

ENM

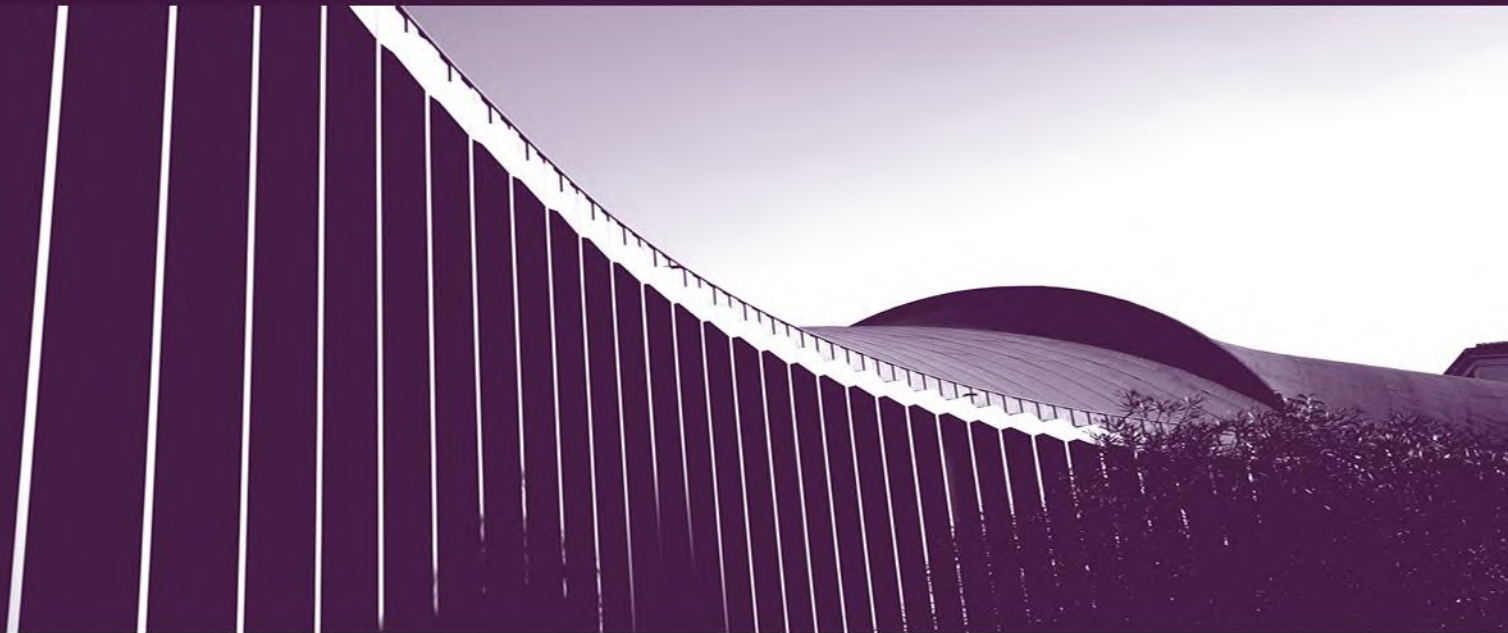
ÉCOLE
NATIONALE
DE LA
MAGISTRATURE

L'esprit des lois s'épanouit à l'ENM

Déc. 2020

REVUE JUSTICE ACTUALITÉS #24

Le contrôle de proportionnalité





Revue Justice Actualités - RJA

Directrice de la publication

Nathalie RORET, avocate, directrice de l'École nationale de la magistrature

Comité de rédaction

Samuel LAINÉ, magistrat, directeur adjoint en charge des recrutements, de la formation initiale et de la recherche

Isabelle MONTEILS, magistrate, sous-directrice du département de la recherche et de la documentation

Sandra DESJARDIN, magistrate, sous-directrice des stages

Émilie BODDINGTON, magistrate, chargée de mission au département de la recherche et de la documentation

Lydie REISS, docteure en droit, magistrate, coordinatrice de formation, animatrice formation initiale du pôle dimension internationale de la justice

Amandine MAGNE, assistante de justice au département de la recherche et de la documentation

Imprimerie : ENM – 10 rue des Frères Bonie 33 080 Bordeaux Cedex

Dépôt légal : 2018 – ISSN : 2646-8301

Avertissement :

Les opinions développées par les auteurs n'engagent pas l'ENM.

Cette revue peut être citée ainsi :

Revue Justice Actualités, n° 24, ENM, décembre 2020, p.

LE CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ

SOMMAIRE

INTRODUCTION, par É. BODDINGTON	5
---------------------------------------	---

I. APPROCHES GÉNÉRALES DES CONTRÔLES DE PROPORTIONNALITÉ

La Cour européenne des droits de l'homme, garante du respect du principe de proportionnalité : « le contrôle du contrôle », par M. GUYOMAR	15
Le contrôle de proportionnalité dans les contentieux de droit international privé des personnes et de la famille, par R. LEGENDRE	20
Le contrôle de la proportionnalité par le juge administratif, par C. BARROIS DE SARIGNY	26
Le contrôle de proportionnalité mis en œuvre par le juge judiciaire à la lumière du droit constitutionnel, par A. CHAUVET	30
Existe-t-il une méthode du contrôle de proportionnalité ?, par F. ROUVIÈRE	35
Juges : le retour des déformations morbides ?, par C. JAMIN	41
La proportionnalité : un pépète mystérieuse, par S. LE GAC-PECH	46

II. LE CONTRÔLE CONVENTIONNEL DE PROPORTIONNALITÉ AU REGARD DE LA CONVENTION DE SAUVEGARDE DES DROITS DE L'HOMME ET DES LIBERTÉS FONDAMENTALES

A) Champ d'application du contrôle de proportionnalité

La proportionnalité dans la recherche de la preuve en matière civile, par V. VIGNEAU	54
Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de procédure civile, par A. MARTINEL	60

B) Méthodes de mise en œuvre du contrôle de proportionnalité

Memento du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales – Extraits, par la Commission de mise en œuvre de la réforme de la Cour de cassation	69
La réflexion de la Cour de cassation sur le contrôle de conventionnalité, par A. LACABARATS	76

III. LES AUTRES TYPES DE CONTRÔLES DE PROPORTIONNALITÉ

A) Le contrôle de proportionnalité d'origine légale

Le contrôle de proportionnalité d'origine légale en droit pénal à la lumière des faits justificatifs, par M.-C. SORDINO	81
L'identification légale du cautionnement disproportionné, par S. CABRILLAC	87

B) Le contrôle de proportionnalité de la sanction

Le contrôle de proportionnalité des sanctions en matière contractuelle, par G. LARDEUX	96
Propriété contre proportionnalité, par R. BOFFA	106
Le contrôle de proportionnalité des sanctions patrimoniales, par É. CAMOUS	113
La motivation de la proportionnalité de l'infraction et de la peine dans le jugement pénal, par M.-C. DAUBIGNEY et B. LAVIELLE	117

CONCLUSION, par C. ARENS	128
--------------------------------	-----

INTRODUCTION

Par

Émilie BODDINGTON

Magistrate - Chargée de mission

Département Recherche et Documentation de l'École nationale de la magistrature

« La proportionnalité est incontestablement dans l'ADN des juges lorsqu'ils font descendre une loi générale, impersonnelle et absolue vers un homme en particulier, individualisé et fini. »¹

Qu'elle renvoie dans notre esprit à l'image de la balance, métaphore de la justice, à la conception du juste selon Aristote², au principe de proportionnalité des délits et des peines formulé notamment par Beccaria³ ou à quelques dispositions bien connues du code civil et du code de la consommation⁴, la proportionnalité est une notion familière pour tous les magistrats judiciaires.

Mais au-delà de nos symboles et références, voire de nos souvenirs plus ou moins lointains d'étudiants en droit, il ne fait aucun doute que la proportionnalité a revêtu depuis quelques années une toute autre dimension pratique en s'incarnant dans un contrôle juridictionnel, dit « de proportionnalité ».

Désormais « conquérante »⁵, érigée par certains en « *nouvel art de juger* »⁶, décriée par d'autres comme à l'origine d'un « *culte... un brin disproportionné* »⁷, la proportionnalité, déployée au travers du contrôle dont elle est l'objet, innerve toutes les branches du droit privé et du droit pénal français.

Si le contrôle de proportionnalité revêt de multiples facettes, c'est sans aucun doute sous sa forme consistant à vérifier *in casu* que l'application de la loi nationale ne porte pas une atteinte disproportionnée à l'un des droits ou libertés garantis par la Convention de sauvegarde des droits l'homme et des libertés fondamentales (Conv. EDH) qu'il a le plus concentré les travaux, réflexions et analyses tant de la doctrine que des praticiens du droit.

Né dans la jurisprudence des cours constitutionnelles, de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) et de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), et mis œuvre de longue date en droit interne par le Conseil constitutionnel⁸ et le juge administratif⁹ selon des mécanismes propres, le

¹ N. CATELAN, « Le contrôle de proportionnalité en droit pénal : évolution ou révolution ? », in J.-P. AGRESTI (dir.), *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, PUAM, 2018, p. 156.

² ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, V, 6.

³ C. BECCARIA, *Des délits et des Peines (1764)*, préface de Xavier TABEL, trad. (italien) de A. FONTANA, Gallimard, 2015.

⁴ V. V. VIGNEAU, « Propos introductifs », in J.-P. AGRESTI (dir.), *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, préc., p. 11-12, citant notamment, au titre des dispositions légales invitant les juges à moduler leur application « *après une balance des intérêts* », les articles 220 alinéa 3 (solidarité entre époux), 815-5-1 alinéa 5 (indivision), 2444 et 2445 (hypothèques) du code civil et l'article L. 332-1 (cautionnement) du code de la consommation.

⁵ M. BEHAR-TOUCHAIS, « La proportionnalité conquérante », *JCP G* 2016, n° 3, p. 51.

