



Université Panthéon-Assas

Revue de droit d'Assas

N°7 Février 2013

Le portrait

Guillaume Leyte, Président sans histoire...
Par Denis Mazeaud

Le débat

La privatisation de l'enseignement du droit
Avec Laurent Aynès et Bernard Teyssié

Le dossier

Les grandes distinctions en droit privé
Par Philippe Brun, Charlotte Goldie-Genicon, Cyril Grimaldi, Bertrand de Lamy, Christian Larroumet, Suzanne Lequette et Mustapha Mekki

L'offre de droit

Réformer le droit des institutions représentatives du personnel ?
Avec Françoise Favenne-Héry, Antoine Mazeaud, Bernard Teyssié et Pierre-Yves Verkindt

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, 33 rue du Mail – 75081 Paris Cedex 02

lextenso éditions

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

Directeur de la publication : **Guillaume Leyte**

Directeur scientifique : **Denis Mazeaud**

Conseillère de la rédaction : **Emmanuelle Filiberti**

CONSEIL SCIENTIFIQUE

Guillaume Drago,
Professeur à l'Université Panthéon-Assas,
responsable du Master 2 Droit public approfondi

Yves Gaudemet,
Professeur à l'Université Panthéon-Assas,
ancien responsable du Master 2 Droit public
approfondi

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

Christian Larroumet,
Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas,
ancien responsable du Master 2 Droit privé général

Yves Lequette,
Professeur à l'Université Panthéon-Assas,
responsable du Master 2 Droit privé général

Laurent Leveneur,
Professeur à l'Université Panthéon-Assas,
directeur du Laboratoire de droit civil

Martine Lombard,
Professeur à l'Université Panthéon-Assas,
ancienne responsable du Master 2 Droit public
de l'économie

Jacques-Henri Robert,
Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas,
ancien responsable du Master 2 Science
pénitentiaire

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

COMITE DE REDACTION

Rédacteurs en chef:
Nicolas Balat et Étienne Casimir

Responsable du développement:
Clotilde Lacotte

Responsable du financement:
Guillaume Drouot

Responsable du colloque annuel:
Clara Derrien

Responsable adjoint du colloque annuel:
Antoine Touzain

Membres du comité de rédaction:
Yannick Blandin, Aurore Boucher,
Adrien Brochard, Kevin Cariou,
Charlotte Dubois, Estelle Fragu, Diane Galbois,
Roger Gaspard, Hélène Guizouli,
Elléa Ripoche, Jean-Charles Rotoullié,
Pierre-Antoine Teillauchet

L'intro

Nicolas Balat et **Étienne Casimir**, rédacteurs en chef

Le septième jour de la création, Dieu se reposa, alors... la *Revue de droit d'Assas* ne se fait pas prier pour en faire autant à l'occasion de son (déjà !) septième numéro...

Si donc l'on s'amusait un peu, si l'on retrouvait, au moment où les illuminations font place au jour qui s'enfuit trop tôt, nos jeux de société préférés, pour oublier un peu les problèmes du même nom ?

Commençons par le *jeu du portrait*. Le professeur Denis Mazeaud usera de toute sa subtilité éloquente pour vous faire deviner de qui il s'agit ! En confidence, ne le répétez pas, rien moins que le Président de l'université, le professeur Guillaume Leyte.

Dans le débat de cette nouvelle parution ensuite, vous aurez la chance d'assister à une *bataille pacifique* sur un thème polémique : « la privatisation de l'enseignement du droit ». En *mots croisés*, les professeurs Aynès et Teyssié se demanderont si le *jeu* en vaut bien la chandelle.

Puis, comme à son habitude, toute l'équipe de la *revue* a joué le *jeu* dans ce septième numéro et vous propose un florilège de distractions. Voyez plutôt !

Dans un *Monopoly* serré d'abord, les joueurs se disputeront la valeur des immeubles de la rue Cujas et de la rue Soufflot dans une contribution qui leur est toute dédiée.

Dans une autre, les *petits chevaux*, pour l'occasion caparaçonnés, seront une fois encore des victimes de la corrida. Un taureau, interviewé pour l'occasion, militera pour que l'on arrête enfin ce *jeu de massacre* !

Les cruciverbistes ne seront évidemment pas oubliés puisqu'ils pourront s'essayer à une grille de *mots fléchés* juridiques.

Vous saurez ensuite tout de la récente obligation faite aux conducteurs de détenir un éthylotest dans leur véhicule, et qui leur permettra de parcourir... 1000 bornes en toute sérénité !

De *Diplomatie* il ne sera en revanche guère question dans un article intitulé « Cuisse-de-Grenouille chez les Rosbeefs - Chroniques d'une Assassienne outre-Manche »....

Pour finir et parce que les *jeux* ne sont jamais faits, ne manquez pas un plaidoyer en faveur du « droit au changement d'avis ».

Poursuivons par une *charade*. Mon premier se trouve dans le *Grand A* du *Grand deux* de votre *revue*; mon second est un thème qui est décliné dans différentes disciplines juridiques; et mon tout portera dans ce numéro sur « les grandes distinctions en droit privé ». Vous l'aurez deviné, il s'agit de l'habituel dossier de votre *revue* !

Dans le *Grand B* de notre *Grand deux* enfin, d'éminents contributeurs ont accepté de se plier au *jeu* de l'offre (de droit) à notre demande ! Ils joueront *cartes sur table* et se demanderont, dans ce numéro, s'il ne conviendrait pas de réformer le droit des institutions représentatives du personnel.

Pour encanailler un peu ces passe-temps désuets et charmants, à la *roulette* misons sur le 13, chiffre porte-bonheur, chiffre porte-malheur, au gré des uns et des autres mais avec certitude celui de cette année nouvelle. Souhaitons qu'elle apporte la sérénité et la réussite à tous les amis, auteurs et lecteurs de la *Revue de droit d'Assas* pour finir par un *rébus*...

Sommaire

L'intro

Quelques mots de la rédaction en chef p. 3

Grand Un • Autour du droit

Grand A

Du droit et des hommes

Petit un: l'Homme du droit

Guillaume Leyte, Président sans histoire...,
par D. Mazeaud p. 7

Petit deux: droit au débat

Deux spécialistes, deux avis différents :
la privatisation de l'enseignement du droit,
par L. Aynès et B. Teyssié p. 10

Grand B

Droit de regard

Petit un: hors les murs

Droit au changement d'avis, jeu de droit,
éthylotests, et corrida,
par G. Drouot, K. Cariou, A. Touzain
et V. Langenbach p. 14

Petit deux: dans les murs

L'actualité de l'Université : portrait du centre
Panthéon, et chroniques d'une Assassine
outre-Manche,
par A. Brochard et D. Galbois p. 23

Grand Deux • Au tour du droit

Grand A

Droit sans frontières

Les grandes distinctions en droit privé

Petit un: droit commun et droit spécial

par C. Goldie-Genicon p. 29

Petit deux: acte et fait juridique

par C. Grimaldi p. 47

Petit trois: responsabilité civile et responsabilité pénale

par B. de Lamy p. 52

Petit quatre: responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle

par Ph. Brun p. 60

Petit cinq: contrat-coopération, entre échange et organisation

par S. Lequette p. 66

Petit six: obligation de moyens et obligation de résultat

par M. Mekki p. 77

Petit sept : obligation réelle et obligation personnelle

par C. Larroumet p. 89

Grand B

Offre de droit

Réformer le droit des institutions
représentatives du personnel ?

Petit un:

propos introductifs
par B. Teyssié p. 95

Petit deux:

**actualité d'une réforme...
pour demain**
par A. Mazeaud p. 98

Petit trois:

revoir un système à bout de souffle
par F. Favenne-Héry p. 103

Petit quatre:

pour quoi ? pour qui ? pour quoi faire ?
par P.-Y. Verkindt p. 105

Droits fois rien

Le directeur scientifique défie les canons du plan juridique,
en proposant une conclusion qui n'en a pas le nom... p. 108

Les auteurs

ayant contribué à la rédaction de ce numéro

Laurent AYNÈS, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris I)

Nicolas BALAT, Doctorant à l'Université Panthéon-Assas, chargé d'enseignement

Adrien BROCHARD, Doctorant contractuel à l'Université Panthéon-Assas, chargé d'enseignement

Philippe BRUN, Professeur à l'Université de Savoie

Kevin CARIOU, Doctorant contractuel à l'Université Panthéon-Assas, chargé d'enseignement

Étienne CASIMIR, ATER à l'Université Panthéon-Assas

Guillaume DROUOT, Doctorant contractuel à l'Université Panthéon-Assas, chargé d'enseignement

Françoise FAVENNEC-HÉRY, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Diane GALBOIS, Doctorante contractuelle à l'Université Panthéon-Assas

Charlotte GOLDIE-GENICON, Professeur à l'Université de Nantes

Cyril GRIMALDI, Professeur à l'Université Paris XIII

Vincent LANGENBACH, Étudiant en master 1 à l'Université Panthéon-Assas

Bertrand de LAMY, Professeur à l'Université Toulouse I Capitole

Christian LARROUMET, Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas, président de l'association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains

Suzanne LEQUETTE, Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas

Antoine MAZEAUD, Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Denis MAZEAUD, Professeur à l'Université Panthéon-Assas, président de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française

Mustapha MEKKI, Professeur à l'Université Paris XIII, directeur de l'IRDA

Bernard TEYSSIÉ, Professeur à l'Université Panthéon-Assas, président honoraire de l'Université, ancien président du Conseil national du droit

Antoine TOUZAIN, Étudiant en master 2 à l'Université Panthéon-Assas

Pierre-Yves VERKINDT, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris I)

« Autour du droit », ou plus précisément quelques articles autour de ceux qui font et ce qui fait le droit...

Grand Un Autour du droit

Grand A

Du droit et des hommes

Parce que le droit est fait par les hommes, et pour eux !

Grand B

Droit de regard

Parce que le juriste doit être curieux !

Petit un

l'Homme du droit

Guillaume Leyte

p. 7

Petit un

Hors les murs

Le droit du changement d'avis	p. 14
Jeu de droit	p. 17
« Circulez, y'a rien à boire »	p. 19
La corrida : « est-ce que ce monde est sérieux ? »	p. 22

Petit deux

Droit au débat

La privatisation de l'enseignement du droit

p. 10

Petit deux

Dans les murs

Portrait exagéré du centre Panthéon	p. 23
Chroniques d'une Assassinée outre-Manche	p. 25

Petit un du Grand A: l'Homme du droit

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

Guillaume Leyte, Président sans histoire...

Denis Mazeaud



Si son prédécesseur me rappelait irrésistiblement, à maints égards, John Fitzgerald Kennedy, le nouveau Président de notre Université, lui, a des faux airs de Gary Cooper. Un sourire un brin mélancolique, un regard vaguement triste, des cheveux gris soigneusement coiffés, une mise parfaite, Guillaume Leyte, qui cultive une réelle modestie et ne se départit jamais d'un calme aux atours de nonchalance, est indiscutablement un universitaire dont l'élégance irradie.

Elégance qui rayonne à tel point que, lorsqu'il pénètre dans le bistrot sans prétention dans lequel je lui ai proposé de manger rapidement un morceau en vue de lui tirer le portrait, l'endroit semble comme habité par une certaine distinction.

Ce qui frappe encore chez notre interlocuteur, ce sont la sérénité et le calme qu'il dégage et dont il ne se départit jamais, quel que soit sujet abordé. Mieux, c'est un flegme quasi *british* qui transparaît, après seulement quelques minutes d'entretien. Manifestement celui qui réussira à le faire sortir de ses gonds n'est pas encore né ! Aborde-t-on un sujet épineux, pose-t-on une question délicate, le Président Leyte ne s'emporte pas, mais répond sur un ton mesuré, apaisé, avec un sourire amusé ! Le provoque-t-on un peu, il réplique sans pourfendre, à fleuret moucheté !

– Alors, Président, la sélection à l'entrée de l'université, bonne ou mauvaise idée ?

– Sélectionner à l'entrée, c'est refuser de prendre le moindre risque, me répond-il sur un air détaché, en parcourant la carte. Si, en revanche, on fait le choix de ne pas sélectionner, alors on garantit vraiment l'égalité des chances, et on sauve certains étudiants qui n'auraient pas été sélectionnés avec les critères mis en œuvre dans cette perspective et qui pourtant vont réussir parce qu'ils auront su saisir la chance qu'on leur a donnée, ajoute-t-il en faisant au garçon signe de venir prendre la commande.

– C'est quand même pas un petit peu démagogique ça, non ?

– Non, réplique-t-il sans varier le ton, à condition bien sûr de mettre tout en œuvre pour mieux

accueillir encore les étudiants, notamment ceux qui n'auraient pas passé le cap de la sélection. Il s'agit de leur vendre de l'espoir, pas des illusions perdues.

– Concrètement, ça donne quoi ?

– Concrètement, ça signifie mettre toujours plus de moyens pour favoriser la réussite des étudiants qui entrent dans notre Université ! Cela ne vous ennuie pas si on commande ?

– Pas du tout : un œuf mayo et une aile de raie pour moi. Mais encore ?

– La même chose pour moi et une carafe d'eau ! Mais encore ? Améliorer l'accueil et l'encadrement offerts à nos étudiants de licence 1. Continuer et renforcer les trois parcours institués par mon prédécesseur en première année. Faire en sorte que notre Université soit dotée de ressources financières propres, indépendantes de l'État.

Guillaume Leyte développe son programme sans jamais prendre la pause ni user du moindre effet ; il encaisse sans esquiver, il réplique avec modération, mais sans baisser la garde, s'amuse de mes provocations.

– Franchement, Président, à notre époque, l'*histoire du droit* a-t-elle encore un avenir ? À l'époque d'Internet, et alors que certaines professions juridiques se plaignent de l'inadaptation de l'enseignement du droit à l'université aux réalités du terrain, est-ce qu'il ne serait pas temps d'en finir avec les matières que nos étudiants n'exploiteront jamais dans l'exercice de leurs activités professionnelles ?

– C'est justement pour les préparer à exercer leurs futures activités professionnelles qu'il importe de maintenir les enseignements et les diplômes d'*histoire du droit*. Sauf à croire, non sans archaïsme, que l'*histoire du droit* consiste à étudier le droit du passé, son enseignement est indispensable. Il permet aux étudiants, à l'image du droit comparé, de comprendre la règle, d'avoir une certaine hauteur de vue et une certaine profondeur de champ. Grâce à l'*histoire*, les règles et les notions juridiques ne sont pas simplement apprises, ni même seulement comprises de façon désincarnée, elles sont appréciées à leur juste valeur, mises en perspective de façon dynamique, stimulante, édifiante. Les étudiants que nous envoyons chez les professionnels avec ce bagage historique savent donc réfléchir et critiquer, qui s'en plaindra ?

Le sens de la mesure, ce pourrait bien être, au fond, le trait caractéristique du chef suprême de tous les assassiens pendant les années à venir.

– Je n'aime pas vendre du vent... Je ne suis pas président pour être populaire... J'ai des ambitions pour notre Université et des idées pour qu'elle évolue encore et toujours, poursuit-il en picorant dans son assiette.

– Mais qu'est-il encore possible de faire à Paris 2 ? Existe-t-il encore des marges de manœuvre avec les contraintes financières qui pèsent sur les universités depuis la loi Pécresse ?

– Je crois que les pistes de financement n'ont pas toutes encore été explorées et qu'il est possible de faire en sorte que notre Université obtienne plus de moyens encore.

– Au service de quelle ambition ?

– Pour que Paris 2, outre le lieu de transmission de savoirs d'excellence qu'elle constitue depuis des lustres, devienne un acteur incontournable de la vie économique et sociale, répond Guillaume Leyte en dégustant avec modération le petit vin de pays que j'ai réussi à lui imposer.

– Mais que manque-t-il encore à notre université pour progresser à court terme ?

– Entre autres des cours de langues avec des petits effectifs et des locaux dignes de ce nom pour héberger les associations d'étudiants.

– Pas trop peur de la solitude inhérente à l'exercice du pouvoir ?

– La solitude est une vieille compagne de mes années à Paris 2...

– Fictre et pourquoi donc ?

– Lorsque, tout jeune chercheur, j'ai quitté mon Université de Strasbourg, disons que je me suis retrouvé un peu seul...

– Mais encore ?

– J'avais été nommé allocataire de recherche au mois d'octobre et les travaux dirigés, que je devais assurer, commençaient dès le mois de novembre. Quand j'ai débarqué à Paris, je ne savais même pas où se trouvait la rue d'Assas, la veille de la première séance. J'étais le seul allocataire d'histoire du droit à l'époque et je n'avais aucun contact avec mes jeunes collègues des autres disciplines. Mes liens de sociabilité se nouaient quasi exclusivement lors des délibérations finales et dans le sous-sol de Cujas.

– Bigre, avec une telle entrée en matière, il y avait vraiment de quoi être dégouté de notre belle maison, non ?

– Il m'en aurait fallu un peu plus. La preuve, je n'ai pas hésité une seconde à y revenir, une fois agrégé, après quelques escales dans d'autres établissements de province ou de banlieue, répond le Président en regardant très discrètement sa montre. Je comprends alors que l'heure de son prochain rendez-vous a dû sonner.

– Président, y a-t-il une question que vous regrettiez que je ne vous aie pas posée ?

– Pas de regret, ni pour celles que vous m'avez épargnées, ni pour les autres d'ailleurs. Je file, pardon, s'excuse-t-il en enfilant son imperméable beige clair, avant de s'échapper de l'interrogatoire, l'œil clair et la mèche au vent, élégant toujours.

Petit deux du Grand A : droit au débat

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

La privatisation de l'enseignement du droit

Laurent Aynès

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris I)

Bernard Teyssié

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Président honoraire de l'Université

Ancien président du Conseil national du droit

Depuis plusieurs années, de grandes écoles peuvent délivrer, en concurrence avec l'université, des diplômes qui permettent d'accéder à certains métiers du droit (magistrature, barreau, etc.). Parallèlement, se sont développées des offres privées ou semi-privées dans l'enseignement du droit (préparation aux travaux dirigés et aux examens, préparations au barreau, en partenariat avec l'université ou non, écoles de droit privées, etc.). La privatisation de l'enseignement du droit a donc pris aujourd'hui une certaine ampleur. Deux intervenants ont accepté d'échanger sur ce phénomène pour la revue.

Question 1 – L'opportunité de la privatisation de l'enseignement du droit

Les avis quant à l'opportunité de la privatisation de l'enseignement du droit sont très partagés. En témoignent les vifs débats qui ont eu lieu récemment dans les universités, suscités par les projets de formations en partenariat avec des cabinets d'avocats ou des éditeurs juridiques.

Les formations universitaires sont-elles insuffisamment professionnalisantes, individualisées, ou compétitives ? Les offres privées d'enseignement permettent-elles de répondre, mieux que l'université, aux besoins de la pratique ? Les attraits de ces offres justifient-ils la différence souvent substantielle de coût pour l'étudiant ?

Laurent Aynès

Je rappellerai d'abord que le rattachement de l'enseignement du droit comme d'ailleurs celui de la médecine à l'Université est relativement récent. Il ne tombe donc pas sous le sens que l'Université française ait pour tâche naturelle de former des juristes ou des médecins. La finalité professionnelle de ces deux disciplines exige une attention aux besoins des professions, qui a conduit le rapport *Darrois* à demander que les études de droit soient placées également sous la tutelle du garde des Sceaux, comme celles de médecine sont placées sous la double tutelle des ministres de la santé et de l'Université.

Ensuite, il faut observer que l'Université a deux missions, entre lesquelles existe une certaine tension, accentuée dans les universités pluridisciplinaires. D'une part, constituer, ordonner et transmettre le savoir au plus grand nombre possible de citoyens; d'autre part, préparer les étudiants à embrasser des professions juridiques et judiciaires variées. Cette seconde mission implique naturellement une association progressive avec les professions; progressive, car les trois premières années universitaires sont consacrées aux acquisitions fondamentales, en termes de discipline et de méthodes; et elles peuvent se faire sous la forme d'une alternance: cours en amphi/travaux dirigés. Mais à compter de la quatrième année (Master 1), la perspective devient plus professionnelle sans cesser d'être académique. C'est ici qu'il faut travailler en plus petit nombre, en utilisant des méthodes interactives, en langues étrangères,... L'Université n'a pas toute seule les moyens humains et matériels de réaliser cette formation, et d'ailleurs il est légitime que les professionnels s'investissent dans la formation de leurs futurs collègues. De là, la diversification nécessaire des offres de formation, associant université-professionnels dans des structures qui peuvent être publiques ou privées. L'essentiel est la diversité et l'efficacité des formations offertes.

Je crois beaucoup au partenariat privé-public, qui a fait ses preuves à l'égard des hôpitaux ou des autoroutes. Par exemple, la formation des notaires repose sur un tel partenariat, et l'on s'accorde à reconnaître qu'elle est un succès.

Les offres privées échappent aux pesanteurs de l'Université, au poids de l'idéologie qui y règne et à la suspicion que suscite habituellement tout changement. C'est pourquoi elles se développent actuellement; et de ce fait aiguillonnent les universités; ce qui est une vertu de la concurrence.

Public ou privé, là n'est pas la différence pertinente: c'est une manière bien française, bien « clivante » et bien idéologique d'aborder les questions, comme si tout ce qui est public était *a priori* bon et tout ce qui privé *a priori* suspect ! La vraie question est de s'assurer que certains étudiants ne seront pas écartés des écoles privées en raison de l'insuffisance de leurs ressources. C'est une question que connaissent bien les *Law schools* étrangères. Il faut mettre en place un mécanisme de bourses et de financement par prêts dans des conditions avantageuses. À ma connaissance, c'est ce qu'a fait par exemple HEAD, dès cette année.

Bernard Teyssié

L'Université est le lieu naturel de formation des juristes. Elle offre, en effet, le plus fort rassemblement de compétences grâce aux efforts conjugués d'universitaires et d'avocats, juristes d'entreprise, magistrats, notaires... qui, de longue date, sont associés dans des projets communs.

La filière notariale, les diplômes de juriste-conseil d'entreprise constituent, entre autres, d'excellentes illustrations de ces coopérations conduites dans l'intérêt et à la satisfaction de tous. Le fort développement des masters à finalité professionnelle a permis de proposer une vaste palette de formations de qualité conjuguant savoirs académiques et savoir-faire professionnel. Les liens noués à cette occasion entre les Universités et les acteurs de la vie économique, sociale, financière... sont souvent extrêmement étroits et permettent de fournir aux étudiants les stages nécessaires à leur formation.

Un degré supplémentaire dans la voie de la professionnalisation est franchi lorsque des masters professionnels sont organisés en apprentissage, donc avec une alternance régulière de périodes d'enseignement et de périodes d'activité auprès du maître d'apprentissage. Toutes ces formations assurent aux étudiants un parcours professionnalisé et un suivi attentif.

Dans un ordre d'idées différent, mais avec un résultat comparable en termes d'efficacité, il convient de noter l'importance prise, dans le domaine juridique, par les doubles formations conduites en partenariat avec une Université étrangère (américaine, anglaise, allemande, italienne, espagnole...) permettant aux étudiants d'acquérir une authentique maîtrise d'une langue étrangère, terminologie juridique comprise, élargissant leur champ culturel et facilitant considérablement leur intégration dans des cabinets, des entreprises ou des administrations de dimension internationale.

En bref, l'Université répond déjà largement aux besoins de la pratique... et dispose de la capacité d'aller plus loin encore dans cette voie, dans des délais rapides.

Question 2 – Les répercussions de la privatisation de l'enseignement du droit

Face à la diversification de l'offre d'enseignement du droit, certaines universités ont réagi en proposant de nouvelles formations, présentées comme pluridisciplinaires (droit-histoire, droit-sciences, droit-économie, etc.), plus attractives (masters professionnels, formation continue, etc.), plus sélectives (collèges et écoles de droit, etc.), plus onéreuses aussi parfois (LLM, préparations universitaires aux examens et concours, etc.).

Face à un mouvement de privatisation qui semble désormais inéluctable, l'enseignement du droit à l'université doit-il évoluer? Dans quel sens? L'université ne doit-elle pas également communiquer davantage sur ses formations?

Laurent Aynès

Bien sûr, l'Université doit constamment éprouver son offre de formation, la soumettre à la critique en vue de l'améliorer. Mais l'Université, dans sa constitution actuelle, ne peut pas tout, et surtout ne peut pas assumer une mission qui ne relève pas spécifiquement de sa compétence, sans parler de la diminution de ses moyens financiers.

Dans un pays civilisé, il n'y a rien d'étonnant à ce que l'offre de formation soit diversifiée et associe des organismes privés à des organismes publics.

