéciales d'enquête (*Imsi-catcher*, sonorisations et fixations d'images, captation de données informatiques) sont autorisées par une ordonnance écrite et motivée par référence aux éléments de fait et de droit justifiant que ces opérations sont nécessaires. Elle n'a pas de caractère juridictionnel et n'est pas susceptible de recours (C. proc. pén., art. 706-95-13). En cas d'urgence résultant d'un risque imminent de dépérissement des preuves ou d'atteinte grave aux personnes ou aux biens, l'autorisation du juge d'instruction peut être délivrée sans avis du procureur de la République : elle comporte alors l'énoncé des circonstances de fait établissant l'existence du risque imminent (C. proc. pén., art. 706-95-15).

Si l'exigence de motivation a prospéré lors de la phase d'enquête, il n'en est de même que depuis une époque fort récente en ce qui concerne la motivation de la peine.

B. La motivation de la peine

La motivation de la peine est probablement l'aspect le plus actuel, et le plus commenté, de la motivation en matière pénale. Le principe de l'intime conviction ne signifie pas l'absence de motivation. Si la culpabilité devait être motivée dans les décisions correctionnelles et de police, il en allait jadis différemment pour les arrêts criminels. La loi du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs impose, depuis le 1^{er} janvier 2012, la motivation, sur la culpabilité, des arrêts de la cour d'assises, par le président ou l'un des magistrats assesseurs. Mais c'est bien plus récemment que fut tranchée la question de la motivation de la peine.

L'alinéa 2 de l'article 132-1 du code pénal affirme que toute peine prononcée doit être individualisée tandis que l'alinéa 3 impose une proportionnalité puisque la juridiction détermine la nature, le *quantum* et le régime des peines prononcées en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale. Mais la peine ainsi déterminée doit-elle faire l'objet d'une motivation ?

En matière criminelle, par trois arrêts du 8 février 2017⁴, la Cour de cassation avait affirmé que la cour et le jury ne devaient pas motiver le choix de la peine qu'ils prononcent. Mais le Conseil constitutionnel, par une décision du 2 mars 2018⁵, a considéré qu'il appartient au législateur, dans l'exercice de sa compétence, de fixer des règles de droit pénal et de procédure pénale de nature à exclure l'arbitraire dans la recherche des auteurs d'infractions, le jugement des personnes poursuivies ainsi que dans le prononcé et l'exécution des peines. En outre, le principe d'individualisation des peines implique qu'une sanction pénale ne puisse être appliquée

3. L'infiltration consiste, pour un officier ou un agent de police judiciaire spécialement habilité dans des conditions fixées par décret et agissant sous la responsabilité d'un officier de police judiciaire chargé de coordonner l'opération, à surveiller des personnes suspectées de commettre un crime ou un délit en se faisant passer, auprès de ces personnes, comme un de leurs coauteurs, complices ou receleurs (C. pr. pén., art. 706-81, al. 2).

4. Crim., 8 févr. 2017, n° 15-86.914 (à paraître au *Bull.*), 16-80.389 (à paraître au *Bull.*) et 16-80.391 (à paraître au *Bull.*).

5. Cons. const., 2 mars 2018, n° 2017-694 QPC.

que si le juge l'a expressément prononcée, en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce. Ces exigences constitutionnelles imposent dès lors la motivation des jugements et arrêts de condamnation, pour la culpabilité comme pour la peine. Désormais, le deuxième alinéa de l'article 365-1 du code de procédure pénale dispose que la motivation de la condamnation consiste non plus seulement dans l'énoncé des principaux éléments à charge qui, pour chacun des faits reprochés à l'accusé, ont convaincu la cour d'assises mais aussi dans l'énoncé des principaux éléments ayant convaincu la cour d'assises dans le choix de la peine.

En matière correctionnelle, l'article 132-19 du code pénal impose une obligation de motivation spéciale : lorsque le tribunal correctionnel prononce une peine d'emprisonnement sans sursis et ne faisant pas l'objet d'une semi-liberté, d'un placement à l'extérieur, d'un placement sous surveillance électronique ou du fractionnement des peines, il doit spécialement motiver sa décision, au regard des faits de l'espèce et de la personnalité de leur auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale. Doivent aussi être spécialement motivés, dans certains cas, l'interdiction du territoire français (C. proc. pén., art. 131-30-1) et le suivi socio-judiciaire (C. pén., art. 131-36-1). Au-delà de ces motivations spéciales, la Cour de cassation impose désormais, de façon générale, la motivation de la peine en matière correctionnelle⁶.

S'agissant des contraventions, le revirement de jurisprudence a été opéré par un arrêt de la Cour de cassation du 30 mai 2018⁷ : la juridiction qui prononce une peine d'amende doit motiver sa décision au regard des circonstances de l'infraction, de la personnalité et de la situation personnelle de son auteur, en tenant compte de ses ressources et de ses charges et cette obligation de motivation s'applique donc aussi en matière contraventionnelle.

De la motivation de la peine peut être rapprochée celle de l'amende civile : la juridiction d'instruction qui prononce une condamnation à une amende civile doit motiver sa décision en tenant compte des ressources et des charges du plaignant⁸.

Il est possible que la Cour de cassation soit tentée à l'avenir de procéder, à travers un contrôle de l'obligation de motivation de la peine, à un contrôle de la peine elle-même : ainsi, risquerait fort de ne pas être correctement motivée la peine qui s'avérerait nettement inadéquate. La nécessité d'une motivation ne peut être réellement appréhendée qu'en envisageant la qualité de cette motivation.

II. L'exigence croissante dans la motivation

Dès lors qu'est acquise l'obligation de motiver, encore faut-il que cette motivation s'avère suffisamment précise et rigoureuse. Cette exigence s'avère croissante, qu'il s'agisse de constater qu'une telle motivation est déjà requise (A) ou de signaler que son insuffisance, jusqu'à présent tolérée, doit désormais être corrigée (B).

A. La qualité exigée

D'une façon générale, la motivation ne doit pas se limiter à une formule toute faite mais doit être adaptée à l'espèce. Bien sûr, le juge peut s'inspirer de l'avis du ministère public mais il ne peut se contenter de s'y référer⁹. Dans deux registres, la motivation doit s'avérer particulièrement approfondie : la privation de liberté avant jugement et la condamnation.

Depuis la loi du 14 avril 2011, l'article 62-2 du code de procédure pénale n'autorise la garde à vue que lorsqu'elle constitue l'unique moyen de parvenir à l'un des objectifs qu'il énumère précisément. Or, la Cour de cassation a d'abord semblé refuser que soit exercé un contrôle concret de

6. Crim., 1^{er} févr. 2017, n° 15-83.984 (à paraître au *Bull.*), 15-85.199 (à paraître au *Bull.*) et 15-84.511 (à paraître au *Bull.*).

7. Crim., 30 mai 2018, n° 16-85.777.

8. Crim., 5 sept. 2018, n° 17-84.980.

9. L'ordonnance du JLD autorisant une perquisition coercitive en enquête préliminaire doit être spécialement motivée au regard d'éléments de fait et de droit et ne peut se contenter de faire référence aux motifs énoncés dans la requête du procureur de la République : Crim., 23 nov. 2016, n° 15-83.649, à paraître au *Bull.* De même, l'ordonnance du JLD doit comprendre une motivation justifiant de la nécessité de prolonger la garde à vue et tel n'est pas le cas lorsqu'elle se borne à se référer à la requête présentée par le procureur de la République : Crim., 23 nov. 2016, n° 16-81.904, à paraître au *Bull.*

ces objectifs qui, seuls, peuvent pourtant justifier une garde à vue¹⁰. Mais récemment, furent approuvés les juges du fond qui avaient contrôlé la nécessité du recours à la garde à vue¹¹, le cas échéant en l'annulant¹². La garde à vue doit donc désormais être soigneusement motivée.

Lorsque les nécessités de l'enquête exigent une audition immédiate de la personne, le procureur de la République peut autoriser, par décision écrite et motivée, sur demande de l'officier de police judiciaire (OPJ), que l'audition de garde à vue débute sans attendre l'expiration du délai de deux heures prévu pour permettre l'arrivée de l'avocat (C. proc. pén., art. 63-4-2, al. 3). Surtout, la loi permet à titre exceptionnel que le procureur de la République ou le JLD¹³, sur demande de l'OPJ, autorise le report de la présence de l'avocat lors des auditions ou confrontations, si cette mesure apparaît indispensable. Cette autorisation doit prendre la forme d'une décision écrite et motivée qui doit énoncer des raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'enquête, soit pour permettre le bon déroulement d'investigations urgentes tendant au recueil ou à la conservation des preuves, soit pour prévenir une atteinte imminente aux personnes. Cette autorisation doit ainsi être fondée sur des éléments précis et circonstanciés résultant des faits de l'espèce.

Lorsque le JLD ordonne ou prolonge une détention provisoire ou rejette une demande de mise en liberté, son ordonnance doit comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait montrant le caractère insuffisant des obligations

du contrôle judiciaire ou de l'assignation à résidence avec surveillance électronique et le motif de la détention (C. proc. pén., art. 137-3, al. 1^{er}). L'article 144 du code de procédure pénale précise que la détention provisoire ne peut être ordonnée ou prolongée que s'il est démontré, au regard des éléments précis et circonstanciés résultant de la procédure, qu'elle constitue l'unique moyen de parvenir à l'un ou plusieurs des objectifs énumérés par cet article et que ceux-ci ne sauraient être atteints en cas de placement sous contrôle judiciaire ou d'assignation à résidence avec surveillance électronique¹⁴. La Cour de cassation veille à ce que cette motivation soit conforme aux exigences portées par ces dispositions¹⁵. Ces deux conditions, selon lesquelles d'une part la détention provisoire doit être l'unique moyen de parvenir à l'un des objectifs mentionnés et d'autre part que seraient insuffisants le contrôle judiciaire et l'assignation à résidence sous surveillance électronique, qui se rejoignent inévitablement, expriment surtout le refus d'une motivation superficielle qui ne serait pas spécialement adaptée au cas considéré. Au-delà d'une certaine durée, est même exigée une « surmotivation » : ainsi, lorsque la durée de la détention provisoire excède un an en matière criminelle ou huit mois en matière délictuelle, les décisions ordonnant sa prolongation ou rejetant les demandes de mise en liberté doivent aussi comporter les indications particulières qui justifient en l'espèce la poursuite de l'information et le délai prévisible d'achèvement de la procédure (C. proc. pén., art. 145-3, al. 1^{er}).

10. Crim., 18 nov. 2014, n° 14-81.332, *Bull. crim.*, 2014, n° 241.

11. Crim., 28 mars 2017, n° 16-85.018, à paraître au *Bull.*

12. Crim., 7 juin 2017, n° 16-87.588, à paraître au *Bull.*

13. Le procureur de la République ne peut en principe différer la présence de l'avocat que pendant une durée maximale de douze heures. Lorsque la personne est gardée à vue pour un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement d'au moins cinq ans, le JLD peut, sur requête du procureur de la République, autoriser le report de la présence de l'avocat au-delà de la douzième heure, jusqu'à la vingt-quatrième heure. Lorsque la personne est gardée à vue pour l'une des infractions de criminalité ou de délinquance organisée (de l'article 706-73 du code de procédure pénale), l'intervention de l'avocat peut être différée, en considération de raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'enquête ou de l'instruction, pendant une durée maximale de quarante-huit heures. S'il s'agit de trafic de stupéfiants ou de terrorisme, de crimes contre l'humanité, de crimes ou délits de guerre ou encore de tortures, la durée maximale est portée à soixante-douze heures. Le report de l'intervention de l'avocat jusqu'à la fin de la vingt-quatrième heure est alors décidé par le procureur de la République tandis que le report de l'intervention de l'avocat au-delà de la vingt-quatrième heure est décidé par le JLD.

14. Indépendamment de ces motifs, le placement en détention provisoire peut aussi être justifié en cas d'inexécution des obligations résultant du contrôle judiciaire ou de l'assignation à résidence sous surveillance électronique (C. proc. pén., art. 143-1, al. 4, 141-2 et 142-8, al. 2).

15. Crim., 26 févr. 2008, n° 07-88.336, *Bull. crim.*, 2008, n° 50, p. 228 ; 18 juin 2008, n° 08-82.856, *Bull. crim.*, 2008, n° 157 ; 16 févr. 2010, n° 09-87.912, *Bull. crim.*, 2010, n° 28 ; 21 oct. 2014, n° 14-85.241, Inédit ; 5 avr. 2016, n° 16-80.575, *Bull. crim.*, 2016, n° 122 ; 7 févr. 2017, n° 16-86.877, à paraître au *Bull.*

Le juge répressif est soumis, sous le contrôle rigoureux de la Cour de cassation¹⁶, à une double obligation de motivation de sa décision et de cohérence de cette motivation¹⁷. En cas de condamnation, il convient ainsi, par des éléments de droit et de fait, de constater l'existence des éléments constitutifs de l'infraction. Tout jugement ou arrêt doit contenir les motifs propres à justifier la décision et répondre aux chefs péremptoires des conclusions dont les juges du fond sont régulièrement saisis par les parties et l'insuffisance des motifs équivaut à leur absence. C'est pourquoi, ne met pas la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle sur la légalité de sa décision, le juge qui, pour déclarer le demandeur coupable de « bruits de nature à troubler la tranquillité publique », après la mention préimprimée énonçant que « la culpabilité du prévenu résulte de la procédure et des débats », se borne à reproduire la qualification de la contravention, ainsi que la date et le lieu de celle-ci¹⁸. En matière correctionnelle, la cour d'appel ne met pas la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle sur la légalité de sa décision lorsque, pour condamner le prévenu, elle se limite à adopter les motifs du jugement, lequel se bornait à énoncer « qu'au vu des éléments du dossier et des débats les faits sont établis à l'encontre du prévenu »¹⁹. En matière criminelle, la motivation consiste dans l'énoncé des principaux éléments à charge, exposés au cours des délibérations, qui, pour chacun des faits reprochés à l'accusé, ont convaincu la cour d'assises et ont été exposés au cours des délibérations (C. proc. pén., art. 365-1, al. 2). Ne comprend pas les éléments ainsi requis, et ne justifie donc pas la décision rendue, une feuille de motivation d'une condamnation concernant des crimes de viol aggravé et de tentative de meurtre aggravé qui énonce que, d'une part, l'accusé a reconnu être l'auteur des blessures occasionnées à une personne vulnérable et que, d'autre part, la nature de ces lésions et les déclarations de la victime, confirmées par des témoins, caracté-

risent la volonté homicide ayant animé l'auteur : n'étaient donc pas énoncés les principaux éléments à charge, exposés au cours des délibérations, ayant convaincu la cour de la culpabilité de l'accusé concernant le crime de viol²⁰.

La motivation doit donc être particulièrement rigoureuse lorsqu'il s'agit, avant jugement, d'une privation de liberté ou encore, lors du jugement, d'une décision de condamnation. Dans certains cas, la qualité de la motivation n'est pas suffisamment élevée, ce qui provoque des critiques qui témoignent d'exigences nouvelles.

B. La qualité contestée

La motivation exigée en procédure pénale peut s'avérer insuffisante à un double titre. Insuffisante d'abord parce qu'elle s'avérerait trop limitée. Insuffisante ensuite parce qu'elle ne saurait justifier à elle seule une mesure disproportionnée.

Un auteur²¹ a pu ainsi déplorer que l'affirmation selon laquelle toutes les peines devaient désormais être motivées en matière correctionnelle relevait de la fausse évidence, regrettant que les juges du fond n'aient pas les moyens de cette ambition, ce qui conduit de surcroît la Cour de cassation à refuser au prévenu qui n'a pas fourni les éléments nécessaires à cette motivation le droit d'en contester ensuite la pertinence. C'est bien parce que la Cour de cassation a fait naître de légitimes espoirs que leur mise en œuvre s'avère décevante.

En adoptant ce qui est devenu la loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, le législateur a voulu étendre les interceptions de correspondances émises par la voie de communications électroniques en enquête sur infraction flagrante et en enquête préliminaire en les autorisant pour tout crime ou tout délit puni d'au moins trois ans d'emprisonnement (et non plus seulement pour la criminalité ou la délinquance organisée). Mais le Conseil constitutionnel a déclaré ces dispositions contraires à la Constitution en ce que ces interceptions étaient ainsi autorisées « pour des

16. Art. 593, al. 1^{er} C. pr. pén. : « Les arrêts de la chambre de l'instruction, ainsi que les arrêts et jugements en dernier ressort sont déclarés nuls s'ils ne contiennent pas des motifs ou si leurs motifs sont insuffisants et ne permettent pas à la Cour de cassation d'exercer son contrôle et de reconnaître si la loi a été respectée dans le dispositif ».

17. Art. 485 et 593 C. pr. pén. Voy. S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, LexisNexis, 11^e éd., 2018, n° 530.

18. Crim., 26 nov. 1990, n° 90-81.974, *Bull. crim.*, 1990, n° 404, p. 1015.

19. Crim., 6 mars 1996, n° 95-83.310, *Bull. crim.*, 1996, n° 105, p. 305.

20. Crim., 16 nov. 2016, n° 15-86.106, à paraître au *Bull.*

21. E. Dreyer, « La motivation des peines : quoi et comment ? », *JCP G*, n° 12, 2018, p. 554.

infractions ne présentant pas nécessairement un caractère de particulière gravité et complexité, sans assortir ce recours des garanties permettant un contrôle suffisant par le juge du maintien du caractère nécessaire et proportionné de ces mesures durant leur déroulé »²². Certes, la décision du JLD doit être motivée mais le Conseil constitutionnel constate cependant que « les dispositions légales ne prévoient pas l'accès du juge des libertés et de la détention à l'ensemble des éléments de la procédure ». Sa motivation aurait donc pu ne pas être suffisamment éclairée.

Dans cette même décision, le Conseil constitutionnel a employé les mêmes arguments pour déclarer contraires à la Constitution les dispositions qui prévoyaient d'étendre les techniques spéciales d'enquête à « tout crime ».

La procédure pénale ne peut se réduire à une invite commode qui serait ainsi adressée au juge : « Motive et fais ce qu'il te plaît ». Si la motivation s'avère nécessaire, elle n'est toutefois pas suffisante et elle ne peut justifier n'importe quelle mesure, sans que la loi ne veille précisément à sa nécessité et à sa proportionnalité.

22. Cons. const., 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, cons. 146.

Dossier

La motivation

La motivation en droit du procès administratif

Ariane Meynaud-Zeroual

Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas

La motivation est au nombre de ces exigences sans lesquelles la justice administrative n'aurait de justice que le nom. Âme du jugement, rempart contre l'arbitraire, exigence démocratique, la motivation apparaît comme la clé de voûte d'une décision de justice. En droit du procès administratif, la littérature est abondante¹, ce d'autant que de récents événements, comme la réflexion relative à la rédaction des décisions de la juridiction administrative² ou encore la décision *Société Eden*³, suscitent un regain d'intérêt pour cette question.

Essentielle, la motivation n'a pourtant rien de « naturel ». Malgré une brève apparition des motifs entre le ^{xiii}^e et le ^{xiv}^e siècle, cette exigence est à mettre au crédit de la Révolution française. Par l'article 15 du titre V de la loi des 16-24 août 1790, l'Assemblée nationale rompt avec la tradition du jugement sans motif, héritage de l'affermissement du pouvoir royal au ^{xiv}^e siècle⁴. Considérée comme l'une « des césures les plus nettes

de l'histoire juridictionnelle française »⁵, cette disposition impose que les jugements de première instance et d'appel contiennent dorénavant « les motifs qui auront déterminé le jugement ». La motivation correspond ainsi à la mise en mouvement du raisonnement, tout entier tendu vers la solution énoncée dans le dispositif. Elle se loge au cœur d'une décision de justice, dans la mesure où elle succède aux visas et précède le dispositif. En tant qu'elle désigne l'ensemble des motifs d'un jugement, la motivation rend publiquement compte de ce qui a déterminé le juge à dire le droit. Elle concentre alors l'essentiel de l'attention, puisque la variation de son contenu selon chaque espèce donne « le sens réel et le pourquoi de la solution adoptée »⁷. Au moment de sa consécration, l'obligation de motiver les jugements répond à une volonté politique. Lue à l'aune d'une conception légicentriste des institutions, cette exigence garantit la soumission du juge à la loi par la pros-

1. V. notamment J. Petit, « La motivation des décisions du juge administratif français », in S. Caudal (dir.), *La motivation en droit public*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2013, p. 213 ; T. Delançays, *La motivation des décisions juridictionnelles du Conseil d'État*, Thèse, Lille II, 2017.
2. V. notamment le dossier « Rédiger une décision de justice au ^{xxi}^e siècle », *AJDA*, 2018, p. 378 et s. ; S. Monchambert, « L'office du juge et la motivation des décisions de justice », in J.-F. Lafaix, *Le renouvellement de l'office du juge administratif*, Berger-Levrault, coll. « Au fil du débat », 2017, p. 275.
3. CE Sect., 21 déc. 2018, *Société Eden*, n° 409678, *Rec.* p. 468.
4. T. Sauvel, « Histoire du jugement motivé », *RDP*, p. 5.
5. J.-H. Stahl, « Dire et faire. Brèves remarques sur ces deux fonctions du Conseil d'État », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, pp. 782-783.
6. Du supin *motum* : *moveo, movi, motum, ere, tr.* qui signifie – au sens littéral – mouvoir, remuer, agiter et – au sens figuratif – mettre en mouvement, pousser, déterminer.
7. Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1972, p. 81.

cription de toute œuvre personnelle⁸. En ce sens, l'article 208 de la Constitution du 5 frimaire an III élève l'exigence de motivation au rang constitutionnel et la comprend comme l'énoncé des « *termes de la loi appliquée* ». Mais la Révolution française n'en contribue pas moins puissamment au développement de la jurisprudence. En rendant la motivation obligatoire, elle permet à cette source du droit de prendre conscience d'elle-même à travers l'expression et la connaissance des motifs qui la fondent⁹.

Reprise par le Code de procédure civile en 1806¹⁰, le Code d'instruction criminelle en 1808¹¹ et la loi du 20 avril 1810¹², l'obligation de motivation s'est plus discrètement imposée pour les décisions du juge administratif. Ceci s'explique, pour l'essentiel, par une confusion des fonctions exercées par les corps chargés à la fois d'administrer et de juger. Juge administratif de droit commun jusqu'à la fin du XIX^e siècle¹³, le ministre ne motive pas ses décisions en matière purement administrative; dès lors, il est « *tout naturel* » qu'il ne le fasse pas plus pour « *de véritables jugements* »¹⁴. Pour autant, le Conseil d'État aurait motivé ses décisions rendues en matière contentieuse dès l'an XI, à une époque où son rôle juridictionnel se distingue à peine de son rôle administratif¹⁵. Depuis 1818, il exige même que les arrêtés des conseils de préfecture soient motivés à peine de nullité, suivant l'idée qu'ils « *ont le même caractère et le même effet que les jugements des tribunaux, et qu'il est d'ordre public que lesdits arrêtés soient motivés de même que les jugements* »¹⁶. Plusieurs textes spéciaux émaillent la suite de ce siècle pour imposer une motivation des arrêtés des conseils de préfecture¹⁷. Consacrée dans son principe,

l'obligation de motivation ne s'impose toutefois pas avec une particulière intensité. Les conseils de préfecture jouissent d'une latitude certaine dans leur façon de motiver, en raison de la tolérance du Conseil d'État à l'égard d'une rédaction parfois limitée à la reproduction des conclusions et des motifs d'une partie pour y faire droit. Dans le cadre de contestations fréquentes et urgentes, comme en matière de contributions directes, Laferrière comprend que l'on s'en tienne « *à des rédactions très sommaires se bornant à constater l'adoption pure et simple d'un des avis de l'administration consignés sur la feuille d'instruction* »¹⁸. Il n'en reste pas moins que ces textes et jurisprudences forment le creuset de la règle générale de procédure affirmée au début du siècle suivant par la jurisprudence *Sieurs Légillon*¹⁹, avant que la jurisprudence *Platon* ne la consacre plus solennellement encore : « *la règle en vertu de laquelle les décisions de justice doivent être motivées est au nombre de celles qui s'imposent, même en l'absence de texte exprès, à toutes les juridictions* »²⁰. Près d'un siècle plus tard, le Conseil d'État s'appuie sur ce « *principe général de motivation des décisions juridictionnelles* »²¹ pour estimer que le juge des référés précontractuels ne peut régulièrement dissocier dans le temps la notification du dispositif et des motifs d'une ordonnance.

La motivation a fait son entrée dans le XXI^e siècle au frontispice du Code de justice administrative. L'article L. 9 rappelle avec sobriété que « *les jugements sont motivés* ». De surcroît, cette exigence bénéficie d'une garantie conventionnelle. Bien que l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme ne s'y réfère pas expressément, la Cour protège « *le droit*

8. L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, PUF, coll. « Thémis Droit », 2^e éd., 2013, p. 684.

9. J. Hilaire, « Jugement et jurisprudence », in *Le procès*, Archives de philosophie du droit, 1995, tome 39, p. 181.

10. Art. 141.

11. Art. 163.

12. Art. 7 al. 2 de la loi du 20 avril 1810, sur l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice.

13. CE, 24 juin 1881, *Bougard*; CE, 28 avr. 1882, *Ville de Cannes*; CE, 13 déc. 1889, *Cadot*.

14. M. Noël, « Les motifs dans les décisions des juridictions administratives », *RDP*, 1924, p. 353.

15. T. Sauvel, *art. précit.*, p. 354.

16. CE, 12 déc. 1818, *Fouquet*, *Sirey*, tome I, p. 234; V. notamment CE, 28 juill. 1834, *Delucenay*.

17. Art. 2 du décret du 30 décembre 1862; art. 9 § 2 de la loi du 21 juin 1865; art. 48 § 4 de la loi du 22 juillet 1889.

18. E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, Berger-Levrault, 2^e éd., 1896, tome I, p. 378.

19. CE, 5 déc. 1924, *Sieurs Légillon*, *Rec.* p. 985; V. J.-C. Bonichot, P. Cassia et B. Poujade, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 6^e éd., 2018, p. 1241.

20. CE, 1^{er} mars 1935, *Platon*, *Rec.* p. 271; CE, 4 janv. 1936, *Cote*, *Rec.* p. 17; CE, 13 févr. 1948, *Massing*, *Rec.* p. 76; CE, 17 mai 1961, *Balaguer*, *Rec.* p. 333; CE, 22 oct. 1980, *Paugam*, n° 12852, *Rec. T.* p. 783.

21. CE, 19 juill. 2010, *Région Réunion*, n° 337071, *Rec. T.*

d'obtenir une décision motivée, tranchant définitivement le litige »²². Il participe au droit à être entendu par un tribunal²³ et, plus précisément, par un juge indépendant et impartial²⁴. Malgré la reconnaissance dont a pu²⁵ ou dont aurait pu²⁶ bénéficier la motivation, le statut constitutionnel de cette obligation prête davantage à discussion. Outre qu'elle s'impose au Conseil constitutionnel lui-même²⁷, l'exigence de motivation des jugements aurait la valeur d'un principe constitutionnel²⁸, soit parce que son aménagement relève du domaine de la loi²⁹, soit parce qu'elle est considérée comme un droit de la défense³⁰. Cependant, la décision du Conseil constitutionnel relative à l'absence de motivation des arrêts des cours d'assises contrarie cette hypothèse. Le juge y rappelle la valeur constitutionnelle du principe de légalité des délits et des peines pour ne reconnaître à l'obligation de motiver les jugements et arrêts de condamnation que le statut de « *garantie légale de cette exigence constitutionnelle* ». Dans la mesure où cette obligation ne revêt pas « *un caractère général et absolu* », une absence de motivation est conforme à la Constitution, « *à la condition que soient instituées par la loi des garanties propres à exclure l'arbitraire* »³¹. La prudence du juge constitutionnel sonne comme un rappel. En dépit de sa fundamentalité, la

motivation « *n'est pas une évidence, elle doit être défendue et peut parfois être absente* »³².

Cette mise en garde prend une toute autre ampleur au moment d'examiner le contenu de l'obligation de motiver. En effet, l'affirmation de ce principe ne préjuge en rien de la manière dont la motivation doit être réalisée. La simple obligation de fournir des motifs à l'appui du dispositif ne suffit donc pas. Encore faut-il « *exiger une motivation "suffisante" et ne pas se contenter de motifs superficiels ou de pure forme* »³³, ce qui justifie l'existence d'un contrôle de la motivation³⁴. La question est d'autant plus cruciale que l'autorité de chose jugée, qu'elle soit relative ou absolue, « *s'attache* » au dispositif « *ainsi qu'aux motifs qui en constituent le soutien nécessaire* »³⁵, c'est-à-dire aux motifs que l'on qualifie de décisifs³⁶. Or le contenu de cette exigence est difficile à saisir, et ce, pour au moins deux raisons. D'une part, la motivation échappe à une appréhension *a priori* et n'est susceptible d'être appréciée qu'*in casu*. En ce sens, la suffisance des motifs d'un jugement est examinée à partir d'un faisceau d'indices tenant compte de la juridiction en cause, de la procédure mise en œuvre ainsi que des moyens de fait et de droit invoqués par les parties. D'autre part, la définition de la motivation comme l'ensemble des motifs d'un

-
22. CEDH, 10 nov. 2004, *Taşkin et autres contre Turquie*, n° 46117/99; V. notamment CE, 13 déc. 1992, *Lanson*, n° 130261, *Rec. T.* p. 1217.
23. CEDH, 23 déc. 1992, *Hadjianastassiou contre Grèce*, n° 12945/87; CEDH, 19 avr. 1994, *Van de Hurk contre Pays-Bas*, n° 16034/90, § 61; CEDH, 9 déc. 1994, *Hiro Balani et Ruiz Torija contre Espagne*, n° 18064/91; CEDH, 19 févr. 1998, *Higgins et autres contre France*, n° 20124/92.
24. CEDH, 29 mai 1997, *Georgiadis contre Grèce*, n° 21522/93.
25. Article 208 de la Constitution du 5^e février 1958.
26. Uniquement en matière répressive, art. 9 al. 2 du projet de Constitution du 19 avril 1946.
27. Art. 20 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958, *portant loi organique sur le Conseil constitutionnel*; art. 12 al. 1 du règlement intérieur du 4 février 2010, *sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité*; V. G. Canivet, « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel », in S. Caudal (dir.), *La motivation en droit public*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2013, p. 231.
28. S. Guincharde et al., *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, Dalloz, coll. « Précis », 9^e éd., 2017, p. 1106.
29. Cons. const., 3 nov. 1977, *Nature juridique de dispositions de l'ordonnance n° 58-997 du 23 octobre 1958 portant réforme des règles relatives à l'expropriation pour cause d'utilité publique*, n° 77-101 L.
30. E. Jeuland, « Motivation », in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 1^{er} éd., 2004, p. 914; J. Héron et T. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 5^e éd., 2012, p. 405.
31. Cons. const., 1^{er} avr. 2011, *Xavier P. et autre*, n° 2011-113/115 QPC, *Rec. Cons. const.* p. 173, § 11; V. ante Cons. const., 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée d'accueil et de séjour des étrangers en France*, n° 93-325 DC; Cons. const., 22 janv. 1999, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale*, n° 98-408 DC.
32. E. Jeuland, *op. cit.*, p. 911.
33. J. Héron et T. Le Bars, *op. cit.*, p. 406.
34. V. pour une critique de l'insuffisance du contrôle de la motivation S. Boussard, *L'étendue du contrôle de cassation devant le Conseil d'État, un contrôle tributaire de l'excès de pouvoir*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2002, p. 349 et s.
35. CE, avis, 25 mai 2018, *Préfet des Yvelines*, n° 417250, *Rec.*; CE, 12 déc. 2012, *Commissariat à l'énergie atomique*, n° 342076, *inédit*; CE, 17 juill. 2013, *Syndicat CFDT Établissements de la défense*, n° 352804, *inédit*.
36. C. Broycelle, *Contentieux administratif*, LGDJ, coll. « Manuel », 6^e éd., 2018, pp. 291-292.

jugement jette un voile pudique sur ce qu'elle renferme également, à savoir l'ensemble des mobiles psychologiques du juge. On a pu écrire que « *le juge appréhende les faits avec le souci d'apporter une solution pratique, et la psychologie du magistrat a son importance* »³⁷. C'est le cas pour le juge administratif et, en particulier, pour un tribunal administratif ou une chambre jugeant seule au Conseil d'État, puisque la moindre solennité de ces formations de jugement autorise à retenir une solution davantage fondée sur des considérations d'équité que sur « *un juridisme étroit* »³⁸. La nécessité de concilier l'effectivité des prérogatives de puissance publique et des libertés individuelles, de parvenir à un équilibre entre l'intérêt général et les intérêts privés, conduit le juge administratif à tenir compte d'éléments extérieurs au droit, au premier rang desquels le bon fonctionnement des administrations. Le contrôle de la suffisance des motifs ignore cette dimension tant il paraît délicat d'appréhender la psychologie des membres d'une formation de jugement, en principe, collégiale³⁹. Néanmoins, une discordance excessive entre les mobiles juridiques et psychologiques n'est pas la bienvenue. Nul ne se satisfait d'un jugement dont la solution répondrait au sentiment profond du juge, mais dont la motivation stéréotypée ferait figure d'alibi juridique. Dans cette perspective, le contenu des motifs est le fruit d'une objectivation⁴⁰. En effet, la démarche finaliste du juge n'est « *légitime que si elle se trouve subsumée par le syllogisme judiciaire, fût-il de construction* »⁴¹. Une place est ainsi irréductiblement laissée au sentiment d'équité, à la part d'intime conviction qui innerve le juge-

ment⁴², sans que les motifs en fassent état. On retrouve la trace de cette part d'insaisissable dans la métaphore, souvent reprise depuis le ^{xviii}e siècle, de la motivation comme âme d'un jugement⁴³.

Il existe plusieurs façons de surmonter la double difficulté de définir *a priori* le contenu des motifs et de tenir compte de la part d'intime conviction du juge. La première, et sans doute la plus radicale, reste le silence. Telle est la solution retenue par les textes. La partie réglementaire du Code, et spécialement les articles R. 741-2 à R. 741-5 relatifs aux mentions obligatoires de la décision, ne définit pas ce que doivent être les motifs. De même, la Cour européenne admet volontiers d'importantes variations quant au contenu de la motivation, eu égard aux « *différences dans les États contractants en matière de dispositions légales, coutumes, conceptions doctrinales, présentation et rédaction des jugements et arrêts* »⁴⁴. La deuxième, plus indirecte, consiste à s'écarter du sujet. À la question épineuse du contenu de la motivation, la réponse apportée s'attache souvent à la forme plutôt qu'au fond des motifs. L'accent est mis tant sur le style que sur la structure des décisions de justice. Par opposition au modèle anglo-saxon marqué par un style discursif et dialectique, les juges français se distinguent par leur attachement à l'*imperatoria brevitatis* et à la structure syllogistique du raisonnement. Cela se traduit par un souci de brièveté, de concision et de précision dans la démonstration, mais aussi par une certaine sécheresse du vocabulaire. En atteste l'absence d'opinions dissidentes devant les juridictions françaises. La brièveté des motifs formulés par le

37. A. Heilbronner, « Recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux », *D.*, 1953, p. 183 ; V. également C. Perelman, *Éthique et droit*, Éditions de l'Université de Bruxelles, coll. « Œuvres de Chaim Perelman », 1990, p. 667 ; L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *op. cit.*, p. 684.

38. M. Guyomar, « Peser. La recherche du juste équilibre », in AFDA (dir.), *Les méthodes en droit administratif*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2018, pp. 54-55.

39. CJA, art. L. 3.

40. M. Lavaine, *L'acte juridictionnel en droit administratif français, Étude des discours juridiques sur la justice administrative*, Mare & Martin, coll. « Bibliothèque des thèses », 2018, p. 637.

41. M. Guyomar, *art. précit.*, p. 55.

42. V. pour une illustration remarquable en matière de droit d'asile : CE, 8 févr. 2017, *M. B.*, n° 396695, inédit ; T. Fleury-Graff et A. Marie, *Droit de l'asile*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1^{re} éd., 2019, p. 242 et s.

43. E. Jeuland, *op. cit.*, p. 912 ; C.-J. de Ferrière, « Jurisprudence des arrêts », in *Dictionnaire de droit et de pratique*, Au Palais, Chez Brunet, 3^e éd., Tome II, 1749 : « *Les motifs étant l'âme d'un jugement, se servir d'un arrêt sans en rapporter le motif, c'est se servir d'un corps sans âme* » ; J.-M. Coulon, *Réflexions et propositions sur la procédure civile, Rapport au Garde des Sceaux, Ministre de la justice*, La documentation française, 1997, p. 89 : « *un juge qui ne motiverait pas ses décisions ne remplirait pas son office et perdrait son âme* ».

44. CEDH, 9 déc. 1994, *Hiro Balani et Ruiz Torija contre Espagne*, n° 18064/91, § 27.

juge administratif apparaît, du reste, comme une survivance de la justice retenue⁴⁵. Un temps justifié par l'état du droit administratif, « *dont il importait de ne pas enrayer prématurément les progrès par des formules trop arrêtées* »⁴⁶, ce style manifeste la souveraineté de celui qui rend de tels jugements, le silence étant « *la forme invisible du pouvoir* »⁴⁷. La troisième manière de passer outre cette double difficulté est de s'intéresser aux fonctions plutôt qu'au contenu de la motivation. Telle est la perspective retenue par la présente contribution. Plus précisément, il s'agit de s'interroger sur l'équilibre auquel parvient le droit positif entre les deux fonctions de la motivation.

La fonction première de la motivation est de convaincre les parties du bien-fondé de la solution retenue. Pendant de l'interdiction pour le juge de statuer *infra, ultra* et *extra petita*, l'obligation de motiver permet, en principe, de s'assurer que chaque conclusion soumise au juge a été examinée et chaque moyen soulevé entendu. Parce qu'elle n'est plus un acte d'autorité, la motivation est devenue un acte de persuasion⁴⁸. Cela contraint le juge à rendre compte de sa décision et « *à l'arrimer à la règle de droit* »⁴⁹. Sur ce point, la pratique enseigne que la rédaction des motifs permet à la formation de jugement de s'assurer de la cohérence de la solution envisagée. La difficulté à formuler des motifs serait le signe d'une décision insatisfaisante, ce qui montre la forme de contrôle « interne » qu'autorise la motivation d'une solution. En réalité, la

motivation est une exigence qui pèse tant sur le juge que sur les parties. La motivation d'une décision juridictionnelle n'est que la conséquence de la motivation des écritures présentées en demande et en défense. Elle répond à l'effort argumentatif déployé par les parties et en est tributaire. À la fois miroir de leurs écritures et construction intellectuelle à part entière, la motivation est une véritable interface entre le juge et les parties. Le cas échéant, elle permet tant aux parties d'apprécier les chances de succès d'une voie de recours qu'à une juridiction supérieure d'exercer son contrôle sur les considérations de fait et de droit dont les premiers juges ont assorti leur décision. Un tel contrôle conduit à la censure d'un jugement irrégulier pour contradiction⁵⁰, insuffisance⁵¹ et, ce qui est plus rare, absence de motifs. Selon une formule habituelle, qui vaut également pour le juge d'appel, la motivation doit « *mettre le juge de cassation à même d'exercer le contrôle de légalité qui lui appartient* »⁵².

Acte de persuasion à l'égard des parties, voire de la juridiction supérieure, quant au bien-fondé de la solution adoptée, la motivation est également un acte de légitimation de la décision de justice à l'égard d'un « *auditoire universel* »⁵³. Au-delà du premier cercle de destinataires de la décision de justice, cette seconde fonction de la motivation garantit un contrôle diffus et généralisé sur la manière dont le juge rend la justice. L'universalité de cet auditoire ne doit pas en masquer l'hétérogénéité. En raison d'une exigence de démocratie, la motivation s'adresse,

45. J. Rivero, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif*, Études et documents du Conseil d'État, n° 37, 1955, p. 30 : « *Le Conseil d'État fut, dans son premier âge – c'est l'âge où se prennent bien des habitudes qui marquent une vie entière – le Souverain jugeant; la fameuse "brevitas" mérite bien son qualificatif; "imperatoria", elle l'est au sens propre : le Souverain ne saurait, comme le juge ordinaire mettre à nu devant le sujet toutes les démarches de sa pensée; c'est la justice retenue qui se survit, aujourd'hui encore, dans la brièveté des motifs* »; V. également D. Serrigny, *Traité de l'organisation de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative dans leurs rapports avec le droit civil*, Auguste Durand libraire-éditeur, 2^e éd., 1865, vol. I, p. VI : « *Au Conseil d'État, c'est le Roi qui parle, qui décide, qui ordonne; son langage doit être bref, concis, incisif. À la Cour de Cassation, ce sont des magistrats qui interprètent la loi et qui doivent rendre raison aux justiciables de leurs décisions* ».

46. E. Laferrière, *op. cit.*, p. 370.

47. F. Malhière, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation)*, Contribution à l'étude des représentations de la justice, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2013, p. 205.

48. C. Perelman et P. Forries, *La motivation des décisions de justice, essai de synthèse*, Bruyant, 1978, p. 415; Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1972, p. 82.

49. C. Broyelle, *op. cit.*, p. 259.

50. V. notamment CE Sect., 17 mars 1972, *Dame Figaroli*, Rec. p. 224; CE Sect., 12 avril 1995, *SCI Elisa*, Rec. T. p. 1006.

51. V. notamment CE, 22 févr. 1933, *Consorts Mayers*, Rec. p. 225; CE, 18 févr. 1949, *Fauchon*, Rec. p. 82; CE 16 mars 1998, *Ruggia*, Rec. p. 89; CE, 6 oct. 2010, *Commune du Castellet*, n° 307683, Rec. p. 368; CE, 9 avr. 2014, *Mme A.*, n° 352681, inédit.

52. CE Ass., 20 févr. 1948, *Dubois*, Rec. p. 87.

53. C. Perelman et O. Olbrechts-Tyceca, *Traité de l'argumentation*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 5^e éd., 2000, p. 39 et s.

tout d'abord, au peuple français au nom duquel la justice est rendue⁵⁴. Elle participe ainsi à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité du droit⁵⁵. Ensuite, la motivation légitime la solution auprès d'un auditoire plus avisé, c'est-à-dire auprès des « *membres de la communauté des juristes* »⁵⁶ que sont les membres de la juridiction administrative, les juges judiciaires et européens, mais aussi les administrations, les universitaires et les praticiens. Manifestation de la fonction normative du juge, la motivation permet à ces divers destinataires de s'inspirer du raisonnement mené, d'ajuster leurs comportements ou encore de procéder à une analyse scientifique de la décision rendue⁵⁷. Les enjeux paraissent d'autant plus sensibles que le droit administratif est avant tout un droit jurisprudentiel⁵⁸. La motivation d'un arrêt du Conseil d'État a une portée qui va au-delà de la justification d'une solution à l'intention des parties. Cette remarque n'est pas propre au procès administratif et la motivation apparaît, de ce point de vue, comme l'archétype de ce qu'est un principe du droit commun du procès.

Simultanément poursuivies et intrinsèquement liées, les deux fonctions de la motivation ne sont pas toujours mises sur le même plan. Cette réflexion s'inscrit dans un contexte marqué par une double critique adressée à l'ordre juridictionnel administratif. Longtemps attaquée pour l'ineffectivité de ses décisions, la justice administrative a fait l'objet de réformes structurelles, dont la conséquence fondamentale reste la reconnaissance du juge administratif comme un véritable juge⁵⁹. Également critiquée pour sa lenteur, elle place désormais l'exigence de célérité au premier rang de ses préoccupations. Or toute

la difficulté résulte de la contrariété entre ces exigences. Tandis que la qualité de la justice commande d'approfondir la motivation des décisions de justice, la célérité suppose de limiter cette obligation. La primauté accordée à l'efficacité de la justice présente notamment le risque d'une standardisation des décisions. Le recours grandissant aux modèles pré-rédigés et aux « banques de considérants » fait craindre un appauvrissement de la motivation, inquiétude à laquelle le développement de la justice prédictive donne un relief supplémentaire⁶⁰. Si les systèmes d'aide à la décision présentent un intérêt certain dans les litiges à répétition et répondent à un souci d'unification de l'œuvre juridictionnelle, ils traduisent une recherche d'efficacité qui peut conduire à une motivation stéréotypée et *a fortiori* moins convaincante pour les parties, qui peuvent nourrir le sentiment de ne pas avoir été entendues⁶¹. À bien des égards, le maintien d'un équilibre entre les exigences d'effectivité et d'efficacité de la justice conduirait à un paradoxe. Alors même que le nombre de requêtes ne cesse de croître et que la recherche de performance contraint les juridictions administratives à fonctionner à moyens humains, matériels et financiers constants, on assisterait à un renforcement de la motivation de leurs décisions. En réalité, ce constat mérite d'être, à tout le moins, nuancé. Si le souci d'effectivité de la justice conduit le juge à affermir la motivation de certaines décisions afin de les légitimer auprès d'un auditoire universel, la recherche d'efficacité se traduit par un appauvrissement de la motivation destinée à garantir l'adhésion des parties. Renforcée en tant qu'acte de légitimation (I), la motivation des décisions de justice est affaiblie en tant qu'acte de persuasion (II).

54. CJA, art. L. 2.

55. Cons. const., 16 déc. 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*, n° 99-421 DC, *Rec. Cons. const.* p. 136.

56. Conseil d'État, *Vade-mecum sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative*, 2018, p. 4.

57. C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil*, Dalloz, coll. « Précis », 34^e éd., 2018, p. 781.

58. M. Noël, *art. précit.*, p. 350 ; V. F. Melleray, « La belle chose qu'un arrêt ! », in *Les chroniques des juridictions administratives*, Dalloz, coll. « Les Panoramas des revues Dalloz », 2018, p. 1.

59. R. Drago, *Un nouveau juge administratif*, in *Écrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 451 ; P. Terneyre et D. de Béchillon, « Le Conseil d'État, enfin juge ! », *Pouvoirs*, 2007, n° 123, p. 62.

60. *La justice prédictive*, Archives de philosophie du droit, 2018, tome 60 ; V. également L.-M. Augagneur, « D'où jugez-vous ? Un paradoxe entre justice prédictive et réforme de la motivation des décisions », *JCP G*, 2018, p. 582 ; S.-M. Ferrié, « Les algorithmes à l'épreuve du droit au procès équitable », *Procédures*, 2018, n° 4, p. 4 ; Y. Gaudemet, « La justice à l'heure des algorithmes », *RDP*, 2018, p. 651.

61. L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *op. cit.*, p. 684.

I. Le renforcement d'un acte de légitimation

La modernisation de la justice administrative et, partant, de la motivation des décisions du juge administratif est mise en exergue par la doctrine universitaire, mais plus encore par la doctrine dite « organique ». Loin de n'être que des leurres, ces avancées cachent néanmoins une autre réalité contentieuse. Tout le paradoxe réside dans le constat que l'on motive à la fois mieux dans certains cas et pas, ou plus, dans d'autres. En effet, le progrès apparent de la motivation en tant qu'acte de légitimation des décisions du juge administratif (A) masque le recul sous-jacent de ce principe (B).

A. Un progrès apparent

Le constat est classique et a pu être dressé dès le début du ^{xx}e siècle : plus le juge administratif se comporte comme un véritable juge, plus la motivation de ses décisions est étayée. Des réformes d'envergure⁶² ont entraîné une véritable mutation de l'office du juge en raison du développement de ses pouvoirs, notamment en matière d'injonction ou d'urgence. La perception de l'activité juridictionnelle s'en est trouvée doublement modifiée. On assiste non seulement à « l'érosion de la croyance en la possibilité d'un jugement dénué de toute subjectivité rendu par un juge automate », mais plus encore à la promotion du juge « au rang de "gardien de la démocratie" et de "garant de l'État de droit" »⁶³. Cette métamorphose marque un tournant décisif pour la motivation. Le renforcement de la motivation, tant sur le fond que sur la forme,

s'inscrit dans une recherche de légitimation des décisions du juge administratif.

Sur le fond de la motivation, d'une part, plusieurs phénomènes révèlent un dépassement de la stricte structure syllogistique à laquelle le juge administratif s'astreint d'ordinaire. Conséquence du bouleversement initié par la loi du 8 février 1995⁶⁴, ce nouveau type de motivation résulte du changement de perception du rôle du juge administratif. Cette promotion d'une forme explicative de motivation se manifeste à trois égards. Premièrement, elle se traduit par le développement de motivations qualifiées de pédagogiques⁶⁵, voire de « doctrinales » ou de « professionnelles »⁶⁶, pour ne pas dire bavardes⁶⁷. Signe des effets produits par l'attribution d'un pouvoir d'injonction, il arrive que le juge administratif définisse dans les motifs, et en dehors du cadre fixé par la loi précitée, les mesures d'exécution qui doivent découler de l'annulation⁶⁸. Ces motivations, qui comportent le prononcé d'injonctions non sollicitées par le requérant, jouent un rôle pédagogique, en ce qu'elles facilitent la compréhension de la solution retenue. Ces motifs directifs, qui comprennent des obligations positives à la charge de l'Administration, permettent aux parties de mesurer la portée concrète de l'annulation pour excès de pouvoir. Signe également de l'évolution de l'office du juge administratif, de nombreux « grands arrêts » se distinguent par le soin qu'apporte le Conseil d'État « à répondre au mieux aux responsabilités dont sa qualité de cour suprême l'investit en matière tant de pédagogie que de jurisprudence »⁶⁹. Les exemples de motivations, que l'on qualifie parfois de « législatives », abondent durant les années 2000⁷⁰. Qu'il s'agisse de la jurisprudence

62. Loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987, portant réforme du contentieux administratif; Loi n° 95-125 du 8 février 1995, relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative; Loi n° 200-597 du 30 juin 2000, relative au référé devant les juridictions administratives; ordonnance n° 2000-387 du 4 mai 2000, relative à la partie législative du Code de justice administrative; loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, de modernisation de la justice du ^{xx}e siècle.

63. M. Lavaine, *op. cit.*, p. 641.

64. B. Seiller, « Le juge administratif et la loi du 8 février 1995 : entre rupture et continuité », in *Liber amicorum en l'honneur de Marceau Long*, Dalloz, 2016, p. 441.

65. F. Blanco, « Le Conseil d'État, juge pédagogue », *RRJ*, 2003-2, p. 1414.

66. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Monchrestien, coll. « Domat Droit public », 13^e éd., 2008, p. 1064.

67. B. Plessix, *chron. sous CE Sect.*, 6 avril 2007, Commune d'Aix-en-Provence, n° 284736, *JCP G*, 2007, n° 25, p. 21.

68. CE Sect., 25 juin 2001, *Société à objet sportif Toulouse Football Club*, Rec. p. 281; CE Ass., 29 juin 2001, *Vassilikiotis*, n° 213229, Rec. p. 303; CE, 27 juill. 2001, *Titran*, n° 222509, Rec. p. 411.

69. R. Chapus, *op. cit.*, p. 1064.

70. O. Le Bot, « Rédaction des jugements et lisibilité des décisions du juge administratif », in M. Paillet (dir.), *La modernisation de la justice administrative en France*, Larcier, 2010, p. 281.

Ternon relative au régime du retrait des actes administratifs⁷¹, de la jurisprudence *Association AC!* relative au pouvoir de modulation dans le temps des effets d'une annulation⁷², de la jurisprudence *Société Tropic Travaux Signalisation* relative au pouvoir de modulation dans le temps des effets dans le temps d'une jurisprudence nouvelle⁷³, des jurisprudences *Communes de Béziers I/II*⁷⁴ et *Département de Tarn-et-Garonne*⁷⁵ relatives à la restructuration du contentieux contractuel ou de la récente jurisprudence *Société Eden* relative à la hiérarchisation des demandes, ces motivations sont une « véritable confession de son pouvoir créateur »⁷⁶. Dès lors, les destinataires de telles motivations ne sont pas tant les parties au procès que les juridictions administratives elles-mêmes et, au-delà, les membres de la communauté juridique. Ces motivations doctrinales s'apparentent à de véritables modes d'emploi mis à la disposition des praticiens et répondent, en même temps, à l'ambition d'unifier l'action des juridictions administratives par la production d'un droit lisible et cohérent. Cette idée que le renforcement de la motivation participe à la légitimation des décisions du juge administratif, plutôt qu'à l'adhésion des parties à la solution donnée, se retrouve dans des phénomènes voisins.

Deuxièmement, l'émancipation du cadre syllogistique se traduit par la production d'*obiter dicta*. Compris comme « un énoncé juridique formulé par le Conseil d'État au sein d'un acte contentieux bien que superflu pour la solution contentieuse »⁷⁷, l'*obiter dictum* est la manifestation ultime de ce que les motifs n'ont pas nécessairement vocation à persuader les parties

du bien-fondé de la décision rendue. Un *obiter dictum* ne répond pas à la nécessité d'explicitier le raisonnement qui sous-tend un dispositif, mais à la volonté de faire le point sur le cadre juridique d'une question, à l'occasion d'un litige, en vue de « fixer la jurisprudence aussi complètement que possible »⁷⁸. La multiplication de ces incises didactiques, depuis 1995, va à l'encontre de l'interdiction de statuer *ultra petita*. Pour ne prendre qu'un exemple, la décision *APREI* clarifie les critères jurisprudentiels d'identification d'un service public géré par une personne privée, alors qu'un tel exposé paraît inutile en l'espèce, puisque le Conseil d'État se réfère à la volonté du législateur qui a entendu par la loi du 30 juin 1975 « exclure que la mission assurée par les organismes privés gestionnaires de centres d'aide par le travail revête le caractère d'une mission de service public »⁷⁹. Un tel *obiter dictum* n'a donc pas les parties, mais bien la communauté des juristes comme destinataire.

Dernièrement, le contenu de la motivation des décisions du juge administratif s'étoffe à mesure que se développent des motivations exogènes. Malgré leur extériorité par rapport à la décision en elle-même, nul doute qu'elles participent à la légitimation des solutions retenues par le juge administratif. On pense bien évidemment au fichage des arrêts au *Recueil Lebon*⁸⁰ et aux conclusions des rapporteurs publics, mais aussi aux chroniques de jurisprudence du Conseil d'État et des Cours administratives d'appel à l'*AJDA*⁸¹ et aux divers rapports publics annuels. Plus récemment, de nouvelles formes sont apparues, comme des communiqués de presse, des documents mis en ligne sur le site du Conseil

71. CE Ass., 26 oct. 2001, *Ternon*, n° 197018, Rec. p. 497.

72. CE Ass., 11 mai 2004, *Association AC!*, n° 255886, Rec. p. 197.

73. CE Ass., 16 juill. 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n° 291545, Rec. p. 360.

74. CE Ass., 28 déc. 2009, *Commune de Béziers*, n° 304802, Rec. p. 509; CE Sect., 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, n° 304806, Rec. p. 117.

75. CE Ass., 4 avr. 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, n° 358994, Rec. p. 70.

76. M.-C. Ponthoreau, « Réflexions sur la motivation des décisions juridictionnelles en droit administratif français », *RDP*, 1994, p. 751.

77. M. Lannoy, *Les obiter dicta du Conseil d'État statuant au contentieux*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2016, p. 182.

78. J. Arrighi de Casanova, « Les habits neufs du juge administratif », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 785.

79. CE Sect., 22 févr. 2007, *Association du Personnel Relevant des Établissements Pour Inadaptés (APREI)*, n° 264541, Rec. p. 92.

80. C. Maugué et J.-H. Stahl, « Sur la sélection des arrêts du Recueil Lebon », *RFDA*, 1998, p. 768.

81. X. Domino, « La chronique de jurisprudence à l'*AJDA*. Le point de vue du chroniqueur » et O. Renaudie, « La chronique de jurisprudence à l'*AJDA*. Le point de vue de l'Universitaire », in J. Caillosse et O. Renaudie (dir.), *Le Conseil d'État et l'Université*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2015, p. 147 et p. 153.

d'État ou encore des tweets. Tout ce qui contribue à l'enrichissement de la doctrine dite « organique » légitime l'action des juridictions administratives. Au demeurant, ces trois phénomènes – motivations pédagogiques, *obiter dictum* et motivations exogènes – restent rares. La tendance contemporaine à les mettre en avant, afin de souligner la modernisation de la justice administrative, conduit à une vision déformée du contenu de l'essentiel des décisions du juge administratif. L'idée que la motivation se serait approfondie doit être nettement relativisée. Dans la grande majorité des cas, le juge administratif maintient ses méthodes traditionnelles⁸² en privilégiant une motivation épurée et en refusant notamment de donner le « motif du motif », ce que signalent des formules du type « il ne ressort pas des pièces du dossier ». Par conséquent, le risque est de favoriser une motivation vers « l'extérieur », aux dépens d'une motivation vers « l'intérieur ».

Sur la forme de la motivation, d'autre part, l'évolution de l'office du juge administratif se traduit par une certaine distanciation vis-à-vis du célèbre *imperatoria brevitatis* qui caractérise le style des juges administratifs et, au-delà, français. La critique de ce style est récurrente⁸³. Elle tient avant tout à l'insuffisance de motifs « *plus affirmatifs que démonstratifs* »⁸⁴, que l'on compare souvent à des hiéroglyphes indéchiffrables pour les usagers de la justice administrative. En d'autres termes, l'hermétisme de la motivation réduit considérablement la portée persuasive du raisonnement à l'égard des parties. L'évolution de la rédaction des décisions de la juridiction administrative, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2019⁸⁵, entend répondre à cette exigence de lisibilité. Les mesures phares, comme l'abandon de la phrase unique au profit d'une généralisation de la rédaction en style direct ou encore l'abandon d'un vocabulaire désuet, en témoignent. Cette évolution du style répond certes à une demande des justiciables. Mais quelques réserves, qui tiennent à nouveau à

l'idée que le renforcement de la motivation participe davantage de la légitimation des décisions du juge que de la persuasion des parties, peuvent être formulées. Certains soulignent que ce nouveau mode de rédaction concourt plutôt à la « *quête d'influence* »⁸⁶ du juge administratif dans le cadre du dialogue des juges. Il chercherait « *à être lu et compris moins par des usagers de la justice que par leurs conseils, les juristes spécialisés, français ou étrangers et notamment les traducteurs des cours supranationales et étrangères* », ce que confirme l'absence d'usagers du service public au sein du groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative présidé par Philippe Martin en avril 2012⁸⁷. Même si aucune réforme ne suffirait à rendre les décisions du juge administratif parfaitement lisibles pour un justiciable non spécialiste, une vigilance quant au contenu de la motivation reste de rigueur, surtout à l'aune des limites apportées au principe de la motivation.

B. Un recul sous-jacent

À première vue, le domaine de l'obligation de motiver se distingue par sa largesse à un double titre. Elle vaut non seulement pour l'ensemble des juridictions administratives de droit commun – eu égard à la généralité du champ d'application du Code de justice administrative –, mais également pour l'ensemble des juridictions administratives spéciales sauf disposition législative contraire – eu égard à la généralité du principe posé par la jurisprudence constante du Conseil d'État. En somme, tous les jugements en matière administrative devraient être motivés, indépendamment de la juridiction administrative concernée ou du degré de juridiction envisagé. La recherche de légitimation des décisions de justice administrative, *via* leur motivation, conduit à insister sur la rareté des hypothèses où l'on admet une motivation purement implicite, un rejet par prétériorité voire un défaut de motivation. Cependant, force est de reconnaître que plusieurs décisions du juge administratif ne sont

82. F. Malhière, « Énoncer. Les méthodes de rédaction des décisions de justice en droit administratif », in AFDA (dir.), *Les méthodes en droit administratif*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2018, p. 61.

83. A. de Laubadère, *Le Conseil d'État et l'incommunicabilité*, Études et documents du Conseil d'État, n° 31, 1979-1980, p. 17.

84. J.-H. Stahl, *op. cit.*, pp. 784-785.

85. Conseil d'État, *Vade-mecum sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative*, en ligne.

86. F. Brunet, « Le style déductif du Conseil d'État et la ligne de partage des mots », *Droit et Société*, 2015, p. 548.

87. F. Brunet, *art. précit.*, p. 552 se référant à F. Rolin, *La disparition du considérant ou Georges Perec au Palais Royal*, 7 août 2013 (frederic-rolin.blogspot.com).

pas motivées. À l'heure où la célérité de la justice est considérée comme un gage de qualité, l'ensemble des exceptions à ce principe semble justifié par la recherche d'une plus grande efficacité dans l'exercice par le juge de son office⁸⁸. Les dispenses de motivation ont donc tendance à se multiplier, en raison de la nature de l'acte, des conclusions ou du contentieux⁸⁹.

En premier lieu, on admet classiquement l'absence de motivation des mesures d'administration de la justice en conséquence de la nature de ces actes. Elles se distinguent des décisions juridictionnelles par le fait qu'elles ne tranchent aucune contestation. Il en va ainsi à propos d'une décision de renvoi d'une formation à une autre au sein de la même juridiction⁹⁰, d'une dispense d'instruction d'une requête lorsque la solution de l'affaire est d'ores et déjà certaine⁹¹, d'une mesure d'instruction implicitement rejetée⁹² ou encore d'une décision de recourir à une ordonnance plutôt qu'à un jugement en bonne et due forme⁹³. Justifiée par la technicité des mesures prises, l'absence de motifs révèle un pouvoir discrétionnaire des juges du fond, qui résulte de l'impossibilité pour le juge supérieur d'exercer un contrôle sur le bien-fondé de telles mesures. Ce défaut de motivation soulève des difficultés lorsque la mesure ne relève pas de la stricte administration de la justice, comme le recours non motivé à une ordonnance plutôt qu'à un jugement. En ce cas, le Conseil d'État rappelle, par une incise dans son arrêt *Société Finamur*, que le juge n'est pas tenu « d'indiquer les motifs justifiant le recours à une telle ordonnance ». Cette absence de motivation est tout à fait regrettable. En effet, une telle mesure entraîne des conséquences fondamentales, puisqu'elle prive le justiciable du respect de la procédure de droit commun : il n'y aura ni collégialité, ni conclusions du rapporteur public, ni communication aux parties des moyens soulevés d'office, ni

audience publique. Le défaut de motivation justifié par la nature de l'acte convainc d'autant moins que se multiplient les cas dans lesquels les présidents de cours administratives d'appel et de tribunaux administratifs peuvent statuer par ordonnance et ceux dans lesquels les motifs du recours à une ordonnance prêtent à appréciation⁹⁴. Tel est notamment le cas du rejet par ordonnance d'une requête « ne relevant manifestement pas de la compétence de la juridiction administrative », « manifestement irrecevable » ou « manifestement dépourvue de fondement ». Or « l'évidence qui sous-tend la solution ne présente en réalité aucun caractère objectif » et « suppose, en réalité, toujours une appréciation et une démonstration. C'est à peine forcer le trait que d'affirmer que l'évidence non démontrée n'est que l'ultime refuge de la paresse intellectuelle, ou de l'absence de preuve de ce qu'on avance... »⁹⁵. Cette jurisprudence conduit à une impossibilité de sanctionner le recours abusif à une ordonnance et confirme la tendance à instituer une forme allégée d'appel au détriment du justiciable. De manière tout aussi peu convaincante, le Conseil d'État justifie l'absence de motivation de la décision par laquelle une juridiction statue sur une demande de récusation d'un expert par la singularité de cet acte⁹⁶. Tout en admettant cette fois la nature juridictionnelle d'une telle décision, il estime que l'article R. 621-6-4 du Code de justice administrative, qui prévoit que le juge se prononce par une décision « non motivée », n'est pas contraire à la règle générale de motivation des décisions juridictionnelles. Il se livre à une interprétation conforme à l'article L. 9 du Code en traitant l'article R. 621-6-4 comme une simple dérogation liée aux exigences de la bonne administration de la justice et à la nécessité d'un secret, la demande de récusation étant susceptible de mettre en cause la vie privée de l'expert, sa probité ou sa réputation profession-

88. V. R. Matta Duvignau et M. Lavaine (dir.), *L'efficacité de la justice administrative*, Mare & Martin, 2016.

89. L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *op. cit.*, p. 691.

90. CE, 6 nov. 2000, *Kanouté*, n° 220825, *Rec.*

91. CE, 14 déc. 2005, *Der Agobian*, n° 285647, *Rec. T.*

92. CE, 4 juill. 1962, *Paisnel*, *Rec. T.* p. 1077 ; CE, 7 oct. 1983, *Mme Limoge*, *Rec.* p. 403.

93. CE Sect., 5 oct. 2018, *Société Finamur*, n° 412560, *Rec.*

94. V. notamment les modifications successives apportées à la rédaction de l'art. R. 222-1 du CJA par l'art. 3 du décret n° 2016-1480 du 2 novembre 2016, portant modification du code de justice administrative (partie réglementaire) et l'art. 9 du décret n° 2019-82 du 7 février 2019, modifiant le code de justice administrative (partie réglementaire).

95. G. Éveillard, note sous CE Sect., 5 oct. 2018, *Société Finamur*, n° 412560, *Rec.*, *Dr. adm.*, 2019, n° 2, p. 34.

96. CE Sect., avis, 23 mars 2012, *Centre hospitalier d'Alès-Cévennes*, n° 355151, *Rec.* p. 118.

nelle. On est bien là face à une décision juridictionnelle au sein de laquelle le juge se limite à énoncer s'il y a lieu ou non de faire droit à une demande de récusation, sans qu'il ait à expliciter les raisons pour lesquelles il estime devoir limiter la motivation de sa décision.

Il est, en deuxième lieu, des cas dans lesquels le juge motive ses décisions, mais d'une manière si elliptique qu'il est permis de douter du respect de l'obligation de motiver. De l'aveu même de Conseillers d'État, « vous avez, en certaines hypothèses, une lecture assez peu contraignante de l'exigence de motivation »⁹⁷, dans la mesure où « la jurisprudence accepte des motivations particulièrement cursives »⁹⁸. Ces hypothèses sont justifiées par la nature des conclusions présentées au juge. C'est le cas, d'une part, lorsqu'est en cause une question accessoire⁹⁹, comme la condamnation à payer des frais irrépétibles¹⁰⁰ ou à une amende pour recours abusif¹⁰¹. On estime qu'une motivation « spéciale » n'est pas indispensable, dans la mesure où « le choix du juge s'explique très largement par les données du litige, telles que le jugement les a explicitées »¹⁰². Il en résulte que le juge peut se contenter de se référer aux « circonstances de l'affaire » pour motiver le choix de ne pas laisser à la charge du défendeur la totalité des frais engagés au titre des frais irrépétibles. Cette justification interroge, dans la mesure où on peine à comprendre les cas dans lesquels le choix du juge ne s'expliquerait pas par les données du litige. D'autre part, l'absence de motivation, ou du moins l'existence d'une motivation particulièrement laconique, est plus problématique encore lorsque sont en cause les conclusions principales du requérant. On se réfère ici à la rédaction sommaire des décisions en matière de refus d'admission d'un pourvoi en cassation¹⁰³, de rejet d'une demande de suspension en référé¹⁰⁴ ou de rejet

d'une demande tendant au sursis à exécution d'un jugement prononçant l'annulation d'une décision administrative¹⁰⁵. Dans ce cadre, le juge estime qu'il suffit de désigner le moyen et d'affirmer son absence de caractère sérieux, puisque ce type de motivation exprimerait l'appréciation qui a été globalement portée sur le sérieux des moyens¹⁰⁶. À nouveau, une différence de nature existe entre l'affirmation et la motivation. Malgré la reconnaissance par les textes d'une large liberté d'appréciation au profit du juge, le principe de la motivation des décisions juridictionnelles implique une justification de ce type de décisions. Comment peut-on considérer qu'un requérant se satisfera de l'affirmation de ce qu'aucun de ses moyens n'est sérieux lorsque l'on refuse l'admission de son pourvoi en cassation ? Cette motivation stéréotypée paraît bien maigre pour emporter l'adhésion de son destinataire.