⁶ S. LE GAC-PECH, « Le nouvel art de juger : quand la proportionnalité s'invite dans la mise en œuvre de la règle de droit », *RLDC*, nov. 2017, p. 48.

⁷ A. BÉNABENT, « [Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ?](#) », *D.* 2016, p. 137.

⁸ V. GOESSEL-LE BIHAN, « [Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel](#) », *Cahiers du Conseil constitutionnel* - n° 22, (Dossier : Le réalisme en droit constitutionnel, juin 2007) ; J.-B. DUCLERCO, « [Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel](#) », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* - n° 49, oct. 2015, p. 121 à 126.

contrôle de proportionnalité conditionnant l'application de la règle de droit nationale à l'absence d'atteinte disproportionnée portée à un droit protégé au niveau supranational a fait une entrée dans l'actualité judiciaire plus tardive, mais néanmoins très remarquée, à l'occasion d'un célèbre arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 4 décembre 2013. Pour mémoire, dans cette affaire, la Cour de cassation, après avoir relevé d'office le moyen tiré de la violation de l'article 8 de la Conv. EDH, avait cassé un arrêt qui avait annulé un mariage entre un beau-père et son ex-bru divorcée de son fils sur le fondement de l'article 161 du code civil prohibant le mariage entre alliés, au motif que, au cas d'espèce, s'agissant d'un mariage célébré sans opposition et qui avait duré plus de 20 ans, une telle annulation aurait constitué « *une ingérence injustifiée dans l'exercice du droit au respect dû à la vie privée et familiale* »¹⁰ de l'épouse.

« *Ouvrant la voie au contrôle de proportionnalité* »¹¹, cet arrêt a suscité de nombreuses réactions, parfois très critiques¹², au sein de la doctrine privatiste qui ont trouvé écho jusqu'à la Cour de cassation.

À l'initiative du premier président Bertrand LOUVEL, de vastes travaux ont été engagés associant magistrats, universitaires et avocats dans l'objectif de « *conceptualiser* » le contrôle de proportionnalité, et s'inscrivant plus largement dans une réflexion collective de fond quant aux « *évolutions de fonctionnement internes que pourrait induire la montée en puissance de la jurisprudence européenne, en particulier celle de la Cour de Strasbourg, et de son influence de plus en plus marquée sur la jurisprudence et les méthodes de raisonnement de la Cour de cassation* »¹³.

La Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, mise en place par le premier président Bertrand LOUVEL et animée par le président Jean-Paul JEAN, a diffusé son rapport au mois d'avril 2017¹⁴. Au terme de débats avec les universitaires¹⁵, d'une analyse minutieuse des arrêts rendus par les différentes chambres de la Cour¹⁶ et des diverses contributions reçues par les groupes

⁹ V. dans cette revue, C. BARROIS DE SARIGNY, p. 26 ; J.-M. SAUVÉ, « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés », intervention à l'Institut Portalis, Aix-en-Provence, 17 mars 2017, [site internet du Conseil d'État](#).

¹⁰ Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° [12-26.066](#), Bull. civ. I, n° 234 ; communiqué de la Cour, [site internet de la Cour de cassation](#) ; F. CHÉNÉDÉ, « [De l'équité aux droits de l'homme](#) », *AJ. fam.* 2013, p. 663. V. également, V. VIGNEAU, « [Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité](#) », *D.* 2017, p. 123, soulignant qu'« *En réalité, ce n'était pas la première fois que la Cour de cassation décidait d'écarter l'application d'une loi pour éviter de porter une atteinte à un droit fondamental d'une partie, protégé par la Convention* » et citant Civ. 2^e, 3 mai 2007, n° [05-19.439](#) (art. L. 30 du code des pensions de retraite des marins, posant le principe de l'incessibilité de leurs pensions et de leur insaisissabilité à concurrence d'un montant fixé par voie réglementaire // art. 6 combiné à art. 14 de la Conv. EDH et à art. 1^{er} du Protocole additionnel n° 1 à la Convention) et Ass. plén., 7 avr. 2006, n° [05-11.519](#) (art. 100 de la loi du 30 déc. 1997, 76 de la loi du 2 juill. 1998, 25 de la loi du 30 déc. 1998, 2 du décret du 4 juin 1999 et 77 de la loi du 17 janv. 2002 relatifs au désendettement des rapatriés réinstallés dans une profession non salariée // art. 6, § 1, Conv. EDH).

¹¹ H. FULCHIRON, « [Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode](#) », *D.* 2017, p. 656.

¹² P.-Y. GAUTIER, « [Contre la "balance des intérêts" : hiérarchie des droits fondamentaux](#) », *D.* 2015, p. 2189 ; F. CHÉNÉDÉ, « [Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation](#) », *D.* 2016, p. 796 ; P. PUIG, « [L'excès de proportionnalité](#) », *RTD civ.* 2016, p. 70.

¹³ B. LOUVEL, « [Réflexions à la Cour de cassation](#) », *D.* 2015, p. 1326 ; « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle » - Entretien, *JCP G* 2015, act. 1122, à propos du contrôle de proportionnalité : « (...) *l'évolution du droit européen nous conduit non pas à nous abstraire du légalisme, sinon nous ne serions plus des juges, mais à l'adapter à l'examen des conséquences, des incidences de l'application d'un texte donné au regard des circonstances de l'espèce. C'est cela la proportionnalité, qui est le nouveau légalisme* ».

¹⁴ *Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, avr. 2017, [site internet de la Cour](#).

¹⁵ *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation, Actes de la conférence-débat*, 24 nov. 2015, *JCP G*, supp. n° 1-2, janv. 2016, [site internet de la Cour](#).

¹⁶ V. notamment, SDER, « Travaux menés par la commission de réflexion s'agissant du contrôle de conventionnalité ("contrôle de proportionnalité") », avr. 2017, [site internet de la Cour](#) ; « *Travaux menés par la commission de réflexion s'agissant de la motivation enrichie* », avr. 2017, [site internet de la Cour](#).

de travail qui avaient été institués en son sein¹⁷, la Commission a formulé dans son rapport plusieurs propositions d'évolution (filtrage des pourvois, motivation enrichie des arrêts, diffusion des décisions, parquet général...) qui irriguent encore à ce jour les travaux en cours au sein de la Haute juridiction. En lien avec le contrôle de proportionnalité, ne sera citée que la « Proposition 36 » tendant en particulier à : « (...) harmoniser les pratiques des chambres quant à l'exercice de ce contrôle, tant sur la méthode que sur le fond, afin de dégager progressivement une "doctrine de la proportionnalité" de la Cour de cassation »¹⁸.

Ayant insufflé la dynamique des travaux afférents au contrôle de proportionnalité qui se sont poursuivis depuis lors à la Cour de cassation¹⁹, cette proposition est l'aboutissement des développements contenus dans la partie du rapport de la Commission consacrée au contrôle de proportionnalité²⁰, qui ont permis, dès 2017, d'apporter trois précisions déterminantes pour l'appréhension et l'appropriation par les juges du fond dudit contrôle effectué au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Une précision terminologique tout d'abord. Le « contrôle de proportionnalité » ne constitue que la dernière étape du contrôle de conventionnalité pratiqué par la Cour EDH selon une méthode précise, exposée à la Cour de cassation par André POTOCKI, juge français à la Cour EDH, lors de son audition par la Commission de réflexion le 27 novembre 2015²¹. Le contrôle de conventionnalité n'est par ailleurs mis en œuvre par la Cour EDH qu'à l'égard des « droits relatifs »²² et se décline lui-même sous deux formes : d'une part, le contrôle de conventionnalité de la règle elle-même (ou contrôle *in abstracto*) dans le cadre duquel il est demandé au juge de dire une disposition légale directement contraire à un droit ou une liberté fondamentale protégé(e) par la Conv. EDH et, d'autre part, le contrôle de conventionnalité de l'application qui est faite de la règle au cas d'espèce (ou contrôle *in concreto*) consistant à demander au juge d'écarter l'application d'une règle conforme à la Conv. EDH au motif qu'elle emporterait *in casu* une atteinte disproportionnée à un droit ou principe garanti. Dans les deux cas, la proportionnalité intervient comme dernière étape du raisonnement des juges de la Cour de Strasbourg²³.

Une précision quant aux enjeux du contrôle proportionnalité ensuite. L'absence de mise en œuvre du contrôle de proportionnalité par les juridictions nationales expose davantage la France à des condamnations par la Cour EDH et amoindrit d'autant sa marge d'appréciation nationale²⁴. En effet,

¹⁷ V. annexes 3 à 9 intégrées à la suite du rapport préc. et annexes accessibles par lien hypertexte dans le corps de texte du rapport, [site internet de la Cour](#).

¹⁸ Rapport préc., p. 170.

¹⁹ Sur l'ensemble de ces travaux, v. dans cette revue, A. LACABARATS, « La réflexion de la Cour de cassation sur le contrôle de conventionnalité », p. 76.

²⁰ *Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, préc., p. 158 à 170.

²¹ SDER, « Compte-rendu de la réunion du 27 novembre 2015 avec A. POTOCKI, juge à la Cour EDH », nov. 2015, [site internet de la Cour](#). Pour une autre étude sur la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité par la Cour EDH, F. SUDRE, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *JCP G* 2017, doctr. 289.

²² Par opposition aux « droits absolus ». Sur cette distinction, v. SDER, « Compte-rendu de la réunion du 27 novembre 2015 avec A. POTOCKI, juge à la Cour EDH », préc., p. 4 : les droits absolus sont ceux « qui ne laissent place à aucune proportionnalité et pour lesquels le juge se limite à rechercher l'existence ou non d'une atteinte. Sont ainsi notamment qualifiés de droits absolus, le droit à la vie, protégé par l'article 2 de la Convention, et la prohibition de la torture et des traitements inhumains et dégradants prévue à l'article 3 de la Convention ».