En revanche, il est essentiel que l'Université assume sa mission propre: organiser, développer et communiquer le savoir et la critique du savoir, afin d'éviter que les juristes ne soient que des techniciens esclaves de leur technique, et afin que la solidité et la profondeur de la formation intellectuelle soit un gage de créativité pour l'avenir. C'est le rôle notamment de la formation initiale; et de la recherche en troisième cycle. En revanche, elle n'a pas et ne peut pas avoir un monopole dans la formation à l'exercice des professions, qui sont diverses. Je pense que l'amélioration de la formation intellectuelle initiale, notamment par le développement de quelques disciplines fondamentales et l'abandon de l'éparpillement pseudo-encyclopédique, devrait être l'objectif principal de l'Université, au cours du premier cycle.

Bernard Teyssié

L'enseignement du droit a déjà considérablement évolué dans de multiples directions :

- 1) la création de filières sélectives de type « collège de droit » ou « école de droit » n'accueillant que les étudiants les plus performants et leur offrant des formations complémentaires enrichissant leurs savoirs et renforçant leur compétence;
- 2) la création, qui peut s'articuler avec celle de filières sélectives, de dispositifs de formation pluridisciplinaires, particulièrement précieux lorsqu'ils conjuguent le droit, l'économie et la gestion;

3) la réalisation d'une partie du parcours de formation dans une Université étrangère parfois pendant un semestre mais quelquefois pendant une période beaucoup plus longue jusqu'à parvenir à des dispositifs qui, sur quatre ou cinq ans, conduisent les étudiants, pour deux ou trois ans, dans une Université étrangère ;

4) le développement de dispositifs d'alternance dès les premières années d'étude grâce à la mise en place de licences professionnelles ou, au niveau du master, *via* la technique de l'apprentissage ;

5) la mise en place d'ateliers de pratique juridique qui, dès le début de leurs études, permettent à tout ou partie des étudiants inscrits dans une filière juridique de se frotter aux méthodes de résolution de cas auxquels la pratique est confrontée.

Ce ne sont là que quelques illustrations d'un mouvement profond qui gagnerait sans doute à être mieux connu. Le temps du « faire savoir » est à coup sûr venu...

Petit un du Grand B : hors les murs

Le droit est dans tout, le droit est partout : quelques contributions autour du droit.

Le droit au changement d'avis : pour une réhabilitation de la girouette

Guillaume Drouot

Puisque dans le cinquième numéro de cette Revue, notre ami et néanmoins collègue proposait d'allonger la liste des droits fondamentaux par le droit, créance, à la sieste¹, nous aimerions également en signaler un. Il s'agit du droit au changement d'avis². Son champ serait à délimiter: il profiterait sans aucun doute aux chercheurs de toute obéissance, et, pourquoi pas, également aux magistrats³, voire aux hommes politiques.

Après tout, l'honnêteté intellectuelle n'est-elle pas aux convictions ce que la girouette est au vent? La girouette, certes tourne, mais ne se trompe jamais! L'honnête homme n'est pas meilleur que les autres, mais lui le sait et donc peut s'améliorer plus aisément en accordant incessamment ses convictions à la réalité. Afin d'exercer ce droit il faudrait donc:

1) avoir des convictions – puisque l'aléa chas-

sant l'erreur, sans conviction pas d'erreur; pas d'erreur, pas de démenti; pas de démenti... pas de démenti –,

2) reconnaître leur caractère erroné – conséquence du démenti – et leur substituer celles qui paraissent plus véridiques.

Ce droit au changement, et ce n'est pas que maintenant, a déjà été revendiqué, nous ne nous faisons que l'écho de certaines voix. On pense ici en particulier au Professeur Philippe le Tourneau qui dans la préface de son ouvrage de droit des obligations invoque cette prérogative: « Je revendique le pouvoir – qui m'est un devoir – de changer d'opinion sur telle ou telle question [...]. Je livre donc des "repentirs", à l'instar de saint Augustin »⁴. Le Balle évoque avec émotion la probité intellectuelle de Capitant reconnaissant publiquement qu'il s'était trompé et qu'il fallait donc changer la jurisprudence qu'il avait

¹ K. Cariou, « Le droit à la sieste ? Naturellement... », RDA n° 5, févr. 2012, p. 16 s.

² Souffrant de palinodies, la rédaction de cet article a été elle-même sujette à de nombreux changements d'avis.

³ Selon M. Saluden, *Le phénomène de la jurisprudence : Etude sociologique*, thèse Paris II, 1983, p. 250, ainsi se livrait un conseiller à la Cour de cassation « Quand j'ai commencé, on parlait dans l'ordre de l'ancienneté.

L'usage était que chacun parle et puis, c'était terminé. On comptait les voix. On ne pouvait plus changer d'avis. C'était la tradition... Le nouveau président est venu ; il a admis un second tour avec un premier tour simplement préparatoire. »

⁴ Ph. le Tourneau, *La responsabilité civile*, 3^e éd., Dalloz, p. V, avant-propos de la 2^e édition.

ainsi influencée⁵; tandis que, solidairement, M. Mazeaud bat religieusement sa coulpe⁶.

D'autres, plus implicitement, sans le mentionner, font usage de ce droit: on pense à Philippe (aucun lien avec le précédent) Jestaz, qui reconnaît la justesse de la critique apportée par M. Vanderlinden à sa vision de la coutume⁷, ou à Édouard Lambert livrant son autocritique⁸: « Les juristes français de ma génération ont compris chaque jour plus clairement la signification légale de la jurisprudence. Je crois bien qu'ils commencent à la surestimer. J'hésite d'autant moins à le reconnaître que je suis de ceux qui ont été le plus loin dans cette surestimation. »

Ce droit au changement d'avis pourrait être un droit de l'Homme, attaché à son existence, reconnu universellement puisque visiblement la doctrine allemande a pu elle aussi succomber au chant des sirènes du repentir⁹, et les juges canadiens le prennent (ou le prenaient) en compte¹⁰. On y verrait volontiers un droit de la personnalité, un peu comme le droit à l'image dont le rapprochement nous est fourni par M. Bénabent. Nous le citerons par souci de clarté ainsi que pour illustrer une grande loi de la nature: *le déclenchement du tonus musculaire au niveau des zygomatiques chez primus peut être simultanément accompagné d'un sifflement auriculaire chez secondeus*¹¹.

Voici: « Les notes et articles classiquement concentrés sur des idées, dont le signataire n'était qu'un nom en bas de page citant en même lieu et avec la même discréption d'éventuels contradicteurs, dans le seul esprit de rappeler leur paternité sur des idées différentes mais respectées, semblent

perdre du terrain au profit d'un certain vedettariat. Déjà attaquée par la mode des photographies – à l'apport scientifique incertain, d'autant qu'elles traversent souvent les années avec une fixité que l'on souhaite sans rapport avec la pensée qui est derrière¹² –, cette sobriété de bon aloi pourrait-elle l'être aussi par un genre où tout serait personnifié, au point que s'avanceraient au centre du débat les noms (de l'auteur et des autres), et où la contestation d'une opinion ferait place à la critique de son auteur? »¹³

Ce droit, bien que porté et développé par les juristes, bénéficierait à tous. Là est toute notre générosité. Un économiste emploierait plutôt le terme d'externalité: sans avoir remué la moindre oreille, dans ce domaine bien entendu, il profiterait du combat du juriste; c'est une externalité positive qui ne figure pas dans le prix de la prestation du juriste¹⁴. Que le droit au changement soit reconnu ou non au profit des économistes, le juriste, mènera *a priori* son combat de la même façon¹⁵. Quand une entreprise produit en détruisant l'environnement, le consommateur achète le bien au prix fort, sans aucune diminution de ce prix alors que son environnement est également dégradé: c'est ici une externalité négative non prise en compte dans le prix. Nous faisons cette digression car c'est au cours d'un débat sur les externalités que les économistes montrèrent également ce souci d'adaptation à la justesse. Sans entrer dans le détail, un économiste du nom de Pigou soutenait qu'il fallait pour rétablir la vérité du prix mettre en place des taxes ou des règles de responsabilité. Un autre économiste, Coase, soutint plus tard que cela ne s'imposait

⁵ R. Le Balle, *Genèse du droit jurisprudentiel*, Cours de doctorat, Paris, 1960-1961, p. 49: les avis de Capitant « ont été parfois négligés, parfois suivis avec enthousiasme au point qu'ayant reconnu un jour, avec cette simplicité et cette probité qui étaient la marque de son génie qu'il s'était trompé dans le sentiment qu'il avait apporté sur un des problèmes les plus difficiles du droit matrimonial et proposant de revenir en arrière relativement à l'interprétation qu'il avait donnée, la Cour suprême refusa de le suivre à nouveau ».

⁶ D. Mazeaud, « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises... », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, LexisNexis-Dalloz, 2012, note 26, p. 910 : « À cet égard et avec le recul, je bats volontiers ma coulpe... ».

⁷ La conviction : Ph. Jestaz, « Source délicieuse... (Remarques en cascades sur les sources du droit) », *RTD civ.* 1993, p. 73 s. Le démenti : J. Vanderlinden, « Contribution en forme de masquère à une théorie des sources du droit au départ d'une source délicieuse », *RTD civ.* 1995, p. 69 s. La rectification : Ph. Jestaz, « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à l'autre », *RTD civ.* 1996, p. 299 s., spé. notes 2 et 3.

⁸ É. Lambert, préf. à l'étude de R. Valeur : *l'enseignement du droit comme science sociale et science internationale*, Paris, 1928, p. XI à XLIII, cité par E. Serrein, *De la jurisprudence en droit privé - Théorie d'une pratique*, PUL, coll. « Critique du

droit », 1985, p. 158.

⁹ V. F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 1, LGDJ, 1919, p. 8, à propos de Jhering. « Il a lui-même avoué [...] qu'à ses débuts, il avait fidèlement et sincèrement suivi la piste ouverte par les vieux maîtres. Plus tard, il sentit vivement les côtés faibles de leur méthode. »

¹⁰ A. Maurin, *Le rôle créateur du juge dans les jurisprudences canadienne et française comparées*, Rousseau, 1938, pp. 89-90 : à propos des auteurs dont s'inspirent les juges de la Cour du Banc du Roi, l'auteur écrit que « la parole des juristes décédés a plus de poids que celle des vivants, car on craint que ces derniers ne viennent à changer d'avis au cours d'éditions ultérieures. » Ainsi est esquivé le revirement doctrinal pour échapper au revirement jurisprudentiel. Olé !

¹¹ Traduction : Quand on rit, il n'est pas exclu que certains aient les oreilles qui sifflent. « Étonnant, non ? »

¹² C'est nous qui soulignons.

¹³ A. Bénabent, « Doctrine ou Dallas », D. 2005, p. 852.

¹⁴ Les économistes n'ont cependant pas attendu les juristes pour exprimer de savants repentir. V. not. F. A. Hayek, *Droit, législation et liberté*, PUF, coll. Quadrige-Grands textes, 2007, note 1, p. 625.

¹⁵ Oui c'est contestable, je suis d'accord. Il faut aussi savoir se donner l'occasion de changer d'avis.

pas. Il en arrivait à la conclusion que « les règles de responsabilité, et, plus généralement, l'attribution précise des droits, n'influent pas sur l'usage qui sera effectivement fait des ressources rares, [ce qui] allait à l'encontre de l'intuition des juristes au moment où Coase l'a formulée pour la première fois. Et non seulement les juristes, mais aussi les économistes avaient du mal à digérer la mise en question des conclusions de Pigou. À Chicago, Coase fut convié à une soirée Aaron Director pour défendre ses idées devant des économistes de la trempe de George Stigler et de Milton Friedman. En début de soirée, raconte Stigler, un vote informel montra 20 voix pour Pigou, une seule pour Coase – lui-même. La soirée donna lieu à un mémorable débat, comme il fallait s'y attendre avec Milton Friedman. Mais à la fin, une nouvelle unanimité était atteinte: 21 voix en faveur de Coase. »¹⁶

21 voix sur 21, c'est l'unanimité. Pas besoin d'être mathématicien. Et ceux-ci, justement, perdus dans leurs lunaires abstractions, où le *x* ne signifie pas seulement « interdit au moins de 18 ans, attention rencontre avec une inconnue », seront-ils intéressés par notre droit au changement d'avis ? Dès 1903, l'un d'eux en a fait usage. Nous le dénonçons. Il s'agit de Frege qui écrivit « pour

un écrivain scientifique, il est peu d'infortunes pires que de voir l'une des fondations de son travail s'effondrer alors que celui-ci s'achève. C'est dans cette situation inconfortable que m'a mis une lettre de M. Bertrand Russell, alors que le présent volume allait paraître »¹⁷.

Alors, honnêtes gens de toutes les disciplines¹⁸, unissez-vous pour revendiquer le droit au changement d'avis, et militez pour son inscription dans le Code de la propriété intellectuelle, grâce à une disposition qui serait le complément du célèbre article 544 du Code civil: « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements. L'émetteur d'une conviction qui en devient ainsi le propriétaire peut la modifier, la rétracter, la détruire, renoncer à son usage à tout moment, à condition de la remplacer par celle qui convient. » La condition est importante, si un homme politique voulait s'emparer de ce nouveau texte pour revenir sur ses convictions¹⁹.

Vous n'êtes pas convaincu ? Cela viendra, vous changerez d'avis. Tout le monde change d'avis. Il n'y a que les imbéciles qui ne changent pas d'avis. Et là-dessus, nous ne changerons jamais d'avis !

¹⁶ E. Mackaay, S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, p. 183.

¹⁷ Pour en savoir plus, consulter l'article sur le paradoxe de Russell sur Wikipedia.

¹⁸ Et il en est une personne, pluridisciplinaire, qui exprima son droit de changer d'avis. Il s'agit de Raymond Aron : « En ce qui concerne tous les articles antérieurs à 1933, comme les articles de 1931 ou de 1932, je ne les prends pas au sérieux. [...] C'est ma manière d'écrire de l'époque que je réprouve aujourd'hui, de telle sorte que, tout ce que j'ai pu écrire sur la politique, disons, jusqu'à ma trentième année, je considère depuis longtemps que cela

appartient à ma formation, à mon enfance si vous préférez. Une enfance prolongée, certes. [...] Mais vous savez, aujourd'hui, je glisse là-dessus un mépris transcendantal [ires]. » Extrait d'un entretien avec J. Stark, publié dans la revue *Commentaire*, n° 140, p. 1043 s., spéc. pp. 1044-1045.

¹⁹ J. Hauser, lors d'un colloque tenu à l'Université Panthéon-Assas (*Quel avenir pour la sociologie juridique au XXI^e siècle ?*, organisé le 18 janvier 2013 par le Laboratoire de sociologie juridique), invitait à l'inscription dans la Constitution du droit pour le Président de la République de ne pas tenir ses promesses électorales.

Jeu de droit

Kevin Cariou

Qui oserait dire qu'un juriste ne sait pas s'amuser ? Un lecteur assidu de la *Revue de droit d'Assas* ? Certainement pas ! L'esprit qui anime ces colonnes est désormais bien connu. Depuis ses débuts, la *Revue* se veut à la fois « scientifique et plaisante¹ ». Pourquoi ne pas développer davantage encore ce côté ludique en proposant un véritable jeu, autour du droit bien entendu, afin que le côté scientifique ne soit pas (totalement) en reste ?

C'est en feuilletant le tout dernier numéro de la *Revue* dans le train, haut lieu d'inspiration s'il en est, que naquit l'idée. Bringuebalé de bas en haut, puis de droite à gauche, au son de la douce musique émanant d'un casque tout aussi discret que le passager qui l'arborait fièrement autour de

la tête, je me vis rapidement contraint de renoncer à une lecture attentive des articles publiés. Alors que je lorgnais avec envie mon voisin qui s'échinait à résoudre les fameux mots croisés du *Canard enchaîné*, l'évidence s'imposa : agrémenter la *Revue* de mots croisés juridiques !

Voilà qui pourrait aider le lecteur habitué des transports à passer le temps en s'amusant ; l'avocat, empêché de plaider par le retard de plusieurs heures de son TGV, à garder son calme² ; l'étudiant désœuvré, à patienter entre deux cours...

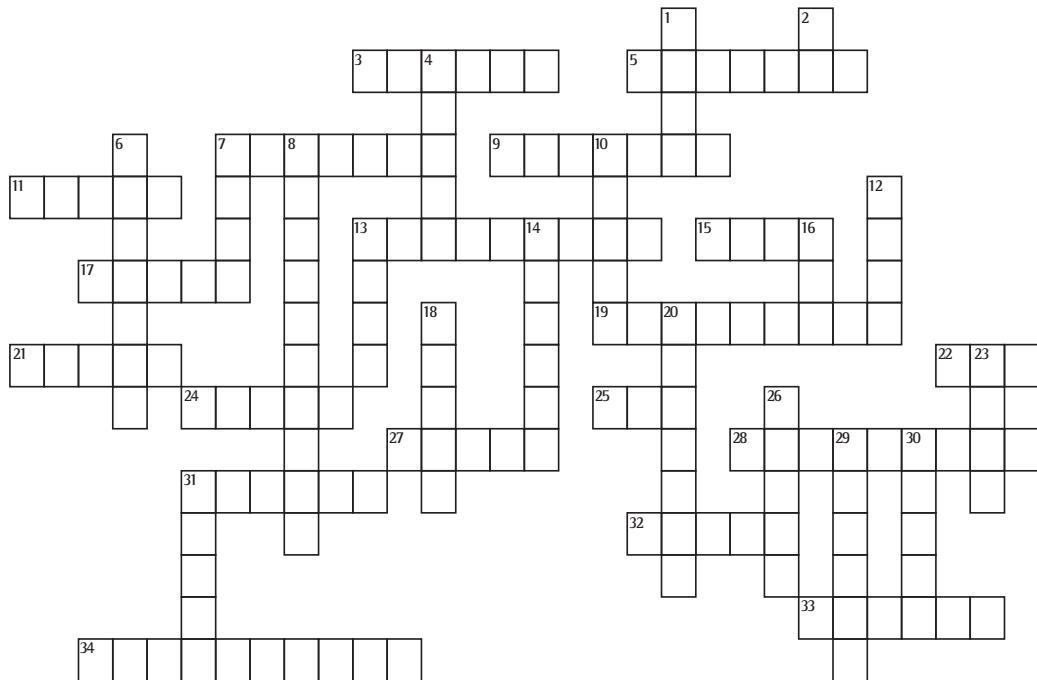
Une précision encore, avant de faire place au jeu : le « juriverbiste » est prié de ne pas écrire directement dans la *Revue* ; ce serait sacrilège !

À vous de jouer³ !

¹ V. « L'intro », RDA n° 1, janv. 2010, p. 3.

² Tout énervement est en effet inutile, puisque, sauf à prouver qu'il constituait un dommage prévisible pour la SNCF au moment de la conclusion du contrat de transport (article 1150 du Code civil), il ne sera pas indemnisé. V. Civ. 1^{re}, 26 sept. 2012, n° 11-13.177, D. 2012, p. 2305, obs. I. Gallmeister et p. 2649, édito F. Rome.

³ Et parce que tout jeu doit avoir un gagnant, une surprise attend le premier qui résoudra l'ensemble des énigmes ! Les réponses peuvent être envoyées par courrier électronique : revuedroitdassas@gmail.com. Elles seront prochainement mises en ligne sur la page du site de l'Université consacrée à la *Revue de droit d'Assas*.



Horizontale

3. Elle a su trouver sa voie.
5. Les Trois Frères.
7. Lieu où les débats ne sont pas de tout repos.
9. Pas commun.
11. Lieu de théâtre.
13. De saint Thomas d'Aquin à Lagaf'.
15. Rien de personnel.
17. Toujours à fond.
19. N'a aucun principe.
21. Dont la légalité ne va pas sans peine.
22. Lettres anonymes.
24. Le « beau » droit de l'Église.
25. De Berlin-Est à Paris II.
27. Si elle n'est pas obligatoire, elle peut être majeure.
28. N'est l'obligé de personne.
31. Il est là pour t'aider.
32. Il court, il court...
33. Activité commune à nos plus hauts magistrats et Brice de Nice.
34. Présent de vieillard libidineux.

Verticale

1. Bible du publiciste.
2. Lieu de travail.
4. L'Étranger.
6. Manque de pratique.
7. S'il n'a pas le sang bleu, il vire au rouge.
8. Éternel suiveur.
10. Du contrat, de confiance...
12. Coupé en deux.
13. Sans parti(e) pris.
14. Si elle arrive sans prévenir, c'est pour réprimer.
16. Nul n'est censé l'ignorer.
18. Ne pas y aller au trot.
20. Point commun entre Aubry et Rau.
23. Saint Patron.
26. Bien dans ses bottes.
29. Aime se faire appeler Maître.
30. Nul étudiant n'est censé l'ignorer.
31. À l'origine et pour toujours.

« Circulez, y'a rien à boire ! »

Antoine Touzain

« Ça s'arrose ! » La famille est réunie. Le mari et père (ou plutôt le parent, soyons modernes !), radieux, sabre le champagne. Ô joie ! Ô bonheur ! Après trois mois d'attente, trois mois de souffrance, trois mois de lutte, trois mois de coups de fil incessants et répétés, ils l'ont obtenu. Quel est ce graal ? Un éthylotest flambant neuf, bien évidemment. Prêt à rejoindre la boîte à gants, son refuge pour les saisons à venir.

Las des chiffres de mortalité sur les routes, et de l'influence de l'alcoolisme sur ceux-ci – un tiers des accidents mortels serait lié à l'alcool ! – les pouvoirs publics ont décidé de passer la vitesse supérieure. Et c'est par un décret du 28 février 2012¹, relatif à la possession obligatoire d'un éthylotest par le conducteur d'un véhicule terrestre à moteur, que ceux-ci ont décidé d'intervenir.

Boire ou conduire, il faut choisir, certes. Néanmoins, l'automobiliste, comme tout consommateur digne de ce nom, a droit à une information préalable. Pour lui permettre de faire un choix éclairé entre ces deux alternatives, le gouvernement lui offre donc des éléments a priori objectifs de vérification de son taux d'alcoolémie. Et c'est ainsi que l'article 1^{er} de ce texte instaure un nouvel article R. 234-7 du Code de la route, qui prévoit que « *tout conducteur d'un véhicule terrestre à moteur [...] doit justifier de la possession d'un éthylotest* ».

Néanmoins, en cette matière comme ailleurs, la route est longue. Suivons-la donc, et cherchons à en étudier les contours.

I. Éthylotest dans la boîte à gants, sobre au volant !

A. Les personnes concernées: chauffeur, si t'es champion...

Le texte du décret désigne le « conducteur » comme étant la personne tenue de justifier de la

possession d'un éthylotest. Ce n'est donc pas le propriétaire qui est visé. Solution logique, au regard de l'arrêt Franck² bien connu, qui considère que « *le propriétaire d'une automobile, qui en est dépossédé par l'effet d'un vol [...] n'en a plus la garde* ».

Solution logique, et qui est heureuse ! En effet, qu'y peut le propriétaire de la voiture, si le conducteur, emprunteur – accepté ou forcé –, trop imbibé, a jeté la provision d'éthylotests fraîchement remplie par lui ? Il ne faudrait pas que, outre la dépossession de son véhicule, il boive le calice jusqu'à la lie, en devant payer pour le conducteur !

Mais qu'est-ce qu'un conducteur ? Là, au regard de la jurisprudence issue de la loi Badinter³ sur les accidents de la circulation, il faut entrer dans les finesse des décisions de juges passés maîtres dans l'art de la nuance.

Il n'est pas question ici de distinguer, comme le font les juges, entre le cyclomotoriste ou automobiliste projeté de son véhicule sur la chaussée, selon que celui-ci est encore en cours de projection, car il est peu probable que des policiers ou des gendarmes ne profitent de cette situation pour contrôler si celui-ci a, ou non, un éthylotest dans sa boîte à gants...

En revanche, certaines distinctions jurisprudentielles pourraient poser des problèmes pratiques, en matière de contrôle d'éthylotest. Ainsi la jurisprudence a-t-elle considéré que n'est pas un conducteur la personne qui est sortie du véhicule, dont elle se trouve à proximité et dont elle assurait la conduite dans un temps voisin de l'accident⁴.

On voit immédiatement apparaître ici un moyen de frauder la loi. Voici que vous roulez à vive allure sur une petite route nationale perdue dans le fin fond de la Bourgogne. Une fourgonnette de gendarmes vous fait signe de vous arrêter

¹ Décret n° 2012-284 du 28 févr. 2012 relatif à la possession obligatoire d'un éthylotest par le conducteur d'un véhicule terrestre à moteur.

² Ch. réunies 2 déc. 1941, Franck, GA/C, 11^e éd., n° 194.

³ Loi n° 85-677 du 5 juill. 1985 tendant à l'amélioration de la situation des

victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation.

⁴ Civ. 2^e, 4 déc. 1985, Bull. civ. II, n° 186.

sur le bas côté. « Bonjour Monsieur / Madame, papiers du véhicule s'il vous plaît ». Vous faites un peu de résistance, et les forces de l'ordre vous demandent de sortir dudit véhicule. Bingo ! Vous n'êtes plus conducteur, et donc n'êtes plus assujetti à l'obligation de possession d'un éthylotest !