Contrairement à l'idée d'un progrès perpétuel, on constate, en dernier lieu, un recul de la motivation justifié par la nature de certains contentieux. C'est particulièrement le cas du contentieux relatif à la mise en œuvre des techniques de renseignement et aux fichiers de « souveraineté »¹⁰⁷. L'article L. 773-6 du Code de justice administrative prévoit que, lorsque la formation de jugement constate l'absence d'illégalité dans la mise en œuvre d'une technique de recueil de renseignement ou dans la conservation des renseignements, « la décision indique au requérant ou à la juridiction de renvoi qu'aucune illégalité n'a été commise, sans confirmer ni infirmer la mise en œuvre d'une technique ». Le ton a été donné dès les premières décisions rendues par la formation spécialisée du Conseil d'État, dont les membres sont habilités au secret de la défense nationale. À la demande du requérant tendant à vérifier si une technique de renseigne-

97. B. Dacosta, *concl. sur CE Sect.*, avis, 23 mars 2012, *Centre hospitalier d'Alès-Cévennes*, *précit.*, *Rec.* p. 125.

98. J.-H. Stahl, *op. cit.*, p. 785.

99. J. Normand, « Le domaine du principe de la motivation », in *La motivation*, LGDJ, coll. « Journées nationales – Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française », 2000, p. 17 et s.

100. CE, 7 oct. 1992, *Ministre de l'agriculture et de la forêt contre Scherer*, n° 116369, *Rec. T.* p. 1127 ; V. en particulier CE, 28 déc. 2018, *M. B.*, n° 422695, *inédit*.

101. CE Sect., 9 nov. 2007, *Mme Pollart*, n° 293987, *Rec.* p. 44.

102. B. Dacosta, *concl. précit.*, *Rec.* p. 125.

103. CE, 24 juill. 2019, *M. B.*, n° 429378, *inédit*.

104. CE, 14 mars 2001, *Mme Aalilouch*, n° 230268, *Rec.* p. 128.

105. CE, 6 juill. 2007, *Ville de Paris contre M. Galy-Dejean*, n° 298032, *Rec. T.* p. 1047.

106. B. Dacosta, *concl. précit.*, *Rec.* p. 125 ; J.-H. Stahl, *op. cit.*, p. 785.

107. Cons. const., 23 juill. 2015, *Loi relative au renseignement*, n° 2015-713 DC.

ment avait été mise en œuvre à son encontre, elle répond « *que la vérification qu'il a sollicitée a été effectuée et n'appelle aucune mesure de la part du Conseil d'État* »¹⁰⁸. La première décision par laquelle le Conseil d'État a enjoint au Ministre de la Défense d'effacer des données contenues dans un fichier intéressant la sûreté de l'État illustre pareillement le caractère sommaire de ces motivations¹⁰⁹. À la demande tendant au retrait des éléments inexacts concernant le requérant dans le fichier de la direction du renseignement et de la sécurité de la défense, la formation spécialisée se contente de signaler que l'examen des pièces communiquées par le Ministre de la Défense et la CNIL révèle « *que des données concernant M. B. figuraient illégalement dans ce fichier* », ce qui la conduit à « *ordonner l'effacement de ces données* ». Aucune information du requérant n'est ainsi assurée quant à la nature des données en cause et quant au motif déterminant pour procéder à une telle injonction. Face à une absence de motivation « *difficilement conciliable avec le droit au procès équitable* »¹¹⁰, l'ensemble de ce dispositif repose sur une « *confiance sans partage du requérant à l'égard du juge* »¹¹¹, puisque ces motivations expéditives ne permettent pas de s'assurer de la plénitude du contrôle exercé. Pourtant, la motivation a précisément pour fonction d'explicitier le raisonnement du juge en vue de convaincre les parties du bien-fondé de la solution retenue et d'inspirer, par là même, une confiance aux justiciables.

Ce panorama des hypothèses dans lesquelles l'absence de motivation est patente, en raison de la nature de l'acte, des conclusions ou du contentieux en cause, conforte l'idée que la motivation est un principe dont la solennité n'éclipse pas la fragilité. Sous couvert d'un progrès de ce principe, qui tend à la légitimation de certaines décisions du juge administratif à l'égard d'un auditoire avisé, la motivation est allégée et même

supprimée dans un nombre croissant de cas. Est-ce « *prendre le risque de l'arbitraire et ouvrir aux juges la porte de la paresse* »¹¹² ? A-t-on toujours conscience de ce que la motivation est une « *conquête essentielle de la Révolution qui se trouve ainsi grignotée par négligence ou par facilité* »¹¹³ ? Il est certain que chaque limite apportée à ce principe est un recul de la fonction de persuasion causé par l'incapacité de ces décisions non motivées à convaincre les parties, et en particulier la partie perdante, du bien-fondé de la solution retenue.

II. L'affaiblissement d'un acte de persuasion

Il est des configurations dans lesquelles le juge administratif ne joue pas pleinement le jeu de la motivation, ce qui l'affaiblit en tant qu'acte de persuasion des parties. Ces limitations ne reposent sur aucun texte ou principe et ne sont que le fruit de pratiques juridictionnelles. Leur critique s'impose *a fortiori*. Afin d'endiguer cette tendance, une solution réside dans la reconnaissance du rôle des parties. Le juge n'est pas le seul protagoniste à respecter une exigence de motivation au cours du procès administratif. Les parties supportent également cette charge, en fonction des finalités propres de leur office, au premier rang desquelles la détermination intéressée du litige. Parce qu'elle s'efforce d'emporter l'adhésion des parties au dispositif, la motivation d'une décision est tributaire des moyens développés par elles au soutien de leurs conclusions. Dès lors, penser la motivation de l'acte juridictionnel comme une œuvre conjointe ne remet en question ni l'autorité du juge en tant qu'unique auteur de cet acte, ni la motivation en tant qu'expression des choix qu'il opère¹¹⁴. Cela permet, bien plus, une revalorisation de la motivation comme acte de persuasion. L'exigence de

108. CE (formation spécialisée), 19 oct. 2016, *M. A.*, n° 398356, *inédit*; V. également CE (formation spécialisée), 19 oct. 2016, *Mme B.*, n° 397623, *inédit*; CE (formation spécialisée), 19 oct. 2016, *M. B.*, n° 396503, *inédit*.

109. CE (formation spécialisée), 5 mai 2017, *M. B.*, n° 396669, *Rec.*

110. S. Gottot, note sur CE, 19 oct. 2016, *M. A et M. B.*, n° 400688 et n° 396958, *Rec. p.* 430, *AJDA*, 2017, p. 587.

111. P. Gonod, note sous Cons. const., 23 juill. 2015, *Loi relative au renseignement*, n° 2015-713 DC, *Procédures*, 2015, n° 11, p. 4; V. cependant O. Le Bot, « Le contentieux du renseignement devant la formation spécialisée du Conseil d'État », *RFDA*, 2017, p. 721.

112. C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *op. cit.*, p. 781.

113. J. Héron et T. Le Bars, *op. cit.*, p. 406.

114. B. Seiller, « Rapport de synthèse », in S. Caudal (dir.), *La motivation en droit public*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2013, p. 291.

motivation devrait davantage être pensée au prisme d'une collaboration entre le juge et les parties et *in fine* d'un principe de proportionnalité entre la motivation des écritures des parties et celle de la décision de justice. En dépit d'une limitation infondée (A), la motivation en tant qu'acte de persuasion peut être revalorisée (B).

A. Une limitation infondée

À bien des égards, plusieurs usages du juge administratif limitent en substance la portée d'un principe de proportionnalité, selon lequel la motivation d'une décision devrait être corrélative à celle développée par les parties au soutien de leurs prétentions. Signalons, à titre liminaire, qu'aucune d'entre elles n'est susceptible d'être critiquée sur le fondement de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, dans la mesure où la Cour admet de nombreuses restrictions à l'obligation de motivation en raison de la disparité des pratiques entre les États contractants. Toutefois, ces circoncriptions de la motivation issues de la pratique paraissent infondées, puisqu'elles ne reposent sur aucun texte ou principe. Indépendamment du pouvoir du juge d'interpréter les écritures des parties¹¹⁵, de nombreuses pratiques sont en cause, comme la possibilité pour le juge d'appel de motiver sa décision par adoption des motifs retenus par les premiers juges¹¹⁶. Trois d'entre elles – l'absence de réponse aux arguments, le rejet par préterition de certains moyens et l'économie des moyens – retiennent particulièrement l'attention.

En premier lieu, le juge administratif n'est tenu de répondre qu'aux moyens développés par les parties et non aux arguments dont elles usent pour étayer ces moyens¹¹⁷. Classique, la distinction entre moyens et arguments reste « presque

impossible à exposer avec précision »¹¹⁸. Chaque moyen équivaut à l'une des raisons pour lesquelles il convient de faire droit à une prétention et est lui-même constitué de plusieurs arguments. L'invocation d'un moyen – *i.e.* d'une « justification de fait ou de droit »¹¹⁹ qui doit conduire la juridiction à donner une suite positive à la prétention – est soutenue, à un niveau inférieur, par des arguments – *i.e.* « divers éléments énoncés par le justiciable afin de développer et préciser ses moyens »¹²⁰. Tandis que le moyen fédère, l'argument détaille. Il découle de cette hiérarchisation que le juge n'est pas contraint de répondre aux arguments que les parties développent pour conforter leurs moyens¹²¹. Partant, le juge n'est pas tenu de statuer sur la valeur probante de chacun des documents ou attestations produits à l'appui de la requête¹²² ou de répondre à un simple argument tiré, à l'appui d'un moyen relatif à l'interprétation d'un texte législatif ou réglementaire, de l'interprétation qu'en donnerait la jurisprudence¹²³. Certes, une obligation de répondre à l'intégralité des arguments des parties apparaîtrait à la fois comme une surcharge de travail inutile pour trancher le litige et une invitation malencontreuse à multiplier les arguments en vue d'emporter la conviction du juge. Néanmoins, outre que la distinction entre moyens et arguments gagnerait à être clarifiée, il est permis de souhaiter que le juge retienne une lecture plus compréhensive de cette pratique, en privilégiant notamment ceux des arguments qui paraissent prépondérants dans la motivation des conclusions des parties. Plus encore, on pourrait imaginer que le juge soit tenu de répondre à au moins un des arguments développés au soutien d'un moyen, afin d'éviter des raisonnements dont le caractère elliptique ne satisfait pas. Tel est le cas lorsque la réponse à un

115. C. Meurant, *L'interprétation des écritures des parties par le juge administratif français*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2019, p. 347 et s.

116. M. Delpierre, « L'adoption de motifs par les juridictions du second degré », *Justice et Cassation*, 2018, p. 323; V. pour une illustration récente, CE, 10 mai 2019, *EURL Delaigue Patrimoine*, n° 416027, inédit.

117. CE, 29 mai 1963, *Bizouern*, Rec. T. p. 818; CE, 23 nov. 1966, *Société d'exploitation du sanatorium Regina*, Rec. p. 619; CE, 16 nov. 1973, *Demoiselle Petit*, Rec. p. 648.

118. R. Odent, *Contentieux administratif*, Dalloz, rééd. 2007, tome I, p. 750.

119. J.-P. Gilli, *La cause juridique de la demande en justice, Essai de définition*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1962, p. 22.

120. F. Poulet, *L'inopérance des moyens dans le contentieux administratif français*, Thèse, Paris II, 2014, p. 18.

121. R. Chapus, *op. cit.*, p. 795 et 964; CE, 4 oct. 1961, *Sieur Locussol*, n° 50845, Rec. p. 541; CE, 23 nov. 1966, *Société d'exploitation du sanatorium Regina*, n° 66763, Rec. p. 619.

122. CE, 15 oct. 1999, *Wolff*, n° 198204, Rec. T. p. 986 et 1087.

123. CE, 13 avr. 2005, *M. Daniel X.*, n° 256847, inédit.

moyen tiré d'une erreur manifeste d'appréciation repose exclusivement sur l'affirmation même qu'il n'y en a pas¹²⁴.

En deuxième lieu, la collaboration entre le juge et les parties est fragilisée par la pratique du rejet par préterition, c'est-à-dire implicite, de certains moyens. Sur ce point, une distinction est opérée entre le cas des moyens d'ordre public et celui des moyens inopérants. D'une part, si le juge est tenu de relever d'office les moyens d'ordre public qui ressortent des pièces du dossier, il n'est pas contraint de les rejeter explicitement après examen lorsqu'il les estime mal fondés. Cette pratique paraît justifiée à un double titre. Tout d'abord, le nombre important de moyens d'ordre public rendrait irréaliste une obligation pour le juge d'indiquer pourquoi il ne les retient pas, à chaque fois que les pièces du dossier supposent de se poser la question. Ensuite, le propre d'un moyen relevé d'office est de ne pas avoir été envisagé par les parties; « *autrement dit, la préoccupation très importante de répondre pleinement à l'argumentation des parties, de manifester qu'il leur a été fait pleinement justice, est ici inexistante* »¹²⁵. Tout au plus doit-on y voir une invitation pour les parties à ne pas s'en remettre au juge et à déployer leur argumentation de manière totale, ce d'autant que l'autorité de chose jugée s'étend à ces motifs implicites¹²⁶. D'autre part, le juge peut tacitement rejeter un moyen dont il estime qu'il est inopérant, alors qu'il doit en principe écarter explicitement tous les moyens présentés en demande en cas de rejet, que ces moyens soient irrecevables ou mal-fondés. À la différence d'un moyen d'ordre public, un moyen jugé inopérant a bien été soulevé par les parties. Cela rend un rejet par préterition tout à fait critiquable. En cette hypothèse, la volonté d'expliquer la décision aux parties devrait amener le juge à préciser l'inopérance

d'un moyen. La fragilité des justifications d'un tel silence du juge a déjà été dénoncée¹²⁷ et il convient de souhaiter que le Conseil d'État renonce à cette différence de traitement entre les moyens inopérants, irrecevables et mal-fondés.

En dernier lieu, la motivation d'une décision de justice, en fonction de l'argumentation développée par les parties, est mise à mal par la pratique de l'économie des moyens. Elle consiste, lorsqu'il est fait droit aux conclusions du demandeur ou du défendeur, à ne pas répondre à tous les moyens soulevés à l'appui de ces conclusions. En vertu d'un tel usage, le juge est libre de ne retenir qu'un moyen parmi ceux de nature à fonder l'annulation¹²⁸. L'emploi de cette technique juridictionnelle est particulièrement fréquent. En réalité, l'obligation de se prononcer sur le bien-fondé des moyens dont le juge est saisi ne vaut qu'en cas de rejet de la requête au fond et se limite aux moyens opérants¹²⁹. Cette économie de motivation de la part du juge est manifestée par l'emploi de formules du type « sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête » ou « sans qu'il soit besoin d'examiner les moyens de la requête » lorsque le juge accueille un moyen relevé d'office. Cela explique, en outre, que l'on qualifie des motifs de surabondants lorsque le juge prend la peine de répondre explicitement à tous les moyens présentés par une partie, ce que manifeste des « *formules cabalistiques* »¹³⁰ – « en outre », « au surplus », « d'ailleurs », « en tout état de cause ». Deux justifications à cette règle sont régulièrement avancées. Le juge s'en tient, par économie d'effort, au moyen dont le traitement est le plus simple ou, par souci de vider le litige, au moyen au cœur du différend¹³¹. La critique de l'économie des moyens est aussi habituelle que la pratique elle-même¹³². D'un point de vue holiste, on

124. V. Haïm, « Jugement », in *Répertoire du contentieux administratif*, Dalloz, 2019, § 326; V. notamment CE, 10 déc. 1993, *Association pour l'aménagement de la ZAC Dupleix*, Rec. p. 360; CE, 25 mars 1996, *Cono*, Rec. p. 100.

125. J. Petit, *op. cit.*, p. 216.

126. E. Akoun, *Les moyens d'ordre public en contentieux administratif*, Mare & Martin, coll. « Bibliothèque des thèses. Droit public », 2017, p. 359.

127. F. Poulet, *op. cit.*, p. 572 et s.

128. CE, 29 mai 1963, *Maurel*, Rec. p. 334.

129. V. *a contrario* en cas de rejet pour incompétence CE, 18 févr. 1998, *Société des carrières de la vallée heureuse*, n° 181342, Rec. p. 54 ou en cas de rejet pour irrecevabilité CE, 27 oct. 2008, *M. El Hazzat*, n° 291422, *inédit*.

130. J.-H. Stahl, *op. cit.*, p. 785.

131. C. Broyelle, *op. cit.*, p. 260.

132. R. Chapus, *De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile*, Études et documents du Conseil d'État, 1977-1978, p. 63.

déplore qu'elle ne permette pas de vider aussi complètement que possible « *la querelle de légalité* », ce qui va « *à l'encontre des exigences d'une bonne gestion administrative* »¹³³. En effet, cette économie de motivation présente le risque que l'Administration prenne à l'issue du procès une décision qui corrige l'illégalité sanctionnée mais réitère celles passées sous silence, ce qui est susceptible de provoquer de nouveaux contentieux. En ce sens, le renoncement à l'économie des moyens serait « *plus conforme à la fonction d'intérêt général du recours pour excès de pouvoir et, plus spécifiquement, à sa fonction pédagogique* »¹³⁴, qui suppose que l'ensemble des vices entachant une décision soit dénoncé. D'un point de vue plus individualiste, la critique repose sur le droit du justiciable « *d'être informé de l'ensemble des illégalités dont il a été victime* »¹³⁵. Dans un cas comme dans l'autre, la critique de l'économie des moyens tient à ce que cette pratique fragilise nécessairement la motivation en tant qu'acte de persuasion des parties. Dès lors que les parties ont pris le soin de produire une argumentation au soutien de leurs prétentions, leur adhésion à la solution rendue dépend de la réponse apportée par le juge à chaque aspect de leur démonstration.

L'abandon de ces pratiques permettrait non seulement de vider pleinement le litige et de veiller plus scrupuleusement au respect de la légalité, mais également de renforcer l'exigence de proportionnalité qui devrait animer l'obligation de motivation. Seule la motivation permet aux parties de s'assurer de ce que le juge les a comprises et a pleinement examiné leur argumentation. Facilitée par l'absence de principe juridiquement contraignant, chaque remise en question de ces usages apparaît comme le signe d'une revalorisation de la motivation comme acte de persuasion.

B. Une revalorisation potentielle

À ce jour, la pratique de l'économie des moyens est la seule à faire l'objet d'un recul. Le juge est tenu d'examiner l'ensemble des moyens lorsqu'un texte ou la jurisprudence lui impose. D'une part, le législateur contraint le juge à se prononcer sur « *l'ensemble des moyens de la requête [...] susceptibles de fonder l'annulation* »¹³⁶ en contentieux de l'urbanisme, terre d'élection de la sécurisation des décisions administratives. D'autre part, le juge administratif renonce parfois lui-même à l'économie des moyens. C'est le cas lorsqu'il envisage de mettre en œuvre son pouvoir de modulation dans le temps des effets de l'annulation. La jurisprudence *Association AC!* contraint le juge à faire un bilan complet des illégalités dont l'acte annulé est entaché pour déterminer s'il convient ou non de moduler. C'est le cas encore dans le cadre la récente jurisprudence *Société Eden*¹³⁷. Par cette décision, le Conseil d'État limite la marge d'appréciation du juge par la reconnaissance d'une double priorité dans l'examen des moyens invoqués par les parties¹³⁸. Tout d'abord, lorsque le requérant assortit sa demande d'annulation de conclusions à fin d'injonction, le juge est contraint d'examiner prioritairement les moyens de nature à permettre le prononcé d'une injonction ou de l'injonction demandée à titre principal en cas de double demande d'injonction, c'est-à-dire celle fondée sur l'article L. 911-1 du Code de justice administrative tendant à l'adoption par l'Administration d'une décision allant dans un sens déterminé. Ensuite, indépendamment d'une demande d'injonction, la priorité est donnée aux moyens se rattachant à la cause juridique principale. Est ainsi reconnue une faculté de hiérarchisation des demandes. Dans un cas comme dans l'autre, la hiérarchisation des moyens dictée par les conclusions du requérant limite la pratique de l'écono-

133. J.-F. Flauss, note sous TA Strasbourg, 3 août 1989, *Province de Hollande septentrionale, D.*, 1991, p. 49.

134. J. Petit, *op. cit.*, p. 219.

135. R. Chapus, *op. cit.*, p. 63.

136. CU, art. L. 600-4-1 créé par l'art. 37 de la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000, *relative à la solidarité et au renouvellement urbains*; V. cependant D. Chabanol, « L'article L. 600-4-1 du Code de l'urbanisme, une réponse dangereuse à un problème à la mode », *AJDA*, 2001, p. 216.

137. CE Sect., 21 déc. 2018, *Société Eden*, n° 409678, *Rec.*

138. V. pour un exemple spécifique et antérieur de priorité donnée au moyen tiré de l'absence ou de l'insuffisance d'un plan de sauvegarde de l'emploi CE, 15 mars 2017, *Ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social*, n° 387728, *Rec.* p. 92.

mie des moyens. Elle ouvre également une brèche dans le principe selon lequel l'intérêt à former appel ne s'apprécie qu'au regard du dispositif du jugement. L'appelant peut désormais contester les motifs retenus par le juge de première instance en réponse à la hiérarchisation de ses écritures. La lecture de la décision *Société Eden* offre un exemple éclatant de la collaboration qui pourrait être instituée entre le juge et les parties en matière de motivation. On nourrit l'espoir que ce mouvement jurisprudentiel ouvre la voie à un abandon de la pratique de l'économie de motivation.

Pour autant, les jurisprudences *AC !* et *Société Eden* ne marquent qu'un recul modeste de cette pratique. Dans le cadre d'une demande de modulation des effets d'une annulation, l'obligation d'examiner l'ensemble des moyens pouvant affecter la légalité de l'acte fait l'objet d'interprétations variables. Une conception restrictive de cette obligation conduit notamment à accepter l'examen et le rejet par prétérition des moyens autres que celui entraînant l'annulation de l'acte, mais aussi l'absence d'examen de ces moyens¹³⁹. Outre que la décision *Société Eden* débute par un rappel de la technique de l'économie de moyens, elle n'est qu'une remise en cause *a minima* de cet usage. D'une part, cette jurisprudence permet aux parties une hiérarchisation des moyens tendant à l'annulation par cause juridique et non par moyen. Cela limite assurément la portée de la faculté reconnue aux parties, dans la mesure où chaque cause juridique regroupe une variété de moyens d'inégale importance selon le litige. La finesse d'une hiérarchisation opérée par le requérant ne sera pas systématiquement reflétée par la décision rendue. D'autre part, lorsqu'aucun des moyens présentés ne permet d'accueillir la demande principale du requérant, le fait que le juge statue directement sur la demande subsidiaire signifie que la prétention principale est implicitement mais nécessairement rejetée. L'extension de cette jurisprudence au

contentieux de pleine juridiction le confirme¹⁴⁰. Lorsque le juge prononce une annulation pour irrégularité du titre de perception, il doit être considéré comme ayant nécessairement écarté les moyens contestant le bien-fondé de ce titre. Cette liberté pour le juge de rejeter par prétérition montre sinon la résurgence, du moins la persistance de l'économie de moyens dans l'exercice de son office. La pérennité de ces usages contrarie la portée persuasive d'une décision à l'égard des parties et, au-delà, l'obligation de motivation elle-même. Une raison d'ordre pratique et une raison d'ordre plus théorique l'expliquent. À l'aune d'une recherche d'efficacité de la justice, manifestée par un recours pléthorique aux outils statistiques, leur abandon entraînerait un surcroît de travail pour les juridictions administratives. Outre que cette surcharge à court terme pourrait être compensée à long terme par l'évitement de nouvelles illégalités et de nouveaux contentieux, elle paraît limitée. Le juge administratif procède déjà à l'examen de l'intégralité des moyens au stade de l'instruction et en l'état du dossier. La motivation n'est pas davantage conçue comme une réponse proportionnée à l'argumentation des parties pour une raison qui semble plus fondamentale. À bien des égards, la revalorisation de la motivation en tant qu'acte de persuasion suppose une revalorisation du rôle des parties au cours du procès administratif, afin de penser la motivation comme une œuvre collaborative. Or cette collaboration entre le juge et les parties n'est mise en avant que pour justifier une motivation succincte de la décision par l'imprécision des écritures des parties¹⁴¹. Une vision plus constructive de cette collaboration repose sur le constat que chaque protagoniste du procès respecte une obligation de motiver, dépendant des finalités de son office.

Conformément à la première finalité de leur office, les parties déterminent la matière litigieuse de manière intéressée et supportent, à cet effet, une charge de l'allégation. Cette charge

139. O. Mamoudy, « D'AC ! à M6 en passant par Danthony », *AJDA*, 2014, p. 501 ; V. notamment CE, 21 nov. 2008, *Association des hôpitaux privés sans but lucratif*, n° 305292, *Rec.* ; CE, 18 déc. 2008, *Kierkowski-Chatal*, n° 412553, *Rec.* ; CE Ass., 23 déc. 2013, *Société Métropole Télévision (M6)*, n° 363702, *Rec.*

140. CE, 5 avr. 2019, *Société Mandataires judiciaires Associés*, n° 413712, *Rec.*

141. R. Odent, *op. cit.*, pp. 749-750 ; V. Haïm, *op. cit.*, § 332 ; CE Sect., 1^{er} déc. 1972, *Fouche*, *Rec.* p. 768 ; CE Ass., 11 janv. 1974, *Mazel*, *Rec.* p. 22.

est la traduction d'une exigence de motivation du fondement des prétentions¹⁴² par lesquelles elles délimitent conjointement le procès. En effet, toute partie doit alléguer les éléments de fait et de droit propres à fonder une revendication, sans quoi cette dernière n'accède pas au rang de prétention dont le juge peut connaître¹⁴³. En ce sens, l'allégation est l'instrument de motivation d'un discours construit à l'intention de celui qui détient la compétence pour trancher un litige. Aucune initiative, ni aucune contestation ne peut se satisfaire d'une affirmation péremptoire de son bien-fondé pour espérer convaincre le juge. Toute partie doit déployer un effort démonstratif au soutien de ses conclusions, c'est-à-dire au soutien de son intérêt. L'absence totale de motivation à l'appui d'une revendication entraîne, en principe, l'irrecevabilité de la requête, dans la mesure où les conclusions « assorties d'aucun moyen permettant d'en apprécier le bien-fondé [...] ne sont pas recevables »¹⁴⁴. De plus, l'examen du bien-fondé de la prétention suppose que les parties formulent des moyens de nature à justifier la prétention soumise au juge. En l'absence de tels moyens, les conclusions sont rejetées au fond. Par conséquent, l'exigence de motivation du fondement des prétentions pèse lourdement sur les parties, parce qu'elle tend à garantir la valorisation de leurs prétentions propres et contraires sur le droit au cœur du litige. La reconnaissance d'une charge de l'allégation confirme que la motivation d'une décision de justice dépend de l'effort déployé par les parties au procès. Il en résulte que le moyen tiré du défaut ou de l'insuffisance

de motivation n'est pas d'ordre public¹⁴⁵. En cela, il appartient au requérant qui soutient que le tribunal n'a pas répondu à ses moyens de préciser lesquels, sans quoi le défaut de motivation qu'il allègue n'est pas démontré¹⁴⁶. L'absence de relevé d'office d'une insuffisance de la motivation révèle combien les parties sont les premières destinataires de cette exigence, parce qu'elles sont les mieux à même d'apprécier si le juge les a persuadées ou, du moins, a pleinement répondu à leur argumentation. À cet égard, la complémentarité des offices du juge et des parties en matière de motivation est manifeste. Une revalorisation de la motivation comme acte de persuasion est possible, à condition qu'elle soit conçue au regard de l'argumentation dont les parties saisissent le juge. Mais en raison des pratiques juridictionnelles qui limitent encore la motivation des décisions du juge administratif, cette collaboration avec les parties reste pour une part à l'état de potentiel, potentiel dont la réalisation suppose que l'exigence de motiver pèse avec la même sévérité sur le juge et les parties.

En définitive, l'étude de la motivation en droit du procès administratif révèle « l'extraordinaire liberté »¹⁴⁷ dont jouit le juge par rapport aux écritures des parties. Dans cette perspective, le renforcement bienvenu de la motivation, en tant qu'acte de légitimation à l'égard d'un auditoire universel, ne doit pas conduire à oublier que la motivation est, avant tout, un acte de persuasion à l'égard des parties. Si le juge doit renoncer à une part de sa liberté pour que la motivation soit pleinement le fruit d'une collaboration avec les parties, tel nous semble être un juste prix à payer.

142. V. sur ce point A. Meynaud-Zeroual, *L'office des parties dans le procès administratif*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2019 (à paraître), partie I titre II chapitre I section II « La charge de l'allégation : une exigence de motivation du fondement des prétentions ».

143. CJA, art. R. 411-1 et art. R. 522-1.

144. V. notamment CE, 22 janv. 1969, *Ville de Libourne*, n° 69120, *Rec. p.* 38; CE, 28 oct. 1988, *Centre national des Indépendants et des Paysans*, n° 102769, *Rec. p.* 385; CE, 28 juill. 1995, *M. Pierre X.*, n° 146878, *Rec. T.*; CE, 21 févr. 2003, *M. Kamel X.*, n° 246248, *Rec. T.*; CE, 12 mai 2010, *M. A.*, n° 328787, *inédit*.

145. V. notamment CE, 1^{er} juill. 1959, *Beaudouin*, n° 37680, *Rec. p.* 417; CE Sect., 5 nov. 1993, *Société anonyme immobilière de construction La Gauloise*, n° 145814, *Rec. p.* 305.

146. V. par exemple CAA Bordeaux, 24 mai 2005, *Communauté intercommunale des villes solidaires*, n° 02BX00318, *inédit*.

147. R. Chapus, *op. cit.*, p. 63.

Dossier

La motivation

L'amélioration de la motivation des décisions du Conseil constitutionnel : vrai progrès ou faux-semblant ?

Cécile Guérin-Bargues

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

« *Celui qui se sait profond s'efforce d'être clair ; celui qui aimerait sembler profond à la foule s'efforce d'être obscur. Car la foule croit profond tout ce dont elle ne peut voir le fond.* »

Nietzsche, *Le Gai savoir*, § 173

À l'occasion de deux décisions QPC rendues publiques le 10 mai 2016, le Conseil constitutionnel faisait part de l'entrée en vigueur du nouveau mode de rédaction de ses décisions¹. Il s'agissait de procéder à leur modernisation par une simplification de la formulation destinée à « renforcer l'intelligibilité et la lisibilité des décisions [...] afin de permettre une motivation plus approfondie de celles-ci »². Cette innovation s'inscrit dans une série de mesures destinée à faire connaître l'institution et à favoriser l'émergence d'une sorte de culture juridique et constitutionnelle au sein du grand public : rapport annuel attrayant et soigné sur l'activité du

Conseil, refonte du site de l'institution, multiplication des communiqués de presse et des audiences filmées, ouverture au public via plusieurs manifestations telles que la Nuit du droit ou la tenue d'audience QPC en province... D'aucuns ont d'ailleurs pu souligner combien ces innovations sont soigneusement calibrées à destination des journalistes, dans l'espoir que les médias répercutent à l'opinion publique l'image que l'institution entend projeter³.

La plupart de ces initiatives s'adresse aux profanes plus qu'aux professionnels du droit. En témoigne la modification de l'architecture des décisions qui est intervenue depuis cette annonce, quelle que soit la nature du contentieux⁴. N'importe quel juriste un peu au fait des habitudes rédactionnelles du Conseil constitutionnel pouvait en effet se passer de la substitution du point au point-virgule, savait décrypter le laconique « vu » en un « au vu des textes sui-

1. Communiqué du Président du Conseil constitutionnel du 10 mai 2016 et commentaires des décisions n° 2016-539 QPC et n° 2016-540 QPC du 10 mai 2016, p. 1.

2. Communiqué du Président du Conseil constitutionnel du 10 mai 2016.

3. R. Paour, *Analyse stratégique des cas espagnol, français et italien*, Thèse dactyl., Université Paris Nanterre, 2018, p. 605 et s. V. également, pour une critique en règle du nouveau site du Conseil constitutionnel qui privilégierait la communication plutôt que l'intérêt de la recherche, O. Beaud, « Un nouveau site au Conseil constitutionnel. Hélas ! », *JP blog*, 1^{er} oct. 2018.

4. Pour les premières applications de ce nouveau mode de rédaction, v. M. Charité, « Réflexions sur la modernisation du mode de rédaction des décisions du Conseil constitutionnel », *Revue générale du droit*, 2017, n° 1, Études et réflexions, www.revuegeneraledudroit.eu.

vants » voire repérer les motifs sans qu'on ait besoin de lui préciser que « le Conseil constitutionnel s'est fondé sur ce qui suit », formule d'une élégance d'ailleurs très relative⁵. Quant à la succession des « considérants », ils ne déstabiliseraient sans doute que les étudiants de première année, qui bénéficiaient en revanche, grâce au traditionnel « ayant été entendus », d'un utile rappel de l'accord du participe passé...

Si la lisibilité des décisions constitutionnelles s'est sans doute accrue grâce à cette rupture avec une phraséologie un peu ésotérique, il n'est pas certain que la motivation ait suivi le même chemin. La motivation des décisions est pourtant un élément constitutif de la nature juridictionnelle de l'institution, thèse que le Conseil constitutionnel s'efforce de promouvoir, en dépit de la difficulté qu'il y a à la concilier avec les intentions des constituants et le texte même de la Constitution⁶. L'innovation rédactionnelle la moins anodine – et pourtant peu remarquée par la doctrine – illustre d'ailleurs cette préoccupation : au dernier paragraphe, qui énumère traditionnellement les membres présents lors de la séance, le participe passé « jugé par » a en effet été substitué au plus modeste « délibéré par ». On peut naturellement y voir la volonté du Conseil d'affirmer un caractère juridictionnel qui lui fut longtemps contesté⁷ en tirant les conséquences d'un processus de juridictionnalisation que la mise en œuvre de la QPC en 2010 est supposée avoir parachevé⁸.

Quoi qu'il en soit, une juridiction se doit de porter à la connaissance des parties l'ensemble

des raisons de droit et de fait pour lesquelles un jugement a été rendu. La motivation d'une décision juridictionnelle constitue donc un discours argumentatif ayant pour objet de justifier la solution apportée à un problème juridique⁹. Au-delà de cet aspect procédural, elle permet également l'exercice d'un contrôle sur la manière dont le juge exerce son pouvoir¹⁰. Dès lors, par son existence même, la motivation d'une décision pose nécessairement la question de sa qualité intrinsèque.

Pourtant, en matière de motivation, les textes applicables apparaissent singulièrement peu diserts. L'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel exige simplement que ses décisions soient motivées¹¹. L'obligation de motivation a cependant valeur conventionnelle, la Cour européenne des droits de l'homme ayant fait découler de l'article 6 § 1, au nom d'une bonne administration de la justice, un principe de motivation des jugements dont l'exacte portée dépend toutefois des circonstances de l'espèce¹². Le Conseil constitutionnel, quant à lui, se montre certes enclin à imposer des obligations de motivation aux juridictions nationales, notamment en matière pénale, mais a refusé de conférer à cette « exigence constitutionnelle » un caractère général et absolu¹³.

La pratique du Conseil constitutionnel n'apparaît guère plus convaincante et la doctrine quasi-unanime se plaît à critiquer le caractère insuffisamment motivé de nombre de ses décisions¹⁴.

5. Comparer, à titre d'illustration, les décisions QPC précitées et les décisions n° 2016-538 QPC du 22 avril 2016 ou n° 2016-730 DC du 21 avril 2016 qui sont les dernières rendues sous l'empire de la rédaction traditionnelle pour mesurer l'ampleur modeste de la réforme.

6. V. sur ce point, D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun et J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, 2016, 11^e éd., p. 68.

7. Sur la construction progressive de l'identité juridictionnelle du Conseil, v. not. R. Paour, *Analyse stratégique des cas espagnol, français et italien*, op. cit., p. 504 et s.

8. V. en ce sens, R. Badinter, « Une longue marche "Du Conseil à la Cour constitutionnelle" », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2009, n° 25.

9. Th. Delançays, *La motivation des décisions juridictionnelles du Conseil d'État*, Thèse dactyl, Université Lille II, 2017, p. 21 et s., et p. 751. On se reportera également aux pages 13 à 16 pour une analyse précise et bien conduite du terme de motivation.

10. V. en ce sens M.-C. Ponthoreau, *La reconnaissance des droits non écrits par les cours constitutionnelles italienne et française*, Economica, 1994, p. 153 et s.

11. V. not. l'article 20 pour les déclarations de conformité à la Constitution, article 23-11 pour les QPC.

12. D. Baranger, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », *Jus politicum*, 2012, vol. 4, p. 28, note 29.

13. Cons. const., 1^{er} avr. 2011, n° 2011-113/115.

14. À l'exception d'un manuel de référence qui considère que « les décisions sont aujourd'hui longuement et minutieusement motivées », (D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun et J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., n° 376). Pour des références plus critiques, v. celles citées in N. Belloubet, « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel : justifier et réformer », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2017, n° 55-56, p. 7 et s. ainsi que les articles de O. Beaud, P. Wachsmann et D. Baranger, in « Le Conseil constitutionnel, gardien des libertés publiques », *Jus politicum*, 2012, vol. 4. V. également pour un exemple

Certes, on observe depuis les années 1980 un allongement des décisions qui s'explique par différents facteurs : apparition de saisines facultatives très motivées à partir de 1974, prolifération des textes nationaux comme internationaux, usages des réserves d'interprétation¹⁵, censures emblématiques obligeant le Conseil à soigner un peu plus que de coutume la motivation de ses décisions¹⁶... Cette prolixité épisodique s'est accentuée avec l'entrée en vigueur de la QPC en 2010. Cette dernière a en effet incité le Conseil à faire des efforts de pédagogie en prenant en compte le contexte d'application de la loi et en précisant notamment les points les plus délicats de son office et notamment les rapports entre abrogation simple, effet différé et effet utile de ses décisions¹⁷.

Toutefois, l'*imperatoria brevisitas* n'a pas nécessairement vécu. Quand bien même tel serait le cas, on ne pourrait d'ailleurs en déduire une amélioration mécanique de la motivation. La longueur ne saurait en effet être considérée comme l'alpha et l'oméga d'une motivation de qualité. Si elle peut persuader le lecteur patient, elle ne le convainc pas nécessairement et risque même, en révélant la complexité du raisonnement, de rajouter de la « confusion à l'incertitude »¹⁸. En d'autres termes, les critiques quant à la motivation quantitativement ou qualitativement faible des décisions constitutionnelles n'ont rien perdu de leur pertinence.

Une question faussement naïve consisterait ici à se demander pourquoi cette motivation faible devrait nécessairement être améliorée. La réponse la plus intuitive consiste à se dire qu'il en va de l'autorité des décisions du Conseil. Le lien est d'ailleurs en partie fait par Nicole Belloubet

lorsqu'elle souligne que « l'élément le plus déterminant pour une motivation explicite des décisions constitutionnelles est l'autorité absolue de chose jugée dont elles jouissent »¹⁹. Celle-ci dépendrait de leur capacité à susciter une adhésion raisonnée par un affichage clair du sens et de la portée du raisonnement tenu. On pourrait en effet penser que l'enjeu est particulièrement fort pour le Conseil constitutionnel, le constituant ayant précisément refusé d'accorder à ses décisions l'autorité de la chose jugée²⁰. Mais comment dès lors expliquer qu'en dépit de ses insuffisances de motivation, les décisions du Conseil soient globalement respectées ? Sans doute est-ce le signe que la qualité de la motivation n'a que peu à voir avec l'autorité de ses décisions (I). En revanche, elle apparaît comme un enjeu central pour l'image de l'institution (II).

I. La qualité de la motivation, un élément extérieur à l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel

Si la jurisprudence du Conseil constitutionnel a pu s'imposer en dépit de sa motivation souvent lacunaire, sans doute est-ce dû au rapport normatif qu'il entretient avec les destinataires de ses décisions. Celui-ci est fondé sur la reconnaissance graduelle de l'autorité attachée à ses décisions (A) que vient renforcer la forme de rédaction traditionnelle au Conseil (B).

A. Une autorité acquise progressivement

Fidèle à sa stratégie des petits pas, ce n'est qu'après plusieurs décisions que le Conseil constitutionnel aboutit à une interprétation stabilisée de la formulation ambiguë de l'article 62

plus récent la critique en règle de la décision n° 2018-761 QPC du 1^{er} février 2019 par P. Wachsmann, « Misère du contrôle de constitutionnalité des lois en France : la décision relative à l'incrimination des clients des prostituées », *Blog JP*, 21 févr. 2019.

15. Si la méthode a été utilisée dès la décision n° 59-2 DC du 24 juin 1959 relative au règlement de l'Assemblée nationale, elle s'est surtout développée à partir des décisions sur la loi sécurité-liberté (n° 80-127 DC du 20 janvier 1981) et entreprises de presse (n° 84-181 du 11 octobre 1984). V. sur ce point X. Samuel, « Les réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel », 26 janv. 2007 sur le site du Conseil.
16. V. par exemple la longue motivation de la décision HADOPI (n° 2009-580 DC du 10 juin 2009) ou de celle relative à la taxe carbone (n° 2009-599 DC du 29 déc. 2009) citées par F. Malhière, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation)*, Dalloz, 2013, p. 279.
17. V. en ce sens, S. Benzina, *L'effectivité des décisions QPC du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2017, p. 583, citant la décision n° 2010-108 QPC du 25 mars 2011, *Mme Marie-Christine D.* (cons. 5).
18. N. Belloubet, « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel : justifier et réformer », préc.
19. *Idem*.
20. Une version initiale de la Constitution de la V^e République prévoyait de reconnaître expressément l'autorité de la chose jugée aux décisions du Conseil. L'idée fut abandonnée car elle impliquait la nature juridictionnelle du Conseil. V. sur ce point, D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun et J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 68.

de la Constitution. Ce dernier se contente en effet de préciser que « les décisions du Conseil constitutionnel [...] s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ». Dès 1962, il juge que « l'autorité des décisions visées par cette disposition s'attache non seulement à leur dispositif mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire »²¹. D'autorité de la chose jugée, il n'est alors nullement question, ne serait-ce qu'en raison de l'écart entre une telle formule et la conception classique de la chose jugée qui suppose identité de demande, de cause et de parties²². L'expression n'apparaît d'ailleurs dans le contentieux de la constitutionnalité des lois qu'en 1988, à l'occasion de la décision *Loi d'amnistie*²³ qui évoque « l'autorité de la chose jugée attachée à la décision du Conseil constitutionnel du 22 octobre 1982 ». Il est maintenant communément admis que cette autorité s'étend aux réserves d'interprétation.²⁴

La procédure de QPC est venue encore renforcer cette autorité des décisions par son mécanisme de double filtre. D'une part, le juge *a quo*, lorsqu'il vérifie la recevabilité de la question, doit notamment s'assurer que la disposition contestée n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs ou le dispositif d'une décision du Conseil. D'autre part, la juridiction suprême correspondante décide du renvoi de la question après avoir vérifié que la disposition soulève une question nouvelle ou présente une difficulté sérieuse. L'existence même de la procédure implique donc que les juridictions se soient pleinement approprié la jurisprudence relative aux articles 61 et 61-1 de la Constitution.

Nécessité et règles juridiques semblent ainsi se combiner pour en appeler au plein respect des décisions du Conseil quel que soit le degré de conviction qu'elles emportent. L'autorité des

décisions du Conseil n'a donc que peu à voir avec la qualité de leur motivation. Elle découle essentiellement de l'obligation juridique de s'y conformer qui pèse sur les juridictions, l'administration et le législateur²⁵ et accessoirement de la puissance inhérente à la forme traditionnelle de la décision constitutionnelle.

B. La force de la forme traditionnelle des décisions du Conseil

La motivation des décisions du Conseil revêt généralement la forme d'un syllogisme qui doit beaucoup à l'influence du contentieux administratif français²⁶. Il convient de bien distinguer deux éléments : la présentation formelle du raisonnement du juge d'une part et la réalité de ce raisonnement de l'autre. Le « syllogisme de construction », c'est-à-dire la forme traditionnelle de la décision que nous examinons ici, ne va en effet pas nécessairement de pair avec le raisonnement syllogistique et peut parfois servir à dissimuler plus qu'à révéler le pouvoir créateur du juge²⁷.

La motivation syllogistique permet au juge constitutionnel de tirer parti des ressources de la logique formelle afin d'offrir l'apparence d'une décision rigoureuse, infaillible et donc incontestable. Elle suggère en effet une retranscription fidèle de la règle de droit et renvoie à une conception minimaliste de l'office du juge. On se situe évidemment dans le mythe d'une puissance contenue, du serviteur muet et révérencieux d'une loi supposée parfaite²⁸.

La rédaction syllogistique, par sa capacité à nier le pouvoir du juge et à mettre en scène sa neutralité et son impartialité a donc quelque chose de profondément rassurant. Elle passe en effet sous silence la complexité du processus décisionnel et le pouvoir créateur du juge en offrant l'apparence d'une justification objective

21. Cons. const., 16 janv. 1962, n° 62-18 L.

22. Art. 1351 C. civ.

23. Cons. const., 20 juill. 1988, n° 88-244 DC. Sur les différentes étapes de cette consécration, v. R. Paour, *Analyse stratégique des cas espagnol, français et italien*, op. cit., p. 508.

24. V. M. Disant, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2010.

25. V. en ce sens à propos des décisions QPC, S. Benzina, *L'effectivité des décisions QPC du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 586.

26. D. Baranger, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », préc., p. 25.

27. M.-C. Ponthoreau, *La reconnaissance des droits non écrits par les cours constitutionnelles italienne et française*, op. cit., p. 157.

28. Nombre de décisions témoignent de cette tendance, au point qu'un observateur avisé de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de libertés publiques a pu pousser l'ironie jusqu'à proposer à ses membres un modèle de déclaration de conformité « utilisable dans une grande variété de cas ». V. P. Wachsmann, « Misère du contrôle de constitutionnalité des lois en France : la décision relative à l'incrimination des clients des prostitués », préc.

et logiquement nécessaire qui dispose d'une réelle force persuasive. Point n'est besoin dans cette perspective de longue motivation, bien au contraire : le syllogisme par sa concision et sa structure déductive confère une fermeté certaine au commandement et favorise la reconnaissance de la décision de principe. La décision IVG rendue par le Conseil constitutionnel en 1975, avec ses considérants serrés relatifs à l'office du juge et aux rapports de normes, en est sans doute l'illustration la plus connue²⁹.

Enfin, la force de persuasion du syllogisme est encore accentuée par sa capacité à se démarquer de l'espèce. Le syllogisme, par sa forme générale et impersonnelle, permet à la décision d'emprunter la forme abstraite de la disposition législative et de se parer de l'autorité de la norme légale³⁰. Il favorise ainsi la consécration juridictionnelle et doctrinale de la normativité de la jurisprudence³¹.

La remise en cause de la relative brièveté des décisions du Conseil peut par ailleurs s'avérer discutable. Une concision volontaire et bien pensée favorise l'intelligibilité de la décision en écartant les développements superflus et une prolixité susceptible de perdre le lecteur³². Une rédaction dense qui ne retient que l'essentiel protège en effet « du futile et de l'accessoire offerts en surconsommation par les discours contemporains »³³.

Tout est cependant une question d'équilibre et de choix au regard de la nature de la décision. Celle qui procède par exemple à un revirement de jurisprudence devrait être motivée avec soin afin de faire comprendre ce qui justifie le changement de position jurisprudentielle. Le Conseil constitutionnel, conformément à la culture juridique française qui tend à nier toute valeur obligatoire aux précédents, reste cependant d'ordi-

naire silencieux sur la justification d'un revirement, préférant camoufler derrière une motivation sibylline ce qui pourrait être interprété comme une rupture ou une contradiction³⁴. À l'inverse, la décision qui s'inscrit dans une jurisprudence constante n'a sans doute nul besoin d'une longue motivation, de moult citations, précédents ou reprises *verbatim* de considérants détaillés. Dans le cadre de la QPC, une telle stratégie pourrait même s'avérer contreproductive et faire obstacle à l'acceptation de la décision par le justiciable en lui donnant l'impression que sa question n'a pas fait l'objet d'un traitement individualisé³⁵.

Structurer la décision de manière syllogistique et condensée permet également au juge constitutionnel de neutraliser les contraintes qui pèsent sur son office.

La première d'entre elles réside dans les délais qui lui sont imposés pour rendre ses décisions : un mois, voire huit jours, lorsqu'il intervient sur le fondement de l'article 61 de la Constitution³⁶, trois mois à compter de sa saisine dans le cadre de la QPC. La nécessité de trancher rapidement peut bien entendu entraver la possibilité d'une motivation pleine et entière. Un cas limite a sans doute été atteint par le Conseil constitutionnel lorsqu'il s'est prononcé sur la délicate question de la constitutionnalité de la loi du 25 janvier 1985 relative à l'état d'urgence en Nouvelle Calédonie. Le Conseil ayant dû statuer en moins de quatre heures, l'habileté du raisonnement retenu surprend en définitive davantage que l'incohérence pourtant réelle de la motivation³⁷.

Une autre contrainte réside dans la nature collégiale de la décision et le secret des délibérations. Contrairement à la pensée individuelle qui a tendance à s'épancher, la collégialité impose

29. Cons. const., 15 janv. 1975, n° 74-54 DC.

30. F. Malhière, *op. cit.*, p. 182, 187. V. également, pour une analyse plus aboutie encore, l'article précité de D. Baranger, pp. 31-32 qui montre dans quelle mesure le contrôle de constitutionnalité des lois est une « ré-édition juridictionnelle de la délibération législative », c'est-à-dire qu'elle lui emprunte certains aspects sans être à proprement parler une réplique à l'identique de celle-ci.

31. F. Malhière, *op. cit.*, p. 140 et 252-253.

32. V. en ce sens, Th. Delançays, *La motivation des décisions juridictionnelles du Conseil d'État*, *op. cit.*, p. 749 et s.

33. J. Morand-Deville, « Le contrôle de l'administration : la spécificité des méthodes du juge administratif et du juge judiciaire », in *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Bilan critique*, Paris, Economica, 1991 p. 188, cité par Th. Delançays, *op. cit.*, p. 752 (note 65).

34. Voir sur la question de la motivation des revirements, F. Malhière, *op. cit.*, pp. 361-366.

35. Th. Delançays, *op. cit.*, p. 769 ; Conseil d'État, *Rapport sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative*, 2012, p. 31 et s.

36. Ramené à huit jours si l'urgence est déclarée à la demande du gouvernement.

37. Pour une analyse de cette décision n° 85-187 DC, nous nous permettons de renvoyer à O. Beaud et C. Guérin-Bargues, *L'état d'urgence. Étude constitutionnelle, historique et critique*, LGDJ, 2018, 2^e éd., p. 96 et s.

de s'accorder sur l'essentiel³⁸. Dès lors, développer la motivation risque de rendre le consensus plus difficile à obtenir et de porter atteinte au caractère univoque de la décision. La motivation brève met en revanche un point final aux débats et aux doutes inhérents à la discussion collégiale. En éclipsant les opinions minoritaires, elle évite que l'autorité de la décision soit atteinte par l'absence d'adhésion unanime. En gommant les nuances, en passant sous silence l'expression des subjectivités lors du délibéré, elle dépersonnalise la décision et l'objective. Ce faisant, elle met en valeur sa nature institutionnelle et permet de légitimer l'autorité de la décision nécessaire à la sécurité juridique³⁹.

La pratique de la motivation faible⁴⁰ facilite donc l'exercice de la justice constitutionnelle. Elle évite au juge constitutionnel de mettre en évidence les contradictions entre valeurs ou intérêts inhérentes à la vie sociale et lui permet ainsi d'apaiser les conflits en évacuant la dimension humaine du droit⁴¹. Elle sauvegarde également sa latitude d'action en laissant planer une dose d'incertitude qui facilite les évolutions postérieures⁴². Enfin, elle participe à la légitimation de l'office du juge constitutionnel en ne lui laissant guère le loisir d'exprimer son appréciation subjective de l'opportunité de la loi, conformément au principe issu de la décision IVG précitée selon lequel le Conseil constitutionnel ne saurait disposer « d'un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement »⁴³. En faisant apparaître le juge comme un exécutant rigoureux du droit, le syllogisme « conforte le législateur dans son monopole de création du droit » et distingue ce faisant le juge du politique⁴⁴.

Interprètes authentiques de la Constitution, les juges constitutionnels peuvent s'autoriser un exercice péremptoire de leurs compétences qui présente pour eux un certain nombre d'avantages. Toutefois, les inconvénients du laconisme et l'évolution des conditions d'exercice de la justice constitutionnelle rendent dorénavant indis-

pensable une amélioration sensible de la motivation.

II. La qualité de la motivation, élément décisif pour l'image de l'institution

Si la concision du juge constitutionnel semble davantage mettre en valeur le caractère impératif de ses décisions qu'y faire obstacle, elle n'en présente pas moins des défauts non négligeables (A). Il apparaît désormais dans l'intérêt même de l'institution d'évoluer vers une motivation plus explicite de ses décisions (B).

A. Les travers de l'inertie rédactionnelle

Le recours à une motivation sommaire est parfois le signe que la solution retenue s'impose d'évidence et ne requiert aucune explication. C'est ce que fait bien souvent le Conseil constitutionnel lorsqu'il se contente de viser le texte même de la Constitution par une formule du type « au sens du préambule de la Constitution ». Une telle démarche repose sur le postulat que le sens d'un texte s'impose de lui-même et que la clarté de l'énoncé n'exige aucune interprétation si ce n'est littérale de la norme à appliquer. Une fois le texte cité, la conclusion en découle, logiquement, quasi mécaniquement. Dès lors la juridiction peut s'épargner toute explication relative au fondement de la décision. Serait-il judicieux de lui demander d'aller plus loin ? Certes, on sait depuis Savigny que la nécessité d'interpréter ne dépend pas de la qualité de la norme⁴⁵ et que le sens d'un texte n'existe pas en lui-même mais est engendré par une opération intellectuelle. Ainsi, considérer qu'une norme est claire et déterminer son sens implique nécessairement de l'avoir interprétée. Mais si l'interprétation est inhérente à toute application du droit, cela ne signifie évidemment pas que les tenants et aboutissants de toute interprétation exigent de figurer au sein de la motivation, sauf à vouloir transformer la déci-

38. F. Malhière, *op. cit.*, p. 153.

39. *Ibid.*, p. 257 et s.

40. D. Baranger, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », préc. p. 30.

41. V. sur ce point, *art. cit.*, p. 41 et F. Malhière, *op. cit.*, p. 199 reprenant les critiques de D. Lochak.

42. *Idem*, p. 332 et s.

43. *Ibid.*, p. 170.

44. *Ibid.*, p. 81.

45. V. en ce sens V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, p. 386.

sion juridictionnelle en un conglomérat de lapalissades d'un intérêt très relatif.

Ce registre de l'évidence n'est toutefois pas le cas de figure le plus répandu. La motivation elliptique peut aussi renvoyer à l'idée d'un choix discrétionnaire qui s'impose d'autorité⁴⁶. Cette seconde hypothèse est évidemment plus problématique que la première et pose au moins deux types de difficulté.

Tout d'abord, la solution n'ayant plus la force du truisme, l'absence de motivation a pour inconvénient de faire potentiellement obstacle à la bonne compréhension des décisions. Il peut en découler des problèmes d'intelligibilité à l'égard non seulement des justiciables mais aussi des pouvoirs publics chargés d'en faire application⁴⁷. Un ouvrage récent sur l'effectivité des décisions QPC montre ainsi que la plupart des difficultés rencontrées par les juridictions ordinaires dans leur application des décisions du Conseil constitutionnel vient pour l'essentiel d'une motivation « lacunaire », « vague », « ambiguë » ou « fluctuante ». Il en résulte que le juge ordinaire ne sait « pas toujours exactement comment exécuter une décision QPC »⁴⁸. De manière similaire et toujours en matière de QPC, il arrive que le Conseil constitutionnel prononce une décision de non-lieu à statuer au motif qu'il a déjà eu l'occasion d'en juger, sur une question qui, nonobstant le double filtre, lui a pourtant été transmise⁴⁹. Ce phénomène peut être interprété comme le signe de la difficulté pour les juridictions ordinaires et suprêmes à réceptionner pleinement une jurisprudence constitutionnelle parfois insuffisamment explicite.

La pratique de la motivation faible semble ensuite relever d'une vision surannée du processus d'interprétation et de l'office du juge.

Une motivation sommaire permet en effet au juge constitutionnel de passer sous silence, plus que de nier⁵⁰, le fait que sa liberté interprétative lui confère un pouvoir de nature politique. Apparaît comme une vérité incontestable ce qui, loin d'être le produit d'un acte de connaissance comme le postule la théorie normativiste, est le résultat d'une décision, d'un acte de volonté. En effet, la prémisse majeure du syllogisme, c'est-à-dire la norme de référence, ne s'impose pas au juge mais résulte d'un choix par élimination, voire d'une construction pure et simple. Il en va ainsi par exemple de la décision du 16 juillet 1971 et de son célèbre visa « vu la Constitution et notamment son préambule » qui témoigne d'une conception large de la Constitution que le Conseil aurait très bien pu ne pas faire sienne⁵¹. À travers son interprétation du texte constitutionnel, le juge constitutionnel impose donc à l'action politique un cadre – contraignant ou libéral, peu importe ici – qui découle d'une certaine vision de la société⁵². La justice constitutionnelle apparaît dès lors « intrinsèquement de nature politique »⁵³.

La rigueur du syllogisme permet précisément de gommer cet aspect des choses tout en substituant, dans une logique de domination, la soumission par l'affirmation à la persuasion par l'argumentation⁵⁴. Le juge constitutionnel apparaît alors comme une figure d'autorité qui, par définition, n'a pas à se justifier. On notera combien, du point de vue des juridictions suprêmes, un tel positionnement est évidemment peu propice au dialogue des juges et peut être à l'origine de contradictions de jurisprudences. Tel fut le cas par exemple des interprétations divergentes de l'ancien article 68 de la Constitution relatif à l'inviolabilité du chef de l'État par le Conseil constitutionnel d'une part⁵⁵ et la Cour de cassa-

46. Sur ces deux hypothèses, cf. F. Malhière, *op. cit.*, p. 79.

47. M.-C. Ponthoreau, « L'énigme de la motivation encore et toujours l'éclairage comparatif », in F. Hourquebie et M.-C. Ponthoreau (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruylant, 2012, p. 17.

48. S. Benzina, *L'effectivité des décisions QPC du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 583.

49. V. à titre d'illustration Cons. const., 17 déc. 2010, n° 2010-79 QPC, *M. Kamel D.* [Transposition d'une directive].

50. Sur ce point et sur la manière dont les juges constitutionnels français décrivent le processus d'interprétation, v. R. Paour, *Analyse stratégique des cas espagnol, français et italien*, *op. cit.*, p. 511 et s.

51. Se fondant sur cette illustration, F. Malhière, à la suite d'autres auteurs, évoque à ce propos « l'existence d'un syllogisme latent derrière le syllogisme apparent », *op. cit.*, p. 128.

52. D. Baranger, *art. cit.*, p. 29.

53. *Ibid.*

54. F. Malhière, *op. cit.*, p. 418 (*in fine*).

55. Cons. const., 22 janv. 1999, n° 98-408 DC, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale*.

tion de l'autre⁵⁶. Celle-ci est née d'une incise par laquelle le Conseil constitutionnel a précisé « qu'au surplus, pendant la durée de ses fonctions », la responsabilité pénale du chef de l'État « ne peut être mise en cause que devant la Haute Cour de Justice »⁵⁷. S'il n'est pas certain qu'une justification plus établie de cet *obiter dictum* eût découragé la Cour de cassation à en prendre le contre-pied, la faiblesse de l'argumentation sur une question aussi politiquement sensible a sans doute aidé la Cour de cassation à se poser à son tour en interprète authentique de la Constitution.

De la faiblesse de la motivation peut donc découler une concurrence d'interprétation. Denis Baranger a pourtant fort bien montré combien « cette pratique de la motivation faible coïncide avec une tendance de l'institution à vouloir contrôler l'interprétation publique de ses propres décisions »⁵⁸. Le paradoxe n'est qu'apparent : le syllogisme permet au Conseil de se poser en figure d'autorité en mettant en exergue la rationalité de ses décisions, tandis que les discours périphériques institutionnels (commentaires aux cahiers, communiqués de presse et autres dossiers documentaires facilement accessibles sur le site du Conseil) tirent les conséquences à la fois de la forme des décisions et de ce positionnement du juge. Les décisions étant brèves, « un appareil justificatif extérieur »⁵⁹ leur est quasi systématiquement adjoint. Il ne s'agit pas tant d'une externalisation de la motivation, que d'une sorte de « service après-vente » des décisions qui s'efforce de les expliciter plus que de les commenter et qui intervient *ex post* de manière à en contrôler l'interprétation⁶⁰. L'autorité de l'interprétation du texte constitutionnel par le Conseil se trouve en effet renforcée par l'influence qu'exercent ces « commentaires autorisés » sur la véritable doctrine, c'est-à-dire celle de nature universitaire qui est extérieure à l'institution. On peut toutefois se demander si le développement de ces commentaires officiels n'a pas pour inconvénient d'accroître la vacuité des décisions. Pourquoi en effet se livrer dans le cadre contraignant d'une décision ultra formalisée dès lors qu'on peut le faire au sein d'un libre

commentaire ? Ces documents périphériques risquent également de troubler l'unité formelle de l'acte juridictionnel par l'ambiguïté de leur statut. Comment en effet considérer qu'ils ne reflètent que la position de leurs auteurs et non celle de l'institution, dès lors qu'ils viennent s'ajouter à la décision du Conseil et font usage d'un support de communication officiel ?

La relative inertie rédactionnelle du Conseil constitutionnel apparaît donc comme un frein à la pleine intelligibilité de ses décisions et implique, par une sorte d'effet de compensation, une multiplication des supports externes de justification. Si la concision a pour elle la force de l'efficacité et témoigne, dans une certaine mesure, du respect qu'a le juge constitutionnel pour la volonté du législateur, elle se rattache également à une vision à bien des égards dépassée de la justice constitutionnelle. La multiplication des catégories de personnes directement intéressées par les décisions du Conseil, l'emprise croissante que celui-ci exerce sur la vie économique et sociale, la prégnance d'une aspiration démocratique à la responsabilité et à la transparence de la justice devraient inciter le Conseil constitutionnel à évoluer, dans l'intérêt même de l'institution, vers une motivation plus complète de ses décisions.

B. Un moyen de conforter la place institutionnelle renouvelée du Conseil constitutionnel

Toute technique juridique tend à évoluer en fonction de son environnement. Le Conseil constitutionnel du *xx^e* siècle n'ayant plus grand-chose à voir avec celui des débuts de la V^e République, les conditions objectives qui pouvaient jadis justifier une motivation laconique de ses décisions semblent avoir disparu.

Depuis l'inclusion du contenu du préambule de la Constitution et de la Déclaration des droits aux normes de référence de son contrôle en 1971, le juge constitutionnel fait usage de son pouvoir d'interprétation de la Constitution pour déclarer voire découvrir des droits fondamentaux. De ce phénomène de constitutionnalisation

56. Ass. plén., 10 oct. 2011, n° 01-84.922.

57. Cons. n° 16.

58. D. Baranger, *art. cit.*, p. 30.

59. *Ibid.*, p. 45.

60. Th. Delanlssays, *La motivation des décisions juridictionnelles du Conseil d'État*, *op. cit.*, p. 74.

des droits⁶¹, a découlé non seulement un développement du contrôle de constitutionnalité, mais aussi un élargissement de la marge d'interprétation du juge, via la nécessité de concilier des normes de même valeur. Devenu un acteur important d'une société démocratique, le Conseil constitutionnel doit aujourd'hui légitimer son action face à un ensemble de destinataires plus large et mieux informé qui va des parties au litige à l'opinion publique, en passant par la communauté des juristes et les autres juridictions. Or, comme le souligne Chaïm Perelman « l'idée même de motivation, de justification change de sens en changeant d'auditoire »⁶². La taille des décisions a d'ailleurs progressivement augmenté avec la croissance de leur audience. L'évolution, notable dès les années 1980 dans le cadre du contrôle *a priori* semble se poursuivre aujourd'hui, en raison notamment des efforts pédagogiques nécessaires au fonctionnement de la QPC.

Avec la QPC en effet, le débat constitutionnel peut potentiellement surgir à l'occasion de tout procès ou litige. Il en résulte une reconfiguration profonde du paysage institutionnel qui accentue l'interdépendance entre juridictions. D'un côté, les juridictions ordinaires exercent, lors de la mise en œuvre du filtre, un pré-contrôle de constitutionnalité. De l'autre, le Conseil constitutionnel a pris acte de la portée normative de la jurisprudence des juridictions ordinaires en reconnaissant que « tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à la disposition législative contestée »⁶³. Dès lors, les risques de conflits d'interprétation s'accroissent et avec eux la nécessité de soigner la motivation des décisions. Les juridictions ordinaires doivent être en mesure de se saisir pleinement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel afin de jouer le rôle d'un juste filtre, tandis que le

Conseil doit se ménager les bonnes grâces des juridictions ordinaires en prenant garde à ne pas substituer sa propre interprétation de la disposition législative contestée à celle de la juridiction qui l'a saisi⁶⁴. Il y en va bien entendu de l'intérêt même du Conseil constitutionnel dès lors que son intervention, dans le cadre de l'article 61-1, reste subordonnée à sa saisine par les juridictions ordinaires. La QPC invite donc les juges à un dialogue réciproque à travers une motivation plus développée de leurs décisions⁶⁵, vecteur de leur pleine réception.

L'unité de l'ordre juridique interne, qui suppose une harmonisation des positions des juridictions suprêmes et du Conseil constitutionnel, les impératifs de sécurité juridique et au-delà, l'intérêt des justiciables, plaident donc pour une motivation pleine et entière des décisions du Conseil, propre à en assurer une application harmonieuse. Celle-ci est encore très largement à venir. Il y va pourtant de l'intérêt même du Conseil constitutionnel, qui ne trouve de légitimité que dans sa capacité à faire respecter la volonté du pouvoir constituant. Or une motivation sommaire ne permet de convaincre ni du bien-fondé du contrôle juridictionnel, ni de l'éventuelle conformité de la loi à la Constitution. À l'inverse, une motivation plus explicite accroîtrait le sentiment de responsabilité des juges et permettrait un contrôle informé de la manière dont s'exerce la justice constitutionnelle. En offrant aux justiciables les moyens de saisir les raisons d'une décision, l'amélioration de la motivation pourrait affermir la confiance qu'éprouvent les citoyens pour la justice. La légitimité d'une juridiction, lorsqu'elle n'est pas acquise par le processus de désignation de ses membres, ne peut en effet que se construire progressivement, par les vertus de l'explication et non par le miracle d'un discours péremptoire.