²³ *Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, préc., p. 158 à 161, étape 5 de la méthode de la Cour EDH : « 5. L'ingérence est-elle un moyen proportionné ("nécessaire dans une société démocratique") pour parvenir à ce but ? ».

²⁴ *Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, préc., p. 165, citant E. JEULAND, « Une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité », in *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*, Actes de la conférence-débat, 24 nov. 2015, *JCP G*, supp. n° 1-2, janv. 2016, p. 20, [site internet de la Cour](#). Pour une illustration récente de condamnation, CEDH, 26 mars 2020, *Tête c. France*, n° [59636/16](#) ; S. LAVRIC, « [Dénonciation](#)

s'il n'est nul besoin de rappeler que la Conv. EDH s'impose au juge national²⁵, au même titre que la jurisprudence de la Cour EDH dont le contrôle de proportionnalité fait partie intégrante²⁶, la Cour EDH insiste en revanche régulièrement sur le principe d'origine prétorienne dit « de subsidiarité », en vertu duquel elle n'exerce son contrôle sur la décision du juge national que si celui-ci ne l'a pas lui-même complètement effectué dans le respect des standards qu'implique la Convention²⁷. En ce sens, « *le contrôle de proportionnalité est intimement lié à la reconnaissance par le juge européen d'une marge nationale d'appréciation* »²⁸ dont il appartient aux États de se saisir en tant que premiers garants de l'application effective des droits fondamentaux.

Une précision méthodologique enfin. Afin de rester éloigné des polémiques tenant à l'imprévisibilité et à l'avènement du jugement en équité²⁹, le contrôle de proportionnalité au regard de la Conv. EDH doit obéir à une méthode stricte, dont il appartient à la Cour de cassation, compte tenu de sa mission régulatrice et unificatrice, de fixer le cadre et les étapes, afin de guider les juges du fond dans la mise en œuvre factuelle du contrôle de proportionnalité et de lui permettre, le cas échéant, d'exercer son propre contrôle normatif³⁰.

Dans la continuité de ce rapport, la Cour de cassation a diffusé au mois de décembre 2018, un *Memento du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* élaboré sous la direction du président Bruno PIREYRE³¹. Développant les éléments susvisés et détaillant la méthodologie des différentes étapes du contrôle de conventionnalité au regard de la Conv. EDH, ce memento contient dans son corps et en annexes des propositions de trames de rédaction qui, quoiqu'ayant vocation à être à terme actualisées en considération des réflexions qui se sont poursuivies depuis leur publication, constituent en l'état un outil de travail particulièrement précieux pour les magistrats du fond appelés à statuer sur un moyen d'inconventionnalité (*in abstracto* et/ou *in concreto*).

Enfin, la Cour de cassation a publié sur son site internet au mois d'octobre 2020 le *Rapport du groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité*, fruit de la réflexion collective conduite par la présidente Anne-Marie BATUT à partir du mois de septembre 2019, sur mission confiée par la première présidente Chantal ARENS³². Sans entrer plus avant dans le détail du contenu de ces travaux, exposé dans ce numéro par l'un des membres du groupe de travail en la personne du président Alain LACABARATS³³, une des recommandations en sera néanmoins soulignée dès ce stade : celle préconisant de poursuivre au niveau de la Cour une réflexion commune sur les

[calomnieuse et liberté d'expression : les juges doivent procéder au contrôle de proportionnalité](#) », *Dalloz actualité*, 23 avr. 2020. Sur la notion de marge nationale d'appréciation, v. F. MERLOZ, « La notion de marge d'appréciation de l'État dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », annexe III, p. 33, Rapport du groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité, juin 2020, [site internet de la Cour](#).

²⁵ Art. 55 Constitution du 4 oct. 1958.

²⁶ V. notamment en ce sens, Ass. plén., 15 avr. 2011, pourvois n° [10-17.049](#), [10-30.313](#) et [10-30.316](#), Bull. 2011, Ass. plén., n° 1, 3 et 4.

²⁷ CEDH, 7 déc. 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, n° [5493/72](#) ; « J.-M. SAUVÉ, « La subsidiarité : une médaille à deux faces », Séminaire organisé par la Cour européenne des droits de l'homme, 30 janv. 2015, [site internet de Cour EDH](#).

²⁸ F. SUDRE, H. SURELL, « [Droits de l'homme](#) », *Rép. droit international*, Dalloz, juill. 2017 (actualisation avr. 2020), n° 66.

²⁹ Pour une analyse de la pertinence du rapprochement souvent effectué par les commentateurs entre contrôle de conventionnalité *in concreto* et jugement en équité, v. A. LASSALE, « Le contrôle *in concreto* est-il un jugement en équité ? », *in* dossier n° 7, *La reconfiguration de l'office du juge de la conventionnalité de la loi*, RDLF 2018, chron. n° 18.

³⁰ Sur la nécessité de dégager une méthode et des réflexions en ce sens, v. notamment P. DUCOULOMBIER, « [Contrôle de conventionnalité et Cour de cassation : de la méthode avant toute autre chose](#) », *D.* 2017, p. 1778 ; H. FULCHIRON, « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », préc.

³¹ *Memento du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, déc. 2018, [site internet de la Cour](#).

³² *Rapport du groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité*, juin 2020, [site internet de la Cour](#).

³³ A. LACABARATS, « La réflexion de la Cour de cassation sur le contrôle de conventionnalité », préc., p. 76.

conditions d'exercice du contrôle de conventionnalité, ainsi que le développement de la motivation dans les litiges de conventionnalité, et de s'assurer de la diffusion des travaux et outils méthodologiques élaborés auprès des juridictions du fond, tout en menant auprès d'elles, « avec notamment le concours de l'ENM, des "actions de sensibilisation" »³⁴. C'est dans ce cadre que s'inscrit ce numéro de la Revue Justice Actualités auquel la Cour de cassation a bien voulu accepter de s'associer.

Le contrôle de proportionnalité recouvre cependant bien d'autres formes et hypothèses, si nombreuses qu'il était impossible de prétendre en traiter exhaustivement dans le cadre de la présente revue. Nous avons choisi d'en approfondir deux autres aspects, privilégiés au regard de leur récurrence dans la pratique judiciaire. Leur existence avait d'ailleurs déjà été soulignée en 2017 par la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, dans un chapitre du rapport précité consacré aux « *Autres types de contrôle de proportionnalité* ». À cette date, la Commission avait en effet relevé que : « *La Cour de cassation peut être amenée à opérer un contrôle de proportionnalité qui lui est prescrit par le droit interne (par exemple, en matière de cautionnement). On rencontre également un "contrôle de proportionnalité de la sanction", sanction qui peut être contractuelle, en cas de "mauvaise formation ou exécution du contrat"*³⁵ ou pénale en cas d'infraction »³⁶.

Le contrôle de proportionnalité d'origine légale ne pose guère de difficultés s'agissant de sa définition et de l'identification des circonstances dans lesquelles il appartient au juge de l'opérer. Dans ce cas, ledit contrôle est expressément prévu par une disposition de droit interne et le juge y procède sur délégation de la loi (cautionnement, contribution aux charges du mariage, légitime défense, exécution en nature d'un contrat à la demande du créancier...³⁷). Cette apparente simplicité ne saurait cependant dissimuler les multiples questionnements susceptibles de se poser à propos des éléments précis à prendre en compte pour effectuer, dans le cadre de l'application de chacune des dispositions légales concernées, la « balance » prescrite par le législateur³⁸.

Apparu « dans l'ombre du contrôle conventionnel de proportionnalité », le contrôle de proportionnalité de la sanction consiste quant à lui à vérifier qu'une mesure répressive, « *quelle que soit son origine (légale, judiciaire ou conventionnelle)* », n'est pas « *disproportionnée soit au but poursuivi, soit au fait reproché (...)* »³⁹. Si ce contrôle peut au premier abord sembler connu comme étant depuis toujours au cœur de l'office du juge pénal⁴⁰, il déploie aujourd'hui ses effets bien au-delà de la matière répressive, au fil d'illustrations jurisprudentielles dont la liste ne cesse de

³⁴ Rapport du groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité, préc., p. 8 et 9. Sur la poursuite du développement de la motivation, v. notamment, postérieurement au dépôt du rapport, Civ. 1^{re}, 16 sept. 2020, n° [18-50.080](#) et n° [19-11.251](#) (établissement d'un lien de filiation conforme à la réalité biologique entre l'enfant et le parent transgenre, intérêt supérieur de l'enfant, droit au respect de la vie privée et familiale // art. 8 et 14 de la Conv. EDH) ; S. PARICARD, « [L'enfant biologique de la personne ayant changé de sexe \(suite...\) : pour rester mère, père tu deviendras !](#) », D. 2020, p. 2096 ; Civ. 1^{re}, 14 oct. 2020, n° [19-15-783](#) (action en recherche de paternité // art. 8 de la Conv. EDH) ; A. PANET, « [Irrecevabilité de l'action en recherche de paternité et droits fondamentaux](#) », Dalloz actualité, 29 oct. 2020.

³⁵ H. BARBIER, « [L'objectif de proportionnalité des sanctions contractuelles](#) », RTD civ. 2016, p. 107.

³⁶ Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, préc., p. 161.

³⁷ Pour d'autres illustrations, v. notamment dans cette revue, S. LE GAC-PECH, « La proportionnalité : une pépite mystérieuse », p. 46.

³⁸ V. par ex., sur le nouvel article 1221 du code civil issu de l'ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016, dans cette revue, G. LARDEUX, « Le contrôle de proportionnalité des sanctions en matière contractuelle », p. 96 ; G. CAUVIN, « [L'exécution forcée des contrats de construction dans le nouveau droit des obligations](#) », Gaz. Pal., 21 mai 2019, n° 353b4, p. 65.