B. Les véhicules concernés: en voiture, Si-mone !

L'article R. 234-7 précité vise le conducteur « *d'un véhicule terrestre à moteur* ». Notion obscure à tout non-juriste, bien terne substitut au mot « voiture », cette expression a fait l'objet de nombreuses discussions, en application de la loi Badinter susvisée, lesquelles nous permettent de tracer les contours de cette nouvelle obligation.

Sont ainsi soumis à la loi de 1985 – et donc, incidemment, au décret sur les éthylotests – les automobiles, camions, motocyclettes, cyclomoteurs, tracteurs agricoles, moissonneuses, engins de chantier, engins de damage de pistes de ski, chariots élévateurs ou autres tondeuses auto-tractées. De même, un conducteur de pelleteuse mécanique à chenilles ou de girobroyeur attelé à un tracteur serait, selon cette qualification, astreint à l'obligation de possession d'un éthylotest. Sacré cocktail !

En revanche, la jurisprudence ne s'est toujours pas prononcée, ce qui est fort regrettable, à propos d'un certain nombre de véhicules. On songe notamment aux voitures amphibies⁵, aux aéroglissoirs, ou encore aux DeLorean volantes... Un vide juridique qu'il conviendra bien vite de combler, car 2015 approche⁶...

Et le nouvel article R. 234-7 ne s'arrête pas en si bon chemin, prévoyant une exception, à l'alinéa 3, qui dispose que « *sont considérés comme répondant à l'obligation prévue par le premier alinéa, le conducteur d'un véhicule équipé par un professionnel agréé ou par construction d'un dispositif d'antidémarrage par éthylotest électronique homologué [...] ainsi que le conducteur d'un autocar équipé d'un dispositif éthylotest antidémarrage* ».

Car si 007 a désormais un Walther PPK répondant à ses empreintes palmaires, qui lui

sauvera la vie une bonne cinquantaine de fois dans les prochains opus, certains conducteurs ont, quant à eux, des véhicules qui ne démarrent qu'à condition de faire faire à un test préalable d'alcoolémie. On imagine sans mal Sami Nacéri souffler un « ninja ! » imbibe, afin de tenter de faire démarrer son véhicule récalcitrant.

Mais que sont donc ces fleurons de la technologie ? Ces véhicules intelligents qui, malgré toutes vos menaces et vos prières, se refuseront à vous laisser partir tant que vous n'aurez pas « *dessaoulé* » ? Ne craignez rien, votre voiture ne décidera pas, du jour au lendemain, et sur un coup de tête, de vous empêcher de partir. Elle attendra une décision de justice préalable.

En effet, un décret du 5 septembre 2011⁷ est venu poser comme sanction pénale envisageable l'interdiction de conduire un véhicule non-équipé d'un tel dispositif. La peine peut être prononcée en cas de conduite sous l'emprise d'un état alcoolique, d'homicide ou de blessures involontaires commises à l'occasion de la conduite d'un véhicule terrestre à moteur sous l'emprise d'un état alcoolique.

Ce type de véhicule conduit d'ailleurs le législateur à opérer de subtiles distinctions. Et notamment entre le conducteur d'une part, et la personne tournant la clef de contact d'autre part... En effet, l'article R. 234-5 du Code de la route prévoit une amende lorsqu'une personne conduit un véhicule équipé d'un tel dispositif après que celui-ci ait été démarré par un tiers. Ou quand la loi prend le relais des machines, insuffisamment développées pour éviter la fraude juridique...

II. Éthylotest hors la boîte à gants, sanction au tournant ?

A. La sanction: vous allez trinquer !

L'article R. 233-1 du Code de la route dispose désormais que « *tout conducteur est tenu de présenter à toute réquisition des agents de l'autorité compétente [...] 6° un éthylotest dans les conditions prévues à l'article R. 243-7* ». Et le III de préciser que « *le fait de ne pas présenter immédiatement aux agents de l'autorité compétente* ».

⁵ Néanmoins, un arrêt, CA Rennes, 29 juin 2011, applique la loi du 5 juillet 1985 à un véhicule amphibie. En attendant une décision de la Cour de cassation sur cette question sensible et éminemment pratique...

⁶ Indice : Marty, sans Raynaud et Jestaaz.

⁷ Décret n° 2011-1048 du 5 septembre 2011 relatif à la conduite sous l'influence de l'alcool.

tente les éléments exigés par le présent article est puni de l'amende pour les contraventions de la première classe », soit une amende forfaitaire de onze euros.

Une amende qui ne devrait pas vraiment inciter les conducteurs à investir dans des éthylotests électroniques, d'une valeur d'au moins cent euros. D'ailleurs, un calcul de probabilités pourrait conduire à privilégier le paiement de l'amende à l'achat d'éthylotests chimiques, coûtant entre un et trois euros...

D'autant que le délégué interministériel à la sécurité routière conseille d'avoir toujours... deux éthylotests chimiques dans la voiture, au cas où le conducteur en utiliserait un avant de démarrer⁸. Mais, si vous souhaitez faire des économies, contentez-vous d'en acheter un et de ne pas l'utiliser... Vous ne serez pas plus sanctionné que si vous l'aviez fait !

Le législateur devait avoir de la bouteille pour considérer qu'un tel texte serait efficace pour lutter contre la mortalité sur les routes, ce dont l'on peut douter... En effet, à quoi bon sanctionner l'absence de possession d'un éthylotest ? Le conducteur n'a aucune obligation de l'utiliser, mais seulement celle de le posséder.

Lorsqu'on y ajoute les suspicions de conflit d'intérêts qui ont entouré la mise en place de ce décret, on comprend que les associations de victimes d'accidents de la circulation, non contentes de manifester leur mécontentement, soient presque ivres de rage ! D'autant que l'on peut craindre que la multiplication des contrôles routiers ne créent des ralentissements, et provoquent même parfois des bouchons...

Face aux nombreuses critiques affectant ce texte, le gouvernement a choisi de différer l'entrée en vigueur d'une partie de celui-ci, celle relative à la sanction de cette obligation.

B. Une sanction différée: attention, véhicule lent...

Face à la pression des brasseries, des automobilistes et de l'opposition, mais aussi en raison de l'insuffisance du nombre d'éthylotests en stock, le gouvernement a décidé de différer l'entrée en vigueur de la sanction de cette obligation.

En effet, l'article 3 du décret prévoit que, par exception, les « *dispositions des 2^e et 4^e de l'article 2 entrent en vigueur le 1^{er} novembre 2012* », date repoussée au 1^{er} mars 2013 par un décret du 29 octobre 2012. Or, ces deux dispositions du décret sont celles relatives à la sanction.

Par conséquent, jusqu'au 1^{er} mars 2013, que vous traversiez Bordeaux, la Bourgogne ou la Champagne, vous n'avez pas le choix. Si vous ne pouvez justifier de la présence d'un éthylotest dans la boîte à gants, eh bien... c'est mal. Ayez honte ! Rougissez-en ! Gardez-vous de le laisser transparaître, car tout le monde vous montrera du doigt... Sauf les manchots, ça va de soi !

En quelque sorte, ce texte vient presque poser une obligation naturelle. Faites attention à ne pas promettre de mettre un éthylotest dans votre boîte à gants, ou de commencer à l'y mettre, vous risqueriez d'être surpris des conséquences...

L'absence de sanction effective avant le 1^{er} mars 2013 laisse penser que ce texte ne sera pas appliqué. D'autant qu'il n'est pas certain qu'il survive jusque cette date, le candidat Hollande ayant déclaré que cette obligation n'était « pas toujours adaptée »... De là à la supprimer ? Ceci ravirait certainement les personnes sur liste d'attente auprès de leur fabricant d'éthylotests préféré...

En tout cas, ce délai va permettre aux conducteurs de souffler (sans être forcé de le faire dans un ballon...), en attendant une sanction pénale dissuasive de onze euros.

Définitivement, ce texte est un grand cru !

⁸ En ce sens, v. http://www.lemonde.fr/societe/article/2012/06/27/ethylotest-obligatoire-le-scepticisme-prevaut-sur-fond-de-soupcons-de-conflit-d-interets_1725021_3224.html.

« Est-ce que ce monde est sérieux ? »

Vincent Langenbach

Stupeur dans les pâtrages de Camargue: nous autres taureaux, qui broutions paisiblement, venons d'apprendre que les hommes ont décidé que la funeste tradition de la corrida était conforme à leur Constitution¹. Autant vous dire que nous avons vu rouge.

Période de vache maigre pour les taureaux, donc; nous espérions pourtant qu'à défaut d'en venir à bout dans l'arène, nous les aurions à l'usure et devant les tribunaux, ces *toreros* qui nous font passer l'arme à gauche à coup de *banderillas* et d'épées. Les plus sensibles à notre cause avaient pris le taureau par les cornes en introduisant un recours sur le fondement de l'article 6 de la Déclaration de 1789 et de l'égalité devant la loi pour faire la guerre à la corrida: n'est-il pas en effet discriminatoire de permettre à certains hommes, ceux qui peuplent nos contrées, de nous maltraiter, nous, taureaux, tout en interdisant à d'autres d'infliger des souffrances à nos congénères animaux? Nous ne sommes certes que des choses², mais est-ce une raison pour être aussi peaux de vache?... « Tradition locale ininterrompue » certes, mais tradition cruelle!

Il semblerait donc que la mise en spectacle de notre mort soit permise lorsque la tradition locale existe dans un ensemble démographique déterminé par une culture commune, « une même façon de ressentir les choses et de s'enthousiasmer pour elles », en bref le même système de représentations collectives pour les spectateurs et

une mentalité identique partagée par eux³. Même si les pattes nous en tombent, les juges des hommes ne voient donc rien à redire à l'esprit festif méridional⁴.

Cet intermède juridique nous a remplis d'un espoir qui s'avère donc déçu. Aussi ne nous rester-t-il plus qu'à attendre avec crainte l'été prochain pour, au retour des beaux jours, descendre à nouveau dans l'arène et y faire ce que nous savons faire de mieux, à savoir s'entêter et encorner les capes rouges virevoltantes agitées par ces « danseuses ridicules ».

Chacun son métier, les vaches seront bien gardées, mais nous ne nous expliquons toujours pas pourquoi nos défenseurs n'ont pas invoqué un autre fondement juridique devant le Conseil constitutionnel: n'auraient-ils pas pu soulever, avec un effet bœuf, l'incompatibilité des dispositions de l'article 521-7 alinéa 7 du Code pénal avec l'article 1^{er} de la Constitution consacrant le principe d'indivisibilité du territoire⁵? La notion de tradition locale n'y est-elle pas contraire⁶? Pas bêtes, les taureaux...

Il est certes trop tard pour cela⁷, mais puisque l'herbe est toujours plus verte ailleurs et qu'il n'est pas question de laisser les *toreros* et les *aficionados* dormir sur nos deux oreilles, nous ne désespérons pas de combattre à nouveau, et cette fois dans une autre arène, celle de la Cour européenne des droits de l'Homme. Eh! Pourquoi pas? Pis pour pis, corne pour corne...

¹ Cons. const., 21 sept. 2012 QPC, déclarant conforme à la Constitution l'article 521-1 alinéa 7 du Code pénal permettant de déroger aux sanctions pénales qui répriment les actes de cruauté envers les animaux en matière de corrida et en cas de « tradition locale ininterrompue ».

² Articles 524 et 528 du Code civil. V. toutefois J.-P. Marguénaud, « La personnalité juridique des animaux », *D.* 1998, p. 205.

³ CA Bordeaux, 11 juill. 1989, *JCP G* 1989, II, 21344 (2^o), note É. Agostini.

⁴ Au regard des sources du droit, la notion de *tradition locale ininterrompue* semble pouvoir rejoindre celle de *coutume*: un élément matériel devrait alors exister à savoir quelqu'un chose se rapprochant de l'*afición*, la « tradition » étant essentiellement immatérielle et culturelle, ressentie par les *aficionados*, d'où l'absence de nécessité d'organisation effective de corridas (v. Civ 1re, 7 févr. 2006, *Bull. civ. I*, n° 50). Ce caractère se doublerait d'un élément psychologique voulant que l'usage en question soit perçu par les spectateurs de nos fins de

vie comme ayant force obligatoire, cet élément s'analytant en ce que les *aficionados* ont le « sentiment d'être créancier d'un droit, légalement reconnu, celui d'assister à une corrida ». La largesse d'une telle définition n'a-t-elle pas de quoi nous rendre rouges de colère? V. H. Pérez, *LPA* 1998, p. 13, cité par D. Mainguy, J.-B. Seube et F. Vialla, « Droit et tauromachie », in *Mélanges Cabriillac*, p. 757.

⁵ D. Mainguy, J.-B. Seube et F. Vialla, art. préc., n° 36 *in fine*, se prononçant alors sur le contrôle de constitutionnalité de l'article 61 de la Constitution.

⁶ En taureaux honnêtes, reconnaissons qu'il prête à débat que l'article 1^{er} de la Constitution et le principe d'indivisibilité de la République fassent partie des « droits et libertés que la Constitution garantit » au sens de son article 61-1. V. pour une application sur le fondement de l'article 61 de la Constitution, Cons. const., 9 mai 1991, *D.* 1991, p. 624, note R. Debbasch.

⁷ CE 19 mai 2010, *Commune de Buc*, n° 330.310, *Lebon* p. 169.

Petit deux du Grand B : dans les murs

La *RDA* revient sur les actualités de l'Université Panthéon-Assas : un regard décalé sur quelques nouveautés de la planète « faculté » !

Le centre Panthéon, portait exagéré d'un monument torturé

Adrien Brochard

Le centre Panthéon a tout pour être un monument heureux. Son fronton gravé de lettres d'or, sa porte d'entrée majestueuse, ses colonnes gallo-romaines et son architecte qui veille, bienveillant et protecteur, dans l'une des rues attenantes. Pourtant, l'imposant édifice abritant deux grandes universités parisiennes, laisse entendre à qui consent l'écouter, une triste complainte.

Perché en haut d'une montagne où de trop nombreux rivaux s'exhibent menaçants, il semble ne jamais avoir trouvé sa place.

Monumentale bâtie cachée par son quartier, il porte dans chacun de ses murs cette contradiction.

Il arbore ainsi deux ailes qui, en tout, paraissent s'opposer.

L'aile Soufflot, bâtie sur la rue du même nom, celui de l'architecte des lieux, est sans aucun doute l'enfant gâtée. À la hauteur du créateur, elle se dresse rutilante, lumineuse et insolente, fait voir ses plafonds voûtés et lointains, ses planchers nobles et grinçants, ses escaliers intimidants, ses salles imposantes et ses rendez-vous importants.

De l'autre côté bien différente, se tient l'aile Cujas. Si la rue Soufflot descend en pente douce, la rue Cujas, elle, dégringole. Ce n'est pas sans peine que de grands et noirs morceaux d'acier tentent de soutenir des salles aux allures préfabriquées et au matériel rudimentaire, des couloirs sinistres, des sols tristement carrelés et un hall sombre aux contours incertains. Comme s'il fallait mériter, par d'austères efforts, la chance de traverser, de l'aile de l'ascèse à celle du faste.

Et dans l'aile du faste, bien souvent sont exposés, des artistes, peintres ou sculpteurs. Dans l'aile de l'ascèse, bienheureux est l'étudiant qui trouvera parmi les piteux affichages, son relevé de notes ou les dates de quelque épreuve qu'il doit passer bientôt. Aux sombres couloirs l'administration, aux nobles étages les réceptions. Que l'étudiant novice ne s'y trompe pas, c'est à gauche en entrant qu'il devra se rendre dans les moments importants, c'est à droite qu'il faudra se diriger, pour les formalités.

Le centre Panthéon ne sait pas qui il est. S'il trônaît seul dans un faubourg discret, il connaîtrait son rang, aurait confiance en lui. Mais il n'a vécu

qu'ici, dans ce périmètre tambourinant de monuments, et ne sait pas qu'il doit être fier de toutes ses pierres.

Son fronton, en vérité, annonce déjà ses tourments. Noble et travaillé, il devrait servir à parader. Il est au contraire rentré, encastré parmi les murs l'encadrant, ne s'avancant pas plus loin qu'eux, étouffé, écrasé dans une façade d'une gauche concavité. C'est que le maître des lieux, le Panthéon, le vrai, cette église, ce monstre, ce tombeau, menace tout alentour de sa majesté. Sans pitié, il faconne la place, de sa carrure et son ombre.

Le petit centre Panthéon en a tiré son nom, son adresse et son rang. Il s'attache donc à être monumental et modeste, admirable et discret, beau et honteux, et toujours inassumé.

En y entrant, cela frappe immédiatement. Qu'est-ce en effet, que cette cour d'honneur qu'il affiche timidement, sinon le symbole de ces contradictions ? Un pavé irrégulier, des murs étouffants, quelques barres de fer pour bancs et une horloge démodée, sur un simple clou, déposée. Et pourtant, ô combien il devrait exhiber cette cour d'une admirable circonférence, d'une éblouissante clarté, dotée de deux contre-allées délicatement ombragées, noblement marbrées et d'une symétrie remarquable.

Pauvre bâtiment, qui perd son âme, pour n'être que la moitié de lui-même. Il ne parvient pas à déployer les mêmes augustes effets que les nobles édifices qui l'entourent.

Il a pourtant quelque chose pour lui. Une chose que les autres n'ont pas, que l'Autre n'a pas. Une chose qui donne un sens à sa dissymétrie, qui éclaire tous ses maux d'une lumière nouvelle.

Il abrite la vie, il la voit, la respire, depuis des décennies. Dans les salles et les couloirs il a accueilli, avec la plus rassurante neutralité, les joies et les peines, feintes ou dissimulés, il a vu les larmes, chaudes ou naissantes, entendu les cris, libérateurs ou idiots, il a tu les examens ratés, et magnifié les diplômes obtenus. Il se souvient de baisers et de coups, de ceux qui ont marché, couru, rampé, escaladé, boité sous ses yeux. Il a vu défaillir, il a écouté parler et penser, il a vu mourir et naître, il connaît tous les regards, perdus ou concentrés, soutenus ou fuyants, rêveurs ou ennuyés, toutes les intonations de voix, tous les soupirs, il connaît les endormis et les matinaux, les retardataires chroniques et les maniaques du quart d'heure d'avance. Il voit les étudiants devenir professeurs et se souvient d'eux, à la place de leur public.

Il abrite tant de vie qu'il s'en nourrit, du bon et du mauvais, du bien comme du mal, de tous les caractères il tapisse ses murs. Chacune de son côté de vieilles portes grinçantes, l'aile Soufflot embellit et l'aile Cujas dépérit. Toujours plus fort d'un côté, toujours plus torturé de l'autre, c'est l'âme humaine qu'il reproduit et c'est sous ses atours qu'il se présente à nous, beau et imparfait, et pour toujours, inachevé.

Cuisse-de-Grenouille chez les Rosbeefs : Chroniques d'une Assassienne outre-Manche

Diane Galbois

Nombreux sont les étudiants qui partent pour une année d'études à l'étranger, pendant ou après leur cursus à l'université française. Découverte d'une autre culture (juridique), ouverture d'esprit, apprentissage de la langue, ou tout simplement envie de dépaysement. Inutile pour ce faire de partir à Ho Chi Minh Ville¹ pour goûter au choc des cultures : une simple traversée de la Manche peut suffire. Les clichés sont tenaces, et pour les sujets de *Queen Elizabeth*, les Français sont toujours des mangeurs de grenouilles et d'escargots. Au-delà de ces considérations culinaires, la vie universitaire n'apporte pas moins une touche de folklore. Petit aperçu de l'année de « Cuisse-de-Grenouille » chez les « Rosbeefs ».

Première étape : l'« orientation week »

Atterrissage en douceur avec une première semaine entièrement consacrée à diverses conférences présentant le LLM en général, l'université, la bibliothèque, la couleur des chaussettes du Prince Philip, j'en passe et des meilleures. La demi-journée « d'accueil » réservée aux L1 à Vaugirard fait pâle figure à côté de ces cinq jours essentiellement dédiés, avouons-le, à faire connaissance avec les autres étudiants. Le contraste est saisissant. Tout Assassien a probablement été marqué par le discours du tout premier cours de L1 : « chers étudiants, regardez bien votre voisin, à la fin de l'année, l'un de vous deux ne passera pas en deuxième année ». Outre-Manche, Cuisse-de-Grenouille a eu droit à « nous sommes les meilleurs ; nous vous avons sélectionnés ; vous êtes les meilleurs ! » Pfiou... on n'est pas habitués à autant de compliments !

Deuxième étape : les cours

Après un M2 Recherche à Assas, Cuisse-de-Grenouille se retrouve enfin en terrain connu quant à l'organisation des cours (à choisir parmi une liste de quatre-vingts) : pas d'amphi, seulement des séminaires en petit comité, à préparer à l'avance afin qu'une vraie discussion entre l'enseignant et les étudiants ait lieu, et non un monologue. Rien de bien dépaysant. Sauf peut-être quelques petites innovations techniques : inutile d'établir soi-même la bibliographie pour un thème donné, elle nous est fournie en ligne ; inutile également d'aller affronter l'environnement bestial de la bibliothèque (cf. *infra*) pour photocopier lesdits articles, il suffit de cliquer sur le lien pour qu'un document « PDF » s'ouvre comme par magie. Reconnaissons néanmoins que tout ceci ôte une partie de son charme au travail de recherche (ah, le plaisir d'aller feuilleter une vieille édition du *Traité des obligations* de Pothier...).

Soumission et correction des travaux écrits s'échangent par e-mail avec l'enseignant concerné, quitte à convenir d'un rendez-vous dans son bureau pour une analyse plus profonde. Dans son bureau ?! Oui, oui, chaque enseignant a son propre bureau dans le bâtiment de la Faculté de Droit². Certes, moins beau que l'appartement Décanal, mais cet honneur n'est pas réservé au seul Président de l'Université.

Troisième étape : la vie culturelle à l'université

L'université reçoit régulièrement des personnalités et en informe (furtivement) ses étudiants en noyant l'information sous une montagne d'e-mails. Cuisse-de-Grenouille prenant rarement

¹ Assas a en effet conclu une convention bilatérale avec l'Université Nationale du Vietnam.

² Que l'on ne s'étonne pas de l'absence quasi totale de communication entre les

Professeurs et leurs étudiants à Assas, les courants d'air glacés de l'entrée du Grand amphithéâtre n'étant pas le lieu idéal pour des échanges académiques.

le temps de tous les lire, elle a manqué la conférence de Bill Clinton – dont les billets (à réserver sur Internet) étaient « *sold-out* » en moins de temps qu'il n'en faut pour le dire – ainsi que celle du dernier prix Nobel d'économie. Ayant compris la leçon, Cuisse-de-Grenouille, dès l'ouverture des inscriptions pour la visite du Dalaï-lama³, a rempli un formulaire afin d'obtenir le précieux sésame. Cruelle déception quelques heures plus tard : « votre demande n'a PAS obtenu de succès. Nous avons reçu plus de demandes que de places disponibles, et les billets ont été attribués par tirage au sort, sans succès pour vous ». Tétue, Cuisse-de-Grenouille demande néanmoins que lui soit indiqué le bâtiment dans lequel aura lieu cette conférence. Nouvel échec : « cette information n'est dévoilée à personne à l'heure actuelle ». Assurément peu conciliants, reconnaissent toutefois que les *British* ne lésinent pas sur leurs heures de travail : Cuisse-de-Grenouille a reçu une réponse à ses deux derniers e-mails dans les trois minutes, le tout entre 21h41 et 21h49. Somme toute, l'organisation minimaliste des « conférences d'actualité » de l'IEJ était plutôt satisfaisante : au moins, on pouvait y assister (quitte à être assise en tailleur sur les marches de l'amphi pour celle de Pierre Mazeaud) !

De même pour le « *LLM weekend* » annuel organisé par la faculté de Droit. Un premier e-mail a informé Cuisse-de-Grenouille que les réservations seraient ouvertes à partir de tel jour, et que le nombre de places étant limité, mieux valait réserver tôt. Le jour J à 18h, elle a été informée qu'aucune place n'était plus disponible. Ou comment faire cent cinquante déçus et cent heureux qui ont pu se promener dans le parc du château de Windsor et être hébergés dans un château du XVII^e siècle⁴.

Quatrième étape : la bibliothèque

Vaste sujet... Par où commencer ? Ouverte vingt-quatre heures sur vingt-quatre, sept jours sur

sept à partir de janvier ; prêt d'ordinateurs portables sur place ; superficie : cinq étages et un sous-sol. En revanche, niveau décoration, il faut reconnaître qu'elle est nettement moins belle que la nôtre ! Il semblerait surtout qu'elle souffre des mêmes maux : les manuels de cours sont toujours empruntés⁵, elle est très bruyante⁶, et les places sont chères, très chères⁷. Par ailleurs, l'ouverture en continu a ses revers : juste avant les examens, certains étudiants vivent littéralement sur place. De gros « poufs » sont posés un peu partout afin de pouvoir faire un petit somme, la machine à café se trouve à l'entrée de la bibliothèque, l'une des nombreuses cafétérias est juste à côté... Malgré les panneaux dissuasifs (« ne mangez pas sur place, cela attire les souris » [sic]), des bruits de mastication et des odeurs de *fast-food* indien viennent agrémenter l'espace commun. Aucun doute, notre bibliothèque d'Assas tant attendue l'emporte haut la main !