61. Pour des remarques critiques sur le développement des droits fondamentaux, v. G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, 2006, 2^e éd., p. 77 et s.

62. C. Perelman, « La motivation des décisions de justice : essai de synthèse », in C. Perelman et P. Floriers (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruylant, 1978, p. 421 (cité par F. Malhière, *op. cit.*, p. 9).

63. V., à titre d'illustration, Cons. const., 13 avr. 2018, n° 2018-699 QPC, point 4.

64. Sur ce point, potentiellement compliqué par l'intervention de réserves d'interprétation susceptibles de neutraliser l'interprétation constante, par les juridictions ordinaires, de la disposition législative contestées, v. F. Malhière, *op. cit.*, p. 399.

65. V. en ce sens, *ibid.*, p. 274.

Dossier

La motivation

La motivation des actes administratifs

Anissa Hachemi

Professeur à l'Université de La Réunion¹

La question de la motivation des actes administratifs est volontiers abordée sous l'angle de la démocratie administrative. Exiger cette motivation, c'est alors refuser le caprice, le bon plaisir, l'arbitraire administratif.

L'administration motive ses actes lorsqu'elle en exprime formellement les motifs de droit et de fait. Une telle motivation suppose donc une action administrative rationnelle, tant du point de vue de l'auteur de l'acte que de ses destinataires. En exposant ce qui a présidé à son action, l'administration s'expose en effet à la discussion. On comprend alors que la terre d'élection de la motivation soit davantage celle de l'acte administratif unilatéral que du contrat administratif². L'acte unilatéral étant pris sans le consentement de ses destinataires, sa motivation permet d'introduire un succédané de dialogue là où le droit n'en impose habituellement pas. On perçoit ainsi ce qu'elle peut avoir d'utile à « l'amélioration des relations entre l'administration et le public »,

selon l'intitulé significatif de la loi du 11 juillet 1979 justement relative à la motivation des actes administratifs³.

Codifié à droit constant aux articles L. 211-1 et suivants du CRPA⁴, ce texte fondateur – peu modifié depuis 1979⁵ – n'instaure cependant pas d'obligation générale de motivation. Il ne concerne ainsi que les actes unilatéraux. Parmi eux, seuls certains actes limitativement énumérés doivent être motivés⁶, schématiquement les décisions individuelles défavorables. Aux côtés du CRPA existent par ailleurs, et parfois de longue date, des législations particulières prévoyant que tel ou tel acte doit être motivé. Reste que l'administration, si elle est toujours tenue d'agir selon des motifs de droit et de fait, n'est pas toujours tenue de les exprimer. La motivation relève ainsi de l'*instrumentum* de l'acte que le droit administratif, peu formaliste, ne modèle pas volontiers⁷. Les motifs tiennent, en revanche, au *negotium* d'un acte qui ne peut exister sans eux.

-
1. J'adresse mes plus vifs remerciements à Jean-Antonin Cahéric, Jérémy Martinez et Florian Mugnier pour leur aide bibliographique précieuse, ainsi qu'à Jean-Charles Rotoullé pour sa relecture attentive.
 2. Sur ce point, voir B. Seiller, « Rapport de synthèse », in *La motivation en droit public*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2013, pp. 294-295.
 3. Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public.
 4. Sur ce point, voir notamment G. Éveillard, « L'adoption des actes administratifs unilatéraux – Forme, délais, signature », *RFDA*, 2016, p. 40 et s.
 5. La loi n° 86-76 du 17 janvier 1986 portant diverses dispositions d'ordre social et la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit ont complété le texte initial.
 6. *Cf. infra*.
 7. Sur la question du formalisme, voir par exemple G. Ardant, « La double origine du formalisme », *La Revue administrative*, 1952, pp. 499-502; J.-F. Lachaume, « Le formalisme », *AJDA*, 1995, p. 133 et s.

Cette nécessaire distinction entre motivation et motifs se retrouve sur le terrain contentieux dont chacun sait que l'exploration n'est jamais à négliger en droit administratif. La motivation, lorsqu'elle est prévue, est ainsi examinée au titre de la légalité externe. Dans ces conditions, le défaut de motivation constitue un vice de forme entachant l'acte d'illégalité. Quant aux motifs, toujours requis, ils sont vérifiés au titre de la légalité interne. Ils se rangent alors sous la bannière de l'erreur de droit ou de fait⁸. Or ce contrôle des motifs a souvent été opposé à qui déplorait le caractère facultatif de la motivation des actes administratifs⁹. Les mots de Letourneur, dans ses conclusions rendues en 1954 sur l'arrêt *Barel*, sont alors cités : « la règle suivant laquelle les actes administratifs n'ont pas à être motivés a pour conséquence à leur égard de supprimer le vice de forme; elle n'a ni pour but ni pour effet de soustraire l'administration à l'obligation de faire connaître les motifs des actes attaqués devant lui »¹⁰. Fort de ces pouvoirs inquisitoriaux, le juge est donc en mesure d'exiger leur communication et d'en apprécier la légalité, l'existence d'une obligation de motivation étant alors indifférente. Le contrôle au fond des motifs ne vaut-il pas mieux, d'ailleurs, qu'une simple exigence formelle de motivation qui peut toujours être travestie ? Y a-t-il, enfin, meilleur champion de l'administré que le juge, faisant ici la démonstration éclatante de son libéralisme protecteur ? La question de la motivation des actes administratifs illustre ainsi de belle manière la tendance ancienne du droit administratif à préférer reconnaître des garanties contentieuses plutôt que des droits publics subjectifs.

Mais l'audace certaine du juge en matière de contrôle des motifs ne fait que rehausser, par contraste, la retenue du Conseil d'État en matière de motivation. Il s'est en effet toujours tenu à la règle « pas de motivation sans texte ». En principe, donc, un acte administratif n'est pas motivé, sauf si un texte le prévoit. L'arrêt du Conseil d'État de 1880 *Harouel et Morin*¹¹ est classiquement présenté comme l'acte de naissance de cette jurisprudence constante. Une telle constance – à quelques rares mais significatives incartades près¹² – est d'autant plus remarquable que le Conseil d'État a toujours refusé de dégager en la matière un principe général du droit¹³, malgré une technique éprouvée. Cette autolimitation a, de fait, été remarquée, l'existence de législations particulières en la matière permettant sans peine d'imaginer que le Conseil d'État y découvre un principe général sous-jacent. La doctrine en avait donc appelé au législateur, la codification de la procédure administrative non contentieuse apparaissant à cette occasion comme l'eldorado à rejoindre¹⁴. Désormais codifiée sans qu'il soit certain que la nouvelle frontière ait été franchie, la loi de 1979, en ne prévoyant qu'une obligation de motivation restreinte à certains actes, n'a pas remis en cause le principe et l'exception depuis longtemps consacrés.

On conçoit bien alors qu'en refusant d'inverser la donne, cette loi ait suscité au moment de son adoption un enthousiasme mesuré. Un tel résultat pouvait en effet paraître décevant au regard de la volonté politique affichée d'une part, et du consensus doctrinal existant sur la question d'autre part. Président de la République et gouvernement s'étaient en effet prononcés en faveur de la motivation¹⁵. Le Médiateur de la

8. Sur cette question, voir P. Gonod, « Le contentieux de la motivation des actes administratifs unilatéraux », in *La motivation en droit public*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2013, pp. 91-102.

9. Pour un état critique des principales objections à la motivation avant l'adoption de la loi de 1979 : S. Sur, « Sur l'obligation de motiver formellement les actes administratifs », *AJDA*, 1974, spéc. p. 353 et s.

10. CE, 28 mai 1954, *Barel et autres*, *Rec.*, p. 308, concl. Letourneur.

11. CE, 30 avr. 1880, *Harouel et Morin (Société Aubin et C^{ie}) contre le ministre de la guerre*, *Rec.*, p. 419.

12. Cf. *infra*.

13. Par exemple : CE, 26 janv. 1973, *Lang*, *Rec.*, p. 72.

14. Par exemple S. Sur, *loc. cit.*, p. 358 et s.

15. Cf. V. Giscard d'Estaing, *Démocratie française*, Fayard, 1976, spéc. le chapitre « Une démocratie forte et paisible ». Un extrait caractéristique est cité par G. Péquignot, « La loi française du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs », *Les cahiers du droit*, 1980, p. 971. Pour le Premier ministre Raymond Barre, il s'agit du discours de Blois du 7 janvier 1978 sur les réformes administratives. Voir également le communiqué du Conseil des ministres du 25 novembre 1978 adoptant le projet de loi, cité par Sénat, *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de Législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à l'obligation de faire connaître les motifs des actes administratifs*, 1979, p. 13.

République avait également plaidé en ce sens dans ses rapports publics de 1976 et 1978¹⁶. La création même de cette institution témoignait d'un mouvement législatif tendant à renouveler la relation entre administration et administrés, qu'il s'agisse de la loi relative à l'informatique et aux libertés ou à la communication des documents administratifs¹⁷. C'est d'ailleurs à l'occasion de la discussion de cette loi aux préoccupations voisines qu'un amendement parlementaire introduisant l'obligation de motivation des actes administratifs fut présenté, puis retiré, en échange de l'engagement solennel du gouvernement de déposer un projet de loi sur le sujet. Le gouvernement tint parole, après avoir demandé au Conseil d'État de « rechercher dans quels cas l'administration devrait être tenue de motiver ses décisions, et les modalités selon lesquelles il serait satisfait à cette obligation »¹⁸. L'absence de publication de ce rapport, moquée par le rapporteur de l'Assemblée nationale¹⁹, apparaît rétrospectivement de mauvais augure.

La doctrine universitaire, quant à elle, s'était depuis plusieurs années emparée de la question pour développer un thème encore relativement

neuf, celui de la démocratie administrative. Rivero²⁰ surtout, mais aussi Vedel²¹, Morange²², Sur²³... ; tous ces auteurs par ailleurs dissemblables s'accordent au moins sur un point. L'administration, en ne motivant pas ses actes, traiterait l'administré comme un simple sujet. Elle perpétuerait ainsi une tradition séculaire de secret, de mystères qui, s'ils seyaient bien à l'Ancien Régime, n'auraient plus leur place dans une démocratie parlementaire. Le débat doctrinal sur la motivation des actes administratifs peut ainsi se lire comme un plaidoyer pour le subjectivisme, entendu comme la reconnaissance face à l'administration – et non plus en dessous – d'un individu doué de raison et de droits. Et le Sujet de remplacer le sujet.

L'influence de cette doctrine est perceptible dans les débats parlementaires ayant conduit à l'adoption de la loi de 1979. Outre que Rivero y est notamment cité²⁴, des parlementaires s'indignent bruyamment de la manière dont l'administration s'adresse aux administrés, quand elle daigne s'adresser à eux. On lui reproche ainsi de les traiter en éternels mineurs²⁵. Mais alors que la loi discutée doit les faire enfin accéder à la majo-

16. Consultables en ligne sur le site du Défenseur des droits.

17. Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ; loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal. Pour une étude exhaustive de ces réformes : B. Delaunay, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés : contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1993.

18. Extrait de la lettre de mission du Premier ministre du 21 mars 1978. Cité par Assemblée Nationale, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 766) relatif à l'obligation de faire connaître les motifs des actes administratifs*, 1979, p. 3.

19. *Ibid.*, p. 4.

20. J. Rivero, « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », in *Mélanges Jean Dabin*, Bruylant, 1963, pp. 813-836 ; « À propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui : démocratie et administration », in *Mélanges en l'honneur du professeur Savatier*, Dalloz, Paris, 1965, pp. 821-833.

21. G. Vedel, « Psychopathologie de la vie administrative », *Le Monde*, le 17 janvier 1972.

22. G. Morange, « Le secret en droit public », *D.*, 1978, pp. 1-6.

23. S. Sur, *loc. cit.*, pp. 349-367.

24. En exergue du rapport du Sénat est cité cet extrait de l'article de Rivero aux *Mélanges Savatier* : « L'essence de l'aspiration démocratique est l'adéquation maximum des gouvernants et des gouvernés... Une démarche en vue de sa réalisation concrète est celle de l'explication. À ce stade, l'autorité, certes, décide seule et sans partage, mais, consciente de s'adresser à des personnes, c'est-à-dire à des êtres doués de raison et de liberté, elle juge nécessaire de rechercher l'obéissance, non dans le seul respect de son pouvoir étayé par la crainte de la sanction, mais dans l'adhésion des intelligences ; c'est pourquoi elle ne dédaigne pas d'explicitier le processus qu'elle a suivi, les données du problème, les motifs qui ont fait préférer la solution retenue à celles qu'elle a écartées. Une telle attitude marque déjà, dans la voie de la démocratie, un pas essentiel : elle implique qu'aux yeux de l'administrateur, l'administré cesse d'être une chose à laquelle on impose sa volonté pour devenir une personne. » ; cf. Sénat, *Rapport fait au nom de la commission des Lois...*, p. 5, en italique dans le texte. Un autre passage de cet article est cité par l'Assemblée nationale dans son *Rapport fait au nom de la commission des lois...*, p. 21.

25. Le Président de la commission des affaires sociales du Sénat déclare, par exemple, qu'il y a « nécessité impérieuse de contraindre les organismes sociaux à traiter leurs assurés comme des personnes adultes responsables » ; Sénat, « Séance du 5 juin 1979 », *JO*, p. 1708.

rité²⁶, se dresse sans cesse face à eux la figure d'une administration frileuse, percluse d'habitudes et de craintes, vénérable ancêtre qu'il ne faut pas braquer. Alors que certains parlementaires tentent d'élargir les cas de motivation et de davantage circonscrire les échappatoires de l'administration²⁷ – secret, urgence, décisions implicites²⁸ –, le gouvernement invite la représentation nationale à se contenter, selon ses propres termes, de cette « petite révolution »²⁹. Sur l'air connu de qui trop embrasse mal étreint, le Parlement s'accorde finalement de cette politique des petits pas³⁰.

En doctrine, les promoteurs de la motivation des actes administratifs saluent de plus ou moins bon gré le progrès que constitue cette loi, tout en espérant pour nombre d'entre eux un élargissement progressif de son champ³¹. Le bilan dressé par le Conseil d'État au terme de quelques cinq années d'application³², alors même qu'il est assez positif, ne porte guère à y croire. En premier lieu, le Conseil constate avec satisfaction que le développement de la motivation des actes administratifs n'a pas entraîné d'explosion des recours. Il n'est pas anodin que cette question soit la première abordée, tant l'épouvantail contentieux avait été agité devant qui voulait trop étendre l'obligation de motivation. Cet argument reposait d'ailleurs sur une hiérarchie de valeur récurrente entre légalités externe et interne que les développements contemporains du droit administratif n'ont pas démentie. Il

consistait à pointer le risque d'annulations fondées sur un vice de forme alors même que l'administration serait conduite à reprendre la même décision, par ailleurs légale au fond. S'il n'en a rien été, le Conseil constate, en second lieu, que la jurisprudence a permis de préciser sans grandes difficultés le champ d'application de la loi. Il en conclut que « la clarté des dispositions légales, l'apport de la jurisprudence administrative et les précisions fournies par les administrations à leurs services ont concouru à assurer, quand elle est requise, une motivation de qualité suffisante. Aussi l'idée d'une refonte d'ensemble de la loi a-t-elle été exclue. Elle serait d'ailleurs dangereuse, s'agissant d'un texte qui ne peut être assimilé par l'Administration, et donc, pleinement appliqué, qu'après une pratique assez longue »³³. Le Conseil se borne donc à proposer quelques légères modifications d'ailleurs déjà adoptées en partie par la loi du 17 janvier 1986³⁴.

Mais après quarante ans de pratique, une telle refonte paraît aujourd'hui peu probable, la loi de 1979 ayant été codifiée à droit constant par l'ordonnance du 23 octobre 2015³⁵. Si le législateur entendait modifier l'état du droit, il a ainsi manqué une occasion longtemps attendue et dont il n'est pas certain qu'elle se retrouve avant longtemps. Il faut donc souligner, si ce n'est déplorer, l'extrême stabilité du droit de la motivation des actes administratifs.

Le débat doctrinal n'en a pas moins été relancé sous l'influence de facteurs constitutionnel et

26. Le rapporteur à l'Assemblée nationale estime, par exemple, que l'administration « doit être capable d'expliquer au citoyen, que l'on considère comme majeur pourquoi elle a pris cette décision » ; Assemblée nationale, « 2^e séance du mercredi 25 avril 1979 », JO, p. 3059, nous soulignons.

27. Pour paraphraser le Sénat qui, dans son rapport sur le projet de loi, entend « limiter les possibilités d'échappatoires offertes à l'administration », Sénat, *Rapport fait au nom de la commission des Lois...*, p. 19.

28. Aujourd'hui aux articles L 211-6 et L 232-4 du CRPA. Chacun de ces cas a suscité un important débat parlementaire, le projet initial du gouvernement ayant paru offrir à l'administration de trop commodes expédients. Pour un aperçu des arguments en présence, voir notamment le rapport précité du Sénat, p. 19 et s.

29. L'expression est du Garde des Sceaux Alain Peyrefitte qui l'emploie à plusieurs reprises devant l'Assemblée nationale. Il exprime ainsi le grand changement qu'introduira la motivation dans les pratiques administratives et par conséquent, la mesure qu'il convient de garder dans l'introduction de ce changement. L'expression sera détournée par certains parlementaires qui parleront soit avec indulgence de « révolutionnette », soit avec agressivité de « réformette bidon » ; Assemblée nationale, « 2^e séance du mercredi 25 avril 1979 », JO, p. 3051 et s.

30. Voir, par exemple, l'intervention caractéristique du député Jean-Marie Daillet au nom du groupe UDF lors de la première lecture de la loi à l'Assemblée nationale ; *ibid.*, p. 3064.

31. Par exemple, S. Sur, « Motivation ou non motivation des actes administratifs », *AJDA*, 1979, pp. 3-6.

32. « Étude sur la motivation des actes administratifs », *EDCE*, 1986, pp. 13-27.

33. *Ibid.*, p. 24, nous soulignons.

34. Loi n° 86-76 du 17 janvier 1986 portant diverses dispositions d'ordre social, art. 26 à 29. Pour le détail de ces modifications : *ibid.*, p. 14.

35. Ord. n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration.

conventionnel. Du point de vue constitutionnel, d'abord, le Conseil constitutionnel a refusé de reconnaître une obligation constitutionnelle de motivation des actes administratifs en dehors du cas des sanctions administratives³⁶. Mais la multiplication des hypothèses où la motivation est imposée par un texte rendrait quantitativement le principe de plus en plus exceptionnel. La clarté, l'intelligibilité ou la simplification du droit commanderaient donc d'inverser enfin la règle et l'exception³⁷. On s'est interrogé, par ailleurs, sur l'incidence de l'article 7 de la Charte de l'environnement prévoyant que « toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques ». Cette disposition n'impliquerait-elle pas d'étendre l'obligation de motivation³⁸ ?

Du point de vue conventionnel, ensuite, le droit originaire prévoyait de longue date une large obligation de motivation des actes juridiques de l'Union européenne, qu'il s'agisse des « propositions, initiatives, recommandations, demandes ou avis prévus par les traités »³⁹. Mais aux côtés de cet article 296 TFUE, c'est surtout la Charte des droits fondamentaux de l'Union qui retient désormais l'attention⁴⁰. Dans un chapitre V consacré à la « Citoyenneté », l'article 41 prévoit un « droit à une bonne administration », impliquant notamment « l'obligation pour l'administration de motiver ses décisions ». Dès lors, l'étude de l'influence du droit de l'Union sur le droit français a permis de remettre l'ouvrage sur le métier et à la doctrine de promouvoir une nouvelle fois la généralisation de cette obligation⁴¹.

Qu'il s'agisse de l'argument constitutionnel ou conventionnel, le fond de l'argumentaire – même renouvelé – demeure celui de la démocratie administrative. Mais cette approche n'est pas dénuée d'ambiguïtés, de biais et de malentendus. D'ambiguïtés d'abord, parce que le périmètre de ladite démocratie est difficile à tracer, comme en témoignent les variations terminologiques en la matière. Démocratie administrative, transparence administrative⁴², citoyenneté administrative⁴³, ou encore amélioration des rapports entre l'administration et les administrés⁴⁴ sont autant de titres sous lesquels se lisent des développements relatifs à la motivation, sans que leur unité conceptuelle soit tout à fait certaine. En outre, la dernière thèse importante consacrée à la démocratie administrative et au pouvoir de décision unilatérale de l'administration ne traite qu'incidemment de la motivation des actes car elle prend le parti – étayé – que démocratie signifie participation⁴⁵. On ne peut donc s'entendre qu'à *minima* sur le fait que la motivation des actes prétend renouveler une relation administrative dont l'individu deviendrait le pivot. Mais cette approche individualiste – on serait tenté de dire, plus communément, subjectiviste – n'est pas dénuée de biais car elle ne rend compte que d'une partie du droit positif. Certes, la loi de 1979 prévoit la motivation des décisions individuelles, en particulier lorsqu'elles sont défavorables. Mais le droit de la motivation des actes administratifs ne se réduit pas à la loi de 1979. Il comprend également des législations particulières et des exceptions jurisprudentielles que ce texte n'a pas remises en cause. Or ces hypothèses peinent à

36. Cons. const., 27 nov. 2001, n° 2001-451 DC ; Cons. const., 1^{er} juill. 2004, n° 2004-497 DC.

37. Par ex., O. Gabarda, « Vers la généralisation de la motivation obligatoire des actes administratifs », *RFDA*, 2012, p. 61 et s.

38. Par ex., H. de Gaudemar, « L'obligation de motivation des actes administratifs unilatéraux en droit français », in *La motivation en droit public*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2013, pp. 81-82.

39. Art. 296 TFUE (anciennement 253 TCE).

40. S'agissant par ailleurs de la CEDH, voir P. Wachsmann, « Les normes régissant le comportement de l'administration selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2010, p. 2138 et s.

41. Par ex., J.-L. Autin, « La motivation des actes administratifs unilatéraux, entre tradition nationale et évolution des droits européens », *Revue française d'administration publique*, 2011, pp. 85-99 ; P. Idoux, « La motivation des actes administratifs », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2012, p. 94 et s. ; I. Papadamaki, « L'obligation de motivation en droit administratif français sous l'influence du droit de l'Union européenne », *RDP*, 2017, p. 1245 et s.

42. Par ex., B. Lasserre, N. Lenoir, B. Stirn, *La transparence administrative*, PUF, coll. « Politique d'aujourd'hui », 1987, spéc. pp. 118-128.

43. Par ex., G. Éveillard, « La citoyenneté administrative, vecteur de nouveaux droits publics subjectifs des administrés ? », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, LexisNexis Litec, coll. « Colloques et débats », 2011, pp. 97-113.

44. B. Delaunay, *op. cit.* Dans le même ordre d'idées, la loi de 1979 constitue désormais un chapitre du Code des *relations entre le public et l'administration*.

45. C. Testard, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2018, par ex. n° 42.

s'expliquer par l'approche subjectiviste, témoignant ainsi des malentendus que cette dernière recèle. La lecture croisée des doctrines favorable et rétive à la motivation – pour cette dernière essentiellement organique – est à cet égard édifiante, tant les fonctions assignées à la motivation des actes administratifs paraissent éloignées. Alors que la première se soucie en premier lieu de l'individu et de ses droits, la seconde se préoccupe davantage de l'efficacité des institutions, conditions premières d'un sort favorable à l'administré. Pour le dire autrement, la motivation des actes administratifs semble ainsi illustrer une tension récurrente du droit administratif : celle entre subjectivisme et objectivisme.

En effet, cette motivation a d'abord eu une destination essentiellement institutionnelle (I) dont la résistance expliquerait qu'elle n'est aujourd'hui encore que partiellement individuelle (II).

I. Une destination essentiellement institutionnelle

Cette destination est ambivalente car il s'agit tant du destinataire que du but poursuivi par la motivation des actes administratifs. Son histoire révèle que cette destination a d'abord été essentiellement institutionnelle. Adressée davantage à l'administration et au juge qu'à l'administré, la motivation a ainsi poursuivi le bon ordre administratif (A) et juridictionnel (B), sans que ces fins aient disparu du droit positif.

A. Une motivation destinée au bon ordre administratif

Plusieurs hypothèses de motivation obligatoire des actes administratifs constituent un garde-fou (1) autant qu'un substitut du pouvoir hiérarchique (2), visant la bonne tenue de l'administra-

tion ou, selon les mots de Maurice Hauriou, « la légalité et la moralité administrative »⁴⁶.

1. Un garde-fou du pouvoir hiérarchique

Le législateur a parfois imposé une obligation de motivation des actes administratifs afin de se prémunir des excès du pouvoir hiérarchique qu'on voudra bien entendre largement⁴⁷. Ces rapports hiérarchiques internes à l'administration ont traditionnellement été le lieu du pouvoir discrétionnaire⁴⁸ ou plutôt des actes discrétionnaires pour reprendre une expression du XIX^e siècle⁴⁹. L'autorité administrative supérieure jouit alors d'une très grande liberté de choix qui la rend peu encline à motiver ses actes. Le contrôle du juge étant par ailleurs fort limité – pour ne pas dire inexistant –, cette situation n'est pas sans danger pour les subordonnés. Le régime disciplinaire des agents publics, comme celui de la suspension et de la révocation des maires, au cours du XIX^e siècle l'illustrent particulièrement⁵⁰. Le législateur – dans un pas de deux avec le juge administratif bientôt envisagé – décide donc de contraindre le titulaire du pouvoir hiérarchique à motiver ses actes afin d'empêcher son pouvoir discrétionnaire de virer à l'arbitraire. Deux exemples anciens, mais toujours de droit positif, permettent de s'en convaincre.

Il est d'abord vraisemblable que l'obligation faite au Président de la République de motiver les décrets de dissolution des conseils municipaux puisse s'expliquer ainsi. Celle-ci résulte de l'importante loi du 5 avril 1884 qui confirme la personnalité morale des communes, prévoit l'élection des conseils municipaux au suffrage universel direct et des maires en leur sein⁵¹. L'article 43 de ce texte dispose que la dissolution de ces conseils exige un décret motivé du Président de la République en conseil des ministres et publié au Jour-

46. M. Hauriou, note sous CE, 31 janv. 1902, *Grazietti*, in *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits publiées au Recueil Sirey de 1892 à 1928*, La mémoire du droit, 2000, t. 2, p. 185. Sur cet arrêt, cf. *infra*.

47. Compte tenu de l'importance de la période couverte, on voudra bien faire abstraction du critère organique de distinction entre pouvoir hiérarchique et tutelle, pour ne retenir que la similitude matérielle de ces deux pouvoirs. Sur cette distinction, voir C. Chauvet, *Le pouvoir hiérarchique*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2013, pp. 95-100.

48. Sur ce point, voir B. Pacteau, *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, Travaux et recherches de la Faculté de droit et de science politique de Clermont, 1997, p. 29 et s.

49. Pour une présentation synthétique de cette notion, voir F. Burdeau, *Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)*, PUF, coll. « Thémis Droit public », 1995, spéc. p. 154 et s.

50. Pour un aperçu de la jurisprudence sur la révocation et suspension des maires au XIX^e siècle : *ibid.*, p. 30, note de bas de page 64 ; pour la jurisprudence disciplinaire des agents publics : *idem*, note de bas de page 65.

51. Pour une présentation synthétique de cette loi, voir J.-P. Machelon, « Pouvoir municipal et pouvoir central sous la Troisième République : regard sur la loi du 5 avril 1884 », *La Revue administrative*, 1996, pp. 150-156.

nal officiel⁵². Le progrès est sensible car, sous le régime précédent, l'Empereur pouvait dissoudre les conseils municipaux seul et sans aucune motivation⁵³. Reste que la loi de 1884 maintient une forte tutelle de l'État sur les communes. La dissolution de leurs conseils pourtant élus l'illustre d'autant mieux que le législateur n'a pas voulu prévoir les motifs justifiant une telle décision. Mais en exigeant la motivation obligatoire de ce décret ainsi que sa publication, il tente de prévenir les excès d'un pouvoir demeuré inconditionné au fond.

À l'orée du xx^e siècle, ensuite, les débuts troublés de la III^e République – et notamment la lutte entre cléricaux et républicains – exacerbent la politisation de l'administration. L'autorité hiérarchique use alors volontiers de ses pouvoirs pour mettre au pas ceux dont l'orthodoxie politique est douteuse⁵⁴. Si le combisme en offre un exemple, Jèze estime encore en 1911 que les préfets « n'éprouvent aucun scrupule à annuler des décisions légales des municipalités qui ne suivent pas la politique du gouvernement au pouvoir ; [et] n'hésitent pas à laisser passer les décisions illégales des administrations locales amies du gouvernement »⁵⁵.

La loi du 11 juillet 1908 relative à la suspension et à la révocation des maires et de leurs adjoints⁵⁶ est une réaction à cette politisation de l'administration. Alors que la suspension relève de la compétence du préfet, la révocation appartient au Président de la République. Les maires sont alors placés dans une situation de subordination qui n'est pas sans danger. Ils risquent

ainsi, selon l'exposé des motifs de la loi, d'« être frappés dans l'ombre, sans aucun recours possible, [et sans] connaître la cause de leur disgrâce ». Or « la hiérarchie et la discipline doivent être ménagées, mais aussi le respect du suffrage universel et de ses élus »⁵⁷. Dès lors, la loi prévoit que « les arrêtés de suspension et les décrets de révocation doivent être motivés »⁵⁸. Si cette obligation de motivation est délibérément adoptée par le Parlement afin d'offrir une garantie aux édiles concernés, le maire et ses adjoints ne sont pas protégés en tant qu'administrés mais comme un rouage de l'administration. Comme pour la dissolution des conseils municipaux, la motivation des actes administratifs n'est pas un droit public subjectif mais une mesure de bon ordre administratif. Garde-fou du pouvoir hiérarchique, elle en est parfois également le substitut.

2. Un substitut au pouvoir hiérarchique

La motivation des actes administratifs peut ainsi pallier l'absence de rapports hiérarchiques.

Précisons d'emblée que la décentralisation, à laquelle on aurait pu songer, n'est pas en cause ici. Pourtant, les rapports entre État et collectivités ou établissements publics ont suscité de nombreuses législations exigeant la motivation. Mais cette dernière protège alors l'autonomie de la personne décentralisée et joue donc, *mutatis mutandis*, le rôle de garde-fou que l'on vient d'évoquer⁵⁹. Employer la motivation comme substitut du pouvoir hiérarchique vise, au contraire, à encadrer l'autonomie de l'auteur de l'acte. Une telle stratégie, liée à la transformation des structures administratives, est d'autant plus

52. Cette même disposition prévoit la suspension du conseil municipal par arrêté également motivé du préfet. L'exigence de motivation des dissolutions ou suspensions des conseils municipaux est aujourd'hui prévue à l'article L. 2121-6 du Code général des collectivités territoriales.

53. Art. 13 de la loi du 5 mai 1855 sur l'organisation municipale.

54. Sur ce point, voir F. Burdeau, *op. cit.*, p. 257 et s. ; A.-L. Girard, *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque des thèses », 2013, p. 54 et s.

55. Cité par F. Burdeau, *op. cit.*, p. 258. Voir également J.-P. Machelon, « Au service du pouvoir politique : remarques sur les préfets de la III^e République (1870-1914) », *La Revue administrative*, 2003, p. 305.

56. Loi modifiant les articles 81 et 86 de la loi municipale du 5 avril 1884, par l'organisation de la procédure de démission et de révocation des maires et de leurs adjoints, *JO*, 11 juillet 1908.

57. Ainsi « il ne s'agit pas de soustraire les maires à leurs devoirs envers l'État, mais il faut au moins que lorsqu'ils se renferment dans leurs attributions, et qu'ils ne font que résister à des empiètements arbitraires de l'Administration, ils soient sûrs, si leur résistance est légale, de ne pas être frappés dans l'ombre, sans aucun recours possible, ni même de connaître la cause de leur disgrâce... la hiérarchie et la discipline doivent être ménagées, mais aussi le respect du suffrage universel et de ses élus » ; cité par B. Pacteau, *op. cit.*, p. 49. Apparaît ici nettement l'idée que la subordination hiérarchique doit être maintenue mais contenue.

58. Cette exigence de motivation se retrouve aujourd'hui à l'article L. 2122-16 du Code général des collectivités territoriales.

59. Pour quelques exemples récents, voir O. Gabarda, *loc. cit.* Dans le même sens, mais plus ancien, voir également S. Sur, « Sur l'obligation de motiver formellement les actes administratifs », *op. cit.*, p. 360 ; R. Hostiou, *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1975, p. 176 et s.

remarquable qu'elle est essentiellement jurisprudentielle.

On sait pourtant combien le juge est réticent à dégager une obligation de motivation. Il l'a pourtant fait dans un arrêt *Agence maritime Marseille Fret* rendu en 1970⁶⁰ et que la loi de 1979 n'a pas remis en cause. En l'espèce, le législateur était intervenu pour organiser la marine marchande. Un Conseil supérieur élaborait ainsi un plan général d'exploitation des lignes maritimes, à charge pour les armateurs de conclure dans ce cadre des accords de trafic. À défaut, un décret pris en Conseil des ministres assurait la coordination nécessaire. L'indépendance de l'Algérie ayant entraîné d'importantes difficultés, un tel décret avait été pris. Il créait un groupement des armements français desservant les lignes reliant la France à ses anciens départements. Ce groupement devant statuer à l'unanimité, une Commission permanente agissant pour son compte devait intervenir si un accord ne pouvait être trouvé. Une décision de cette commission est attaquée par l'Agence maritime Marseille Fret et deux autres armateurs. Les requérants soulèvent, entre autres moyens, un défaut de motivation.

Rompant avec sa jurisprudence constante, le Conseil d'État considère « qu'eu égard à la nature, à la composition et aux attributions de cet organisme professionnel auquel les pouvoirs publics ont accordé le pouvoir d'arrêter les droits de chaque armement dans l'exploitation du trafic général sur la relation France Sud-Algérie, les décisions prises par ladite commission permanente doivent être motivées ». Il suit ainsi son commissaire du gouvernement Michel Gentot.

Afin de vérifier la compétence de la juridiction administrative, ce dernier commence par s'interroger sur la nature de la Commission permanente et de ses décisions. La réponse à cette question était loin d'être évidente, le législateur ne s'étant pas prononcé explicitement et la juridiction judiciaire, d'abord saisie, ayant décliné sa

compétence. Pour reconnaître une décision administrative susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir, Gentot raisonne par analogie. Le caractère privé ou public du groupement et de sa commission souffrant discussion, il est en revanche certain qu'il s'agit là d'un organisme professionnel chargé d'une mission d'intérêt général et doté à cette fin de prérogatives de puissance publique. Le commissaire du gouvernement estime donc que « *mutatis mutandis*, la présente affaire s'inscrit parfaitement dans le cadre de la jurisprudence Monpeurt »⁶¹. L'acte attaqué est donc bien une décision administrative.

Cela étant, Gentot rappelle qu'en principe ces décisions n'ont pas à être motivées. Dans la lignée de la jurisprudence *Barel*, il relève notamment que le juge administratif peut, en tout état de cause, exiger de l'administration qu'elle lui communique ses motifs⁶². Mais si ces pouvoirs inquisitoriaux suffisent bien pour les « décisions prises par une autorité administrative classique »⁶³, il doute de leur efficacité « dans le cas des décisions émanant d'organismes professionnels, – au statut souvent incertain –, investis des prérogatives de puissance publique, et qui plus est d'organismes collégiaux »⁶⁴. Or ces organismes sont nombreux et leur intervention économique importante. Gentot souligne « la gravité des atteintes que [leurs] décisions peuvent porter aux principes généraux de notre droit [...] et [...] l'étendue des pouvoirs qui sont conférés à ces groupements *ne relevant pas de la hiérarchie administrative* »⁶⁵. Or en cas de contrôle juridictionnel, si ces décisions ne sont pas motivées, le juge ne sera pas en mesure d'exercer son contrôle car « *l'administration, le plus souvent dépourvue des ressources du pouvoir hiérarchique, et même de la tutelle* lui répondra – c'est le cas de l'espèce – que ces décisions ont été prises en dehors de sa présence »⁶⁶. Elle ne pourra donc pas obtenir de l'organisme professionnel ses motifs.

60. CE, 27 nov. 1970, *Agence maritime Marseille Fret, Compagnie générale transatlantique et autres*, Rec., p. 704, concl. M. Gentot, RDP, 1971, pp. 987-1006.

61. *Ibid.*, p. 991.

62. *Ibid.*, p. 996.

63. *Ibid.*, p. 997, nous soulignons.

64. *Idem.*

65. *Idem*, nous soulignons.

66. *Idem*, nous soulignons.

Notamment pour cette raison⁶⁷, Gentot conclut à la nécessité de motiver ces décisions.

Cette solution appelle au moins trois remarques. D'abord, la motivation des décisions des ordres professionnels est très souvent, et de longue date, requise par le législateur⁶⁸. Il n'est pas interdit de penser que les mêmes causes produisant parfois les mêmes effets, la loi ait ainsi cherché à encadrer la participation des personnes privées à l'action administrative⁶⁹. La motivation apparaît alors clairement, ensuite, comme un substitut au pouvoir hiérarchique. Les conclusions conformes de Gentot sont à cet égard parfaitement explicites. Mais la motivation de ces actes, enfin, est tournée vers le juge. Elle doit lui permettre d'exercer son contrôle sans le concours du pouvoir hiérarchique. Elle est alors autant destinée au bon ordre administratif que juridictionnel.

B. Une motivation destinée au bon ordre juridictionnel

Adressée au juge, la motivation des actes administratifs lui permet d'abord d'étendre (1) puis d'exercer son contrôle (2), contribuant ainsi au perfectionnement du recours pour excès de pouvoir.

1. L'extension du contrôle juridictionnel

Le législateur, en multipliant les obligations de motivation, encourage le juge à étendre son contrôle encore très limité⁷⁰. Parce qu'elles sont désormais motivées, les décisions de dissolution des conseils municipaux et de révocation des

maires – par exemple – entrent dans la ligne de mire du juge. Il atteint sa cible par deux importants arrêts : *Grazietti*⁷¹ et *Camino*⁷².

Un maire, le sieur Grazietti, avait formé un recours en excès de pouvoir à l'encontre d'un décret du Président de la République prononçant la dissolution du conseil municipal de sa commune. Conformément à la loi, l'acte avait été motivé, le Président ayant fait valoir les conditions irrégulières d'élection de ce conseil. Or il était admis de jurisprudence constante qu'un décret de dissolution était un acte dit discrétionnaire dont les motifs échappaient au contrôle du juge de l'excès de pouvoir. Dans ses observations, le ministre de l'Intérieur n'avait pas manqué de le rappeler.

Une telle frilosité jurisprudentielle tenait notamment au refus d'entendre subjectivement la volonté de l'administration⁷³. Contrôler ses motifs semble alors un empiètement sur l'action administrative. L'administration étant libre de ses choix, admettre un tel contrôle annihilerait sa liberté. Tout l'intérêt de l'arrêt *Grazietti* est justement de contrôler les motifs, inspirant ainsi à Hauriou sa célèbre formule : « il n'y a pas d'actes discrétionnaires ; il y a un certain pouvoir discrétionnaire »⁷⁴. Néanmoins prudent, le juge ne reconnaît à l'administration qu'une « volonté désincarnée »⁷⁵. Se gardant bien d'enquêter sur ses ressorts psychologiques de crainte qu'on lui reproche de se substituer à elle, il se contente de relever les motifs exprimés formellement par l'administration pour en déduire une erreur de droit⁷⁶. C'est donc bien l'obligation légale de

67. Dans ce passage de ses conclusions, Gentot argue également de l'impossibilité pour ces organismes de présenter des observations au juge s'ils n'ont pas la personnalité morale ou si cette personnalité est douteuse. Il ajoute que ces organes étant collégiaux et statuant donc à l'issue d'un vote, seule une motivation contemporaine à la décision permet de cristalliser « le moment fugitif où une majorité se dégage », *ibid.*, p. 998. En d'autres termes, le premier argument relève du bon ordre juridictionnel alors que le second relève davantage du bon ordre administratif.

68. Sur ce point, voir par ex. S. Sur, « Sur l'obligation de motiver formellement les actes administratifs », *op. cit.*, p. 360. Voir également, R. Hostiou, *op. cit.*, pp. 179-180.

69. Relevons cependant que l'obligation de motivation est souvent requise en matière de refus d'inscription au tableau de l'ordre. Toute dimension subjective ne peut donc être écartée.

70. Sur ce point, voir F. Burdeau, *op. cit.*, p. 259 et s. L'exemple habituellement donné est celui de la loi de 1905 de séparation de l'Église et de l'État, texte éminemment polémique et qui invite donc expressément le juge à contrôler les circonstances de fait des dévolutions de biens aux associations culturelles.

71. CE, 31 janv. 1902, *Grazietti, Rec.*, p. 55.

72. CE, 14 janv. 1916, *Camino, Rec.*, p. 15.

73. Sur ce point, voir A.-L. Girard, *op. cit.*, p. 41 et s.

74. M. Hauriou, *loc. cit.*, p. 184, nous soulignons. Il ajoute, comme on l'a vu, que « la légalité et la moralité administrative ne sont pas discrétionnaires, elles sont obligatoires », *ibid.*, p. 185.

75. Pour reprendre l'expression de A.-L. Girard, *op. cit.*, p. 42.

76. En l'espèce, les irrégularités électorales relevées ne peuvent justifier la dissolution du conseil municipal en raison de l'existence d'un juge électoral compétent.

motivation de l'acte administratif qui permet au juge d'étendre son contrôle⁷⁷. Annotant cet arrêt, Hauriou ne s'y trompe pas en estimant que « l'obligation de motiver n'aurait qu'une utilité, c'est de multiplier en fait les cas dans lesquels les juges pourraient saisir les motifs des actes. À ce point de vue, il serait désirable que des lois nouvelles généralisassent l'obligation de motiver; ce serait une extension précieuse du domaine de l'excès de pouvoir »⁷⁸.

Une telle extension s'observe également à propos des motifs de fait. Le sieur Camino, maire suspendu puis révoqué, attaque ces deux actes en soutenant « que si le juge de l'excès de pouvoir ne pouvait apprécier la légalité des motifs des arrêtés de suspension et des décrets de révocation, les maires se trouveraient exposés aux mêmes abus qu'avant la loi du 8 juillet 1908 »⁷⁹. Le Conseil d'État rappelle d'abord l'obligation de motivation prévue par ce texte. Dans ses conclusions conformes, Corneille estime à cet égard que le législateur « a entendu donner aux maires, aux représentants des pouvoirs locaux, qui restaient soumis au contrôle du pouvoir central et des représentants locaux de ce pouvoir, des garanties, et des garanties formelles contre l'arbitraire de ces représentants »⁸⁰. Le juge doit donc veiller au respect de « ces garanties formelles ». Cette invocation de la lettre et de l'esprit de la loi permet à Corneille de soutenir que le juge, en contrôlant les motifs de fait, ne fait que s'acquitter de son office de gardien de la légalité⁸¹. Reprenant les termes de son commissaire du gouvernement, le Conseil d'État considère ainsi que s'il « ne peut apprécier l'opportu-

rité des mesures qui lui sont déferées par la voie de l'excès de pouvoir, il lui appartient, d'une part, de vérifier la matérialité des faits qui ont motivé ces mesures, et, d'autre part, dans le cas où lesdits faits sont établis, de rechercher s'ils pouvaient légalement motiver l'application des sanctions prévues par la disposition précitée »⁸².

Comme dans l'affaire *Grazietti*, l'existence d'une obligation de motivation permet au juge d'étendre son contrôle, cette fois-ci à l'erreur de fait⁸³. Mais en répondant à l'invitation du législateur, le Conseil d'État n'ignore pas que « le tact dans l'audace, c'est de savoir jusqu'où on peut aller trop loin »⁸⁴. Cette autolimitation peut contribuer à expliquer l'absence de principe général du droit relatif à la motivation.

À cet égard, deux périodes doivent être distinguées. Celle du ministre-juge, d'abord, sous laquelle le Conseil d'État énonce pour la première fois qu'il n'existe pas d'obligation générale de motivation des actes administratifs. En 1880, lorsque l'arrêt *Harouel* est rendu, l'offensive contre la juridiction ministérielle a déjà commencé⁸⁵. Juger que la décision du ministre attaquée en l'espèce est bien un acte administratif et non un jugement, dispensé par conséquent de motivation, permet d'une part, d'établir un critère de distinction au sein des actes pris par le ministre – où la confusion règne – et d'autre part, de restreindre la compétence du ministre-juge; le tout sous couvert de respect de la discrétionnalité. Le Conseil d'État n'avait donc aucun intérêt à exiger la motivation des actes administratifs, bien au contraire. La deuxième période, ensuite, est celle de l'instauration du contrôle

77. Sur ce point, voir A.-L. Girard, *op. cit.*, p. 59 et s.

78. M. Hauriou, *loc. cit.*, p. 187, nous soulignons.

79. CE, 14 janv. 1916, *Camino*, *Rec.*, p. 16.

80. CE, 14 janv. 1916, *Camino*, concl. Corneille, *RDP*, 1917, p. 448, en italique dans le texte. Dans le même sens, *cf. supra*.

81. « Si vous n'êtes pas juges du fait, vous êtes juges de la légalité; et vous avez le droit de vous demander : 1° si les formes ont été observées; 2° si la condition légale l'a été. Et, sur ce dernier point, vous avez le droit de vous demander si la mesure a été réellement motivée, si la mesure a été juridiquement motivée »; *ibid.*, p. 449, en italique dans le texte.

82. CE, 14 janv. 1916, *Camino*, *Rec.*, p. 16.

83. Cette instrumentalisation des obligations légales de motivation permet de remettre en perspective la thèse de Georges Dupuis. Il est, en effet, l'un des rares universitaires à s'être prononcé dans les années 1970 contre l'extension de la motivation, soutenant que ce « vice de forme [...] devrait même disparaître des cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir [...] la forme [étant] toujours l'expression d'une donnée de fond – son écho – son reflet... », et la censure doit porter sur cette donnée et non sur son vêtement »; G. Dupuis, « Les motifs des actes administratifs », *EDCE*, 1974-1975, p. 31. Sans se prononcer sur ce débat, on peut simplement remarquer que c'est historiquement grâce à cette forme que le juge a touché le fond.

84. J. Cocteau, *Le Coq et l'Arlequin. – Notes autour de la musique*, Éditions de la Sirène, p. 11.

85. Sur ce point, voir J. Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, LGDJ, 1970, p. 223 et s.; P. Gonod, Édouard Laferrière. *Un juriste au service de la République*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1997, p. 77 et s. On voudra bien également nous pardonner de renvoyer à nos propres travaux, A. Hachemi, *Le juge administratif et la loi (1789-1889)*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », à paraître.

des motifs. En s'attaquant à la forteresse des actes discrétionnaires, le juge administratif avance harnaché de l'armure de la loi. Il aurait été périlleux de l'ôter pour exiger seul et à découvert une motivation des actes administratifs. Le juge ne le fait qu'exceptionnellement, lorsque cette motivation est nécessaire à l'exercice de son contrôle.

2. L'exercice du contrôle juridictionnel

Les rares hypothèses dans lesquelles la jurisprudence a dégagé une obligation de motivation s'expliquent par le souci de permettre au juge d'exercer son contrôle.

La chose est parfaitement explicite dans le premier arrêt reconnaissant une obligation de motivation. Dans cet arrêt *Billard* rendu en 1950⁸⁶, le Conseil d'État en juge ainsi, dit-il, « afin notamment de permettre au juge de l'excès de pouvoir d'apprécier si les prescriptions et les interdictions contenues dans la loi ont été respectées ». Il s'agissait, en l'espèce d'un acte pris par une commission départementale de réorganisation foncière de remembrement. Le sieur *Billard* prétendait qu'une parcelle lui appartenant ne pouvait être comprise dans le remembrement décidé par la commission. Il arguait ainsi d'un défaut de motivation de cet acte. Or la loi de 1941 créant ces organes n'avait pas tranché leur nature administrative ou juridictionnelle. Dans ses conclusions conformes, *Letourneur* s'interroge donc d'abord sur ce point faisant de l'action du sieur *Billard* soit un recours en excès de pouvoir, soit un recours en cassation. Examinant les termes de la loi réglant sa composition et ses attributions, et ceux du règlement fixant sa procédure, il conclut au caractère administratif de la commission. Mais il ne cache pas que l'inverse serait plausible et insiste sur « l'atmosphère juridictionnelle »⁸⁷ dans laquelle baigne cet organe que *Letourneur* n'hésite pas à qualifier de « parajuridictionnel »⁸⁸. Reste que ses décisions sont bien administratives et qu'elles n'ont

donc pas en principe à être motivées, la loi de 1941 étant muette sur ce point. Le commissaire du gouvernement n'en propose pas moins de faire exception à la règle jurisprudentielle classique.

Prudemment, il justifie cette solution par l'intention du législateur⁸⁹. Les quasi-jugements rendus par cet organe néanmoins administratif semblent en outre l'impliquer⁹⁰, lointain écho à la jurisprudence *Harouel* où seuls les jugements doivent être motivés. Mais surtout, *Letourneur* estime que la question de la motivation « est liée à celle du contrôle du juge de l'excès de pouvoir »⁹¹. En effet, la loi de 1941 a posé des conditions de fond à l'action de la commission. Elle ne jouit donc pas d'un pouvoir discrétionnaire. Dès lors, « l'obligation de motiver [s]es décisions [...] paraît s'imposer inéluctablement, afin de permettre au juge de l'excès de pouvoir de contrôler si les limites légales ont été respectées, si les règles légales ont été appliquées. En l'absence de motifs, le contrôle de l'excès de pouvoir est nécessairement aléatoire »⁹². Après avoir énoncé « ces prescriptions impératives », *Letourneur* conclut : « comment admettre que les commissions départementales, saisies de réclamations fondées sur la violation précise de telle ou telle de ces prescriptions, puissent les rejeter sans donner aucun motif ? En ce cas, à quoi servirait le recours pour excès de pouvoir ? Vous ne pourriez pas exercer le contrôle de légalité dont la loi vous a expressément chargé »⁹³.

L'arrêt *Barel*⁹⁴ aux conclusions conformes du même *Letourneur* n'a pas encore été rendu et depuis *Grazietti* et *Camino*, la perspective a changé. Au début du xx^e siècle, l'obligation légale de motivation permet de limiter au fond le pouvoir discrétionnaire de l'administration en instaurant un nouveau contrôle des motifs. En 1950, l'obligation jurisprudentielle de motivation permet d'exercer ce contrôle en vérifiant que l'administration a fait bon usage de sa compétence pour partie liée. En 1954, *Barel* perfec-

86. CE, 27 janv. 1950, *Billard, Rec.*, p. 58, concl. *Letourneur*, S.1950.III.40.

87. *Ibid.*, p. 42.

88. *Ibid.*, p. 43, au singulier dans le texte.

89. *Idem.*

90. Voir sur ce point l'assimilation faite par *Letourneur* entre recours en cassation et recours pour excès de pouvoir : *ibid.*, p. 44.

91. *Ibid.*, p. 43.

92. *Ibid.*, p. 44, nous soulignons.

93. *Idem*, nous soulignons.

94. CE, 28 mai 1954, *Barel et autres, Rec.*, p. 308, concl. *Letourneur*.

tionne ce contrôle en conférant au juge des pouvoirs inquisitoriaux et dépassant par là même l'exigence de motivation⁹⁵. Si cette dernière jurisprudence peut sembler une régression sur ce terrain, la longue marche du juge gagne à être retracée. Tant que la motivation lui permet d'avancer sur la voie du contrôle, il en use. Une fois son pas bien assuré, il s'en éloigne, abandonnant ainsi le cheval qui lui avait permis d'entrer dans Troie.

C'est ainsi que le Conseil d'État accepte en 1970 de dégager une obligation de motivation dans l'arrêt *Agence maritime Marseille Fret*. Faute de pouvoir hiérarchique, en effet, la jurisprudence *Barel* était dépourvue de portée et le contrôle juridictionnel ne pouvait s'exercer. En 1964, le Conseil d'État avait pourtant statué à l'inverse dans une affaire où l'absence de pouvoir hiérarchique⁹⁶ permettait tout autant de douter de l'efficacité des pouvoirs inquisitoriaux du juge. Cet arrêt *Delahaye*⁹⁷ aux conclusions Braibant, rendu à nouveau à propos d'une décision d'un organisme professionnel, portait sur le contentieux de la notoriété médicale. Saisi d'un recours similaire deux ans plus tôt, le tribunal administratif de Clermont-Ferrand avait étendu la solution *Billard* en jugeant que la « motivation [avait] pour objet, d'une part, de faire connaître aux intéressés les considérations de droit et de fait qui servent de fondement à la décision prise et, d'autre part, de permettre au juge de l'excès de pouvoir d'apprécier notamment, le cas échéant, la valeur et la légalité de ces considérations »⁹⁸. En sus de la motivation comme condition du contrôle juridictionnel, la « petite » jurisprudence administrative acceptait ainsi de se

tourner vers les individus destinataires de la décision. Pourtant favorable à la motivation, Braibant – suivi par le Conseil d'État – conclut contre la reconnaissance d'une telle obligation pour notamment deux raisons⁹⁹. La première est l'inutilité de la motivation au regard du contrôle juridictionnel. En effet, les critères de la notoriété médicale reposent sur « des appréciations d'ordre technique et professionnel qui ne sauraient être discutées devant le juge de l'excès de pouvoir »¹⁰⁰. Son contrôle étant limité à l'erreur manifeste d'appréciation¹⁰¹, la motivation de la décision n'a guère d'intérêt. Comme pour *Billard* et plus tard pour *Marseille fret*, elle n'est donc exigée que lorsqu'elle est nécessaire au contrôle du juge. Braibant, ensuite et surtout, reconnaît que l'administration, le juge et les individus concernés auraient intérêt à des décisions motivées¹⁰². Mais il appartient, selon lui, au législateur de reconnaître cette destination dont on voudra bien remarquer qu'elle n'est que partiellement individuelle. C'est chose faite en 1979.

II. Une destination partiellement individuelle

Lorsqu'elle n'est pas adressée à l'administration ou au juge afin de parfaire ces institutions, la motivation est adressée à l'individu afin de l'informer. La loi de 1979 consacre cette destination qui n'est que partiellement individuelle. Elle ne remet pas en cause, d'abord, la destination institutionnelle déjà envisagée. Elle ne vise, ensuite, que certains individus (A). Même dans cette perspective, enfin, elle ne s'applique qu'à certains actes les concernant (B).

95. Dans le même sens, S. Sur, « Sur l'obligation de motiver formellement les actes administratifs », *op. cit.*, p. 353. On remarquera, par ailleurs, que l'affaire *Barel* concerne également la politisation de l'administration. Les faits en sont connus. Le sieur Barel, et quelques autres, avaient tout lieu de penser que l'autorisation de concourir à l'ENA leur avait été refusée en raison de leur appartenance réelle ou supposée au parti communiste. Une exigence formelle de motivation n'aurait donc pas permis d'apprécier la véracité des motifs d'une administration dont la volonté n'est plus « désincarnée » mais désormais reconnue comme subjective.

96. Sur cette absence de pouvoir hiérarchique, voir « Notoriété médicale. Trois arrêts du Conseil d'État du 24 avril 1964 avec les conclusions de M. Braibant, Commissaire du Gouvernement », *Droit social*, 1964, p. 437.

97. CE, 24 av. 1964, *Delahaye*, *Rec.*, p. 243.

98. TA de Clermont-Ferrand, 13 av. 1962, *Sieur Pajault*, *AJDA*, 1962, p. 521, nous soulignons.

99. Braibant refuse également de transposer la solution *Billard* en raison de l'absence d'intention du législateur et de caractère parajuridictionnel de l'organisme professionnel en cause. Sur ces points, voir « Notoriété médicale. Trois arrêts du Conseil d'État du 24 avril 1964 avec les conclusions de M. Braibant, Commissaire du Gouvernement », *op. cit.*, p. 442.

100. *Idem*.

101. *Ibid.*, p. 443. Dans le même sens, S. Sur, « Sur l'obligation de motiver formellement les actes administratifs », *op. cit.*, pp. 357-358.

102. « Notoriété médicale. Trois arrêts du Conseil d'État du 24 avril 1964 avec les conclusions de M. Braibant, Commissaire du Gouvernement », *op. cit.*, p. 443. Proportionnellement, Braibant insiste davantage sur l'intérêt de l'administration, puis du juge.

A. Une motivation destinée à certains individus

La loi de 1979 impose la motivation de certaines décisions individuelles. L'administration n'est donc tenue de s'adresser qu'à celui qu'elle a nécessairement nommé (1), ignorant volontairement d'autres individus ayant pourtant intérêt à obtenir motivation (2).

1. Un individu nécessairement nommé

L'article L. 211-2 du CRPA dispose que « les personnes physiques ou morales ont le droit d'être informées sans délai des décisions individuelles défavorables qui les concernent ». Suit immédiatement la liste des huit catégories de décisions individuelles défavorables devant être motivées. L'article L. 211-3 ajoute que « doivent également être motivées les décisions administratives individuelles qui dérogent aux règles générales fixées par la loi ou le règlement ». Faisant abstraction, pour l'heure, du caractère décisoire de ces actes et de leur objet¹⁰³, remarquons que leur dimension individuelle emporte évidemment conséquence sur la portée de l'obligation de motivation.

Si le CRPA s'est bien gardé de définir la décision individuelle, on admet communément qu'il s'agit de l'acte particulier désignant nommément son ou ses destinataires. Lorsqu'elle prend une décision individuelle, l'administration nomme donc nécessairement l'individu à qui elle s'adresse. Il se détache alors de la masse indistincte des administrés et, désigné et reconnu par l'administration, devient Sujet d'un droit à motivation.

L'article L. 211-5 du CRPA prévoit qu'elle doit être « écrite et comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision ». La jurisprudence a apprécié strictement la forme et le contenu de cette obligation, afin qu'elle ne soit pas vidée de sa substance. Le juge vérifie ainsi que la motivation est incorporée à l'acte. Il n'accepte qu'elle soit contenue dans un autre document que si ce dernier est porté à la connaissance de l'intéressé concomi-

tamment à la décision devant être motivée. Une simple référence à un autre document qui ne serait ni annexé ni reproduit constitue donc une motivation insuffisante. De même, le juge veille à ce que la motivation ne soit pas stéréotypée et ne se borne pas à rappeler le droit applicable sans le rapprocher des faits pertinents¹⁰⁴. Or le caractère individuel de la décision a une incidence sur la portée de la motivation. En effet, une décision individuelle est en principe notifiée¹⁰⁵. Cette notification, réalisée le plus souvent par lettre recommandée¹⁰⁶, consiste à porter à la connaissance de l'intéressé l'acte qui le concerne. La décision individuelle motivée sera donc directement adressée à l'individu. De son point de vue, la notification permet de réaliser pleinement le droit à information que lui reconnaît la loi de 1979.

Mais ce mode de publicité empêche d'en étendre la portée. En effet, la motivation des décisions individuelles, même défavorables à ceux qu'elles concernent, peut intéresser les tiers. Imaginons, par exemple, une décision suspendant la commercialisation de certains produits. Cet acte entre dans la catégorie des décisions individuelles défavorables restreignant l'exercice des libertés publiques soumises à motivation¹⁰⁷. Des concurrents commercialisant le même type de produits peuvent être curieux de connaître les motifs pour lesquels l'administration a prononcé une telle suspension. La loi, cependant, ne leur reconnaît pas ce droit¹⁰⁸.

À défaut, les tiers auraient néanmoins pu prendre connaissance des motifs de l'acte si ce dernier n'était pas, en principe, notifié. Un affichage ou une publication aurait ainsi permis d'atteindre ce résultat. Ne reste donc pour le tiers qu'à demander communication de ce document, à le supposer administratif au sens de la loi du 17 juillet 1978, aujourd'hui codifiée aux articles L. 311-1 et suivants du CRPA. Il ne doit pas davantage entrer dans l'une des exceptions prévues ce texte. L'article L. 311-6, en particulier, réserve aux seules personnes directement concernées par l'acte la communication des

103. Cf. *infra*.

104. Pour des exemples jurisprudentiels des modalités de la motivation, voir le *Code des relations entre le public et l'administration*, Dalloz, 2018, p. 104 et s.

105. Cf. art. 221-8 du CRPA.

106. B. Seiller, « Acte administratif : régime », *Répertoire du contentieux administratif*, Dalloz, 2015, § 340 et s.

107. CE, 7 juin 1985, *Société Acopasa*, n° 62196. Cf. *Code des relations entre le public et l'administration*, *op. cit.*, p. 88.

108. Cf. *infra*.

documents administratifs susceptibles de porter atteinte à leur vie privée, portant une appréciation ou un jugement de valeur sur leur personne ou exposant un de leur comportement susceptible de leur porter préjudice. Or le rapprochement de cette disposition aux cas où la motivation de la décision individuelle défavorable est prévue – par exemple une sanction, une mesure restreignant l'exercice des libertés publiques ou encore le retrait d'une décision créatrice de droits – porte à croire que la communication de l'acte sera refusée au tiers. Même si l'article L. 311-7 du CRPA prévoit qu'elle redevient possible à condition d'occulter ou de disjoindre les mentions couvertes par le secret, la situation du tiers est peu enviable. En prenant le parti de contraindre l'administration à motiver les seules décisions individuelles, le législateur ignore ainsi volontairement d'autres individus ayant pourtant intérêt à cette motivation.

2. Des individus volontairement ignorés

Outre les tiers à la décision individuelle, sont également ignorés les destinataires des actes réglementaires et des décisions d'espèce.

Si ces dernières sont à peine évoquées lors des débats parlementaires ayant conduit à l'adoption de la loi de 1979¹⁰⁹, l'exclusion des actes réglementaires du champ de l'obligation de motivation a été discutée. On sait qu'à l'inverse de la décision individuelle, l'acte réglementaire est général et impersonnel. Lorsqu'elle prend un tel acte, l'administration ne s'adresse donc à personne en particulier, le destinataire de l'acte étant conçu abstraitement. Innommé, il n'est ni reconnaissable ni reconnu comme individu. Dans cette perspective, l'action administrative demeure objective et refuse de considérer ses destinataires autrement que comme des administrés. Faute d'être élevés au rang de Sujets, il n'y a pas transsubstantiation de leurs intérêts en droits publics subjectifs. À cet égard, l'absence

de motivation des règlements peut être rapprochée du principe selon lequel nul n'a de droit acquis à leur maintien.

L'ignorance d'une telle approche subjectiviste se lit dans les travaux préparatoires de la loi de 1979, alors même que l'opportunité de la motivation des actes réglementaires y est reconnue à plusieurs reprises. Les rapports des commissions des lois de l'Assemblée nationale et du Sénat en témoignent. Le sénateur Jacques Thyraud estime ainsi qu'« on peut regretter que les autorités qui, depuis 1958, disposent d'un pouvoir réglementaire autonome soient dispensées de motiver les décrets [...]. Il semble que le Gouvernement devrait s'engager plus systématiquement à faire précéder les *décrets réglementaires* d'un exposé des motifs qui en faciliterait grandement la compréhension et, par conséquent, l'application »¹¹⁰. Destinant la motivation à une meilleure application des règlements, le sénateur se préoccupe moins des individus que des institutions, qu'il s'agisse de l'administration elle-même ou du juge¹¹¹. L'accent mis sur le caractère autonome de ces actes n'est pas sans évoquer, par ailleurs, les premières fonctions assignées à la motivation : le bon ordre administratif et juridictionnel¹¹². Mais les regrets exprimés par le sénateur ne le portent pas jusqu'à soutenir l'amendement déposé par le groupe communiste¹¹³.

Celui-ci prévoit que « les décrets réglementaires doivent être motivés. À cette fin, ils sont publiés au *Journal officiel* précédés d'un exposé des motifs »¹¹⁴. Le sénateur Lederman s'en explique brutalement : « il n'y a pas de raison pour qu'ils ne soient pas motivés au même titre que la loi »¹¹⁵. Semble alors se dérouler le combat d'arrière-garde du domaine perdu du législateur. À ce propos, mais dans l'autre hémicycle, un député ne manquait pas de faire remarquer que, sous les Républiques précédentes, les actes réglementaires étaient très souvent précédés d'expo-

109. Par exemple, la commission des lois du Sénat considère que « la non-motivation des *actes intermédiaires* ne présente pas de trop grands inconvénients car la plupart de ceux-ci sont actuellement précédés d'enquêtes qui offrent aux particuliers les moyens d'être informés sur les objectifs poursuivis par l'Administration » ; Sénat, *Rapport fait au nom de la commission des Lois...*, p. 16, en italique dans le texte.

110. *Idem*, en italique dans le texte.

111. De même, le rapport du Sénat ajoute que « ces décrets gagneraient pourtant en clarté et donc en efficacité, s'ils étaient systématiquement précédés d'un bref exposé des motifs », *ibid.*, p. 20, nous soulignons.

112. *Cf. supra*.

113. Sénat, « Séance du 5 juin 1979 », *JO*, p. 1719.

114. *Idem*, en italique dans le texte.

115. *Idem*.

sés des motifs¹¹⁶. Au Sénat, le rapporteur Thyraud admet l'intérêt d'une telle motivation, en particulier pour les règlements autonomes, mais considère qu'elle poserait des « difficultés matérielles [...] telles qu'il n'apparaît pas souhaitable, dans l'état actuel des choses, d'imposer cette obligation »¹¹⁷. Le gouvernement, maître jaloux du pouvoir réglementaire, se montre plus ferme encore. Menaçant d'opposer l'irrecevabilité de l'article 41 de la Constitution, il dénie toute utilité à une motivation qui serait au mieux une paraphrase du règlement, au pire un exercice de style. Saisi de la même question – si ce n'est du même amendement – devant l'Assemblée nationale, le Garde des Sceaux avait déjà mis en garde la chambre contre « un formalisme excessif qui ne déboucherait que sur des exercices littéraires parfaitement vains, car ils auraient pour effet de ralentir une administration qu'on trouve déjà trop lente »¹¹⁸. La volonté de ne pas entraver l'action administrative explique donc l'absence de motivation des actes réglementaires. Cette préoccupation essentiellement institutionnelle a pour effet de restreindre la motivation aux seuls individus nommément désignés par l'administration. Elle explique également que seuls certains actes les concernant soient motivés.

B. Une motivation destinée à certains actes individuels

Tous les actes désignant nommément un individu ne doivent pas être motivés. Seules les décisions (1) strictement défavorables (2) entrent, en effet, dans le champ d'application de la loi.