³⁹ S. LE GAC-PECH, « Le nouvel art de juger : quand la proportionnalité s'invite dans la mise en œuvre de la règle de droit », préc.

⁴⁰ Pour une analyse de ce type de contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation, v. Y. LE BAUT, « Le contrôle de proportionnalité par la chambre criminelle de la Cour de cassation », in J.-P. AGRESTI (dir.), *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, préc., p. 157-163.

s'allonger (effets de la nullité d'un contrat de construction de maison individuelle⁴¹, clauses pénales testamentaires⁴², sanctions prononcées à l'encontre des dirigeants sociaux dans le cadre d'une procédure collective⁴³...). Non systématique et exercé tantôt par référence aux droits et libertés conventionnellement garantis, tantôt sur le fondement des seuls textes du droit interne, il reste très difficile à cerner et mérite que l'on s'y attarde, face à son évolution récente dans la jurisprudence qui caractérise incontestablement une montée en puissance.

Disparate dans ses déclinaisons lorsqu'il est mis en œuvre par les juridictions judiciaires, déployé parallèlement par le juge administratif, par le juge constitutionnel et par le juge européen, le contrôle de proportionnalité est également caractérisé par la pluralité lorsqu'il s'agit d'aborder les problématiques qu'il soulève : dans quelle mesure modifie-t-il l'office du juge et son rapport à la loi ? Quelles conséquences son avènement en droit interne emporte-t-il sur nos modes de raisonnement et la motivation de nos décisions ? Comment s'en emparer et l'inclure dans nos pratiques, sans alimenter les critiques nombreuses formulées par ses détracteurs tenant notamment à la violation du principe de séparation des pouvoirs, à l'insécurité juridique ou encore à une rupture d'égalité des citoyens devant la loi⁴⁴ ?

Ce sont donc les contrôles de proportionnalité, appréhendés sous leurs multiples aspects et au travers des questionnements tout aussi nombreux qu'ils suscitent, que nous avons choisi d'envisager dans **la première partie de cette revue**, réunissant des réflexions générales de magistrats nationaux et européens, ainsi que d'universitaires publicistes, privatistes, et/ou spécialisés en droit européen et international.

[Mattias GUYOMAR](#), juge français à la Cour européenne des droits de l'homme, débute l'analyse par une présentation de la méthodologie de la Cour EDH dans la mise en œuvre du « contrôle du contrôle » opéré par les juridictions nationales dans le cadre de la balance des droits ou intérêts en conflit. Fondé sur la « responsabilité partagée » entre la Cour EDH et les États membres du Conseil de l'Europe pour assurer la garantie effective des droits et libertés protégés par la Conv. EDH, « ce contrôle du contrôle » participe pleinement, par son objet et ses modalités, à l'effectivité du principe de subsidiarité, mais suppose que les juridictions nationales s'attachent elles-mêmes à développer la motivation de leurs décisions conformément à la grille de raisonnement arrêtée au niveau européen, afin de conserver le plein bénéfice de la marge nationale d'appréciation reconnue aux États.

[Rebecca LEGENDRE](#), maître de conférences à l'université Paris II Panthéon-Assas, lauréate du Prix de la recherche 2019 de l'ENM pour sa thèse intitulée « Droits fondamentaux et droit international privé. Réflexion en matière personnelle et familiale »⁴⁵, revient sur la mise en œuvre par la Cour EDH du contrôle de proportionnalité dans les contentieux de droit international privé des personnes et de la famille et ses prolongements dans les jurisprudences de la Cour de cassation et du Conseil d'État,

⁴¹ Civ. 3^e, 15 oct. 2015, n° [14-23.612](#) ; D. TOMASIN, « [La démolition de la maison doit être une sanction proportionnée](#) », *RDI* 2016, p. 27 ; Civ. 3^e, 22 nov. 2018, n° [17-12.537](#) ; N. BOULLEZ, « [Nullité du CCMI, sanction de la démolition et contrôle de proportionnalité](#) », *Gaz. Pal.*, 26 févr. 2019, n° 342p9, p. 61.

⁴² Civ. 1^{re}, 13 avr. 2016, n° [15-13.312](#) ; A. TARDIF, « Le contrôle de proportionnalité des clauses pénales testamentaires », *RLDC*, sept. 2017, p. 43, n° 6344.

⁴³ Com. 17 avr. 2019, n° [18-11.743](#) ; R. VATINET, « Motivation et proportionnalité d'une mesure d'interdiction de gérer », *JCP G* 2019, p. 1482.

⁴⁴ Pour quelques illustrations d'analyses critiques, v. F. CHÉNÉDÉ, « [Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation](#) », préc. ; P. PUIG, « [L'excès de proportionnalité](#) », préc. ; M. BOUCHET, « [L'utilisation du contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation en droit pénal de fond](#) », *RSC* 2017, p. 495. En contrepoint des critiques, v. notamment, H. FULCHIRON, « [Flexibilité de la règle, souplesse du droit](#) », *D.* 2016, p. 1376.

⁴⁵ R. LEGENDRE, *Droits fondamentaux et droit international privé. Réflexion en matière personnelle et familiale*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, juill. 2020, 358 p. ; Résumé de la thèse, [site internet de l'ENM](#).

en opposant plus globalement l'impact limité du contrôle de proportionnalité sur les méthodes du droit international privé à son incidence certaine sur les solutions arrêtées en cette matière.

[Cécile BARROIS de SARIGNY](#), maître des requêtes au Conseil d'État, aborde le contrôle de proportionnalité mis en œuvre par le juge administratif qui, bien que s'étant imposé de longue date sous la forme d'un principe de proportionnalité conditionnant la légalité même de l'action de l'administration et obéissant à des modalités différentes de celui pratiqué par le juge judiciaire, a également évolué s'agissant de ses déclinaisons, de son champ d'application et de ses sources, dans le sens d'un renforcement du contrôle du juge sur les décisions et sanctions administratives.

[Alex CHAUVET](#), docteur en droit public, chargé d'enseignement à l'université de Bordeaux, examine à la lumière du droit constitutionnel le contrôle de proportionnalité tel que déployé dans la jurisprudence de la Cour de cassation et les critiques doctrinales qui ont pu lui être adressées, au travers de réflexions articulées autour des principes de séparation des pouvoirs et d'égalité devant la loi.

[Frédéric ROUVIÈRE](#), professeur à l'université d'Aix-Marseille, se questionne sur l'existence d'une méthode du contrôle de proportionnalité, en soulignant les difficultés de transposition en droit privé, et notamment en matière civile, de ce type de contrôle puisant ses racines en droit public et antérieurement pratiqué par la jurisprudence européenne, constitutionnelle et administrative, avant d'esquisser une piste de réponse pour les magistrats judiciaires.

[Christophe JAMIN](#), professeur des universités à l'École de droit de Sciences Po Paris, aborde la complexité et les enjeux liés à la conciliation du contrôle de proportionnalité avec l'office du juge et son rapport à la loi tels que pensés par les professeurs et juristes auteurs du renouveau de la pensée juridique au tournant du XX^{ème} siècle, alors « *en quête d'objectivité* » chez les interprètes de la règle de droit.

Enfin, [Sophie LE GAC-PECH](#), maître de conférences à l'université de Lille, termine cette première partie par une contribution consacrée aux multiples visages du contrôle de proportionnalité le rendant en l'état hermétique à toute tentative de systématisation, sans que cet obstacle ne doive cependant écarter les juges de la recherche d'équilibre qui le sous-tend, inhérente à la fonction de juger et à l'œuvre de justice.

La deuxième partie de la revue est exclusivement consacrée au contrôle de proportionnalité au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, envisagé comme dernière étape du contrôle de conventionnalité de la norme⁴⁶, et met en lumière les travaux et analyses de la Cour de cassation, dont le rôle déterminant dans les réflexions et constructions méthodologiques en cours relatives au contrôle de proportionnalité a déjà été souligné.

[Vincent VIGNEAU](#), conseiller à la première chambre civile de la Cour de cassation et professeur associé à l'université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines, propose tout d'abord une étude consacrée à la proportionnalité dans la recherche de la preuve en matière civile, au travers d'une analyse de sa mise en œuvre dans la jurisprudence de la Cour de cassation intervenue au cours des dernières années, notamment aux visas des articles 6 et 8 de la Conv. EDH.

[Agnès MARTINEL](#), conseillère-doyen de la section de la procédure civile de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, aborde dans sa contribution le contrôle de proportionnalité en matière processuelle et, après avoir précisé les instruments et méthodes dudit contrôle au regard des

⁴⁶ Cf. *supra*.

spécificités des « droits de procédure », revient notamment sur ses applications jurisprudentielles les plus récentes s'agissant de l'accès au juge d'appel et des règles instaurant des délais de procédure.

Au regard de l'importance de cet outil d'aide à la rédaction pour les magistrats judiciaires, sont reproduits dans cette revue des [extraits du Memento du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales](#) de décembre 2018 correspondant aux trames générales de rédaction proposées à cette date par la Commission de mise en œuvre de la réforme de la Cour de cassation. Comme déjà indiqué, ces propositions contenues dans le corps du memento sont complétées par des annexes numérotées 1 à 4 déclinant, à la lumière de la jurisprudence de la Cour EDH et de celle de la Cour de cassation, les différentes étapes du contrôle de conventionnalité et des trames-type en fonction de la disposition de la Conv. EDH invoquée au soutien du moyen d'inconventionnalité⁴⁷.