Cinquième étape : les examens

Les chiffres parlent d'eux-mêmes : LLM : cinq matières, deux mois de révisions ; Assas : sept matières, deux jours de révision. Poursuivons : il est très clairement affirmé⁸ qu'il est hors de question de réviser tous les thèmes abordés en cours : les questions des examens étant au choix du candidat, une formule mathématique savante révèle à Cuisse-de-Grenouille qu'elle peut se contenter de réviser huit séminaires sur un cours qui en comporte vingt ! Cela paraît tellement aberrant que Cuisse-de-Grenouille va évidemment réviser tous les séminaires, car vraiment, ça sent le piège cette histoire ! Le jour J, il s'avère que la soi-disant clémence des professeurs est effectivement un leurre : après que Cuisse-de-Grenouille a perdu un quart d'heure à lire et essayer de comprendre l'interminable énoncé de l'un des cas pratiques proposés, il n'est évidemment plus question de lire les cinq autres en vue choisir ses trois préférés, car l'heure tourne !

³ Programmée pour le matin même de son dernier examen, mais tant pis !

⁴ Où se sont tenues en 1936 les réunions entre le *Private Secretary* du Roi et le Premier Ministre Stanley Baldwin, qui ont finalement débouché sur l'abdication du Roi Edward VIII !

⁵ Censément pour une durée de trois jours, mais il faut croire que l'e-mail « la date d'expiration de l'emprunt de votre livre est arrivée » passe souvent à la trappe.

⁶ Les quelques rares « salles d'étude silencieuses », seules propices à un travail au calme, sont dépourvues de prises pour les ordinateurs (ce qui est très

dissuasif car, comme vous l'aurez compris, votre survie universitaire dépend de votre faculté à lire le bon e-mail au bon moment).

⁷ Tellelement chères qu'à l'approche des examens, un système de réservation de places par Internet est mis sur pied... au bénéfice de ceux qui ont le réflexe high-tech !

⁸ Parfois par les professeurs eux-mêmes, et de manière plus générale sur les présentations *Power Point* intitulées « conseils pour les examens » que l'étudiant qui a du temps à perdre peut trouver en ligne.

Quant aux modalités pratiques, le règlement des examens laisse pantois : « les trousse doivent être transparentes afin de permettre aux surveillants d'avoir une vision claire de leur contenu ». Snif, Cuisse-de-Grenouille va devoir abandonner sa ravissante trousse et la troquer contre un... sac de congélation (de là à lancer la dernière mode tout droit venue de Paris, il n'y a qu'un pas !). Mieux encore : « Les diplômes de notre université, aux yeux des autres universités et des employeurs, sont en partie fondés sur nos rigoureux standards académiques. Les examens peuvent contenir des questions qui vous surprennent. Ceci est intentionnel : les examinateurs veulent tester votre compréhension du sujet et votre aptitude à faire face à de nouveaux problèmes ». Et ainsi de suite pendant huit pages. À côté, le règlement des examens d'Assas a la sobriété du chic français comparé à l'exubérance de la mode anglaise : en douze articles, tout est dit.

Enfin, les examens ne sont pas l'occasion de faire du tourisme dans des régions attraitantes telles

le centre Charenton⁹, mais ont tout bêtement lieu dans l'université même. Pourtant, aucun enseignant ne prend la peine de se déplacer ; alors que, pour certains Assassins qui ont pour philosophie de ne jamais mettre les pieds en amphi (il paraît que ça existe), les partiels sont l'occasion de découvrir à quoi ressemble le Professeur. Quelques examens, toutefois, se déroulent dans les superbes locaux d'un bâtiment jouxtant *Westminster Abbey*¹⁰. Cependant, les heureux candidats qui devront plancher dans ce cadre historique se verront privés d'un quart d'heure d'examen, afin d'économiser à l'université le coût de la location de la salle pour une heure de plus. Étant donné le montant des frais de scolarités acquittés par les étudiants, la couleuvre a du mal à passer, surtout quand on l'apprend le jour de l'examen...

Bilan à la fin d'une année universitaire : a beau mentir qui vient de loin, ou le mythe de l'université étrangère¹¹. Il aura fallu s'éloigner un an pour se rendre compte de cette évidence : Assas, on t'aime !

⁹ C. Gleysteen, « A la conquête de l'espace au centre Charenton », *RDA* n° 3, févr. 2010, p. 35.

¹⁰ Qui a notamment accueilli la première réunion de l'Assemblée générale des Nations Unies en 1946.

¹¹ Pour paraphraser J. Carbonnier, « A beau mentir qui vient de loin, ou le mythe du législateur étranger », *Essais sur les lois*, 2^e éd., Paris, Defrénois, 1995, p. 227 s.

Grand Deux

Au tour du droit

Grand A

Droit sans frontières

Petit mélange des genres juridiques
sur une même thématique...

Les grandes distinctions en droit privé

Petit un

Droit commun
et droit spécial

p. 29

Petit deux

Acte juridique
et fait juridique

p. 47

Petit trois

Responsabilité civile et
responsabilité pénale

p. 52

Petit quatre

Responsabilité délictuelle et
responsabilité contractuelle

p. 60

Petit cinq

Contrat-échange,
contrat-organisation,
contrat coopération

p. 66

Petit six

Obligation de moyens
et obligation de résultat

p. 77

Petit sept

Obligation personnelle
et obligation réelle

p. 89

Grand B

Offre de droit

La RDA est-elle source
de droit...?

Faut-il réformer le droit des
institutions représentatives du
personnel ?

Petit un

Libres propos en guise
d'introduction

p. 95

Petit deux

Actualité d'une réforme...
pour demain

p. 98

Petit trois

Revoir un système
à bout de souffle

p. 103

Petit quatre

Pour qui ? Pour quoi ?
Pour quoi faire ?

p. 105

Petit un du Grand A : droit commun et droit spécial

Droit commun et droit spécial

Charlotte Goldie-Genicon

Professeur à l'Université de Nantes

1 ■ Le balancement entre le spécial et le général est, pour le juriste, un rouage éprouvé de son raisonnement¹ : véritable balise de la méthodologie juridique, l'opposition entre règles générales et règles spéciales fait presque figure de réflexe naturel. Partagée par de nombreuses disciplines juridiques, elle guide le cheminement intellectuel aussi sûrement qu'une boussole. La distinction est tellement familière au juriste qu'elle semble dictée par la nature des choses. N'use-t-on pas facilement, pour l'exposer, d'un vocabulaire emprunté à la description du règne animal ou végétal ? Il y aurait, en droit, des lois du genre et de l'espèce, comme on trouve, dans la nature, des caractéristiques propres à certaines espèces animales ou végétales, qui elles-mêmes, partagent les lois d'un genre plus vaste qui les contient. La métaphore, pour didactique qu'elle soit, ne doit cependant pas abuser. Il n'en va pas du droit comme de la

nature et les divisions juridiques les mieux établies contiennent toujours une part d'artifice en ce qu'elles sont une création de l'homme. La scission entre dispositions communes et dispositions spéciales n'y échappe pas. Elle n'a nullement pour ambition de décrire ce qui est – un illusoire ordre naturel dans lequel coexisteraient des caractéristiques communes et particulières – mais de participer à la construction d'un système juridique qui se veut harmonieux. C'est d'ailleurs parce que la division n'est qu'une œuvre de l'esprit qu'il est possible d'attacher aux règles communes des caractéristiques qu'on ne retrouve pas dans la nature : alors que, dans l'ordre naturel, la loi du genre, parce qu'elle rend compte de ce qui est, est nécessairement partagée par toutes les espèces qui en relèvent, la règle commune n'est, dans l'ordre juridique, pas obligatoirement appliquée à toutes les espèces du genre, car elle peut

¹ Sur la dialectique du spécial et du général, v. not. R. Gassin, « Lois spéciales et droit commun », D. 1961, chron., pp. 91 s. ; F. Pollaud-Dulian, « Du droit commun au droit spécial – et retour », in Aspects contractuels du droit des affaires, *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 925 s. ; J.-P. Chazal, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Études de droit de la consommation*, Liber amicorum Jean-Calais-Auloy, Paris, Dalloz, 2004, pp. 279 s. ; D. Mazeaud, « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux »,

in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations, Rérospectives et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil*, dir. G. Pignarre, Paris, Dalloz, 2005, pp. 73 s. ; B. Saintourens, *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, thèse Bordeaux I, 1986. Adde L. Leveneur, « Le Code civil, cadre normatif concurrent », in *Le Code civil, une leçon de légistique ?*, dir. B. Saintourens, Paris, Economica, 2006, pp. 123 s.

s'effacer devant une règle spéciale dérogatoire. C'est là tout le paradoxe des dispositions générales qui peuvent être écartées, sans cesser pour autant d'être communes, parce qu'elles ont une vocation subsidiaire à s'appliquer à tout le genre.

2. La permanence apparente de la division entre droit commun et droit spécial a sans doute contribué à la rendre si naturelle. Aristote la connaissait déjà; le droit romain distinguait le *jus commune* du *jus singulare* ou *jus proprium*, et l'Ancien droit, qui a reçu ces termes en héritage, a su y trouver un terreau fertile². Cette implantation ancienne ne doit cependant pas tromper. Sous des expressions convergentes se cachent des réalités différentes. Le terme droit commun est marqué d'une « ambiguïté »³ profonde, dont témoignent les différents visages qu'il a pu offrir au cours du temps. Si le *jus commune* romain plonge pour partie ses racines dans la pensée d'Aristote⁴, il désigne avant tout⁵ le *jus gentium*, un droit commun à tous les hommes, parce que fondé sur la raison commune et dicté par la nature. Il s'agit, en d'autres termes, d'un droit naturel, qui s'oppose au *jus civile* ou *jus singulare*, droit propre à chaque cité ou chaque peuple. C'est d'ailleurs en ce sens qu'il est reçu en France, au Moyen-Âge, lors de la redécouverte du droit romain. Le *jus commune*, qui est d'abord identifié au droit romain⁶ – un droit romain en réalité mâtiné de droit canonique –,

est perçu comme l'expression de la raison écrite, et se distingue des statuts et coutumes particuliers à certaines villes ou certaines provinces. Le façonnage de l'État nation trouve dans la notion, à compter du XVI^e siècle, un instrument d'unification politique: quittant progressivement les berges du droit romain, le droit commun devient coutumier. On tente d'extraire des coutumes un droit commun de la France, certaines coutumes, comme la coutume de Paris, « coutume princesse » par excellence⁷, étant proposées comme modèles dans cette entreprise unificatrice⁸. Le terme de droit commun n'a cependant pas perdu toute équivoque: s'il désigne, pour certains, le droit commun à un territoire, d'autres continuent de l'assimiler au droit romain.

L'unification réalisée par l'introduction du Code civil emporte un glissement de la notion. Toutes les règles, ou presque, étant communes à l'ensemble du territoire français, le droit commun doit muer pour survivre. Le référentiel choisi n'est plus le territoire, mais une matière, considérée comme servant de « matrice »⁹ à toutes les autres divisions du droit. Le concept de droit commun quitte « le territoire géographique pour se réfugier dans le territoire idéal »¹⁰ et le droit civil se voit attribuer le rôle de nouveau droit commun. Il sera lui-même par la suite débordé, certains auteurs partant en quête du droit commun au-delà du droit civil, dans la sphère des principes généraux du droit. L'ambiguïté de la notion atteint son comble si

² La distinction entre *jus commune* et *jus proprium* apparaît dans le *Digeste*, I, 1, 9 (Gaius 1 inst.). Mais c'est surtout la doctrine médiévale qui s'est saisie de la distinction entre *jus commune* et *jus singulare* pour lui donner toute son ampleur. V. P. Ourlac, J.-L. Gazzaniga, *Histoire du droit privé français de l'Antiquité au Code civil*, Albin Michel, 1985, pp. 138 s., J.-L. Thireau, « droit commun », in *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et S. Rials, Paris, PUF, 2003, p. 445.

³ J.-P. Chazal, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », art. préc., p. 281.

⁴ V. sur ce point M. Villey, « Deux conceptions du droit naturel dans l'Antiquité », *Revue historique de droit français et étranger*, 1953, pp. 475 s., spéc. pp. 484 s. Addé J. Ellul, *Histoire des institutions, L'Antiquité*, Paris, PUF, 1^{re} éd., « Quadrigé », 1999, pp. 168-169.

⁵ Il est vrai que la signification des termes est variable et qu'un même mot peut désigner des réalités différentes suivant les auteurs. V. not. P.-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e éd., 1929, rééd. Dalloz, 2003, pp. 2-3.

⁶ Notamment sous l'influence de Bartole. On assimile, de plus, les coutumes locales au *jus proprium*. V. B. Paradisi, « Notes critiques sur le problème du droit commun », *Rev. historique de droit français et étranger*, 1980, pp. 423 s. ; M.-F. Renoux-Zagamé, « La méthode du droit commun : réflexions sur la logique des droits non codifiés », *Rev. d'histoire des fac. de droit et de la science juridique*, 1990, pp. 133 s. ; du même auteur, « Le droit commun européen entre histoire et raison », *Droits*, 1991,

pp. 27 s., spéc. pp. 29 s. ; J.-L. Halpérin, « L'approche historique et la problématique du *jus commune* », *RIDC* 2000, pp. 717 s. ; J. Gaudemet, « Du *jus commune* au droit communautaire », in *Cles pour le siècle*, Paris, Dalloz, 2000, pp. 1011 s., spéc. n° 1136 s., pp. 1015 s.

⁷ P. Ourlac et J.-L. Gazzaniga, *op. cit.*, p. 161.

⁸ L'idée d'un droit commun coutumier se répand, à compter du XVI^e siècle, en réaction à la doctrine romainiste. Le mouvement n'est cependant pas homogène. Certains entendent trouver dans les différentes coutumes des principes communs. C'est le cas de Du Moulin (*Oratio de concordia et unione consuetudinum Francie*, Discours sur la concorde et l'union des coutumes de France, 1546) et de Coquille (*Institution au Droit des Francs*, 1595). D'autres auteurs proposent de prendre une coutume comme modèle, une faveur particulière étant accordée à la Coutume de Paris. Bourgeon en fait notamment le droit commun de la France (*Le droit commun de la France et la Coutume de Paris réduits en principes*, à partir du 1747). Sur cette question, v. J. Bart, *op. cit.*, p. 150-151 ; P. Ourlac et J.-L. Gazzaniga, *op. cit.*, pp. 160 s. ; J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, 1^{re} éd., 2002, n° 8, p. 7. Addé F. Olivier-Martin, « Les professeurs royaux de droit français et l'unification du droit civil français », in *Mélanges Sugiyama*, 1940, pp. 263 s.

⁹ J.-P. Chazal, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », art. préc., p. 284.

¹⁰ J.-P. Chazal, art. préc., p. 283.

I'on observe que l'ancienne conception du droit commun renaît, suivant un curieux mouvement de balancier, avec les perspectives d'harmonisation européenne. L'idée d'un *jus commune* transcendant les frontières est appelée au soutien des travaux d'unification et l'on redécouvre la fonction politique du droit commun, puissant ciment social.

3. Les multiples avatars de la notion de droit commun sèment le trouble. On ne peut certes nier le caractère fluctuant de la notion, mais cette ambiguïté vient, en réalité, d'une volonté d'embrasser trop large. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que la notion a un caractère relatif et que ce qui est commun au regard d'un secteur donné ne le sera pas au regard d'un autre. C'est cette relativité qui contribue à en obscurcir la définition, car la notion de droit commun n'a de sens que par rapport au référentiel choisi, qu'il s'agisse d'un territoire, d'une matière ou plus modestement d'un contrat particulier. C'est ainsi que l'on peut parler de droit commun de la vente, du bail, ou du cautionnement, alors même que les règles qui en relèvent sont spéciales si on les compare à d'autres règles de portée plus générale. Droit commun et droit spécial se répondent, chacun n'existant que par rapport à l'autre. Il faut par conséquent renoncer à définir le droit commun dans l'absolu – on ne peut notamment identifier, dans l'absolu, le droit civil au droit commun – et se contenter plus modestement de rechercher, au regard d'un référentiel donné, quelles sont les règles qui ont vocation à s'appliquer à toutes les espèces qui le composent.

4. Les fluctuations historiques de la notion de droit commun sont également riches d'un autre enseignement. Le droit commun a toujours été plus qu'un ensemble de règles générales s'opposant à d'autres règles au champ d'application plus réduit. Regardé comme l'ex-

pression de la raison écrite, il guidait, dans l'Ancien droit, l'interprétation des coutumes et statuts locaux: ceux qui prolongeaient le droit commun, étaient appelés à recevoir une large application; ceux qui s'en écartaient étaient, au contraire, voués à une interprétation restrictive – *odiosa restringenda*¹¹. Le droit commun ne se caractérise ainsi pas par sa seule généralité. René David l'avait parfaitement mis en lumière concernant la *Common law*¹². À l'origine droit produit par les Cours royales, commun à tout le royaume d'Angleterre, par opposition aux coutumes locales appliquées par les Cours de comté et les Cours seigneuriales, la *Common law* ne se distingue plus aujourd'hui par la seule généralité de son champ d'application. D'autres règles, comme les dispositions légales, la concurrencent sur ce terrain. Elle s'en démarque, en revanche, en ce qu'elle reste le droit normalement applicable, les dispositions législatives, qui ne constituent pas le mode normal d'élaboration du droit, étant l'objet d'une interprétation restrictive¹³. On ne doit toutefois pas se méprendre sur cette idée de normalité attachée au droit commun. Elle ne signifie pas que les règles spéciales doivent être tenues pour quantité négligeable, ni que les règles communes soient marquées du sceau de la perfection. Elle signifie simplement que, ces dispositions constituant la structure normale choisie pour régir la matière considérée, il doit y être fait retour dès qu'une règle particulière n'y fait pas exception. Le droit commun assure – ou du moins devrait assurer – une certaine cohésion au sein de la discipline dont il a la charge.

5. Les difficultés engendrées par la coexistence de règles communes et de règles spéciales sont nombreuses. On retiendra seulement, dans le cadre restreint de cette étude, celles engendrées par les concours de normes. Lorsqu'une règle spéciale et une

¹¹ Les coutumes locales dérogatoires sont, suivant les préceptes du Digeste, considérées comme « odieuses », car contraires à la raison, et donc soumises à une interprétation restrictive. Le *jus singulare* était en effet décrit par Paul comme introduit contre la raison pour la satisfaction de besoins particuliers (D. I, 3,16). V. P. Ourliac et J.-L. Gazzaniga, *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil*, op. cit., p. 139 et p. 162 ; J.-L. Thireau, « Droit commun », art préc., p. 446.

¹² R. David, « Droit commun et *common law* », art. préc., pp. 347 s.
¹³ R. David, « Droit commun et *common law* », art. préc., pp. 348 s. L'idée de *Common law* est en effet associée à l'idée de pouvoir judiciaire. Les dispositions législatives, pour y être intégrées, doivent être reprises en justice. C'est le produit de cette interprétation judiciaire qui sera absorbé par la *Common law*. Addé R. David et C. Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, op. cit., n° 268, p. 266 et n° 271, p. 268.

norme commune ont vocation concurrente à s'appliquer à une même situation de fait, doit-on admettre une option, voire un cumul entre les deux ? Faut-il, au contraire, faire primer la règle spéciale sur la règle générale ? La réponse à cette question semble devoir être trouvée dans un adage fameux: *specialia generalibus derogant*. On s'aperçoit, en réalité, à l'examen, que la signification véritable de l'adage manque de fermeté. Il est plus souvent invoqué qu'il n'est expliqué, et l'on est d'autant plus enclin à y trouver la clé de tout conflit que l'on se garde de dissiper le flou qui l'entoure, ce qui en autorise tous les usages. L'adage est d'ailleurs concurrencé par d'autres règles, comme le principe hiérarchique ou le principe chronologique qui contribuent à entretenir l'« indécision »¹⁴ à laquelle est livré notre système en la matière. Après avoir donné quelques illustrations du caractère chaotique de la jurisprudence concernant les concours de normes dû à l'absence de règle de conflit véritable, on tentera de proposer un remède à ce désordre. L'adage *specialia generalibus derogant* qui n'est aujourd'hui qu'un adage fantôme, sans réelle consistance juridique (I), pourrait en effet servir de point d'appui à l'élaboration d'une règle de conflit propre à gouverner la matière (II).

I. *Specialia generalibus derogant*, adage fantôme

6. L'adage *specialia generalibus derogant* – ce qui est spécial déroge à ce qui est général – a des origines anciennes. Il prend racine dans le droit canonique¹⁵. L'identification, au Moyen-Âge, du droit romain au *jus commune* et des lois, coutumes et statuts locaux au droit spécial, donne en effet naissance à des conflits d'un genre nouveau et favorise l'épanouissement de l'adage : les contrariétés entre le droit romain et les droits locaux sont surmontées grâce à son concours. Les lois, coutumes et sta-

tuts particuliers, lorsqu'ils sont contraires au droit commun, l'emportent au nom du principe selon lequel les dispositions spéciales dérogent aux dispositions générales ; en revanche, « l'aspect "odieux" ou "haineux" que leur confère ce caractère d'exception les vole à une interprétation restrictive »¹⁶.

L'adage a traversé les siècles pour être reçu avec faveur par un grand nombre d'auteurs, qui y trouvent la clé des conflits opposant normes communes et normes spéciales. L'adage *specialia generalibus derogant* est si étroitement associé à l'étude des concours opposant normes communes et normes spéciales qu'on doute rarement de sa valeur. La référence qui y est faite est presque instinctive et l'adage foisonne dans les écrits doctrinaux. Il séduit par sa concision, sa formulation latine, qui constituent à la fois un gage de son autorité et une dispense confortable de dissiper le flou qui l'entoure.

7. Pourtant, l'adage *specialia generalibus derogant* est loin d'avoir la vigueur que certains lui prêtent ; les juridictions semblent moins sensibles à ses attractions que la doctrine, et l'examen de la jurisprudence fait naître de sérieux doutes quant à sa valeur contraignante. Si on part en quête de décisions s'appuyant sur *specialia...*, on s'aperçoit bien vite que la moisson risque d'être maigre. L'adage est certes fréquemment invoqué par les plaideurs dans leur pourvoi et quelques rares arrêts de Cour d'appel y font référence dans leurs motifs¹⁷, mais la Cour de cassation reste, en revanche, réfractaire à tout emploi de *specialia generalibus derogant*. Elle se garde d'y faire la moindre référence dans les décisions qu'elle rend pour trancher les concours de normes, dans sa version latine comme dans sa transposition française. Ce mutisme n'a rien d'innocent : la Cour ne souhaite pas se lier par une quelconque règle de conflit qui gouvernerait les concours opposant normes

¹⁴ R. Libchaber, « Propos hésitants sur l'incertaine solution des conflits de normes », *RTD civ.* 1997, pp. 792 s., spéc. p. 794.

¹⁵ *Liber sextus Decretalium, De regulis juris*, XXXII.

¹⁶ J.-L. Thireau, « Droit commun », art. préc., p. 446. Dans le même sens, J. Gaudemet, « Du *jus commune* au droit communautaire », art. préc., n° 1133 s., pp. 1011 s., spéc. n° 1140, p. 1020.

¹⁷ Par ex. CA Paris 18 févr. 1860, *D.* 1960, jur., 285, note J. Larguier – CA Toulouse 24 mars 1992, objet d'un pourvoi n° 93-10.938 – CA Paris 29 mai 1992, 19^e ch., section B, n° RG 90/14148 – CA Paris 8 juin 2000, 2^e ch., section B, n° RG 1999/17130. V. sur cette question C. Goldie-Genicon, *op. cit.*, n° 355 s.

communes et normes spéciales. Elle souhaite garder la main en la matière pour pouvoir, selon ce qu'elle estime le plus opportun, écarter les dispositions communes ou au contraire les accueillir aux côtés des dispositions spéciales. L'adage *specialia...* n'a, en d'autres termes, aucune force contraignante, aucune valeur normative, pas même celle d'un principe général du droit. Il ne s'agit que d'une maxime, invoquée *a posteriori* par la doctrine pour éclairer certaines décisions, qui n'a d'autre autorité que celle de la tradition.