1. Un acte nécessairement décisoire

La loi de 1979 prévoit la motivation des seules décisions administratives. Ces dernières peuvent

se définir comme les actes pris sans le consentement de leurs destinataires et produisant à leur égard des effets de droit. Un acte administratif dépourvu de ces effets mais individuel en ce qu'il nomme son destinataire, est donc en principe exclu du champ de la motivation. Le cas des mesures d'ordre intérieur et des actes de droit souple illustrent cependant les difficultés de cette délimitation. Pour les premières, l'assimilation entre acte décisoire et acte faisant grief a conduit à rejeter leur motivation. Pour les seconds, ces deux caractères sont désormais disjoints sans que leur motivation soit évidente.

La mesure d'ordre intérieur fait partie de la vie administrative courante. Véritable décision de l'administration, elle vise à assurer son fonctionnement interne. Cependant, la faiblesse de ses effets juridiques – pourtant réels – rend irrecevables les recours contentieux dirigés à son encontre. L'acte est alors réputé ne pas faire grief. L'adage est connu : *de minimis non curat praetor*. Jurisprudence et doctrine ont longtemps assimilé acte décisoire et acte faisant grief. Parce qu'elle produit des effets juridiques sans le consentement de ses destinataires, une décision doit pouvoir être contrôlée par le juge. Mais du point de vue de la motivation, la mesure d'ordre intérieur a pâti de cette assimilation. En effet, la circulaire du 31 août 1979 relative à la motivation des actes administratifs considère que « les actes qui n'ont pas le caractère de décisions, et notamment les mesures d'ordre intérieur, échappent à l'obligation de motivation »¹¹⁹. Vraisemblablement parce qu'elle ne fait pas grief, la mesure d'ordre intérieur n'est pas qualifiée de décision au sens de la loi de 1979. Bien que susceptible de désigner nommément un individu, elle n'a pas à être motivée. Or la scission entre

116. Assemblée nationale, « 2^e séance du mercredi 25 avril 1979 », *JO*, p. 3054.

117. Sénat, « Séance du 5 juin 1979 », *JO*, p. 1719. Il ajoute immédiatement que « peut-être d'ailleurs, grâce à la loi sur la communication des documents administratifs, sera-t-il possible d'éclairer le sens de certains décrets par la communication des rapports qui les auront précédés ». Cette position paraît cependant optimiste si l'on songe que les avis du Conseil d'État et les documents portant atteinte au secret des délibérations du Gouvernement et des autorités responsables du pouvoir exécutif ne sont pas communicables. Par ailleurs, le rapporteur à l'Assemblée nationale admettait également l'opportunité de la motivation des actes réglementaires mais se résignait volontiers à leur « exclusion [...] par le souci de ne pas alourdir le fonctionnement de l'administration et de ne pas retarder la publication des décrets », Assemblée nationale, « 2^e séance du mercredi 25 avril 1979 », *JO*, p. 3052, nous soulignons.

118. *Ibid.*, p. 3056.

119. « Circulaire du 31 août 1979 relative à la motivation des actes administratifs », *JO*, p. 2146, nous soulignons. Notons incidemment que le Parlement s'est opposé au projet de loi initial qui renvoyait à des décrets en Conseil d'État le soin de déterminer la liste des actes soumis à motivation. Cette circulaire est le résultat de cette lutte remportée par le Parlement. À propos de l'exclusion des mesures d'ordre intérieur, elle a été confirmée par la « Circulaire du 28 septembre 1987 relative à la motivation des actes administratifs », *JO*, p. 12174.

actes décisives et actes faisant grief opérée par l'arrêt *Fairvesta*¹²⁰ en 2016 ne semble pas avoir remis en cause cet état du droit.

Si ce dernier ménage la commodité de l'action administrative, les individus visés par les mesures d'ordre intérieur n'en ont pas moins intérêt à obtenir motivation. Le cas des prisons l'illustre. L'administration pénitentiaire plus que toute autre fait éprouver à l'administré sa condition d'assujetti. Mais en cette matière particulièrement, le juge administratif a su débusquer, sous couvert de mesures d'ordre intérieur, de véritables actes faisant grief. Décisions individuelles défavorables au sens de la loi de 1979, elles doivent donc être motivées¹²¹. Mais l'administration et le juge n'ont pas nécessairement conscience d'avoir affaire à de tels actes. Un arrêt récent du Conseil d'État, rendu à propos de la retenue du matériel informatique d'un détenu, offre un exemple de cette tardive prise de conscience¹²². L'administration, pensant prendre une mesure d'ordre intérieur, ne motive pas son acte. Dans le même sens, les juges du premier et second degré déclarent le recours irrecevable. Saisi une première fois en cassation, le Conseil d'État distingue la mesure de contrôle du matériel informatique qui est bien d'ordre intérieur, de la mesure de retenue de ce matériel qui, elle, fait bien grief. Dès lors, la Cour administrative d'appel de renvoi admet le principe de la motivation, même si elle l'écarte en l'espèce au motif d'une urgence absolue. L'obligation de motiver les mesures d'ordre intérieur aurait épargné à l'intéressé ce litige, réglé au terme d'un second pourvoi en cassation. Mais il semble, plus profondément, que le caractère individuel de ces actes cède le pas devant leur caractère intérieur. Mesure prise dans l'intérêt du fonctionnement du service, elle considère les individus auxquels elle s'applique moins comme des individus Sujets de droits que comme des éléments d'organisa-

tion¹²³. Appréhendés objectivement, leur intérêt à obtenir motivation demeure ignoré.

Paradoxalement, l'approche subjectiviste ayant conduit à la recevabilité des recours à l'encontre des actes de droit souple laisse entière la question de leur motivation. Reconnu par l'arrêt *Fairvesta* comme faisant grief, l'acte de droit souple pris par une autorité de régulation n'est pas pour autant une décision administrative. Il peut avoir un caractère individuel comme, en l'espèce, le communiqué de l'Autorité des marchés financiers mettant en garde le public contre les produits proposés par la dénommée Société *Fairvesta*. Son caractère défavorable semble en outre attesté. Pourtant, l'absence de caractère décisive de cet acte individuel d'une part, et la distinction désormais nette entre décision et acte faisant grief d'autre part, porterait à croire qu'il n'a pas à être motivé. Le Conseil d'État avait précédemment admis la motivation d'un simple avis parce qu'il faisait grief¹²⁴. À rebours de la jurisprudence sur les mesures d'ordre intérieur qui sont des décisions n'ayant pas à être motivées parce qu'elles sont insusceptibles de recours, les avis – qui ne sont pas des décisions – doivent être motivés parce qu'ils font grief. Les unes et les autres étant désormais distingués, la motivation des actes de droit souple – potentiellement individuels mais jamais décisives – n'est pas évidente. Si l'arrêt *Fairvesta* ne tranche pas cette question¹²⁵, il illustre combien peut être restrictive la condition posée par la loi de 1979 d'une décision individuelle. En exigeant qu'elle soit en outre défavorable, la portée de l'obligation de motivation n'en paraît que plus réduite.

2. Un acte strictement défavorable

Hormis le cas des décisions individuelles dérogatoires, la loi de 1979 prévoit la seule motivation des décisions individuelles défavorables. Cette défaveur est appréciée strictement.

120. CE Ass., 21 mars 2016, *Fairvesta international GmbH*, Rec., p. 77. Cf. *infra*.

121. CE Ass., 14 déc. 2007, *Ministre de la justice c. Boussouar*, Rec., p. 495. Dans cet arrêt qui marque justement le recul des mesures d'ordre intérieur en matière pénitentiaire, le Conseil d'État reconnaît que l'acte attaqué, imposant une sujétion, doit être motivé.

122. CE, 6 juin 2018, n° 410985. Sur cet arrêt, voir G. Éveillard, « La disjonction entre l'obligation de motivation et l'obligation de respect des droits de la défense », *Droit administratif*, 2018, comm. 55.

123. Sur ce point, voir B. Plessix, *Droit administratif général*, LexisNexis, 2018, pp. 973-974.

124. CE, 11 oct. 2004, *Chauveau*, n° 263349.

125. Un moyen tiré d'un défaut de motivation est bien soulevé, en l'espèce. Cependant, il ne vise pas les communiqués mais le refus de les rectifier.

Suivant l'intention du législateur, la jurisprudence apprécie le caractère défavorable de la décision « en considération des seules personnes physiques ou morales qui sont directement concernées par elle »¹²⁶. Les tiers, on le sait, n'ont pas droit à cette motivation alors même qu'elle peut les intéresser¹²⁷. L'absence de motivation des décisions favorables leur est également préjudiciable puisqu'en donnant satisfaction à l'intéressé, ces décisions peuvent léser leurs intérêts. Les décisions moyennes qui ne donnent pas entier contentement aux intéressés, sans pour autant les éconduire purement et simplement, n'entrent pas davantage dans le champ de la loi. Le destinataire immédiat de ces décisions aussi bien que les tiers peuvent le regretter.

Par ailleurs, il ne suffit pas qu'une décision individuelle soit défavorable pour être soumise à motivation. Encore faut-il qu'elle s'inscrive dans l'énumération du législateur que le juge apprécie strictement. L'article L. 211-2 du CRPA dispose ainsi que « doivent être motivées les décisions qui 1° restreignent l'exercice des libertés publiques ou, de manière générale, constituent une mesure de police ; 2° infligent une sanction ; 3° subordonnent l'octroi d'une autorisation à des conditions restrictives ou imposent des sujétions ; 4° retirent ou abrogent une décision créatrice de droits ; 5° opposent une prescription, une forclusion ou une déchéance ; 6° refusent un avantage dont l'attribution constitue un droit pour les personnes qui remplissent les conditions légales l'obtenir ; 7° refusent une autorisation, sauf lorsque la communication des motifs pourrait être de nature à porter atteinte à l'un des secrets ou intérêts protégés par les dispositions du a au f du 2° de l'article L. 311-5 ; 8° rejettent un recours administratif dont la présentation est obligatoire préalablement à tout recours contentieux en application d'une disposition législative ou réglementaire ». C'est probablement au sujet du 6° de cette énumération que le caractère strictement défavorable de la décision indivi-

duelle est le plus sensible. Cette disposition a ainsi suscité de très vifs débats lors de l'adoption de la loi de 1979.

La rédaction de cette disposition est, en effet, curieuse. Nombreux sont les parlementaires à avoir relevé cet oxymore : l'avantage constitutif d'un droit. Si les conditions légales d'attribution sont remplies, l'administration ne détient qu'une compétence liée. Elle ne peut donc refuser un avantage qui relèverait, en réalité, d'un pouvoir discrétionnaire qu'elle n'a pas. Le rapport de la commission des lois de l'Assemblée nationale regrette cette rédaction qu'elle juge « trop restrictive [...] [car] elle fait échapper à la motivation obligatoire toutes les décisions de refus d'avantages financiers ou fiscaux qui ne sont jamais considérés comme des droits par les textes qui les prévoient. Elle [...] [propose] donc un amendement [destiné] à supprimer la restriction contenue dans le projet de loi »¹²⁸. Devraient alors être motivés les refus opposés par l'administration en vertu d'un pouvoir discrétionnaire.

Au terme d'une longue passe d'armes avec le gouvernement, cet amendement est finalement rejeté. Mais cette discussion, qui se renouvelle quelques semaines plus tard au Sénat, a le mérite de dévoiler crûment l'enjeu d'une telle obligation de motivation. Après avoir exhorté la chambre à la prudence, au risque de paralyser l'action administrative¹²⁹, le Garde des Sceaux en vient au fait : « on va imposer à [l'administration] de faire connaître ses motifs [dans les cas prévus par la loi], et c'est déjà énorme. Si en outre, vous voulez l'obliger à s'expliquer sur ce qui relève de sa compétence en matière d'opportunité, vous allez beaucoup plus loin. *Dois-je vous rappeler qu'il n'existe pas de contrôle de l'opportunité d'une décision ?* »¹³⁰. Des parlementaires, fin connaisseurs du contentieux administratif¹³¹, objectent que le juge administratif n'apprécie pas l'opportunité d'un acte mais censure tout au plus l'erreur manifeste d'appréciation de l'administration. Si le gouvernement n'en démord pas, un

126. CE, 9 déc. 1983, *Vladescu, Rec.*, p. 497.

127. Cf. *supra*.

128. Assemblée nationale, *Rapport fait au nom de la commission des lois...*, p. 14.

129. Assemblée nationale, « 2^e séance du mercredi 25 avril 1979 », *JO*, p. 3058. Le ministre déclare ainsi « qu'aller aussi loin serait le meilleur moyen de paralyser l'administration ! ». Il poursuit sur ce même thème, dénonçant le « formalisme et [le] bureaucratisme » dans lesquels l'administration tomberait nécessairement.

130. *Idem*, nous soulignons.

131. *Ibid.*, p. 3059. Voir en particulier les interventions de Michel Aurillac – rapporteur du projet de loi – et de Alain Richard, tous deux favorables à l'amendement et issus des rangs du Conseil d'État.

député de la majorité le concède. Mais, ajoute-t-il, « pourquoi en est-il ainsi ? Précisément parce que l'administration n'est pas obligée de motiver ses décisions quant à l'opportunité. [...] [À] partir du moment où l'administration serait contrainte de motiver ses décisions sur le plan de l'opportunité, il faudrait s'attendre à une évolution de la jurisprudence, les tribunaux pouvant très bien se

reconnaître, dès lors, la possibilité d'exercer un contrôle juridictionnel de l'opportunité »¹³². À tort ou à raison, l'intérêt subjectif à obtenir motivation plie devant l'intérêt institutionnel de l'administration. Mieux vaut maintenir dans l'ombre, de peur de le perdre, le cœur de son pouvoir discrétionnaire.

132. *Idem*, nous soulignons. Il s'agit de l'intervention du député Marc Masson.

Dossier

La motivation

La motivation des actes de droit dérivé de l'Union européenne

Freya Clausen

Docteur en droit et Référendaire à la Cour de justice de l'Union européenne¹

En droit de l'Union européenne, les actes juridiques sont motivés. Remontant aux origines de la construction communautaire, l'obligation générale de motivation figure aujourd'hui à l'article 296, deuxième alinéa du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et se trouve déclinée dans de nombreuses dispositions sectorielles du droit dérivé. Si, en vertu du traité, cette obligation s'impose pour les « actes juridiques », autrement dit les règlements, directives, décisions, recommandations et avis², la Cour de justice a précisé qu'elle couvrait tout acte, quelle qu'en soit la forme, qui vise à produire des effets de droit obligatoires³. Il s'ensuit qu'en droit de l'Union, doivent être motivés non seulement les actes individuels, mais encore, de manière plus originale, les actes de portée générale, fussent-ils même de nature législative⁴.

La motivation d'un acte « consiste à exprimer formellement les motifs sur lesquels repose

[l'acte] »⁵. Inscrite dans le corps des actes de l'Union sous forme de considérants, elle est précédée d'une mention, sous forme de visas, de la ou des bases juridiques de l'acte, des propositions, initiatives, recommandations, demandes ou avis prévus par les traités.

La motivation est une condition de la légalité formelle des actes de l'Union. Selon la jurisprudence, elle poursuit un double but intrinsèquement lié au contentieux. Sur un plan subjectif, elle est destinée à assurer le respect des droits de la défense de tout intéressé, dont elle constitue le corollaire, et du droit à une protection juridictionnelle effective : en ce sens, elle doit permettre à tout intéressé de comprendre les raisons ayant conduit à l'adoption d'un acte, d'évaluer l'opportunité de former un recours contre celui-ci et, le cas échéant, de préparer ce recours. Sur un terrain plus objectif, la motivation forme un préalable nécessaire au contrôle juridictionnel : elle

1. L'auteur s'exprime à titre strictement personnel.

2. Selon la nomenclature des actes juridiques établie à l'article 288 TFUE. Antérieurement au traité de Lisbonne, l'obligation de motivation inscrite à l'article 253 du TCE s'imposait aux « règlements, directives et décisions », nulle mention n'étant faite des recommandations et avis.

3. CJCE, 1^{er} oct. 2009, *Commission c/ Conseil*, aff. C-370/07, EU:C:2009:590, pt. 42, lu en combinaison avec CJCE, 31 mars 1971, *Commission c/ Conseil*, dit « AETR », aff. 22/70, EU:C:1971:32, pt. 42.

4. En outre, les juridictions de l'Union sont tenues par une obligation de motivation de leurs décisions (art. 36 du Statut de la Cour de justice de l'Union européenne) et le droit de l'Union peut générer, à l'adresse des autorités nationales, un devoir de motiver des décisions prises sur le fondement ou en dérogation à ce droit (CJCE, 15 oct. 1987, *Heylens*, aff. 222/86, EU:C:1987:442, pt. 17). Les devoirs de motivation pesant sur ce juge et sur ces autorités seront exclus du champ de la présente contribution.

5. CJCE, 10 juill. 2008, *Bertelsmann et Sony Corporation of America c/ Impala*, aff. C-413/06, EU:C:2008:392, pt. 181.

tend à mettre le juge en mesure d'examiner la légalité de l'acte en cause⁶.

Au-delà de cette fonction contentieuse, la motivation poursuit, plus largement, un but d'information du public, lequel est d'autant plus précieux s'agissant des actes de portée générale⁷. Pédagogique, elle doit convaincre l'opinion publique quant au bien-fondé et à l'opportunité des initiatives législatives et réglementaires prises au niveau de l'Union, emporter l'adhésion du public. Enfin, elle sert de rempart contre l'arbitraire des institutions de l'Union, en particulier dans l'exercice des pouvoirs d'appréciation qui leur reviennent, et les contraint à un certain auto-contrôle de leurs actions⁸.

Les contours de la motivation ont été dessinés, au gré des affaires, par la Cour de justice de l'Union européenne. L'étendue requise de motivation est variable (I), sous le contrôle du juge (II).

I. L'étendue variable de la motivation des actes de droit dérivé

La motivation d'un acte de l'Union doit figurer dans cet acte et être adoptée par l'auteur de celui-ci⁹. Elle doit faire apparaître d'une façon claire et non équivoque le raisonnement de son auteur, de manière à permettre aux intéressés de connaître les justifications de la mesure prise et au juge d'exercer son contrôle¹⁰. La motivation d'un acte est appréciée *in concreto*, au vu de ses finalités. En conséquence de cette approche

concrète et fonctionnelle de la motivation¹¹, « le degré de motivation exigé est variable »¹². Il se détermine au vu de la nature de l'acte, de son objet, de l'ensemble des règles juridiques pertinentes, mais aussi du contexte de son adoption¹³. La motivation varie ainsi en fonction de la nature de l'acte (A), mais aussi d'autres éléments contextuels (B).

A. Une motivation variable selon la nature de l'acte

En matière de motivation des actes de l'Union, une distinction de principe est opérée entre les actes de portée générale¹⁴ et les actes individuels. À la motivation *a priori* alléguée des premiers fait écho la motivation de prime abord renforcée des seconds.

Ainsi, la motivation d'un acte de portée générale « peut se borner à indiquer, d'une part, la situation d'ensemble qui a conduit à son adoption et, d'autre part, les objectifs généraux qu'il se propose d'atteindre »¹⁵. Il n'est pas requis qu'elle spécifie les faits, parfois très nombreux et complexes, au vu desquels l'acte a été adopté ou en fournisse une appréciation¹⁶; ni qu'elle expose spécifiquement « les différents choix techniques opérés »¹⁷; ni qu'elle explicite les motifs sous-jacents à chacune de ses dispositions¹⁸ ou les détails des mesures réglementaires prises¹⁹, pour peu que ceux-ci rentrent dans le cadre systématique de l'ensemble réglementaire. À l'inverse, une motivation plus étoffée et spécifique est requise pour une disposition dérogatoire ou

-
6. CJCE, 20 mars 1959, *Nold c/ Haute Autorité*, aff. 19/58, EU:C:1959:6, p. 114; CJCE, 20 févr. 1997, *Commission c/ Daffix*, aff. C-166/95 P, EU:C:1997:73, pt. 23.
 7. Ch. Hen, « La motivation des actes des institutions communautaires », *CDE*, 1977, p. 49, spéc. p. 54.
 8. O. Brouwer et D. Curtin, « Why ? The Giving Reasons Requirement of EU Administration », in M. Bulterman et al. (dir.), *Views of European Law from the Mountain. Liber Amicorum Piet Jan Slot*, Kluwer, 2009, p. 133, spéc. p. 140.
 9. CJCE, 21 janv. 2003, *Commission c/ Parlement et Conseil*, aff. C-378/00, EU:C:2003:42, pt. 66.
 10. CJCE, 14 juill. 2005, *Pays-Bas c/ Commission*, aff. C-26/00, EU:C:2005:450, pt. 113; CJCE, 7 sept. 2006, *Espagne c/ Conseil*, aff. C-310/04, EU:C:2006:521, pt. 57.
 11. D. Ritleng, « Motivation », in A. Barav et Ch. Philip (dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, PUF, 1993, p. 693, spéc. p. 695.
 12. CJUE, 21 juill. 2011, *Nickel Institute*, aff. C-14/10, EU:C:2011:503, pt. 97.
 13. Nature, objet et contexte de l'acte, selon D. Ritleng, « Motivation », préc., spéc. p. 695.
 14. L'acte de portée générale est « un acte applicable à des situations déterminées objectivement et qui comporte des effets juridiques immédiats, dans tous les États membres, à l'égard de catégories de personnes envisagées d'une manière générale et abstraite » : CJCE, 14 déc. 1962, *Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes e.a. c/ Conseil*, aff. jtes. 16/62 et 17/62, non publié, EU:C:1962:47, p. 919.
 15. CJCE, 18 mars 1968, *Beus*, aff. 5/67, EU:C:1968:13, p. 143.
 16. *Ibid.*
 17. CJUE, 21 juill. 2011, *Nickel Institute*, préc., pt. 99.
 18. CJCE, 16 déc. 1963, *Barge c/ Haute Autorité*, aff. 18/62, EU:C:1963:56, p. 567.
 19. CJCE, 20 juin 1973, *Koninklijke Lassiefabrieken*, aff. 80/72, EU:C:1973:66, pts. 24-25.

s'écarter d'une règle de conduite indicative de la pratique habituelle²⁰.

Par contraste, la motivation d'actes de portée individuelle, adressés à leur(s) destinataire(s), doit être plus précise, spécifique et étoffée. Aussi l'auteur de l'acte doit-il, en principe, exposer les raisons spécifiques et concrètes ayant justifié l'adoption de la mesure en cause à l'égard de son destinataire. La motivation est destinée à exposer les raisons pour lesquelles les différentes conditions requises pour l'adoption de l'acte individuel sont remplies. Elle est d'autant plus importante que l'acte est pris dans l'exercice de larges pouvoirs d'appréciation²¹. En pratique, la motivation d'actes individuels, en particulier en matière économique, peut être particulièrement étoffée et longue, au point, parfois, d'affecter leur lisibilité et accessibilité. Si l'institution n'est pas tenue de répondre à tout argument susceptible d'être dirigé contre son analyse²² ni d'écarter toute interprétation différente de celle qu'elle retient des dispositions pertinentes²³, elle entre néanmoins souvent dans une forme de dialogue avec les arguments avancés au cours de la procédure.

Alors qu'une motivation standardisée, qui ne reprendrait que l'énoncé des conditions légales

d'adoption de l'acte, est proscrite s'agissant d'un acte individuel²⁴, les actes de portée générale comportent, souvent, des considérants stéréotypés²⁵. Ceux-ci tendent à affirmer que l'acte respecte les droits fondamentaux²⁶, qu'il est conforme au principe de proportionnalité²⁷ et, lorsque l'acte relève d'une compétence partagée, qu'il est pris dans le respect du principe de subsidiarité²⁸. L'obligation de motivation exige également que la base juridique soit indiquée dans l'acte. Cela étant, l'omission de la référence à une disposition précise ne constitue pas un vice substantiel lorsque la base juridique de l'acte peut être déterminée à l'appui d'autres éléments de celui-ci²⁹. Le choix de la base juridique ne fait pas nécessairement l'objet d'une motivation spécifique approfondie³⁰.

L'existence d'actes hybrides, composites ou regroupant un faisceau de décisions individuelles fait apparaître les limites d'une distinction trop formaliste entre les exigences de motivation afférentes aux actes individuels et à ceux de portée générale. Ainsi, à titre d'exemple, s'agissant d'un règlement instaurant des mesures restrictives, qui comporte un volet de portée générale et un volet de portée individuelle³¹, la motivation doit nécessairement être plus individualisée et

20. CJCE, 21 janv. 2003, *Commission c/ Parlement et Conseil*, préc., pts. 51 et 55.

21. CJCE, 21 nov. 1991, *Technische Universität München*, aff. C-269/90, EU:C:1991:438, pts. 13-14.

22. CJCE, 8 févr. 1963, *Mandelli c/ Commission*, aff. 3/67, EU:C:1968:6, p. 45.

23. CJCE, 10 mai 1960, *Erzbergbau e. a. c/ Haute Autorité*, aff. jtes 3/58 à 18/58, 25/58 et 26/58, EU:C:1960:18, pp. 410-411.

24. P. ex. en matière de mesures restrictives : Trib. UE, 25 mars 2015, *Central Bank of Iran c/ Conseil*, aff. T-563/12, EU:T:2015:187, pt. 75.

25. V. déjà, Ch. Hen, « La motivation des actes des institutions communautaires », préc., spéc. pp. 86-87 et 90.

26. Communication de la Commission, du 13 mars 2001, sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (SEC[2001] 380/2), sans préjudice d'un exposé plus détaillé lorsque l'acte présente un lien particulier avec les droits fondamentaux : communications de la Commission du 27 avr. 2005, intitulée « Le respect de la Charte des droits fondamentaux dans les propositions législatives de la Commission. Méthodologie pour un contrôle systématique et rigoureux » (COM[2005] 172 final), et du 19 oct. 2010, intitulée « Stratégie pour la mise en œuvre effective de la Charte des droits fondamentaux par l'Union européenne » (COM[2010] 573 final), pt. 1.1.3.

27. Guide pratique commun du Parlement européen, du Conseil et de la Commission à l'intention des personnes qui contribuent à la rédaction des textes législatifs de l'Union européenne (disponible en ligne à l'adresse <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/3879747d-7a3c-411b-a3a0-55c14e2ba732> [dernière consultation le 16 août 2019]), pt. 10.15.

28. Des auteurs ont pu relever que « les services de la Commission prévo[y]aient l'insertion systématique d'un considérant "subsidiarité" dans les propositions, en allant ainsi au-delà de la jurisprudence [issue de CJCE, 13 mai 1997, *Allemagne c/ Parlement et Conseil*, aff. C-233/94, EU:C:1997:231, pts. 25-28], qui considère que celui-ci n'est pas nécessaire si l'ensemble des motifs montrent d'une manière claire et non équivoque que le test de subsidiarité a été effectué » : S. Adam, C. Blumann et L. Cappelletti, « Commission européenne », *ADUE*, 2016, p. 454, cités par T. Racho, *Le système européen de protection des droits fondamentaux*, thèse dactyl., Université Panthéon-Assas, 2018, p. 320.

29. CJCE, 26 mars 1987, *Commission c/ Conseil*, aff. 45/86, EU:C:1987:163, pt. 9 ; CJCE, 1^{er} oct. 2009, *Commission c/ Conseil*, préc., pts. 38 et 56.

30. V. toutefois, s'agissant du recours à l'article 352 TFUE : Guide pratique commun, préc., pt. 10.7.

31. CJUE, 23 avr. 2013, *Gbagbo c/ Conseil*, aff. jtes. C-478/11 P à C-482/11 P, EU:C:2013:258, pt. 56.

concrète dans ce dernier volet³². Un règlement antidumping est soumis à des exigences de motivation plus strictes qu'un acte de portée générale classique³³.

Ainsi, le principe de « variabilité »³⁴ ou d'« adaptation de la motivation à la nature de l'acte »³⁵, n'est pas d'une étanchéité parfaite. Ce constat s'impose d'autant plus au regard des autres éléments de variabilité de la motivation, lesquels sont pris en considération à l'égard tant de la motivation des actes individuels que de celle des actes de portée générale.

B. Une motivation contextualisée

Au-delà de la nature de l'acte, l'étendue de la motivation requise dépend de nombreuses variables contextuelles. Les exigences minimales de motivation dépendent de l'objet de l'acte, ainsi que du contexte réglementaire, procédural et factuel de son émission.

Quant à l'objet de l'acte, l'on observera d'emblée que des lignes de jurisprudence sectorielles définissent la motivation exigée pour l'adoption des différents actes dans les nombreux domaines du droit matériel de l'Union. Il est généralement admis que les décisions (individuelles) ayant un objet économique, en particulier dans le domaine du droit *antitrust* ou du contrôle des concentrations, requièrent une motivation approfondie³⁶. En pratique, elles sont d'une longueur et d'un niveau de détail considérables. À l'inverse, si les décisions individuelles faisant grief prises en application du statut des fonctionnaires doivent être motivées, certaines décisions ont été exemptées de cette obligation par la jurisprudence³⁷.

S'agissant des actes de portée générale, une distinction apparaît, en pratique, entre l'exposé des motifs d'un acte de base, qui peut se limiter à un énoncé de la « philosophie générale » de l'acte complété des motifs plus concrets pour les dispositions essentielles ou dérogatoires de l'acte³⁸, et la motivation plus spécifique d'un acte d'exécution³⁹ ou celle d'un acte modificateur, laquelle sera rédigée de sorte à expliquer que les dispositions de cet acte doivent être insérées dans un acte antérieur⁴⁰. Enfin, un acte de refonte ne requiert pas de motivation spécifique s'agissant des dispositions qui se bornent à confirmer le contenu des dispositions antérieurement applicables⁴¹.

Les actes pris en exécution d'un large pouvoir d'appréciation requièrent une motivation étoffée⁴².

Le contexte légal de l'acte peut influencer sur l'étendue de la motivation requise. La motivation par renvoi ou référence à ce contexte est, en principe, admise. Ainsi, lorsqu'un acte individuel se place dans la ligne d'une pratique décisionnelle constante, il peut être motivé d'une manière sommaire, par une référence à cette pratique⁴³. En revanche, allant sensiblement plus loin que les décisions antérieures⁴⁴ ou dérogeant à une pratique établie, l'acte requiert une motivation plus explicite.

De même, un acte de portée générale peut être motivé par référence à un acte antérieur, tel l'acte de base dans l'application duquel il s'inscrit et avec lequel il présente un lien étroit⁴⁵. Ce principe trouvait de multiples illustrations éloquentes dans la mise en œuvre de la politique agricole

32. S'agissant de la motivation du volet individuel des actes instaurant des mesures restrictives : CJUE, 15 nov. 2012, *Bamba c/ Conseil*, aff. C-417/11 P, EU:C:2012:718, pts. 49 et s.

33. J.-Cl. Masclat, « Règlement », *Rép. Dalloz droit européen*, 1997, n° 144.

34. Ch. Hen, « La motivation des actes des institutions communautaires », *préc.*, spéc. p. 72 et s.

35. G. Le Tallec et C. D. Ehlermann, « La motivation des actes des Communautés européennes », *RMC*, 1966, p. 179, spéc. pp. 179 et 182.

36. V. déjà, Ch. Hen, « La motivation des actes des institutions communautaires », *préc.*, spéc. p. 78. L'exigence de motivation est plus stricte, selon D. Ritleng, « Motivation », *préc.*, spéc. p. 696.

37. V. les exemples cités par D. Ritleng, « Motivation », *préc.*, spéc. p. 694.

38. Guide pratique commun, *préc.*, pt. 10.9.

39. *Ibid.*, pt. 10.10.

40. Les motifs de ce dernier acte ne sont pas systématiquement reproduits, mais servent de guide pour l'acte modificateur : *ibid.*, pts. 18.11 et 18.12.

41. CJCE, 18 juill. 2007, *Pologne c/ Parlement et Conseil*, aff. C-460/05, EU:C:2007:447, pt. 19.

42. CJCE, 21 nov. 1991, *Technische Universität München*, *préc.*, pts. 13-14.

43. CJCE, 26 nov. 1975, *Papiers peints c/ Commission*, aff. 73/74, EU:C:1975:160, pt. 31.

44. *Ibid.*

45. CJCE, 27 sept. 1979, *Eridania*, aff. 230/78, EU:C:1979:216, pts. 15-16.

commune, impliquant l'émission régulière, parfois à intervalles très rapprochés, d'actes de portée générale portant actualisation de données⁴⁶ ou prolongations ou modifications des régimes en place. Dans cet assouplissement de l'obligation de motivation, se mêlent des considérations prises de la brièveté des délais dans lesquels l'institution devait émettre ces actes et la connaissance du régime légal pertinent par les milieux concernés⁴⁷ qui étaient souvent des milieux professionnels. La motivation peut être plus brève compte tenu des contraintes matérielles, techniques ou de délai⁴⁸ s'imposant à l'auteur d'un acte, ou encore du cadre technique et juridique complexe, à caractère essentiellement évolutif, dans lequel l'acte s'inscrit⁴⁹. L'acte requiert une motivation spécifique s'il déroge à la pratique antérieure ou au cadre légal.

Sur un terrain plus procédural et factuel, la motivation est fonction de la participation des intéressés à la procédure d'élaboration de l'acte considéré et du niveau de leur information. Ainsi, dans le « contexte particulier »⁵⁰ de l'apurement des comptes du FEOGA/FEAGA, les décisions individuelles adoptées par la Commission ne requièrent aucune motivation détaillée, compte tenu des échanges approfondis entre la Commission et l'État membre qui précèdent leur adoption en vertu de la réglementation pertinente et de l'émission d'un rapport de synthèse préalable⁵¹. Une approche analogue s'impose dans d'autres domaines⁵² et est parfois appliquée aux

actes de portée générale⁵³, en particulier au vu de la participation des institutions de l'Union et des États membres⁵⁴.

Sur un plan purement factuel, l'on relèvera, à titre d'exemple, qu'en matière de mesures restrictives, la motivation requise s'apprécie au regard du contexte politique et sociétal d'émission des mesures, tel que connu de la personne visée⁵⁵. Ces éléments contextuels sont susceptibles d'être pris en compte, même s'ils ne sont pas explicitement mentionnés dans l'acte en cause.

La détermination concrète de l'étendue de la motivation requise au regard des finalités de celle-ci est la conséquence d'une approche pragmatique du juge quant à l'appréciation des moyens pris de la violation de l'obligation de motivation. La méconnaissance de cette obligation est sanctionnée par le constat judiciaire de l'illégalité de l'acte concerné.

II. La sanction judiciaire du respect de l'obligation de motivation

Le juge de la légalité de l'Union contrôle le respect de l'obligation de motivation au titre de la légalité formelle de l'acte porté devant lui⁵⁶. Au stade de ce contrôle, il fait preuve d'un grand pragmatisme (A), qui permet, dans de nombreux cas, d'éviter les conséquences sévères d'une violation de l'obligation de motivation (B).

46. Par exemple, la motivation pouvait être limitée pour les décisions, adressées à l'ensemble des États membres et « constitu[a]nt pratiquement des actes de caractère général » (G. Le Tallec et C. D. Ehlermann, « La motivation des actes des Communautés européennes », préc., spéc. p. 187), par lesquelles la Commission fixait les prix franc-frontière de céréales et les mettait à jour dans de très brefs délais : CJCE, 1^{er} déc. 1965, *Schwarze*, aff. 16/65, EU:C:1965:117, pp. 1096-1097.

47. S'agissant d'une référence faite par le règlement contesté au régime des quotas de production « d'ailleurs bien connu des intéressés » : CJCE, 30 sept. 1982, *Amylum c/ Conseil*, aff. 108/81, EU:C:1982:322, pt. 21.

48. V., *inter alia*, CJCE, 14 févr. 1990, *Delacre e.a. c/ Commission*, aff. C-350/88, EU:C:1990:71, pts. 15-16 ; CJCE, 5 mai 1998, *Royaume-Uni c/ Commission*, aff. C-180/96, EU:C:1998:192, pt. 70.

49. CJUE, 21 juill. 2011, *Nickel Institute*, préc., pt. 103.

50. CJCE, 14 avr. 2005, *Portugal c/ Commission*, aff. C-335/03, EU:C:2005:231, pt. 84.

51. CJCE, 14 mars 2002, *Pays-Bas c/ Commission*, aff. C-132/99, EU:C:2002:168, pt. 39 ; CJCE, 14 avr. 2005, *Portugal c/ Commission*, préc., pt. 84.

52. P. ex. pour l'émission de décisions individuelles en matière de marchés publics : Trib. UE, 17 sept. 2015, *Ricoh Belgium c/ Conseil*, aff. T-691/13, non publié, EU:T:2015:641, pt. 43.

53. CJUE, 21 juill. 2011, *Nickel Institute*, préc., pts. 100 et 104.

54. CJCE, 21 oct. 2001, *Italie c/ Conseil*, aff. C-120/99, EU:C:2001:567, pt. 29 ; CJCE, 14 juill. 2005, *Pays-Bas c/ Commission*, préc., pt. 114.

55. CJUE, 15 nov. 2012, *Bamba c/ Conseil*, préc., pts. 53-59 et 62.

56. Relèvent du contentieux de la légalité le recours en annulation au titre de l'article 263 TFUE, le renvoi préjudiciel en appréciation de validité au titre de l'article 267 TFUE, ainsi que l'exception d'illégalité visée à l'article 277 TFUE.

A. Un contrôle pragmatique du respect de l'obligation de motivation

Relevant de la légalité externe au titre du contrôle du respect des formes substantielles, le moyen pris de la violation de l'obligation de motivation doit être distingué des moyens mettant en cause le bien-fondé des motifs au titre de la légalité interne. Le premier conduit le juge à vérifier si l'acte est pourvu d'une motivation, si celle-ci est suffisante, compréhensible, logique, non contradictoire⁵⁷ et cohérente avec le dispositif⁵⁸. En revanche, « [une motivation] peut être suffisante tout en exprimant des motifs erronés »⁵⁹. Le contrôle du bien-fondé des motifs relève, pour sa part, de la légalité interne.

Ainsi délimité, le moyen de légalité pris de la violation de l'obligation de motivation relève de l'ordre public⁶⁰. En cette qualité, il bénéficie d'un régime contentieux dérogatoire. Il doit être examiné d'office par le juge et peut être invoqué par le justiciable à tout moment de la procédure, même en méconnaissance des règles ordinaires de forclusion des moyens⁶¹.

La violation de l'obligation de motivation se mesure à l'aune des finalités attribuées à cette obligation. Ainsi, la motivation est jugée suffisante lorsqu'elle permet au juge de contrôler l'acte au fond⁶² et/ou lorsqu'elle a permis au justiciable de connaître les justifications de l'acte et de le contester devant le juge⁶³. À l'inverse, la motivation est insuffisante lorsqu'elle empêche le juge de procéder à ce contrôle et/ou lorsqu'elle a empêché le justiciable de contester utilement l'acte⁶⁴. Dans ce dernier cas, le juge accueille l'allégation prise d'une violation de

l'obligation de motivation et annule ou invalide l'acte.

Le constat d'une violation de l'obligation de motivation se fait relativement rare en pratique⁶⁵, concerne les actes individuels plutôt que les actes de portée générale et profite davantage au justiciable individuel qu'aux requérants privilégiés que sont les États membres et les institutions de l'Union. Ces variations reflètent la modulation de l'obligation de motivation et de son appréciation circonstancielle par le juge.

Ainsi, tout d'abord, l'allègement de l'exigence de motivation des actes de portée générale les protège indéniablement contre des annulations ou invalidations de pure forme. La modulation de l'obligation de motivation sert ici d'instrument de protection des actes normatifs de l'Union, qui recèlent souvent des compris difficiles.

Ensuite, la prise en compte de la participation des intéressés à la procédure d'émission de l'acte entraîne une certaine subjectivisation du moyen pris de la violation de l'obligation de motivation. Les États membres, largement associés aux procédures législatives et aux procédures d'adoption d'actes qui leur sont adressés, sont réputés en avoir une connaissance suffisante⁶⁶. Les institutions, dans leurs relations interinstitutionnelles, se prévalent souvent sans succès d'un tel moyen⁶⁷. Le moyen joue de ce fait plutôt à l'avantage de requérants non privilégiés⁶⁸, contestant des actes de portée individuelle. La prise en compte de la participation des intéressés à la procédure d'adoption de l'acte tend ainsi à protéger encore davantage les actes de portée

57. CJCE, 10 juill. 2008, *Bertelsmann et Sony Corporation of America c/ Impala*, préc., pt. 169.

58. Trib. UE, 16 déc. 2015, *British Airways c/ Commission*, aff. T-48/11, EU:T:2015:988, non publié, pts. 29, 33 et 45, confirmé sur pourvoi (CJUE, 14 nov. 2017, *British Airways c/ Commission*, aff. C-122/16 P, EU:C:2017:861).

59. CJUE, 16 nov. 2017, *Ludwig-Bölkow-Systemtechnik c/ Commission*, aff. C-250/16 P, EU:C:2017:871, pt. 16.

60. CJCE, 20 févr. 1997, *Commission c/ Daffix*, préc., pt. 24. V., à ce propos, F. Clausen, *Les moyens d'ordre public devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruylant, 2018, spéc. pp. 209-218.

61. F. Clausen, *Les moyens d'ordre public devant la Cour de justice de l'Union européenne*, préc., spéc. p. 591 et s.

62. CJCE, 10 juill. 2008, *Bertelsmann et Sony Corporation of America c/ Impala*, préc., pt. 181.

63. CJCE, 8 févr. 1963, *Mandelli c/ Commission*, préc., p. 44; CJUE, 14 oct. 2010, *Deutsche Telekom c/ Commission*, aff. C-280/08 P, EU:C:2010:603, pt. 133.

64. TPI, 22 sept. 2005, *Suproco c/ Commission*, aff. T-101/03, EU:T:2005:336, pts. 42, 43 et 48.

65. V. déjà pour un constat analogue, Ch. Hen, « La motivation des actes des institutions communautaires », préc., spéc., p. 89.

66. V. à ce propos et s'agissant de l'idée d'une subjectivisation des moyens, L. Coutron, « Les recours formés par les États mis en minorité », in F. Picod (dir.), *Le principe majoritaire en droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2016, p. 227, spéc. p. 241 et s.

67. V., en particulier, CJCE, 31 mars 1971, *Commission c/ Conseil*, dit « AETR », préc., pt. 99; CJUE, 14 avr. 2015, *Conseil c/ Commission*, aff. C-409/13, EU:C:2015:217, pts. 66 et 76-81. V. toutefois, CJCE, 1^{er} oct. 2009, *Commission c/ Conseil*, préc.; CJCE, 21 janv. 2003, *Commission c/ Parlement et Conseil*, préc.

68. V. déjà, Ch. Hen, « La motivation des actes des institutions communautaires », préc., spéc. p. 79.

générale contre les annulations, compte tenu de la faible ouverture du prétoire des juridictions de l'Union au profit des requérants non privilégiés.

Enfin, si le juge interdit aux institutions de l'Union de combler une lacune de motivation au stade contentieux par une motivation *ex post*⁶⁹ et de substituer d'autres motifs à ceux figurant dans l'acte⁷⁰, il paraît en revanche que les institutions peuvent développer ou expliciter les motifs énoncés dans l'acte, le cas échéant en exposant les éléments du contexte de son adoption⁷¹. Cette prise en compte du contexte et des explications fournies au stade contentieux permet de dépasser la stricte lettre des motifs d'un acte. Elle trouve sa limite, outre dans l'exigence de connaissance des motifs par l'intéressé, dans le principe traditionnel du contentieux de l'Union, selon lequel la légalité d'un acte s'apprécie au moment de la date de son adoption et au vu des éléments disponibles à ce moment⁷². Au vu de ce principe, les éléments contextuels pris en compte au stade de l'évaluation de la suffisance de motivation sont ceux disponibles et connus à ce même moment.

Conjuguées, ces différentes considérations mettent à jour un certain pragmatisme judiciaire et une relative souplesse dans l'appréciation de la violation de l'obligation de motivation⁷³, « condamna[nt] l'excès d'analyse au profit de l'esprit de synthèse »⁷⁴. Protectrice des actes de l'Union, l'approche du juge permet de les prémunir contre des annulations de pure forme. Le constat d'une violation de l'obligation apparaît, en définitive, comme l'ultime mesure lorsque ni le juge ni le justiciable ne comprennent l'acte faisant l'objet d'un contrôle.

B. Des conséquences sévères du constat de la violation de l'obligation de motivation

La violation de l'obligation de motivation entache l'acte d'illégalité.

Dans le cadre du contentieux de la légalité des actes de l'Union, une telle illégalité entraîne l'annulation de l'acte par le juge dans la mesure demandée par la partie requérante dans le cadre du recours en annulation⁷⁵, une déclaration incidente d'illégalité lorsque l'acte est mis en cause par voie d'exception ou une déclaration d'invalidité dans le cadre du renvoi préjudiciel. Cette conséquence est inévitable et de rigueur. Conformément au principe de séparation des pouvoirs, le juge s'interdit lui-même de combler une lacune de motivation, de compléter les motifs de l'acte attaqué. Ne pouvant substituer ses motifs à ceux de l'acte attaqué sans empiéter sur les pouvoirs appartenant à l'auteur de celui-ci, le juge ne saurait donc remédier à un défaut ou à une insuffisance de motivation⁷⁶.

En revanche, le juge peut décider de maintenir les effets produits par un acte entaché d'une violation de l'obligation de motivation, lorsque cet acte a déjà épuisé ses effets⁷⁷ ou dans l'attente de l'adoption d'un nouvel acte⁷⁸. S'agissant, en particulier, d'un acte de portée générale, une telle solution est sans doute bienvenue pour des raisons de sécurité juridique, en ce qu'elle prévient le vide juridique qu'occasionnerait une annulation ou invalidation rétroactive de l'acte jusqu'à l'adoption d'un nouvel acte.

En conséquence d'une annulation ou d'une invalidation d'un acte, son auteur peut reprendre la procédure au moment où l'illégalité a été com-

69. Il paraît en aller différemment, toutefois, d'une insuffisance de motivation dans le contentieux de la fonction publique (D. Ritleng, « Motivation », préc., spéc. p. 700). Cela étant, une absence de toute motivation du fait de l'intervention d'une décision implicite de rejet en raison du silence sur une réclamation, pratique elle-même contestée (G. Vandersanden, « La procédure et les voies de recours », in I. Govaere et G. Vandersanden (dir.), *La fonction publique communautaire. Nouvelles règles et développements contentieux*, Bruylant, 2008, p. 111, spéc. pp. 129-130), ne peut être comblée *a posteriori* : TPI, 12 févr. 1992, *Volger c/ Parlement*, aff. T-52/90, EU:T:1992:12, pt. 40.

70. F. Schockweiler, « La motivation des décisions individuelles en droit communautaire et en droit national », *CDE*, 1989, p. 3, spéc. p. 36.

71. V., en ce sens en matière de mesures restrictives, CJUE, 15 nov. 2012, *Bamba c/ Conseil*, préc., pt. 62.

72. CJCE, 7 févr. 1979, *France c/ Commission*, aff. jtes. 15/76 et 16/76, EU:C:1979:29, pt. 7 ; CJCE, 24 sept. 2002, *Falck et Acciaierie di Bolzano c/ Commission*, aff. jtes. C-74/00 P et C-75/00 P, EU:C:2002:524, pt. 168.

73. V. dans le même sens, J.-Cl. Masclat, « Règlement », préc., n° 139.

74. G. Le Tallec et C. D. Ehlermann, « La motivation des actes des Communautés européennes », préc., spéc. p. 185.

75. CJUE, 14 nov. 2017, *British Airways c/ Commission*, préc., pts. 81-90.

76. CJUE, 24 janv. 2013, *Frucona Košice c/ Commission*, aff. C-73/11 P, EU:C:2013:32, pt. 75.

77. CJCE, 1^{er} oct. 2009, *Commission c/ Conseil*, préc., pts. 64-66.

78. CJCE, 21 janv. 2003, *Commission c/ Parlement et Conseil*, préc., pts. 74-76.

mise. Concrètement, il peut adopter un nouvel acte, substantiellement identique, pourvu cette fois-ci d'une motivation plus étoffée, claire, compréhensible. Pour autant d'appuyer l'acte sur les éléments disponibles à la date d'adoption de l'acte infirmé, il ne sera point tenu de rouvrir la procédure administrative, de reprendre son enquête ou d'entendre les parties. Le nouvel acte pourra faire l'objet d'une nouvelle contestation devant le juge, qui prolongera d'autant le désaccord substantiel entre les parties au litige⁷⁹. De telles prolongations sont inévitables, eu égard à l'interdiction pour le juge de substituer les motifs de l'acte soumis à son contrôle.

Selon d'aucuns, en revanche, le juge du plein contentieux de l'Union pourrait combler les lacunes des motifs de l'acte contesté⁸⁰, en le réformant ou complétant. La pratique nous paraît varier. Tout d'abord, le Tribunal est investi d'un pouvoir de réformer l'acte contesté dans le contentieux de la propriété intellectuelle⁸¹. Toutefois, ce pouvoir ne lui permet pas de trancher un point non abordé par la chambre de recours de l'office⁸². De ce fait, le Tribunal ne peut combler un défaut de motivation. En revanche, il procède aisément à des substitutions de motifs erronés⁸³ et, plus rarement, à un complément de motivation en cas de motivation insuffisante⁸⁴.

Ensuite, le Tribunal est investi d'un pouvoir de pleine juridiction en matière d'amendes infligées pour violation du droit européen de la concurrence⁸⁵. Habilité tant à examiner si la décision de la Commission contient une motivation suffisante du montant de l'amende infligée⁸⁶ qu'à procéder à sa propre appréciation du montant approprié de l'amende infligée⁸⁷, il peut en pratique procéder à des compléments de motifs pour justifier le montant retenu par la Commission, tout autant qu'il peut substituer ses motifs à ceux de la Commission. Enfin, en sa qualité de juge de la fonction publique, le Tribunal ne se voit reconnaître un pouvoir de pleine juridiction que pour les litiges à caractère pécuniaire⁸⁸, ce qui réduit d'autant la sphère de son pouvoir, parfois admis dans la doctrine et à le supposer avéré, de réformer des actes⁸⁹.

Enfin, il est de jurisprudence constante qu'en principe, la violation de l'obligation de motivation ne peut engager la responsabilité extra-contractuelle de l'Union dans le cadre du contentieux indemnitaire. Cette approche fut dégagée à propos de la motivation d'un acte réglementaire, au motif que la violation de l'obligation de motivation ne constituerait pas une méconnaissance d'une règle conférant des droits au particulier⁹⁰, et ultérieurement transposée à la moti-

79. Les aléas de l'affaire *Frucona Košice c/ Commission* en témoignent. À la suite d'un arrêt sur pourvoi laissant apparaître qu'une décision prise en matière d'aide d'État pourrait être entachée d'une violation de l'obligation de motivation concernant l'un de ses deux motifs alternatifs et renvoyant l'affaire devant le Tribunal pour l'examen de la légalité de l'autre motif (CJUE, 24 janv. 2013, *Frucona Košice c/ Commission*, préc., pts. 87-90), la Commission retira sa décision (occasionnant par là un non-lieu : Trib. UE, ord., 21 mars 2014, *Frucona Košice c/ Commission*, aff. T-11/07 RENV, EU:T:2014:173) et la remplaça par une nouvelle décision identique au fond mais assortie d'une motivation plus étoffée. À l'occasion d'un recours, par le même requérant, contre cette dernière décision, le Tribunal l'annula au fond (Trib. UE, 16 mars 2016, *Frucona Košice c/ Commission*, aff. T-103/14, EU:T:2016:152, confirmé sur pourvoi : CJUE, 20 sept. 2017, *Commission c/ Frucona Košice*, aff. C-300/16 P, EU:C:2017:706).

80. G. Le Tallec et C. D. Ehlermann, « La motivation des actes des Communautés européennes », préc., spéc. p. 185.

81. Art. 72, § 3, du règlement (UE) 2017/1001 du Parlement européen et du Conseil, du 14 juin 2017, sur la marque de l'Union européenne (JO 2017, L 154, p. 1).

82. CJUE, 5 juill. 2011, *Edwin c/ OHMI*, aff. C-263/09 P, EU:C:2011:452, pt. 72.

83. V. à ce propos, F. Clausen, *Les moyens d'ordre public devant la Cour de justice de l'Union européenne*, préc., spéc. p. 383 et s.

84. V. p. ex., Trib. UE, 21 mai 2015, *Formula One Licensing c/ OHMI*, aff. T-55/13, non publié, EU:T:2015:309, pts. 30-32.

85. Art. 261 TFUE et art. 31 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 déc. 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles [101 et 102 TFUE] (JO 2003, L 1, p. 1).

86. CJUE, 6 nov. 2012, *Otis e.a.*, aff. C-199/11, EU:C:2012:684, pt. 60.

87. CJCE, 8 févr. 2007, *Groupe Danone c/ Commission*, aff. C-3/06 P, EU:C:2007:88, pts. 61-62.

88. Art. 91 du statut des fonctionnaires de l'Union.

89. D'autres auteurs soulignent que, même dans l'exercice de son pouvoir de pleine juridiction, le juge de la fonction publique de l'Union ne peut se substituer à l'administration : S. Van Raepenbusch, « Le contentieux de la fonction publique européenne », *CDE*, 1992, p. 565, spéc. p. 569.

90. CJCE, 15 sept. 1982, *Kind c/ CEE*, aff. 106/81, EU:C:1982:291, pt. 14; CJCE, 30 sept. 2003, *Eurocoton e.a. c/ Conseil*, aff. C-76/01 P, EU:C:2003:511, pt. 98.

vation d'un acte individuel⁹¹. Cette approche « étonne »⁹², dès lors qu'elle omet de prendre en compte la subjectivisation rampante du moyen pris de la violation de l'obligation de motivation

telle qu'elle ressort tant des finalités attribuées à ce moyen que de son analyse circonstancielle par le juge de l'Union.

91. TPI, 25 mai 2004, *Distilleria Palma c/ Commission*, aff. T-154/01, EU:T:2004:154, pt. 60. V. toutefois, pour la possibilité d'obtenir une indemnisation en matière de fonction publique : TFP, 26 juin 2013, *Vacca c/ Commission*, aff. F-116/11, EU:F:2013:92, pts. 62-65.

92. R. Mehdi, « Les moyens d'ordre public dans la procédure contentieuse communautaire », in *Au carrefour des droits. Mélanges Louis Dubouis*, Dalloz, 2002, p. 105, spéc. p. 111.

Perspectives

Droit des sûretés

Dans chaque numéro, la *RDA* donne la possibilité à des auteurs de dessiner les contours, de tracer les évolutions récentes ou à venir d'une matière donnée. À cette fin, la liberté est la plus totale : les contributeurs présentent un libre-propos sur la discipline en général ou sur certains de ses aspects.

La rubrique « Perspectives » de ce numéro est consacrée au droit des sûretés. Le regretté Pierre Crocq avait accepté avec enthousiasme de contribuer à ce dossier, dont l'initiative avait été prise au début de l'année 2019. Mieux encore, il nous avait généreusement prêté son concours pour solliciter plusieurs des auteurs qui ont aimablement accepté d'apporter leur contribution.

La tragédie d'un décès aussi soudain qu'inattendu ne lui aura malheureusement pas permis de nous livrer sa vision d'une matière qu'il maîtrisait si parfaitement.

Ce dossier est dédié à sa mémoire.

Cécile Chainais, Directrice scientifique
de la *Revue de droit d'Assas*

Regard sur l'avant-projet de réforme du droit des sûretés

Jean-Jacques Ansault

p. 106

Quelques observations sur le droit des sûretés, advenu et à venir

Philippe Théry

p. 122

La politique de protection des constituants d'une sûreté personnelle dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés

Vincent Mazeaud

p. 125

Le devoir de mise en garde de la caution : incertitudes et perspectives

Laetitia Bougerol

p. 130

Projet de réforme du droit des sûretés : deux améliorations possibles relatives aux moyens de défense de la caution

Lionel Andreu

p. 138

Encore un nouveau gage ?! La loi PACTE et la financiarisation des sûretés

Maxime Julienne

p. 146

Perspectives

Droit des sûretés

Regard sur l'avant-projet de réforme du droit des sûretés

Jean-Jacques Ansault

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

1. – Après un interminable feuilleton parlementaire, la très dense loi PACTE a été adoptée le 11 avril dernier. Au sein de dispositions diverses et variées, elle autorise le Gouvernement à réformer le droit des sûretés et ce dans un délai de 2 ans¹. Si l'article 60 de la loi donne accessoirement à penser que l'article 1175 du Code civil qui interdit pour l'heure la conclusion de sûretés par voie électronique, sauf si l'opération intervient à des fins professionnelles, a vocation à être modernisé², il reprend surtout par le menu les directives qui ont servi de guide à l'avant-projet de réforme du droit des sûretés paru en 2017³

sous l'égide de l'Association Henri Capitant et rédigé par la « nouvelle » Commission Grimaldi, auquel le dedicataire de ses lignes, mon maître et ami Pierre Crocq, a très activement participé. On l'aura compris, même si certains arbitrages sont susceptibles d'intervenir à la marge, l'essentiel du contenu de ce dispositif devrait intégrer le droit positif⁴. Dans un souci de cohérence législative, le 14^e de l'article 60 de la loi PACTE vient préciser toutefois que cette réforme du droit des sûretés sera menée de concert avec celle du droit des procédures collectives afin d'articuler au mieux ces deux matières⁵. Il faut donc se réjouir

-
1. V. not. O. Gout, « Quelle réforme pour les sûretés dans la loi PACTE ? », *AJCA*, 2019, p. 264 ; Ch. Juillet, « L'article 60 de la loi PACTE, coup d'envoi de la réforme des sûretés », *JCP N*, 2019, p. 1208.
 2. Le gouvernement est autorisé à « moderniser les règles du code civil relatives à la conclusion par voie électronique des actes sous signature privée relatifs à des sûretés réelles ou personnelles afin d'en faciliter l'utilisation » (L. n° 2019-486, art. 60, I, 13°). V. sur le dispositif actuel, G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil*, 2^e éd., Dalloz, 2018, n° 462. Si l'on se réfère à l'amendement à l'origine de l'insertion de cette directive (Amendement n° 2584, 21 sept. 2018), il souligne qu'« afin de favoriser les transactions sous forme électronique, notamment dans les relations avec les banques, il apparaît opportun dans le cadre de la réforme envisagée du droit des sûretés, qu'une réflexion puisse être menée sur une plus grande ouverture de la possibilité de constituer des sûretés sous forme électronique [...] ».
 3. V. not. M. Grimaldi, D. Mazeaud et Ph. Dupichot, « Présentation d'un avant-projet de réforme du droit des sûretés », *D.*, 2017, p. 1717. Voir aussi sur le texte, M. Julienne, « Vers une réforme des sûretés », *JCP N*, 2018, n° 38, act. 739.
 4. Ainsi que le souligne le site du ministère de la justice, « le projet de réforme envisagé par la Chancellerie va s'inspirer pour partie des travaux du groupe de travail présidé par le professeur Michel Grimaldi, sous l'égide de l'Association Henri-Capitant, auquel la Direction des affaires civiles et du Sceau avait confié la mission de formuler des propositions permettant de parachever la réforme de 2006 ».
 5. Et de fait, l'on voit mal comment une réforme du droit des sûretés pourrait faire fi du droit des procédures collectives. V. à ce sujet, R. Damman et M. Guermontprez, « Pour une réforme du droit des sûretés en adéquation avec le droit des entreprises en difficulté », *D.*, 2018, p. 1160 ; A. Bézert, « L'avant-projet de réforme du droit des sûretés de l'Association Henri Capitant : un coup d'épée dans l'eau ? », *RLDC*, janv. 2018, p. 48.

de la prise de conscience par les pouvoirs publics du fait que les deux droits ne sauraient être réformés indépendamment l'un de l'autre⁶. Assez classiquement, se dégage de l'ensemble de l'avant-projet étudié un double objectif propre à chaque réforme du droit français⁷ et ce, quelle que soit d'ailleurs son envergure. Il s'agit d'abord de clarifier et d'améliorer la lisibilité du droit des sûretés, pour des raisons de sécurité juridique et, corrélativement d'attractivité du droit français. Ensuite, quitte à s'exposer à la recherche de la quadrature du cercle, l'on entend renforcer son efficacité, afin de faciliter le crédit et donc le financement de l'activité économique, tout en assurant l'équilibre entre les intérêts des créanciers, titulaires ou non de sûretés, et ceux des débiteurs et des garants. Chacun comprend l'extrême difficulté de situer judicieusement le curseur entre l'exigence de protéger suffisamment le constituant et l'impératif de ne pas lui accorder une protection qui déclencherait, par contre-coup, un contentieux pléthorique.

Sur le fond, les dix années qui se sont écoulées depuis la création du Livre IV consacré aux sûretés ont permis d'éprouver la réforme de 2006 et, partant, de mettre en exergue la nécessité d'y apporter des compléments et des ajustements, y compris par la prise en considération des modifications ultérieures de la matière comme l'introduction, dans notre droit, de la fiducie et du lot d'adaptations qui l'ont concernée⁸. Conformément à l'esprit du Code civil de 1804, la réforme proposée ne se veut pas prolixe et, tout en cherchant à répondre aux besoins légitimes de la pratique, ne vise pas à résoudre dans le détail toutes les questions juridiques susceptibles de se poser. Dans ce sens, la consécra-

tion de principes directeurs communs soit à l'ensemble des sûretés⁹, soit à toutes les sûretés réelles¹⁰ constitue une innovation significative mais peine à faire l'unanimité¹¹. Au demeurant, certaines pourraient avoir une portée insoupçonnée et, en réalité, très discutable¹². Surtout, demeuré identique à lui-même lors de la réforme de 2006 faute d'une habilitation législative – les parlementaires de l'époque avaient refusé de donner au gouvernement la possibilité de modifier par ordonnance un contrat jugé trop « sensible » politiquement¹³ –, le cautionnement est aujourd'hui au cœur de l'avant-projet. Celui-ci propose indubitablement des modifications substantielles quant au régime de cette sûreté personnelle alors qu'il se montre beaucoup plus en retrait pour les autres garanties qui intègrent cette catégorie. Quant aux sûretés réelles, les changements susceptibles de se produire semblent, à première vue, moins significatifs. À l'analyse, si le droit des sûretés personnelles a été partiellement repensé par l'avant-projet (I), le régime des sûretés réelles n'est que ponctuellement retouché (II).

I. Un droit des sûretés personnelles partiellement repensé

2. – Le constat de ce que le droit des sûretés personnelles n'a été que partiellement retouché par l'avant-projet s'explique par une différence de traitement très nette entre, d'une part, le cautionnement et, d'autre part, la garantie autonome et la lettre d'intention. En effet, au-delà d'améliorations de forme qui touchent uniquement le régime du cautionnement et se manifestent notamment par l'introduction d'une série

6. V. dans ce sens, P. Crocq, *Rapport de synthèse*, *Rev. dr. banc. et fin.*, 2018, dossier 34.

7. V. not. sur cette question, N. Borgia, « Propos introductifs », in Y. Blandin et V. Mazeaud (dir.), *Quelle réforme pour le droit des sûretés*, Dalloz, 2019, p. 5 et s.

8. V. not. sur le détail de cette évolution, L. Aynès et P. Crocq, *Droit des sûretés*, LGDJ, 13^e éd., 2019, spéc. n° 775.

9. Av.-proj., art. 2286-2 à 2286-4.

10. Av.-proj., art. 2324 à 2326.

11. V. sur cette question, P. Crocq, « Rapport de synthèse », in *Vers une réforme du droit des sûretés*, Colloque de la Fédération bancaire française du 24 octobre 2017, *Banque et droit*, n° 176, 2017, p. 4 et s.

12. À titre d'exemple, le principe « *accessorium sequitur principale* » reconnu dans le projet d'article 2286-2 du Code civil joue nous dit-on « sauf clause ou disposition contraire ». Rien n'interdirait dans ces conditions de déroger à la règle selon laquelle la sûreté disparaît lorsque la créance initialement garantie est éteinte. De là à soutenir que l'avant-projet aurait permis de rendre toutes les sûretés réelles conventionnelles rechargeables – étant entendu que, dans cette perspective, le principe de déterminabilité viserait exclusivement la seule créance initialement garantie –, il y a un pas que d'aucuns n'hésiteraient pas à franchir.

13. V. not. sur cette question, Ph. Simler, « Une occasion manquée pour le cautionnement », *JCP N*, 2016, n° 1109.

de définitions¹⁴ ou par le recours à des formulations de nature à parfaire l'accessibilité à certaines règles¹⁵, la nouvelle Commission Grimaldi s'est attachée à mettre en avant des directives affectant directement le fond du droit de ce contrat. De ce point de vue, les grandes innovations relatives au droit du cautionnement qui visent à rationaliser son contenu normatif (A) tranchent par leur densité avec le *statu quo* observé quant aux régimes des autres sûretés personnelles, lequel témoigne de la volonté des promoteurs de la réforme de conserver lesdits régimes en l'état afin notamment de ne pas brider la liberté des parties dans ce domaine (B).

A. La rationalisation du droit du cautionnement

3. – Chacun garde en mémoire que le régime du cautionnement n'avait pas eu les honneurs de la réforme de 2006, faute d'une habilitation législative en ce sens¹⁶. Au regard de ces événements passés, l'on ne sera pas surpris que l'avant-projet de 2017 reprenne un nombre important de modifications suggérées, naguère par la Commission Grimaldi de 2005¹⁷, lesquelles visaient déjà à remettre de l'ordre dans un dispositif devenu complexe et incertain, au gré des évolutions législatives et jurisprudentielles. Aujourd'hui comme hier, l'objectif de rationalisation du droit du cautionnement se traduit par le choix de rassembler, autant que faire se peut, des règles éparpillées concernant cette garantie personnelle

dans un seul instrument, à savoir le Code civil. Plus précisément, l'avant-projet cherche à substituer à des dispositifs partiellement redondants et éclatés de manière hasardeuse dans de nombreux textes une disposition *ad hoc* qui viendrait se loger dans ledit code pour chaque catégorie des prescriptions concernées, étant entendu que les multiples textes en cause auraient vocation, dans ce contexte nouveau, à disparaître du droit positif.

Quant à la réforme du cautionnement, cette approche de légistique qui permet de lutter efficacement contre l'inflation et la complexification du droit se manifeste en matière de mentions manuscrites¹⁸, d'exigence de proportionnalité d'engagement du garant¹⁹ ou d'informations dues par le créancier à la caution soit de manière systématique chaque année²⁰, soit uniquement en cas de défaillance du débiteur principal²¹. Mais il y a plus. La volonté de remettre de l'ordre dans le droit du cautionnement et d'endiguer certains errements se concrétise aussi par une amélioration sensible de la rédaction des dispositions applicables à ce contrat. S'agissant des cautionnements disproportionnés, il en va ainsi de la suppression du système désastreux du « tout ou rien », issu du Code de la consommation. Sur le plan de la technique juridique, l'avant-projet entend sanctionner la disproportion constatée entre, d'une part, le montant de l'engagement du garant et, d'autre part, les revenus et le patrimoine de celui-ci, par la simple

14. L'avant-projet se singularise par le choix d'intégrer plusieurs définitions clefs dans le Code civil. Entre autres exemples, l'on songe à celles de la sûreté personnelle (av.-proj., art. 2286, al. 1^{er}), du cautionnement (av.-proj., art. 2288), de la certification de caution (av.-proj., art. 2293) ou du sous-cautionnement (av.-proj., art. 2293).