Enfin, le *Rapport du groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité*, dernière production de la Cour de cassation diffusée sur son site internet au mois d'octobre 2020⁴⁸, est présenté par [Alain LACABARATS](#), président de chambre honoraire à la Cour de cassation, qui revient dans sa contribution sur la chronologie des travaux de la Cour tendant à l'élaboration d'une méthode du contrôle de proportionnalité, avant d'envisager les lignes directrices dégagées par le groupe de travail aux fins d'adaptation de ladite méthode à l'office du juge de cassation et les différentes préconisations formulées pour poursuivre la réflexion sur le contrôle de conventionnalité (présentation des arrêts de la Cour, motivation enrichie, suivi des jurisprudences des différentes chambres, poursuite des relations avec les Cours européennes et du dialogue avec les partenaires et interlocuteurs de la Cour de cassation – avocats, universitaires, cours d'appel et tribunaux, ENM...).

La troisième partie de la revue est dédiée aux autres types de contrôles de proportionnalité et aborde les deux déclinaisons particulières dudit contrôle précédemment justifiées.

Le contrôle de proportionnalité d'origine légale tout d'abord, dont la simplicité tenant à sa prescription par la règle de droit interne n'est en réalité qu'apparente, ainsi que le révèle l'abondante jurisprudence intervenue, pour chacune des dispositions concernées, afin d'en préciser les critères et les contours.

[Marie-Christine SORDINO](#), professeur à l'université de Montpellier, nous en fournit une illustration en droit pénal dans une contribution consacrée au contrôle de proportionnalité imposé par la loi en matière de faits justificatifs, au sein de laquelle sont abordées, à l'aune de décisions rendues tant par les juridictions du fond que par la chambre criminelle de la Cour de cassation, les frontières de la proportionnalité dans la mise en œuvre de la légitime défense, de l'état de nécessité et de la protection du lanceur d'alerte introduite à l'article 122-9 du code pénal par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016⁴⁹.

[Séverine CABRILLAC](#), professeur à l'université de Montpellier, a accepté de se livrer au même exercice en droit civil, en analysant les modalités d'appréciation de la proportionnalité du cautionnement sur le fondement des articles L. 332-1 et L. 343-1 du code de la consommation, dont la lettre a été, au fil des espèces, éclairée par les précisions apportées par la jurisprudence s'agissant

⁴⁷ *Memento du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, déc. 2018, [site internet de la Cour](#), préc. : annexe 1 (pp. 25-49) – art. 6, § 1, de la Conv. EDH ; annexe 2 (pp. 50-80) – art. 8 de la Conv. EDH ; annexe 3 (pp. 81-108) – art. 10 de la Conv. EDH ; annexe 4 (pp. 109-128) – art. 1^{er} du Protocole additionnel n° 1 à la Conv. EDH.

⁴⁸ *Rapport du groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité*, juin 2020, [site internet de la Cour](#).

⁴⁹ Loi n° [2016-1691](#) du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, spéc. art. 6 et 7.

des éléments devant être pris en compte pour effectuer la balance légale entre « *l'engagement* » de la caution et « *ses biens et revenus* »⁵⁰.

Le contrôle de proportionnalité de la sanction ensuite, est envisagé au travers de certains de ses domaines d'application et de l'une des principales conséquences pratiques de son développement, sous l'influence notamment de la jurisprudence de la Cour EDH, tenant à un renforcement de l'exigence de motivation des décisions de justice.

[Gwendoline LARDEUX](#), professeur à l'université d'Aix-Marseille, analyse dans sa contribution le contrôle de proportionnalité des sanctions en cas d'inexécution contractuelle dont la forte progression a été consacrée par la réforme du droit des contrats opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, en proposant une grille lecture des divers degrés d'exercice du contrôle de proportionnalité judiciaire contenus dans les dispositions légales nouvelles, à la lumière du principe de la force obligatoire des conventions.

[Romain BOFFA](#), professeur à l'université Paris-Est Créteil, aborde le contrôle de proportionnalité de la sanction de l'atteinte au droit de propriété (immobilière et intellectuelle : empiètement, occupation illicite du bien d'autrui, contrefaçon de droits d'auteur) et, après avoir dressé un état des lieux du droit positif au regard des arrêts récents de la Cour de cassation, s'essaie à quelques prévisions quant aux possibles évolutions à venir de la jurisprudence en la matière.

[Éric CAMOUS](#), procureur de la République près le tribunal judiciaire de Narbonne, revient sur le contrôle de proportionnalité en matière de saisies et confiscations pénales, dont les multiples nuances en termes d'intensité, progressivement dégagées par la chambre criminelle de la Cour de cassation, illustrent la recherche constante d'un équilibre entre la nécessité de lutter contre les profits illicites et le respect du droit de propriété.

[Bruno LAVIELLE](#), conseiller à la chambre criminelle de la Cour de cassation et [Marie-Christine DAUBIGNEY](#), conseillère à la chambre commerciale de la Cour de cassation, tous deux membres du groupe de travail ENM sur la rédaction du jugement correctionnel, consacrent leur contribution à la motivation de la proportionnalité de l'infraction et de la peine dans le jugement pénal. Si le contrôle de proportionnalité de la sanction prononcée, lié aux principes de nécessité et d'individualisation des peines, est depuis toujours inhérent à l'office du juge pénal, celui-ci a connu un nouveau développement par la généralisation de l'obligation de motivation des peines, qui doit notamment conduire le juge à expliciter la manière dont ledit contrôle a été effectué. Consciente de ces impératifs en termes de motivation, qui s'appliquent non pas seulement à la peine mais également à la régularité de la procédure et à l'infraction, l'École nationale de la magistrature a constitué en avril 2018 un groupe de travail interfonctionnel dont les travaux ont permis l'élaboration d'une trame de jugement correctionnel diffusée en intégralité au mois de septembre 2020⁵¹. Dans la suite de la mise en ligne de cet outil technique de rédaction à destination des greffiers et magistrats, nos contributeurs reviennent sur les réflexions théoriques, l'étude des dispositions légales applicables et l'analyse de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, du Conseil constitutionnel et de la chambre criminelle de la Cour de cassation en matière de motivation des jugements pénaux ayant présidé à son élaboration.

⁵⁰ Pour une application du contrôle de proportionnalité au regard de la Conv. EDH au cautionnement, v. Com. 21 oct. 2020, n° [19-11.700](#) (sanction de la nullité du cautionnement dont la mention manuscrite n'est pas conforme à celle prévue par la loi // droit de l'établissement de crédit prêteur au respect de ses biens garanti par l'article 1^{er} du Protocole additionnel n° 1 à la Conv. EDH) ; J.-D. PELLIER, « [Cautionnement et Convention européenne des droits de l'homme](#) », *Dalloz actualité*, 3 nov. 2020.

⁵¹ La trame de jugement correctionnel ([TRAMETC2020](#)) est accessible sur le [site intranet de l'ENM](#).

La première présidente de la Cour de cassation [Chantal ARENS](#) conclut cette revue en revenant sur la nature du contrôle opéré par la Cour de cassation et son office dans l'exercice du contrôle de conventionnalité *in abstracto* et *in concreto*, ainsi que sur les objectifs des travaux jusqu'alors menés à la Cour tendant en particulier à fournir aux juges du fond une méthodologie précise et les grandes lignes de la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité. Au titre des travaux restant à venir, est notamment annoncée la création d'un comité de suivi du contrôle de proportionnalité, dans la suite du groupe de travail animé par la présidente Anne-Marie BATUT, afin de mettre en application les propositions formulées dans le rapport diffusé au mois d'octobre 2020⁵².

Nous remercions la Cour de cassation pour son investissement dans l'élaboration de ce numéro de la revue qui participe de sa volonté, démontrée depuis l'origine de ses travaux, de dialogue et d'échanges avec les juridictions du fond, les auxiliaires de justice et les partenaires institutionnels en vue de parvenir à « *dégager progressivement une "doctrine de la proportionnalité"* »⁵³.

Nous remercions nos contributeurs magistrats et universitaires d'avoir accepté de croiser leurs analyses sur le contrôle de proportionnalité qui, par ses multiples aspects, concerne tous les ordres de juridiction, nationaux et supranationaux, et l'ensemble de la doctrine quelle que soit sa spécialité. La richesse de leurs études et les différents regards portés sur ce sujet, pourtant déjà largement exploré par plusieurs d'entre eux, démontrent que le contrôle de proportionnalité n'est pas prêt de cesser de mobiliser la communauté des juristes.

Démarrés avec l'ambition de fournir des outils, les travaux menés dans ce cadre de ce numéro de la Revue Justice Actualités aboutissent davantage à un état des lieux de l'existant, tant les réflexions à venir et précisions à apporter restent nombreuses pour aboutir à une véritable théorie du contrôle de proportionnalité. Nous espérons néanmoins, chers collègues, chers lecteurs, que ce numéro vous permettra de le cerner davantage et de vous l'approprier, afin de contribuer par vos pratiques et vos études à la poursuite de sa construction, dont l'une des caractéristiques au moins semble dès à présent définitivement figée : celle tenant à une modification profonde de notre office.

⁵² Rapport du groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité, préc., [site internet de la Cour](#).

⁵³ Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, avr. 2017, proposition 36 préc., p. 170, [site internet de la Cour](#).

LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, GARANTE DU RESPECT DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ : LE « CONTRÔLE DU CONTRÔLE »

Par

Mattias GUYOMAR

Juge à la Cour européenne des droits de l'homme élu au titre de la France

Les tensions entre activisme et retenue judiciaires qui sont inhérentes à l'exercice de la fonction juridictionnelle prennent un relief particulier lorsqu'elles se manifestent au sein d'une juridiction internationale. En effet, elles y concernent non seulement les rapports entre le pouvoir judiciaire et les autres pouvoirs constitués mais aussi les relations entre la juridiction internationale et les juridictions internes. C'est dans cette double perspective que doit être comprise la notion cruciale de déférence.