8. Cette absence de valeur contraignante a d'indéniables répercussions sur les solutions données par la jurisprudence aux concours de normes qui se présentent à elle. La Cour de cassation n'a aucun guide véritable en la matière, décidant tantôt de fermer l'option entre règles communes et règles spéciales, tantôt de l'ouvrir au plaideur, tantôt même d'adapter les dispositions communes pour y greffer certains éléments de la règle spéciale – comme un délai de prescription – sans que l'on parvienne à déceler les ressorts de telles divergences. Le désordre atteint son comble lorsque la Cour glisse, pour un même conflit, de l'ouverture à la fermeture de l'option, en gardant le silence sur les motifs de telles fluctuations. Le droit des contrats offre de nombreuses illustrations de cette jurisprudence chaotique¹⁸. On sait, par exemple, que la Cour de cassation refuse aujourd'hui à l'acheteur insatisfait toute option entre l'action en nullité pour erreur et l'action en garantie des vices cachés¹⁹. Cette solution, qui ne s'est pas fixée sans hésitations – la Cour a d'abord préféré appliquer le bref délai de l'article 1648 du code civil à l'action en nullité²⁰,

puis choisi de revenir temporairement à l'option entre les deux actions²¹, avant de refermer cette option dans son dernier état – paraît difficile à concilier avec les solutions apportées à d'autres conflits. Comment expliquer ainsi que l'option soit ouverte avec l'action en nullité pour dol²²? Comment expliquer surtout que la Cour accueille favorablement l'option entre l'action en garantie pour inexactitude des mentions dans l'acte de cession d'un fonds de commerce – article L. 141-3 du code de commerce – et les actions en nullité aussi bien pour dol que pour erreur²³? Il est pourtant dans les deux cas question d'un action en garantie assortie d'un délai contraignant (un an à compter de la prise de possession du fonds pour la cession de fonds de commerce) et on ne voit pas très bien pourquoi ce qui conduit à l'exclusion du droit commun dans un cas ne l'interdit pas dans l'autre.

L'absence d'harmonie de la jurisprudence est encore plus patente si on compare cette solution avec celle retenue en matière de crédit à la consommation. Alors que la jurisprudence considère que le respect de mentions obligatoires dans l'acte de cession du fonds de commerce n'épuise pas l'obligation d'information du cédant et qu'une action en nullité pour erreur ou dol pourrait être intentée dans le cas où le consentement du cessionnaire aurait été vicié concernant un élément ne figurant pas dans la liste des mentions requises²⁴, la Cour de cassation a, au contraire, décidé, que le respect du formalisme obligatoire imposé en matière de crédit à la consommation interdisait à l'emprunteur de se plaindre, sur le terrain du dol, d'un défaut d'information portant sur un élément non visé par l'énumération légale²⁵.

¹⁸ Pour un tableau plus complet des concours de normes en matière contractuelle v., C. Goldie-Genicon, *op. cit.*, n° 113 s.

¹⁹ Civ. 1^e, 14 mai 1996, *Bull. civ. I*, n° 213 ; D. 1997, somm. comm., 345, obs. O. Tournafond ; *JCP G* 1997, I, 4009, C. Radé ; *GAJ civ. t. 2*, n° 253-254. Dans le même sens, Civ. 3^e, 7 juin 2000, D. 2002, somm. comm., 1002, obs. O. Tournafond ; *Cont. conc. cosom.* 2000, somm. n° 159, obs. L. Levener.

²⁰ Civ. 1^e, 19 juil. 1960, *Bull. civ. I*, n° 408 ; *RTD civ.* 1961, 332, obs. J. Carbonnier ; Civ. 3^e, 11 févr. 1981, *Bull. civ. III*, n° 31 ; D. 1981, IR, 440, obs. C. Larroumet ; *JCP G* 1982, II, 19758, obs. J. Ghestin ; *RTD civ.* 1981, 651, note J.-L. Aubert.

²¹ Civ. 3^e, 18 mai 1988, *Bull. civ. III*, n° 96 ; D. 1989, somm. comm., 229, obs. J.-L. Aubert ; Civ. 1^e, 28 juin 1988, *Bull. civ. I*, n° 211.

²² Civ. 3^e, 29 nov. 2000, *Bull. civ. III*, n° 182 – 10 avr. 2002, n° 00-16.939

– 6 nov. 2002, *Bull. civ. I*, n° 260, *Contr. conc. cosom.*, 2003, comm. n° 38, obs. L. Levener.

²³ Pour l'action en nullité pour dol : Com. 5 juill. 1977, *RTD com.* 1977, 719, obs. J. Derruppé – Com. 27 juin 2000, *RTD com.* 2000, 849, obs. J. Derruppé – Com. 15 janv. 2002, *Bull. civ. IV*, n° 11 ; D. 2002, somm. comm., 2045, obs. V. Brémont ; *Defrénois* 2002, 1536, n° 7, obs. J. Honorat. *Adde pour l'action en nullité pour erreur* : Com. 18 juin 1996, D. 1998, jur. 305, note F. Jault-Seseke.

²⁴ Par ex. Com., 14 nov. 1995, *JCP G* 1997, II, 22818, note B. Boccaro – Com., 19 mai 1998, *JCP G* 1999, II, 10194, note A. Karm – Com., 5 juill. 2005, n° 01-17.130 – Com. 18 juin 1996, préc.

²⁵ Civ. 1^e, 14 juin 1989, *Bull. civ. I*, n° 240 ; D. 1989, somm. comm. 338, note J.-L. Aubert ; *RTD civ.* 1989, 742, obs. J. Mestre ; *JCP G* 1991, II, 21632, note G. Virassamy.

Les exemples pourraient être multipliés. Les solutions données aux concours de normes sont non seulement fluctuants, mais encore difficilement prévisibles. Ils témoignent surtout de ce que la Cour de cassation ne répugne pas, dans de nombreuses hypothèses, à accorder au plaigneur une option entre la règle générale et la règle spéciale en concours, contrairement à ce que semblerait dicter la lecture de l'adage *specialia generalibus derogant*. L'option est ainsi, par exemple, admise entre action entre action en nullité de la vente d'un animal atteint d'une maladie contagieuse et action en nullité pour vice du consentement; entre nullité du contrat de vente contre rente viagère pour décès du créditrentier dans les vingt jours et nullité pour défaut d'aléa; entre sanctions de la fausse déclaration des risques à l'assureur et nullité pour erreur ou dol du contrat d'assurance; entre sanctions des conventions réglementées non approuvées prévues par le droit des sociétés et nullité pour illicéité de la cause; entre action en nullité des actes de la période suspecte et action pauillienne²⁶... C'est donc que l'adage, tel du moins qu'il est compris par la majorité de la doctrine, est impuissant à refléter l'état du droit positif sur la question du concours de normes. Il n'existe aucune clé de lecture fiable en la matière, la Cour de cassation privilégiant, encore une fois, une résolution opportuniste des conflits en fonction des intérêts en présence.

Cela n'interdit pas de proposer l'élaboration d'une règle de conflit plus sûre qui s'appuierait sur une des lectures possibles de l'adage *specialia*... Car si le désordre règne en la matière, cela tient sans doute en partie à ce que la signification de l'adage n'est pas réellement fixée et tend à épouser les intérêts de ceux qui l'emploient: cet adage inconstant, à la valeur évanescante, se plie à la volonté de ses interprètes pour soutenir la solution qu'ils jugent opportune. Ce flou pourrait être dissipé et son sens précis dans une règle de conflit plus sûre. L'adage ne serait plus alors qu'un moyen de

désigner de manière concise, mais imparfaite, une règle plus nuancée au contenu plus dense.

II. *Specialia generalibus derogant*, point d'appui d'une règle de conflit

9. Le sens de l'adage *specialia generalibus derogant* reste nimbé d'un certain flou que ceux qui se prévalent de la règle se gardent de dissiper. Il est pourtant nécessaire, dans la perspective de la construction d'une règle de conflit inspirée de l'adage, de l'éclaircir.

10. Premières vues sur le jeu de l'adage *specialia generalibus derogant*. Cette ambiguïté dissipée, il reste à établir avec précision le sens de l'adage *specialia generalibus derogant*, c'est-à-dire à déterminer à quelles conditions et dans quelle mesure une règle spéciale évince une règle générale. On peut, dans une première approche, poser quelques jalons préalables concernant le jeu de l'adage *specialia generalibus derogant*.

Tout d'abord, l'adage ne peut recevoir application que pour trancher un concours opposant une norme spéciale à une norme générale. L'une des deux normes en conflit doit être dotée d'un degré de généralité inférieur à celui de l'autre norme. Le champ d'application de la disposition spéciale doit être inclus dans celui de la disposition générale. Plus précisément, la norme spéciale et la norme générale doivent entretenir un « rapport d'espèce à genre »²⁷, la disposition spéciale visant une ou plusieurs des espèces du genre régi par la disposition générale. Si on s'en tient, par exemple, au droit des contrats, l'adage aura vocation à jouer pour ré-soudre le concours opposant une règle commune à tous les contrats à une règle particulière à un ou plusieurs contrats, voire à une catégorie de contrats. Il pourra aussi recevoir application pour trancher le concours opposant une règle commune à une catégorie de contrats à une règle propre à un contrat relevant de cette catégorie.

²⁶ Pour une étude plus détaillée de ces hypothèses et d'autres cas d'option avec le droit commun, v. C. Goldie-Genicot, *op. cit.*, n° 177 s.; v. aussi n° 214 s. pour l'impuissance de l'adage à refléter l'état du droit positif

sur la question.

²⁷ R. Gassin, « Lois spéciales et droit commun », art. préc., n° 1.

Ensuite, la règle spéciale doit être dérogatoire, apporter une exception à la règle générale. Il faut en effet observer que toutes les dispositions spéciales ne dérogent pas au droit commun. Normes spéciales et normes communes n'entretiennent pas toujours des rapports conflictuels. C'est notamment le cas en droit des contrats, où certaines dispositions spéciales se bornent à compléter, voire à répéter les dispositions communes. Dans de nombreuses hypothèses, la règle spéciale n'est que le prolongement de la règle commune, soit qu'elle se contente d'en reproduire la substance, soit qu'elle apporte des précisions sur sa mise en œuvre dans un contrat particulier, soit qu'elle « caractéris[e] une opération déterminée à l'intérieur des options ouvertes par le droit commun »²⁸. La disposition spéciale remplit alors une fonction de complément de la disposition générale et il ne saurait être question de faire jouer l'adage *specialia generalibus derogant*. L'adage ne doit recevoir application qu'en cas de contradiction entre la règle commune et la règle spéciale.

Enfin, la règle spéciale ne l'emporte sur la règle générale que dans son strict domaine d'application. En dehors de la sphère de compétence de la norme spéciale, la norme générale retrouve son empire. L'adage *specialia generalibus derogant* doit en effet être compris en lien avec la maxime *exceptio est strictissimae interpretationis*: la règle spéciale dérogatoire, parce qu'elle est exorbitante du droit commun, qu'elle contredit une règle générale, présente un caractère exceptionnel et doit rester circonscrite « à l'intérieur des frontières que lui trace son libellé textuel »²⁹. L'exclusion du droit commun est donc bornée par le champ d'application de la disposition spéciale dérogatoire. La jurisprudence refuse ainsi d'étendre l'application de l'article 1978 du Code civil, qui fait

obstacle à la résolution du contrat de rente viagère pour défaut de paiement des arrérages de la rente par le débirentier, en dehors de l'hypothèse particulière visée par le texte³⁰: la nature dérogatoire de l'article interdit notamment son extension au bail à nourriture³¹, ou même au contrat de rente viagère, en cas de défaut de paiement de la partie du prix payable en capital³², ou encore dans l'hypothèse d'un retard de paiement dans les arrérages de la rente³³, car l'article 1978 du Code civil ne vise que le défaut de paiement des arrérages de la rente.

Ces remarques liminaires permettent de délimiter le périmètre du jeu de l'adage *specialia generalibus derogant*. Elles ne suffisent toutefois pas à en fixer pleinement le sens. L'examen des différentes significations possibles attachées à l'adage (A) nous conduira à proposer l'élaboration d'une règle de conflit inspirée de la conception la plus stricte de la règle, et reposant sur la notion d'antinomie (B).

A. Les différentes significations possibles attachées à l'adage *specialia generalibus derogant*

11. Différentes conceptions de l'adage *specialia generalibus derogant* sont susceptibles d'être retenues: une conception souple, qui fait de l'adage un instrument de lutte contre le contournement de la loi spéciale par la loi commune (1); une conception stricte, qui prend en considération l'objet des règles en concours (2)³⁴.

1. La conception souple de l'adage *specialia generalibus derogant*

12. Exposé de la conception souple. La conception souple de l'adage *specialia generalibus derogant* a les faveurs de la majorité des auteurs qui s'en prévalent, sans doute parce qu'elle s'avère la plus apte à justifier l'exclusion du droit commun. Dans son acception la plus extensive, l'adage a

²⁸ J. Huet, G. Decocq, C. Grimaldi, H. Lécuyer, J. Morel-Maroger, *Les principaux contrats spéciaux*, 3^e éd., LGDJ, 2012, n° 7.

²⁹ H. Roland, L. Boyer, *Adages du droit français*, 4^e éd., Paris, Litec, 1999, n° 418, p. 843.

³⁰ Civ. 1^e, 8 févr. 1960, *Bull. civ. I*, n° 85, qui souligne que cette disposition, strictement exceptionnelle, ne saurait être étendue en dehors du cas précis qu'elle prévoit.

³¹ Civ. 1^e, 8 févr. 1960, préc.

³² Civ. 3^e, 28 mai 1986, *Bull. civ. III*, n° 84.

³³ Civ. 3^e, 27 nov. 1991, n° 89-21.252 – Civ. 1^e, 4 janv. 1995, *Bull. civ. I*, n° 14.

³⁴ Il existe aussi une conception intermédiaire de l'adage défendue par Mme Bussy-Dunaud dans sa thèse (F. Bussy-Dunaud, *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties [l'étendue de la faculté de choix du plaigneur]*, n° 672 s., pp. 312 s.) qui consiste à distinguer selon que les actions en concours avaient pour objet les mêmes faits autrement qualifiés ou différents aspects d'un même situation de fait. Sur l'exposé de cette conception et sa critique, v. C. Goldie-Genicon, *op. cit.*

vocation à s'appliquer dès qu'une disposition spéciale entre en « concurrence directe »³⁵ avec une disposition d'un degré de généralité supérieur pour régir une même situation de fait. Le seul constat que le champ d'application d'une des normes est inclus dans celui de l'autre norme, et qu'elles ont vocation concurrente à dénouer une même situation, suffirait à emporter éviction de la norme générale. Autrement dit, pour prendre l'exemple du droit des contrats, le jeu de l'adage serait autorisé dès lors qu'une règle spéciale à un contrat ou à un groupe de contrats est en concours avec une règle commune à tous les contrats pour trancher un litige, auquel elle fournit une solution particulière. La règle commune n'aurait qu'une vocation subsidiaire à s'appliquer si aucune voie de droit spécifique ne réglemente l'obtention du résultat recherché. Cette présentation est toutefois imparfaite. La conception extensive suppose, semble-t-il, qu'une autre condition soit vérifiée: que la règle spéciale soit plus stricte que la règle générale; la réglementation spéciale doit subordonner à des conditions plus rigoureuses l'obtention d'un résultat équivalent à celui auquel conduit la réglementation générale, ou offrir un résultat moins favorable. En effet, l'idée sous-jacente qui gouverne la conception souple de l'adage est la préservation de l'utilité et de l'efficacité de la disposition spéciale: la règle commune ne doit pas être un instrument de contournement du régime instauré par la législation spéciale; elle ne doit pas être un moyen d'éviter l'application des dispositions spéciales. Ce système, pour séduisant qu'il soit, n'est pourtant pas à l'abri de toute critique.

13. Appréciation critique de la conception souple. La première critique qui peut être formulée à l'encontre de la conception souple de l'adage *specialia generalibus derogant* tient au caractère excessif des conséquences qu'elle peut entraîner, lors de la résolution des concours de normes. L'acception extensive de l'adage, déployée dans toute son ampleur, risque de se retourner contre ceux-là mêmes que la réglementation spéciale a pour objet de protéger. Il est en effet fréquent que le législa-

teur institue, par des dispositions spéciales, des mécanismes exorbitants du droit commun, destinés à protéger la partie présumée faible au contrat, mais qu'il assortisse le bénéfice de ces dispositions protectrices de strictes conditions. Les règles spéciales imposant, en diverses matières, un formalisme informatif, en sont une illustration marquante. La faveur accordée par le droit spécial est enserrée dans le rigoureux respect d'un délai de prescription plus bref que le délai de droit commun; ou encore elle ne peut s'épanouir au-delà de la liste limitative d'informations exigées par les dispositions spéciales. En cas de concours entre ces dispositions spéciales protectrices et des dispositions relevant du droit commun des contrats, la mise en œuvre de la conception extensive de l'adage conduit à l'éviction des règles communes. C'est précisément le raisonnement qui a conduit la Cour de cassation à refuser de sanctionner la réticence dolosive dont se prévalait un consommateur, au motif que les informations requises par le texte spécial au crédit à la consommation avaient été respectées³⁶. Il est pour le moins étrange qu'une réglementation instituée dans un but protecteur conduise à placer celui qu'elle entend protéger dans une situation moins favorable que celui qui échappe à son domaine de protection.

La jurisprudence n'est d'ailleurs pas restée insensible à ces conséquences perverses. La Cour de cassation se refuse, dans certains concours, à admettre l'éviction du droit commun à laquelle devrait pourtant conduire la compréhension souple de l'adage, n'hésitant pas, dans certains arrêts, à ouvrir l'option entre règles communes et règles spéciales, dans des hypothèses où la règle commune est pourtant sans conteste un instrument de contournement de la législation spéciale. Ainsi la jurisprudence considère-t-elle que les dispositions spéciales sanctionnant l'inexactitude ou l'omission des mentions requises dans l'acte de cession d'un fonds de commerce ne font pas obstacle à l'exercice d'une action en nullité pour erreur ou dol, alors même que le délai de prescription

³⁵ V. C. Radé, « L'autonomie de l'action en garantie des vices cachés (à propos de Cass. 1^{ère} civ., 14 mai 1996 Chavanne c/ Scté Lambert distribu-

tion) », *JCP G* 1997, I, 4009, n° 8 s.

³⁶ V. *supra*, n° 8.

prévu par la réglementation spéciale est plus rigoureux que le délai assortissant l'action en nullité pour vice du consentement. De même, la jurisprudence autorise-t-elle l'annulation, pour défaut de cause, du contrat de rente viagère, en cas de décès postérieur au délai de vingt jours prévu à l'article 1975 du Code civil.

14. Un recours critiquable à l'idée de fraude à la loi. La lecture souple de l'adage *specialia generalibus derogant* s'expose surtout à un autre reproche: elle se nourrit d'une conception exagérément extensive de la fraude à la loi. En effet, un des soubassements principaux de la compréhension souple de l'adage est la volonté de faire obstacle au contournement de la loi spéciale par la loi commune. Le risque que le droit commun soit utilisé pour tourner la réglementation spéciale est invoqué de façon récurrente à son soutien; la règle générale doit être évincée parce qu'elle porte atteinte à l'efficacité de la réglementation spéciale, qu'elle permet d'en éluder les dispositions. C'est bien l'idée de fraude qui perce sous ce raisonnement: l'invocation de la norme générale est regardée comme une manœuvre frauduleuse destinée à permettre au plaideur de se soustraire à l'application de la norme spéciale. Cette fraude aux dispositions de la loi spéciale doit être combattue en fermant toute option avec la norme commune. L'adage *fraus omnia corrumpt* pourrait par conséquent venir au soutien de la conception souple de l'adage *specialia generalibus derogant*.

Pourtant, cette idée de fraude qui traverse la conception souple de l'adage est contestable. Il y a fraude en effet, selon la définition qu'en retient M. Vidal, « *chaque fois que le sujet de droit parvient à se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire par l'emploi à dessein d'un moyen efficace, qui rend ce résultat inattaquable sur le terrain du droit positif* »³⁷.

Trois éléments caractérisent la fraude: une règle obligatoire³⁸, tout d'abord, qui s'impose au fraudeur; un élément matériel, ensuite, c'est-à-dire l'emploi de manœuvres, d'un procédé en lui-même licite et efficace – comme la modification de certains éléments de sa situation de fait – qui permet au fraudeur de se placer artificiellement hors du domaine d'application de la règle éludée³⁹; un élément intentionnel, enfin, à savoir l'intention du fraudeur de contourner la règle applicable⁴⁰. La fraude doit être distinguée de la simple habileté permise: le seul fait de chercher à échapper à la règle normalement applicable ne suffit pas à caractériser l'intention frauduleuse. Il n'est pas en soi condamnable de modifier sa situation de fait pour créer les conditions d'application d'une règle plus favorable. Il n'y a fraude que si le but du fraudeur est de se soustraire à la règle applicable, sans qu'il recherche, par ailleurs, « les conséquences plus essentielles normalement attachées »⁴¹ à la modification opérée, à la mise en œuvre du moyen employé.

On peine à déceler la réunion des trois éléments énoncés ci-dessus dans le fait pour un plaideur de se prévaloir d'une règle générale, lorsqu'elle est en concours avec une règle spéciale plus stricte. En premier lieu, le caractère impératif, obligatoire de la règle éludée ne s'impose pas avec évidence. La règle générale et la règle spéciale, lorsqu'elles viennent en concours « ont a priori la même vocation à être mises en œuvre »⁴². Pour que la règle spéciale soit considérée comme obligatoire, il faut, en amont, admettre que la règle générale n'est pas applicable et qu'aucune option n'existe entre les deux règles. Le recours à la fraude n'est d'aucun secours pour justifier cette éviction de la norme générale, puisqu'elle ne peut intervenir qu'une fois acquis le caractère impératif de la règle éludée.

³⁷ J. Vidal, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « *fraus omnia corrumpt* »*, thèse Toulouse, Dalloz, 1957, p. 208.

³⁸ J. Vidal, th. préc., pp. 63 s.

³⁹ J. Vidal, th. préc., pp. 148 s.

⁴⁰ J. Vidal, th. préc., pp. 110 s. Certains auteurs retiennent toutefois une conception objective de la fraude, dans laquelle l'intention d'éluder la règle applicable n'est pas de l'essence de la fraude (notamment J. Carbonnier, *Les obligations*, 22^e éd., PUF, 2000, n° 76, pp. 154-155,

et, dans le domaine du droit international privé, B. Audit, *La fraude à la loi*, Dalloz, 1974, *passim*, spé. la conclusion, n° 539, p. 435).

⁴¹ P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, 10^e éd., 2010, n° 269.

⁴² F. Bussy-Dunaud, *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties (L'étendue de la faculté de choix du plaideur)*, LGDJ, Paris, 1988, n° 609, p. 288.

C'est, en deuxième lieu, l'élément matériel de la fraude qui fait défaut. On peut douter que le simple fait pour une partie d'invoquer la règle de droit commun devant le juge soit constitutif d'un manœuvre frauduleuse. Le procédé manque singulièrement de consistance. Le plaideur ne se livre à aucun artifice, aucune manipulation de la situation de fait. On peut certes objecter que, dans l'hypothèse de la fraude au jugement en droit international privé, l'élément matériel réside dans la seule saisine d'un tribunal étranger dont la compétence est concurrente de celle des tribunaux français⁴³. Mais on franchit encore un degré dans l'évanescence de l'élément matériel avec la seule invocation de la règle générale: il n'y a en effet aucune dissociation entre le moyen employé et la règle de droit dont le plaideur entend bénéficier. La manœuvre se confond avec l'invocation de la règle de droit dont il recherche l'application, sans que la mise en œuvre d'aucun procédé ne puisse être relevée. De surcroît, l'efficacité de ladite « manœuvre » est douceuse. De deux choses l'une: soit une option est reconnue entre la règle générale et la règle spéciale, et dans ce cas la règle spéciale est dépourvue du caractère obligatoire nécessaire pour caractériser la fraude; soit il n'existe aucune option entre la règle générale et la règle spéciale, car cette dernière s'impose au demandeur, et l'invocation de la règle générale n'est pas un procédé efficace puisque le juge saisi assurera la primauté de la règle spéciale sur la règle générale. La théorie de la fraude est impuissante, dans les deux hypothèses, à justifier la mise à l'écart de la règle commune.