15. L'avant-projet d'article 1844-4-1 du Code civil cherche, par exemple, à codifier les solutions jurisprudentielles relatives aux conséquences qu'une fusion-absorption, qui toucherait l'un des protagonistes et qui entraînerait la disparition de sa personnalité morale, doit avoir sur l'opération de cautionnement (v. not. sur cette question, Ch. Albigès et M.-P. Dumont, *Droit des sûretés*, Dalloz, 7^e éd., 2019, spéc. n° 222). Sans doute, les auteurs de la réforme auraient-ils pu profiter de l'occasion pour revenir sur la règle selon laquelle l'obligation de couverture s'éteint mécaniquement en cas d'absorption du créancier. En effet, l'on sait que cette solution comporte de très nombreux inconvénients, notamment lorsque la fusion touche une banque titulaire d'un important volume de cautionnements. Au plus fort, dans ces situations, il faut aussi avoir conscience du fait que la caution s'éteint généralement engagée sans limite de temps de sorte qu'elle demeure toujours en droit de résilier son engagement.

16. V. *supra*, n° 1.

17. V. not. sur ces propositions, M. Grimaldi, « Orientations générales de la réforme », *Dr. et patr.*, sept. 2005, p. 50; Ph. Simler, « Les sûretés personnelles », *Dr. et patr.*, sept. 2005, p. 55. V. égal. Ph. Simler, « Codifier ou recodifier le droit des sûretés personnelles ? », in *Le code civil, 1804-2004*, Dalloz, Litec, 2004, p. 373.

18. Av.-proj., art. 2298.

19. Av.-proj., art. 2301.

20. Av.-proj., art. 2303.

21. Av.-proj., art. 2304.

réduction du montant du cautionnement²². Mais, dans ce contexte, il est fâcheux que l'avant-projet ne se soit pas saisi du sort du devoir de mise en garde, qu'une jurisprudence ambiguë fait peser sur les créanciers professionnels²³. Il aurait été souhaitable de conférer à ce concept un régime plus stable et de se donner notamment comme priorité qu'il ne fasse plus doublon, même partiellement, avec la prohibition légale du cautionnement excessif²⁴. Les exigences formelles qui roulaient sur la mention manuscrite de la caution font également l'objet d'une refonte. L'on ne peut que s'en réjouir tant il est vrai que les dérives issues des formules prédéterminées par le législateur étaient dénoncées tant par la doctrine que par la pratique²⁵. Pour essayer de tarir le contentieux massif qui existe aujourd'hui au sujet des mentions manuscrites incomplètes ou entachées d'irrégularités plus ou moins vénielles, les auteurs de l'avant-projet ont cherché à fortement assouplir les impératifs formels posés jusqu'alors. Leur vœu est que la caution personne physique²⁶ indique seulement « qu'elle

s'engage en qualité de caution à payer au créancier ce que lui doit le débiteur en cas de défaillance de celui-ci, dans la limite d'un montant en principal et accessoires exprimé en toutes lettres et en chiffres ». Si le cautionnement est solidaire, il appartiendra à la caution de reconnaître, dans sa mention manuscrite, « être tenue solidairement et ne pouvoir exiger du créancier ni qu'il poursuive d'abord le débiteur, ni, le cas échéant, qu'il divise ses poursuites entre les cautions ». En somme, la caution visée ne se voit plus imposer de recopier, ici ou là, une formule prédéterminée par le législateur. Si le mouvement de simplification initié en la matière mérite incontestablement d'être salué, sans doute pourrait-on faire reproche à l'avant-projet de sacrifier à l'air du temps et de ne pas être allé au bout de sa propre logique. Dans ce sens, ses promoteurs auraient certainement gagné à supprimer purement et simplement la contrainte d'une mention manuscrite à peine de nullité et faire de cette formalité une simple exigence probatoire comme ce fût longtemps le cas en droit français. De ce point de

-
22. Proj., art. 2301. Pour beaucoup, la sanction issue de la loi du 1^{er} août 2003 qui réside dans l'inefficacité pure et simple du cautionnement disproportionné pêche par sa radicalité (v. not. Ph. Simler, *Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*, LexisNexis, 5^e éd., 2015, spéc. n° 880 ; M. Bourassin, V. Brémond, *Droit des sûretés*, Sirey, 6^e éd., 2018, n° 277 ; N. Mathey, « Le caractère excessif de l'engagement de la caution », *Rev. dr. banc. et fin.*, dossier n° 41 ; G. Piette, « La sanction du cautionnement disproportionné », *Dr. et patr.*, 2004, p. 44). En effet, il peut sembler choquant qu'une caution fortunée soit finalement libérée parce qu'elle a accepté de souscrire un engagement encore plus élevé que ses actifs patrimoniaux. Reste que, certains auteurs craignent que la simple réductibilité de l'engagement proposée par l'avant-projet ne soit pas suffisamment prophylactique pour dissuader le créancier de solliciter du candidat caution un engagement excessif (v. dans ce sens, Ch. Juillet, « L'article 60 de la loi PACTE, coup d'envoi de la réforme des sûretés », *loc. cit.*, n° 12. Comp. A. Gouezel et L. Bougerol, « Le cautionnement dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés : propositions de modification », *D.*, 2018, p. 678 et s.). Pour discuter la pertinence de cette critique, encore faudrait-il s'assurer que le texte visé exige nécessairement que la réduction s'opère à mesure de l'excès. Or, dans le silence dudit texte, le juge pourrait, le cas échéant, disposer d'un pouvoir d'appréciation.
23. V. not. sur cette question, L. Aynès et P. Crocq, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 297 et s. Adde, D. Legeais, « Proportionnalité et cautionnement ou l'histoire de deux parallèles qui se croisent », *BICC*, 15 oct. 2013. 22 s. ; A. Perin Dureau, « Variations sur l'obligation de mise en garde au terme de dix ans de décisions », *JCP E*, 2016, p. 1304.
24. V. not. dans ce sens, A. Gouezel et L. Bougerol, « Le cautionnement dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés : propositions de modification », *loc. cit.* ; M. Bourassin, « Quelle réforme pour la formation du cautionnement ? », in Y. Blandin et V. Mazeaud (dir.), *Quelle réforme pour le droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 24.
25. V. not. sur cette question, Ph. Simler, *Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*, *op. cit.*, n° 257 et s.
26. Le texte de l'avant-projet ne limite pas la protection du garant à la seule caution « profane » puisqu'il embrasse toutes les personnes physiques sans distinction, peu important d'ailleurs qu'elle contracte avec un « créancier professionnel » ou non. Si le dispositif pensé par la Commission Grimaldi préconise d'introduire une disposition légale plus souple quant à son contenu que les règles issues de la loi Dutreil du 1^{er} août 2003, lesquelles se logent aujourd'hui au sein de l'article L. 331-1 du Code de la consommation, il faut garder à l'esprit que le champ d'application projeté est plus large que le texte visé. D'où la question lancinante de savoir s'il n'aurait pas été préférable, de manière générale, de priver de ce type de protection les cautions « averties » ou agissant à des fins professionnelles. Il n'est pas interdit de le penser, sauf à souligner que le critère utilisé pour faire le départ entre les différentes catégories de caution mériterait d'être un peu affiné (v. not. sur cette question O. Riffaud-Longuespé, « Caution avertie : une approche pragmatique et équilibrée », *Banque*, mars 2018, p. 62). Plus fondamentalement, comme un auteur l'a très justement rappelé, « la migration de ces différents textes vers le Code civil n'a politiquement de chance d'aboutir qu'à niveau de protection supérieur ou égal (mais non inférieur) » (Ch. Gijsbers, « L'influence de la future réforme des sûretés sur la banque de détail », *Rev. dr. banc. et fin.*, 2018, dossier 28, spéc. n° 13).

vue, la récente réforme du droit des sûretés au sein de l'OHADA, chère à Pierre Crocq, aurait pu utilement servir de guide ici²⁷.

4. – Parmi les modifications essentielles concernant le droit du cautionnement, il faut réserver un sort particulier au projet d'article 2299 du Code civil, lequel affirme que « la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions personnelles ou inhérentes à la dette ». En effet, à l'analyse, le texte proposé ne se contente pas d'opérer une simplification du régime de ce contrat²⁸. Il va bien au-delà en ce qu'il vise fondamentalement à restaurer une cohérence bienvenue à la matière. L'on sait que de nombreuses décisions n'avaient pas hésité à instrumentaliser la distinction des exceptions personnelles au débiteur principal et des exceptions inhérentes à la dette de ce dernier afin de limiter, pour les besoins de la cause, le domaine d'application de l'opposabilité des exceptions par le garant²⁹. Faisant peu de cas de l'origine historique de cette distinction en matière de cautionnement³⁰, la Haute juridiction avait créé, au surplus, une insécurité juridique majeure tant il était difficile de déterminer le critère qu'elle utilisait pour loger les moyens de défense invoqués dans l'une ou

l'autre des catégories³¹. À l'évidence, le retour à un jeu normal de l'opposabilité des exceptions que le texte entend promouvoir est ici de nature à apaiser les craintes des créanciers tout en évitant que ceux-ci s'enrichissent injustement au détriment du constituant. Au demeurant, la même solution a été retenue à propos des moyens de défense susceptibles d'être invoqués par le tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué et ce, avec une volonté affichée de briser une jurisprudence pour le moins incompréhensible³².

5. – D'une manière générale, les auteurs de l'avant-projet se sont montrés sensibles à la promotion d'un principe de liberté de gestion des sûretés. En témoigne, par exemple, le projet d'article 2319 du Code civil, qui dispose que le bénéficiaire d'une sûreté légale jouit de la faculté de l'inscrire ou non, y compris dans le cas de figure où sa créance se trouve également garantie par un cautionnement, étant entendu alors que le constituant de cette sûreté personnelle ne saurait lui reprocher un défaut d'inscription par le truchement du bénéfice de non-subrogation. La volonté des auteurs de l'avant-projet de briser une jurisprudence bien connue qui a admis qu'une caution peut, sur un tel fondement,

27. V. not. *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés, La réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, P. Crocq (dir.), éd. Lamy, 2012, spéc. n° 84.

28. V. not. dans ce sens, J.-D. Pellier, « Une certaine idée du cautionnement », *D.*, 2018, p. 686 et s., spéc. n° 6.

29. V. not. sur la renonciation par le créancier au droit à agir en paiement contre le débiteur principal (Com., 22 mai 2007, n° 06-12.196, *D.*, 2007, p. 1999, note O. Deshayes, et 2008, p. 2104, obs. P. Crocq; *AJDI*, 2007, p. 759; *RTD civ.*, 2007, p. 805, obs. P. Théry, et 2008, p. 333, obs. P. Crocq; *RTD com.*, 2007, p. 833, obs. A. Martin-Serf, et 2008, p. 172, obs. B. Bouloc), sur le dol (Ch. mixte, 8 juin 2007, n° 03-15.602, *D.*, 2008, p. 514, note L. Andreu; *D.*, 2007, p. 2201, note D. Houtcieff; *D.*, 2008, p. 871, obs. D. R. Martin et H. Synvet; *D.*, 2008, p. 2104, obs. P. Crocq; *RTD civ.*, 2008, p. 331, obs. P. Crocq; *RTD com.*, 2007, p. 585, obs. D. Legeais, et *RTD com.*, 2007, p. 835, obs. A. Martin-Serf); sur la rupture abusive de crédit (Com., 22 sept. 2009, n° 08-10.389); sur la clause de conciliation préalable (Com., 13 oct. 2015, n° 14-19.734, *D.*, 2016, p. 628, note V. Mazeaud, *D.*, 2016, p. 1279, obs. A. Leborgne; *D.*, 2016, p. 1955, obs. P. Crocq; *RTD civ.*, 2015, p. 917, obs. P. Crocq; *RTD civ.*, 2015, p. 932, obs. P. Théry; *RTD civ.*, 2015, p. 114, obs. H. Barbier; *RTD com.*, 2016, p. 177, obs. B. Bouloc).

30. Au vrai, dans l'esprit du codificateur de 1804, la qualification d'exception personnelle avait vocation à être confinée pour l'essentiel aux hypothèses d'incapacité du débiteur et plus exactement à celles de minorité; la finalité de la règle étant dans ce système de permettre au débiteur incapable de trouver du crédit en fournissant un cautionnement. V. not. sur cette question, A.-S. Barthez et D. Houtcieff, *Les sûretés personnelles*, LGDJ, 2010, spéc. n° 79.

31. V. en particulier sur cette question, D. Houtcieff, « La remise en cause du caractère accessoire du cautionnement », *Rev. dr. banc. et fin.*, 2012, dossier n° 38; Ph. Simler, « Le cautionnement est-il encore une sûreté accessoire ? », in *Mélanges G. Goubeaux*, LGDJ, 2009, p. 497. V. cep. L. Andreu, « La caution et le dol subi par le débiteur », *D.*, 2008, 514; C. Grimaldi, « Le cautionnement, l'engagement et l'obligation », *RDC*, 2008, n° 3, p. 702; D. R. Martin, obs. sous Ch. mixte, 8 juin 2007, *D.*, 2008, p. 871.

32. V. not. Civ. 2^e, 19 févr. 2015, n° 13-27.691, *D.*, 2015, 964, note P. Théry; *D.*, 2015, p. 1339, obs. A. Leborgne; *D.*, 2015, p. 1810, obs. P. Crocq; *RTD civ.*, 2015, p. 652, obs. W. Dross; *Procédures*, 2015, comm. 158, obs. C. Laporte; *Rev. dr. banc. et fin.*, 2015, comm. 95, obs. S. Piédelièvre. Selon cet arrêt, « en application de l'article 2463 du code civil, le tiers détenteur qui ne remplit pas les formalités pour purger sa propriété est tenu, ou de payer, ou de délaisser l'immeuble; qu'ayant relevé que M. X... était recherché en sa qualité de tiers détenteur du bien immobilier, débiteur du droit de suite, la cour d'appel a retenu à bon droit qu'il n'était pas fondé à se prévaloir de la prescription de la créance principale à l'appui de sa demande de mainlevée du commandement de payer valant saisie ». Une telle solution qui aboutit à faire peser le poids final de la dette principale sur le tiers détenteur n'a pas été suivie par la chambre commerciale de la Cour de cassation (Com., 5 avr. 2016, n° 14-20.467, *D.*, 2016, p. 838; *D.*, 2016, p. 1955, obs. P. Crocq).

opposer au créancier l'absence de publication de son privilège de prêteur de deniers³³ afin d'être déchargée à due proportion ne fait aucun doute. Il est vrai que la position de la Cour de cassation prêtait le flanc à la critique en ce que la pratique recourt dans de nombreux montages à un cautionnement pour éviter justement l'inscription du privilège en cause et réduire ainsi le coût global de l'opération envisagée. L'avant-projet entend également limiter le bénéfice de subrogation en prévoyant que « la caution ne peut se prévaloir [...] du choix, par le créancier, du mode de réalisation d'une sûreté ». Là encore, il s'agit de remettre en cause une jurisprudence de la chambre commerciale qui s'était rangée à l'analyse d'une caution, laquelle invoquait un tel bénéfice à l'encontre d'un créancier qui avait cru bon de ne pas exercer sa faculté de demander l'attribution judiciaire du bien donné en garantie³⁴. Au demeurant, cette idée des promoteurs de la réforme selon laquelle il est assurément attentatoire à la liberté du créancier que de le contraindre dans le mode de réalisation de sa sûreté se retrouve à un plus haut degré de généralité au sein du projet d'article 2286-4 du Code civil qui prescrit que « le créancier choisit librement le mode de réalisation de sa sûreté. S'il est titulaire de plusieurs sûretés, il est libre de l'ordre de leur réalisation ».

6. – L'effort de rationalisation du droit du cautionnement transparaît aussi à l'occasion des corrections apportées au régime du recours « avant paiement » de la caution. Là où les textes autorisent aujourd'hui le garant qui n'a pas encore désintéressé le créancier à obtenir une somme d'argent de la part du débiteur principal au titre d'un recours « préventif », le nouveau

dispositif limite ses droits à la faculté de « requérir en justice la constitution d'une sûreté sur tout bien du débiteur à hauteur des sommes garanties ». Il est vrai que pour justifier l'état du droit positif en la matière, l'on a pu mettre en exergue l'idée que la somme d'argent octroyée ici s'analysait comme une indemnisation destinée à compenser l'aggravation du risque subi par la caution³⁵. Toutefois une telle qualification paraît moins en harmonie avec l'essence même d'un recours préventif, lequel gagnerait, dans la droite ligne de la proposition issue de la Commission Grimaldi, à prendre exclusivement la forme de la constitution d'une mesure conservatoire sur les biens du débiteur principal. Comme d'autres, cet article de l'avant-projet de réforme révèle que la Commission en cause a fait de la refonte du régime du cautionnement un axe majeur. C'est d'une manière bien différente qu'a été appréhendé par celle-ci le sort des autres sûretés personnelles. En effet, les membres de la Commission ont, en grande partie, privilégié ici le *statu quo* de sorte que le régime de ces autres garanties demeure majoritairement en l'état.

B. La conservation du régime des autres sûretés personnelles

7. – A priori, l'on pourrait s'étonner de ce que la loi PACTE ne vise que le cautionnement et non les autres sûretés personnelles. Il s'ensuit que la compétence du Gouvernement pour réformer le droit des sûretés ne s'étend pas aux garanties autonomes et aux lettres d'intention. Faut-il y voir une forme de défiance des pouvoirs publics pour le contenu de l'avant-projet quant à ces garanties ? Il n'en est rien car la « nouvelle » Commission Grimaldi n'a proposé que des ajust-

33. Civ. 1^{re}, 3 avr. 2007, n° 06-12.531, *Bull. civ. I*, n° 138; *JCP G*, 2007, I, 158, n° 13, obs. Ph. Simler; *JCP E*, 2007, p. 1700, note D. Legeais; *D.*, 2007, p. 1572, note D. Houtcieff. Selon la Haute Juridiction, « le prêteur de deniers, bénéficiaire du privilège institué par l'article 2374 du Code civil, qui se garantit par un cautionnement, s'oblige envers la caution à inscrire son privilège ».

34. Com., 13 mai 2003, n° 00-15.404, *Bull. civ. IV*, n° 71; *JCP G*, 2003, I, 174, n° 15, obs. M. Cabrillac; *LPA*, 24 nov. 2003, obs. D. Houtcieff; *Rev. dr. banc. et fin.*, 2003, comm. 181, p. 287, obs. D. Legeais et comm. 192, p. 293, obs. F.-X. Lucas; *RTD com.*, 2003, p. 803, obs. B. Bouloc; *RTD com.*, 2004, p. 156, obs. A. Martin-Serf; *Defrénois*, 2004, art. 37969, n° 889, obs. J. Honorat; *LPA*, 19 févr. 2004, p. 4, note E. Mouial-Bassilana. V. aussi, Com., 8 mars 2017, n° 14-29.819, qui affirme que « si l'attribution judiciaire du gage ne constitue qu'une faculté pour le créancier, ce dernier, lorsqu'il est par ailleurs garanti par un cautionnement, commet une faute au sens du second de ces textes si, en s'abstenant de demander cette attribution, il prive la caution d'un droit qui pouvait lui profiter ». *Comp.*, Ch. mixte, 10 juin 2005, n° 02-21.296 : *Bull. civ. ch. mixte*, 2005, n° 5; *Bull. inf. C. cass.*, 15 juill. 2005, rapp. Cachelot et concl. De Gouttes; *D.*, 2005, p. 2020, note S. Piedelièvre et p. 2087, obs. P. Crocq; *JCP G*, 2005, II, 10130, note Ph. Simler; *JCP E*, 2005, p. 1088, note D. Legeais.

35. V. not. Com., 21 janv. 2003, n° 00-21.654, *Bull. civ. IV*, n° 8, *Rev. dr. banc. et fin.*, 2003, comm. 71, obs. D. Legeais; *RDC*, 2003, p. 177, obs. D. Houtcieff, qui juge que l'action exercée par la caution contre le débiteur, avant même d'avoir payé, constituait une « créance personnelle d'indemnité ». V. égal. dans ce sens, M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, op. cit., n° 278.

tements mineurs en matière de garantie autonome et, dans le domaine de la lettre d'intention, n'envisage aucune modification par rapport à l'article 2322 du Code civil issu de l'ordonnance du 23 mars 2006. C'est dire que le texte reprend pour l'essentiel, parfois à la virgule près, le droit positif en la matière et s'attache dans un souci de pédagogie à conserver la numérotation des articles relatifs à ces deux garanties. Toutefois, l'on conservera à l'esprit que, s'agissant de la présentation formelle de l'article consacré à la garantie autonome, l'avant-projet décide de placer la règle cardinale de l'inopposabilité des exceptions à l'alinéa 2 et non plus à l'alinéa 3. En dehors de cette interversion, les auteurs de la réforme corrigent une imperfection rédactionnelle, qui en faisant référence à la « collusion » du bénéficiaire avec le donneur d'ordre paraît à beaucoup, au mieux superfétatoire par rapport à la notion de fraude, au pire, un peu en décalage avec la réalité pratique³⁶. Plus sobrement, le projet d'alinéa 3 de l'article 2321 du Code civil énonce que le garant « n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifeste ». Une partie de la doctrine trouve étonnant que les promoteurs de la réforme n'aient pas saisi l'occasion d'une réflexion sur les textes en vigueur pour encadrer, voire interdire purement et simplement la sous-

cription d'une garantie autonome par une personne physique³⁷ et ce, en dehors des règles particulières relatives à leur utilisation dans les baux d'habitation³⁸ ainsi que des prohibitions qui existent en matière de crédit à la consommation³⁹. Et de fait, certains auteurs ajoutent qu'un monopole du cautionnement devrait aussi s'imposer, de manière plus ou moins générale, lorsqu'une personne physique entend émettre une lettre d'intention⁴⁰. Outre qu'elles conduiraient à limiter de manière drastique la liberté contractuelle, ces analyses véhiculent un effet pervers. En effet, l'interdiction pure et simple de ces garanties en droit interne pourrait conduire les opérateurs économiques à imposer aux candidats garants personnes physiques des outils juridiques potentiellement plus dangereux encore comme, par exemple, la délégation ou la promesse de porte-fort⁴¹. À supposer qu'il faille absolument encadrer plus drastiquement la garantie autonome et la lettre d'intention – ce qui ne relève pas de l'évidence –, la technique la plus judicieuse serait de procéder, comme le propose un auteur, par des renvois ponctuels à des textes du cautionnement bien ciblés⁴². Seraient concernés pêle-mêle, pour ces deux sûretés, les règles prescrites par l'article 1415 du Code civil⁴³, les dispositions relatives aux recours personnels

-
36. En pratique, la collusion condamnée par le texte s'exerce moins entre le bénéficiaire et le donneur d'ordre qu'entre le bénéficiaire et le garant de sorte que c'est traditionnellement ledit donneur d'ordre qui se trouve victime d'une entente malveillante entre ces deux sujets de droit. V. dans ce sens, D. Gallois-Cochet, « La garantie autonome et la lettre d'intention », *RLDA*, 2007, n° 4, p. 68 et 72; A. Prum, « La consécration légale de la garantie autonome », in *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Dalloz-Litec, 2006, p. 413.
37. V. dans ce sens, Ch. Juillet, « L'article 60 de la loi PACTE, coup d'envoi de la réforme des sûretés », *loc. cit.*, spéc. n° 3. Selon l'auteur « il est en effet curieux qu'une personne physique puisse librement souscrire une garantie autonome, qui est autrement plus dangereuse qu'un cautionnement, sans bénéficier des protections qu'offre le régime de ce dernier et dont la nécessité est précisément réaffirmée par l'article 60, 1° de la loi PACTE ». V. déjà en ce sens au moment de la réforme du droit des sûretés de 2006, J. Stoufflet, « La reconnaissance par l'ordonnance du 23 mars 2006 de deux types de garantie issues de la pratique : la garantie autonome et la lettre d'intention », *Rev. Sociétés*, 2006, p. 473, spéc. n° 10.
38. Selon l'article 22-1-2 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs, la garantie autonome peut remplacer le dépôt de garantie mais uniquement dans la limite d'un mois de loyer.
39. C. consom., art. L 314-19.
40. V. not. C.-A. Michel, *La concurrence entre les sûretés*, préf. Ph. Dupichot, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 580, 2018, spéc. n° 105.
41. V. dans ce sens, Ph. Simler, *Cautionnement – Garanties autonomes – Garanties indemnitaires*, *op. cit.*, spéc. n° 7. Adde, R. Cabrilac, « De la loi de substitution et de quelques-unes de ses applications en droit privé », in *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Dalloz-Litec, 2006, p. 19 et s.
42. V. not. dans ce sens, C. Albigès, « La garantie autonome et la lettre d'intention, quelle réforme ? » in *Quelle réforme pour le droit des sûretés*, dir. Y. Blandin et V. Mazeaud, n° 30 et s.
43. V. déjà en ce sens, pour la garantie autonome, Civ. 1^{re}, 20 juin 2006, n° 04-11.037, *Bull. civ.*, 2006, I, n° 313; *JCP G*, 2006, I, 195, n° 9, obs. Ph. Simler; *JCP G*, 2006, II, 10141, note S. Piedelièvre; *RTD civ.*, 2006, p. 592, obs. P. Crocq; *Defrénois*, 2006, art. 38469, p. 1616, obs. G. Champenois; *RDC*, 2006, p. 1193, obs. D. Houtcieff. V. aussi J. Piedelièvre, « De quelques difficultés posées par la souscription d'une garantie à première demande par un époux commun en biens », *JCP N*, 1996, I, p. 1319; F. Jacob et N. Rontchevsky, « L'application de l'article 1415 du Code civil aux garanties », in *Mélanges AEDBF*, éd. Banque 2001, p. 197. V. aussi favorable à l'application du dispositif à la lettre d'intention, A.-S. Barthez et D. Houtcieff, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 1440; M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 514; Ph. Simler, n° 1075.

et subrogatoires⁴⁴ ou le bénéfice du « reste à vivre »⁴⁵, étant entendu que d'autres renvois viseraient uniquement la garantie autonome comme l'exigence de proportionnalité⁴⁶, les impératifs de forme à titre de validité⁴⁷, les obligations d'information⁴⁸ et le bénéfice de subrogation⁴⁹. Pour autant, l'absence de consensus doctrinal, non seulement quant à la détermination des textes susceptibles d'être concernés expressément par un renvoi, mais aussi quant aux distinctions à opérer, le cas échéant, entre la garantie autonome et la lettre d'intention sur ces différents points de régime, rend bien périlleuse une telle initiative. Dans ce contexte, la « nouvelle » Commission Grimaldi se préoccupe davantage du régime d'une autre garantie susceptible d'intégrer, au moins pour partie, la définition que cette même Commission donne des

« sûretés personnelles »⁵⁰, à savoir le « cautionnement réel ».

8. – Convaincus comme d'autres⁵¹ que la sûreté réelle pour autrui transcende l'opposition entre les sûretés personnelles et les sûretés réelles, les auteurs de l'avant-projet s'attachent à mettre en exergue son caractère hybride et à lui conférer un régime mixte⁵². Condamnant une jurisprudence contestable et contestée qui s'obstinait, depuis 2005⁵³, à analyser cette garantie de crédit comme une « pure sûreté réelle », ce qui a d'ailleurs conduit la Haute juridiction à priver récemment le constituant du bénéfice de subrogation⁵⁴, l'avant-projet vise à réintégrer la garantie en cause dans l'orbite du cautionnement. Et de fait, comment nier que ce contrat participe à la fois du cautionnement, en tant qu'il garantit la dette d'un tiers et expose la richesse du consti-

-
44. V. dans ce sens, Ph. Simler, *Cautionnement – Garanties autonomes – Garanties indemnitaires*, op. cit., n° 1037; A.-S. Barthez et D. Houtcieff, *Les sûretés personnelles*, op. cit., n° 375; J. François, *Les sûretés personnelles*, *Economica*, 2004, n° 480.
45. M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, op. cit., n° 700.
46. V. not. Y. Picod, *Droit des sûretés*, PUF, 3^e éd., 2016, n° 145. Comp. Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, thèse Paris II, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas Paris II, 2005, n° 499; C.-A. Michel, *La concurrence entre les sûretés*, op. cit., n° 64; M. Bourassin, *L'efficacité des garanties personnelles*, préf. V. Brémond et M.-N. Jobard-Bachelier, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 456, 2006, n° 852.
47. V. not. N. Borgia, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles – Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, préf. S. Porchy-Simon, Dalloz, coll. « Nouv. Bibl. de Thèses », vol. 82, 2009, n° 465; L. Andreu et J.-D. Pellier, « L'incidence de la réforme du droit des obligations sur les sûretés personnelles », in *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, LGDJ – Institut universitaire Varenne, 2017, p. 521, n° 27.
48. V. défavorable à l'extension de l'obligation d'information annuelle mais favorable à celle liée à la défaillance du débiteur, N. Borgia, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles – Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, op. cit., n° 483; M. Bourassin, *L'efficacité des garanties personnelles*, op. cit., n° 842. Comp. Y. Picod, *Droit des sûretés*, op. cit., n° 145; Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés, la publicité foncière*, Dalloz, 7^e éd., 2016, n° 306 et 338; M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, op. cit., n° 556.
49. V. not. en ce sens, M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, op. cit., n° 698; T. De Ravel d'Esclapon, *Le droit commun des sûretés, Contribution à l'élaboration de principes directeurs en droit des sûretés*, thèse Strasbourg, 2015, n° 2346; A.-C. Michel, *La concurrence entre les sûretés*, op. cit., n° 61; D. Houtcieff, « La garantie autonome souscrite par une personne physique : une sûreté en quête d'identité », *RLDC*, juill.-août 2006, p. 31 et s., spéc. n° 16; P. Puig, « Les garanties autonomes », *LPA*, 27 mars 2008, p. 9, spéc. n° 17. V. égal en faveur de l'extension de la règle à la lettre d'intention, J. François, *Les sûretés personnelles*, op. cit., n° 480. *Contra*, M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, op. cit., n° 558; Ph. Simler, *Cautionnement – Garanties autonomes – Garanties indemnitaires*, op. cit., n° 1053. Comp. G. Piette, *V° La lettre d'intention*, *Rep. com. Dalloz*, 2007, n° 67; Y. Picod, *Droit des sûretés*, op. cit., n° 156.
50. Selon l'article 2286-1 de l'avant-projet, « La sûreté personnelle est l'engagement pris envers le créancier par un tiers non tenu à la dette qui dispose d'un recours contre le débiteur principal ».
51. V. not. J.-J. Ansault, *Le cautionnement réel*, préf. P. Crocq, Defrénois, Coll. « Doctorat et notariat », t. 40, 2009; Ph. Simler, « Le cautionnement réel est réellement – aussi – un cautionnement », *JCP*, 2001. I. p. 367.
52. V. dans ce sens, J.-J. Ansault, *Le cautionnement réel*, op. cit., n° 366 et s.
53. Ch. mixte, 2 déc. 2005, n° 03-18.210, *Bull. mixte*, n° 7; *D.*, 2006, p. 729, concl. J. Sainte-Rose; *D.*, 2006, p. 733, note L. Aynès; *D.*, 2006, p. 2855, obs. P. Crocq; *RTD civ.*, 2006, p. 357, obs. B. Vareille; *RTD civ.*, 2006, p. 594, obs. P. Crocq; *RTD com.*, 2006, p. 465, obs. D. Legeais; *BICC*, n° 632, 15 janv. 2006, p. 44, rapp. Foulquié et avis J. Sainte-Rose; *Defrénois*, 2006, art. 38469, n° 56, p. 1600, obs. G. Champenois; *Banque et droit*, n° 105, janv.-févr. 2006, p. 55, obs. F. Jacob; *CCC*, 2006, n° 61, obs. L. Leveneur; *JCP*, 2005, II, p. 10183, note Ph. Simler; *adde* B. Beignier, « Bicentenaire d'Austerlitz : le Trafalgar du cautionnement réel », *Dr. fam.*, 2006, étude 13. Selon les termes de la plus solennelle formation de la Cour, « une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers (n'implique) aucun engagement personnel à satisfaire l'obligation d'autrui et (n'est) pas dès lors un cautionnement, lequel ne se présume pas ».
54. *Civ. 3^e*, 12 avr. 2018, n° 17-17.542, *RTD civ.*, 2018, p. 461, obs. P. Crocq.

tuant au risque d'insolvabilité d'autrui, peu important que l'engagement porte sur l'un de ses actifs seulement, lequel peut, au demeurant, représenter l'essentiel de sa fortune, mais qu'il participe également des sûretés réelles, dans la mesure où cette garantie s'opère par l'affectation préférentielle ou exclusive de la valeur d'un bien, sans engager la totalité du patrimoine du constituant ? Cela étant, la difficulté tient surtout ici à l'impératif d'articuler les règles propres à cette garantie personnelle avec les dispositions relatives à la sûreté réelle constituée pour les besoins de la cause⁵⁵. Aussi doit-on imaginer un système qui assure tant la distributivité des dispositifs visés que leurs interactions afin que le constituant puisse, en principe, jouir des moyens de défense et des recours propres au droit du cautionnement. Au regard des nombreux contentieux passés, sans doute conviendrait-il alors d'indiquer plus précisément les textes du droit du cautionnement que la « nouvelle » Commission Grimaldi entend soustraire au régime du cautionnement réel⁵⁶. Cela étant, que le contrat de cautionnement – personnel ou réel – ait reçu les honneurs de l'avant-projet ne doit pas faire oublier que le texte visé a également retouché ponctuellement le droit des sûretés réelles.

II. Un droit des sûretés réelles ponctuellement retouché

9. – Rénovées en profondeur en 2006, les sûretés réelles n'ont fait l'objet que de simples ajustements par les promoteurs de la réforme. Loin du souhait de certains, critiquable à maints égards,

de voir le droit français accueillir une sûreté réelle unique⁵⁷, le texte étudié cherche ici non pas tant à révolutionner la matière mais, résolument, à la faire évoluer afin de clarifier et de conforter les acquis de l'ordonnance du 23 mars 2006. Dans ce sens, l'avant-projet œuvre au perfectionnement des sûretés réelles traditionnelles (A) tout en assurant la promotion des sûretés réelles exclusives (B).

A. Le perfectionnement des sûretés réelles traditionnelles

10. – Le souci de perfectionner les sûretés réelles traditionnelles prend corps de différentes manières dans l'avant-projet. Si, chemin faisant, l'on peut saluer le retour formel de la qualification d'« antichrèse » venue remplacer celle de « gage immobilier »⁵⁸, expression censée désigner le contrat qui réalise « l'affectation d'un immeuble en garantie d'une obligation, avec dépossession de celui qui la constitue », il faut surtout remarquer que les promoteurs de la réforme entendent faire un sort à nombre de régimes spéciaux qui pullulent dans le domaine des sûretés réelles. Fort du constat que certaines sûretés étaient tombées en désuétude, ainsi du privilège de l'aubergiste sur les effets du voyageur, l'avant-projet de réforme en propose la suppression⁵⁹. Il réserve un sort identique aux sûretés devenues inutiles en raison du nouveau régime du gage de droit commun issu de la réforme de 2006. L'on songe ici au warrant des stocks de guerre, au warrant industriel ou au warrant hôtelier, étant entendu qu'au regard de la finalité de ce nettoyage juridique, il aurait sans doute été judicieux de profiter de la réforme

55. Ainsi, l'avant-projet considère-t-il, sans doute à tort, que l'application du droit du cautionnement malmène l'indivisibilité du droit des sûretés réelles (av.-proj., art. 2307, al. 2). *Adde*, sur cette question, J.-J. Ansault, *Le cautionnement réel*, *op. cit.*, n° 517 et s.

56. V. aussi dans ce sens, A. Gouezel et L. Bougerol, « Le cautionnement dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés : propositions de modification », *D.*, 2018, p. 678.

57. V. not. en faveur de cette position, J.-F. Riffard, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières*, préf. J. Stoufflet et avant-propos G. Rouhette, PU Faculté de Clermont-Ferrand, LGDJ, 1997 ; D. Legeais, *Les garanties conventionnelles sur créances*, préf. P. Remy et avant-propos J. Stoufflet, Economica, 1986 ; N. Martial-Braz, *Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles*, préf. D. Legeais et avant-propos, M. Vivant, PUAM, 2007 ; B. Foex, *Guide législatif de la CNUDCI*, Schultess, 2007 ; N. Marital-Braz, « L'existence de modèles alternatifs. L'approche unitaire des sûretés mobilières, solutions pour le droit français ? », in N. Borgia et O. Gout (dir.), *L'attractivité des sûretés réelles*, Lextenso, coll. « Grands colloques », 2016, p. 35 et s. V. aussi les actes du colloque des 11 et 12 juin 2015 organisé par le CEDAG sur le thème « *Quelle réforme pour le droit des sûretés ?* », in *RDBF*, janv. 2016, n° 1 (1^{re} partie) et *RDBF*, mars 2016, n° 2 (2^e partie). V. égal. adoptant une perspective différente mais se montrant favorable à l'avènement d'une sûreté globale, Y. Blandin, *Sûreté et bien circulant. Contribution à la réception d'une sûreté globale*, préf. A. Ghozi, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 567, 2016.

58. V. not. M. Mignot, « L'antichrèse et l'hypothèque », in Y. Blandin et V. Mazeaud (dir.), *Quelle réforme pour le droit des sûretés*, p. 55 et s.

59. Av.-proj., art. 2332.

pour se débarrasser de l'encombrant « gage des stocks » du Code de commerce⁶⁰. Par ailleurs, l'avant-projet tire aussi toutes les conséquences des règles qu'il édicte de sorte qu'il propose de faire disparaître le gage commercial, argument pris que les modalités de réalisation spécialement attachées à celui-ci – la vente publique huit jours après une simple signification faite au constituant – ont vocation à être étendues par ce même avant-projet à tout gage constitué à des fins professionnelles⁶¹. Il faut noter, enfin, que l'article 60 de la loi PACTE souligne, plus largement, que le mouvement de simplification des sûretés mobilières se réalisera aussi par des modifications du régime des sûretés spéciales du Code civil, du Code de commerce et du Code monétaire et financier. Exception faite de l'évolution de la situation du gage automobile⁶², l'avant-projet de réforme reste silencieux sur ce point. Par conséquent, il est difficile, à ce stade, de déterminer précisément le champ exact des modifications en cause.

11. – Armes juridiques dirigées vers les tiers, les sûretés réelles traditionnelles voient leurs mesures de publicité simplifiées par l'avant-projet. Ainsi, le texte propose en particulier de rationaliser les mécanismes en cause pour les sûretés réelles mobilières. Plus concrètement, il s'agit de centraliser leurs inscriptions au sein du registre unique de publicité du gage sans dépossession aujourd'hui tenu au sein du greffe des tribunaux de commerce. Sont visés par la Commission Grimaldi le warrant agricole, le warrant pétrolier, le gage des stocks, le nantissement de parts de société civile ainsi que le nantissement de matériel et outillage. D'aucuns considèrent qu'il conviendrait d'étendre la solution au gage-automobile, lequel disparaît au demeurant comme

sûreté spéciale dans l'avant-projet étudié et fait simplement l'objet d'une règle relative à ses modalités spécifiques d'opposabilité⁶³. Une telle publicité unifiée n'a vocation à concerner que les seules sûretés sur biens corporels, argument pris que l'introduction d'une mesure de publicité généralisée de cette nature, s'agissant notamment des sûretés sur créances, conduirait à renchérir le coût du crédit sans pour autant que l'avantage obtenu, qui tiendrait à la prévention et la résolution des conflits sur créance, soit suffisamment important. Remarquons aussi qu'en matière de gage avec dépossession le texte étudié souligne que « la dépossession entre les mains d'un tiers peut avoir lieu sans déplacement du bien, pourvu que ce tiers en assure la garde effective et veille au respect de ses obligations par le constituant »⁶⁴. Cette consécration de manière expresse, dans le Code civil, de la possibilité pour le créancier de bénéficier d'un gage avec entierement à domicile, c'est-à-dire dans les locaux du constituant, est de nature à satisfaire les établissements de crédit qui y recourent fréquemment⁶⁵. Cela étant, les règles d'opposabilité des sûretés réelles immobilières ont également retenu l'attention des auteurs. À ce sujet, le texte propose de transformer les privilèges spéciaux immobiliers en hypothèques légales⁶⁶. Disparaîtrait alors la rétroactivité de l'inscription à la date de leur fait générateur ; l'inscription seule devenant alors attributive de rang⁶⁷. Le notariat et les établissements de crédit ne semblent pas s'émouvoir de cette perspective, argument pris que les règles en vigueur constitueraient un facteur de complexité sans qu'il résulte de celles-ci une véritable utilité pratique. Au vrai, la seule véritable crainte des praticiens concernés est que l'État profite de ces modifications pour renchérir le coût attractif de l'actuel privilège de prêteur de

60. V. égal dans ce sens, Ch. Juillet, « L'article 60 de la loi PACTE, coup d'envoi de la réforme des sûretés », *loc. cit.*, n° 11. Adde, sur cette sûreté, N. Borga, « Réforme du gage de stocks : l'art législatif au plus mal », *BJE*, 2016, p. 128 ; Ch. Juillet, « La réforme du gage de stocks », *D.*, 2016, chron. 561.

61. Av.-proj., art. 2346.

62. Le gage automobile devrait intégrer le giron du gage de droit commun sans dépossession (av.-proj., art. 2338).

63. Av.-proj., art. 2338.

64. Av.-proj., art. 2337.

65. V. not. dans ce sens, T. Samin, « Réforme du droit des sûretés et activités bancaires : aspects intéressant la banque de détail », *Rev. dr. banc. et fin.*, 2018, dossier 29, spéc. n° 15.

66. V. not. sur cette question, L. Andreu, « La transformation des privilèges immobiliers spéciaux en hypothèques légales spéciales », in *La réforme du droit des sûretés*, Varennes, 2019, p. 291. Il faut remarquer que l'article 60 de la loi PACTE ne vise que « les privilèges soumis à publicité ». Et de fait, certains privilèges – tel le privilège des copropriétaires – demeurent occultes. Il s'ensuit que le Gouvernement ne disposera pas de la faculté de transformer ceux-ci en hypothèque légale.

67. Av.-proj., art. 2418.

deniers. Mais la simplification des règles d'opposabilité des sûretés réelles immobilières se manifeste aussi lorsque l'avant-projet étend à toutes les hypothèques légales et judiciaires les prescriptions concernant le classement actuellement applicable à l'hypothèque conservatoire et à l'hypothèque légale du trésor public ou des organismes de Sécurité sociale dans les situations où ces garanties entrent en conflit avec une hypothèque rechargeable⁶⁸, laquelle hypothèque rechargeable se trouve rétablie dans toute la plénitude qui était originellement la sienne⁶⁹. Pour le dire vite, la rétroactivité de l'inscription de la convention de rechargement s'évanouit alors.

12. – Affirmé de manière générale au sein du projet d'article 2325 du Code civil, le pouvoir du constituant de disposer du bien donné en garantie se trouve consacré dans le régime de plusieurs sûretés réelles traditionnelles. Cette liberté de gestion profite par exemple au constituant d'un gage avec ou sans dépossession de choses fongibles⁷⁰ mais aussi au constituant d'un nantissement de créance non encore notifié⁷¹. À ce propos, remarquons que la faculté pour les parties de prévoir contractuellement une solution contraire à la règle selon laquelle, en cas de notification, « le constituant conserve les sommes sur un compte bloqué ouvert auprès d'un établissement habilité à les recevoir ou les remet au créancier nanti qui lui en fait la demande pour l'exercice de sa garantie » aboutit à ce que le constituant puisse avoir la libre disposition des paiements qu'il a reçu des créances nanties, tout particulièrement dans un montage qui donne lieu à un nantissement d'un flux de créances ayant vocation à se renouveler périodiquement⁷².

13. – Entre autres innovations, l'avant-projet de réforme vise à faciliter la réalisation du gage puisque le projet d'alinéa 2 de l'article 2346 dis-

pose que « lorsque le gage est constitué à des fins professionnelles, le créancier peut faire procéder à la vente publique, par un notaire, un huissier, un commissaire-priseur judiciaire ou un courtier de marchandises assermenté, des objets donnés en gage, huit jours après une simple signification faite au débiteur et, le cas échéant, au tiers constituant du gage ». L'amélioration des prérogatives du créancier se mesure à ce que, dans ce contexte, il n'est plus nécessaire de faire ordonner la vente du bien affecté en justice si le constituant se révélait défaillant. Certes, il eut été possible de simplifier davantage la procédure de vente forcée en consacrant ici la clause de voie parée, laquelle aurait permis la réalisation du bien au prix d'une simple notification faite au débiteur. Mais, il est vrai que ces stipulations sentent le soufre⁷³ en tant qu'il faut s'assurer que leur mise en œuvre ne frustre ni le constituant ni les autres créanciers de celui-ci⁷⁴. Dans un domaine voisin, à savoir celui du pacte commissoire, le projet d'alinéa 2 de l'article 2348 du Code civil, précise que « cette clause ne préjudicie pas au droit du créancier de poursuivre la vente du bien gagé conformément à l'article 2346 ». C'est dire que le texte reconnaît, expressément, que l'existence d'un pacte commissoire n'empêche pas le créancier de recourir à un autre mode de réalisation du gage. La controverse doctrinale qui existait sur point n'a donc plus lieu d'être⁷⁵ et l'on ne peut que se réjouir de la souplesse de la solution retenue ici par le législateur !

Il ne fait pas de doute, par ailleurs, que l'avant-projet de réforme s'attache à renforcer le droit de préférence dont est appelé à bénéficier le créancier gagiste. Cette ligne de force passe notamment par un élargissement de l'assiette de cette sûreté puisque le projet d'article 2333-1 du Code civil énonce que « le gage peut avoir pour

68. Av.-proj., art. 2430-1, al. 2.

69. Le projet d'article 2428 du Code civil n'exige plus que l'hypothèque rechargeable soit utilisée exclusivement à des fins professionnelles. La démonstration a été faite que cette sûreté n'est pas un facteur de surendettement contrairement à l'opinion que s'était forgé le législateur à ce sujet. V. not. sur l'évolution du régime de cette sûreté, Ch. Gijsbers, « Requiem pour l'hypothèque rechargeable », *RLDC*, 2014, n° 5341 ; Ch. Gijsbers, « Hypothèque rechargeable : rétablissement pour les professionnels par la loi du 20 décembre 2014 », *D.*, 2015, p. 62.

70. Av.-proj., art. 2342.

71. Av.-proj., art. 2362.

72. Av.-proj., art. 2362, al. 2.

73. V. not. J.-J. Ansault, *Les procédures civiles d'exécution*, LGDJ, 2019, spéc. n° 23. Adde, Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 737.

74. V. aussi, *infra* n° 16.

75. V. not. sur ce débat, L. Aynès et P. Crocq, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 515.

objet des meubles immobilisés par destination ». Si l'on considère le financement de constructions d'éoliennes, la pratique ne sera pas indifférente à cet ajout, lequel permet concrètement de constituer un gage sur un meuble avant ou après qu'il soit immobilisé. Il en va ainsi car, dans ce montage, la turbine constitue l'élément de l'actif affecté dont la valeur est la plus importante et qu'elle fait l'objet d'une immobilisation par destination. Bien que le texte ne règle pas cette question, si un conflit survenait avec une hypothèque prise sur le même actif, il conviendrait de régler celui-ci en fonction de l'ordre des inscriptions. Par ailleurs, la réalisation du gage sans dépossession se trouve facilitée dans la mesure où l'avant-projet organise une procédure de purge des sûretés mobilières⁷⁶, procédure de purge susceptible de combler une lacune de la réforme de 2006 qui avait uniquement admis l'opposabilité dudit gage publié au sous-acquéreur en privant ce dernier du droit d'invoquer utilement la règle « en fait de meuble possession vaut titre ».

14. – Au-delà du droit de préférence que le créancier gagiste est susceptible de faire jouer sur le prix obtenu de la vente forcée du bien affecté, l'on sait que les sûretés réelles traditionnelles permettent aussi à leur titulaire de jouir parfois d'une situation d'exclusivité particulièrement avantageuse. Sur ce point, même s'il ne prône malheureusement pas la suppression de l'hérétique droit de rétention fictif attaché depuis une loi n° 2008-776 du 4 août 2008 au gage sans dépossession⁷⁷, l'avant-projet envisage plu-

sieurs pistes d'amélioration. D'abord, dans le but louable d'éviter dorénavant toute controverse doctrinale au sujet de la nature des droits du titulaire d'un nantissement de créance valablement notifié⁷⁸, le projet d'article 2363, alinéa 1 du Code civil consacre l'existence d'un droit au paiement de la créance nantie. Mais les membres de la Commission Grimaldi proposent une innovation bien plus profonde lorsqu'ils entendent que soit admise la pleine efficacité de l'attribution judiciaire et du pacte commissaire dans l'hypothèse de l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire à l'encontre du constituant⁷⁹. En effet, le droit positif n'ouvre aujourd'hui la faculté d'attribution judiciaire qu'au seul créancier gagiste⁸⁰ et refuse à tous, quelle que soit la procédure concernée, la possibilité de faire jouer un pacte commissaire⁸¹. Pour autant, d'aucuns considèrent que ces innovations, si elles devaient être adoptées seraient potentiellement dangereuses pour les créanciers privilégiés⁸². Et de fait, le développement de l'exclusivité en droit des sûretés est souvent source de polémiques⁸³. Reste que les auteurs de l'avant-projet ont entendu promouvoir, malgré tout, les sûretés exclusives.

B. La promotion des sûretés réelles exclusives

15. – La promotion des sûretés réelles exclusives se manifeste tant par la volonté des auteurs de la réforme d'améliorer le régime de ces garanties que par leur choix de proposer la création de nouvelles formes de propriétés sûretés au sein du Code civil. Les premières pistes d'amélioration

76. Proj. C. proc. ex., art. R. 221-5; R. 221-15, R. 221-18-1, R. 221-26-1 et R. 221-39.

77. C. civ., art. 2286, 4°. V. not. sur les nombreuses critiques adressées à ce mécanisme, D. Legeais, « Droit de rétention du créancier gagiste », *Rev. dr. banc. et fin.*, 2008, comm. 139; S. Piedelièvre, « Le nouvel article 2286, 4°, du Code civil », *D.*, 2008, p. 2950. Adde, J.-J. Ansault, « L'efficacité du gage sans dépossession », in *L'attractivité du droit français des sûretés réelles 10 ans après la réforme*, op. cit., p. 100 et s., spéc. n° 21 et s.

78. V. not. sur ce débat, M. Julienne, « Le nantissement de créance : un outil efficace ? », in *L'attractivité du droit français des sûretés réelles. 10 ans après la réforme*, N. Borga et O. Grout (dir.), LGDJ, coll. « Grands colloques », 2016, p. 133 et s. Adde, L. Aynès, « Le nantissement de créance : entre gage et fiducie », *Dr. et patr.*, sept. 2017, n° 162, p. 66 et s.

79. Selon le projet d'alinéa 3 de l'article L. 643-1 du Code de commerce, « le créancier titulaire d'une sûreté réelle retrouve, à compter du jugement de liquidation judiciaire, la faculté de demander l'attribution judiciaire du meuble ou de l'immeuble grevé ou, le cas échéant, de se prévaloir du pacte commissaire ».

80. C. com., art. L. 642-20-1.

81. C. com., art. L. 622-7.

82. V. dans ce sens, F. Macorig-Venier, « L'avant-projet de réforme des sûretés de l'Association Henri-Capitant et les modifications apportées au livre VI du code de commerce », *Bull. Joly Entreprises en difficulté*, janv. 2018, p. 10; V. égal. D. Bondat, « Menaces par ordonnance. À propos des articles 16 et 64 du projet de loi relatif à la croissance et à la transformation des entreprises », *Dr. soc.*, 2019, p. 35, spéc. n° 22.

83. V. sur cette question, L. Bougerol-Prud'homme, *Exclusivité et garanties de paiement*, préf. P. Cocq, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 538, 2012.

concernent la propriété réservée. Appelé à illustrer l'un des principes généraux aux termes duquel « sauf disposition ou clause contraire, la sûreté suit la créance garantie », l'alinéa 2 de l'article 2367 de l'avant-projet prévoit que « la réserve de propriété prend fin par l'extinction de cette créance, quelle qu'en soit la cause ». La règle en cause vise à sonner le glas d'une ligne jurisprudentielle contestable⁸⁴ qui admet le maintien de la clause de réserve de propriété alors même que la créance garantie a bel et bien disparu en raison soit de l'absence de déclaration de celle-ci par le vendeur dans une procédure collective ouverte contre l'acquéreur sous l'empire du droit antérieur à la réforme du 26 juillet 2005⁸⁵, soit de son effacement à l'occasion d'une procédure de rétablissement personnel que subirait ce même acquéreur⁸⁶. Le paralogisme tient ici au fait que le bénéficiaire de garantie restée effective malgré ces circonstances demeure propriétaire du bien concerné jusqu'au complet paiement d'une créance... qui a fait l'objet d'une extinction ! D'où la tentation du juge de considérer de façon absolument artificielle, afin de restaurer un semblant de cohérence aux concepts mobilisés par lui, que ladite créance n'est, en réalité, pas éteinte et ce, pour les besoins de la cause⁸⁷.

Si le projet d'alinéa 2 de l'article 2367 œuvre à sortir par là-haut de cet imbroglio juridique, un autre texte – le futur alinéa 3 de l'article 2372 – entend aussi mettre fin, dans ce même domaine, aux errements d'une jurisprudence critiquable tout à la fois sur le plan théorique et sur le plan pratique. Nul n'ignore que la Cour de cassation ferme ainsi au tiers acquéreur du bien grevé la possibilité d'opposer au bénéficiaire de la clause, qui le poursuit à l'occasion du prix de revente,

une exception liée à des malfaçons susceptibles d'affecter l'actif visé⁸⁸. Réflexion faite, il y a quelque chose de troublant à admettre que la subrogation réelle dont jouit ici le titulaire de la sûreté puisse conduire à altérer les droits du sous-acquéreur en le privant soudainement d'un moyen de défense qu'il aurait pu, en revanche, utilement mobiliser à l'encontre de son propre vendeur au jour de la revente. C'est dire que le mécanisme juridique de la subrogation réelle perd ici le caractère classique de neutralité qui l'inneve sans que des éléments contextuels expliquent un tel changement. Plus concrètement, force aussi est de constater que la décision du juge conduit à ce que la réalisation de la sûreté soit, au rebours des principes les mieux établis de la matière, le vecteur d'un enrichissement injuste du créancier. Privilégiant l'analyse du Conseil d'État qui reconnaît volontiers le jeu de l'opposabilité des exceptions quand le sous-acquéreur se présente comme une personne publique⁸⁹, l'avant-projet de réforme énonce que « le sous-acquéreur ou l'assureur peut alors apposer au créancier les exceptions inhérentes à la dette ainsi que les exceptions nées de ses rapports avec le débiteur avant qu'il ait eu connaissance du report ». Non seulement cette règle se moule harmonieusement dans le régime général de la subrogation mais elle fait application de l'un des principes généraux énoncé par le projet, à savoir que « la sûreté ne peut procurer aucun enrichissement au créancier ».

16. – Le souhait des promoteurs de la réforme de perfectionner le régime des propriétés-sûretés se révèle encore par l'observation des modifications proposées s'agissant du contrat de fiducie-sûreté. Considérant que, malgré les réformes

84. V. dans ce sens, P. Crocq, *Clause de réserve de propriété*, JurisClasser Contrats – Distribution, Fasc. 2860, spéc. n° 50.

85. Com., 9 janv. 1996, n° 93-12.667, *JCP G*, 1996, I, 3935, n° 19, obs. M. Cabrillac; *RTD civ.*, 1996, p. 436 et s., obs. P. Crocq; *D.*, 1996, p. 184 s.; F. Derrida; *RTD com.*, 1997, p. 331 et s., obs. A. Martin-Serf; *Dr. et patr.*, mai 1996, p. 85, obs. M. H. Monsérié; *JCP G*, 1996, I, p. 3942, n° 4, obs. Ph. Simler et Ph. Delebecque.

86. Civ. 2^e, 27 févr. 2014, n° 13-10.891, *Bull. civ.*, II, n° 59; *Dr. et patr.*, nov. 2014, p. 108, obs. A. Aynès; *JCP G*, 2014, doct. 1162, n° 19, obs. Ph. Delebecque; *Rev. proc. coll.*, 2014, comm. 112, obs. S. Gjidara-Decaix; *RDC*, sept. 2014, 110t2, p. 393, note J. Klein; *D.*, 2014, p. 1081, note D. Martin; *Bull. Joly Entreprises en difficulté*, juill.-août 2014, 111m0, obs. F. Péronchon et 111j9, obs. F. Macorig-Venier; *Banque et droit*, n° 156, juill.-août 2014, p. 38, obs. E. Netter.

87. Com., 1^{er} avr. 2008, n° 07-11.726, *D.*, 2008, p. 1142 et Pan. p. 2104, obs. P. Crocq; *JCP G*, 2008, I, p. 198, n° 12, obs. M. Cabrillac; *RTD com.*, 2008, p. 623, obs. A. Martin-Serf.

88. V. not. Com., 18 janv. 2011, n° 07-14.181, *Rev. Lamy dr. civ.*, mars 2011, p. 33 et s., obs. J.-J. Ansault; *RTD civ.*, 2011, p. 378, obs. P. Crocq; *D.*, 2011, p. 368, obs. A. Lienhard; *JCP G*, 2011, note 524, S. Ravenne. – Adde, à propos de cet arrêt, R. Dammann et Sophia Schneider, « Une protection légitime du vendeur avec clause de réserve de propriété, mais à quel prix ? », *Rev. Lamy dr. civ.*, mai 2011, p. 31 et s.

89. CE, 6^e et 11^e ss-sect., 12 déc. 2007, n° 296345, *Act. proc. coll.*, 2008, comm. 179.

successives⁹⁰, certaines imperfections demeuraient dans le régime de cette garantie, les auteurs ont cherché à y remédier en vue de fournir aux praticiens un outil qui répondrait parfaitement à leurs attentes⁹¹. Dans ce sens, le projet supprime l'impératif d'une expertise de la valeur du bien donné en garantie lors de la constitution de la fiducie-sûreté⁹² et ce faisant, aligne le régime de cette propriété-garantie sur celui des autres sûretés de droit français, aucune autre n'exigeant, en effet, une telle expertise à titre de validité. Mais il y a plus, car la réforme entend aussi supprimer une autre formalité que le droit positif impose. Il s'agit de l'obligation faite aux parties de constater, dans un écrit enregistré, la transmission des droits qui résulte du contrat de fiducie à un nouveau bénéficiaire⁹³. Ici, les difficultés suscitées par cette disposition tiennent moins au coût d'un enregistrement – en réalité assez faible – qu'à l'exigence d'obtenir le consentement du constituant de la fiducie lorsque les créanciers bénéficiaires de la fiducie entendent céder leurs droits. La modification envisagée vise ainsi à rendre plus souple le fonctionnement des crédits syndiqués. Une dernière innovation – et non des moindres – appréhende la réalisation de la fiducie-sûreté en s'efforçant de donner davantage de latitude au créancier au moment où il est appelé à exercer son pouvoir de disposer du bien objet de la garantie. Dès lors que le contrat de fiducie-sûreté l'aura prévu, le fiduciaire pourra valablement vendre le bien donné en garantie, non seulement au prix fixé par un expert, mais également « au prix qu'il estime sous sa responsabilité, correspondre à la valeur du bien »⁹⁴. Il lui appartiendra alors de justifier que la vente s'est opérée à un « juste prix ». Cette proposition correspond sans aucun doute aux souhaits de la pratique. Chacun sait que la valeur de certains biens susceptibles d'être mis en fiducie – actions et autres titres financiers par exemple – peut varier de manière particulièrement brusque.

Dans un contexte de défaillance du débiteur, il est de l'intérêt de tous que le fiduciaire puisse réaliser les actifs en cause dans les meilleures conditions possibles. La réactivité qui s'impose alors n'est pas compatible avec l'exigence de recourir à une expertise et, par suite, avec l'impératif de respecter la valeur arrêlée à un instant de raison par l'expert. Au vrai, l'équilibre issu du projet d'article 2378, alinéa 4 entre, d'une part, la liberté donnée au fiduciaire en la matière et, d'autre part, la protection des droits du constituant mais également de ceux de ses autres créanciers, paraît atteint. Au demeurant, n'aurait-il pas fallu aller plus loin et envisager, pour des raisons similaires, une solution porteuse des mêmes équilibres pour les autres sûretés réelles traditionnelles ? Nous serions tentés de le penser. Certes, il y aurait là une ouverture vers l'admission de principe de la clause de voie parée, laquelle n'a pas bonne presse en tant qu'elle met à mal le caractère d'ordre public des procédures civiles d'exécution⁹⁵. Mais rien n'interdirait de l'encadrer plus strictement en la réservant, par exemple, aux relations entre professionnels. Quoi qu'il en soit, sur ce point, les promoteurs de la réforme n'ont pas franchi le Rubicon. Ils ont été sans doute plus audacieux lorsqu'ils ont proposé que la cession de droit commun à titre de garantie intègre le droit français.

17. – Malgré le principe de liberté contractuelle censé irriguer le droit français, il relève de l'évidence que la jurisprudence de la Chambre commerciale témoigne d'une hostilité à la reconnaissance de la cession de créance de droit commun à titre de garantie dans la mesure où le juge a entendu requalifier cette opération en nantissement de créance⁹⁶. S'il était possible de discuter l'admission implicite de cette sûreté au vu de la réforme du droit des obligations issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 notamment au motif que la cession de créance se trouve dorénavant réglémentée indépendam-

90. Voir notamment sur cette évolution, L. Aynès et P. Crocq, *Droit des sûretés*, op. cit., n° 775.

91. V. not. P. Crocq, « Les sûretés fondées sur le droit de propriété », in Y. Blandin et V. Mazeaud (dir.), *Quelle réforme pour le droit des sûretés ?*, op. cit., p. 75 et s. et spéc. n° 8 et s.

92. Av.-proj., art. 2377, al. 1.

93. C. civ., art. 2377, al. 2.

94. Av.-proj., art. 2378, al. 4.

95. V. supra n° 13.

96. Com., 19 déc. 2006, n° 05-16.395, *RTD civ.*, 2007, p. 161 et s., obs. P. Crocq ; *D.*, 2007, p. 344 et s., note Ch. Larroumet ; *JCP E*, 2007, p. 1131, note D. Legeais ; *Defrénois*, 2007, art. 38562, n° 29, p. 448 et s., obs. E. Savaux. Comp., toutefois, Com., 6 févr. 2007, n° 05-16.649, *RTD civ.*, 2007, p. 373 et s., obs. P. Crocq.

ment de la vente et que ce contrat peut intervenir sans contrepartie d'un prix⁹⁷, le projet de réforme prend expressément le parti de consacrer cette autre fonction potentielle⁹⁸.

L'opportunité d'un tel choix pouvait légitimement faire débat dans un environnement juridique qui semblait rendre superfétatoire cette consécration législative. Plus précisément, l'on pouvait invoquer en faveur du maintien du *statu quo* de la matière l'élargissement significatif du domaine de la cession Dailly⁹⁹, la consécration, par une ordonnance du 4 octobre 2017, de la cession de créance non professionnelle au profit des organismes de financement¹⁰⁰ ou le constat de ce que le nantissement de créance de droit commun était susceptible de conférer à son bénéficiaire un droit exclusif bien proche des prérogatives accordées au cessionnaire Dailly¹⁰¹. Pour autant, attachés à une tradition française de pluralisme des modèles en droit des sûretés et soucieux de proposer une large palette de choix aux opérateurs économiques, les auteurs du projet de réforme ont choisi judicieusement de dépasser ces objections. D'ailleurs, il convient sans doute de ne pas trop exagérer les similitudes entre le nantissement de créance et la cession de créance à titre de garantie, celui-là écartant tout transfert de propriété de l'actif considéré à l'inverse de celle-ci. Outre ces distinctions d'ordre technique, l'attractivité du droit français justifie pleinement la consécration de la cession de créance de droit commun à titre de garantie si l'on considère la difficulté qui existe en pratique à convaincre un investisseur étranger qu'un nantissement de droit français lui confèrera des prérogatives tout aussi importantes qu'un transfert fiduciaire le plus souvent reconnu en tant que tel dans sa propre législation.

18. – Si, dans la version publique de 2017, l'avant-projet de réforme présente un régime spécifique s'agissant du nantissement de mon-

naie scripturale¹⁰², lequel s'éloigne de celui d'un nantissement de compte – simple variété de nantissement de créance – dans la mesure où la monnaie scripturale visée figure sur un compte bloqué, le texte n'envisage pas l'insertion de prescriptions particulières au transfert de propriété de sommes d'argent à titre de garantie. Autrement dit, considérant que le « gage espèce » relevait par essence de mécanismes contractuels mobilisés librement par les parties, les promoteurs du projet n'avaient pas souhaité l'enserrer dans un ensemble normatif jugé trop strict. Reste que, la pratique s'est émue de cette perspective en soulignant le risque de voir la Haute juridiction considérer que la présence de ce nouveau nantissement empêcherait, à l'avenir, le recours à un gage-espèce translatif de propriété. Les derniers arbitrages semblent fournir une réponse à cette inquiétude en arrêtant un régime propre à cette garantie, laquelle coexisterait alors avec le nantissement de compte et le nantissement de monnaie scripturale. Dans ce contexte, son épine dorsale juridique serait constituée par le fait qu'elle entraînerait un transfert de propriété des sommes en cause de sorte que, dans le silence de la convention, le bénéficiaire pourrait disposer de ces actifs, étant entendu que, par ailleurs, la défaillance du débiteur conduirait à l'imputation desdites sommes sur le montant restant dû. Il en résulterait alors une diminution corrélative de l'obligation de restitution du créancier.

19. – D'aucuns reprocheront certainement à l'avant-projet d'avoir manqué d'ambition en renonçant à une véritable refonte de la matière qui aurait marqué une franche rupture avec le droit antérieur notamment par la création d'une sûreté réelle unique susceptible d'accueillir des biens de toute nature physique. Encore faut-il rappeler que la feuille de route de la nouvelle Commission Grimaldi n'envisageait guère de

97. Remarquons que le projet de réforme du droit des obligations élaboré par la Commission Catala était plus explicite sur ce point puisqu'il se proposait d'affirmer dans un article 1257-1 du Code civil : « une créance peut être cédée en propriété sans stipulation de prix à titre de garantie. Elle fait retour au cédant lorsque le cessionnaire a été rempli de ses droits ou que l'obligation garantie est éteinte pour une autre cause ». *Adde*, P. Crocq, « Les sûretés fondées sur le droit de propriété », in Y. Blandin et V. Mazeaud (dir.), *Quelle réforme pour le droit des sûretés ?*, *op. cit.*, spéc. n° 15.

98. Av.-proj., art. 2373 et s.

99. Le recours à la cession Dailly est possible au profit d'une société de financement depuis le 1^{er} janvier 2014 (Ord. n° 2013-544 du 27 janv. 2013) ou de certains fonds d'investissement alternatifs depuis le 3 janvier 2018 (Ord. n° 2017-1432 du 14 oct. 2017).