S'agissant de la Cour européenne des droits de l'homme, ces tensions s'inscrivent dans le cadre de la « responsabilité partagée » entre celle-ci et les États membres du Conseil de l'Europe pour assurer la garantie effective des droits et libertés protégés par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La clef de voûte du système conventionnel est le principe de subsidiarité qui fait des autorités nationales les premières garantes du respect de la Convention. D'un point de vue procédural, il se traduit par la règle de l'épuisement des voies de recours internes, préalable nécessaire à la saisine de la Cour. D'un point de vue matériel, il renvoie à la marge nationale d'appréciation dont jouissent les États dans la mise en œuvre de la Convention. Celle-ci est variable selon la nature des droits en cause et, le cas échéant, l'existence d'un consensus parmi les États parties à la Convention. Sur cette question, la distinction entre « *absolute rights* », les droits indérogeables, et « *qualified rights* », les droits dérogeables dont l'exercice est encadré, est cardinale. Le contrôle de la proportionnalité des ingérences dans l'exercice de ces derniers constitue un instrument commun aux juridictions internes et à la Cour européenne qui traduit la convergence de leurs grilles de contrôle et garantit la complémentarité de leurs rôles respectifs.

Les articles 8 à 11 de la Convention, dont le premier paragraphe pose le droit protégé et le second prévoit expressément la possibilité d'y apporter des restrictions, constituent le terrain privilégié pour l'exercice du contrôle de proportionnalité. Mais celui-ci peut aussi être mobilisé lorsque sont en jeu d'autres droits protégés par la convention et ses protocoles, tel le droit au respect des biens garanti par l'article premier du premier protocole additionnel. Il trouve également sa place, y compris s'agissant des droits indérogeables protégés par les articles 2 et 3, lorsque sont en jeu non des ingérences actives mais ce qu'il est convenu de qualifier d'« ingérences passives », c'est-à-dire des manquements aux obligations positives qu'implique le respect de ces droits : le contrôle de proportionnalité ne porte pas, dans pareil cas, sur la limitation apportée à l'exercice d'un droit mais sur l'obligation mise à la charge des États pour en garantir, notamment dans les rapports horizontaux entre particuliers, le respect effectif.

Dans son économie la plus classique, le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour européenne correspond à un test en trois temps clairement balisés : l'ingérence en litige est-elle prévue par la loi ? ; poursuit-elle un but légitime ? ; revêt-elle un caractère proportionné ? Le troisième temps du contrôle porte sur l'appréciation de la nécessité de l'ingérence dans une société démocratique. C'est à ce stade que s'effectue l'opération de mise en balance qui conduit la Cour à rechercher si l'atteinte portée au droit en cause est ou non proportionnée au but légitime poursuivi.

I. APPROCHES GÉNÉRALES DES CONTRÔLES DE PROPORTIONNALITÉ

Même si le principe de proportionnalité « se rencontre dans tous les systèmes juridiques et irradie toutes les sphères du droit » car il « représente une constante consubstantielle à la fonction de juger », ainsi que le relève David SZYMCZAK¹, le constat dressé par Édouard DUBOUT est incontestable : « la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a compté parmi les principaux vecteurs de diffusion de la culture de la proportionnalité en Europe »². L'influence de la Cour européenne se traduit par l'appropriation croissante, par les juridictions nationales, du mode de contrôle de proportionnalité consacré par sa jurisprudence qui fournit un modèle d'autant plus attractif que les secondes sont susceptibles de faire l'objet de la supervision de la première. Du mimétisme judiciaire spontané à la réception plus ou moins contrainte, le contrôle de proportionnalité nourrit toutes les formes possibles du dialogue des juges.

La période actuelle se caractérise par une évolution des modalités du contrôle exercé par la Cour européenne en la matière, magistralement présentée par son président, Robert SPANO, dans un article paru à *Human Rights Law Review* en 2016, « *The future of ECHR. Subsidiarity, process-based review and the Rule of law* ».

Le « *process-based review* » se rattache à une technique de contrôle qui se traduit par l'examen du processus décisionnel et la vérification de l'existence, au niveau de l'État défendeur, d'une « *procédure raisonnable de décision* »³. Dans ce cadre, le contrôle de la Cour porte davantage sur la qualité de la procédure nationale de décision que sur la substance du résultat obtenu. Ce contrôle traduit le passage d'une évaluation directe par la Cour de la conventionnalité de la mesure litigieuse à la vérification que les enjeux ont été correctement appréhendés par les autorités nationales, c'est-à-dire conformément aux obligations des États parties à la Convention telles qu'elles résultent de sa jurisprudence. Ce faisant, il contribue pleinement à la mise en œuvre du principe de subsidiarité. Un tel examen est susceptible d'être mené sur toutes les procédures conduites par les autorités nationales : législatives, administratives comme juridictionnelles.

Dans la majorité des cas, le « *process-based review* » renvoie à l'hypothèse dans laquelle la Cour exerce son contrôle sur la manière dont les juridictions internes ont, pour leur part, contrôlé le respect des droits protégés par la Convention : il correspond à un « contrôle du contrôle ».

Ce « contrôle du contrôle », qui suppose que les juges nationaux ont été mis à même d'apporter une réponse adéquate à la situation litigieuse, ne peut valablement s'exercer que si la règle de l'épuisement des voies de recours internes a complètement été respectée, c'est-à-dire que le requérant a non seulement exercé toutes les voies de recours effectives (accessibles, adéquates et suffisantes) mais aussi soulevé devant l'instance compétente, au moins en substance, le ou les griefs qu'il entend soumettre à la Cour. Ce pré-requis, d'ordre procédural, s'accompagne d'une auto-limitation de la part de la Cour qui se manifeste sous la forme du principe de « non substitution » consacré par la jurisprudence *Von Hannover* : « *Dans l'exercice de son pouvoir de contrôle, la Cour n'a point pour tâche de se substituer aux juridictions nationales, mais il lui incombe de vérifier, à la lumière de l'ensemble de l'affaire, si leurs décisions se concilient avec les dispositions de la Convention invoquées* »⁴. Ce principe renvoie, pour une large part, à la doctrine dite de « la

¹ D. SZYMCZAK, « Le principe de proportionnalité comme technique de conciliation des droits et libertés en droit européen », in *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruylant, 2012.

² É. DUBOUT, « Le côté obscur de la proportionnalité », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, LexisNexis, 2018.

³ Voir notamment sur la question l'article du professeur Javier GARCIA ROCA, « Déférence internationale, imprécision de la marge nationale d'appréciation et procédure raisonnable de décision », *RTDH* 2020, n° 121, p. 71.

⁴ CEDH, 7 févr. 2012, *Von Hannover c/ Allemagne* n° 2 (GC), nos [40660/08](#) et [60641/08](#).

I. APPROCHES GÉNÉRALES DES CONTRÔLES DE PROPORTIONNALITÉ

quatrième instance »⁵ en vertu de laquelle la Cour, qui n'est pas une juridiction d'appel, de cassation ou de révision par rapport aux juridictions internes, se refuse, en principe – seules sont réservées les solutions « *arbitraires* » ou « *manifestement déraisonnables* » –, à apprécier elle-même les éléments de fait, à établir ou évaluer les preuves ou à interpréter le droit interne.

Dans le cadre du « *process-based review* », la Cour exerce le contrôle de proportionnalité non directement mais au travers du prisme de celui qu'ont exercé les juridictions internes. Dans cette perspective, les arrêts de violation se fondent non sur la divergence des appréciations de fond mais sur le constat d'une application inadéquate de la Convention et des standards dégagés par la jurisprudence de la Cour. Il ne s'agit toutefois pas d'une totale « procéduralisation » du contrôle de la Cour. Dans tous les cas, subsiste en effet un contrôle de fond résiduel qui consiste à vérifier que la solution adoptée par les juridictions internes ne revêt pas un caractère manifestement déraisonnable. Mais, lorsque la Cour relève que la balance des intérêts en jeu a correctement été effectuée au plan interne, il faut de « *sérieuses raisons* » pour qu'elle substitue son appréciation à celle des juridictions nationales. Il s'agit là de la manifestation de la marge nationale d'appréciation dont bénéficient les États lorsque sont en cause des « *qualified rights* ».

S'agissant du principe de « non substitution », Robert SPANO explique, dans son article précité, que : « *The purpose of this [...] crucial element in the Court's process-based review mechanism is domestically to incentivise national judges to engage forcefully with embedded principles when having to undertake the often complicated assessment of legality, legitimate and necessity under the limitation clauses of qualified Convention provisions* ».

Ce mode de contrôle a vocation à engendrer un cercle vertueux dans les rapports entre la Cour européenne et les juridictions nationales. À la première, il incombe de fournir aux secondes un mode d'emploi clair, précis et opérationnel afin de leur permettre de s'approprier sa grille de contrôle. Il a souvent été reproché à la Cour l'impressionnisme et l'inconstance de sa jurisprudence ainsi que l'absence d'orientations générales clairement définies pourtant indispensables à la complète réception, dans les ordres juridiques internes, des exigences attachées au respect des droits protégés par la Convention. Le dialogue des juges suppose en effet, pour être fructueux, que les interactions entre les jurisprudences s'inscrivent dans un cadre respectueux de la sécurité juridique. Les efforts déployés par la Cour, depuis plusieurs années, pour conférer à sa jurisprudence davantage de lisibilité et, partant, plus de prévisibilité à son application sont notables. Des affaires sont délibérément portées devant la Grande chambre afin de fixer un cadre cohérent pour l'interprétation et l'application de la Convention. Y sont définies, dans toute la mesure qu'autorisent les caractéristiques des régimes prétoriens, les modalités du contrôle : portée des droits en cause et des obligations qui en découlent ; détermination des étapes du raisonnement à suivre ; typologie des critères pertinents à mobiliser pour apprécier le respect des exigences résultant de la Convention telle qu'interprétée par la Cour ; description de l'opération de mise en balance. Les exemples abondent d'une telle élaboration de véritables grilles de contrôle qu'il s'agisse de l'article 8 (*Üner c/ Pays-Bas* du 18 octobre 2006 en ce qui concerne l'éloignement des étrangers⁶ ; *Barbulescu c/ Roumanie* du 5 septembre 2017 en ce qui concerne les mesures de contrôle des communications des employés⁷), l'article 10 (*Von Hannover n° 2* précité ou encore *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c/ France* du 10 novembre 2015 en ce qui concerne le conflit entre liberté d'expression et respect de la vie privée⁸ ; *Bédard c/ Suisse* du 29 mars 2016 en ce qui concerne la liberté de la presse

⁵ Même si la doctrine de « la quatrième instance » a pour terrain privilégié l'article 6 § 1 relatif au droit au procès équitable (voir notamment *Bochan c/ Ukraine* (GC) du 5 février 2015, n° [22251/08](#)), elle s'applique quel que soit le domaine juridique où s'est noué le litige au niveau national et quel que soit le droit en cause.