En troisième lieu, la démonstration de l'intention frauduleuse de celui qui se prévaut de la règle générale risque de s'avérer délicate. Un plaideur n'a pas nécessairement la volonté de se soustraire à une disposition spéciale plus rigoureuse en invoquant la règle commune concurrente. Il se peut qu'il n'ait pas connaissance de cette règle spéciale, ou qu'il n'ait pas le sentiment d'éviter une règle impérative parce qu'il croit qu'il est libre de choisir entre

la règle générale et la règle spéciale. Les nombreux revirements de jurisprudence relatifs aux concours de normes sont faits pour nourrir ce type de sentiment: lorsqu'une option a été accordée pendant plusieurs années entre deux règles et que la Cour de cassation décide brusquement de fermer cette option, la partie qui a, en toute bonne foi, invoqué le bénéfice de la norme générale plus favorable, alors qu'elle croyait l'option encore ouverte, peut difficilement se voir suspectée de fraude. On peut ajouter que, même si celui qui invoque la règle générale cherche à échapper à une disposition spéciale rigoureuse, comme par exemple à un bref délai de prescription, cette finalité n'est pas toujours l'unique but poursuivi. Pour caractériser l'intention frauduleuse, il faudrait prouver que le plaideur se prévaut du droit commun dans le dessein exclusif de se soustraire à l'application d'une disposition spéciale plus stricte, sans rechercher les autres conséquences juridiques attachées au résultat de son option, ce qui ne sera pas toujours le cas. En tout état de cause, la preuve de l'intention frauduleuse devrait être rapportée. Or il n'existera bien souvent d'autre indice que la seule invocation du bénéfice de la règle générale plus favorable. Cela ne saurait suffire à démontrer l'existence d'une intention frauduleuse, à moins de présumer que toute invocation d'une règle générale plus souple est révélatrice d'une intention frauduleuse.

On peut penser que le seul fait pour un plaideur de rechercher le bénéfice de la règle qui lui est la plus favorable ne relève pas du ressort de la fraude mais de la simple habileté permise. On ne saurait reprocher à une partie d'exploiter judicieusement, à son avantage, les ressources que lui offre le droit positif, de tirer avantageusement parti de la concurrence des règles applicables. On n'exige pas encore d'un contractant qu'il se prévale systématiquement de la règle qui est la plus favorable aux intérêts de son cocontractant. La fraude ne saurait donc servir de fondement à la compréhension souple de l'adage *specialia generalibus derogant*.

⁴³ V. sur ce point, L. Gannagé, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé, Étude de droit international privé de la famille*,

LGDJ, Paris, 2001, n° 296, p. 203. Adde B. Audit, *La fraude à la loi*, th. préc., *passim*, spéc. n° 34, p. 34 et n° 118 s., pp. 96 s.

15. Une méconnaissance de l'article 1107 du Code civil. Il est enfin une dernière critique, propre à la matière contractuelle, qui peut être adressée à la conception souple de l'adage *specialia generalibus derogant*: elle n'est pas en harmonie avec le texte de l'article 1107 du Code civil. Il affirme la vocation de principe des règles communes à s'appliquer à tous les contrats, même s'ils sont l'objet d'une réglementation spéciale. L'alinéa second introduit certes une réserve : les contrats nommés obéissent également à une réglementation particulière. Mais ces règles spéciales viennent, en principe, s'ajouter aux règles générales. Comme le relève avec justesse M. Serinet, « L'article 1107, pivot méconnu du Code civil, laisse bien entendre que les deux séries de règles, communes et particulières, se combinent plus qu'elles ne s'excluent »⁴⁴. Règles générales et règles spéciales œuvrent en principe de concert pour gouverner les contrats nommés. Il est réducteur de les dresser systématiquement les unes contre les autres.

La vocation de principe du droit commun à s'appliquer à tous les contrats, même pourvus d'une réglementation particulière, doit se traduire sur le terrain du concours de normes. *Le principe devrait être celui de l'option, voire du cumul, entre règles communes et règles spéciales. Le droit commun doit, tant qu'aucune disposition n'y fait obstacle, conserver son empire et chacun des contractants pouvoir librement choisir entre les règles que lui offre le droit commun et celles que lui offre le droit spécial, ou même requérir leur application conjointe.* C'est à cette liberté d'option qu'invitait le doyen Carbonnier lorsqu'il défendait la « sainte liberté ; la liberté du plaideur sur chacune des voies de droit qui lui sont ouvertes indistinctement »⁴⁵. Ce n'est qu'à titre exceptionnel, si une raison impérieuse le commande, que le droit commun pourra être écarté et toute option fermée entre règles communes et règles spéciales. Ainsi en sera-t-il, nous le verrons, si les règles en concours sont antinomiques.

En revanche, on peine à déceler la raison impérieuse qui commanderait l'exclusion du droit commun, lorsque les normes en concours ne sont pas contradictoires, mais constituent seulement deux voies de droit concurrentes pour parvenir à un résultat proche. La théorie de la fraude, nous l'avons vu, ne peut justifier la mise à l'écart des règles communes. L'intention du législateur d'évincer le droit commun dans la sphère de compétence de la réglementation spéciale ne peut être invoquée avec plus de succès. D'une part, le recours à l'intention du législateur est souvent un argument fragile au regard de la pluralité des sources du droit, et de l'évolution dans le temps de l'interprétation des textes en concours : il en va ainsi, par exemple, lorsqu'une des normes en concours est d'origine prétorienne. Le législateur qui édicte une disposition spéciale n'a pu prendre en considération la règle commune à laquelle elle déroge lorsque cette règle commune a été créée postérieurement par la jurisprudence. Inversement, c'est la règle spéciale dérogatoire qui peut être l'œuvre de la jurisprudence : le législateur n'a donc pu, dans ce cas, manifester sa volonté implicite d'évincer la norme commune antérieurement adoptée. Le concours de normes peut aussi apparaître à la faveur d'une interprétation nouvelle des normes en conflit. Si aucun concours n'existe au moment où les dispositions communes et les dispositions spéciales ont été adoptées et qu'il ne résulte que d'une interprétation extensive des textes en présence, peut-on encore soutenir que le législateur a implicitement manifesté sa volonté d'écartier les règles communes en édictant les règles spéciales ? D'autre part, la détermination de la volonté du législateur risque de s'avérer hasardeuse, dans des hypothèses où le concours de normes n'a, bien souvent, pas même été envisagé par les rédacteurs des textes en cause, parce que ces textes portent sur des objets distincts et n'entrent qu'accidentellement en concours. Celui qui se fait la voix du législateur, sera alors tenté de confondre sa volonté avec celle de ce dernier pour soutenir les solutions qu'il juge opportunes.

⁴⁴ Y.-M. Serinet, « Erreur et vice caché : variation sur le même thème... », *Le contrat au début du XX^e siècle, Études offertes à J. Ghestin*, LGDJ,

2001, pp. 789 s., spéc. n° 54, p. 814.

⁴⁵ J. Carbonnier, obs. sous Civ. 1^{re}, 19 juill. 1960, *RTD civ.* 1961, p. 333.

Reste la seule volonté de préserver l'efficacité de la règle spéciale: l'argument semble bien faible si on renonce à voir dans l'invocation de la norme commune une manœuvre frauduleuse et si on ne détecte aucun indice sérieux de la volonté du législateur d'écarte la règle commune. On ne peut indûment priver un des plaideurs des ressources que lui offre le droit positif et si l'état de ce droit n'est pas jugé opportun, il appartient au législateur d'y apporter les corrections nécessaires. Comme le soulignait le doyen Carbonnier, « Si, [en ouvrant au plaideur plusieurs voies de droit concurrentes], le législateur a agi délibérément que sa volonté soit faite. Si c'est par inadvertance, ce n'est pas un mal qu'un peu de désordre vienne dénoncer la surabondance des lois⁴⁶. En outre, l'atteinte portée à l'efficacité de la norme spéciale est souvent exagérée: l'inclusion du domaine d'application de la réglementation spéciale dans celui de la réglementation commune étant rarement totale, les normes spéciales conservent une sphère d'application exclusive dans laquelle elles peuvent déployer pleinement leurs effets. Surtout, même lorsque le périmètre dans lequel s'exerce la concurrence avec le droit commun absorbe la majeure partie du champ d'application de la réglementation spéciale, l'option ouverte avec les normes communes n'est pas nécessairement synonyme de désaffection systématique pour les normes spéciales. Il est rare, en effet, que ces dernières soient, en tous points, moins favorables au plaideur que les normes communes concurrentes. Les règles spéciales, en apparence, plus strictes, peuvent conserver certains attraits qui pousseront les parties à s'en prévaloir⁴⁷. La préservation de l'efficacité de la norme spéciale se fond, en réalité, dans de vagues considérations d'opportunité qui ne sauraient constituer un fondement suffisant à l'éviction du droit commun et qui peuvent toujours être retournées, tant ce qui est opportun pour l'un des contractants ne l'est, le plus souvent, pas pour l'autre. La

jurisprudence ne s'y trompe pas, qui n'hésite pas à délaisser la préservation de l'efficacité de la norme spéciale au profit de la défense d'autres intérêts si elle le juge préférable.

2. La conception stricte de l'*adage specialia generalibus derogant*

16. La conception stricte de l'*adage specialia generalibus derogant* est la plus favorable à l'application des dispositions communes. Elle n'autorise l'éviction des normes générales qu'à de strictes conditions. Il ne suffit pas, pour écarte une règle générale, de constater que le champ d'application de la règle spéciale avec laquelle elle entre en concours est inclus dans le sien, et que cette règle spéciale soumet à des conditions différentes l'obtention d'un résultat similaire ou conduit à un résultat divergent. Il faut encore s'assurer que les normes concurrentes portent sur un objet commun, autrement dit que la règle spéciale régit une fraction de l'objet de la règle générale⁴⁸. La règle spéciale ne déroge véritablement à la règle générale, dans la compréhension stricte de l'*adage*, que si elle est en contradiction avec la règle générale, si les deux normes sont incompatibles et il ne peut en être ainsi que si les normes en concours traitent du même objet.

À suivre cette lecture de l'*adage*, l'option – voire le cumul –, entre les dispositions spéciales et les dispositions communes doit, en principe, être accordée aux plaideurs. Ce n'est qu'à titre d'exception, si une incompatibilité est caractérisée entre une norme commune et une norme spéciale partageant un même objet, que la disposition commune pourra être évincée par la disposition spéciale. En d'autres termes, *l'adage ne doit jouer que lorsque les règles générales et les règles spéciales en concours sont antinomiques*. C'est précisément cette notion d'antinomie qui constitue le point d'ancrage de la règle de conflit proposée pour réssoudre les concours opposant les règles communes aux règles spéciales. Il convient, maintenant, d'examiner plus avant le contenu de cette règle de conflit.

⁴⁶ J. Carbonnier, obs. sous Civ. 1^{re}, 19 juill. 1960, *RTD. civ.* 1961, p. 333.

⁴⁷ En ce sens, Y.-M. Serinet, « Erreur et vice caché : variation sur le même thème... », art. préc., n° 62, p. 817, à propos du concours entre action

en nullité pour erreur et action en garantie des vices cachés.

⁴⁸ J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, op. cit., n° 107, p. 208.

B. L'élaboration d'une règle de conflit reposant sur la notion d'antinomie

17. Les développements qui précèdent nous ont permis d'exposer les raisons de notre préférence pour la lecture stricte de l'adage *specialia generalibus derogant*. Cette conception stricte repose sur la notion *d'antinomie* qu'il faut à présent approfondir (1). Cet examen nous permettra, après avoir mis en évidence l'articulation de la règle de conflit avec les critères chronologiques et hiérarchiques (2), d'envisager la mise en œuvre de la règle dans quelques cas particuliers (3).

1. La notion d'antinomie

18. La notion d'antinomie est intuitivement associée à l'idée de contradiction⁴⁹. Ch. Perelman a proposé de l'antinomie en droit la définition suivante : « existence d'une incompatibilité entre les directives relatives à un même objet »⁵⁰. Deux éléments en ressortent, qui correspondent aux « deux étapes que suppose [la] constatation »⁵¹ d'une antinomie : les deux normes en concours doivent, d'une part, porter sur le même objet ; les directives qu'elles posent doivent, d'autre part, être incompatibles⁵².

La condition d'identité d'objet appelle quelques observations : son examen doit être la première phase du raisonnement menant à la caractérisation d'une antinomie. Il ne saurait, en effet, exister de véritable contradiction qu'entre deux normes partageant le même objet, traitant de la même question juridique. Comme il l'a été souligné avec justesse, « [p]our pouvoir se combattre, il faut se trouver sur un même terrain »⁵³. Il n'y a aucune contradiction à régir distinctement des questions de

nature différente. L'objet d'une règle ne doit pas être confondu avec le résultat auquel elle tend, avec la fin qu'elle poursuit⁵⁴, comme par exemple l'annulation du contrat. La notion est plus étroite : l'objet est la question juridique traitée par la règle, le problème abstrait auquel elle fournit une réponse. Ainsi, une disposition qui traite de la nullité du contrat pour défaut de consentement n'a pas le même objet qu'une disposition qui traite de la nullité du contrat pour défaut de cause.

Une précision doit être apportée : il se peut que l'objet d'une des règles soit inclus dans celui de l'autre et, par conséquent, plus restreint. La condition d'identité d'objet doit, dès lors, être « assouplie »⁵⁵ : pour qu'une antinomie soit constatée, il faut que les normes en concours « à défaut d'avoir un objet identique, aient un *objet commun* »⁵⁶. En d'autres termes, elle doit offrir une « réponse à un problème (abstrait) qui est un cas particulier du problème (abstrait) résolu »⁵⁷ par la norme commune. Ainsi, une antinomie peut-elle être caractérisée entre l'article 1978 du Code civil, qui interdit au crédirentier de demander la résolution judiciaire du contrat de rente viagère pour défaut de paiement des arrérages et l'article 1184 du Code civil. Les deux textes ont en effet un objet commun : la résolution pour inexécution d'une obligation particulière. Ils sont, de surcroît, incompatibles, puisque l'un refuse la résolution pour inexécution tandis que l'autre l'organise. De même, l'article 1134, alinéa 2 du Code civil et l'article 2004 du même code, qui autorise le mandant à révoquer unilatéralement, quand bon lui semble, la procuration donnée au mandataire, sont-ils antinomiques : le premier interdit la résiliation unilatérale d'un contrat à

⁴⁹ Sur les différentes approches possibles de la notion d'antinomie, v. : *Les antinomies en droit*, Travaux du Centre national de recherches de logique, dir. C. Perelman, Bruxelles, 1965, spéc., l'art. de C. Huberlant, « Antinomie et recours aux principes généraux », pp. 204 s. ; sur ces deux conceptions de l'antinomie, v. également, L. Gannagé, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé*, Étude de droit international privé de la famille, th. préc., n° 123 s., pp. 81 s.

⁵⁰ C. Perelman, « Les antinomies en droit, Essai de synthèse », *Les antinomies en droit*, op. cit., pp. 392 s., spéc., p. 393.

⁵¹ L. Gannagé, th. préc., note 129, p. 82. Sur ces deux étapes, v. les obs. de J. Hauser, *RTD* civ. 1993, p. 814 : « La hiérarchie des normes n'a d'intérêt, à l'évidence, que si ces normes [...] ont le même objet et qu'elles sont totalement incompatibles ».

⁵² Pour une référence à l'incompatibilité des normes pour résoudre un

conflit entre une disposition spéciale et une disposition générale postérieure, v. *Com*. 5 juill. 1971, *D*. 1972, juv. 135, note C.-J. Berr et H. Groutel.

⁵³ G. Boland, « Quelques propos sur les antinomies et pseudo-antinomies en particulier en droit administratif », art. préc., p. 198.

⁵⁴ La notion est donc plus restreinte que celle d'objet du litige, utilisée en procédure civile, qui se définit comme « l'avantage auquel prétend une partie et que conteste l'autre ; ce qu'une partie demande et à quoi s'oppose son adversaire » (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V^e « *Objet* »), en d'autres termes, le résultat qui est recherché.

⁵⁵ L. Gannagé, th. préc., n° 125, p. 82.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ A. Jeammaud, *Des oppositions de normes en droit privé interne*, th. Lyon III, éd. de l'AGEL, 1975, n° 378, p. 674.

durée déterminée quand le second l'autorise. Les deux dispositions ont donc un objet commun – la révocation du contrat avant échéance du terme – et leurs directives sont incompatibles.

Vient, ensuite, la seconde étape du raisonnement: une fois la condition d'identité – ou plutôt de communauté – d'objet vérifiée, il faut s'assurer que les directives posées par les normes en concours sont incompatibles. L'incompatibilité entre deux règles est généralement définie comme l'impossibilité de se « conformer simultanément »⁵⁸ à deux règles appartenant au même système juridique, ou encore comme l'« impossibilité de les exécuter ou de les appliquer simultanément »⁵⁹. Ces définitions appellent quelques remarques. La référence à une application simultanée des normes en concours est ambiguë. Elle évoque la possibilité d'une mise en œuvre cumulative des dispositions concurrentes. Or, on s'interroge rarement sur la possibilité d'appliquer cumulativement les normes en conflit, mais plutôt sur la faculté d'accorder une option entre ces dispositions. Il peut donc sembler préférable d'assortir la définition d'une précision: *deux normes sont incompatibles lorsqu'il est impossible de les appliquer simultanément, que ce soit de manière cumulative ou alternative. L'application des deux règles doit se heurter à une impasse, conduire à un non-sens, même si une option est offerte entre elles.* L'option elle-même doit retirer tout leur sens aux règles en concours, parce qu'elle offre le choix entre deux régimes inconciliables applicables à un même objet. Il en sera ainsi non seulement lorsque l'une des normes est la négation de l'autre, son versant opposé, mais aussi lorsque les deux règles soumettent à un régime divergent une action, un acte ou un fait de même nature. On ne peut, par exemple, accorder, pour l'exercice d'une même action, le choix entre deux délais de prescription distincts, ni ouvrir une option entre une disposition interdi-

sant une action et une disposition l'accueillant.

On peut ajouter, pour conclure, que le caractère antinomique des normes en concours peut ne pas ressortir expressément de l'énoncé même de ces textes, mais résulter de l'interprétation donnée à ces textes par la jurisprudence: une antinomie « *suppos[e] toujours une incompatibilité entre des textes interprétés* »⁶⁰, si bien qu'elle peut apparaître ou disparaître au gré de l'interprétation que leur attache la jurisprudence.

2. L'articulation de la règle de conflit envisagée avec les règles de conflit concurrentes

19. La règle de conflit envisagée pour résoudre les concours opposant les règles communes à tous les contrats aux règles spéciales à certains contrats est susceptible d'entrer en concurrence avec d'autres règles de conflit.

20. L'articulation de la règle de conflit avec le critère hiérarchique. Le critère hiérarchique prend en compte le rang attaché à chacune des normes en concours dans l'ordonnancement juridique, ce rang étant fonction de l'organe ayant édicté chaque norme. Il commande de faire primer les normes de rang supérieur sur les normes de rang inférieur dans la hiérarchie des normes. L'articulation de la règle de conflit proposée avec le critère hiérarchique ne suscite de réelles difficultés que lorsque le concours oppose une norme commune de rang supérieur à une norme spéciale hiérarchiquement inférieure (dans l'hypothèse inverse, les deux critères commandent le même résultat: faire primer la norme spéciale). Le critère hiérarchique et le critère de spécialité sont en effet alors en opposition: le premier invite à faire primer la norme commune, hiérarchiquement supérieure, sur la norme spéciale; le second commande, au contraire, l'éviction de la norme commune par la norme spéciale. Comment résoudre cette contradiction? Il faut sans doute, dans cette hypothèse, faire prévaloir le critère hiérarchique. Les normes en concours émanent

⁵⁸ C. Perelman, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, 2^e éd., Dalloz 1979, n° 27.

⁵⁹ G. Boland, « Quelques propos sur les antinomies et pseudo-antinomies en particulier en droit administratif », art. préc., p. 185.

⁶⁰ C. Perelman, « Les antinomies en droit, Essai de synthèse », *Les antinomies en droit*, op. cit., p. 402. Adde A. Jeammaud, th. préc., n° 208, p. 454.

en effet de sources distinctes, dont l'une est subordonnée à l'autre. Aucune dérogation ne peut être apportée à la norme édictée par l'organe hiérarchiquement supérieur, si ce n'est par un organe de même autorité, ou d'une autorité supérieure. *La source de rang le plus élevé doit conserver la maîtrise des dérogations apportées aux dispositions qu'elle adopte.* Concernant en particulier le droit communautaire, le législateur national a délégué une part de sa souveraineté aux institutions communautaires. Dans les domaines où ces dernières sont intervenues, il ne peut donc, serait-ce par une disposition spéciale, contredire la volonté qu'elles ont exprimée. La règle de conflit inspirée de l'adage *specialia generalibus derogant* trouve donc « ses limites lorsque les dispositions générales sont portées par une source formellement supérieure [...] »⁶¹. Mais, il faut garder à l'esprit, comme le souligne L. Gannagé, que « cette primauté formelle ne suffit pas, à elle seule, à écarter l'application des règles spéciales »⁶², la hiérarchie des normes n'ayant « vocation à déployer ses effets qu'en présence d'une antinomie entre les règles »⁶³ en concours. Si une antinomie est caractérisée entre les deux normes, autrement dit si elles portent sur un objet commun et sont incompatibles, la règle spéciale, hiérarchiquement inférieure, doit flétrir devant la règle générale de rang supérieur. En revanche, si aucune antinomie n'est caractérisée entre elles, rien ne fait obstacle à leur application alternative, voire cumulative.

Une réserve peut toutefois être apportée : le législateur communautaire peut lui-même accorder une certaine marge de liberté au législateur national et autoriser qu'il conserve ou apporte des dérogations limitées aux dispositions communautaires dans des secteurs particuliers⁶⁴. Mais il n'y a alors pas antinomie entre la règle communautaire, qui accueille par avance la dérogation, et la règle spéciale interne.

La résolution de ce type de concours invite à former une dernière remarque : si un Code européen des contrats venait à voir le jour, les institutions communautaires ne pourraient se dispenser d'une analyse approfondie de l'articulation des règles communes envisagées avec les règles spéciales à certains contrats, et notamment avec les règles spéciales internes. Le risque serait en effet que certaines des dispositions internes, propres à certains contrats, soient évincées, en application du critère hiérarchique, comme contraires aux dispositions communes communautaires. Certains contrats se verrraient donc privés de leur régime spécial. Le législateur communautaire n'aurait d'autre alternative que d'autoriser le législateur interne à apporter des dérogations limitées aux règles qu'il adopte, ou d'édicter lui-même un corps de règles applicable aux contrats spéciaux. Il semble, par conséquent, difficile d'oeuvrer à la construction d'un droit commun européen des contrats sans avoir égard aux règles spéciales applicables à certains contrats. La tâche, si elle était entreprise, ne pourrait se cantonner au seul droit commun et devrait s'accompagner d'une refonte du droit spécial des contrats.

21. L'articulation de la règle de conflit avec le critère chronologique. Le critère chronologique prend en considération la date d'édition des normes en concours et commande de faire prévaloir la règle la plus récente sur la règle la plus ancienne, en application de l'adage *Lex posterior derogat priori*. Son application n'a toutefois rien de systématique. La règle de conflit reçoit quelques aménagements lorsqu'elle tranche le concours opposant une norme spéciale à une norme générale. Deux situations sont distinguées : lorsque la loi spéciale dérogatoire est postérieure à la loi générale, il y aurait abrogation partielle de la loi générale dans le champ d'application de la loi spéciale ; lorsque, à l'inverse, la loi spéciale est antérieure à la loi générale, le critère chronologique s'efface

⁶¹ L. Gannagé, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Étude de droit international privé de la famille*, th. préc., n° 328, p. 233.

⁶² L. Gannagé, th. préc., *loc. cit.*

⁶³ L. Gannagé, th. préc., *loc. cit.*

⁶⁴ V. par exemple la directive du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité des produits défectueux qui accorde expressément aux États membres la possibilité de conserver un régime spécial de responsabilité existant dans le secteur des produits pharmaceutiques (considérant n° 13 et art. 13).

devant l'application de l'adage *generalia specialibus non derogant*. La loi spéciale survit à l'édiction de la loi générale nouvelle, sauf si l'intention du législateur de faire table rase des dispositions spéciales anciennes est caractérisée. Le critère chronologique « recoupe » ainsi « largement le critère de spécialité »⁶⁵. Son utilité a, par conséquent, pu être mise en doute. L'étude de l'articulation de la règle de conflit proposée avec le critère chronologique vient conforter ce constat. Il faut, pour s'en convaincre, envisager successivement les deux types de concours rencontrés.

La première hypothèse est celle qui met aux prises une disposition générale antérieure et une disposition spéciale postérieure. Le critère chronologique se confond alors avec la règle de conflit proposée : les directives données par les deux règles sont identiques. Toutes deux assurent la primauté de la même norme, à un double titre : à la fois parce qu'elle est spéciale et parce qu'elle est la plus récente. L'éviction de la norme générale ancienne ne s'impose toutefois que si les normes en concours sont antinomiques. À défaut, l'application alternative ou cumulative de ces dernières doit être autorisée. La prise en compte de la date d'édiction des normes en concours n'est donc, dans cette hypothèse, d'aucune utilité. L'intervention du critère chronologique vient même inopportunément troubler la résolution du concours en introduisant l'idée contestable d'abrogation partielle tacite de la loi ancienne par la loi nouvelle. Il est plus juste de considérer que les normes en concours restent en vigueur, mais que la norme spéciale postérieure évincé la norme commune antérieure dans son domaine d'application.