100. C. mon. et fin., art. L. 214-169, V.

101. V. *supra*, n° 14.

102. Av.-proj., art. 2366-1 et s.

remettre en cause les bases les mieux établies de la discipline. Sur le fond, sans pouvoir échapper à quelques critiques ponctuelles, l'avant-projet a le grand mérite de remettre de l'ordre dans un régime du cautionnement pour le moins confus et dispersé mais aussi de bonifier sensiblement le droit des sûretés réelles. Surtout, l'ensemble ne borne pas trop sévèrement l'imagination des parties. Même si l'on a pu constater une certaine frilosité de la pratique face à la liberté que lui octroie parfois le législateur, comme en témoigne le succès encore relatif, au moment où sont écrites ces lignes, de l'institution de l'agent des

sûretés, la diversité des besoins invite à laisser ouverte un maximum de possibilités. Au regard de sa volonté de proposer des outils divers et perfectionnés pour répondre à la complexité des situations auxquelles sont confrontées les spécialistes du financement, l'avant-projet doit être salué. Reste à savoir, si avec cette réforme qui porte l'empreinte de Pierre Crocq, le droit français sera doté d'un droit des sûretés suffisamment souple et moderne pour inspirer de futures conventions internationales. C'est tout le bien qu'on lui souhaite.

Perspectives

Droit des sûretés

Quelques observations sur le droit des sûretés, advenu et à venir

Philippe Théry

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

À la mémoire de Pierre Crocq

Le droit des sûretés est en voie d'achèvement. Un avant-projet de réforme préparé sous la direction de Michel Grimaldi existe depuis 2017 et peut être consulté sur le site de l'Association Capitant. Il a été retouché depuis et, en mai dernier, la loi dite « pacte » (art. 60) a autorisé le Gouvernement à compléter cette réforme par voie d'ordonnance. Elle permettra de réformer ce qui n'avait pu l'être en 2006, la loi d'habilitation n'envisageant à l'époque ni les privilèges, ni le cautionnement, et d'ajouter aux textes de 2006 les compléments ou corrections dont leur application a révélé la nécessité.

L'avant-projet est, pour l'essentiel, consacré au cautionnement. Son inspiration – la protection de la caution – se comprend mieux si l'on se rappelle que l'ordonnance de 2006 a considérablement renforcé l'efficacité des sûretés réelles, d'abord en permettant qu'elles garantissent des créances futures et – à l'exception de l'hypothèque – qu'elles grevent des biens futurs, ensuite en ouvrant au créancier la faculté de devenir propriétaire du bien grevé, par convention ou par une décision du juge. Comparé à de si profondes innovations, le nouveau droit du cautionnement est d'un classicisme qui pourrait étonner. Non seulement il reprend, en substance, les dispositions du Code de 1804 mais il revient sur certaines inflexions jurisprudentielles qui

avaient rendu plus rigoureux l'engagement de caution et que l'on aurait pu conserver pour répondre à la préoccupation clairement affirmée d'une plus grande efficacité des sûretés. Or, tel n'est pas le cas.

Ces deux tendances ne sont pas contradictoires. Elles mettent en lumière la différence essentielle entre les garanties qu'un débiteur peut offrir à ses créanciers et celle que l'on consent aux créanciers d'un autre. Le retour du cautionnement réel (art. 2291 C. civ.) – au-delà des discussions théoriques que suscite la tension entre sa nature – garantie de la dette d'autrui – et les formes qu'il emprunte – sûretés réelles – pourrait être le meilleur signe de la protection qu'appelle la situation de qui s'engage pour garantir la dette d'autrui. La position actuelle de la Cour de cassation qui refuse à celui qui a constitué « une sûreté réelle pour autrui » le bénéfice d'aucune des protections accordées à la caution est, certes, une solution facile à mettre en œuvre mais qui procède d'une approche simpliste, d'autant plus que les figures du cautionnement personnel et du cautionnement réel se rapprochent, comme en témoigne l'apparition, dans les sûretés réelles, de la classique distinction entre obligation de règlement et obligation de couverture (actuel art. 2423 C. civ.). Cette réintégration du cautionnement réel comme une variété de cautionnement imposera, certes, de reprendre l'exercice qui consiste à trier, dans les règles du cautionnement, celles qui peuvent

s'appliquer au cautionnement réel et celles qu'il faut écarter. Mais l'exercice n'est pas nouveau puisque d'autres, aux travaux desquels on pourra se reporter, l'avaient fait avant qu'une chambre mixte le 2 décembre 2005 ne tue le cautionnement réel¹.

L'avant-projet traduit la volonté de refaire du Code civil le lieu central où se trouvent les principes essentiels du droit privé. Il devrait logiquement en résulter une disparition de doublons épars – les obligations d'information – dont chacun regrettrait l'existence et l'abandon des techniques excessivement rigides du droit de la consommation – mention manuscrite, proportionnalité. Mais, ce recentrage n'est-il pas plus formel que substantiel ? Les sûretés que régit déjà et que régira dans l'avenir le Code civil sont très largement celles de l'activité professionnelle. La réglementation de la clause de réserve de propriété contenue dans le Code civil ne doit pas faire illusion, elle est celle qu'a construite la chambre commerciale pour les procédures collectives et son utilisation dans les ventes aux particuliers demeure marginale². De même, les garanties de créances futures – *a fortiori* si elles portent sur des biens futurs – demeureront consenties pour l'essentiel par des chefs d'entreprise ou par des professionnels. Toutefois, cette irruption de la professionnalisation dans le Code civil peut être appréciée à deux points de vue, celui du débiteur ou celui du créancier. Dans le premier cas, il faut bien constater l'hétérogénéité de la catégorie : même si l'avant-projet prend soin de rappeler que le cautionnement d'une dette commerciale reste un contrat civil lorsqu'il est consenti par un non-commerçant (art. 2290 C. civ.), la distinction demeure entre le cautionnement donné pour garantir les dettes d'un enfant et celui qui garantit les concours bancaires accordés à l'entreprise que l'on dirige, entre une caution profane et une caution avertie. En revanche, l'évolution économique a fait disparaître, ou presque, la figure du créancier non-professionnel. Un créancier professionnel doit pouvoir trouver les sûretés adaptées aux crédits qu'il consent, du prêt le plus banal jusqu'aux prêts syndiqués dont les garanties sont gérées par l'agent des sûretés. De ce point de

vue, où le regroupement des textes pouvait-il se faire, sinon dans le Code civil ?

Le propos de ce bref article n'est pas d'entrer trop avant dans le détail mais quelques observations peuvent être faites sur les innovations de l'avant-projet. On soulignera en premier lieu le souci d'articulation entre les sûretés et les matières auxquelles elles sont naturellement liées, c'est-à-dire les procédures collectives (v. avant-projet p. 76), les procédures d'exécution (*ibid.*) sans parler du droit des sociétés (p. 62, art. 1844-4-1 C. civ.). Un exemple pourra en être trouvé dans les dispositions, absentes de l'avant-projet, qui règlent la mise en œuvre du pacte commissaire ou l'attribution judiciaire du bien grevé qui touchent au droit des sûretés, au droit de l'exécution et aux règles de publicité.

Comme d'autres codifications modernes, l'avant-projet recourt aux dispositions générales (pour les sûretés en général, art. 2286 à 2286-4 C. civ. ; pour les sûretés réelles, art. 2333 et s. C. civ.). Cette mise en facteur commun de règles qui constituent des principes directeurs est une bonne chose et l'on peut seulement regretter que certaines dispositions introduites en 2006 n'y aient pas été intégrées, telles les dispositions des articles 2358 permettant qu'un nantissement de créances soit constitué pour un temps déterminé ou 2423 rappelant la possibilité de mettre fin à une hypothèque garantissant des dettes futures pour une durée indéterminée. Quoique formulées à propos d'une sûreté particulière, ces textes ont à l'évidence une portée générale parce qu'ils sont liés à la possibilité désormais ouverte de constituer des sûretés pour garantir des dettes futures.

Le caractère accessoire des sûretés – exception faite, il va de soi, de la garantie autonome – est rappelé avec insistance. L'article 2298 permet ainsi à la caution d'opposer au créancier toutes les exceptions « personnelles ou inhérentes à la dette qui appartiennent au débiteur ». Cette rédaction veut remettre en cause des solutions jurisprudentielles qui avaient suscité de vifs débats telle l'impossibilité pour la caution de se prévaloir de la nullité d'un contrat principal entaché d'un vice du consentement³ ou le refus de faire bénéficier la caution d'une remise de pour-

1. Ch. mixte, 2 déc. 2005, n° 01-18.210.

2. V. toutefois Civ. 2^e, 27 févr. 2014, n° 13-10.891.

3. Ch. mixte, 8 juin 2007, n° 03-15.602.

suites accordée au débiteur principal⁴. Dans la même veine, l'article 2367 vient-il préciser que la réserve de propriété prend fin par l'extinction de la créance garantie « quelle qu'en soit la cause », afin d'écartier la jurisprudence qui permet la revendication du bien toutes les fois que l'extinction ne résulte pas d'un paiement mais d'une autre cause (défaut de déclaration de la créance sous l'empire de la loi de 1985, décision de rétablissement personnel dans une procédure de surendettement). Cette dernière solution, assez dogmatique, est aussi malencontreuse : qui comprendra qu'un débiteur surendetté dont le passif a été effacé puisse conserver les biens qui lui ont été vendus avec une clause de réserve de propriété ?

Pour le cautionnement, l'avant-projet abandonne quelques dispositions qui, au-delà des bonnes intentions, avaient souvent produit un effet d'aubaine. Ainsi, la mention manuscrite cesse-t-elle d'être une dictée pour devenir une dissertation libre à partir des éléments fournis par le texte, parmi lesquels il faut signaler la nécessité de fixer le montant de l'engagement, ce qui exclut tout cautionnement illimité. De même, si l'exigence de proportionnalité est maintenue, c'est avec une sanction assouplie – l'engagement est réductible par le juge – écartant ainsi et la sanction du Code de la consommation – inefficacité totale du cautionnement – jugée le plus souvent excessive, et celle qu'avait retenue la jurisprudence de la Cour de cassation – libérer la caution de ce qui excédait son actif – sanction qui n'en était pas véritablement une, puisque le créancier obtenait de la caution tout ce qu'elle pouvait pratiquement donner. Pour le surplus l'avant-projet s'attache à simplifier et clarifier les textes et à y intégrer certaines des solutions dégagées par la jurisprudence.

Pour les sûretés réelles, il s'agit le plus souvent d'ajustements, comme ce « droit au paiement » reconnu au bénéficiaire d'un nantissement de créance après qu'il a notifié le nantissement au débiteur. La formule est censée mettre fin à une controverse sur les effets de cette sûreté mais pourrait bien rester lettre morte parce que l'avant-projet consacre la cession de créance à titre de garantie (art. 2373 et s. C. civ.). Si, à formalités égales, le créancier a le choix entre cession et nantissement, l'expérience de la loi Dailly qui traitait de la cession et du nantissement des créances professionnelles laisse augurer un abandon du nantissement au profit de la cession dont les effets sont plus énergiques mais aussi plus prévisibles grâce aux solutions dégagées depuis 1981 par la chambre commerciale. Cette consécration de la cession à titre de garantie qu'avait jusqu'ici refusée la Cour de cassation, sans doute à cause des conséquences qu'elle pouvait entraîner pour l'équilibre des procédures collectives, est aussi le dernier clou planté dans le cercueil des créanciers ordinaires. À quoi leur sert-il en effet de pouvoir poursuivre leur débiteur sur tous ses biens « présents et à venir » si, après les biens présents, les biens à venir peuvent être grevés de sûretés. Tout juste peuvent-ils espérer les miettes qui tombent de la table des riches...

Pour terminer sur une note plus optimiste, on célébrera une naissance, celle du « nantissement de monnaie scripturale » autrement dit du nantissement du solde créditeur d'un compte bloqué, la résurrection de l'hypothèque rechargeable pour tous – ce qu'elle était à l'origine – et celle, purement nominale, de l'antichrèse, la mort enfin des privilèges immobiliers spéciaux, immédiatement réincarnés en hypothèques légales.

4. Com., 22 mai 2007, n° 06-12.196.

Perspectives

Droit des sûretés

La politique de protection des constituants d'une sûreté personnelle dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés

Vincent Mazeaud

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille
Centre de droit économique (EA 4224)

1. – L'existence d'une pluralité de sûretés personnelles ne paraît pas susciter d'objection de principe, au point de relever de l'évidence¹. La liberté contractuelle, dont on sait qu'elle garantit notamment la diversité des types contractuels, trouve naturellement vocation à s'appliquer aux sûretés personnelles conventionnelles. C'est en tout cas la position officiellement retenue au sein du Code civil depuis l'ordonnance du 23 mars 2006, position d'ailleurs répandue à l'étranger comme en témoignent notamment, en Europe, les *Principes du droit européen des sûretés personnelles*². Aussi, afin de garantir l'exécution d'une obligation, chacun sait que le Code propose trois sûretés personnelles nommées : cautionnement, garantie autonome et lettre d'intention³. De la même manière qu'il existe une

pluralité de types sociétaires ou, dans un autre registre, que les couples se voient offrir une pluralité d'institutions – *lato sensu* – afin d'organiser leur vie commune, les candidats à une opération de garantie peuvent opérer un choix entre ces trois instruments. Le parallèle s'arrête toutefois là, car la distinction entre les différents types sociétaires comme celle entre le concubinage, le mariage et le pacte civil de solidarité est, au plan de la qualification juridique, infiniment plus aisée. S'agissant des sûretés personnelles, l'opération de qualification est complexe et le critère de distinction malaisé, ce dont témoigne régulièrement le contentieux⁴. Surtout, l'enjeu de cette qualification est exacerbé puisque, indépendamment du caractère accessoire ou autonome de la garantie, le droit des sûretés personnelles verse

1. Ph. Simler, « Unité ou pluralité des sûretés personnelles », in Y. Blandin et V. Mazeaud (dir.), *Quelle réforme pour le droit des sûretés ?*, Dalloz, 2019, p. 87 et s.

2. U. Drobnig (dir.), *Principles of European Law, Personal Security*, Sellier, ELP, Bruylant, Staempfli, 2007 (qui distinguent principalement, mais non pas exclusivement, entre *Dependent Personal Security* et *Independent Personal Security*); M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, Sirey, 8^e éd., 2018, n° 70 et s. Au-delà : P. Ancel, *Les sûretés personnelles non accessoires en droit français et en droit comparé*, thèse dactyl., Dijon, 1981.

3. Nous laisserons de côté les techniques issues du droit commun des obligations (délégation, solidarité, porte-fort...), dont on comprend qu'elles ne peuvent être ici envisagées compte tenu du périmètre de la réforme.

4. V. encore : Com., 30 janv. 2019, n° 17-21279, *D. Actu*, note Y. Blandin ; *D.*, 2019, p. 801, note J.-D. Pellier.

dans la caricature à l'heure de déterminer les règles d'ordre public qui encadrent la garantie. En la matière, le libéralisme qui domine la garantie autonome et la lettre d'intention tranche avec la multiplication des mesures impératives instituées au bénéfice des cautions, en particulier par l'effet du Code de la consommation (formalisme, proportionnalité...) ⁵. Ce constat est devenu banal, ce qui explique pour partie les propositions doctrinales en faveur de l'élaboration d'un droit commun des sûretés personnelles ⁶. Dans une autre direction, en s'inscrivant dans la réflexion menée par l'auteur d'une thèse stimulante ⁷, cet état des choses pourrait aussi encourager une concurrence malsaine entre les sûretés personnelles. Plus précisément, les créanciers désireux d'échapper au régime impératif du cautionnement pourraient y déceler un encouragement à lui substituer une garantie plus fruste. Ce risque, dont on a soutenu qu'il était faible en droit positif ⁸, pourrait-il s'accentuer par l'effet de la réforme du droit des sûretés personnelles annoncée par la loi dite « Pacte » ⁹ ?

2. – C'est à cette réflexion que ces quelques lignes sont consacrées, en raisonnant à partir l'avant-projet de réforme Capitant du droit des sûretés, dont le regretté professeur Pierre Crocq – auquel l'on souhaiterait ici rendre hommage – a été l'un des brillants artisans ¹⁰. Au plan général, l'avant-projet Capitant réalise sans conteste un progrès pour le droit des sûretés personnelles et, en particulier, pour le droit du cautionnement. Pour autant, la cohérence du dispositif de protection du garant constituant d'une sûreté personnelle peut être débattue. La protection renforcée des cautions proposée par l'avant-projet souligne à nouveau, de manière saisissante, la rigueur des autres sûretés personnelles les-

quelles, par contraste, exposent le garant à un risque plus élevé et qui n'est pourtant assorti d'aucun garde-fou (I). Cela nous conduira à éprouver la cohérence de cette politique (II).

I. Quelle politique ?

3. – Comme on a pu l'écrire, « toute sûreté traduit un choix » et « tout choix relève d'une politique législative » ¹¹. Dans cette perspective, la politique portée par l'avant-projet Capitant est limpide et, en harmonie avec le droit contemporain du cautionnement, livre un message essentiel : il faut protéger la caution personne physique ! Cette protection est assurée par des techniques connues. À l'instar de la réforme du droit des contrats avec l'introduction des clauses abusives (art. 1171 C. civ.), l'avant-projet entend importer au sein du Code civil les techniques expérimentées dans ce laboratoire du droit commun qu'est devenu le droit de la consommation.

4. – L'influence consumériste se manifeste déjà avec éclat à travers la solennisation du cautionnement ou, à tout le moins, de la mention écrite par la caution, laquelle conditionnerait la validité du cautionnement souscrit par une personne physique. La caution devrait ainsi apposer « elle-même » une mention précisant qu'elle s'engage « en qualité de caution à payer au créancier ce que lui doit le débiteur en cas de défaillance de celui-ci, dans la limite d'un montant en principal et accessoires exprimé en toutes lettres et en chiffres » (art. 2298, al. 1 av.-proj. Capitant). Mention qui se déclinerait au cautionnement solidaire afin de mettre en exergue sa spécificité (art. 2298, al. 2 av.-proj. Capitant). Ce formalisme a pour but, on le sait, d'assurer que la caution a pu prendre la mesure de l'engagement

-
5. Sur ces mouvements : Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas, 2005 ; N. Borga, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles, Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, préf. S. Porchy-Simon, Dalloz, 2009.
6. M. Bourassin, *L'efficacité des garanties personnelles*, préf. M.-N. Jobard-Bachelier et V. Brémond, LGDJ, 2006 ; M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, Sirey, 8^e éd., 2018, n° 694 et s. (« régime primaire » et « règles spéciales »).
7. C.-A. Michel, *La concurrence entre les sûretés*, préf. Ph. Dupichot, LGDJ, 2018.
8. C.-A. Michel, *La concurrence entre les sûretés*, op. cit.
9. Article 60, I, de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite « loi Pacte », habilitant le Gouvernement à réformer le droit des sûretés par voie d'ordonnance.
10. Sur ce projet, rédigé par une commission dirigée par le professeur Michel Grimaldi et, plus largement, sur la réforme du droit des sûretés, cf. not. : M. Grimaldi, D. Mazeaud et Ph. Dupichot, « Présentation d'un avant-projet de réforme des sûretés », *D.*, 2017, p. 1717 ; L. Andreu et M. Mignot (dir.), *La réforme du droit des sûretés*, Institut Universitaire Varenne, 2019 ; Y. Blandin et V. Mazeaud (dir.), *Quelle réforme pour le droit des sûretés ?*, op. cit. Sur le cautionnement en particulier : A. Gouézel et L. Bougerol, « Le cautionnement dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés : propositions de modification », *D.*, 2018, p. 678.
11. L. Aynès, P. Crocq et A. Aynès, *Droit des sûretés*, LGDJ, 13^e éd., 2019, n° 16.

qu'elle a souscrit, mention dont l'efficacité réelle reste à prouver mais dont on admettra qu'elle s'avère ici allégée par rapport aux mentions consuméristes qui génèrent un contentieux fleuve et irritant¹². Au-delà de ce *remake* législatif de la célèbre saga jurisprudentielle relative à la mention manuscrite, naguère exigée par l'ancien article 1326 du Code civil, une autre proposition n'a pas manqué de susciter l'intérêt des commentateurs. Elle tient à l'introduction d'un bénéfice de disproportion, ici encore au profit des seules cautions personnes physiques (art. 2301, avant-projet Capitant). Il en résulte que « Le cautionnement souscrit par une personne physique est réductible s'il était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné aux revenus et au patrimoine de la caution, à moins que celle-ci, au moment où elle est appelée, ne soit en mesure de faire face à son obligation ». La sanction de la disproportion est certes plus nuancée que celle qui prévaut actuellement au sein du Code de la consommation, laquelle consiste en une déchéance des droits du créancier et non en une simple réduction¹³. Inspirées du droit de la consommation, ces deux mesures se proposent donc d'en fournir une version améliorée. Elles seront d'autant plus aisément acceptées que le droit de la consommation – auquel sont soumis d'innombrables cautionnements –, a déjà permis aux esprits de s'acclimater à de telles mesures dont on perçoit nettement qu'elles portent – parmi tant d'autres – un coup de canif au consensualisme comme à la force obligatoire des contrats. Au surplus, dans l'esprit des auteurs de l'avant-projet¹⁴, ces mesures auraient opportunément vocation à se substituer aux textes consuméristes qui sont plus rigoureux encore et d'une mise en œuvre parfois délicate. Ces quelques dispositions illustrent en tout cas, parmi d'autres¹⁵, la volonté de l'avant-projet de protéger les cautions personnes physiques, à plus forte raison en présence d'un créancier profes-

sionnel. Il ne s'agit pas ici d'étudier en détail chacune de ces mesures mais, plus simplement, de constater qu'elles ont vocation à assurer une protection différenciée de la caution en considération de sa qualité. Le Code civil aurait ainsi vocation à s'approprier les techniques consuméristes, l'« institutionnalisation »¹⁶ du cautionnement prenant désormais place au sein même du droit commun.

5. – Une telle préoccupation est-elle partagée pour les autres sûretés personnelles ? Quitter le cautionnement pour scruter les mesures qui, dans l'avant-projet, ont pour objet de protéger les constituants d'une sûreté personnelle non accessoire offre une formidable occasion d'être bref. Aucune mesure de protection n'est prévue pour le constituant d'une garantie autonome ou d'une lettre d'intention, ce qui n'est pas le produit d'un oubli. L'opposition est frappante entre la protection fort développée des cautions personnes physiques et l'absence de toute protection offerte aux autres garants personnels. Ce mouvement trouve certes quelques prolongements actuels en droit positif, si du moins l'on met de côté le droit des procédures collectives¹⁷, mais l'on pouvait raisonnablement espérer que le parachèvement de la réforme des sûretés serait l'occasion d'une mise en ordre, laquelle n'est pas envisagée par l'avant-projet Capitant. Comment expliquer ce choix ?

II. Quelle cohérence ?

6. – La position retenue par l'avant-projet est l'expression d'une politique des sûretés qui paraît contestable. Que l'on s'entende bien, il ne s'agit pas ici de déplorer que la garantie autonome, pour n'évoquer qu'elle, est plus rigoureuse que le cautionnement pour n'être pas accessoire puisque, bien entendu, tel est précisément son objet. Il s'agit, de manière pragmatique, de rechercher pourquoi une personne physique

12. V. M. Bourassin, « Quelle réforme pour la formation du cautionnement », in Y. Blandin et V. Mazeaud (dir.), *Quelle réforme pour le droit des sûretés ?*, op. cit., p. 99 et s., n° 11.

13. Art. L. 332-1 et L. 343-4 C. conso.

14. V. les commentaires ss. les art. 2298 et 2301 de l'avant-projet Capitant.

15. V. not., pour la caution personne physique : la consécration de la jurisprudence *Ernault* en cas de décès de la caution sous les traits d'une règle d'ordre public (art. 2300 av.-proj. Capitant), les obligations d'information dues par le créancier professionnel (art. 2303 et 2304 av.-proj. Capitant), l'exigence d'un reste à vivre (art. 2310 av.-proj. Capitant). Au-delà, pour toute caution, l'extension de l'opposabilité des exceptions (art. 2299 av.-proj. Capitant).

16. Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, op. cit.

17. V. par ex. sur l'alignement des régimes en la matière : C.-A. Michel, *La concurrence entre les sûretés*, op. cit., n° 74 et s.

s'engageant en qualité de caution, engagement au demeurant accessoire, bénéficierait d'un dispositif de protection si intense quand, la même personne physique, s'engageant cette fois-ci en tant que garant autonome ou confortant dans une lettre d'intention, n'aurait d'autre protection que celles fournies par le droit commun des obligations ? Ni information, ni formalisme, ni proportionnalité... La cohérence de ce système paraît mise à mal.

7. – L'on pourrait certes objecter, d'une part, que cette différence de protection procède d'une différence de nature et que, à suivre ce cheminement, il n'y a rien d'incohérent à traiter différemment les parties à des opérations distinctes. Mieux, l'alignement des régimes priverait les sûretés indépendantes de leur raison d'être et pourrait initier un scénario catastrophe au dénouement duquel les créanciers exigeraient désormais la constitution de sûretés plus brutales encore... Serait-ce donc la nature respective des engagements contractés qui l'expliquerait¹⁸, les sûretés dures devant conserver toute leur rugosité quand le cautionnement, sûreté douce, serait le lieu exclusif d'épanouissement de la protection du garant ? Au plan où nous situons la discussion, la nature propre de la garantie autonome ou des lettres d'intention n'explique ni ne justifie en rien l'absence de mention écrite par le garant, pas davantage que l'absence de tout bénéfice de disproportion, voire de l'absence d'obligation d'information. Tout à l'inverse, de tels engagements étant plus rigoureux, pour n'être pas accessoires, l'on serait naturellement enclins à penser qu'ils supposent davantage encore d'attirer l'attention du garant personne physique sur la dangerosité de l'engagement qu'il s'apprête à conclure et qu'il risque d'exécuter. Le législateur n'ignore d'ailleurs pas la dangerosité des sûretés indépendantes, puisqu'il a précisément interdit l'usage

de la garantie autonome pour les crédits mobiliers et immobiliers soumis au Code de la consommation¹⁹, interdiction que certains auteurs suggèrent d'étendre à tout garant profane²⁰. Dans ces conditions, rien ne justifie de limiter le formalisme porté par l'avant-projet à l'article 2298 aux seules personnes physiques cautions²¹. Une telle extension aurait, au demeurant, un effet bénéfique pour le contentieux de la qualification puisqu'il permettrait de formaliser l'expression de la volonté du garant. Au plan général, dès lors que la mesure trouve sa raison d'être dans la protection du garant personne physique contre un engagement irréflecté, ou bien encore contre le risque d'endettement auquel il se trouve exposé, l'on peine à comprendre son cantonnement aux cautions. De telles mesures ne changeraient, pour le surplus, rien à l'efficacité de ces garanties non accessoires qui demeureraient soumises, pour le reste, à des règles propres. Pour le dire autrement, tous les garants personnes physiques ne méritent-ils pas une égale protection contre le risque d'endettement ? Ne sont-ils pas pareillement éligibles aux mesures visant à densifier leur consentement ?

8. – Au-delà, d'autre part, l'on pourrait tenter d'expliquer la position retenue par l'avant-projet Capitant en avançant que, étant faiblement pratiquées par des personnes physiques, ces sûretés n'appellent pas la mise en place d'un régime protecteur. Les menaces seraient illusoire. Ce raisonnement n'est pourtant guère satisfaisant. Non seulement parce que le texte n'en demeurerait pas moins frappé d'une faible cohérence mais aussi, au-delà, parce que l'utilisation pratique de la garantie autonome et de la lettre d'intention ne dépend pas du législateur mais, précisément, de la pratique. Or, il n'est pas de bonne méthode d'offrir à la pratique les instruments de contournement des protections d'ordre public nouvellement introduites au sein du Code

18. Rapp. par ex. : D. Houtcieff, « La garantie autonome souscrite par une personne physique : une sûreté en quête d'identité », *RLDC*, 2006, n° 29, p. 31 et s., n° 17 : aux motifs que la garantie autonome « se conçoit davantage comme un substitut au dépôt de fonds qu'à un cautionnement particulier ». Une telle présentation, si elle peut expliquer historiquement l'apparition des garanties autonomes, ne trouve guère de prolongement dans l'article 2321 du Code civil (cf. pour une confirmation implicite, l'art. 22-1-1 de la loi du 6 juillet 1989 en matière de bail d'habitation).

19. Art. L. 314-19 C. conso.

20. M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, op. cit., n° 703.

21. Rapp. Ch. Albiges, « La garantie autonome et la lettre d'intention », in Y. Blandin et V. Mazeaud (dir.), *Quelle réforme pour le droit des sûretés*, op. cit., p. 133 et s., n° 34.

civil. S'il ne peut « tout prévoir »²², il appartient en revanche au législateur de prévenir les difficultés prévisibles des choix qu'il effectue. Ne pas y procéder encourage une instrumentalisation des sûretés personnelles, dont on perçoit fort bien qu'elle se réaliserait au détriment de la protection du garant personne physique. À nouveau, il ne s'agit pas ici de militer pour un renforcement ou pour un abaissement de la protection des garants personnels mais, différemment, de souligner la faible cohérence de la politique visant à distinguer aussi radicalement le sort de la personne physique ayant souscrit un cautionnement de celle qui aurait conclu une garantie autonome ou bien encore une lettre d'intention. Sans nécessairement conduire à l'élaboration d'un ambitieux « droit commun des sûretés personnelles », une *harmonisation pragmatique* serait donc souhaitable. Mais est-elle seulement possible ?

9. – En vérité, il n'est pas certain que la réforme annoncée puisse remédier à cette difficulté ou, à tout le moins, qu'elle en prenne le chemin. S'il en va ainsi, c'est que la loi d'habilitation prévoit,

certes, que la réforme vise à assurer – de manière aussi vague que banale – « un équilibre entre les intérêts des créanciers, titulaires ou non de sûretés, et ceux des débiteurs et des garants ». La suite du texte révèle néanmoins que le périmètre de l'habilitation dévolue au Gouvernement vise, au 1^o de l'article 60, I, à « réformer le droit du cautionnement, afin de rendre son régime plus lisible et d'en améliorer l'efficacité, tout en assurant la protection de la *caution personne physique* ». Seules les cautions sont donc envisagées. La protection des personnes physiques qui ont souscrit une sûreté personnelle non accessoire, qui sont pourtant placées dans une situation identique au regard de l'objet des mesures considérées, ne rentre donc pas dans le champ de l'habilitation conférée au Gouvernement pour réformer le droit des sûretés. Faudra-t-il alors s'en remettre à la jurisprudence ? Il n'est pas certain que cette voie soit plus fructueuse²³ et, en toute hypothèse, l'on pourrait éprouver une pointe de déception, au lendemain d'une réforme, à attendre du juge qu'il comble les carences du législateur.

22. J.-E.-M. Portalis, « Discours préliminaire sur le projet de Code civil présenté le 1^{er} pluviôse an IX », in *Le Discours et le Code*, Litec, 2004, p. XXI et s., spéc. p. XXIV : « Tout prévoir est un but qu'il est impossible d'atteindre ».

23. Par ex., pour le devoir de mise en garde : Com., 30 janv. 2019, n^o 17-21.279, *D. Actu.*, note Y. Blandin ; *D.*, 2019, p. 801, note J.-D. Pellier.

Perspectives

Droit des sûretés

Le devoir de mise en garde de la caution : incertitudes et perspectives

Laetitia Bougerol

Maître de conférences à l'Université Paris Sud

Le contentieux ne faiblit pas en matière de cautionnement. Une grande partie trouve son origine dans les lois consuméristes, et en particulier la loi du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, qui a étendu le champ d'application de la mention manuscrite requise à peine de nullité, et de la sanction légale de la disproportion.

Les initiatives prétoriennes n'ont cependant rien à envier aux errements du législateur. Le devoir de mise en garde de la caution, que la Cour de cassation a créé et façonné au prix d'une jurisprudence foisonnante depuis une petite quinzaine d'années, est en effet une source importante d'interrogations et de réflexions.

Il est né de la rencontre entre, d'une part, les jurisprudences, naguère célèbres, Macron et Nahoum, qui sont à l'origine de l'exigence prétorienne de proportionnalité et, d'autre part, le devoir de mise en garde mis à la charge du banquier prêteur au profit de l'emprunteur non averti, en présence d'un crédit excessif. Ainsi, dans un premier temps, la Cour de cassation a jugé que le créancier professionnel commettait une faute en acceptant un cautionnement manifestement disproportionné¹, avant d'abandonner cette solution lorsque la caution était avertie² pour ne la maintenir qu'au profit des cautions profanes³. Puis la Cour de cassation a consacré, à

1. Com., 17 juin 1997, *Bull. civ. IV*, n° 188, arrêt *Macron*; *Defrénois*, 1997, art. 36703, p. 1424, n° 158, obs. L. Aynès; *Dr. Sociétés*, oct. 1997, p. 8, obs. T. Bonneau; *RTD com.*, 1997, p. 662, obs. M. Cabrillac; *D.*, 1998, 208, note J. Casey; *Rev. dr. banc. et bourse*, 1997, 221, obs. M. Contamine-Raynaud; *JCP E*, 1997, II, 1007, note D. Legeais; *LPA*, 27 mai 1998, p. 33, note S. Piédelièvre; *RTD civ.*, 1998, p. 100, obs. J. Mestre, et 157, obs. P. Crocq; *JCP G*, 1998, I, 103, n° 8, obs. Ph. Simler.
2. V., au sujet d'une caution dirigeant social, Com., 8 oct. 2002, n° 99-18619, *Bull. civ. IV*, n° 136, arrêt *Nahoum*; *RTD civ.*, 2003, p. 125, obs. P. Crocq; *D.*, 2003, p. 414, note C. Koering; *JCP E*, 2002, II, p. 1921, n° 1730, note D. Legeais; *CCC*, 2003, n° 20, obs. L. Leveneur; *Defrénois*, 2003, art. 37698, p. 456, note S. Piédelièvre; *JCP G*, 2003, I, 124, n° 6, obs. Ph. Simler.
3. V. en ce sens, Com., 25 mars 2003, n° 00-22533; *Rev. dr. banc. et fin.*, 2003, p. 207, obs. D. Legeais; *JCP G*, 2003, I, 176, obs. Ph. Simler; Com., 11 juin 2003, n° 00-11913; *Banque et droit*, n° 90, juill.-août 2003, p. 61, obs. F. Jacob; *JCP G*, 2003, I, 176, n° 4, obs. Ph. Simler; *Civ. 1^{re}*, 9 juill. 2003, n° 01-14082, *Bull. civ. I*, n° 167; *Rev. dr. banc. et fin.*, 2003, p. 286, obs. D. Legeais; *JCP G*, 2003, I, 176, n° 4, obs. Ph. Simler; Com., 17 déc. 2003, n° 01-13419, *Bull. civ. IV*, n° 206; Com., 6 févr. 2007, n° 04-15362, *D.*, 2007, 575, obs. V. Avena-Robardet; *RTD civ.*, 2007, 372 et s., obs. P. Crocq; *RLDC*, avril 2007, p. 33, obs. G. Marraud des Grottes; Com., 2 oct. 2012, n° 11-28331, *Bull. civ. IV*, n° 174.

l'instar de la solution adoptée au profit de l'emprunteur non averti⁴, un devoir de mise en garde pesant sur les créanciers professionnels⁵ au profit des cautions non averties⁶, qui s'est totalement substitué aux jurisprudences Macron et Nahoum. Toute la difficulté est alors de préciser le contenu précis de ce devoir de mise en garde, et son articulation avec la sanction légale de la disproportion⁷.

L'exigence légale de proportionnalité, prescrite par l'article L. 341-4 ancien du Code de la consommation, devenu les articles L. 332-1 et L. 343-4 du même code⁸, semble en effet bien plus avantageuse pour la caution. Son champ d'application est très large, puisqu'elle s'applique à tout cautionnement consenti par une personne physique au profit d'un créancier professionnel – tandis que le devoir de mise en garde ne bénéficie qu'aux cautions non averties – ; sa sanction est, du moins jusqu'à la réforme attendue du droit des sûretés⁹, particulièrement favorable pour la caution puisqu'elle consiste en la déchéance totale des droits du créancier ; et elle exclut toute possibilité pour ce dernier d'échapper à la sanction en établissant qu'il aurait mis en garde la caution¹⁰.

Il ne fait aucun doute aujourd'hui que l'exigence légale de proportionnalité et le devoir

prétorien de mise en garde coexistent, et peuvent être invoqués cumulativement par les cautions¹¹. Cependant, si la Cour de cassation a fait récemment un effort de clarification, des incertitudes persistent sur certains intérêts qu'il y aurait à invoquer le devoir de mise en garde pour les cautionnements postérieurs au 7 août 2003¹² et entrant dans le champ d'application des dispositions légales. Il y a ainsi encore matière à plaider sur l'objet du devoir de mise en garde et la mesure de la disproportion exigée (I), ainsi que sur une éventuelle obligation de vérification préalable pesant sur les établissements de crédit (II).

Un autre point fait difficulté, sur lequel la jurisprudence manque de clarté, relatif à la qualification procédurale de la prétention de la caution fondée sur le devoir de mise en garde et, corrélativement, à la nature exacte de la sanction (III).

I. Objet du devoir de mise en garde et mesure de la disproportion

La jurisprudence est désormais bien établie en ce sens que le devoir de mise en garde dont est créancière la caution a deux objets : d'une part le caractère inadapté du cautionnement par rapport aux capacités de remboursement de la cau-

-
4. V. not. Ch. mixte, 29 juin 2007, *Bull.* n° 7 et n° 8, n° 05-21104 et n° 06-11673, *JCP G*, 2007, II, 10146, note A. Gourio ; *JCP E*, 2007, 2015, note D. Legeais ; *D.*, 2007, AJ 1950, obs. V.A.R. ; et p. 2081, note S. Piedelièvre ; *D.*, 2008, p. 878, note D. Martin ; *Rev. dr. banc. et fin.*, juill.-août 2007, act. 148, p. 18, obs. D. Legeais ; *Banque et droit*, 2007, n° 115, p. 31, note T. Bonneau ; *RLDC*, oct. 2007, 32, note J. Devèze ; *RTD civ.*, 2007, p. 779, note P. Jourdain ; *Dr. et patr.*, nov. 2007, p. 77, note J.-P. Mattout et A. Prüm ; *Resp. civ. et assur.*, 2007, comm. 248, n° 9, note S. Hocquet-Berg ; *Civ.* 1^{re}, 21 févr. 2006, *Bull. civ.* I, n° 91, n° 02-19066 ; *Banque et droit*, n° 108, juill.-août 2006, p. 62, obs. T. Bonneau ; *JCP E*, 2006, 1522, note D. Legeais ; *RTD com.*, 2006, 462, obs. D. Legeais ; *Rev. dr. banc. et fin.*, n° 4, juill.-août 2006, 12, obs. Crédot et Samin.
 5. L'essentiel des arrêts concerne des établissements de crédit. Comp. excluant toute obligation à la charge des créanciers non professionnels : *Com.*, 13 nov. 2007, n° 06-12284, *D.*, 2007, p. 3066, obs. V. Avena-Robardet ; *RTD civ.*, 2008, 328, obs. P. Crocq ; *Rev. dr. banc. et fin.*, janv.-févr. 2008, p. 38, obs. D. Legeais ; *Banque et droit*, n° 117, janv.-févr. 2008, p. 52, obs. N. Rontchevsky.
 6. Voir l'arrêt fondateur suivant : *Com.*, 3 mai 2006, n° 04-19315, *D.*, 2006, p. 1445, obs. X. Delpech ; *JCP G*, 2006, II, 10122, note A. Gourio ; *Rev. dr. banc. et fin.*, mai-juin 2006, p. 20, obs. D. Legeais ; *Banque et droit*, n° 108, juill.-août 2006, p. 53 et s., obs. N. Rontchevsky. Adde les arrêts cités *infra*.
 7. Nous laisserons de côté, dans le cadre de cet article, les évolutions relatives à la notion de caution avertie. V. par ex. sur ce point, L. Bougerol et G. Mégret, *Droit du cautionnement*, Gazette du Palais, 2018, n° 59 et s.
 8. Ces deux textes, issus de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, sont étrangement strictement identiques.
 9. Voir l'article 2301 de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés, qui prévoit d'une part de modifier la sanction (l'engagement disproportionné serait seulement réductible), d'autre part d'étendre le champ d'application du régime légal aux créanciers non professionnels, en le réservant toujours aux cautions personnes physiques.
 10. Cette possibilité n'est cependant que théorique car il semble que les banques n'exécutent en pratique jamais un quelconque devoir de mise en garde.
 11. D. Legeais, « Devoir de mise en garde et principe de proportionnalité ou l'histoire de deux parallèles qui se rencontrent », in *Mélanges AEDBF VI*, RB. éd., 2013, p. 349.
 12. Sur l'application de la loi dans le temps, voir Ch. mixte, 22 sept. 2006, n° 05-13.517, *Bull.* n° 7 ; *RTD civ.*, 2006, p. 799 et *D.*, 2006, p. 2855, obs. P. Crocq ; *Banque et droit*, n° 110, nov.-déc. 2006, p. 49 et s., obs. F. Jacob ; *CCC*, 2006, n° 250, obs. G. Raymond.

tion; d'autre part le caractère excessif du crédit au regard de la situation financière du débiteur principal. La Cour de cassation a en effet jugé que « la banque est tenue à un devoir de mise en garde à l'égard d'une caution non avertie lorsque, au jour de son engagement, celui-ci n'est pas adapté aux capacités financières de la caution ou il existe un risque de l'endettement né de l'octroi du prêt garanti, lequel résulte de l'inadaptation du prêt aux capacités financières de l'emprunteur »¹³.

Cette jurisprudence confirme très clairement le double objet du devoir de mise en garde, et donc son champ d'application plus large que l'exigence légale de proportionnalité. Une caution non avertie peut en effet invoquer un manquement au devoir de mise en garde portant sur le caractère excessif du crédit pour le débiteur principal, alors qu'elle-même avait, dès la conclusion du cautionnement, les capacités financières de faire face à son engagement. L'intérêt que peut avoir une caution à invoquer le devoir de mise en garde en plus des dispositions du code de la consommation est alors acquis.

Les arrêts récents mettent en revanche fin aux espoirs de quelques plaideurs qui pouvaient, à la suite de quelques décisions, espérer que le devoir de mise en garde portant sur la situation financière du débiteur existe même en l'absence de crédit excessif¹⁴, ou que celui portant sur les capacités de remboursement de la caution puisse inclure tous les risques inhérents au cautionnement, en l'absence même de disproportion¹⁵.

Une interrogation demeure néanmoins.

Alors que la sanction légale suppose un engagement « manifestement disproportionné »¹⁶, le devoir de mise en garde existe dès lors que le

cautionnement n'est « pas adapté aux capacités financières de la caution »¹⁷. Par conséquent, lorsque la caution invoque un manquement au devoir de mise en garde en raison de sa propre situation financière, il n'apparaît pas nécessaire d'établir une disproportion manifeste; le devoir de mise en garde pourrait exister alors que le cautionnement n'est pas manifestement disproportionné au sens des dispositions du Code de la consommation.

Une telle distinction semble s'imposer au regard des termes utilisés même si la Cour de cassation ne s'est pas à notre connaissance clairement prononcée en imposant, par exemple, aux juges du fond de rechercher si le cautionnement n'est pas inadapté au patrimoine de la caution dans une hypothèse où il a été constaté qu'il n'était pas manifestement disproportionné.

Une telle solution serait cohérente avec les sanctions mises en œuvre. En effet la sanction de l'obligation de mise en garde est moins rigoureuse, en ce qu'elle consiste en la réparation d'une perte de chance¹⁸, que la déchéance légale qui – d'après le droit actuellement en vigueur – prive le créancier du bénéfice de l'intégralité de l'engagement de caution. Aussi n'y aurait-il rien de choquant à ce que la situation sanctionnée dans le second cas soit plus grave.

Au demeurant, on perçoit mal l'intérêt qu'il y aurait à maintenir pour les cautionnements postérieurs à l'entrée en vigueur de l'article L. 341-4 ancien du Code de la consommation – ou à consacrer dans les textes nouveaux du code civil – un devoir de mise en garde portant sur l'inadaptation de l'engagement de la caution à ses propres capacités financières si cette inadaptation était appréciée de la même façon que la

13. Com., 15 nov. 2017, n° 16-16.790, à paraître au *Bulletin, RTD civ.*, 2018, p. 1884, obs. P. Crocq; *D.*, 2017, p. 2573, note C. Albiges; *Banque et droit*, n° 177, janv.-févr. 2018, p. 22, obs. T. Bonneau; *ibid.* p. 59, obs. F. Jacob; *Gaz. Pal.*, 5 déc. 2017, p. 13, obs. M.-L. Guinamant; *JCP G*, 2017. 1256, obs. J. Lasserre Capdeville; *Rev. dr. banc. et fin.*, janv.-févr. 2018, comm. 7, obs. D. Legeais; *Gaz. Pal.*, 27 févr. 2018, p. 63, obs. M. Roussille; *adde*, antérieurement, dans le même sens, Com., 16 mars 2010, n° 09-65.461; Com., 27 nov. 2012, n° 11-22.706; Com., 13 janv. 2015, n° 13-24.875; Civ. 1^{re}, 14 oct. 2015, n° 14-14.53; et pour des applications plus récentes : Com., 7 févr. 2018, n° 16-18.701; Com., 12 juin 2019, n° 18-11.067.

14. Com., 27 nov. 2012, n° 11-22.706; Com., 23 sept. 2014 n° 13-18.827; Com., 16 mars 2010, n° 09-65.461.

15. Civ. 1^{re}, 14 oct. 2015, n° 14-14.531, *RTD com.*, 2015, p. 728, obs. D. Legeais; *rapp.* Com., 26 janv. 2010, n° 08-70.423.

16. Article L. 341-4 ancien du code de la consommation, devenu L. 332-1 et L. 343-4.

17. Com., 15 nov. 2017, n° 16-16.790; Com., 7 févr. 2018, n° 16-18.701; Com., 12 juin 2019, n° 18-11.067, précités.

18. Com., 20 oct. 2009, n° 08-20.274, *Banque et droit*, janv.-févr. 2010, 20, obs. T. Bonneau; *D.*, 2009, p. 2607 et s., obs. X. Delpech; *JCP G*, n° 46, 422, note L. Dumoulin; *D.*, 2009, 2971, obs. D. Houtcief; *JCP E*, 2009, 2053, note D. Legeais; *JCP G*, n° 48, 23 nov. 2009, 482, note S. Piédelièvre; *Banque et droit*, n° 128, nov.-déc. 2009, p. 62, obs. N. Rontchevsky. Certaines décisions de la Cour de cassation s'écartent d'une telle analyse et retiennent de façon très critiquable que le préjudice de la caution est « à la mesure de la disproportion constatée » (Com., 2 nov. 2016, n° 14-27150; Com., 26 janv. 2016, n° 14-20478).

disproportion manifeste sanctionnée légalement par la déchéance des droits du créancier¹⁹.

Les rédacteurs de la réforme du droit des sûretés à venir devraient à cet égard être vigilants, car, du moins dans les litiges opposant cautions et banques, le devoir de mise en garde, tel qu'il existe en jurisprudence, pourrait priver de toute portée le texte nouveau portant la sanction de l'exigence de proportionnalité. L'avant-projet prévoit en effet, de façon d'ailleurs regrettable²⁰, de remplacer la déchéance totale des droits du créancier par une réduction de l'engagement de la caution, vraisemblablement – mais le texte ne le dit pas – à hauteur de ses facultés contributives²¹. La responsabilité civile pourrait alors retrouver un intérêt majeur car s'il est vrai que le préjudice en lien de causalité avec le manquement au devoir de mise en garde ne peut s'analyser que comme une perte de chance de ne pas contracter, et doit par conséquent être chiffré à un montant inférieur à celui de l'engagement initial²², il demeure possible, pour les juges du fond, appréciant souverainement la perte de chance, de ne laisser à la charge de la caution qu'un montant dérisoire²³.

On serait alors en présence, d'une part, d'une exigence légale de proportionnalité, applicable au profit de toute caution personne physique, mais qui supposerait une disproportion manifeste et ne serait sanctionnée que faiblement; d'autre part, d'un devoir de mise en garde, qui pèserait sur les banques au profit des cautions non averties, qui pourrait s'appliquer dès lors

que l'engagement serait simplement inadapté, et autoriserait une sanction plus importante.

Une alternative à ce système complexe, qui continuerait d'alimenter substantiellement le contentieux, serait de prévoir un texte sur le devoir de mise en garde²⁴ qui ne viserait que les risques relatifs à l'inadaptation du crédit à la situation financière du débiteur principal²⁵, tandis que la disproportion du cautionnement par rapport aux facultés de remboursement de la caution ne relèverait que du régime qui lui est propre, et impliquerait une décharge, que nous pensons devoir être totale, de la caution.

II. Devoir de mise en garde et obligation de se renseigner pesant sur le banquier

Si la sanction légale de la disproportion est sans nul doute très favorable à la caution, la Cour de cassation a utilisé la marge de manœuvre qui lui était laissée par le législateur pour rendre des solutions favorables aux créanciers professionnels et éviter de laisser une porte de sortie trop aisée aux cautions.

Elle a en particulier jugé, en faveur d'un établissement de crédit, que l'article L. 341-4 ancien du Code de la consommation « ne lui impose pas de vérifier la situation financière de la caution lors de son engagement, laquelle supporte, lorsqu'elle l'invoque, la charge de la preuve de démontrer que son engagement de caution

19. Les différences pouvant exister quant au champ d'application *ratione personae* seraient à notre sens insuffisantes pour justifier le maintien d'un devoir de mise en garde.

20. Voir, pour une critique de l'article 2301 de l'avant-projet, A. Gouëzel et L. Bougerol, art. préc.; S. Cabrillac, « L'exigence légale de proportionnalité du cautionnement : plaidoyer pour le maintien d'une comparaison utilisée par la loi et sa sanction... disproportionnée », in *Études en l'honneur du professeur M.-L. Mathieu*, Bruylant, 2019, p. 119.

21. Voir l'article 2301 de l'avant-projet.

22. Voir par ex. Com., 20 oct. 2009, n° 08-20.274, *Banque et droit*, janv.-févr. 2010, 20, obs. T. Bonneau; *D.*, 2009, p. 2607 et s., obs. X. Delpech; *JCP G*, n° 46, 422, note L. Dumoulin; *D.*, 2009, p. 2971, obs. D. Houtcieff; *JCP E*, 2009, 2053, note D. Legeais; *JCP G*, n° 48, 23 nov. 2009, 482, note S. Piédelièvre; *Banque et droit*, n° 128, nov.-déc. 2009, p. 62, obs. N. Rontchevsky; Com., 7 févr. 2018, n° 16-12.808 et 16-24.004.

23. Voir par ex., Com., 8 nov. 2011, n° 10-23.662, *Rev. dr. banc. et fin.*, 2012, comm. 13, obs. D. Legeais; *JCP G*, 2012, chr. 626, obs. Ph. Simler.

24. Le premier avant-projet ne le prévoit pas.

25. Pour une proposition de texte sur le devoir de mise en garde qui ne serait relatif qu'à la situation du débiteur principal, voir A. Gouëzel et L. Bougerol, « Le cautionnement dans l'avant-projet de réforme du droit de sûretés : propositions de modification », *D.*, 2018, p. 678.

était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus »²⁶.

La légèreté de la banque, qui n'a fait remplir aucune fiche de renseignement, n'est alors sanctionnée que par la possibilité, pour la caution, de prouver la disproportion de son engagement au regard de l'ensemble de ses actif et passif réels au jour de l'engagement, indépendamment de la connaissance que pouvait en avoir son créancier²⁷.

Une telle solution aboutit cependant fréquemment au rejet des prétentions de la caution qui, alors qu'elle supporte la charge la preuve de la disproportion au jour de la conclusion du contrat²⁸, ne dispose plus des éléments permettant d'établir la composition de son patrimoine et ses charges plusieurs années auparavant.

Mais cette exclusion de toute obligation de vérification est-elle applicable lorsque le créancier est tenu d'un devoir de mise en garde ? Une réponse négative s'impose selon nous. En effet, comment la banque pourrait-elle satisfaire à son devoir de mise en garde si elle ne prend pas la précaution, en amont, de vérifier la situation patrimoniale de la caution et de s'aviser ainsi du caractère inadapté des engagements souscrits ?

À la différence de l'obligation générale d'information, qui n'existe que si un contractant a connaissance d'une information déterminante

pour son cocontractant²⁹, toute obligation spéciale d'information, ou de mise en garde, dont le contenu est prédéterminé par le législateur ou la jurisprudence, impose à son débiteur de se renseigner sur les points sur lesquels il doit informer ou mettre en garde son cocontractant.

La banque doit mettre en garde si le crédit garanti ou l'engagement de la caution non avertie est inadapté, et elle ne peut le faire que si elle s'enquiert de la situation financière de l'emprunteur et de la caution³⁰. Cela n'empêche pas que ses obligations d'investigation soient légères, et qu'elle puisse, comme la Cour de cassation le juge par ailleurs avec constance, se fier aux déclarations qui lui sont faites par la caution, en l'absence d'anomalie apparente³¹.

Ainsi, affirmer clairement que le devoir de mise en garde pesant sur les établissements de crédit au profit des cautions non averties s'accompagne d'une obligation de s'interroger sur le patrimoine de ces dernières serait cohérent, et ne présenterait aucun inconvénient majeur. Cela reviendrait à généraliser une pratique très répandue puisque les banques font très souvent remplir aux cautions une fiche de renseignement patrimonial. Faire de cette pratique une obligation permettrait de clarifier les obligations des établissements de crédit sans les alourdir sensiblement. La Cour de cassation a de plus précisé

26. Com., 13 sept. 2017, n° 15-20.294, *RTD civ.*, 2018, p. 182, obs. P. Crocq; *AJ Contrat*, 2017, p. 494, obs. D. Houtcieff; *Rev. sociétés*, 2018, 23, note N. Martial-Braz; *Gaz. Pal.*, 21 nov. 2017, p. 28 et 32, obs. C. Albiges; *CCC*, 2017, comm. 234, obs. S. Bernheim-Desvaux; *Gaz. Pal.*, 14 nov. 2017, p. 71, obs. M. Bourassin; *Rev. dr. banc. et fin.*, sept.-oct. 2017, n° 211, obs. D. Legeais; *Gaz. Pal.*, 5 déc. 2017, p. 32, obs. S. Piedelièvre.

27. Voir par ex. Com., 3 mai 2016, n° 14-25.820.

28. Com., 26 juin 2019, n° 18-10.981; Civ. 1^{re}, 26 sept. 2018, n° 17-17.668; Civ. 1^{re}, 25 févr. 2016, n° 14-25.518; Com., 26 janv. 2016, n° 14-23.462; Civ. 1^{re}, 12 nov. 2015, n° 14-21.725, *D.*, 2015, p. 2436, obs. V. Avena-Robardet; Com., 24 mars 2015, n° 14-11.759; Com., 14 oct. 2014, n° 13-24.358; Com., 11 juin 2014, n° 13-18.064, *Bull. civ. IV*, n° 99; *Bull. Joly Entrep. diff.*, 2014, 308, note R. Bonhomme; *Banque et droit*, sept. 2014, 17, obs. T. Bonneau; Com., 9 avr. 2013, n° 12-14.696; Civ. 1^{re}, 7 avr. 1999, n° 97-12.828. Voir, pour une application de cette solution alors que la solution se prévalait, non des dispositions légales, mais du devoir de mise en garde, Com., 3 nov. 2015, n° 14-17.727.

29. Article 1112-1 du Code civil.

30. Voir en ce sens, Ch. Albiges, note sous Com., 13 sept. 2017, *Gaz. Pal.*, 21 nov. 2017, p. 32 : le devoir de mise en garde « suppose nécessairement que certaines diligences soient accomplies par ce dernier afin qu'il puisse apprécier la solvabilité de la caution pour l'opération envisagée et ainsi l'alerter des risques inhérents au contrat conclu ».

31. Voir notamment Com., 14 déc. 2010, *Bull. n° 198*, n° 09-69.807, *Bull. civ. IV*, n° 198; *RDC*, 2011, p. 911, obs. A.-S. Barthez; *JCP G*, 2011, actu. 48, obs. J. Lasserre Capdeville; *Rev. dr. banc. et fin.*, mars 2011, 61, obs. A. Cerles; Com., 13 mars 2012, n° 11-13.458, *RDC*, 2012 n° 1269, obs. A.-S. Barthez; Com., 10 mars 2015, n° 13-15.867; Civ. 1^{re}, 22 sept. 2016, n° 15-18.793; Civ. 1^{re}, 28 sept. 2016, n° 15-23.641; Com., 27 sept. 2017, n° 15-24.726; Com., 29 nov. 2017, n° 16-19416; *adde* Com., 4 juill. 2018, n° 17-11.837. Pour une application de ce principe alors que la caution se fondait sur le devoir de mise en garde, voir Com., 13 mars 2012, préc.; Com., 6 mars 2019, n° 17-26.157 : « pour apprécier s'il est tenu d'un devoir de mise en garde, l'établissement de crédit peut, sauf anomalies apparentes [...] se fier aux informations recueillies auprès de l'emprunteur sur ses capacités financières, sans devoir vérifier leur exactitude ».

les éléments d'actif³² et de passif³³ à prendre en compte, de sorte que les mentions devant figurer sur la fiche de renseignement sont – ou devraient être – désormais bien connues des professionnels du crédit.

En revanche, on peut comprendre que la Cour de cassation ait eu scrupule à faire peser sur tout créancier professionnel une telle obligation de vérification. La solution précitée, rendue en application de l'article L. 341-4 ancien du code de la consommation, peut en ce sens être approuvée³⁴ si son champ d'application demeure limité à l'hypothèse où la caution se fonde sur les dispositions légales et n'invoque aucun manquement au devoir de mise en garde, parce qu'elle est avertie ou a conclu avec un créancier autre qu'une banque³⁵.

L'avantage se ferait sentir, pour la caution, sur le terrain de la charge de la preuve. En effet, si elle est non avertie et qu'elle reproche à une banque un manquement au devoir de mise en garde, l'impossibilité dans laquelle elle pourrait se trouver de prouver la disproportion en l'absence de fiche de renseignement lui permettrait, corrélativement, de se prévaloir du manquement de la banque à son devoir d'investigation. La banque qui n'aurait fait remplir aucune fiche ne pourrait donc plus obtenir le rejet de la demande de dommages et intérêts de la caution au seul motif que celle-ci serait défaillante dans l'administration de la preuve de la disproportion³⁶.

Les dommages et intérêts susceptibles d'être obtenus seraient vraisemblablement moindres que si la caution établissait le manquement au devoir de mise en garde. En effet, le manquement à l'obligation d'investigation ne peut justifier que la réparation d'une perte de chance de ne pas conclure, ou de conclure à des conditions différentes; et la probabilité que les diligences de la banque aient permis d'éviter la survenance du

dommage est d'autant plus faible que la disproportion, et donc l'existence du devoir de mise en garde, ne sont pas établies.

III. Manquement au devoir de mise en garde : défense au fond ou demande reconventionnelle

Un dernier point fait difficulté, tenant à la qualification et au régime procédural du moyen tiré de la responsabilité d'un établissement de crédit pour manquement au devoir de mise en garde.

Rappelons que l'article 71 du Code de procédure civile dispose que « *constitue une défense au fond tout moyen qui tend à faire rejeter comme non justifiée, après examen au fond du droit, la prétention de l'adversaire* » tandis que l'article 64 du même code dispose que « *constitue une demande reconventionnelle la demande par laquelle le défendeur originaire prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire* » (nous soulignons).

Toute la difficulté naît ici de ce que la caution, qui invoque un manquement au devoir de mise en garde, ne recherche aucun enrichissement, mais seulement la reconnaissance d'une créance susceptible de se compenser avec sa dette, afin d'alléger le poids final de la condamnation. On peut alors se demander si l'invocation de la faute de la banque présente une autonomie suffisante par rapport à la demande en paiement formée contre la caution pour faire l'objet d'une demande reconventionnelle, et non seulement d'un moyen de défense.

La jurisprudence de la Cour de cassation n'est pas sur ce point des plus cohérentes.

En effet, d'un côté, la Cour de cassation autorise la caution défenderesse – ou l'emprunteur – à procéder soit par voie de défense au fond, soit

32. Voir, notamment, pour les cautions mariées : Com., 24 mai 2018, n° 16-23.036, à paraître au *Bulletin*, *AJ Contrat*, 2018, p. 323, obs. D. Houtcieff; *Rev. dr. banc. et fin.*, 2018, comm. 95, obs. D. Legeais; *JCP G*, 2018, 668, obs. V. Legrand; *Dr. fam.*, 2018, comm. 184, obs. S. Torricelli-Chrifi.

33. Qui inclut l'endettement global, et les autres engagements de caution : v. parmi de nombreux autres exemples, Civ. 1^{re}, 15 janv. 2015, n° 13-23.489, *Bull. civ. I*, n° 8, *RTD civ.*, 2015, p. 183, obs. P. Crocq; Com., 4 mai 2017, n° 15-21.166.

34. Voir D. Houtcieff, note sous Com., 13 sept. 2017, *AJ contrat* 2017, p. 494.

35. Voir, envisageant ainsi que la solution soit propre au régime légal de la proportionnalité, P. Crocq, *RTD civ.*, 2018, p. 182.

36. Tel avait été le cas dans l'arrêt précité Com., 13 sept. 2017.

par voie de demande reconventionnelle³⁷. Ainsi, « poursuivie en paiement par le créancier, la caution qui demande à être déchargée de son obligation en raison de la faute commise par celui-ci à son encontre, sans prétendre obtenir un avantage autre que le simple rejet, total ou partiel, de la prétention de son adversaire, peut procéder par voie de défense au fond ; qu'elle peut aussi, par voie de demande reconventionnelle, demander à être déchargée indirectement en sollicitant des dommages-intérêts puis la compensation entre le montant de sa dette et celui de ces dommages-intérêts »³⁸.

Mais d'un autre côté, la Haute juridiction impose, parfois, la qualification de défense au fond alors que, formellement, une demande en paiement de dommages et intérêts est formulée. Telle est la démarche adoptée lorsque la Cour de cassation oppose le principe de concentration des moyens et l'autorité de la chose jugée³⁹ à une caution qui, après avoir été condamnée, introduit une nouvelle instance⁴⁰.

Ces deux courants jurisprudentiels semblent incompatibles. Le second devrait impliquer, *a fortiori*, qu'une demande reconventionnelle formulée au sein de la même instance soit systématiquement requalifiée en défense au fond tendant au seul rejet de la demande⁴¹. Corrélativement, le manquement du banquier à son devoir de mise en garde ne serait plus sanctionné que par la décharge de la caution, ou la déchéance des droits du créancier, à l'exclusion de l'octroi de

dommages et intérêts, qui présentent notamment l'inconvénient de permettre en principe à la caution de recourir contre le débiteur pour la totalité de la dette garantie⁴².

En ce sens que le manquement du créancier au devoir de mise en garde ne serait en réalité sanctionné que par une décharge de la caution, et non par une créance de dommages et intérêts, on peut d'ailleurs citer l'arrêt par lequel la Cour de cassation avait refusé au débiteur la possibilité d'opposer au créancier le paiement qui était intervenu par « compensation » entre la dette de la caution et celle du créancier ayant manqué à son devoir de mise en garde⁴³. Cette prétendue compensation produit donc les effets d'une décharge directe de la caution et non d'une cause d'extinction de l'obligation satisfaisante pour le créancier.

Un autre enjeu attaché à la sanction ainsi retenue, et à la qualification de défense au fond associée, est l'impossibilité pour la banque d'opposer à la caution la prescription du moyen tiré du manquement au devoir de mise en garde⁴⁴. Il est en effet constant que les moyens de défense au fond ne sont pas soumis à la prescription, et cela a été récemment rappelé au sujet du moyen tiré de l'article L. 341-4 ancien du Code de la consommation⁴⁵, ou encore du manquement du créancier à son obligation annuelle d'information de la caution, sanctionnée par la déchéance du droit aux intérêts⁴⁶.

37. V. en matière de cautionnement, Ch. mixte, 21 févr. 2003, *Bull. Mixte* n° 3, n° 99-18.759 ; *JCP G*, 2003, I, 176, obs. Ph. Simler ; *RTD com.*, 2003, p. 353, obs. D. Legeais ; *Com.*, 26 oct. 1999, *Bull. IV*, n° 182, n° 96-16.837 ; *JCP G*, 2000, I, 209, obs. Ph. Simler ; *JCP G*, 2000, II, 10262, note D. Legeais ; *D.*, 2000, somm. p. 340, obs. M.-N. Jobard-Bachelier ; *RTD com.*, 2000, p. 157, obs. Cabrillac ; *D.*, 2000, p. 665, note M. Grimaldi ; *Civ. 1^{re}*, 4 oct. 2000, *Bull. civ. I*, n° 233, n° 98-10.075 ; *D.*, 2001, 698, obs. L. Aynès ; *RTD civ.*, 2001, p. 629, obs. P. Crocq ; *Rev. dr. banc. et fin.*, 2000, comm. 223, obs. D. Legeais ; *Com.*, 13 déc. 2017, n° 13-24.057, à paraître au *Bulletin* ; *Civ. 3^e*, 4 oct. 2018, n° 17-15.601 ; dans le même sens, en matière d'emprunt, *Civ. 2^e*, 15 avr. 2010, n° 09-14.526 ; *Com.*, 14 oct. 2014, n° 13-21.036.

38. *Com.*, 13 déc. 2017, préc.

39. Et en l'absence de principe de concentration des demandes : v. par exemple, *Civ. 1^{re}*, 12 mai 2016, n° 15-16743, publié au *Bull. ; Procédures*, 2016, n° 223, obs. Y. Strickler ; *RTD civ.*, 2016, p. 923 ; obs. Ph. Théry ; *D.*, 2017, p. 422, obs. N. Fricero.

40. V., pour un conflit entre une banque et une caution, *Civ. 1^{re}*, 1^{er} juill. 2010, *Bull. civ. I*, n° 150, n° 09-10.364 ; *D.*, 2010, p. 1780, obs. V. Avena-Robardet ; *D.*, 2011, p. 265, obs. N. Fricero ; *RTD civ.*, 2011, p. 586, obs. Ph. Théry ; *Com.*, 22 mars 2016, n° 14-23.167 ; *adde*, dans le même sens, pour le conflit entre la banque et un emprunteur, *Com.*, 2 oct. 2012, n° 11-19.323 ; *contra*, *Civ. 2^e*, 23 sept. 2010, n° 09-69.730, *Bull. n° 157*, *RTD civ.*, 2011, p. 586, obs. Ph. Théry.

41. V., approuvant la qualification de défense au fond, S. Guinchard, « Le droit a-t-il encore un avenir à la Cour de cassation ? (Qui cassera les arrêts de la Cour de cassation ?) », in *Mélanges F. Terré*, p. 761 et s., spéc. p. 765.

42. V. not., approuvant une telle sanction, D. Legeais, « Moyens de défense procéduraux de la caution », *JCP G*, 2000, II, 10262.