⁶ CEDH, 18 oct. 2006, *Üner c/ Pays-Bas*, n° [46410/99](#).

⁷ CEDH, 5 sept. 2017, *Barbulescu c/ Roumanie*, n° [61496/08](#).

⁸ CEDH, 7 févr. 2012, *Von Hannover c/ Allemagne n°2* (GC), nos [40660/08 et 60641/08](#) ; 10 nov. 2015, *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c/ France* (GC), n° [40454/07](#).

I. APPROCHES GÉNÉRALES DES CONTRÔLES DE PROPORTIONNALITÉ

en matière judiciaire⁹) ou encore de l'article 6 (par exemple *Ibrahim c/ Royaume-Uni* du 13 septembre 2016 en ce qui concerne la procédure pénale¹⁰).

Ces efforts méthodologiques visent à fournir aux juridictions nationales les instruments juridictionnels qui leur permettent, à leur tour et à leur place, d'exercer le contrôle de proportionnalité en important, dans l'ordre interne, la grille de contrôle conçue par la Cour tout en conservant le bénéfice de la marge nationale d'appréciation. La procédure de demande d'avis consultatif instituée par le Protocole n° 16 constitue un nouvel outil de coopération juridictionnelle qui dote la Cour de la possibilité de fixer, à la demande d'une juridiction interne, le cadre juridique dans lequel le litige pendant devant elle doit être tranché. Certes, ces avis ne sont pas contraignants pour les juridictions qui les ont sollicités. Mais il est indéniable qu'en pratique, celles-ci seront incitées à faire application des éléments de réponse apportés par la Cour sur la question de principe qui lui aura été posée et à suivre, qu'il s'agisse de l'interprétation ou de l'application de la Convention, la grille méthodologique fournie par l'avis consultatif. Cette nouvelle procédure est donc de nature à conforter et alimenter le mécanisme du « *process-based review* ».

Du point de vue des juridictions internes, le « contrôle du contrôle », en déplaçant l'objet de la supervision exercée par la Cour, invite à un effort redoublé de restitution du raisonnement ayant conduit à la solution qu'elles ont retenue. Il importe en effet non seulement qu'elles connaissent et appliquent la grille de contrôle pertinente pour régler l'affaire portée devant elles mais aussi qu'elles donnent à voir, de la manière la plus complète possible, le chemin suivi pour ce faire. S'agissant du contrôle de proportionnalité, une telle restitution ne soulève généralement guère de difficulté pour des juges nationaux qui sont rompus à l'exercice de ce contrôle qui est apparu et s'est développé dans un grand nombre d'ordres juridiques des États membres du Conseil de l'Europe bien avant l'entrée en vigueur de la convention européenne.

Le « *process-based review* » comporte ainsi une dimension de contrôle formel au titre duquel la Cour attend des juridictions nationales une « *motivation circonstanciée* » ou encore des « *décisions dûment motivées* », pour reprendre des termes fréquemment utilisés dans ses arrêts. Ce faisant, son contrôle consiste à vérifier non pas directement le bien-fondé de la solution mais si celle-ci repose sur « *des motifs pertinents et suffisants* ». C'est pourquoi il est souhaitable, lorsque les juridictions internes exercent le contrôle de proportionnalité dans le champ de la Convention, qu'elles déroulent, autant qu'il est possible, les étapes successives de leur raisonnement. Afin d'assurer la traçabilité de la solution adoptée, il leur revient de marquer les trois temps du contrôle rappelés ci-dessus et, en particulier, s'agissant de l'opération de mise en balance de recourir à la batterie de critères dégagée par la Cour, le cas échéant, en expliquant pourquoi certains d'entre eux n'apparaissent pas pertinents au cas d'espèce ou en justifiant d'en mobiliser de nouveaux. L'application de cette « majeure », dont le juge national assure la réception dans l'ordre juridique interne, aux faits de l'espèce (la « mineure ») conduit, au terme de l'exercice de pesée, à qualifier l'ingérence litigieuse de proportionnée ou de disproportionnée. Si l'on tente l'analogie avec les catégories de contrôle propres au système juridique français, il n'est pas hors de portée de présenter l'économie générale du « *process-based review* » comme comportant, outre le contrôle formel décrit plus haut, celui de l'erreur de droit (vérification de la correcte application de la grille de contrôle) mais excluant, en principe, celui de la qualification juridique des faits, le contrôle de fond résiduel s'apparentant, pour sa part, à celui de l'erreur manifeste d'appréciation ou de la dénaturation.

Les arrêts *Bédât c/ Suisse* précité ou *Lopez Ribalda et autres c/ Espagne*¹¹ illustrent, parmi d'autres, le mode opératoire retenu par la Cour qui consiste à rappeler les principes généraux

⁹ CEDH, 29 mars 2016, *Bédât c/ Suisse*, n° [56925/08](#).

¹⁰ CEDH, 13 sept. 2016, *Ibrahim et autres c/ Royaume-Uni* (GC), nos [50541/08](#), [50571/08](#), [50573/08](#) et [40351/09](#).

¹¹ CEDH, 17 oct. 2019, *Lopez Ribalda et autres c/ Espagne* (GC), n° [1874/13](#) et [8567/13](#).

I. APPROCHES GÉNÉRALES DES CONTRÔLES DE PROPORTIONNALITÉ

dégagés par sa jurisprudence puis à vérifier, s'agissant du cas d'espèce, la manière dont les juridictions nationales en ont fait application. Au terme d'une confrontation entre sa propre jurisprudence et les standards qui s'en évincent et l'usage qu'ont fait les juridictions internes de la batterie de critères qu'elle consacre (le paragraphe 122 de l'arrêt précité *Lopez Ribalda* l'énonce expressément : la Cour « vérifiera la manière dont ces juridictions [les juridictions internes] ont pris en compte les critères qu'elle a énoncés ci-dessus lorsqu'elles ont procédé à la mise en balance [des différents intérêts en jeu] »), la Cour décide si est caractérisée ou non la violation du droit en cause invoquée devant elle. Si, d'une part, la motivation des décisions du juge interne révèle la correcte application des critères pertinents et, d'autre part, la Cour estime que les appréciations que celui-ci a portées au cas d'espèce ne peuvent passer pour déraisonnables, la conclusion s'impose : la Cour n'aperçoit aucune raison sérieuse de remettre en cause ces dernières. Le paragraphe 82 de l'arrêt *Bédat c/ Suisse* précité est emblématique d'un tel « contrôle du contrôle » : après avoir successivement examiné comment le Tribunal fédéral suisse avait fait application de l'ensemble des critères pertinents pour apprécier la proportionnalité de l'ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression et estimé, pour chacun d'entre eux, qu'il n'existait aucune raison de substituer son propre avis au sien, la Cour conclut : « Au vu de ce qui précède, et compte tenu de la marge d'appréciation dont disposent les États et du fait que l'exercice de mise en balance des différents intérêts en jeu avait été valablement effectué par le Tribunal fédéral, la Cour conclut qu'il n'y a pas eu de violation de l'article 10 de la Convention ».

Afin de contribuer pleinement à l'exercice de la « responsabilité partagée », les juridictions nationales doivent comprendre pourquoi la Cour s'attache à vérifier, lorsqu'elles exercent le contrôle de proportionnalité, qu'elles justifient, par la motivation de leurs décisions, de la recherche et des conditions de détermination du juste équilibre selon les modalités de contrôle qu'elle a fixées, au titre de la mission d'harmonisation qui lui est confiée. Loin de révéler un activisme judiciaire de la part de la Cour européenne qui s'érigerait en censeur des bonnes mœurs juridictionnelles, cette exigence traduit la retenue de cette dernière et sa déférence à l'égard des solutions retenues par les juridictions internes qui doivent pouvoir, conformément au principe de subsidiarité, assumer pleinement leurs responsabilités juridictionnelles en bénéficiant, dès lors qu'elles respectent le cadre de contrôle arrêté au niveau européen, de la marge nationale d'appréciation qui leur est reconnue pour assurer la protection effective des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

LE CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ DANS LES CONTENTIEUX DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE

Par

Rebecca LEGENDRE

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

La confrontation des droits de l'homme au droit international privé ne date pas d'hier. Dès 1950, Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE y voyait un renouveau du *jus gentium* de nature à réduire les disparités entre les ordres juridiques étatiques et à faciliter leur coordination¹. La judiciarisation des droits de l'homme et l'affermissement de la hiérarchie des normes ont, depuis, multiplié les occasions de confrontation. Mais malgré l'enthousiasme de Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, les droits fondamentaux ont d'abord été mobilisés par la jurisprudence française pour s'opposer à l'application d'une loi étrangère² ou à la reconnaissance d'un jugement étranger³. Naturellement, la Cour européenne des droits de l'homme a également été amenée à se prononcer sur les contentieux civils internationaux. Ses décisions, de plus en plus nombreuses en droit international privé des personnes et de la famille, participent au contraire à la libéralisation de la discipline et promeuvent la reconnaissance des situations créées à l'étranger. Mais elles ont surtout conduit les internationalistes et la jurisprudence française à s'intéresser au contrôle de proportionnalité.