La seconde hypothèse met en concurrence une règle spéciale antérieure et une règle générale postérieure. Les directives portées par le critère chronologique et la règle de conflit proposée paraissent ici contradictoires : le premier invite en effet à faire prévaloir la règle générale, plus récente, sur la règle spéciale plus ancienne ; la seconde, au contraire, commande l'éviction de la règle générale nouvelle par la

règle spéciale dans le champ d'application de cette dernière. Les solutions dictées par les deux règles de conflit ne coïncident plus, raison pour laquelle la doctrine appelle à mettre à l'écart le critère chronologique dans cette hypothèse pour assurer la survie de la loi spéciale, sauf intention contraire exprimée par le législateur. En réalité, l'opposition entre les deux règles n'est pas aussi tranchée qu'il n'y paraît au premier abord. Le désordre naît de la confusion entre deux étapes dans le raisonnement. Il faut en effet prendre garde de ne pas mêler deux questions distinctes : le législateur a-t-il entendu abroger la loi ancienne en édictant la loi nouvelle ? Et, dans l'hypothèse où il n'y aurait pas abrogation de la loi ancienne, comment résoudre le concours opposant la règle spéciale à la règle générale ? Il faut en effet rappeler que la question de la résolution d'un concours de normes ne peut se poser que si les normes en concours sont en vigueur. L'abrogation d'une des normes par l'autre fait obstacle à la naissance du concours puisque les deux normes n'ont jamais simultanément appartenu au droit positif. De surcroît, le débat, construit uniquement sur le terrain de l'abrogation tacite de la loi ancienne, reste tronqué. Il ne suffit pas de soutenir que la loi générale nouvelle n'emporte pas, en principe, abrogation de la loi spéciale ancienne. Il reste encore à déterminer, une fois la survie de la loi spéciale acquise, comment trancher le concours opposant les deux normes. C'est précisément le rôle de la règle de conflit proposée.

Lorsqu'un concours oppose deux normes successives, deux étapes dans le raisonnement doivent par conséquent être respectées. Il faut, en premier lieu, déterminer si le législateur a entendu abroger la loi ancienne en édictant la loi nouvelle. Cette volonté peut être expresse. Elle pourrait aussi être tacite, mais la seule existence d'une antinomie entre la norme spéciale et la norme générale ne suffit pas à établir une telle volonté. Si l'abrogation de la loi ancienne par la loi nouvelle est acquise, il n'existe plus de concours à trancher puisqu'une seule des

⁶⁵ F. Bussy-Dunaud, th. préc., n° 591, p. 280.

dispositions reste en vigueur. L'absence d'abrogation de la loi ancienne par la loi nouvelle autorise, en revanche, l'éclosion du concours. On glisse alors vers le second temps du raisonnement. La mise en œuvre de la règle de conflit proposée doit, en second lieu, être envisagée. Si la norme spéciale et la norme commune sont antinomiques, la première doit évincer la seconde dans son seul champ d'application. Si les deux normes ne sont pas antinomiques, parce qu'elles portent sur des objets distincts ou qu'il n'existe pas d'incompatibilité entre leurs directives, une option – voire un cumul – doit être préservée entre les deux normes. *Le jeu de la règle de conflit proposée n'est donc nullement perturbé par le caractère successif des normes en concours. Elle conserve vocation à s'appliquer, de la même manière que si les normes étaient concomitantes, sous la seule réserve que le concours existe bien, et donc qu'une abrogation (même partielle) de la loi ancienne par la loi nouvelle n'ait pas fait obstacle à la naissance du concours*⁶⁶.

3. La mise en œuvre de la règle dans quelques cas particuliers

22. Le temps est maintenant venu d'envisager sa mise en œuvre concrète : on se cantonnera à quelques illustrations succinctes⁶⁷.

Pour ce qui concerne, d'abord, le concours entre l'action en garantie des vices cachés et la nullité pour erreur, la règle de conflit conduirait à accorder une option à l'acheteur insatisfait, au rebours de ce que décide la Cour de cassation. Il n'existe en effet aucune antinomie entre l'article 1110 et les articles 1641 et suivants du Code civil, les textes en concours ne partageant pas le même objet. L'article 1110 a pour objet la protection de l'intégrité du consentement de l'errans, tandis que les articles 1641 et suivants ont pour objet la sanction de la défectuosité de

la chose. L'erreur peut certes prendre sa source dans l'ignorance de cette défectuosité mais ne se confond pas avec elle. Les deux actions se saisissent par conséquent de questions distinctes : intégrité du consentement dans un cas ; aptitude de la chose à remplir son usage normal dans l'autre. La garantie des vices cachés se désintéresse de la qualité du consentement émise lors de la conclusion du contrat (seul le moment de la réception importe). La meilleure preuve en est qu'un vice peut exister sans qu'aucune erreur n'affecte le consentement de l'acheteur (choses à fabriquer, choses de genre). Une option doit par conséquent être octroyée entre les deux actions⁶⁸.

C'est à la même conclusion que doit aboutir l'examen du concours entre l'action en garantie pour inexactitude des mentions dans l'acte de cession d'un fonds de commerce et les actions en nullité pour erreur ou dol lorsqu'une des mentions requises était fausse. Il n'existe, là encore aucune antinomie entre les normes en concours : l'article L. 141-3 du code de commerce sanctionne le caractère erroné des mentions en tant que tel, indépendamment de la caractérisation de tout vice du consentement. Peu importe que l'acquéreur ait pu obtenir, par une autre voie, des informations sur le fonds cédé ou que l'information n'ait pas été déterminante de son consentement. L'article L. 141-3 du code de commerce et les articles 1110 et 1116 du code civil évoluent donc sur des terrains distincts : aucune antinomie ne peut être caractérisée et le cessionnaire victime doit bénéficier d'une option entre règles communes et règles spéciales⁶⁹.

Ce concours de normes soulève une autre question : les articles L. 141-1 et suivants du code de commerce font-ils obstacle à l'exercice d'une action en nullité pour vice du consentement lorsque les mentions prescrites ont été

⁶⁶ Pour une formulation possible de la règle de conflit en matière contractuelle, v. C. Goldie-Genicon, th. préc., n° 402 : « *Les contrats, lorsqu'ils sont soumis à des règles particulières, demeurent soumis aux règles communes gouvernant les contrats, pourvu qu'il n'y ait pas d'antinomie entre ces règles communes et ces règles particulières.*

En cas d'antinomie entre une ou plusieurs de ces règles communes et une ou plusieurs des règles particulières à un contrat, de même rang, la ou les règles particulières évincent la ou les règles communes, dans le seul champ d'application des règles particulières.

L'antinomie est caractérisée par l'existence d'une incompatibilité entre les

directives de deux règles relatives à un même objet ».

⁶⁷ Pour un exposé plus complet en matière contractuelle des résultats à donner aux différents concours de normes, v. C. Goldie-Genicon, th. préc., n° 403 s.

⁶⁸ La même conclusion s'impose bien sûr pour le concours entre action en garantie et action en nullité pour dol.

⁶⁹ La conclusion est en revanche différente pour le concours avec l'action en nullité pour omission des mentions dans l'acte de cession du fonds de commerce (L. 141-1 c. com.).

respectées et que le consentement de l'acquéreur a été vicié sur un point étranger à la liste de ces énonciations ? On rejoint là une question récurrente en matière de formalisme informatif: tout dépend du point de savoir si le législateur a entendu borner l'obligation d'information, s'il a voulu conférer à l'obligation spéciale d'information un caractère exclusif et évincer l'obligation générale d'information. Si tel est le cas, certains vices du consentement, qui reposent sur la violation d'une obligation d'information, ne pourront être caractérisés, dès lors que l'obligation spéciale d'information aura été respectée: on songe bien sûr à la réticence dolosive, mais aussi, dans une moindre mesure, à l'erreur, qui pourrait être écartée en raison de son caractère inexcusable. En revanche subsisteraient les actions en nullité pour violence ou manœuvres dolosives, étrangères à l'existence d'une obligation d'information. En d'autres termes, c'est d'une contradiction entre une obligation spéciale d'information limitative et l'obligation générale d'information qu'une antinomie pourrait éventuellement naître. Pour ce qui concerne la cession de fonds de commerce, tout porte à croire que l'obligation générale d'information survit au-delà de la liste des mentions de l'article L. 141-1 du code de commerce, le législateur ayant voulu assurer la protection du consommateur à une époque où l'obligation d'information n'avait pas l'ampleur qu'on lui connaît aujourd'hui. Les actions en nullité pour erreur ou dol, et notamment réticence dolosive, doivent donc être accueillies.

Une solution identique devrait être retenue dans l'hypothèse du concours entre les dispositions relatives à l'offre préalable de crédit à la

consommation et les articles 1109 et suivants du code civil. Là encore, les articles L. 311-10 et suivants du code de la consommation sanctionnent, par la déchéance du droit aux intérêts, le non-respect de mentions obligatoires indépendamment de son incidence sur l'intégrité du consentement du consommateur. Les dispositions en concours ont donc des objets distincts: violation d'une obligation d'information d'un côté, atteinte à l'intégrité du consentement de l'autre. Et là encore, on devrait décider, contrairement à ce que juge la Cour de cassation, que le respect des mentions requises n'épuise pas l'obligation d'information du cocontractant et n'interdit pas l'exercice d'une éventuelle action en nullité pour réticence dolosive en cas de silence gardé sur un élément non visé dans la liste. Les dispositions consuméristes ont pour finalité la protection du consommateur et il serait regrettable qu'elles se retournent contre lui pour préserver le mythe d'un législateur infailible. Ce ne serait pas faire insulte au législateur que de reconnaître qu'il ne peut tout prévoir et de réserver au consommateur les secours du droit commun pour gommer les failles éventuelles des règles consuméristes.

Les exemples pourraient être encore longuement déclinés. Ils témoignent surtout de ce que l'invocation de l'adage *speciala generalibus derogant* ne commande pas la mise à l'écart systématique des dispositions communes. Bien au contraire, c'est l'application de principe des dispositions communes aux côtés des dispositions spéciales, et donc l'option entre les normes en concours, qui doit, le plus souvent, être privilégiée.

Petit deux du Grand A : acte juridique et fait juridique

La distinction entre l'acte et le fait juridique¹

Cyril Grimaldi

Professeur à l'Université Paris 13

1 ■ La distinction de l'acte et du fait juridique dans le Code civil: introuvable mais en suspension. La distinction entre l'acte et le fait juridique trouve généralement place dans la classification des sources de l'obligation² – ou, plus exactement, dans celle des faits générateurs de l'obligation³ –, encore que l'acte et le fait produisent plus largement des effets de droit. La recherche d'un critère de distinction entre l'acte et le fait a suscité de nombreuses discussions en doctrine et conduit ainsi à l'élaboration de plusieurs propositions⁴. Il reste que l'entreprise est délicate, essentiellement parce que la « notion d'acte juridique est née et a été utilisée avant que, sur le plan scientifique et *a fortiori* sur le plan législatif, une analyse fondamentale en ait été faite »⁵. Et pour-

tant, comme l'avait relevé Bonnecase, malgré son silence, « le Code civil renferme une réglementation d'ensemble de l'acte juridique et du fait juridique dominant le droit des obligations »⁶.

2. Points communs entre les différentes propositions doctrinales. Les différents critères de distinction proposés en doctrine se rejoignent sur deux points.

En premier lieu, on s'accorde sur ce que la catégorie des faits juridiques constitue une catégorie résiduelle, de sorte que ce qui n'est pas un acte est un fait⁷.

En second lieu, on recherche un critère de distinction dans le *lien entre la volonté et les effets de droit* produits, les propositions se séparant sur

¹ Nous tenons à remercier l'équipe de la *Revue de droit d'Assas* de nous avoir proposé d'écrire sur la distinction entre l'acte et le fait juridique, distinction qui nous avait retenu dans notre thèse, *Quasi-engagement et engagement en droit privé [Recherches sur les sources de l'obligation]*, Defrénois, 2007. Que l'on ne s'étonne pas de retrouver par moment ici, des propos proches de ceux déjà tenus là.

² Au vrai, il ne s'agit pas de la *summa divisio*, qui réside dans la distinction entre les *faits de l'homme* et les *faits de la nature*. Et ce n'est qu'au sein des faits de l'homme que l'on est amené à distinguer les actes des faits juridiques (V. *Quasi-engagement et engagement [Recherches sur les sources de l'obligation]*, préf. Y. Lequette, Defrénois, 2007, n° 63 s.).

³ V. *infra*, n° 4.

⁴ V. *infra*, n° 2.

⁵ J. Hauser, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, LGDJ, 1969, n° 17.

⁶ J. Bonnecase, *Supplément au traité théorique et pratique de droit civil de Baudry-Lacantinierie*, Sirey, n° 350.

⁷ À moins de considérer, comme Rouast, que « si on analyse les choses de près, on voit que ce qu'on appelle un acte juridique n'est qu'un fait juridique comme un autre : le contrat est un événement, un fait auquel le législateur attache des effets obligatoires » (M. Rouast, *Les obligations dont la source n'est ni le contrat ni la faute*, Les Cours du droit, 1934-1935, p. 25).

l'importance de ce lien. Suivant une première conception – la moins exigeante –, retenue par la majorité des auteurs, toute manifestation de volonté en vue de produire des effets de droit est un acte juridique. Selon une deuxième conception – la plus exigeante –, seule une manifestation de volonté organisant spécialement des effets de droit est un acte juridique⁸. Une troisième conception – intermédiaire –, dégagée par Martin de La Moutte, voit un acte juridique « toutes les fois que l'intention de réaliser les effets de droit est absolument indispensable et nécessaire à la production de ces effets » et un fait juridique « lorsque les résultats produits interviennent sans qu'il soit nécessaire que le déclarant ait eu la volonté de les voir se réaliser »⁹. Finalement, on voit bien en quoi toutes ces thèses prennent appui sur le lien entre la volonté et les effets de droit, dans une démarche subjectiviste : *effets simplement voulus, effets voulus et organisés, ou effets nécessairement voulus.*

3. La vanité de la recherche d'un lien entre la volonté et l'effet de droit. L'ensemble de ces propositions cherche le *lien entre la volonté et l'effet de droit*, ce qui rend la tâche particulièrement difficile, sinon impossible. En effet, c'est un lieu commun de souligner aujourd'hui l'affaiblissement du rôle de la volonté dans les actes juridiques, spécialement en raison de l'interventionnisme étatique : « le rôle de la volonté s'est amenuisé et le lien entre elle et les effets produits s'est distendu »¹⁰. De nos jours, si les parties restent évidemment libres de s'accorder sur une opération économique donnée – vendre, louer, prêter, etc. –, le droit réglemente le plus souvent, de manière supplétive ou impérative, les voies pour y parvenir. Il semble donc qu'il faille trouver ailleurs que dans le lien entre la volonté et les effets, le critère de l'acte juridique – afin de déterminer également, en creux, les faits juridiques. C'est pourquoi les thèses proposées par la doctrine classique ne peuvent pas être retenues.

Mais ne nous méprenons pas : la volonté demeure l'étincelle de l'acte juridique. Comme le relevait Hébraud, « la volonté entre [dans l'acte juridique] par son pouvoir d'initiative » puisque « la liberté reste toujours la racine subjective du contrat »¹¹. En définitive, « si le "vouloir" peut jouer un rôle dans la survenance de l'accord, le "voulu", autrement dit les effets qui résultent de la convention qui vient en regard de cet accord, n'entretient, en droit, qu'un rapport lointain avec la volonté entendue d'un phénomène psychologique »¹². Pour reprendre une image saisissante, « la volonté n'est qu'un commutateur, donnant passage à un courant dont la source est ailleurs »¹³ ; « le sujet a voulu contracter et c'est tout » et que bien souvent « les effets de droit sont du domaine objectif dans ce cas et sont produits par le droit objectif sans que la volonté y ait un rôle quelconque »¹⁴.

4. Observations liminaires : de la distinction entre la source et le fait génératrice de l'obligation et de ce qu'ont en commun les actes juridiques. Avant de se mettre en recherche d'un critère, on fera deux observations importantes.

Première observation : il importe de relever que l'expression « sources de l'obligation » est susceptible de recouvrir deux réalités différentes. Elle peut d'une part désigner le *fait générateur de l'obligation* : le contrat, la faute, le fait de celui dont on est responsable, etc. Bref, l'acte ou le fait juridique. Mais elle peut également désigner l'*origine de l'obligation* : la loi ou la volonté. Pour plus de clarté, on retiendra l'expression de *fait générateur de l'obligation* pour désigner l'acte ou le fait qui lui a donné naissance et celle de *sources de l'obligation* pour décrire l'origine de l'obligation¹⁵. Soit la vente d'une armoire : le *fait générateur* de toutes les obligations, et plus largement, de tous les effets, réside dans le contrat de vente, acte juridique. Seulement, certaines des obligations issues du contrat trouvent leur *source* dans la loi, comme

⁸ C'est celle retenue par Gounot dans sa thèse (M. Gounot, *Le Principe de l'autonomie en droit privé français, contribution à l'étude critique de l'individualisme*, th. Dijon, 1912). Autrement dit, non seulement la volonté est requise dans la recherche de l'effet de droit, mais aussi dans la définition de ces effets, ce qui conduit Gounot à distinguer les effets de droit produits *ex voluntate*, c'est-à-dire dont le contenu est déterminé par la volonté de l'agent, de ceux produits *cum voluntate*, c'est-à-dire dont le contenu est fixé par le droit objectif.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ J. Hauser, th. préc., n° 52.

¹¹ J. Hébraud, « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », *Mélanges offerts à J. Maury*, t. 2, p. 425.

¹² Ph. Jacques, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Dalloz, 2005, n° 181.

¹³ H. L. et J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil, Obligations, théorie générale*, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 116.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ V. déjà F. Chénédé, *Les commutations en droit privé*, Paris, Economica, 2008.

c'est le cas de la garantie des vices cachés dans la vente.

Seconde observation : il est piquant de relever que l'on éprouve le plus grand mal à déterminer un critère de distinction alors que nul ne conteste qu'il convient de ranger dans les actes juridiques les seuls contrats et actes juridiques unilatéraux. Aussi bien, la question mérite peut-être d'être déplacée : il convient de se demander ce qu'ont en commun les contrats et actes unilatéraux – les actes juridiques – et ce qui les rend si différents des autres faits générateurs d'obligations – des faits juridiques.

Du point de vue des *notions*, le contrat et l'acte juridique unilatéral ne se distinguent *a priori* que par le nombre de parties : deux ou plus pour le contrat, une pour l'acte unilatéral. Encore que le contrat n'est jamais que la rencontre d'une offre et d'une acceptation, c'est-à-dire de deux actes unilatéraux. Aussi bien, c'est l'acte unilatéral qui constitue l'atome de la catégorie des actes juridiques. Mais a-t-on seulement avancé en disant cela ?

Bien peu, ce qui conduit à s'interroger sur leur *régime*. Le contrat et l'acte juridique unilatéral, à la différence des autres sources de l'obligation, supposent la capacité des parties, obéissent à des règles de preuve particulières en ce que la preuve doit notamment être préconstituée par écrit, et peuvent seuls être anéantis (annulés, caducs, résolus ou résiliés). Ces traits de régime sont très éclairants sur la nature profonde de l'acte juridique. Qu'un acte juridique ne puisse être valablement pris que par une personne capable – et au-delà, par une personne dotée de discernement – suppose que son auteur puisse se représenter les conséquences de sa décision. Qu'un acte juridique doive voir sa preuve préconstituée par écrit suppose que l'obligation qui en découlera puisse avoir été anticipée. Qu'un acte juridique puisse être anéanti montre bien qu'il relève de l'intellect et non du domaine du réel ; car l'on ne peut anéantir, au moins rétroactivement, ce qui existe réellement.

Ces précisions apportées, il reste à dégager notre critère de l'acte juridique, à expliciter la

spécificité de ce fait générateur d'obligations.

5. Le critère de l'acte juridique : l'engagement. On aura compris que le centre de gravité de la réflexion doit porter non sur l'obligation – et en particulier sur sa source – mais sur ce qui en constitue le fait générateur. On aura tôt fait de constater que dans un acte juridique, les obligations et plus généralement les effets, sont générés par un « engagement » – l'engagement étant pris non pas alors au sens d'*obligation*¹⁶, mais de fait générateur de l'obligation. La notion d'engagement permet d'ailleurs de rendre compte des traits de régime particulier de l'acte juridique. Qu'une personne non dotée de discernement ne puisse pas s'engager, c'est une évidence ; que la preuve d'un engagement puisse être préconstituée et consignée par écrit, quoi de plus facile ; qu'un engagement, qui n'est qu'une abstraction, puisse être anéanti, cela est tout à fait concevable¹⁷.

Reste à cerner, plus précisément, ce qu'est l'engagement : il est une *promesse* à laquelle l'engagé a consenti.

6. L'engagement comme promesse. L'engagement n'est rien de plus en droit qu'il n'est déjà dans la vie de tous les jours. Encore que le terme soit polysémique, dans *cette vie de tous les jours*, alors qu'il ne saurait l'être en droit. Précisons. Hors du droit, l'engagement est susceptible de différentes traductions. Comme le relevait le philosophe belge Ladrière, « l'engagement peut être entendu au sens de "conduite" ou au sens d'"acte de décision", selon qu'il désigne un mode d'existence dans et par lequel l'individu est impliqué activement dans le cours du monde, s'éprouve responsable de ce qui arrive, ouvre un avenir à l'action, ou qu'il désigne un acte par lequel l'individu se lie lui-même dans son être futur, à propos soit de certaines démarches à accomplir, soit d'une forme d'activité, soit même de sa propre vie »¹⁸. C'est évidemment ce second sens qui doit être retenu pour définir l'engagement en droit : « celui qui promet se lie en quelque sorte à l'avance ; il répond dès maintenant de

¹⁶ Comme le fait souvent le Code civil.

¹⁷ Ajoutons que le paiement, qui n'est que l'exécution d'un engagement apparaît naturellement comme un fait, non comme un acte (ce qui est conforme à la

jurisprudence récente de la Cour de cassation, v. Civ. 1^e, 16 sept. 2010, *Bull. civ. I*, n° 173).

¹⁸ J. Ladrière, *Encyclopédia universalis*, V^o « Engagement ».

lui-même dans le futur. En promettant, il accepte implicitement qu'on lui demande des comptes plus tard sur la manière dont il aura réalisé sa promesse »¹⁹. On s'aperçoit ainsi que l'acte juridique permet de « s'approprier le futur »²⁰, d'« escompter l'avenir »²¹; l'on connaît bien le mot d'Hauriou : « le contrat est l'entreprise la plus hardie qui se puisse concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits, en les intégrant d'avance dans un acte de prévision ».

Trouver, au fond, dans la promesse le critère de l'acte juridique n'est pas nouveau. Ainsi, relève-t-on, en droit français, que « les obligations [...] semblent devoir se rattacher à deux sources fondamentales [...] : la promesse et la faute »²². Ainsi le critère de l'acte juridique paraît bien être l'engagement, entendu comme une promesse. Et dans les systèmes qui ne connaissent pas la distinction entre l'acte et le fait, la notion de promesse, comme critère du contrat, est encore présente. Aux États-Unis, le *Restatement (Second) of the Law of Contracts* définit le contrat comme « a promise or a set of promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes as a duty ». Et en doctrine, dans une célèbre monographie, Charles Fried voit dans la promesse la « base morale du droit des contrats » en vertu de laquelle « des personnes peuvent mettre à leur charge des obligations qui n'existaient pas auparavant »²³.

7. L'engagement comme consentement.

Dans la perspective que nous essayons de tracer, nous avons renoncé à faire de l'obligation volontaire le critère de l'acte juridique : peu importe que les effets aient été *voulus* par le promettant. On cherchera désormais à déterminer si le promettant y a *consenti*. Pour reprendre le mot d'Oppetit, le consentement apparaît comme l'« élément constitutif de l'acte juridique »²⁴. De fait, l'engagement ne repose pas sur la volonté (phénomène psycho-

logique), mais sur le consentement (phénomène juridique). Comme l'a justement relevé Madame Frison-Roche, « la volonté reste en dehors du marché [...] mais c'est par sa puissance qu'elle lui fournit les consentements dont il doit se nourrir autant que des biens économiques »²⁵. En réalité, la volonté précède toujours le consentement : « le consentement est toujours un objet né de la volonté : il y a un lien de génération entre la volonté et le consentement, le consentement est fils de la volonté et ce lien ne doit être brisé »²⁶. On ne consent pas si on ne l'a pas voulu. Le consentement apparaît ainsi comme une traduction juridique et a posteriori de la volonté, phénomène psychologique et *a priori*. Il est « la volonté de se placer dans une situation qui engendrera des obligations »²⁷, et « médiatisé donc le rapport entre l'obligation et la volonté »²⁸.

Conclusion. En définitive, l'acte juridique est l'engagement, c'est-à-dire le consentement à une promesse.