43. *Com.*, 13 mars 2012, *Bull. civ. IV*, n° 51, n° 10-28.635 ; *RTD com.*, 2012, p. 389, obs. D. Legeais ; *D.*, 2012, p. 1043 ; *D.*, 2012, p. 1579, obs. P. Crocq ; *D.*, 2012, p. 1218, obs. J. Lecaroz.

44. Voir *Civ. 3^e*, 4 oct. 2018, n° 17-15601 ; *Com.*, 21 oct. 2014, n° 13-21341.

45. *Civ. 1^{re}*, 31 janv. 2018, n° 16-24.092, à paraître au *Bulletin* ; dans le même sens, *Com.*, 28 mars 2018, n° 16-27.832.

46. *Com.*, 6 juin 2018, n° 17-10.103.

Cependant, en dépit des arrêts précités, certains plaideurs continuent de demander des dommages et intérêts sur le fondement du devoir de mise en garde, sans que leur prétention ne soit requalifiée⁴⁷, et les litiges continuent de persister sur la question du point de départ de la prescription de l'action en responsabilité pour manquement au devoir de mise en garde, que ce soit dans les rapports entre la banque et l'emprunteur⁴⁸, ou dans les rapports entre la banque et la caution⁴⁹.

Le choix procédural qui est ainsi maintenu apparaît incompatible avec les décisions opposant à la caution le principe de concentration des moyens.

Sans doute la question mériterait-elle d'être clarifiée par le législateur dans la réforme à venir. Si un texte était à cette occasion inséré dans le Code civil sur le devoir de mise en garde, il pourrait être opportun de mettre fin à l'incohérence dénoncée, dans le sens de la consécration de la sanction du créancier par la voie d'une décharge de la caution.

Il est ainsi plusieurs incertitudes persistantes autour du devoir de mise en garde, auxquelles le législateur, ou à défaut la Cour de cassation, pourrait mettre fin.

47. V. par exemple, Com., 21 nov. 2018, n° 17-21.025, *Rev. dr. banc. et fin.*, 2019, comm. 10, obs. D. Legeais.

48. Voir dernièrement Civ. 1^{re}, 5 juin 2019, n° 18-13.226; Civ. 1^{re}, 28 nov. 2018, n° 17-20.707 : « l'action en responsabilité contre la banque pour manquement à son devoir de mise en garde, formée en réponse à l'action en paiement engagée par celle-ci, constitue une demande reconventionnelle aux fins d'allocation d'une indemnité pour perte de chance, dont la prescription court à compter de la réalisation du dommage ou de la date à laquelle il s'est révélé à la victime » (point de départ en l'espèce fixé aux premières difficultés de remboursement).

49. Com., 21 nov. 2018, n° 17-21.025, préc. : « le point de départ du délai de prescription de l'action en responsabilité, pour défaut de mise en garde, exercée par la caution contre la banque est fixé au jour où la caution a su, par la mise en demeure qui lui était adressée, que les obligations résultant de son engagement allaient être mises à exécution du fait de la défaillance du débiteur principal ».

Perspectives

Droit des sûretés

Projet de réforme du droit des sûretés : deux améliorations possibles relatives aux moyens de défense de la caution¹

Lionel Andreu

Professeur à l'Université de Poitiers

1. – On sait à quel point certaines cautions poursuivies en paiement font feu de tout bois pour échapper en tout ou partie à l'exécution de leur engagement. Le droit positif leur fournit, il est vrai, de nombreux moyens pour ce faire : nullité du cautionnement, sanction du cautionnement disproportionné, devoirs d'information, bénéfice de subrogation, droit d'invoquer les moyens de défense non personnels du débiteur, etc.². Ces moyens de défense de la caution ont d'ailleurs été enrichis par le législateur qui a mis en place un certain nombre de règles renforçant la protection des personnes physiques ayant souscrit un cautionnement au profit d'un créancier professionnel. Doit en particulier être à ce titre signalée

la mise en place d'un formalisme contraignant et d'une exception de disproportion qui permet à la caution d'être intégralement déchargée dans le cas où l'engagement souscrit est manifestement disproportionné à ses biens et revenus (loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, art. 11).

2. – Les défauts des textes concernés sont nombreux et régulièrement dénoncés³. Ils appellent à une refonte qui n'a pu être opérée lors de la réforme opérée par l'ordonnance du 23 mars 2006 compte tenu des termes de la loi d'habilitation qui excluait de son domaine le cautionnement⁴. Une décennie plus tard, la rénovation des

-
1. Le présent article est la reprise d'une contribution adressée par le soussigné au Ministère de la justice dans le cadre de la consultation engagée sur la réforme du droit des sûretés. Elle a toutefois été remaniée par l'auteur et enrichie de références que la version initiale ne comportait pas.
 2. Pour une présentation générale, v. L. Bougerol et G. Mégret, préf. P. Crocq, *Droit du cautionnement*, Guide pratique, Gazette du Palais, 2018, p. 116 et s. (« *Défendre la caution* »).
 3. V. par ex., J. François, *Droit civil, Les sûretés personnelles*, Economica, 2004, *passim*. Pour des propositions d'amélioration, v. notre article, « La simplification du droit des sûretés », in D. Bert, M. Chagny et A. Constantin (dir.), *La simplification du droit*, LGDJ, coll. Fond. Varenne, 2015, p. 187. V. égal., plus récemment, L. Andreu et J.-D. Pellier, *L'incidence de la réforme du droit des obligations sur les sûretés personnelles*, en particulier le II, n° 22 et s., « Les sûretés personnelles en droit prospectif », par J.-D. Pellier.
 4. Loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie, art. 24. Sur l'« *Absence de réforme du droit du cautionnement* », v. par ex. N. Rontchevsky, « Réforme du droit des sûretés par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 », *D.*, 2006, p. 1303.

textes relatifs à cette sûreté pourrait finir par advenir. Le législateur a en effet consenti dans sa loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises une nouvelle habilitation tendant cette fois à « réformer le droit du cautionnement, afin de rendre son régime plus lisible et d'en améliorer l'efficacité, tout en assurant la protection de la caution personne physique » (art. 60). Si l'on ne connaît pas encore le contenu du projet d'ordonnance, on sait qu'il s'inspire fortement d'un avant-projet de 2017 rédigé sous l'égide de l'Association Capitant⁵, lui-même héritier d'un précédent projet de 2005 qui avait servi de fondations à l'ordonnance précitée de 2006⁶.

3. – S'agissant des moyens de défense de la caution, le projet de 2017 doit beaucoup aux écrits du Professeur Simler. Coauteur des deux projets de réforme, cet éminent spécialiste du cautionnement défend depuis plusieurs années un certain nombre d'innovations que l'on retrouve dans les textes proposés⁷. Si plusieurs d'entre elles ne soulèvent aucune objection, d'autres suscitent en revanche plus de réserves. Deux d'entre elles, en particulier, méritent d'être dénoncées. La première a trait à l'atténuation de la sanction du cautionnement disproportionné (I) et la seconde au renforcement de l'opposabilité des exceptions du débiteur par la caution (II).

I. L'atténuation de la sanction du cautionnement disproportionné

4. – À l'heure actuelle, l'article L. 332-1 du Code de la consommation interdit au créancier professionnel qui fait souscrire à une caution personne physique un engagement manifestement disproportionné à ses biens et revenus de se prévaloir du cautionnement – sauf cause de retour à meilleure fortune⁸. Le projet de réforme suggère de revoir ce dispositif en adoucissant la sanction encourue : la « réductibilité » du cautionnement serait préférée à la décharge intégrale de la caution⁹. Aussi l'article 2301 du projet prévoit-il que « *Le cautionnement souscrit par une personne physique est réductible s'il était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné aux revenus et au patrimoine de la caution, à moins que celle-ci, au moment où elle est appelée, ne soit en mesure de faire face à son obligation* ».

5. – Explicitant l'innovation, les auteurs du projet précisent que « *La sanction actuelle se traduit par des conséquences étonnantes et difficilement justifiables, des cautions ayant un patrimoine important se voyant déchargées purement et simplement parce que leur engagement était encore plus élevé que ce patrimoine* »¹⁰. L'analyse fait écho à celle du Professeur Simler qui remarquait il y a quelques années que le sys-

5. Pour une présentation de ce projet par trois des membres du Groupe de travail, v. M. Grimaldi, D. Mazeaud et Ph. Dupichot, « Présentation d'un avant-projet de réforme des sûretés », *D.*, 2017, p. 1717. Pour un regard critique sur celui-ci, v. L. Andreu et M. Mignot (dir.), *La réforme du droit des sûretés*, LGDJ, coll. Fond. Varenne, 2019, en particulier la contribution de G. Piette, « Le cautionnement personnel », p. 55 et s.

6. Groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés, *Rapport à M. le garde des Sceaux*, Ministre de la justice, La documentation française, 2005.

7. V. par ex., Ph. Simler, « Une occasion manquée pour le cautionnement », *JCP N*, 25 mars 2006, 1109.

8. Sur le dispositif, v. l'étude détaillée de N. Mathey, « Le caractère excessif de l'engagement de la caution », *RDBF*, n° 5, sept. 2012, doss. 41.

9. Le projet suggère également un élargissement du domaine de la protection afin d'en faire profiter les personnes physiques sans égard au statut du créancier – qui peut être un créancier professionnel ou un créancier non professionnel. Les raisons qui justifient cette extension ne sont pas explicitées par les auteurs du projet. On comprend néanmoins que l'innovation tend à rendre le dispositif plus simple à mettre en œuvre et permet une protection indifférenciée de toutes les cautions personnes physiques, qui n'en restent pas moins sous la coupe du créancier, même non professionnel. En foi de quoi l'innovation est ici bienvenue. À l'inverse, il est heureux que les auteurs du projet n'aient pas restreint le dispositif aux seules cautions averties (en faveur d'une telle restriction, v. M. Bourassin, « La rationalisation du droit du cautionnement », *RDBF*, janvier 2016, dossier 3, spéc. n° 23). L'absence de restriction permet, ici encore, une grande simplification dans la mise en œuvre de la règle, en dispensant l'interprète de s'aventurer dans la complexe opération de qualification de la « caution avertie ».

10. Ils précisent également que « *la réductibilité est aussi de nature à atténuer très sensiblement les différences considérables d'appréciation de la disproportion manifeste selon les juridictions* » – ce qui nous paraît douteux.

tème du « tout ou rien » caractérisant le droit positif « *n'est pas satisfaisant et apparaît même, dans certains cas, franchement injuste. Des cautions tout ce qu'il y a de plus averties, disposant de substantiels patrimoines, se voient ainsi exonérées de toute obligation au motif que leur engagement excède le montant de ce patrimoine, laissant le créancier, souvent confronté à une liquidation judiciaire du débiteur principal clôturée pour insuffisance d'actif totalement démuné* »¹¹. Il faut ainsi comprendre qu'à l'inverse de la décharge totale qui a eu les faveurs du législateur, la réductibilité serait une mesure plus adaptée en ce qu'elle permettrait au juge d'ajuster sa sanction en laissant subsister à la charge de la caution une partie de son engagement.

6. – Malgré ses atours, la proposition suscite plusieurs objections. On ne s'arrêtera pas sur le caractère approximatif de l'argumentation, qui fait valoir que des cautions pourraient être déchargées « *purement et simplement parce que leur engagement était encore plus élevé que [leur] patrimoine* ». On sait bien que le législateur a réservé la décharge de la caution aux cas, les plus graves, où le créancier fait souscrire à la caution un engagement « *manifestement* » (i.e. : de toute évidence) « *disproportionné [à ses] biens et revenus* ». Il ne suffit donc pas que l'engagement de la caution soit « *plus élevé* » que son patrimoine.

Le plus gênant réside surtout dans la disparition du caractère automatique de la sanction envisagée. Il faut en effet bien comprendre que la sanction proposée par les auteurs de l'avant-projet ne réside pas dans la réduction de l'engagement de la caution, mais dans sa *réductibilité*. Le suffixe *-ible* utilisé dans le texte révèle ainsi que si l'engagement *peut être réduit*, il *peut aussi ne pas l'être*, selon la décision que prendra le juge. Le juge pourrait tout à fait constater le caractère manifestement disproportionné de l'engagement, mais estimer qu'il ne mérite pas d'être effectivement réduit. Et s'il décide de le réduire, il reste également libre de définir la mesure dans laquelle la réduction doit opérer – sans que ne soient d'ailleurs donnés de critères pour opérer cette réduction. Toute prévisibilité dans la mise en œuvre du texte se trouve ainsi

anéantie pour la caution, qui devra prendre l'initiative de solliciter la réduction auprès du juge (alors que la sanction actuelle opère de plein droit) sans être jamais assurée d'obtenir quoi que ce soit (alors que la sanction actuelle opère avec certitude). Si l'ordonnance à venir devait consacrer ce texte, elle réaliserait ainsi un étonnant renversement du rapport de force entre les parties au profit du créancier. De ce point de vue, la moindre des choses serait de prévoir que l'engagement soit *réduit* lorsqu'il est manifestement disproportionné : une caution confrontée à un tel manque de considération de son créancier devrait *a minima* être certaine de pouvoir profiter de la décharge dont elle remplit les conditions ; et le créancier, fautif pour avoir fait souscrire un tel engagement, devrait être assurément sanctionné.

7. – Allant plus loin, on pense même que c'est non seulement l'absence d'automatisme de la sanction qui est malvenue, mais plus généralement l'abandon d'une déchéance totale. En affirmant que la décharge intégrale de la caution dans le système actuel est « *difficilement justifiable* », les auteurs du projet de réforme passent complètement sous silence l'intérêt de ce système qui ne doit pourtant pas être cherché très loin. La libération totale de la caution confère en effet à la règle un caractère dissuasif : elle détourne le créancier de la tentation de solliciter un engagement manifestement disproportionné avec l'espoir de ne rien perdre dans le cas où l'engagement serait discuté en justice. Avec une simple réduction de l'engagement, au contraire, il y a fort à parier que les juges réduiront en pratique le cautionnement à hauteur de ce que la caution n'est pas en mesure de payer, laissant ainsi le créancier conserver le bénéfice du cautionnement à hauteur de ce qu'il aurait dû stipuler de la caution. On connaît des sanctions plus dissuasives...

8. – On perçoit en tout cas l'intérêt de la conservation du système actuel, qui permettrait de préserver la prévisibilité de la sanction du créancier fautif et son caractère dissuasif¹². Elle ferait également l'économie de l'introduction d'un nouveau dispositif qui suscitera son lot d'incertitudes – à dissiper par la doctrine et la jurispru-

11. Ph. Simler, « Une occasion manquée pour le cautionnement », préc., v. spéc., n° 14.

12. On pourrait cependant discuter du sort du cautionnement en cas de retour à meilleure fortune.

dence. **Dans ces conditions, l'ordonnance de réforme pourrait reprendre dans le Code civil un texte inspiré de l'article L. 332-1¹³ et qui prévoirait : « Un créancier ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation ».**

II. Le renforcement de l'opposabilité des exceptions par la caution

9. – La deuxième innovation ici discutée a trait au renforcement de l'opposabilité des exceptions du débiteur par la caution¹⁴.

En droit positif, il existe un principe d'opposabilité de ces exceptions qui ne s'applique cepen-

dant pas aux « exceptions purement personnelles » du débiteur. La limite découle des textes du Code civil, qui réservent à deux reprises l'existence d'exceptions qui doivent demeurer inopposables par la caution¹⁵. La jurisprudence s'inscrit dans leur sillage en reconnaissant que certains moyens de défense peuvent être réservés au débiteur lui-même et rester hors de portée de la caution : annulabilité d'un acte sur le fondement des nullités de la période suspecte¹⁶ ou pour vice du consentement¹⁷, renonciation à agir contre le débiteur sans remise de dette¹⁸, inopposabilité de la créance non déclarée dans la procédure collective du débiteur¹⁹, fin de non-recevoir tirée du défaut de mise en œuvre d'une clause contractuelle qui institue une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge²⁰, forclusion acquise à l'égard du débiteur, mais pas à l'égard de la caution²¹, dépassement de pouvoir par un époux²², irrecevabilité procédurale pour incompétence du

13. Sans la référence au créancier professionnel, qui mérite effectivement d'être écartée comme le suggère le projet : v. *supra*, note 9.

14. On rattache classiquement le principe d'opposabilité des exceptions au caractère accessoire du cautionnement (v. par ex. D. Grimaud, *Le caractère accessoire du cautionnement*, Préf. D. Legeais, PUAM, 2001, n° 184 et *circa*), mais l'analyse est à juste titre discutée (v. M. Cottet, *Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé*, préf. J. Rochfeld, LGDJ, 2013, v. spéc. n° 307, citée *infra*, note 817).

15. V. les art. 2289 et 2313 C. civ.

16. Com., 6 juin 1995, n° 93-17.560 : « l'action en nullité prévue par les articles 107 à 110 de la loi du 25 janvier 1985 est ouverte aux personnes dont la liste limitative est mentionnée dans le dernier de ces textes et au nombre desquelles ne figure pas la caution du débiteur principal ».

17. Ch. mixte, 8 juin 2007, n° 03-15602, qui rappelle que « la caution ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur principal [de sorte que la caution] qui n'avait pas été partie au contrat de vente du fonds commerce, n'était pas recevable à invoquer la nullité relative tirée du dol affectant le consentement du débiteur principal et qui, destinée à protéger ce dernier, constituait une exception purement personnelle ». V. égal., Com., 22 mai 2013, n° 11-20.398. Comp., ant., Civ. 1^{re}, 15 déc. 1999, n° 97-18.262 et Civ. 3^e, 11 mai 2005, n° 03-17.682.

18. Com., 22 mai 2007, n° 06-12.196 : « la renonciation par le créancier au droit à agir en paiement contre le débiteur principal n'emporte pas extinction de l'obligation principale ni du recours de la caution contre ce débiteur, de sorte que la clause précitée ne fait pas obstacle aux poursuites du créancier contre la caution solidaire ». V. égal., Com., 22 nov. 2007, n° 06-18.079 : « la renonciation par le créancier au droit à agir en paiement contre le débiteur principal, stipulée dans la clause précitée, n'emporte pas extinction de l'obligation principale ni du recours de la caution contre ce débiteur, de sorte que cette clause ne fait pas obstacle aux poursuites du créancier contre la caution solidaire ».

19. Com., 12 juill. 2011, n° 09-71.113 : « il résulte des dispositions de l'article L. 622-26 du code de commerce, que la défaillance du créancier ayant pour effet, non d'éteindre la créance, mais d'exclure son titulaire des répartitions et dividendes, cette sanction ne constitue pas une exception inhérente à la dette, susceptible d'être opposée par la caution, pour se soustraire à son engagement ».

20. Com., 13 oct. 2015, n° 14-19.734 : « la fin de non-recevoir tirée du défaut de mise en œuvre d'une clause contractuelle qui institue une procédure de conciliation, obligatoire et préalable à la saisine du juge, ne concerne, lorsqu'une telle clause figure dans un contrat de prêt, que les modalités d'exercice de l'action du créancier contre le débiteur principal et non la dette de remboursement elle-même dont la caution est également tenue, de sorte qu'elle ne constitue pas une exception inhérente à la dette que la caution peut opposer ».

21. Civ. 1^{re}, 8 oct. 1996, n° 94-16.633 : « la caution solidaire, privée du bénéfice de discussion, ne pouvait invoquer la forclusion ».

22. Civ. 1^{re}, 20 janv. 1998, n° 96-10.433 : rejet du pourvoi qui invoquait l'ancien art. 2013 C. civ. (devenu l'art. 2290) dès lors que « la nullité édictée par l'article 1427 précité est une nullité relative qui ne peut être invoquée que par le conjoint victime du dépassement des pouvoirs et que, dès lors, [l'époux caution] n'avait pas qualité pour exercer cette action ».

juge²³... Plus généralement, de nombreux textes extérieurs au Code civil offrent au débiteur des moyens de défense qu'ils interdisent, pour diverses raisons, à la caution d'invoquer²⁴.

10. – Cette réserve des exceptions purement personnelles au débiteur est cependant critiquée de longue date par M. Simler²⁵, pour qui la caution, en raison du caractère accessoire du cautionnement, « devrait pouvoir opposer au créancier toutes les exceptions, même personnelles, que pourrait ou aurait pu opposer le débiteur »²⁶. La rédaction des textes réservant le cas des exceptions personnelles serait ainsi « trompeuse »²⁷. Quant aux nombreux arrêts qui empêchent la caution de se prévaloir de toutes les exceptions du débiteur, ils participeraient d'un « démantèlement du caractère accessoire du cautionnement »²⁸ qu'il faudrait combattre. La jurisprudence ne s'est cependant pas laissée

convaincre et a conservé le cap au fil de ses arrêts²⁹. C'est donc sans surprise que l'on retrouve dans le projet de réforme auquel a contribué M. Simler une proposition qui tend à la briser. Le premier alinéa de l'article 2299 de ce projet retient ainsi que « *La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions, personnelles ou inhérentes à la dette, qui appartiennent au débiteur* ». En quoi il n'y aurait plus à distinguer les exceptions personnelles au débiteur des autres exceptions. La jurisprudence serait corrélativement invitée à reconnaître davantage de droits à la caution.

11. – Il faut cependant observer que la portée de la modification proposée est loin d'être aussi nette. Il est clair que l'existence d'exceptions qui restent hors de portée de la caution ne saurait être niée³⁰ : il s'agit d'une exigence fondamentale, qui a une longue histoire³¹. Aussi le projet

-
23. V. Com., 22 oct. 1996, n° 94-18.877, qui refuse à un créancier le bénéfice des options de compétence de l'art. 46 C. proc. civ. dès lors que « le paiement des sommes dues en vertu d'un engagement de caution ne constitue ni la livraison d'une chose, ni l'exécution d'une prestation de service » (la compétence territoriale est ainsi appréciée sur la tête de la caution et non du débiteur). V. égal, pour l'inopposabilité de la fin de non-recevoir tirée de l'existence d'une clause compromissoire dans le contrat principal, Com., 22 nov. 1977, n° 76-13.145. On notera cependant que, pour certains auteurs, ces solutions procédurales ne relèveraient pas de la problématique de l'opposabilité des exceptions, qui ne concernerait que les défenses au fond (rapp. D. Grimaud, *Le caractère accessoire du cautionnement*, op. cit., n° 178).
24. On pense en particulier à l'interdiction des paiements, à la suspension des poursuites, à l'exclusion de l'anatocisme, à l'arrêt des intérêts ou aux mesures accordées dans un plan ou par le juge en faveur d'un débiteur en procédure collective et que le Code de commerce interdit à la caution d'invoquer : v. les art. L. 662-7, L. 622-28, L. 626-11, L. 631-14, L. 631-20, L. 641-3 (v. égal. les art. L. 622-26 et L. 631-14 C. com.). Sur la jurisprudence antérieure, v. égal. les arrêts cités par D. Legeais, art. préc. et P. Crocq, « Le droit des procédures collectives et le caractère accessoire du cautionnement », in *Mélanges Malaurie, Defrénois*, 2005, p. 1.
25. V. en particulier, Ph. Simler, « Le cautionnement est-il encore une sûreté accessoire », in *Mélanges Goubeaux*, Dalloz-LGDJ, 2009, p. 497.
26. Ph. Simler, « Démantèlement du caractère accessoire du cautionnement ? », *JCP G*, n° 41, hors-série, v. spéc. n° 13. Rapp. A. Schneider, « Des exceptions que la caution peut opposer au créancier : pour un retour aux sources », *JCP G*, 2002, doct. 121. Comp., moins catégorique, D. Legeais, « La règle de l'accessoire dans les sûretés personnelles », *Dr. et patr.*, n° 92, 2001, p. 68. V. égal., du même auteur, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, 10^e éd., LGDJ, 2015, n° 62. V. égal, sur fond d'analyse dualiste de l'obligation, M. Bourassin, V. Brémond et M.-N. Jobard-Bachelier, *Droit des sûretés*, 4^e éd., Sirey, 2014, n° 231 et 591.
27. Ph. Simler, *Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*, Litec, 5^e éd., 2015, v. spéc. n° 48 et s.
28. Ph. Simler, « Démantèlement du caractère accessoire du cautionnement ? », préc.
29. V. les arrêts *supra*, n° 9. *Adde* ceux cités Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés, La publicité foncière*, 7^e éd., Dalloz, 2016, n° 48.
30. M. Simler lui-même, dans son traité, après avoir expliqué que la caution devrait pouvoir opposer toutes les exceptions du débiteur, est contraint d'accorder plusieurs pages, avec des renvois vers d'autres matières, à ce qu'il décrit comme des « limites du caractère accessoire » (op. cit., n° 50).
31. Les juristes romains distinguaient déjà, dans le Digeste (L. 7, de exceptionibus, Livre XLIV, Titre 1 ; les traductions qui suivent sont reprises de : *Les cinquante livres du Digeste, ou des Pandectes de l'Empereur Justinien*, trad. M. Hulot, Behmer et Lamort, 1803), les exceptions « personæ cohærentes », qui sont des « exceptions attachées à la personne », qui « ne passent pas à d'autres » (« par exemple un coassocié, un père, un patron ont le privilège de ne pouvoir être condamnés que jusqu'à concurrence de ce qu'ils peuvent fournir sans se réduire à l'indigence ; mais cette exception ne pourroit pas être opposée par celui qui auroit répondu pour eux ») et les exceptions « rei cohærentes », qui sont « attachée à la chose » et « profitent au répondant comme au principal obligé » (« Ainsi, si le principal obligé a fait avec son créancier une convention par laquelle celui-ci a promis de ne point demander la chose, et si cette convention est réelle et non personnelle, elle produira une exception en faveur du répondant »). Plus près de nous, Pothier considère qu'il faut distinguer le cas où le débiteur est libéré de plein droit de celui où il ne l'est pas, mais seulement par l'effet de « quelque exception ou fin de non-recevoir qu'il peut opposer contre la demande du créancier » (R. J. Pothier, *Traité des obligations*, in Œuvre de Pothier, éd. mise en ordre par J. Dupin, Béchét, 1824,

est-il contraint de se contredire immédiatement après avoir affirmé que la caution pouvait opposer « toutes » les exceptions du débiteur, en retenant que « *Celui qui, en connaissance de cause, se porte caution d'un incapable n'en est pas moins tenu de son engagement* » et en ajoutant que la caution peut également se prévaloir « *des délais et remises, légaux ou judiciaires, accordés au débiteur* » dans les cas prévus par la loi. Où l'on voit que la caution ne saurait véritablement opposer « toutes » les exceptions du débiteur comme l'affirme péremptoirement l'alinéa premier : il subsiste des exceptions – que l'on devrait néanmoins se retenir de qualifier d'« exceptions personnelles » compte tenu de la rédaction de cet alinéa 1^{er} – qui resteraient propres à celui-ci et demeureraient hors de portée de la caution. Le mot aura disparu, mais pas la chose... Ce qui conduit à se demander si les auteurs du projet n'auraient pas en l'espèce cédé au verbalisme. N'est-il pas plus simple, comme

on le fait aujourd'hui, de désigner par l'expression d'« exceptions personnelles » les différents moyens de défense qui, dans une situation donnée, sont réservés à une personne en particulier³² ? Ainsi, on pourrait continuer à admettre un principe d'opposabilité des exceptions tout en réservant le cas de moyens de défense que, par exception, la caution serait fondée à opposer au créancier, et qui seraient, comme dans les textes sur la solidarité (art. 1315 C. civ.) ou la cession de dette (art. 1328 C. civ.)³³, qualifiés d'« exceptions personnelles » au débiteur. À défaut, la dévitalisation du concept d'exception personnelle rendra l'exposé du droit positif bien difficile : on aura du mal à expliquer qu'un moyen de défense censé être personnel à une personne soit invocable par une autre et qu'à l'inverse certains moyens de défense demeurent propres à un débiteur, mais sans pouvoir être qualifiés de personnels à celui-ci... La confrontation des textes traitant du cautionnement à ceux sur la

n° 381). Dans ce dernier cas, en effet, il conviendrait de « distinguer entre les exceptions ou fins de non-recevoir qu'on appelle *exceptiones in personam*, et celles qu'on appelle *exceptiones in rem* » (suivent huit pages d'exposé de la distinction avec de multiples exemples d'exceptions personnelles).

32. On remarquera que, contrairement à la présentation qui en est faite par ses détracteurs – justement, pour pouvoir ensuite dénoncer les incohérences qui la marqueraient (v. par ex. Ph. Simler, *op. et loc. cit.*) – la notion d'exception personnelle n'est pas homogène : plusieurs raisons peuvent conduire à qualifier de personnelle une exception et l'analyse varie selon la situation dans laquelle se trouvent les intéressés. Une exception peut ainsi tout à fait être qualifiée de personnelle en matière de cession de dette, mais pas en matière de cautionnement, ou de solidarité, ou inversement. Par exception personnelle, on désigne ainsi seulement toute exception qui mérite d'être réservée à une personne en particulier (v., déjà en ce sens, L. Andreu, *Du changement de débiteur*, préf. D. R. Martin, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 92, Dalloz, 2010, v. spéc. n° 248 : « L'expression de moyen de défense purement personnel, fort utile d'un point de vue pédagogique et agréable par son pouvoir évocateur, donne à penser que la notion présente un caractère unitaire : délimitée par certains critères – qui resteraient à déterminer – la catégorie présenterait une homogénéité permettant de découvrir, par déduction, la liste des exceptions qui y correspondent. Cette vision ne rend cependant pas compte de la réalité. La notion d'exception purement personnelle se définit négativement : elle permet seulement de rassembler l'ensemble des exceptions qui, pour des raisons diverses, vont être réservées par le droit à certaines personnes sans pouvoir être invoquées, avec succès, par d'autres »). En quoi la notion d'exception personnelle n'est pas « conceptuelle » mais « fonctionnelle » (le doyen Vedel décrivait comme étant conceptuelles les notions qui « peuvent recevoir une définition complète selon les critères logiques habituels ». À l'opposé, les notions fonctionnelles ne peuvent pas être définies, sinon par l'identification de leur fonction, de ce à quoi elles servent : « en tant que concepts, elles sont vagues, contradictoires et sans unité ». En foi de quoi il est possible de dresser un catalogue des cas d'espèce correspondant aux notions fonctionnelles, mais impossible de les définir pour elles-mêmes : v. G. Vedel, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barensetin », *JCP*, 1948, I, 682, spéc. n° 11, et G. Vedel, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP*, 1950, I, 851, spéc. n° 4). Elle repose sur une classification *a posteriori* des exceptions (Rappr., G. Maraty, P. Raynaud et Ph. Jestaz, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, 2^e éd., Sirey, 1987, n° 592 et 596). Sur l'impossibilité de trouver les critères de l'exception personnelle dans une logique notionnelle, v. D. Grimaud, *op. cit.*, n° 186 et 187. C'est l'échec d'une telle tentative qui a dès lors conduit les auteurs à dénoncer la notion d'exception personnelle et faire jouer un rôle supérieur au caractère accessoire du cautionnement (D. Grimaud, *Le caractère accessoire du cautionnement*, *op. cit.*, n° 188; J. François, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 33).

33. Rappr. l'art. 1341-1 C. civ., qui évoque les droits « qui sont exclusivement rattachés à [la] personne [du créancier] » et qu'un tiers ne saurait exercer par la voie oblique.

solidarité et la cession de dette mènera également à une impasse qui ne renforcera pas l'accessibilité du droit³⁴.

12. – Cela étant, derrière la proposition de renforcement de l'opposabilité des exceptions du débiteur par la caution, il n'y a pas qu'une question de vocabulaire. La force de la règle posée devrait en effet conduire en jurisprudence à de remarquables retours en arrière. Les solutions retenues dans la quasi-totalité des arrêts précités³⁵ mériteraient ainsi sûrement d'être renversées alors même que la plupart d'entre elles ne suscitent aucune objection. Seules paraissent exclues les situations dans lesquelles la loi elle-même interdit à la caution de se prévaloir d'un moyen de défense. Le projet propose lui-même quelques ponts avec le droit de la défaillance en réservant les cas prévus par le législateur : « *Si elle n'y est autorisée par la loi, la caution ne peut se prévaloir des délais et remises, légaux ou judiciaires, accordés au débiteur* ». Hors de cette hypothèse, que faudra-t-il néanmoins décider en l'absence de texte interdisant à la caution de se prévaloir de tel ou tel moyen de défense du débiteur ? Faudra-t-il par exemple admettre que

lorsque ce débiteur est un consommateur protégé par la législation sur les clauses abusives lui permettant d'écarter une stipulation l'obligeant à payer sur-le-champ, la banque caution sera fondée à se prévaloir de cette législation pour réputer non écrite une clause qu'elle a pourtant connue et acceptée à titre professionnel ? Et si le débiteur est fondé à invoquer un privilège de procédure compte tenu de sa situation personnelle (art. 47 C. proc. civ.), faudra-t-il permettre à la caution qui n'est pas dans la même situation de s'en prévaloir ? Si le débiteur a commis une erreur en s'engageant, mais pas la caution, qui se serait pour sa part engagée en parfaite connaissance de cause, faudra-t-il également lui permettre d'opposer au créancier la nullité que le débiteur n'invoquerait pas lui-même ? La réponse positive que suggère le projet à chacune de ces questions embarrasera assurément les magistrats, qui ne tarderont pas à dépasser la lettre d'un texte mal équilibré...

13. – On comprend en tout cas que le système actuel n'est peut-être pas aussi fâcheux qu'on le prétend³⁶. L'inévitable existence d'exceptions qui demeurent propres au débiteur pourrait ainsi

34. Un renversement de paradigme concernant la notion d'exception purement personnelle dans le cautionnement créerait une rupture avec les textes de l'ordonnance du 10 février 2016 relatifs au régime général des obligations. Alors même qu'en cas de cession de dette, le cessionnaire devient débiteur de la dette qui lui a été transmise, il ne lui est pas permis d'opposer à la place du débiteur « les exceptions qui lui sont personnelles » (art. 1328 C. civ.). Ne serait-il pas dès lors étonnant que la caution, qui ne récupère pas la dette du débiteur, soit pour sa part autorisée à opposer toutes les exceptions personnelles que le débiteur cessionnaire d'une dette ne pourrait, pour sa part, opposer ?

35. V. *supra*, note 16 et s.

36. L'atteinte au caractère accessoire du cautionnement reste marginale. Comp., D. Houtcieff, « La remise en cause du caractère accessoire du cautionnement », *RDB*, 2012, étude 38, v. spéc. n° 26 : « contrairement à une idée reçue, le caractère accessoire du cautionnement est largement préservé dans sa dimension explicative, pour peu qu'on veuille bien lui restituer sa compétence véritable. Il est en effet regrettable qu'une référence quasi mystique à ce principe opère souvent comme une dispense de raisonnement : à l'invoquer où il n'a pas lieu d'être, il n'est pas étonnant que l'on n'en trouve parfois aucune trace ». V. égal., A.-S. Barthez et D. Houtcieff, *Les sûretés personnelles*, LGDJ, 2010, n° 70 et *circa*, où les auteurs expliquent que « Le caractère accessoire du cautionnement n'est pas incompatible avec l'inopposabilité des exceptions personnelles ». De notre point de vue, la jurisprudence paraît bien distinguer le cas où la dette principale est éteinte, de sorte que la caution se trouve libérée, du cas où elle n'est pas, de sorte que son engagement peut se maintenir (v. les arrêts cités notes 799 et 800, ainsi que, malgré un certain forçage relatif à la théorie des restitutions, Com., 17 nov. 1982, n° 81-10.757 : « tant que les parties n'ont pas été remises en l'état antérieur à la conclusion de leur convention annulée, l'obligation de restituer inhérente au contrat de prêt demeure valable ; dès lors, le cautionnement, en considération duquel le prêt a été consenti, subsiste tant que cette obligation valable n'est pas éteinte » ; comp. avec R. J. Pothier, cité note 812). Dans ce dernier cas, la question de l'extension des moyens de défense du débiteur à la caution en l'absence de libération du premier ne relève pas du caractère accessoire du cautionnement et de son effet mécanique. V. l'analyse saisissante de M. Cottet, *op. et loc. cit.* : « Si la règle de l'opposabilité des exceptions doit se limiter à assurer l'effectivité de la dépendance existentielle et substantielle attribuée à la théorie de l'accessoire, alors elle doit avoir un domaine bien plus réduit que celui qui lui est attribué par l'effet dopant du dogme de l'accessoire. En effet, la règle de l'accessoire, traditionnellement comprise, impose seulement que la caution soit libérée avec le débiteur et qu'elle ne soit pas tenue selon des modalités plus onéreuses que lui. Or, tant que le débiteur n'a pas invoqué les moyens de défense dont il dispose [N.B. : l'auteur excepte plus loin le cas des moyens de défense qui ont produit leur effet de plein droit], il est toujours obligé par sa dette. Il n'y a donc aucune entorse à la règle de l'accessoire à considérer que la caution reste tenue tant que le débiteur ne se prévaut d'aucune exception à l'égard du créancier. La seule existence de moyens de défense ne doit pas être assimilée à la situation qui résulterait d'une mise en œuvre de ces moyens de défense. Autrement dit, l'obligation garantie reste juridiquement contrai-

conduire au maintien de la notion d'exception personnelle, quitte à discuter des moyens de défense qui méritent d'être ainsi qualifiés³⁷. **En foi de quoi, le *statu quo* pourrait s'imposer dans le cadre de la réforme du droit des sûretés, à la faveur d'un texte inspiré de**

l'actuel article 2313 du Code civil, qui serait seulement allégé : « *La caution peut opposer au créancier les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, mais elle ne peut opposer les exceptions qui sont personnelles à celui-ci* ».

gnante tant que ses causes de disparition n'ont pas été invoquées. Au sens strict, la règle de l'accessoire n'impose nullement que la caution puisse invoquer ces causes de disparition. Elle impose seulement que la caution soit déchargée lorsque le débiteur l'est lui-même. Le sort de l'obligation garantie doit rejaillir sur l'obligation de la caution ; tant que le sort de la première n'est pas modifié, il n'y a aucune raison que la seconde subisse une quelconque modification. On comprend que, dans un élan de protection de la caution, le droit positif tende à attribuer à celle-ci la faculté de soulever les moyens de défense du débiteur pour être déchargée de sa propre obligation. Mais techniquement, la règle de l'accessoire n'impose pas une telle faveur ».

37. On n'exclut pas, en effet, que la jurisprudence ait pu aller trop loin dans telle ou telle hypothèse. Il revient à la Cour de cassation de préciser la notion d'exception personnelle quitte à opérer les revirements qui s'imposent.

Perspectives

Droit des sûretés

Encore un nouveau gage ?! La loi PACTE et la financiarisation des sûretés

Maxime Julienne

Professeur à l'Université d'Angers

1. – C'est peu dire que Pierre Crocq aura marqué le droit des sûretés. Il l'aura fait par ses nombreux écrits, bien sûr, mais aussi par sa participation aux travaux de l'Association Henri Capitant, qui ont abouti à l'ordonnance du 23 mars 2006, puis à la publication, en 2017, d'un second avant-projet qui devrait servir de base à une prochaine réforme par ordonnance dont la loi PACTE a arrêté le principe (L. n° 2019-486 du 22 mai 2019, art. 60)¹. L'une des orientations qui s'y dessine est la simplification du droit des sûretés. Il ne s'agit certes pas d'une *unification*, mais plus modestement d'une *recentrage*² : le texte d'habilitation prévoit notamment de « supprimer les privilèges devenus obsolètes » (2°), d'« abroger les sûretés mobilières spéciales [...] inutiles » (4°) ou encore d'« harmoniser [...] les règles de publicité des sûretés mobilières » (6°)³. Mais il est prévu, dans le même temps, de consacrer dans le Code civil « la possibilité de céder une créance à titre de garantie » (9°) afin d'offrir une alterna-

tive au nantissement de créance, et d'y introduire « le transfert de somme d'argent au créancier à titre de garantie » (11°) afin de soustraire clairement le « gage-espèces » au régime du gage de choses fongibles⁴.

2. – Si l'on ajoute à cela le « nantissement de monnaie scripturale », évoqué par l'avant-projet (art. 2366-1 et s.) mais non dans la loi d'habilitation, on constate qu'il s'agit chaque fois d'actifs très particuliers (créances et monnaies), à l'égard desquels le besoin de précision paraît bien l'emporter sur les attraits de l'unité. C'est dire qu'au moment même où elle semble initier sa réorganisation autour du droit commun, la matière continue de s'enrichir et de se complexifier sous l'effet de sa « financiarisation ». Le phénomène n'est pas en lui-même nouveau. En 1804, le gage fut essentiellement pensé sur le modèle de l'antique *pignus* romain, et ne répondait pas aux besoins d'une économie bancarisée fondée sur l'endette-

1. Le texte du projet est consultable en ligne (www.henricapitant.org). V. not. P. Crocq, « Vers une réforme du droit des sûretés », *Banque et droit*, n° 176, nov.-déc. 2017, p. 4 ; P. Crocq, « Réforme du droit des sûretés et activités bancaires – Rapport de synthèse », *Rev. dr. banc. et fin.*, n° 5, sept.-oct. 2018, dossier 34.

2. Ce qui correspond à l'approche mesurée de Pierre Crocq, selon qui l'unification ne saurait être ni immédiate ni totale, v. P. Crocq, « La réforme des sûretés mobilières », in Y. Picod et P. Crocq (dir.), *Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes*, Éd. juridiques et techniques, 2006, p. 17 et s., spéc. n° 21, p. 20 : « les régimes spéciaux antérieurs [...] devraient logiquement, un jour ou l'autre, disparaître, à moins que la spécificité des biens grevés ne justifie parfois le maintien hors du Code civil de quelques dispositions spécifiques ».

3. Le mouvement toucherait même les sûretés immobilières qui seraient, pour l'essentiel, unifiées sous la qualification d'hypothèque, ce qui aurait notamment pour effet d'unifier leur régime d'opposabilité (v. art. 60, 12°).

4. Sur ce point, v. L. Aynès et P. Crocq, *Droit des sûretés*, Lextenso, 13^e éd., par A. Aynès, 2019, n° 505.

ment. Les sûretés sur créances, initialement rattachées à la figure du gage (C. civ., art. 2075 et 2081 anc.), ont aujourd'hui acquis une pleine autonomie, sous la forme du nantissement de droit civil (C. civ., art. 2356 et s.) ou de la cession de créances professionnelles « *Dailly* » (L. n° 81-1 du 2 janv. 1981). De même, au fil des réformes, il est devenu difficile de reconnaître, dans l'actuel « nantissement de titres financiers » (C. mon. fin., art. L. 211-20), la figure originelle du gage tel que le donne à voir le Code civil. Enfin, la Directive *Collateral* du 6 juin 2002 (2002/47/EC) est venue subsumer sous une notion unique, celle de « garantie financière », l'ensemble des sûretés portant sur des titres, des créances ou des contrats, et qui garantissent des obligations elles-mêmes issues d'opérations sur instruments financiers (C. mon. fin., art. L. 211-38). La « financiarisation » se manifeste donc de deux manières : par la création de régimes spéciaux mieux adaptés aux *actifs* financiers, et par l'adoption de règles dérogatoires cessées favoriser les *activités* financières.

3. – Ce mouvement a joué un rôle positif dans la modernisation du droit des sûretés, mais il expose la discipline à une force centrifuge très puissante⁵, ce que confirme pleinement la lecture de la loi PACTE. Outre son article 60, dont on a dit qu'il prévoyait la création de nouvelles sûretés sur la monnaie et les créances, son article 80 – qui ne doit rien aux travaux de l'Association Henri Capitant – a introduit un nouveau gage de meubles corporels au sein du Code de commerce, lequel se trouve enrichi de quatre articles supplémentaires relatifs aux « reçus d'entreposage » (L. 522-37-1 et s.). Lesdits reçus, dont l'une des fonctions principales est de permettre la mise en garantie de marchandises, pourraient passer pour une version modernisée des récépissés-warrants, qu'ils côtoient au sein d'un même chapitre : là où le récépissé-warrant n'existe qu'au format papier puisqu'il est « extrait

d'un registre à souche » (C. com., art. L. 522-25, al. 2), le reçu d'entreposage « prend la forme d'une inscription dans un registre » (C. com., art. L. 522-37-1, al. 4). Ainsi, au lieu d'endosser un document papier pour transférer la propriété des marchandises ou les grever de gage, on se contentera d'inscrire dans un fichier informatique le nom de leur nouveau propriétaire ou l'existence de la sûreté. En voyant le législateur créer de toutes pièces une nouvelle forme de gage par entiercement plutôt que de moderniser le régime des warrants ou d'exploiter avec davantage d'ingéniosité les ressources du droit commun, on pourrait croire qu'il renoue avec les errements dont il s'était rendu coupable 2006, lorsqu'il avait consacré un nouveau gage de stock largement redondant avec le gage du Code civil⁶.

4. – Une telle lecture serait cependant réductrice, et ne rendrait pas compte de la logique à l'œuvre dans les textes nouveaux. Il est vrai que les promoteurs du dispositif ont mis en avant sa dimension agricole et commerciale, mais ils n'en ont pas pour autant caché la très forte coloration financière⁷. Certes, le reçu d'entreposage n'est pas lui-même un instrument financier et ne peut faire l'objet d'une cotation ; mais il doit impérativement porter sur des marchandises « qui peuvent faire l'objet d'un contrat négocié sur une plateforme de négociation d'instruments financiers », étant précisé que le responsable de la tenue du registre des reçus n'est autre que le gestionnaire de ladite plate-forme (art. L. 522-37-1, al. 1^{er} et 2). Les rédacteurs de l'amendement qui se trouve à l'origine de l'article 80 avaient du reste commis un *lapsus* en parlant de « titre » d'entreposage, avant que soit retenu le terme – moins connoté – de « reçu ». La notion d'« inscription » occupe de toute évidence une place centrale dans le mécanisme nouveau, et si celle de « compte » n'y apparaît nulle part, c'est peut-être tout simplement pour ne pas entraver

5. V. D. Legeais, « L'apport du droit des marchés financiers au droit des garanties réelles », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p. 365, qui évoque tour à tour le « perfectionnement » et la « balkanisation » du droit des sûretés.

6. On sait que cette innovation donna lieu à une véritable « saga » jurisprudentielle et législative centrée sur la question du caractère impératif ou facultatif du nouveau régime (pour un résumé, v. P. Crocq, « Dénouement jurisprudentiel : Le refus du choix entre droit spécial et droit commun », *RTD civ.*, 2016, p. 416 et s.). La loi PACTE désamorce d'emblée cette question en indiquant qu'aucune autre garantie ne peut porter sur des marchandises représentées par un reçu d'entreposage (L. 522-37-4, al. 2) et qu'aucun reçu ne peut être délivré pour des marchandises déjà grevées d'une sûreté (L. 522-37-1, 5).

7. V. la déclaration du Ministre de l'économie et des finances lors de la discussion du texte à l'Assemblée nationale (18 sept. 2018) : « Il s'agit donc d'un élément très positif, non seulement pour les marchés financiers, mais surtout pour le monde agricole. »

le recours à un « dispositif d'enregistrement électronique partagé » (une *blockchain*), dont on sait justement qu'il constitue un nouveau mode de représentation des titres financiers (C. mon. fin., art. L. 211-3). Le reçu d'entreposage constitue en définitive « un instrument de marché, à défaut d'être un instrument financier »⁸ au sens propre. Son objet est bien de représenter des marchandises sous la forme d'une inscription afin de rapprocher leur régime de celui des titres, ce qui se vérifie tout particulièrement à l'égard des sûretés.

5. – Les garanties dont le reçu d'entreposage permettra la mise en place obéiront au régime posé par l'article L. 522-37-4 du Code de commerce. Celui-ci est cependant servi par une rédaction assez médiocre : le texte indique par exemple que le gage « se constate [...] par son inscription au registre », alors que cette expression, dont on ignore si elle renvoie à la validité ou à la preuve de la sûreté, a récemment posé problème en matière de gage commercial⁹; dans le même ordre d'idée, la loi évoque « la réalisation et l'attribution judiciaire du gage de marchan-

dis », formulation étrange (l'attribution judiciaire étant elle-même un mode de réalisation) qui ne permet pas de savoir avec certitude si le pacte commissaire est autorisé ou non¹⁰. Le législateur s'est en revanche montré fort diligent lorsqu'il s'est agi de modifier le Code monétaire et financier afin d'étendre le régime des « garanties financières » aux marchandises entreposées : il a pour cela étendu la qualification d'obligations « financières » à celles issues d'opérations portant sur des marchandises représentées par un reçu (art. L. 211-36), et mentionnées ces dernières dans la liste des actifs éligibles à ce type de garantie (art. L. 211-38)¹¹. Or l'applicabilité de ce régime spécial prive en grande partie de leur intérêt les règles posées dans le Code de commerce, puisqu'il régit la quasi-totalité de l'opération, de sa qualification à sa réalisation en passant par ses conditions de validité et d'opposabilité¹². Se pourrait-il alors que le législateur ait – plus ou moins sciemment – bâclé des dispositions qu'il destinait de toute façon à s'effacer derrière le régime dérogatoire des « garanties financières »¹³ ?

8. P. Barban, « Loi PACTE : création d'un instrument de crédit sur matières premières sous-jacentes de contrats financiers », *Banque et droit*, n° 185, mai-juin 2019, p. 31.

9. Com., 17 févr. 2015, n° 13-27.080, *RTD civ.*, 2015, p. 437, note P. Crocq.

10. Le pacte est certes visé par l'art. L. 521-3 C. com., auquel renvoie l'art. L. 522-37-4. Mais le fait est que ce dernier texte ne vise que l'attribution, et qu'il pourrait parfaitement déroger, en tant que disposition spéciale, au droit commun du gage commercial.

11. Comp. antérieurement : S. Agbayissah, « La garantie des contrats financiers par des sûretés portant sur les matières premières agricoles », *Rev. dr. banc. et fin.*, janv.-févr. 2014, prat. 1, p. 105.

12. Pour une étude complète, v. S. Praicheux, Rép. soc. Dalloz, v° « Sûretés financières », 2019.

13. N. Borga, « Le projet de loi PACTE et les titres d'entreposage : nouvelle entorse à la discipline collective », *BJED*, 2019, n° 1, p. 8, n° 9 : « on a l'impression que la constitution de ce gage sur les marchandises n'est pas au cœur des préoccupations du législateur. Son esprit est essentiellement tourné vers la constitution de garanties financières ayant pour assiette les marchandises représentées par le titre d'entreposage [...] » ; rapp. P. Barban, préc. : « c'est surtout [...] l'éligibilité de l'opération aux mécanismes de compensation multilatérale et aux garanties financières qui constitue l'attrait principal de ce nouvel instrument ».

Rétrospective

Dans chaque numéro, la RDA publie le texte d'une conférence du cycle « Les grands textes du droit » qu'elle organise et qui vise à proposer un commentaire des textes majeurs de la littérature juridique.

Jean Carbonnier, *Flexible droit : le non-droit,* une invitation à lire et relire Carbonnier

Dominique Fenouillet

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Directrice du Laboratoire de sociologie juridique

1. – L'invitation – à évoquer la pensée du doyen – qui m'a été faite est un bien beau cadeau pour la juriste que je suis, qui a découvert le droit avec le Thémis et ne l'a jamais vraiment quitté depuis. Un cadeau un peu empoisonné sans doute, car l'œuvre est immense, la pensée riche et subtile, si bien que l'interprète craint toujours de trahir ce juriste « prodigieux », « aux mille facettes », « le juriste du xx^e »¹. Mais un cadeau tout de même.

2. – La biographie est bien connue. Né à Libourne en 1908, Carbonnier est mort à Paris le

28 octobre 2003, après avoir mené une vie d'une richesse exceptionnelle : professeur à Poitiers de 1937 à 1955, puis à Paris de 1955 à 1976 ; auteur de mille notes, commentaires, articles, ouvrages ; universitaire impliqué dans l'institution² ; conseiller du Prince et législateur accompli, puisqu'il sera l'auteur des neuf « lois sœurs »³ ; *amicus curiae* à l'occasion⁴...

3. – Les ouvrages qui lui ont été consacrés, les hommages qui lui ont été adressés, ont insisté sur tant de facettes exceptionnelles qu'il est

1. G. Cornu, « Le style des lois », in *Hommage à Jean Carbonnier*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2007, p. 146.

2. Direction de thèses ; direction d'un centre de recherches, le Laboratoire de sociologie juridique ; présidence du concours d'agrégation de 1975 ; très engagé dans la réforme des études de droit.

3. Ph. Rémy, « L'accueil par la doctrine », in *Hommage à Jean Carbonnier*, *op. cit.*, p. 169.

4. Sur quoi, v. D. Fenouillet, « "Les données acquises de la science et l'expérience générale des mères" au soutien de "la vie distincte de l'enfant *in utero matris* dès avant la naissance", Un avis de Jean Carbonnier sur le statut pénal de l'enfant à naître », in *Autour du droit : la sociologie de Jean Carbonnier*, L'année sociologique, Vol. 57, n° 2, 2007, p. 473.

impossible de ne pas en oublier : sa spiritualité⁵, sa tolérance et son respect d'autrui⁶, sa science juridique⁷, sa culture prodigieuse⁸, sa plume inimitable⁹, son humour¹⁰, son imagination¹¹, l'ampleur, la profondeur et l'originalité de sa réflexion... Toutes ces choses qui expliquent les nombreux apports de sa pensée, à la théorie générale du droit (étude du pluralisme, découverte du non-droit, importance de l'effectivité, entre autres), à la théorie des sources (par exemple, l'analyse de la coutume d'origine savante¹², la mise en exergue de l'importance du jugement, à côté de la jurisprudence), aux droits des personnes, de la famille, mais aussi au droit patrimonial, des biens et des obligations, au droit pénal encore...

4. – Comment choisir dans le fonds extraordinaire qu'il nous a confié, entre les Thémis, l'ouvrage de Sociologie juridique, *l'Essai sur les lois, Flexible droit, Droit et passion du droit sous la V^e République ?* J'ai opté pour *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, cet ouvrage paru en 1983, et qui a bénéficié de nombreuses rééditions qui ont permis de l'enrichir¹³ – la dernière, la dixième, ayant eu lieu en 2001. Ce choix m'a été dicté par le fait que cet ouvrage me semble être le plus original et le plus intemporel, et que sa richesse permet de y puiser de nombreux thèmes qui me semblent majeurs chez Carbonnier, parmi lesquels, celui du non-droit.

5. – L'architecture générale de l'ouvrage est bien connue. *Flexible droit* est composé de quatre

-
5. C'était un « humaniste » (R. Verdier, « Itinéraire d'un juriste humaniste dans la science des normes », in R. Verdier (dir.), *Jean Carbonnier, L'homme et l'œuvre*, PU Paris-Ouest, 2012, p. 353), un croyant dont la foi était omniprésente mais qui veillait à la séparation du droit et de la religion. Sur quoi, v. F Terré, « Jean Carbonnier et L'Année sociologique », in *Autour du droit : la sociologie de Jean Carbonnier*, L'année sociologique, Vol. 57, n° 2, 2007, p. 555; G. Cornu, « Propos introductifs », in *Hommage à Jean Carbonnier*, op. cit., p. 2; P.-Y. Gautier, « Foi et droit : l'exemple de Jean Carbonnier », in *Hommage à Jean Carbonnier*, op. cit., p. 73; Th. Revet, « Jean Carbonnier et la spiritualité », in *Hommage à Jean Carbonnier*, op. cit., p. 93.
 6. Protestant attaché à la famille, le premier des « piliers du droit » (sur quoi, v. J. Carbonnier, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 1995, 8^e éd., Titre I^{er}, Partie III, p. 217 et s.), il s'est employé comme législateur à assurer la « cohabitation paisible » des familles, grâce au pluralisme législatif : diversités des types familiaux, déplacement vers d'autres systèmes normatifs. Sur quoi, v. *infra*, n° 30 et s.
 7. Il avait une maîtrise remarquable de l'art juridique, des méthodes d'interprétation, des techniques d'argumentation.
 8. Il puisait à l'Histoire, l'économie, l'anthropologie, la sociologie, la philosophie, etc., parlait d'innombrables langues.
 9. Économie de moyens; tour général et concret du propos; souci d'éviter "les mots qui font mal" (J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, LGDJ, Anthologie du droit, 2013, p. 248); art de la formule, qu'illustreront quelques exemples bien connus : les « axiomes passe partout d'une pseudo-constitution étrangère » pour la jurisprudence européenne; un « immense gaspillage d'intelligence et de temps » pour la jurisprudence rendue sur le fondement de l'ancien article 1384, al. 1^{er}; « l'uniforme capuchon gris » qu'est la notion de bien; les « colonnes de la civilisation » pour désigner les grands parents; « à chacun sa famille, à chacun son droit », pour évoquer le pluralisme législatif; le divorce, « mal nécessaire »; « l'affreuse verrou de l'article 1125-1 (J. Carbonnier, *Droit civil – La famille*, PUF, 1997, p. 320); le scepticisme à l'égard de l'intérêt de l'enfant, « cette clef qui ouvre sur un terrain vague » (J. Carbonnier, *Droit civil – La famille*, op. cit., p. 642); l'autorité parentale, « une autorité molle, comme d'une famille en vacance » (J. Carbonnier, *Droit civil – La famille*, op. cit., p. 121). Des phrases tout aussi célèbres : « l'interprétation est la forme intellectuelle de la désobéissance » (J. Carbonnier, *Droit civil – Introduction*, PUF, 1997, p. 278); « le divorce est la vérité du mariage » (J. Carbonnier, *Droit civil – La famille*, op. cit., p. 23 et s.)...
 10. *V. in fine*, la prosopopée des pieds.
 11. Quelques exemples, puisés en droit de la famille. Sa suggestion, à propos de la jurisprudence Perruche, qui répond à un « devoir pratique et d'équité » (« conserver à l'enfant des ressources qui survivent au pré-décès des père et mère ») mais critique car elle « brutalise le rapport de causalité, au risque de se créer un précédent embarrassant » : « on aurait évité ce risque si l'affaire avait été orientée dès le début vers l'article 213. L'indemnisation des parents aurait pu suffire, à condition d'y inclure des moyens qui leur permettent d'accomplir dès à présent leur devoir de préparer l'avenir, en constituant un capital à l'enfant, notamment selon les procédés que décrit l'article 294 » (J. Carbonnier, *Droit civil – La famille*, op. cit., p. 96). Sa proposition d'une légitimité remontante, fondée sur une interprétation audacieuse de l'article 197, permettant à la possession d'état dont a joui l'enfant d'un couple ayant lui-même eu la possession d'état de couple marié de transformer un concubinage fidèle en mariage à titre posthume (J. Carbonnier, « Le mariage par les œuvres ou la légitimité remontante dans l'article 197 du Code civil », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse : Université des sciences sociales, 1978, p. 730). Le recours à la coutume ou à la gestion d'affaires pour valider les actes accomplis, sans pouvoir, par le beau-parent à l'égard de l'enfant (J. Carbonnier, *Droit civil – La famille*, op. cit., p. 108 et s.).
 12. J. Carbonnier, *Droit civil – Introduction*, op. cit., p. 253 et s.
 13. Ainsi de la 8^e édition : ajout en fin de première partie d'un chapitre nouveau, « Morale et droit »; ajout dans le premier titre de la seconde partie d'un chapitre V sur « La loi pédagogue » et un chapitre VI intitulé « De l'État quand sa robe l'empêche de courir »; ajout dans le troisième titre de cette même seconde partie d'un nouveau chapitre, intitulé « Être ou ne pas être : sur les traces du non-sujet de droit »... C'est à cette édition qu'on se réfèrera.

parties : « Droit et non-droit » ; « Grand droit et petit droit » ; « Les trois piliers du droit » ; « Jeux de droit ». L'analyse portera ici d'abord sur les développements placés, au sein de la première partie (intitulée « Droit et non-droit »), dans le chapitre II consacré à « L'hypothèse du non-droit », chapitre où Carbonnier fait l'inventaire des phénomènes de non-droit avant de proposer une interprétation.

6. – L'étude de cette hypothèse conduira à d'autres écrits, d'où résulte une forme de théorie du non-droit. Des passages de *Flexible droit*, d'abord : notamment les chapitres III (« Nocturne », p. 49 et s.), IV (« Le sommeil », p. 55 et s.), V (« Vers le degré zéro du droit : *De minimis* », p. 62 et s.) et VI (« Vers le degré zéro du droit : de peu, de tout et de rien », p. 72 et s.) de la première partie ; les chapitres II (et plus particulièrement la partie relative à « Voltaire ou l'artificialisme juridique », p. 125 et s.), IV (« Les phénomènes d'incidence dans l'application des lois », p. 146 et s.) et V (« Sur la loi pédagogue », p. 152 et s.) du titre I (« Le droit objectif ») de la deuxième partie ; le chapitre I (« La part du droit dans l'angoisse contemporaine ») du titre III (« Les incertitudes du droit », p. 181) ; les chapitres I (« Sociologie du couple », p. 217) et III (« V^{es} Famille, Législation et quelques autres », p. 236) du titre premier (« La famille ») de la troisième partie. Des passages de *Essais sur les lois* ensuite : dans la première partie (intitulée « Le printemps des lois »), le chapitre X (intitulé « À chacun sa famille, à chacun son droit », p. 167 et s.) ; dans la seconde partie (intitulée « Le jeu des lois renouvelé des grecs »), le chapitre IV (« Tendances actuelles de l'art législatif en France », p. 231 et s.) et le chapitre V (« Les phénomènes d'inter-normativité », p. 251 et s.) ; la postface, enfin, intitulée « Toute loi en soi est un mal » (p. 281 s.).

7. – Une fois dégagée la notion et la théorie du non-droit, il faudra s'interroger sur leur réception : la célébrité de la formule révèle-t-elle leur postérité ?

8. – Pour analyser la pensée du doyen, nous procéderons ainsi en trois étapes : nous dégagerons l'hypothèse du non-droit formulée par le

doyen (I) ; puis nous exposerons la théorie du non-droit (II) que les écrits du doyen nous semblent dessiner ; il conviendra ensuite de se demander quelle est la réception du non-droit (III).

I. L'hypothèse du non-droit formulée par Carbonnier

9. – « L'hypothèse du non-droit » est un chapitre qui illustre remarquablement la pluridisciplinarité du doyen, qui use de la méthode sociologique (observation des faits) et de la science juridique (dans l'analyse des faits constatés). Carbonnier formule l'hypothèse à partir d'un inventaire de phénomènes de non-droit que le doyen identifie (A), et qui lui permettent d'esquisser une notion de non-droit (B).

A. L'inventaire de phénomènes de non-droit

10. – Selon Carbonnier, le non-droit peut constituer une donnée sociale ou un choix individuel.

1. Le non-droit comme donnée sociale

11. – Le non-droit est une donnée sociale dans trois hypothèses.

a. L'autolimitation du droit

12. – La première hypothèse tient dans « l'autolimitation du droit », lorsque « le droit aménage, par politique, des espaces verts et des temps de repos » ou qu'il opte pour un « non droit intellectuel ». Il existe des lieux de non-droit d'abord. Le doyen cite divers exemples : l'asile, lieu de non-droit pénal ; la maison, dans laquelle les perquisitions sont limitées ; les cachettes, dans lesquelles le droit pénal ne pénètre pas s'il pose une condition de publicité. Il existe des temps de non-droit ensuite. Les « vacances du droit » renvoient à diverses hypothèses : l'interdiction de certains actes d'exécution la nuit, les jours fériés, au cœur de l'hiver ; la suspension des règles de droit dans certaines périodes de « licence sociale », telle la période de Carnaval. Un lien direct s'impose ici avec deux chapitres ultérieurs : le premier intitulé « Nocturne »¹⁴, dans lequel Carbonnier considère que « le droit est diurne », et que « la nuit n'est plus pour lui qu'un vide qu'il abandonne ou un inconnu qu'il redoute » ;

14. J. Carbonnier, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, op. cit., p. 49 et s.

le second intitulé « Le sommeil »¹⁵, dans lequel il présente le sommeil, soit comme une « atténuation de la vie de veille », soit comme un « ailleurs absolu »¹⁶. Il existe un non-droit intellectuel enfin. Carbonnier cite ici l'hypothèse des « lacunes ». Après avoir souligné combien l'hypothèse, naturelle au sociologue, met le dogmatique « mal à l'aise » : il rappelle le principe de légalité, propre à la matière pénale (l'article 4 du Code civil interdisant toute extension à la matière civile), ou encore la technique des notions-cadre.

13. – Deux chapitres ultérieurs de ce premier titre doivent être mis en perspective avec cette première hypothèse de non-droit : le chapitre V, intitulé « Vers le degré zéro du droit », et le chapitre VI, intitulé « Vers le degré zéro du droit : de peu, de tout, de rien », l'un et l'autre repris d'articles déjà parus dans des mélanges offerts, en 1981, le premier en l'honneur de Jean Vincent, le second en l'honneur de René Rodière. Dans le premier article, Carbonnier analyse la règle *De minimis non curat praetor* : il y voit du non-droit par autolimitation, fondée sur la modicité des enjeux, tout en s'interrogeant sur la valeur positive de l'adage, hier acquise selon lui, mais aujourd'hui incertaine, la question lui semblant désormais relever de l'article 31 du Code de procédure civile, lequel donnerait lieu à des solutions jurisprudentielles opposées. Dans le second article, Carbonnier expose les trois approches juridiques du « peu », le droit traitant le peu comme le tout, comme le peu ou comme le rien. Et il illustre cette dernière hypothèse par des exemples : le procès-verbal de carence établi à raison de la trop faible importance du patrimoine, le don qui échappe aux règles juridiques par sa modicité, etc.

b. L'auto-neutralisation du droit

14. – La deuxième hypothèse de non-droit réside dans l'« auto-neutralisation du droit » : ici, le droit s'annihile lui-même, tel « le serpent [qui] se mord la queue », en neutralisant la juridicité des phénomènes, non plus par « dessein », mais par « contradictions internes ». Deux hypothèses spécifiques sont présentées. La première réside dans l'exigence de la preuve pour réaliser le droit. Pour beaucoup d'opérations, souligne-t-il, il n'y a pas de preuve ou la preuve est rapidement péris-

sable ; or chacun connaît le proverbe : *idem est non esse aut non probari*. La seconde réside dans l'exigence d'une intervention humaine pour réaliser le droit. Faute de saisine du tribunal, par manque d'argent ou de temps, le droit s'auto-neutralisera, comme le donne à voir l'exemple du droit de la vente des légumes au détail. Plus généralement, Carbonnier souligne qu'« il existe une série de seuils juridiques que la plupart des relations sociales ne franchissent pas ». Il est tentant de rattacher à cette hypothèse ce qu'il appelle ensuite le « degré zéro du droit », degré zéro du droit qui procéderait aujourd'hui moins de l'adage *De minimis non curat praetor* que de l'exigence, par la procédure civile, d'un intérêt à agir (v. *supra*, n° 13).

c. La résistance des faits

15. – La troisième et dernière hypothèse de non-droit « donnée sociale » pourrait résider, selon lui, dans la résistance des faits. Ici réside, à ses yeux, « un des points délicats de l'hypothèse » : il s'en faut, dit-il, que « tout obstacle au droit crée du non-droit ». Mais les phénomènes de résistance relèvent bien, selon lui, de cette hypothèse de non-droit « donnée sociale » lorsqu'ils ne procèdent pas d'un critère individuel mais juridique, c'est-à-dire lorsqu'on se trouve en présence d'une renonciation du droit à sanctionner, et que cette renonciation est générale. Écartant le principe de l'opportunité des poursuites, il donne alors quelques exemples : celui des zones refuges accueillant des esclaves antillais en fuite et celui du travail au noir.

2. Le non-droit comme choix individuel

16. – Le non-droit est ensuite présenté comme une donnée individuelle, fruit potentiel d'un choix « diffus » ou « organique ».

a. Le choix diffus

17. – Il y a un choix diffus lorsque l'individu décide de ne pas faire application d'une situation juridique, ce que le droit de la famille permettrait aisément d'illustrer. Dans une formule saisissante, Carbonnier réfute alors la thèse traditionnelle selon laquelle l'institution juridique serait, en matière familiale, composée de droit et de mœurs : « il n'y a pas un droit mouillé de non-droit de façon continue ; il y a de longs jours de

15. *Ibid.*, p. 55 et s.

16. Ce qu'illustrerait le juge qui dort.

non-droit pour quelques instants de droit (célébrer le mariage, rassurer un acheteur...) » ; « le non-droit est l'essence, le droit l'accident » ; « le droit n'entre en scène que s'il est appelé par la volonté expresse de l'un au moins des intéressés, tandis que leur volonté implicite suffit » (du moins est-ce ce qu'il soutient) « à le tenir à l'écart ».

b. Le choix organique

18. – Il y a choix organique lorsque l'individu se trouve « comme entre deux routes également bien tracées, qui s'ouvriraient devant lui une fois pour toutes », le droit offrant « une *shadow* institution », à laquelle manquent l'exigibilité et l'action en justice.

19. – Ce choix organique renverrait à deux hypothèses. La situation de pur fait, d'abord, dans laquelle le sujet se placerait volontairement, sans déclencher le jeu de la qualification de la situation de droit correspondante. Le doyen prend alors soin de distinguer la situation « de pur fait », phénomène de non-droit, de la situation de fait appréhendée par la loi ou la jurisprudence, illustration d'un « droit de seconde zone », auquel correspondraient les exemples de la filiation de fait, du ménage de fait, de la séparation de fait. Les situations d'amitié, ensuite, qui ne seraient pas régies selon lui par les lois civiles, comme l'illustreraient les trois exemples du conseil d'ami, des dispositions purement précatives ou encore du transport bénévole. L'essentiel résiderait ici, pour Carbonnier, dans la volonté juridique du sujet : l'autonomie de la volonté ne serait pas seulement liberté de créer du droit mais aussi liberté de « demeurer dans la pure absence qu'est le non-droit ».

B. L'esquisse d'une définition du non-droit

20. – Au-delà de cet inventaire de phénomènes de non-droit, Carbonnier esquisse une définition du non-droit, en prenant soin de procéder à diverses distinctions explicites d'abord, et en dessinant rapidement une définition positive ensuite.

1. Des distinctions explicites

21. – Carbonnier prend soin de distinguer le non-droit de divers autres phénomènes :

– Non-droit et anti-droit. Le non-droit, ce n'est pas l'anti-droit d'abord. Sans préciser explicitement ce qu'il faut entendre par là, l'auteur semble plus loin identifier anti-droit et « droit injuste ». Dans le prolongement de cette dis-

inction, on peut se demander si, implicitement, le non-droit ne renvoie pas, en partie au moins, à l'idéal de justice – au droit naturel ? (v. *infra*, n° 35 et n° 36).

- Non-droit et violation du droit. Le non-droit, ce n'est pas la violation du droit, ensuite. Transgresser le droit, c'est encore faire du droit d'une certaine manière, dit-il, non sans paradoxe.
- Non-droit et non-contentieux. Le non-droit, ce n'est pas simplement le non-contentieux non plus, souligne-t-il implicitement. Certes, dit-il, il est manifeste que le droit est vécu sans procès par l'immense majorité des individus, que le contentieux est beaucoup plus petit que le droit. Mais, dit-il aussitôt, l'hypothèse du non-droit est « beaucoup plus grave » que cette hypothèse, ce qui revient à considérer implicitement que non-droit et non-contentieux sont deux choses distinctes.
- Non-droit et *infra*-droit. Le non-droit, ce n'est pas davantage l'*infra*-droit. Employant indifféremment – semble-t-il – les termes de « sous-droit », ou d'« *infra*-droit », illustrés par les deux exemples du « droit folklorique » et de la « coutume ouvrière », Carbonnier voit dans l'*infra*-droit du droit « dégradé », du droit « imparfait » – « parce que non étatique » – et insiste sur le fait qu'il s'agit de « phénomènes positifs », quand le non-droit a, dit-il, « une négativité caractéristique ».
- Non-droit et droit de seconde zone. Le non-droit, ce n'est pas, encore, le droit de seconde zone, identifié comme on l'a dit plus haut aux situations de fait d'ores et déjà appréhendées juridiquement, par la loi ou la jurisprudence.
- Non-droit et non-État. Le non-droit, ce n'est pas enfin le non-État, affirme-t-il encore, en conclusion de l'article intitulé « De l'État, quand sa robe l'empêche de courir » : « le non-droit n'est pas imaginaire, et il ne fait pas alliance avec le sans-État. La théorie part d'une constatation objective : qu'il est des situations qui ont été, ou qui devraient être, régies par le droit, d'où le droit s'est retiré. Et elle débouche sur une conclusion pratique : qu'il serait bon de respecter, voire de multiplier ces aires où la société se repose d'avoir été trop juridique. Mais que ce soit sur l'un ou l'autre registre, le non-droit a besoin de l'État comme d'un support, d'un cadre pour ses plages de liberté. On peut soutenir sans para-

doxe qu'il n'y a que les États forts pour promouvoir le non-droit *de lege ferenda* ».

2. Une définition positive

22. – Positivement, Carbonnier présente le non-droit comme « l'absence du droit dans un certain nombre de rapports humains où le droit aurait eu vocation à être présent ». Cette approche statique s'enrichit d'une approche dynamique, dans laquelle il évoque les « mécanismes par lesquels le droit se retire ».

a. Une approche statique : la négativité caractéristique du non-droit

23. – Comme il le dit très justement pour distinguer le non-droit et l'*infra*-droit, le non-droit a « une négativité caractéristique ». Dans cette perspective statique, le non-droit renvoie à l'absence de droit, au vide de droit. Carbonnier affine ensuite cette « analyse topographique »¹⁷, en distinguant le non-droit absolu – le non-droit *stricto sensu* précise encore Carbonnier – et le non-droit relatif – le non-droit *lato sensu*, par symétrie, dit le doyen. *Stricto sensu*, le non-droit s'entendrait d'un non-droit absolu, c'est-à-dire d'un vide total de droit, vide total dont il est possible de penser qu'il trouve une illustration dans le phénomène des lacunes (sur la réserve, v. *infra*, n° 57). *Lato sensu*, le non-droit s'entendrait d'un non-droit relatif, ce qui désignerait « une baisse plus ou moins considérable de la pression juridique », ce à quoi correspondent, dans l'esprit de l'auteur, les hypothèses d'auto-neutralisation du droit envisagées plus haut.

b. Une approche dynamique : le retrait du droit

24. – L'approche statique se double d'une analyse dynamique, qui appréhende le non-droit comme un phénomène de retrait du droit. Le phénomène renvoie alors au passage du droit au non-droit, passage qui peut être qualitatif ou quantitatif – ouvrir sur le vide absolu ou la baisse de la pression juridique – mais donne toujours à voir « un mouvement de repli ». Carbonnier interroge alors le rapport chronologique entre droit et non-droit : l'hypothèse est qu'on serait passé du non-droit au droit, mais il soutient aussi qu'il existe des allers-retours en la matière. Il

recherche ensuite les causes du non-droit, qui peuvent tenir dans un jugement de valeur (le repli du droit est une bonne chose) ou de réalité (ce qui ouvre sur le thème de l'impuissance du droit).

25. – Carbonnier ne se contente pas de mettre au jour des phénomènes et d'esquisser une définition du non-droit dégagée. Ses écrits donnent à voir une sorte de théorie du non-droit.

II. La théorie du non-droit suggérée par Carbonnier

26. – Il nous semble que les travaux du doyen livrent implicitement une sorte de théorie du non-droit. Elle tient d'une part dans ce qu'il appellera, de façon imagée, « un droit du non-droit »¹⁸ (A), d'autre part dans une analyse de l'articulation du droit et du non-droit (B).

A. L'élaboration d'un « droit du non-droit »

27. – Défini « par sa négativité caractéristique », le non-droit consiste donc dans l'absence de droit dans un domaine déterminé, que ce domaine consiste en un temps, un lieu, une matière, etc., abandonné par le droit. Il n'en résulte pas que ce domaine soit livré à l'anarchie. Comme le souligne le doyen dans la célèbre postface de *Essais sur les lois*, intitulée « Toute loi en soi est un mal », le non-droit, « ce n'est pas le néant, même pas le chaos. L'hypothèse est que, si le droit est écarté, le terrain sera occupé, est peut-être même déjà occupé d'avance, par d'autres systèmes de régulation sociale, la religion, la morale, les mœurs, l'amitié, l'habitude » ou encore, dit-il, un peu plus loin, « cette norme (car c'en est une), norme souterraine, qui ramène chacun à la conservation de soi ». L'individu, loin d'être livré à lui-même, serait renvoyé à des « principes d'ordre, de paix et d'harmonie » qui « coulent de maintes sources » : le droit laisse place à divers « freins » qui brident le sujet et empêchent « le chaos » (1). L'hypothèse du non-droit ouvre ainsi directement sur une théorie centrale du doyen, la célèbre théorie du pluralisme (2).

17. Pour reprendre une expression doctrinale : R. Ricci, « De la nécessité de redéfinir la frontière entre droit et non-droit », in R. Verdier (dir.), *Jean Carbonnier, L'homme et l'œuvre*, op. cit., p. 145 et s.

18. J. Carbonnier, « Il y a plus d'une définition dans la maison du droit », *Droits*, 1990, n° 11, p. 5.

28. – Dans un article postérieur, intitulé « Il y a plus d'une définition dans la maison du droit », et publié à la revue *Droits* de 1990 (n° 11), Carbonnier parlera même d'« un droit du non-droit » pour désigner ces divers freins que l'individu rencontre dans le non-droit, justifiant l'emploi du mot « droit » par le fait que ces normes, si elles ne s'accompagnent d'aucune contrainte étatique et ne donnent lieu à aucune action en justice, bénéficient de la contrainte interne, celle qui réside dans le sujet lui-même (sur l'ambiguïté de la formule, v. *infra*, n° 29 et n° 52, spéc. note 67).

1. Le non-droit et les freins non-juridiques

29. – Carbonnier distingue deux sortes de freins qui brident la liberté du sujet dans le non-droit. Il y a d'abord « tout le social non-juridique » : dans l'hypothèse du non-droit, Carbonnier cite « les règles de mœurs, de convenance, de courtoisie, l'éthique, la religion ». Mais il en évoquera d'autres, plus loin dans *Flexible droit*¹⁹, ou ailleurs, dans d'autres ouvrages²⁰ : la morale, les règles d'hygiène, les règles de langage, le système des poids et mesures, les normes corporelles, etc. Il y a ensuite le frein « que chaque individu découvre en lui-même »²¹, ce que le doyen appelle « l'autodiscipline ». Il analyse son contenu d'abord : il lui rattache alors plus particulièrement « la prudence raisonnable », la « tendresse humaine », « la sympathie pour le semblable », et même « l'amour »²². Il interroge sa nature ensuite : il se demande si elle n'est pas « imitation et transfert de la discipline collective », avant d'y voir un phénomène de psychologie individuelle.

2. Le non-droit et la théorie du pluralisme²³

30. – L'hypothèse du non-droit rejoint ainsi le pluralisme cher à Carbonnier.

31. – Elle est d'abord à mettre en lien avec le pluralisme législatif, cette technique législative analysée en matière familiale dans un article

passé à la postérité : « À chacun sa famille, à chacun son droit ». Partant de la spécificité de la matière familiale, caractérisée par la divergence des choix et l'incertitude des observations, Carbonnier explique que « le législateur a renoncé à privilégier un schéma familial au détriment des autres » et qu'il « a plutôt cherché à se donner les moyens d'une législation sceptique ». Il dresse ensuite le catalogue des procédés utilisés à cette fin, parmi lesquels figure, en cinquième place, « la pluralité des modèles » : « beaucoup auraient souhaité », dit-il, « pour toutes les familles françaises, une structure impérativement uniforme... *Loin de ces utopies égalitaires, les textes réformateurs ont mis résolument sur la diversité de la France, sur la pluralité des tempéraments, des convictions, des traditions.* Ils ont multiplié les options ; ils ont ouvert la porte aux conventions privées, outils de diversification, dans des domaines que l'on aurait cru murés par l'ordre public. Ils ont permis par exemple les pactes entre père et mère au sujet de l'autorité parentale. Nous avons désormais quatre manières de sortir du mariage par divorce... Et il y a parallèlement pour s'installer en ménage trois grandes variétés de régime matrimonial, sans compter les variantes ». Et la conclusion, célèbre : « On pourrait enseigner en revanche l'art de faire des lois à l'ombre desquelles chacun cultivera son art de vivre en famille mais la leçon de cet art législatif serait si brève : le moins de loi possible »²⁴. Autrement dit, en ouvrant à l'individu un choix entre plusieurs types – de divorce, de régime matrimonial, etc. – et en accueillant les conventions privées, le législateur diminue la pression juridique, et cette politique de non-droit relatif offre à chacun la possibilité de suivre la voie que son tempérament, ses convictions, ses traditions, ses mœurs, etc. lui indiqueront. Autant dire que le pluralisme législatif, outil d'une politique de non-droit relatif, est une illustration du pluralisme normatif.

19. J. Carbonnier, « Morale et droit », in *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, op. cit.

20. J. Carbonnier, « Les phénomènes d'internormativité », in *Essais sur les lois*, op. cit.

21. J. Carbonnier, « L'hypothèse du non-droit », in *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, op. cit., p. 37.

22. Précisant : « Agapè plutôt qu'Eros, et pourquoi pas Eros... ».

23. À distinguer de ce qu'on appellera le pluralisme formel, ce pluralisme tenant au fait que le droit procède de multiples sources, la loi étant désormais concurrencée voire détrônée par de nombreuses autres sources : traités internationaux, sources réglementaires, jurisprudence, *infra*-droit, etc.

24. J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, op. cit., p. 194.

32. – La mise en perspective du non-droit et du pluralisme, tant législatif que normatif, est encore plus explicite dans d'autres écrits.

On songe notamment à plusieurs passages du Livre III de *Flexible droit*, consacré aux « trois piliers du droit », et plus particulièrement à divers développements que le titre premier (consacré à la famille) abrite. Ainsi, dans le premier chapitre (intitulé « Sociologie du couple »), les passages consacrés aux divers déterminismes qui pèsent sur les choix offerts à l'individu en matière familiale²⁵; ainsi dans le troisième chapitre (intitulé « V^{is} Famille, Législation et quelques autres »), les développements relatifs au « principe de la pluralité des types », dans lesquels Carbonnier soutient que la famille est institution de mœurs autant que de droit, du moins précise-t-il « si par mœurs, il faut entendre non pas seulement des coutumes rigides mais un ensemble de comportements et de sentiments où vient jouer une apparente liberté »; et de souligner que « les traditions, les régions, les professions, et dans l'individu, les propensions, les volitions interviennent et se combinent pour porter finalement chaque famille vers une structure plutôt que vers l'autre ».

On songe surtout à la « Parenthèse philosophique sur la législation de la famille »²⁶ : « *On peut, il est vrai, à la limite, soutenir que la famille se passerait fort bien de droit... si le droit ne se comprend que répartitif, attributif du suum cuique, qu'a-t-il à faire dans la famille, où les rapports de personne à personne défont tout partage ? ... Il ne serait pas étonnant que ces vues sceptiques aient déteint sur la législation contemporaine. Tout un aspect de sa philosophie, l'aspect libéral, libertaire, laxiste (les épithètes varient au gré des passions) pourrait s'expliquer comme un repli stratégique du droit sur les autres systèmes de normes, les mœurs, la morale, la religion. La loi, constatant son impuissance à régir un domaine devenu par trop psy-*

chologique, par trop délicat pour elle, l'aurait abandonné, non pas au chaos d'un vide normatif, mais aux régulations moins mécanistes que les Hommes ont toujours su se donner en dehors de l'autorité publique... ». Et de s'interroger, plus loin : « *comment édicter la loi commune ? Elle pourra être commune sans être uniforme, si elle sait ménager aux individus des options, des facultés, des possibilités de volonté contraire.* Chaque groupement se reconstitue ainsi, par affinités, sur le modèle familial qu'il porte en lui. Au sein de la con-citoyenneté française, il est des provinces qui répugnent au divorce et d'autres à la séparation de corps; il est des milieux où adopter la séparation de biens par contrat de mariage est une bonne charte d'indépendance et d'autres où l'on n'aimerait pas cela; les fameuses communautés trans-familiales que l'après 68 fit éclore employaient-elles d'autres moyens de droit que la liberté des conventions ? Il y a une philosophie dans le pluralisme. »

B. L'articulation du droit et du non-droit

33. – Un fois admis que « le droit est infiniment plus petit que l'ensemble des relations humaines »²⁷, se pose inéluctablement la question des relations qu'entretiennent droit et non-droit. Cette question, le doyen l'abordera, dans « L'hypothèse du non-droit » et dans bien d'autres écrits, dans une triple perspective de théorie juridique, de sociologie juridique, mais aussi de politique juridique.

1. La théorie juridique

34. – On se reportera d'abord au chapitre V de la seconde partie de son *Essais sur les lois*, tout entier consacré aux phénomènes d'inter-normativité, et qui contient une sorte de théorie générale des relations entre normes juridiques et normes non-juridiques. Reprenant la distinction, si fréquente chez le doyen, de la société et de l'individu, il envisage l'inter-normativité dans l'espace social puis dans la conscience individuelle.

25. Le choix du conjoint, guidé par les parents, sorte de relais de la conscience collective, par l'éducation et l'influence; la décision de divorcer, où la « grille de règles de droit se superpose à une grille de mœurs aux mailles plus étroites », le conjoint étant soumis à la pression morale, de sa famille, de ses relations d'amitié, de son travail, de son milieu culturel, au poids de l'héritité, voire à la poussée directe des parents (ce qu'il appelle le divorce de beaux-parents); la décision de se marier prise sous la pression familiale, ou de vivre en concubinage à raison de la désapprobation du milieu social à l'égard du mariage, de la faveur pour l'union libre qui résulte de la culture de l'intelligentsia ou de la jeunesse »... Sur quoi, v. J. Carbonnier, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, op. cit., p. 220 et s.

26. *Ibid.*, p. 259.

27. J. Carbonnier, « Il y a plus d'une définition dans la maison du droit », préc.

Dans l'espace social, il souligne trois choses : d'abord le fait que la règle juridique, comme la morale et la religion, serait caractérisée par sa « neutralité », c'est-à-dire qu'elle pourrait accueillir n'importe quel contenu (exception faite, dit-il, des lois dites « arbitraires », *i.e.* dépourvues de tout fondement normatif extérieur); ensuite l'existence d'une dynamique inter-normative, ouvrant soit à l'hypothèse pan-juridique, c'est-à-dire « l'invincible progression du droit dans la sphère des autres systèmes normatifs », la « migration » des règles sociales vers le juridique, soit à l'hypothèse inverse, d'un droit qui se replie continûment, ce qui l'amène à citer la célèbre formule de Jhering, selon lequel « l'histoire de la peine est celle d'une abolition constante »; enfin une analyse topologique, selon laquelle « là où la vie privée, intime, est en jeu, le vent dominant est au renoncement du droit; ailleurs, l'interventionnisme étatique fait abonder le droit ». Pour finir ce premier temps, il s'interroge sur la rationalité de ce « ballet » des normes, soulignant que l'affaiblissement des mœurs peut tout aussi bien conduire au repli de la loi qu'au passage au juridique.

Dans la conscience individuelle de chacun, il considère que l'hypothèse la plus fréquente est celle de la conjonction des normes et souligne que l'hypothèse semble favorable (la norme non-juridique confortant ainsi le droit « dans la psyché des assujettis ») mais qu'elle peut être potentiellement dangereuse (la puissance de l'obligation affective l'emporte sur l'obligation juridique en matière alimentaire, dit-il, mais ce serait un « cadeau empoisonné », qui pervertirait la relation). Il envisage ensuite la contradiction des normes. Le conflit peut d'abord se dissoudre psychologiquement. Il peut aussi être résolu juridiquement, par une véritable norme de conflit : norme de compromis (il cite le service civil), norme de désintéret (il donne l'exemple de l'interruption de grossesse). Il analyse enfin l'obligation naturelle dans cette perspective de conflit de normes, en répartissant la compétence entre la norme juridique (qui dénie toute action en paiement) et la norme morale (qui s'oppose à la restitution).

35. – À ce premier article, on en ajoutera un second : le chapitre de *Flexible droit* plus spécifiquement consacré au thème « Morale et droit », dans lequel il envisage à nouveau la question sous le double prisme social et individuel.

Les interactions sociales peuvent s'opérer, dit-il, de deux façons : par le bas, d'abord, via la morale coutumière (illustrée selon lui par la faute et les bonnes mœurs) ou l'éthique des affaires²⁸; par le haut, ensuite, via les valeurs, ce qui peut renvoyer soit à des principes (il évoque alors les principes de réciprocité, de proportionnalité et d'égalité), soit à l'éthique (qu'il semble alors identifier aux deux principes de supériorité de la vie sur la non-vie et de dignité de la personne humaine).

Quant aux interactions individuelles, il en présente trois sortes : il oppose d'abord l'hétéronomie de la loi morale et l'autonomie de l'individu, libre de s'y soustraire; il rappelle ensuite que le droit écarte en principe l'objection de conscience, et ne l'ouvre que dans deux cas (au médecin et au soldat); il aborde ensuite trois institutions juridiques au prisme de l'irrévocabilité, l'obligation naturelle (qui serait la sanction du mauvais repentir, car c'est le refus de la répétition qui est essentiel souligne-t-il), la reconnaissance et l'aveu judiciaire, avant d'envisager le cas de la donation.

36. – La conclusion place le non-droit bien au-dessus du droit : « Plus haut ! toujours plus haut ! Nous y découvrirons la gratuité du "hors soi pour l'autre" qu'a évoquée Lévinas, ou sur un autre registre les héros fous. On entrevoit le royaume du non-droit une raison, pour les juristes, de se taire ».

2. La sociologie juridique

37. – Dans « L'hypothèse du droit », Carbonnier livre une interprétation des phénomènes de non-droit qu'il a inventoriés. Elle a trait aux rapports hiérarchique et chronologique existant entre droit et non-droit.

a. Analyse chronologique

38. – Il considère qu'il serait « saugrenu » de ne pas suivre l'analyse majoritaire, qui soutient que

28. L'analyse, partagée par beaucoup d'auteurs, suscite la perplexité. Le recours à l'éthique n'est-il pas surtout une manœuvre de contournement du droit, un moyen employé par le monde des affaires pour échapper au droit ? Peut-on par ailleurs y voir un phénomène venu du bas, alors que les entreprises ont largement la main sur elle ?

l'on est passé du non-droit au droit, mais il souligne aussi les limites de cette dynamique : « des *ricorsi* ne sont pas unimaginables »²⁹, formule dans laquelle on a vu un emprunt à Giambattista Vico, un penseur italien du XVIII^e siècle, auteur d'une théorie cyclique de l'Histoire, selon laquelle toute société humaine passerait de la barbarie à la civilisation, pour retourner à la barbarie, en passant par trois âges, celui des dieux, celui des héros, celui des Hommes³⁰.

b. Analyse hiérarchique

39. – Dans « L'hypothèse du non-droit », Carbonnier n'envisage explicitement la question hiérarchique que d'un point de vue quantitatif. S'interrogeant sur le point de savoir si le caractère secondaire caractérise les phénomènes de non-droit (« il y a du droit derrière » souligne-t-il dans une merveilleuse formule) ou, inversement, les phénomènes de droit, il semble considérer qu'il est impossible de choisir entre ces hypothèses, faute d'« expérience de non-droit global » et « de vérification statistique convaincante ». Sa conclusion est ambiguë : « la place relativement réduite que le droit paraît occuper dans la psychologie individuelle n'en est pas moins symptomatique ».

40. – La question d'une éventuelle hiérarchie qualitative entre droit et non-droit n'est abordée qu'incidemment, dans cet article, lorsqu'il évoque le « choix individuel » du non-droit, en corrélation avec le bonheur : « tout se passe comme si les individus arrangeaient hors du droit *la plupart* de leurs relations mutuelles, relations de famille ou d'échange », et de conclure, radical : « les gens heureux vivent comme si le droit n'existait pas »³¹. Il faut, pour trouver une analyse plus explicite de cette hiérarchie qualitative, sur cette question, puiser ailleurs la pensée du doyen, dans ses conseils d'usage modéré du juridique.

3. La politique juridique

41. – Le doyen dénonce le « panjurisme » à partir d'une analyse critique de la loi et du droit.

a. Le non-droit et la lutte contre le panjurisme

42. – Dans le premier chapitre de *Flexible droit*, intitulé « Les hypothèses fondamentales de la sociologie juridique théorique », il envisage explicitement la question d'une hiérarchie qualitative entre droit et non-droit en formulant « l'hypothèse de l'évolution », hypothèse pouvant être selon lui tout aussi bien « régressive » (l'âge d'or est sans loi) que « progressive » (la progression quantitative du droit serait progrès social). Mais sa conclusion est prudente : « si l'on veut porter un jugement politique entre droit et non-droit », il faudrait selon lui « avoir égard au contenu actuel du droit dans chaque cas ».

43. – D'autres écrits le montrent plus engagé. Ainsi de la célèbre conclusion de l'article « À chacun sa famille, à chacun son droit » : « On pourrait enseigner en revanche l'art de faire des lois à l'ombre desquelles chacun cultivera son art de vivre en famille. Mais la leçon de cet art législatif serait si brève : le moins de loi possible... ». Ainsi des deux articles offerts l'un à Jean Vincent, l'autre à René Rodière, le premier consacré à l'adage *De minimis non curat praeior*, et le second intitulé « Vers le degré zéro du droit : de peu, de tout, de rien » : le juge devrait « réapprendre à défendre le droit contre ses propres excès » ; ce serait un « indice de santé » si le droit cherchait lui-même à se débarrasser des petites choses. Ainsi encore de la conclusion de ses « Scolies sur le non-droit »³², dans laquelle il adresse ses conseils au législateur (« ne légiférez qu'en tremblant ; entre deux solutions, préférez toujours celle qui exige le moins de droit et laisse le plus aux mœurs ou à la morale ») avant de souhaiter, à l'attention du « grand public, juristes et usagers mêlés », que soit « imprimé aux conseils de non-droit un accent de règle juridique », et de proposer un texte : « notre tradition légaliste nous imposera toujours de faire des textes en prose » ; ce serait, dans le Code civil, « au titre préliminaire, sans déranger le vocabulaire usuel ni l'ordre établi », un « article zéro » : « *L'amour du droit est réductible en cas d'excès* ».

29. J. Carbonnier, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, op. cit., p. 40 et s.

30. G. Vico, *Science Nouvelle relative à la Nature commune des nations*, 1^{re} éd. en 1725, 2^e éd. en 1744.

31. J. Carbonnier, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, op. cit., p. 38.

32. J. Carbonnier, *ibid.*, p. 45 et s.

b. Le non-droit et l'analyse critique du droit

44. – Cet appel à la modération juridique procède d'une analyse critique du droit et de la loi. La dénonciation vigoureuse, par Carbonnier, des errements du droit contemporain, qu'il s'agisse de l'*inflation des lois*³³, de l'*incertitude du droit*³⁴, de la confusion du droit et de la morale, de la pulvérisation des institutions objectives en droits subjectifs sera même le fil directeur de *Droit et passion du droit sous la V^e République*, ouvrage publié en 1996³⁵. Plus généralement, le doyen s'est attaché à mettre en lumière les défauts qui s'attachent aux normes juridiques.

45. – Certains d'entre eux procèdent de ce que « le droit... est un système normatif bien plus artificiel que les mœurs » : « il entre dans sa nature même d'être, pour une part importante, artificiel ; il est artifice dans la mesure où il est volonté »³⁶. De cette nature artificielle, peuvent en effet résulter divers défauts contingents : la législation peut n'être que le fruit de la caste au pouvoir, de la passion folle et rusée d'un mort, de la diplomatie, de l'œuvre des courtisans³⁷ ; elle peut être déterminée par « un petit fait », ou procéder, non de « motifs raisonnables », mais d'une « volonté "arbitraire" », ou n'être adoptée que pour satisfaire « les groupes de pression »³⁸. À quoi s'ajoutent divers « effets » qu'il déplore³⁹ : l'« effet assiduis » (effet continu en latin), qui

explique la « tendance réformiste » souvent adoptée en matière familiale, « sous l'aiguillon des réclamations des catégories intéressées », car « ceux qui se plaignent du droit positif font beaucoup plus de bruit que la masse qui le trouve bon » ; l'« effet macédonien », du nom d'un senatus consulte de Vespasien, interdisant aux fils de famille de recourir à l'emprunt par réaction au meurtre commis par un usurier avide, effet qui veut que la législation procède souvent « des cas limites, (qui) ont le don de révolter la masse, déclenchant en elle des ondes de sentimentalité », effet qu'il propose de contrecarrer par un « seuil législatif », conduisant à juger raisonnable de ne pas intervenir lorsque les choses vont mal dans seulement 1 à 10% des situations ; ou encore « les phénomènes d'incidence dans l'application des lois »⁴⁰, ces effets non prévus, et souvent pervers, que toute législation nouvelle peut produire⁴¹.

46. – D'autres défauts, ajoute Carbonnier, sont inhérents au droit. La loi, dit-il, est « rigueur et violence », « démesure et orgueil »⁴² : elle « fait mal, mal à l'individu. Elle est écorcheuse d'épiderme »⁴³ ; elle est « nuisible au corps social » car « elle ne laisse pas faire la nature », et qu'elle pervertit l'Homme, dont « elle [atrophie] la volonté » « par la limitation de sa responsabilité »⁴⁴ ; elle « atteste l'existence du mal », « par

33. J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, op. cit.

34. Incertitude des sources d'abord : le profane ne saurait se reconnaître dans « cette forêt de lois innombrables, changeantes et antinomiques », dans cette jurisprudence « devenue quotidienne, abondante et relâchée ». Incertitude de son esprit : mutation idéologique d'un droit libéral à un droit socialisant, passage d'une recherche d'harmonie des intérêts à une lutte sociale. Incertitude de l'esprit, ensuite. Incertitude des droits subjectifs, enfin. Sur quoi, v. J. Carbonnier « Les incertitudes du droit », in *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, op. cit., p. 180.

35. L'analyse de « la production » et de « l'application » du droit ouvre sur celle des « dérèglements du droit » : inflation du droit, droit en quête de morale, pulvérisation du droit en droits subjectifs.

36. J. Carbonnier, « Voltaire ou l'artificialisme juridique », in *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, op. cit., p. 125.

37. Par exemple l'introduction du divorce et de l'adoption dans le code civil de 1804 sous l'influence de Bonaparte.

38. Applaudissant la prescience de Voltaire, qui « avait su deviner, dans la législation, les intérêts égoïstes sous le masque de l'intérêt général ». Adde « V^e Famille, Législation et quelques autres », in *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, op. cit., p. 242, où Jean Carbonnier évoque la dégénérescence du régime parlementaire qui livre le droit de la famille aux associations, en soulignant que « Les idées générales du droit familial sont trop molles pour s'armer en groupes de pression. Ce serait plutôt à l'État de les défendre contre l'esprit de spécialité ».

39. *Ibid.*, p. 242.

40. *Ibid.*, p. 146 et s.

41. Par exemple, en droit de la consommation, le transfert final de la charge financière de ce droit sur le consommateur, le professionnel se contentant de répercuter sur les prix les coûts engendrés par ce droit (coût de sa connaissance et de la mise en œuvre de ses exigences).

42. J. Carbonnier, « Toute loi en soi est un mal », in *Essais sur les lois*, op. cit., p. 296.

43. « Le mal de la loi, c'est le heurt des lois et du moi », *Ibid.*, p. 291.

44. *Ibid.*, p. 292.

sa (seule) présence »⁴⁵. Du droit, « *objectif ou subjectif* », il dira ne pas vouloir le faire apparaître « *comme un droit en majesté* », mais le montrer tel qu'il est : « *troublé dans ses origines, vacillant dans sa force, incertain dans son application, toujours tourmenté – ce n'est pas la coulée de bronze que décrivent les juristes dogmatiques* ». Et de poursuivre : « Le droit gagnera en respect véritable *s'il se montre tel qu'il est, chair et non métal, participant de nos faiblesses, humain, trop humain*, même quand il lui arrive, par crises, de ne pas l'être du tout »⁴⁶.

47. – Critique, le propos du doyen l'est donc assurément. Mais, contrairement à ce qu'une lecture « à charge » pourrait faire croire, le doyen a aussi mis en lumière, dans plusieurs écrits⁴⁷, les atouts du juridique, et même la nécessité de la loi⁴⁸ : la fonction pédagogique, ou même thérapeutique, de la loi⁴⁹; sa généralité⁵⁰; la cohésion sociale qu'elle assure⁵¹; l'efficacité du droit, qui « porte le glaive »⁵²; son caractère libérateur⁵³; sa double fonction, statique (procurer la sécurité à l'homme) et dynamique (poursuivre le progrès)⁵⁴. La loi favorise la sécurité, dit-il, à divers égards : elle « est *clarté, netteté, brutalité* peut-être »; elle « dissipe les anxiétés liées aux

conflits »; elle « refoule les innombrables larves – scrupules, remords – que ferait pulluler cette part du non-droit qu'est la morale »; « elle est *permanence, emprise sur le temps*, raccordement de ce qui doit être fait à ce que d'autres ont fait (ou feront) » et « protège chacun contre l'inconnu de l'univers, la fluidité du cours des choses », elle « *lui délimite un espace d'ordre et de stabilité* – si précieux surtout dans les catastrophes »; « elle est, comme le langage, langage commun, *moyen de communication, cadre de référence* et tisse entre les concitoyens *des liens de communication...* ». Mais, poursuit-il, « si la législation ne devait servir qu'à rassurer, elle *pourrait se borner à maintenir en l'état le stock des lois acquises* ». Et de glisser vers la fonction dynamique du droit : « L'art législatif, au moins depuis le temps des Lumières, ambitionne d'être actif : *il a sa dynamique. Il attend des lois qu'elles changent la société; qui plus est, qu'elles modèlent l'Homme nouveau*. Un peu partout, de nos jours, et pas seulement dans les pays socialistes, on insiste sur la *fonction pédagogique* de la loi. *Codifier, c'est modifier. Et comme suivant l'idéologie du progrès, la modification ne se conçoit que dans le sens de l'amélioration conti-*

45. *Ibid.*, p. 294.

46. C'est l'introduction de « Droit objectif et droit subjectif », J. Carbonnier, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, op. cit., p. 93 et s.

47. J. Carbonnier, « Parenthèse philosophique sur la législation de la famille », in *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, op. cit., p. 257; *addé*, « Sur la loi pédagogique », in *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, op. cit., p. 152; *addé*, « Toute loi en soi est un mal », in *Essais sur les lois*, op. cit., p. 281; *addé*, « Les phénomènes d'inter-normativité », in *Essais sur les lois*, op. cit., p. 251.

48. « Les lois sont nécessaires à la société, parce que la condition humaine est essentiellement pécheresse », *addé*, « Toute loi en soi est un mal », in *Essais sur les lois*, op. cit., p. 294.

49. Sur quoi, v. J. Carbonnier, « Sur la loi pédagogique », in *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, op. cit., p. 152; *addé*, « Parenthèse philosophique sur la législation de la famille », in *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, op. cit., p. 259, où il procède par allusion rapide et souligne les limites de cette fonction pédagogique de la loi : « une philosophie de la loi ne saurait, cependant, se bâtir sur un type unique. La loi n'est pas exclusivement pédagogique : elle doit se faire thérapeute, prothésiste. Pour quelques maximes à graver sur le marbre, combien de remèdes combinés par tâtonnement. Pour quelques dispositions tendant à édifier le peuple, combien d'autres dont la seule utilité sera de tirer d'un puits des imbéciles qui s'y sont laissés choir ! C'est de l'empirisme sans gloire, mais, dans l'empirisme, il y a une philosophie. » Et de poursuivre : « si, du reste, vous souhaitez une loi institutrice, commencez par vous mettre d'accord, parents d'élèves, sur la doctrine dont vous la chargez [...] Dans les sociétés que nous avons sous les yeux, l'âge, la classe sociale, la confession, le niveau d'instruction creusent ce que Théodore Geiger nomme des schismes de morale » : « comment édicter la loi commune ? ».

50. « La loi généralise le bien » : J. Carbonnier, « Toute loi en soi est un mal », in *Essais sur les lois*, op. cit., p. 287.

51. « Les lois pénales permettent à la société non délinquante d'affirmer sa solidarité, en la rassemblant contre le transgresseur et la transgression. Pareillement les lois civiles ont une fonction cachée; elles soudent invisiblement ceux que sépare en revanche l'opposition des intérêts... L'unité du système juridique fonde une sécurité dans la façon même d'avoir peur », *ibid.*, p. 288.

52. « L'effet recherché sera obtenu plus franchement, plus massivement et plus vite que par n'importe quel autre système normatif », *ibid.*, p. 286. « Les lois sont nécessaires à la société parce que la condition humaine est essentiellement pécheresse. Le droit est indispensable parce qu'il porte le glaive », *ibid.*, p. 295.

53. « Le droit, quelquefois, a pour fonction de nous libérer des mœurs et de la morale ».

54. J. Carbonnier, « Toute loi en soi est un mal », in *Essais sur les lois*, op. cit., p. 287 et s.

nue, toute loi en soi est d'autant mieux un bien que toute loi en soi est un mieux »⁵⁵.

48. – On peut noter, il est vrai, que le non-droit est présenté sous un jour favorable⁵⁶, sans que ses faiblesses soient minutieusement disséquées. Mais la raison tient, selon nous, au fait que le message de Carbonnier était principalement destiné aux juristes, qu'il fallait convaincre des dangers de la passion du droit et détourner du panjurisme⁵⁷.

49. – Pour qui souhaite un résumé fidèle de sa pensée, le plus simple est sans doute de lire la conclusion de « Toute loi en soi est un mal » : « *le droit est bien et mal à la fois... Sachant qu'il a été donné pour brider le mal, les juristes en useront sans complexe. Sachant qu'il est porteur du mal, ils en useront avec sobriété.* Ce que les théologiens appellent sobriété, c'est ce que les constitutionnalistes ont appelé parfois autolimitation. Praticiens, magistrats, législateurs, tous les juristes, instruits au mal, observeront, dans l'exercice de leur vocation, une autolimitation salutaire : *au cœur de cette autolimitation éclora le non-droit* »⁵⁸.

III. La réception du non-droit à l'époque contemporaine

50. – Comment le non-droit est-il reçu, aujourd'hui, en doctrine (A) et dans l'ordre social (B) ?

A. La réception doctrinale

51. – La théorie du non-droit a suscité des observations de méthode (1) et de fond (2).

1. La méthode

52. – La critique est d'abord épistémologique : le doyen confondrait posture sociologique et posture juridique⁵⁹; pire, sa théorie illustrerait une science du droit sans méthode⁶⁰. Critique injuste s'il en est, car le doyen est un juriste orfèvre et pratique une pluridisciplinarité féconde, comme le donne à voir l'état des questions qui suit chaque exposé du droit positif dans les *Thémis* et convoque de nombreuses sciences⁶¹ : l'Histoire, l'anthropologie, la philosophie, la sociologie, la démographie, la psychologie sociale, la psychiatrie, la théorie juridique, l'économie... La seconde critique reproche au doyen de définir le non-droit par sa négativité caractéristique (v. *supra*, n° 23) sans définir préalablement le droit⁶² ou en en donnant une définition contestable : définition positiviste d'un droit réduit à des sources étatiques⁶³; définition formelle d'un droit appréhendé par ses sources, et non par sa substance, alors que le droit se définit comme le juste milieu – *suum cuique tribuere*⁶⁴ –; ignorance de l'existence d'ordres juridiques non-étatiques tels le droit canon ou l'ordre juridique maffieux⁶⁵. La place que le doyen réserve à la coutume, les exemples de pluralisme juridique qu'il analyse, la distinction qu'il opère implicitement, à l'instar de beaucoup d'auteurs, entre le droit naturel et le

55. *Ibid.*

56. Les règles sociales présentent le mérite d'être émanées du milieu social : cette source leur assure, selon le doyen, une meilleure adaptation aux besoins sociaux; elle permet aussi leur lente évolution; elle explique enfin leur souplesse de leur interprétation et de leur sanction.

57. J. Carbonnier, « Toute loi en soi est un mal », in *Essais sur les lois*, op. cit., p. 284 et p. 286, où le doyen souligne que « l'éloge de la loi n'est plus à faire », reprend ce « poncif » de la sociologie juridique, qui « consiste à énumérer... les bienfaits du droit », avant de faire l'inventaire des méfaits du droit.

58. *Ibid.*, p. 297.

59. R. Ricci, « De la nécessité de redéfinir la frontière entre droit et non droit », in *Jean Carbonnier, L'homme et l'œuvre*, op. cit., p. 145 et s.; M. Douchy, « La notion de non-droit », *RRJ*, 1992, 2, p. 431 et s.

60. F. Rouvière, « La vulnérabilité de la science du droit : histoire d'une science sans méthode », in *Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité*, Bruylant, 2011, p. 537 et s.

61. Comme le montrent les analyses relatives à la politique législative, la pratique judiciaire.

62. Critique malvenue, car si le doyen ne donne aucune définition du droit dans l'article « L'hypothèse du non-droit », il l'a fait ailleurs, et à de nombreuses reprises.

63. R. Ricci, « De la nécessité de redéfinir la frontière entre droit et non droit », préc.

64. M. Douchy, « La notion de non-droit », préc.; A. Sériaux, « Question controversée : la théorie du non-droit », *RRJ*, 1995, p. 13 et s.

65. J.-L. Souriaux, « L'amitié hors le droit ? », in *Par le droit, au-delà du droit, Mélanges Jean-Louis Souriaux*, LexisNexis, 2011, p. 201; D. Villegas, *L'ordre juridique maffieux*, Dalloz, Nouvelle collection des thèses, 2018, préf. N. Molfessis.

droit positif⁶⁶, la difficulté qu'il y a à admettre l'existence d'un ordre juridique illégal, les critères de juridicité qu'il propose (la contrainte sociale-ment organisée, la justiciabilité de la règle, voire la contrainte interne au sujet⁶⁷), nous semblent invalider la plupart de ces critiques. La dispute n'est-elle pas, d'ailleurs, à la fois stérile – en ce qu'elle présuppose, justement, d'adopter *le bon critère*, quand la question relève avant tout d'un postulat –, et féconde – en ce qu'elle met parfaitement en lumière la vanité d'une recherche du *vrai critère* du juridique – ?

53. – À l'inverse de ces critiques, la lecture des ouvrages d'introduction au droit⁶⁸ témoigne de la postérité de la théorie du non-droit, que diverses analyses doctrinales contemporaines sont même venues prolonger plus ou moins. Ainsi de l'analyse du vide juridique, qui désigne l'absence de loi spéciale ou l'existence d'une loi inopportune, et se révèle être un argument rhétorique permettant de légitimer l'action politique⁶⁹. Ainsi encore de la mise en lumière du phénomène de la régulation, de l'analyse du droit souple⁷⁰, ou de la proposition du concept de force normative⁷¹, qui corroborent la thèse du doyen (en confortant la thèse de la relativité de la pression juridique), tout en qualifiant de droit ce qui, pour le doyen, n'était peut-être que du non-droit... (une confirmation de la tendance de l'époque contemporaine au panjurisme ?)

2. Le fond

54. – Les analyses de fond ont, elles aussi, été critiquées, sur le plan technique et politique.

a. Critiques techniques

55. – L'inventaire des phénomènes de droit proposés par le doyen a été passé au crible. Un auteur

a soutenu que le non-droit ne pouvait être que pénal ou judiciaire⁷², ce qui repose sur une vision réductrice du non-droit, appréhendé comme l'absence totale de droit, alors que le doyen admettait un non-droit relatif, c'est-à-dire un domaine dans lequel la pression juridique était moindre que ce qu'elle aurait pu être (v. *supra*, n° 23). De façon plus limitée, la doctrine a mis en lumière l'essor des lois domestiques (ce qui invaliderait l'analyse selon laquelle la maison serait lieu de non-droit)⁷³, montré que le droit romain ne se coucherait pas la nuit (ce qui contredirait l'analyse que Carbonnier développe dans l'article « Nocturne », selon laquelle la nuit serait vide de droit)⁷⁴. On s'interroge aussi sur l'auto-neutralisation du droit de la vente des légumes au détail, eu égard à l'effectivité de diverses règles – affichage des prix, indication de l'origine des produits, etc. On conteste également la démonstration conduite au sujet de l'amitié⁷⁵ : les exemples du transport bénévole et de la convention d'assistance bénévole ne corroborent pas vraiment la thèse du non-droit (sauf à se référer, à nouveau, au non-droit relatif, et non pas absolu ?); quant au fondement de ce non-droit allégué (« le masque de la volonté non-juridique », dans la droite ligne de l'autonomie de la volonté), il paraît bien artificiel, en fait – les intéressés n'ont le plus souvent aucune intention, juridique, ou non juridique – et en droit – car les solutions ne semblent guère procéder d'une analyse volontariste, les tribunaux réintégrant parfois dans la maison du droit une situation intentionnellement placée hors du droit. Inversement, un auteur a montré que le monde grec antique connaissait, lui aussi, des exemples de non-droit⁷⁶. Et on se demande s'il ne se trouve pas, parfois, là où le

66. Telle semble être la position du doyen, lorsqu'il distingue non-droit et anti-droit. V. surtout, J. Carbonnier, « Il y a plus d'une définition dans la maison du droit », préc., où il cite la Justice, sous le titre « Le droit au-delà des droits ».

67. Il parlait du « droit du non-droit » pour désigner les divers freins que l'individu rencontre dans le non-droit, justifiant l'emploi du mot « droit » par le fait que ces normes, si elles ne s'accompagnent d'aucune contrainte étatique et ne donnent lieu à aucune action en justice, bénéficient de la contrainte interne, celle qui réside dans le sujet lui-même.

68. V. par exemple, F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 2015, 10^e éd., n° 35; Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit*, LGDJ, 2018, 7^e éd., n° 26.

69. A.-M. Ho Dinh, « Le vide juridique et le besoin de loi », *Année sociologique*, vol. 57, 2007, n° 2, p. 431.

70. C. Thibierge, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.*, 2003, p. 599 et s.

71. C. Thibierge (dir.), *La force normative, Naissance d'un concept*, LGDJ, 2009.

72. A. Sériaux, « Question controversée : la théorie du non-droit », préc.

73. N. Molfessis, « Les lois domestiques », *Pouvoirs*, n° 130, *L'état des libertés*, 2009, p. 81 et s.

74. E. Chevrier, « La règle juridique est un soleil qui ne se couche jamais », in *Jean Carbonnier, L'homme et l'œuvre*, op. cit., p. 247 et s.

75. J.-L. Souriou, « L'amitié hors le droit ? », préc.

76. A. Helms, « Aspect du non-droit dans le monde grec antique », in *Jean Carbonnier, L'homme et l'œuvre*, op. cit., p. 261.

doyen l'exclut, par exemple dans les situations de fait, qu'il distingue des situations de pur fait⁷⁷ : compréhensible dans une perspective dynamique (où le non-droit consiste en un mouvement de repli du droit) dès lors que les situations de fait donnent bien souvent à voir, inversement, l'expansion du droit, l'exclusion est très discutée dans une approche statique, car les situations de fait ne sont soumises qu'à une faible pression juridique, et que le doyen admet deux types de non-droit, le non-droit absolu et le non-droit relatif⁷⁸.

56. – Les distinctions opérées par le doyen ont, elles aussi, suscité des critiques. Certaines ne prêtent guère à conséquence, car elles ont trait à des distinctions auxquelles le doyen ne recourt que pour structurer la pensée et la présentation : distinction du non-droit « donnée sociale » et du non-droit « choix individuel »⁷⁹; distinction du non-droit individuel par choix diffus ou par choix organiques⁸⁰; distinction du non-droit par auto-limitation ou par auto-neutralisation⁸¹; distinction du non-droit temporel, spatial et intellectuel⁸². Mais d'autres sont plus problématiques car elles touchent à la notion même de non-droit.

57. – Dans cette perspective notionnelle, on regrette ainsi d'abord que la double approche, statique puis dynamique, adoptée pour analyser le non-droit conduise à présenter le non-droit comme le retrait, la retraite du droit, ce qui escamote l'hypothèse de la non-intervention du droit *ab ovo*, hypothèse pourtant bien fréquente à l'égard des faits nouvellement apparus, qui ne sont bien souvent saisis que par le droit commun, et ainsi soumis à une pression juridique

assez faible (par exemple, l'économie collaborative, l'intelligence artificielle, etc.)⁸³. On s'arrêtera ensuite – surtout ? – sur la distinction d'un non-droit absolu et d'un non-droit relatif. Le non-droit absolu, ce vide total du droit, se conçoit-il seulement, alors que c'est toujours le droit qui a « la compétence de sa compétence » (c'est lui qui décide de ne pas intervenir dans telle matière) et que l'ineffectivité, même totale, de la règle juridique ne nous semble pas renvoyer à un vide total de droit ? Quant au non-droit relatif, il implique nécessairement une comparaison avec un étalon, qu'il est bien délicat d'identifier (sauf dans une perspective dynamique naturellement). Que la pression juridique varie, dans sa quantité ou son intensité, est tout à fait juste. Mais cette relativité reste vague et dépend de nombreux facteurs : l'existence ou l'absence d'un droit spécial; la nature de ce droit, selon qu'il s'agit d'un droit répressif ou non; le caractère obligatoire, ou non, de la règle; son caractère impératif ou supplétif; l'existence, la nature et l'importance des sanctions; etc.

b. Critiques politiques

58. – Beaucoup d'auteurs contestent l'infériorité de la norme juridique sur la norme non-juridique et soutiennent à l'inverse sa supériorité : la norme juridique aurait une efficacité pratique et symbolique inégalable à raison de son origine, de sa généralité, de la contrainte qui l'accompagne, etc.; les règles non-juridiques ne lieraient que les Hommes vertueux⁸⁴, dissocieraient au lieu de rassembler, etc. À quoi l'on répondra que Carbonnier n'ignorait rien des atouts du juridiques (sur quoi, v. *supra*, n° 47) et que son grand mérite est, d'une part d'avoir mis en balance les atouts et les faiblesses respectives des normes juridiques

77. Parce qu'elles sont d'ores et déjà appréhendées, peu ou prou, par la loi ou la jurisprudence, elles ne seraient que la manifestation d'un droit de seconde zone, les secondes correspondant, en revanche, à d'authentiques hypothèses de non-droit.

78. Les exemples du concubinage et de la séparation de fait illustrent parfaitement cette analyse.

79. Elle a été critiquée au motif que la donnée sociale était hiérarchiquement supérieure au choix individuel : R. Ricci, « De la nécessité de redéfinir la frontière entre droit et non droit », préc.

80. La distinction renvoie-t-elle à des réalités subjectives différentes ?

81. Elle s'appuie sur un critère d'intention législative incertain. L'exigence de la preuve, donnée comme exemple de l'auto-neutralisation, peut aussi bien apparaître comme une autolimitation : le droit refuse de saisir des faits allégués mais non-établis.

82. Elle place sur le même plan des questions différentes : de domaines du non-droit dans les deux premiers cas, et de techniques de non-droit dans le dernier.

83. Pour la même analyse, v. A.-M. Ho Dinh, « Le vide juridique et le besoin de loi », préc., pour qui le non-droit doit s'appréhender en partant de l'individu, soumis à deux couches superposées de contraintes : le non-droit existerait en cas de transfert de la contrainte juridique à la contrainte sociale, transfert qui pourrait être plus ou moins important selon l'ampleur de la diminution de la couche juridique.

84. Ph. Rémy, « Le mythe du pluralisme en législation », *RRJ*, 1983, p. 91.

et non-juridiques, et d'autre part de mettre en garde contre le panjurisme⁸⁵.

59. – D'autres critiques portent sur la politique juridique préconisée par le doyen : ne légiférer qu'en tremblant, préférer le non-droit à la solution juridique, laisser autant que possible le champ libre aux règles sociales et freins individuels. Ce serait d'abord rabattre le droit sur les faits, en oubliant que le droit dit ce qui doit être et non ce qui est⁸⁶. Ce courant, remarquablement illustré par la conclusion d'une étude critique sur le non-droit⁸⁷, peine à convaincre car il déforme la pensée du doyen : ce dernier était parfaitement conscient de la force du droit et des atouts de la loi (son œuvre législative en témoigne autant que ses écrits, v. *supra*, n° 2 et n° 47) et de la distinction du droit et du fait (mais aussi de leurs interactions réciproques, évoquées sous la formule imagée d'un « jeu de raquettes » entre « *quid leges sine moribus ?* » et « *quid mores sine legibus ?* »). La doctrine a aussi reproché au pluralisme législatif (cette voie qui consiste, pour respecter la diversité d'un pays, à laisser faire les volontés privées ou à ouvrir des options entre plusieurs modèles législatifs) de renoncer à assurer le bien de tous et d'abandonner les faibles⁸⁸. Mais ce reproche suppose qu'il existe une solution incontestablement préférable aux autres ; or le doyen a remarquablement souligné que tel n'était pas toujours le cas, soit que le législateur peine à identifier le bien, soit qu'il existe une diversité sociale telle qu'aucun consensus ne puisse être dégagé, d'où résulte le risque de déclencher, par une législation monolithique, un véritable état de guerre.

60. – Loin d'appeler la critique, la politique juridique de non-droit suggérée par le doyen semble particulièrement bienvenue voire nécessaire alors que le politique ne cesse d'instrumentaliser le droit à des fins qui ne sont pas les siennes. Mais elle appelle mise en garde et précision. La mise en garde porte sur le pluralisme. Le pluralisme cher à Carbonnier est un pluralisme hiérarchisé,

préservant un modèle malgré la diversité des options offertes au citoyen : le droit continue donc de fixer un cap, même s'il autorise le citoyen à en choisir un autre. Il se distingue clairement d'un pluralisme que la doctrine a dit « indifférencié », ce pluralisme qui institue une concurrence entre différents types juridiques sans favoriser aucun d'entre eux, d'où résulte bien souvent le succès de celui qui confère à l'individu les plus grands avantages et les moindres charges, ce qui n'est pas toujours favorable à l'ordre social⁸⁹. La précision porte sur la mise en forme technique de la politique juridique promue par le doyen. Dans la droite ligne de la proposition, faite en doctrine, de traduire cette politique du non-droit par un principe de subsidiarité de la loi⁹⁰, il serait judicieux de poser un principe de subsidiarité du droit par rapport aux autres règles, sociales ou individuelles. Une telle traduction technique permettrait de préciser la portée de cette subsidiarité, en relation notamment avec les diverses justifications susceptibles de la fonder : justifications pragmatique (tenant à la difficulté qu'a souvent le droit à identifier la solution juste que telle question appelle), pacifique (tenant au risque de susciter un état de guerre dans la société lorsque la question divise les consciences), ou dogmatique (tenant à la nature particulière d'une question, qui relève de la vie privée, de l'intime, de l'esprit, plus largement de la liberté).

B. La réception positive

61. – En pratique, le non-droit reste observable (1), même s'il n'a pas le vent en poupe (2).

1. La réalité du non-droit

62. – Le non-droit spatial subsiste, voire se développe, ou se déplace. Le Code de l'éducation, en réservant au président de l'université la responsabilité du maintien de l'ordre en son sein, accueille une sorte de franchise universitaire (art. L. 712-2 du Code de l'éducation) ; l'ouverture de salles de shoot donne à voir le repli de l'interdit pénal (et

85. J. Carbonnier, « Toute loi en soi est un mal », in *Essais sur les lois*, op. cit., p. 287 et s.

86. C. Atias, « Le mythe du pluralisme civil en législation », *RRJ*, 1982, p. 244 et s. ; D. Linotte et C. Atias, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.*, 1977, p. 251.

87. « Flexible droit ? Que nenni ! Droit pervers », A. Sériaux, « Question controversée : la théorie du non-droit », préc.

88. Ph. Rémy, « Le mythe du pluralisme en législation », préc.

89. Y. Lequette, « Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois, Defrénois*, 2012, p. 523 et s.

90. En ce sens, v. M. Douchy, « La notion de non-droit », préc.

le progrès de l'impératif sanitaire il est vrai)⁹¹; certains espaces évoquent l'*underground* dont parle le doyen, tel internet, qualifié de zone de non-droit⁹² de façon générale⁹³, ou en visant plus particulièrement ce que l'on appelle parfois le *DarkNet* ou le *Deep Web*⁹⁴. Pêle mêle, on citera encore les zones franches (moindre pression fiscale), les paradis fiscaux, les banlieues dans lesquelles ni la police, ni les pompiers, ni les services publics, ni les médecins ne peuvent plus s'aventurer. L'inventaire révèle parfaitement la difficulté d'interprétation des phénomènes (la doctrine a souligné que les banlieues pourraient bien être des zones de *sur-droit* plus que des zones de non-droit⁹⁵) et illustre leur diversité : diversité de leur source (le droit ou les faits) et de leur caractère (légal ou illégal); diversité de leur intensité (rarement absolu, le non-droit est souvent relatif); diversité de leur raison d'être (repli volontaire par respect de la liberté individuelle, impuissance du droit); diversité de leur nature (repli du droit pénal, ou de la responsabilité civile, ou substitution du droit de la santé au droit pénal, etc.).

63. – Le non-droit temporel perdure également. Le premier mai en est une remarquable illustration : le droit soustrait alors la vente de muguet sur la voie publique aux règles en principe applicables à une telle activité (art. L. 2213-6 et L. 2215-4 du Code général des collectivités territoriales, art. R. 644-3 du Code pénal, art. L. 310-2 et L. 442-8 du Code de commerce) pour la soumettre éventuellement à des règlements municipaux qui fixent diverses limites tenant à l'objet de la vente (seulement du muguet), à ses modalités (sans emballage), à la quantité de muguet vendue, à son origine (uniquement du muguet cueilli dans les bois), au lieu de vente (pas à proximité d'un fleuriste, pas dans un lieu constituant une gêne pour la circulation), etc. Non sans rapport, on avancera que les diverses immunités dont profitent les diplomates, le président de la République, les membres de l'exécutif

ou du législatif, pendant le temps de leurs fonctions, pourraient, elles aussi, être analysées comme une manifestation de non-droit relatif.

64. – Quant au non-droit intellectuel, il pourrait bien s'épanouir dans le domaine des grandes libertés : la liberté de conscience, la liberté de pensée, la liberté de l'Histoire, la liberté de la recherche, et plus généralement toutes les libertés fondamentales qui ouvrent au sujet des espaces d'autonomie. Le doyen le suggérait sur les questions de vie privée, qui lui semblaient appeler naturellement une politique de non-droit. Plausible, l'hypothèse reste incertaine selon le point de vue adopté : combien faut-il de droit en forme de lois et solutions jurisprudentielles pour protéger ces espaces d'autonomie ?

2. L'avenir du non-droit

65. – Certes, les réformes-Carbonnier ont incontestablement fait se replier le droit impératif et ouvert aux citoyens des options abandonnées aux freins individuels et normes sociales. Et le constat vaut au-delà des réformes qu'il a inspirées, le droit abandonnant souvent les questions personnelles et familiales aux choix individuels : interruption de grossesse, refus de soins, mode de vie vestimentaire⁹⁶, etc. La pression juridique exercée sur l'individu semble effectivement moindre dans ces domaines. Mais il se pourrait bien qu'elle ait parallèlement augmenté.

Le pluralisme n'y est pas étranger – la matière familiale l'illustre remarquablement – car la pluralité des modèles offerts à l'individu conduit inévitablement à l'accroissement de l'empire juridique, non pas dans l'ordre individuel (car le sujet ne sera soumis qu'aux règles régissant le modèle qu'il a choisi) mais bien dans l'ordre social⁹⁷.

Le libéralisme l'explique aussi, car chaque fois que le droit ouvre une nouvelle liberté, il doit en fixer les limites et en préciser les garanties. La fondamentalisation du droit est un puissant

91. P. Morvan, *Criminologie*, LexisNexis, 2016, 2^e éd., p. 7.

92. Moindre pression sur les professionnels (ex. la responsabilité des hébergeurs), difficulté de réprimer les infractions, etc.

93. Ph. Breton, « Internet, une zone de non-droit », *Libération*, 3 août 2001.

94. Des réseaux superposés, non référencés par des moteurs de recherche, et donc très opaques, ce qui explique qu'ils abritent de nombreuses activités illégales.

95. La catégorie de zone sensible créée par la loi n° 96-987 du 14 novembre 1996, a disparu avec la loi du 1^{er} janvier 2015, qui a créé le quartier prioritaire de la politique de ville.

96. A. Danis-Fâtome, « Les applications contemporaines du non-droit en droit des personnes », in Jean Carbonnier, *L'homme et l'œuvre*, op. cit., p. 439.

97. L'exemple du couple est édifiant, le droit étant passé de deux à trois hypothèses.

moteur de non-droit (chaque liberté et droit fondamental ouvre au sujet une bulle dans laquelle il n'est soumis à aucune pression juridique), mais bardé de beaucoup de droit (il faut fixer les frontières de la bulle et les armer contre autrui). Le droit de l'enfance ne cesse ainsi de croître pour protéger les droits de l'enfant (l'interdiction de la fessée, le droit à être entendu, l'assistance éducative, etc.), départager les droits des parents (en mariage, dans l'union libre, dans la séparation), préserver les droits des tiers (ascendants, fratrie, tiers de confiance, tiers tout court...).

Le compromis politique y conduit également, car la solution de demi-mesure implique souvent plus de droit que la mesure radicale, comme le montre bien le cas de l'embryon. L'embryon appartient au droit, et pas au non-droit, puisque, tout en en faisant un non-sujet de droit⁹⁸, le système juridique soumet cet être à un nombre grandissant de règles, de droit civil, de droit pénal, de droit de la santé publique, afin de concilier les diverses attentes que les autres – chercheur, médecin, femme enceinte, couple souhaitant procréer ou ayant procréé, etc. – placent en lui.

66. – De façon plus générale, les faits témoignent plutôt de l'accroissement continu de la pression juridique : lois mémorielles, sanction de la manipulation mentale, pénalisation de la désinformation⁹⁹ ou de la haine sur internet, interdiction du voile intégral dans l'espace public, mutation des règles d'hygiène en règles juridiques sous la poussée de considérations de santé publique, juridicisation du langage (féminisation des noms,

orthographe inclusive, etc.), encadrement juridique de l'espace social (la file d'attente, désormais régie, par le numéro du ticket délivré à chacun, par les traces marquées au sol pour respecter l'intimité de la vie privée de celui qui précède, par les poteaux et barrières utilisés pour faire serpenter la file d'attente et éviter la resquille ; le droit à venir des trottinettes électriques ?).

67. – On en vient même à s'interroger sur l'avenir de la prosopopée des pieds malicieusement imaginée par le doyen. Chacun connaît ce passage de *Flexible droit*, plein d'humour, dans lequel Carbonnier explique combien le droit subjectif – plus particulièrement le droit à l'intégrité – peut être sociologiquement vécu par le sujet et fonder une norme sociale et non juridique¹⁰⁰. Écoutons-le : « pour le voyageur qui dans l'autobus parisien est assis près d'une fenêtre, encerclé par trois autres paires de pieds, c'est une démarche délicate que de gagner la sortie décemment. Le droit objectif pourrait s'aviser de légiférer, d'édicter des normes qui entreraient dans une foule de minuties, à l'instar des règlements militaires de jadis... Il serait prévu que le sortant doit, au premier pas, poser ses talons à 0,17 m de la banquette de départ, 0,04 m et 0,08 m respectivement de la paroi fenêtre, puis pivotant légèrement vers le couloir, etc. Combien il est plus clair, plus simple et finalement plus efficace de demander que personne ne marche sur les pieds de ses voisins ». La sur-fréquentation de certains moyens de transports parisiens aura-t-elle raison de cette conclusion frappée au coin du bon sens ?

98. J. Carbonnier, « Le non sujet de droit, qui n'est pas un sujet de non droit », *Archives de philosophie du droit*, 1989, p. 192 et s.
99. C'est la lutte contre les sites anti-IVG.

100. J. Carbonnier, « Théorie sociologique du droit subjectif », in *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, op. cit., p. 176.

COMMENT PUBLIER UN ARTICLE DANS LA RDA ?

Il peut être adressé au comité de rédaction un article d'une ou deux pages « autour du droit » (actualités de l'Université, vie à l'Université, fait divers en lien avec le droit, etc.). Les meilleures contributions feront l'objet d'une publication dans la revue.

*Les auteurs doivent adresser leur manuscrit
par courrier électronique à l'adresse suivante :
revuededroitdassas@gmail.com*

Pour nous aider

La *Revue de droit d'Assas* est une revue juridique universitaire. Elle a vocation à réunir, dans ses colonnes, tous les acteurs du droit et de l'université – enseignants, praticiens, chercheurs, étudiants – et toutes les disciplines juridiques – droit public, droit privé, histoire du droit.

Œuvre collective, novatrice et scientifique, elle repose sur les principes de gratuité et d'indépendance, à l'image de l'université française.

Si vous souhaitez soutenir ce projet et contribuer à sa pérennité, vous pouvez adresser vos dons libres à :

Revue de droit d'Assas – 12, place du Panthéon – 75005 Paris

L'équipe de la RDA tient à remercier le FSDIE, le Laboratoire de droit civil, Maître Arsène Kronshagen ainsi que la Direction de la communication de l'Université Panthéon-Assas.

La revue est disponible en ligne sur le site
www.u-paris2.fr

**NOTRE EXPERTISE - NOS GARANTIES
VOTRE SÉCURITÉ**



ADD
■ ASSOCIÉS

Généalogie successorale
Recherche d'héritiers

SIÈGE SOCIAL : 4, avenue du Coq - 75009 PARIS Tél. : +33 (0)1 44 94 91 91 Fax : +33 (0)1 44 94 91 92

AIX-EN-PROVENCE ■ BAYONNE ■ BEAUNE ■ BORDEAUX ■ BOURGES ■ CAEN ■ CLERMONT-FERRAND
LA ROCHELLE ■ LYON ■ METZ ■ NANTES ■ NICE ■ RENNES ■ ROUEN ■ STRASBOURG ■ TOULOUSE



HO-CHI-MINH-VILLE ■ IRUN ■ RABAT ■ VARSOVIE

www.add-associes.com

Membre de Généalogistes de France