Celle-ci peut se traduire soit par l'adhésion à un statut (à des obligations prédéterminées) soit par la production directe d'effets de droit, notamment d'obligations (d'obligations librement déterminées), cela est indifférent. D'ailleurs, on ne saurait voir dans ces deux séries d'effets qu'une différence de degré. Plus les effets de la promesse s'institutionnalisent (c'est-à-dire relèvent de l'ordre public), plus la promesse s'apparente au premier modèle ; plus les effets de la promesse se libéralisent (c'est-à-dire relèvent de la volonté), plus la promesse s'apparente au second modèle. Quel que soit le type d'acte en cause, on peut relever avec Hébraud que « l'acte juridique est un montage, où se manifeste l'initiative du constructeur, même lorsqu'il est fait avec des pièces préparées, dans un cadre déterminé », si bien que le « processus de formation de l'acte juridique [...] dans son essence, est toujours identique »²⁹.

¹⁹ J. Ladrière, art. préc. Et l'auteur de préciser que la promesse « est proche de la fidélité. À vrai dire, la promesse implique la fidélité ».

²⁰ H. Lécuyer, « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit*, Mélanges en hommage à François Ierre, Dalloz-PUF-Jurisclasseur, 1999, p. 643.

²¹ R. Von Jhering, *L'évolution du droit (Der Zweck im Recht)*, trad. Meulenaere, 1901, n° 123.

²² F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 10^e éd., 2009, n° 5.

²³ Ch. Fried, « *Contract as Promise (A Theory of Contractual Obligation)* », Harvard University press, 1981, p. 1 s. Il reste cependant que la thèse de Fried est discutée chez les auteurs de *common law*. V. not. A. Townsend Kronman, « Book Review : *Contract as Promise* », 91 Yale L. J. 404 (1981).

²⁴ B. Oppetit, « L'engagement d'honneur », *D*, 1979, chr. p. 107 s.

²⁵ M.-A. Frison-Roche, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.* 1995, p. 573 s., n° 10.

²⁶ *Ibid.*, n° 10.

²⁷ M.-A. Frison-Roche, « Volonté et obligation », *APD* 2000, t. 44, p. 129 s., n° 45.

²⁸ *Ibid.* n° 57. L'auteur poursuit : « la volonté a alors son objet immédiat : le consentement et non plus l'obligation, qui devient quant à elle son objet médiate et produit. L'obligation est ainsi libérée du sujet, puisque seule la volonté et non le consentement est intime de celui-ci » (*ibid.*).

²⁹ J. Hébraud, art. préc., p. 442.

Certains ne manqueront pas d'objecter que la promesse non productrice d'obligations n'est pas une promesse tournée vers l'avenir puisque l'effet se produit immédiatement. Il en va ainsi de l'acte translatif ou abdicatif. On pourra rétorquer, avec Savatier, que dans ce cas, « notre droit raccourcit

[artificiellement], pour ainsi dire, l'engagement [...] il le répute instantanément exécuté »³⁰. Mais ce n'est qu'une affaire de technique. L'effet qui se produit en un trait d'instant est intellectuellement dissociable de l'engagement qui lui a donné naissance.

³⁰ R. Savatier, *La théorie des obligations, vision juridique et économique*, Dalloz, 1967, n° 100.

Petit trois du Grand A : responsabilité civile et responsabilité pénale

Responsabilité civile, responsabilité pénale : impossible divorce, mais liaison dangereuse

Bertrand de Lamy

Professeur à l'Université Toulouse I Capitole
Institut de Droit Privé

Si la vie en société réclame que l'on réponde de ses actes encore faut-il préciser : dans quelles hypothèses, de quelle manière, envers qui et dans quel but ? Le progrès du droit est d'établir des distinctions et, en l'occurrence, de ne pas confondre l'indemnisation et la répression. Longtemps mêlées, notamment parce qu'obliger une personne à réparer le dommage commis peut être perçu comme une peine, les responsabilités civile et pénale ont fini par se distinguer¹. Le législateur semble avoir eu du mal à adopter le terme de « responsabilité »². Le Code civil de 1804 ne connaît que du terme « responsable » dans ses articles 1383 à 1386, et il faut attendre 1998 pour voir apparaître dans l'ouvrage le vocable « responsabilité » à propos du fait des produits défec-

tueux. Quant au Code pénal, il faut patienter jusqu'à sa nouvelle version en 1992 pour, qu'enfin, le terme responsabilité soit mis à l'honneur dans le titre II du livre I baptisé « De la responsabilité pénale »³. La doctrine, pour sa part, utilise couramment le terme responsabilité dans le courant du XIX^e siècle lorsqu'elle essaie de dégager une théorie générale à partir des règles techniques.

La distinction paraît aujourd'hui claire : la responsabilité civile est tournée vers la victime qu'elle entend indemniser ; la responsabilité pénale se focalise sur l'auteur de l'infraction qui doit être puni pour avoir violé des valeurs sociales. La première se résume à des hypothèses générales d'engagement dont la jurisprudence a assuré le succès ; la seconde ne peut être mise en œuvre que dans des cas définis au nom de la légalité

¹ J.-L. Gazzaniga, « Les métamorphoses historiques de la responsabilité », in *Les métamorphoses de la responsabilité*, Sixième journée René Savatier, PUF, 1998, p. 3, spéc. p. 6.

² M. Villey, « Esquisse historique du mot "responsable" », APD 1977, p. 45 s.

– P.-M. Dupuy, « Responsabilité », in *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Allard et S. Rials, Lamy-PUF, 2003, p. 1341.

³ Le Code pénal de 1810 ne parlait dans son livre deuxième que « des personnes punissables, excusables ou responsables pour crimes ou délits ».

pénale qui interdit au juge les interprétations par analogie. L'une s'est débarrassée de l'imputabilité pour faciliter l'indemnisation⁴; l'autre a maintenu l'imputabilité comme fondement d'une responsabilité conservant une teneur morale puisque la peine n'aurait pas de sens en l'absence de conscience et de volonté d'agir. Peu importe que le dommage à réparer soit le fait d'une chose ou le fait d'autrui alors que seul l'auteur peut répondre de l'infraction, là encore pour que la peine qui le frappe ait un sens.

Tout semble donc séparer ces deux responsabilités⁵: leur but comme les principes qui les régressent.

Ce tableau manque, cependant, de nuances. Les idées de rétribution et de réparation sont loin de s'exclure⁶. L'origine historique commune et le partage du mot « responsabilité » laisse penser qu'une frontière infranchissable ne peut être dressée entre ces deux branches du droit. Lorsque le fait constitutif de l'infraction est également génératrice du dommage, les règles distinctes s'appliquent à ce même événement, parfois lors de la même instance. Dès son article 1^{er}, le Code de procédure pénale pose dans son alinéa 1^{er} que « *l'action publique pour l'application des peines est mise en mouvement et exercée par les magistrats ou par les fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi* » et dans son alinéa 2 que « *cette action peut aussi être mise en mouvement par la partie lésée, dans les conditions déterminées par le présent code* ». Cet aspect procédural renvoie immédiatement à une question substantielle: les fautes civile et pénale sont-elles totalement distinctes ou des recouplements existent-ils, de telle façon que les juges doivent éviter toute incohérence entre les décisions rendues? Le fait génératrice est, donc, un point de rencontre des responsabilités civile et pénale dont l'origine commune a tissé, entre elles, des liens indéfectibles (I). Des évolutions récentes de l'une comme de l'autre, dans une sorte de mouvement atavique, les ramènent même à l'époque de leur confusion (II).

I. Des liens indéfectibles

Les responsabilités civile et pénale ne mènent ni une existence alternative, comme le soleil et la lune, ni parallèle. Elles ont une vocation naturelle à se rencontrer lorsque l'acte constitutif d'une infraction est à l'origine d'un dommage dont la victime souhaite réparation. Deux questions apparaissent alors: existe-t-il une identité des fautes civile et pénale? Y a-t-il une autorité entre les procédures, l'une civile l'autre répressive, relatives au même fait pour éviter des solutions contradictoires?

A. L'identité des fautes partiellement maintenue

La question de l'identité des fautes civile et pénale d'imprudence est ancienne. Dès lors qu'a été affirmée l'identité entre les fautes civile et pénale d'imprudence⁷, le juge pénal a été tenté de reconnaître une responsabilité pénale, alors qu'il n'était en présence que d'une poussière de faute, afin de faciliter l'indemnisation de la victime qui devait être accordée dans un souci de cohérence juridictionnelle. Le juge pénal était donc sous l'emprise de préoccupations civilistes qui influençaient son appréciation. Le législateur a alors voulu libérer le juge pénal en distinguant les deux types de faute, mais le nouveau dispositif, réparti entre le Code pénal et le Code de procédure pénale, est d'une rédaction maladroite. Pour clarifier les choses, un auteur appelle donc de ses vœux l'introduction dans le Code civil d'un article affirmant « que l'action civile en réparation du dommage est soumise aux règles du droit civil et que, lorsqu'elle est portée devant le juge civil, celui-ci est entièrement libre dans son appréciation des conditions qui commandent l'adoption ou le rejet de la demande, alors même que le juge pénal a déjà statué sur l'action publique »⁸.

En attendant cette éventuelle disposition, la loi du 10 juillet 2000 a introduit dans le Code pénal, une distinction, en matière d'imprudence établie à partir du lien de causalité dans le but d'alléger la

⁴ Ass. plén. 9 mai 1984, *Bull. AP*, n° 2 : les juges ne sont pas tenus de vérifier si un mineur est capable de discerner les conséquences de son acte.

⁵ Crim. 13 déc. 1956, *D.* 1957, p. 349, note M. Patin : « toute infraction, même non intentionnelle, suppose en effet que son auteur ait agi avec intelligence et volonté ».

⁶ M. Virally, *La pensée juridique*, LGDJ, 1998, p. 108, spéç. p. 115 : « Les deux idées de rétribution et de réparation, nous l'avons souligné à plusieurs reprises, sont fort loin de s'exclure. Tout au contraire, dans une certaine mesure, toute expiation est

en même temps une réparation. De même, l'idée de rétribution continue à s'appliquer tant que l'obligation de réparer est subordonnée à la démonstration d'une faute ».

⁷ Cette affirmation a été faite par le célèbre arrêt *Brochet et Deschamps* (Civ. 18 déc. 1912, *S.* 1914, 1, p. 249 note R.-L. Morel).

⁸ G. Viney, « Les difficultés de la recodification du droit de la responsabilité civile », in *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 255, spéç. p. 260.

responsabilité des décideurs, publics et privés, auteurs, le plus souvent, d'agissements causant indirectement le dommage. L'idée est en apparence simple : lorsque la causalité, entre la faute et le dommage, est directe, une faute simple suffit pour entraîner une condamnation ; alors que lorsque la causalité est indirecte, est requise une faute d'une certaine densité qui sera soit une faute délibérée, soit une faute caractérisée⁹. La loi définit la seule causalité indirecte, cernant alors la causalité directe par élimination. Ces distinctions, pratiquement délicates, ne s'imposent qu'à l'égard des personnes physiques, les personnes morales répondant de la moindre faute d'imprudence dans tous les cas de figure. Cette différence de traitement laissant perplexe sur ce que peut être « la » responsabilité pénale.

Cette réforme remet-elle en cause l'identité des fautes d'imprudence ? La réponse est affirmative lorsque la causalité est indirecte et qu'est alors requise une faute qualifiée – c'est-à-dire une faute délibérée ou une faute caractérisée. L'absence d'une telle faute, révélée par une décision de relaxe, laisse le juge – civil comme pénal – reconnaître l'existence d'une faute ordinaire, seule connue de l'article 1383 du Code civil. Cette faute pénale qualifiée est, en effet, plus grave que la faute civile qui peut donc exister seule. Il n'y a aucune contradiction à prendre des décisions différentes à propos de fautes dissemblables.

En revanche, lorsque la causalité est directe, la loi pénale ne réclame qu'une « *faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement* »¹⁰. Comment ne pas voir dans cette disposition pénale une gémellité avec l'article 1383 du Code civil qui contient également les termes de « *négligence* » et « *d'imprudence* »¹¹ ? Les deux fautes sont toujours superposées. À moins de considérer que le même terme change de sens selon la nature de la loi qui l'emploie ou celle du litige dans lequel le juge l'utilise.

⁹ Art. 121-3 al. 3 et 4 du Code pénal : « *il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait.* Dans le cas prévu par l'alinéa qui précède, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénallement s'il est établi qu'elles ont,

La deuxième chambre civile de la Cour de cassation ne semble, pourtant, pas sensible à cette théorie du maintien de l'identité expliquant, par une formulation générale, que l'article 4-1 du Code de procédure pénale applicable à l'espèce « *dissocie la faute civile de la faute pénale non intentionnelle* »¹². La dissociation, ainsi affirmée, jouerait aussi bien devant le juge pénal saisi de l'action civile, que devant le juge civil connaissant de l'action en réparation ; elle s'appliquerait pour tous types de faute pénale, qualifiée évidemment, mais simple également. La Cour de cassation pouvait-elle tirer une telle généralité de l'article 4-1... du Code de procédure pénale ? Peut-on conclure d'une disposition procédurale un principe de droit substantiel ? D'autant que la disposition en question n'emploie pas le terme de « dissociation » et s'intéressant à l'action civile, est plutôt relative à la question de l'autorité de la décision pénale sur l'action en indemnisation portée devant le juge civil.

B. L'autorité entre les procédures ponctuellement tempérée

L'article 4-1 du Code de procédure pénale, également issu de la loi du 10 juillet 2000, pose que « *L'absence de faute pénale non intentionnelle au sens de l'article 121-3 du code pénal ne fait pas obstacle à l'exercice d'une action devant les juridictions civiles afin d'obtenir la réparation d'un dommage sur le fondement de l'article 1383 du code civil si l'existence de la faute civile prévue par cet article est établie ou en application de l'article L. 452-1 du code de la sécurité sociale si l'existence de la faute inexcusable prévue par cet article est établie* ». Ce texte traite de l'hypothèse dans laquelle les instances civile et pénale sont dissociées – non les fautes – et que le juge pénal prononce une relaxe.

Dans ce cas, l'absence de faute pénale d'imprudence, dit le texte, n'empêche pas une action à fin d'indemnisation devant les juridictions civiles qui devront apprécier si les conditions de l'article 1383

soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer ».

¹⁰ Art. 121-3 al. 3 du Code pénal.

¹¹ Dans tous les cas la loi du 10 juillet n'a pas eu d'incidence sur la définition de la faute d'imprudence de l'article 1383 du Code civil : P. Jourdain, « Les conséquences de la loi du 10 juillet 2000 en droit civil », RSC 2001, p. 748, spéc. p. 753.

¹² Civ. 2^e, 16 sept. 2003, D. 2004, p. 721, note Ph. Bonfils.

du Code civil ou L. 452-1 du Code de la sécurité sociale existent. L'article 4-1 du Code de procédure pénale est, en revanche, muet à propos d'une condamnation prononcée par le juge pénal, signifiant par là que le juge civil n'a pas de liberté d'appréciation et est tenu par la reconnaissance juridictionnelle de l'existence de la faute. Et peu importe ici que la faute pénale dont l'existence a été reconnue soit qualifiée ou simple. Il en ressort alors que lorsque le juge pénal prononce une condamnation en matière d'imprudence, sa décision a autorité sur le juge civil qui doit indemniser la victime. La densité de la faute d'imprudence dont l'existence est avérée par la décision pénale n'a pas d'importance puisque l'article 1383 du Code civil se contente de la moindre imprudence ou négligence.

Cet article 4-1 du Code de procédure pénale ne traite donc que de l'hypothèse d'une relaxe ; mais couvre, semble t-il, alors l'ensemble des fautes pénales d'imprudence. Autrement dit, faut-il déduire de cet article que la négation, par le juge pénal, de l'existence d'une faute qualifiée, comme d'une faute simple, ouvre la possibilité à la victime de saisir le juge civil d'une demande en indemnisation sur le fondement de l'article 1383 du Code civil ? Dans un souci de cohérence des décisions juridictionnelles et de crédibilité à l'égard du justiciable, on conçoit mal que la négation d'une faute d'imprudence simple par le juge pénal soit contredite par le juge civil qui ne peut indemniser qu'en reconnaissant l'existence de la même faute. On peut, cependant, opposer que cet article 4-1 n'a de raison d'être qu'à l'égard de la faute pénale simple¹³. Il est, en effet, inutile de préciser dans la loi que l'absence d'une faute pénale qualifiée n'empêche pas de demander indemnisation au juge civil en invoquant l'article 1383 du Code civil qui contient une faute d'une densité moindre pouvant ainsi être retenue sans contradiction.

Une autre lecture est envisageable et plus convaincante. Lorsque la faute pénale est simple, l'article 4-1 ne doit, en effet, pas être lu comme postulant une dissociation des fautes mais comme posant une exception à l'autorité du pénal sur le civil, permettant au juge civil d'indemniser malgré le prononcé préalable d'une relaxe¹⁴.

La première, comme la deuxième, chambre civile de la Cour de cassation paraît toute acquise, cependant, à la cause de la distinction des fautes. Avant la formulation à portée générale de l'arrêt rendu en 2003¹⁵, la première chambre civile dans une décision du 30 janvier 2001, sans faire application de la loi du 10 juillet 2000, explique que « *la déclaration par le juge répressif de l'absence de faute pénale non intentionnelle ne fait pas obstacle à ce que le juge civil retienne une faute civile d'imprudence ou de négligence* »¹⁶. En l'espèce, un hélicoptère assurait le reportage d'une course de voiliers. Le pilote, s'approchant trop près de l'un d'eux, sectionna le hauban avec les pâles de l'appareil qui s'écrasa causant la mort de deux passagers et des blessures au troisième. Le juge pénal a conclu qu'aucune faute ne pouvait être retenue ; mais, pour la Cour de cassation, ce seul argument ne suffit pas pour écarter la responsabilité civile sur le fondement de l'article 1383 du Code civil.

Le juge pénal adopte lui aussi cette solution lorsqu'il est saisi de l'action civile grâce à l'article 470-1 alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale qui prévoit que : « *Le tribunal saisi, à l'initiative du ministère public ou sur renvoi d'une juridiction d'instruction, de poursuites exercées pour une infraction non intentionnelle au sens des deuxièmes, troisième et quatrième alinéas de l'article 121-3 du code pénal, et qui prononce une relaxe demeure compétent, sur la demande de la partie civile ou de son assureur formulée avant la clôture des débats, pour accorder, en application des règles du droit civil, réparation de tous les dommages résultant des faits qui ont fondé la poursuite* ». Le tribunal correctionnel qui déclare, donc, inexiste une faute pénale d'imprudence, s'il est saisi de l'action civile, peut accorder des dommages et intérêts « *en application des règles du droit civil* », par conséquent en vertu de l'article 1383 du Code civil. La chambre criminelle en offre des exemples, elle rejette ainsi un pourvoi formé contre un arrêt relatif à une affaire d'accident médical ayant entraîné le décès de la patiente. Le praticien a bénéficié d'une relaxe mais a dû répondre, sur le fondement de l'article 1147

¹³ V. F. Rousseau, « L'unité des fautes civile et pénale », in *Droit pénal - Le temps des réformes*, Débats et colloques, Ltec, 2011, p. 119, spéc. n° 6.

¹⁴ A. Botton, *Contribution à l'étude de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil*, LGDJ, Bibl. sc. crim., t. 49, 2012, n° 410.

¹⁵ Cf. *supra*.

¹⁶ Civ. 1^{re}, 30 janv. 2001, *Bull. civ. I*, n° 19 ; D. 2001, p. 2232, note P. Jourdain.

du Code civil, des conséquences dommageables des manquements qui sont relevés et dont la liste laisse étonné de la clémence pénale¹⁷.

Il y aurait donc bien, une distinction des fautes d'imprudence, y compris de la faute simple, malgré le risque d'incohérence des décisions civile et pénale accentué par un arrêt récent.

La Cour de cassation¹⁸ pousse, en effet, encore plus loin l'interprétation de l'article 4-1 du Code de procédure pénale en bilatéralisant la dualité des fautes. Il ne s'agit, en effet, plus uniquement qu'une décision de relaxe permette à la victime d'obtenir une indemnisation, mais de considérer qu'une juridiction civile connaissant d'une action en indemnisation pour un fait de nature infractionnelle, n'a pas à se référer à statuer en attendant la décision pénale. Autrement dit, en excluant ce sursis à statuer la Cour de cassation permet qu'une décision civile soit rendue avant une décision pénale et qu'alors la première nie, éventuellement, l'existence d'une faute dont la seconde pourrait reconnaître l'existence. Voilà une solution doublement mal venue en ce qu'elle crée un risque de contradiction entre deux décisions juridictionnelles discréditant la justice et ne peut s'appuyer – bien qu'elle le fasse – ni sur la lettre ni sur l'esprit de l'article 4-1 du Code de procédure pénale.

La faute ordinaire obéirait donc, elle aussi, à la dualité. Sa version pénale réclamant qu'un « certain » seuil de gravité soit atteint, apprécié par le seul juge dans une discipline gouvernée, pourtant, par la légalité criminelle et rejetant, normalement, plus que toute autre, l'insécurité juridique¹⁹. La faute civile d'imprudence ne relève pas, quant à elle, d'une quelconque exigence dans un but indemnitaire.

Cette soi-disant distinction totale des fautes d'imprudence reste à confirmer et ne doit, dans tous les cas, pas masquer les recouvrements,

qui entretiennent les deux responsabilités comme une impossibilité de se dégager totalement de leur racine commune; mais ces liens indissociables ne doivent tout de même pas ramener à la confusion originelle.

II. Des liens confusionnels

Illustrant l'étroitesse des liens, la Cour de cassation a admis que l'action civile portée devant le juge pénal peut avoir pour objet de corroborer l'action publique²⁰. Le lien entre la responsabilité civile et la responsabilité pénale s'est renforcé au point d'en revenir même à une confusion : d'une part, la responsabilité civile connaît des dommages et intérêts punitifs, d'autre part, la responsabilité pénale se préoccupe, plus qu'il convient, de la réparation du dommage causé par l'auteur de l'infraction.

A. La fonction punitive de la responsabilité civile

Le « *fait quelconque de l'homme* » de l'article 1382 du Code civil est un passe partout permettant à la responsabilité civile de réguler des secteurs d'activité dans lesquels les dispositions législatives seraient insuffisantes. L'application est d'autant plus facile que la palette des préjudices réparables est étendue²¹ ; dès lors la responsabilité civile envahit tout au risque de bouleverser, parfois, des équilibres qui ont été délicats à trouver.

Tel est le risque en droit de la presse. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation décida, sagement, de bannir l'article 1382 du Code civil du champ de la loi de 1881 : « *Mais attendu que les abus de la liberté d'expression prévus et réprimés par la loi du 29 juillet 1881 ne peuvent être réparés sur le fondement de l'article 1382 du Code civil; qu'ayant retenu que la publication des propos litigieux relevait des dispositions de l'article 34,*

¹⁷ Crim. 5 juin 2007, *Bull. crim.* n° 152 ; RSC 2008, p 78, obs. Y. Mayaud : « *Attendu que, pour déclarer Eric X... responsable des conséquences dommageables du décès de Michèle Z..., l'arrêt, se fondant sur les conclusions des experts, énonce que le chirurgien a commis une imprudence en choisissant d'appliquer à cette patiente obèse, avant la réalisation de l'objectif de réduction de sa surcharge pondérale au moyen d'un régime diététique initialement fixé par l'endocrinologue auquel il l'avait adressée, un traitement chirurgical qui ne pouvait être envisagé que comme un ultime recours ; qu'en outre, les juges retiennent que le chirurgien n'a pas appelé l'attention des anesthésistes sur le risque particulier de complication thromboembolique encouru par la patiente et ne rapporte pas la preuve de la délivrance à celle-ci de l'information qu'il lui devait sur le traitement proposé et les risques prévisibles qu'il comportait ; qu'ils ajoutent que les fautes ainsi relevées ont contribué de façon directe à la production du*

dommage et justifient la condamnation du chirurgien à la réparation du préjudice des ayants droit de la victime ».

¹⁸ Civ. 2^e, 15 mars 2012, D. 2012, p. 1316, note N. Rias.

¹⁹ V. A. d'Hauteville, « *Brièves remarques sur le nouveau principe de la dualité des fautes civile et pénale d'imprudence* », in *Mélanges R. Ottenhof*, Dalloz, 2006, p. 145, spéc. p. 154.

²⁰ L'action civile est en effet recevable lorsque la victime ne réclame pourtant qu'un euro symbolique de dommages et intérêts (Crim. 10 oct. 1968, *Bull. crim.*, n° 248) ou encore lorsque la juridiction pénale n'est pas compétente pour lui accorder l'indemnisation (Crim. 10 févr. 1987, *Bull. crim.*, n° 64).

²¹ M. Teller, « *Faut-il créer des dommages et intérêts punitifs ?* », *Environnement* 2012, dossier 10.