Technique de réalisation des droits de l'homme, la proportionnalité a longtemps été ignorée en droit international privé⁴. Elle seule, pourtant, donne véritablement un sens aux droits de l'homme et détermine leurs effets. Bien que le contrôle de proportionnalité des atteintes aux droits fondamentaux ne fasse pas l'objet d'une règle établie, il est généralement admis qu'il recouvre trois exigences : l'adéquation, la nécessité et la proportionnalité *stricto sensu*. La dernière exigence du triptyque systématisé par le Professeur ALEXY⁵ est de loin la plus décisive. Elle invite à mettre en balance les intérêts concurrents. Ainsi défini, le contrôle de proportionnalité se laisse observer dans la jurisprudence européenne et, récemment, dans la jurisprudence française. Depuis un arrêt très

¹ P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, « La Déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international privé français » in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle. Études offertes à Georges RIPERT*, 1950, p. 255 et s.

² V. not. CA Paris, 14 juin 1994, *Rev. crit. DIP* 1995, p. 308, note Y. LEQUETTE.

³ V. not. Civ. 1^{re}, 17 févr. 2004, 5 espèces, *D.* 2004, p. 824, concl. F. CAVARROC, p. 815, chron. P. COURBE ; *Gaz. Pal.* 2004, n° 248, p. 27, 33 et 34, note M.-L. NIBOYET ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 423, note P. HAMMIE, *RTD. civ.* 2004, p. 367, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *JDI* 2004, p. 1200, note L. GANNAGÉ.

⁴ V. cependant la thèse de T. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Collection des Thèses de l'Université de Varenne, 2014. L'auteur restreint toutefois son analyse aux libertés de circulation du droit de l'Union européenne et n'envisage pas la proportionnalité dans le cadre de l'application des droits fondamentaux aux contentieux civils internationaux. La perspective d'une réforme de la Cour de cassation conduit néanmoins les internationalistes à s'intéresser davantage au contrôle de proportionnalité : P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « Contrôle de proportionnalité et neutralisation de la loi par le juge judiciaire en cas de violation des droits de l'homme (fertilisation croisée du droit international privé et du droit interne) » in *Études à la mémoire de Philippe Neau Leduc – Le juriste dans la cité*, LGDJ, 2018, p. 1031 et s. ; S. GODECHOT-PATRIS, « Le contrôle de proportionnalité devant la Cour de cassation. Quelles conséquences en droit international privé ? », in *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières – Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, LGDJ/Iprolex, 2018, p. 767 et s.

⁵ R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2002. Cet auteur n'a pas été le premier et le seul à analyser les trois exigences de la règle de la proportionnalité mais ses travaux les ont considérablement approfondies et clarifiées si bien qu'ils constituent, aujourd'hui, une référence incontournable sur la question.

remarqué⁶, la Cour de cassation et, dans son prolongement, le Conseil d'État⁷ se sont en effet appropriés le contrôle de proportionnalité opéré par les cours supranationales et constitutionnelles. Au contrôle abstrait de conventionalité de la loi s'adjoint désormais un contrôle concret de sa proportionnalité. Ce dernier se distingue du premier en ce qu'il a pour objet d'évaluer, non pas tant la teneur abstraite de la loi, que son application concrète au cas d'espèce.

Naturellement, le contrôle de proportionnalité a trouvé un terrain d'élection dans les contentieux internationaux des personnes et de la famille. L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme est en effet régulièrement invoqué pour neutraliser les règles de droit international privé et les solutions qui en découlent. D'où l'on voit que le contrôle de proportionnalité a un potentiel perturbateur considérable. Son influence sur la discipline reste toutefois à démontrer. C'est ce à quoi nous nous emploierons, succinctement, dans les développements qui suivent en nous appuyant sur les contentieux civils internationaux des personnes et de la famille⁸. Aussi sera-t-il successivement démontré que le contrôle de proportionnalité a une incidence limitée sur les méthodes du droit international privé (I) mais une incidence prononcée sur ses solutions (II).

I – L'incidence limitée du contrôle de proportionnalité sur les méthodes du droit international privé

Les méthodes du droit international privé sont, dans une large mesure, épargnées par le contrôle de proportionnalité.

Le contrôle de proportionnalité ne peut, d'abord, pas être assimilé à l'une ou l'autre des méthodes de droit international privé. Le contrôle de proportionnalité n'a pas pour objet de déterminer la loi applicable à une relation privée internationale ou les conditions de régularité des jugements étrangers. Il a pour fonction d'évaluer si le résultat auquel conduit la mise en œuvre des règles de droit international privé est conforme aux droits fondamentaux, autrement dit, si ce résultat est adéquat, nécessaire et proportionné *stricto sensu*. De même, le contrôle de proportionnalité doit être distingué de l'exception d'ordre public international. Le champ d'intervention du contrôle de proportionnalité est en effet bien plus large que celui de l'exception de droit international privé. L'exception d'ordre public international a seulement pour objet de s'opposer à l'application d'une loi étrangère ou à la reconnaissance d'un jugement étranger alors que le contrôle de proportionnalité peut conduire à écarter toute norme qui méconnaîtrait les droits fondamentaux, c'est-à-dire aussi bien les normes françaises, incluant les règles matérielles et les règles de droit international privé, que les normes étrangères. Du reste, l'exception d'ordre public international vise à garantir les principes essentiels du droit français, là où le contrôle de proportionnalité des atteintes aux droits fondamentaux est censé protéger la personne humaine, indépendamment des conceptions nationales des ordres juridiques en conflit. Ces différences entre le contrôle de proportionnalité et les méthodes et mécanismes de droit international privé ont des répercussions pratiques. Elles supposent que le contrôle de proportionnalité soit mis en œuvre indépendamment et, de préférence, postérieurement à l'intervention des méthodes et mécanismes du droit international privé et, notamment, de l'exception d'ordre public international. Cette

⁶ Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° [12-26.066](#), D. 2014, p. [179](#), note F. CHÉNÉDÉ ; p. [153](#), point de vue H. FULCHIRON ; p. [1342](#), obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU et 2017, p. [123](#), chron. V. VIGNEAU ; *AJ fam.* 2014, p. [124](#), obs. S. THOURET ; *RTD civ.* 2014, p. [88](#), obs. J. HAUSER et p. [307](#), obs. J.-P. MARGUÉNAUD.

⁷ CE, 31 mai 2016, *Gonzalez-Gomez*, n° [396848](#), Lebon ; *RTD civ.* 2016, p. [578](#), obs. P. DEUMIER ; *ibid.*, [600](#) et [834](#), obs. J. HAUSER ; *AJDA* 2016, p. 1092 ; *ibid.*, p. [1398](#), chron. L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET ; D. 2016, p. [1470](#), obs. M.-C. DE MONTECLER ; *ibid.*, p. [1472](#), note H. FULCHIRON ; *ibid.*, p. [1477](#), note B. HAFTEL.

⁸ Cette communication reprend et actualise les grandes lignes de notre thèse. Pour une présentation plus approfondie v. R. LEGENDRE, *Droits fondamentaux et droit international privé. Réflexion en matière personnelle et familiale*, Préf. L. GANNAGÉ, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, vol. 195, 2020.

dissociation méthodologique ressort très clairement de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de gestation pour autrui pratiquée à l'étranger. Dans deux arrêts du 5 juillet 2017⁹, la première chambre civile a ainsi procédé au contrôle de proportionnalité de l'atteinte portée à l'article 8 de la CEDH par le refus de transcription de la filiation maternelle d'intention et ce, après avoir appliqué l'article 47 du code civil en vertu duquel la transcription litigieuse avait précisément été refusée. Si le refus de transcription était ici justifié par l'application d'une règle française, il aurait pu, comme il avait été jugé autrefois¹⁰, être justifié par la mise en œuvre de l'exception d'ordre public international sans que la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité ne soit pour autant confondue avec l'application du mécanisme de droit international privé.

Le contrôle de proportionnalité n'a, ensuite, pas vocation à prescrire ou à évincer certaines méthodes de droit international privé. Contrairement à ce qui a été parfois soutenu par la doctrine, les droits fondamentaux n'imposent pas aux ordres juridiques étatiques l'extension de la méthode de reconnaissance des jugements aux situations créées à l'étranger, laquelle se substituerait à la méthode conflictuelle¹¹. Le contrôle de proportionnalité a seulement vocation à évaluer un résultat substantiel mais reste largement indifférent aux moyens qui permettent d'y parvenir. L'arrêt *Orlandi*¹² rendu par la Cour européenne des droits de l'homme en témoigne. Dans cette affaire, la Cour de Strasbourg a condamné l'Italie, sur le fondement de l'article 8 de la CEDH, pour avoir refusé de transcrire sur les registres de son état civil des mariages entre personnes de même sexe célébrés à l'étranger. Cela étant, elle a pris soin de préciser que la solution aurait été proportionnée si les autorités italiennes avaient offert aux requérants une protection juridique de leur vie familiale. Or cette protection aurait été satisfaisante tant par la mise en œuvre de la méthode conflictuelle – qui suppose d'intégrer la relation familiale dans les catégories du for et de la transformer, ainsi, en union civile italienne – qu'en application de la méthode de la reconnaissance – qui suppose de reconnaître le mariage tel que célébré à l'étranger. Quand la Cour européenne des droits de l'homme impose aux États parties de reconnaître une situation créée à l'étranger, elle leur prescrit donc seulement un résultat – reconnaître un statut personnel ou familial –, résultat qui peut aussi bien être obtenu par l'application d'une règle de conflit de lois que d'une règle de reconnaissance. Un tel désengagement méthodologique ne saurait toutefois faire oublier que, sur le fond, le contrôle de proportionnalité peut bouleverser les solutions de droit international privé.

II – L'incidence prononcée du contrôle de proportionnalité sur les solutions de droit international privé

D'emblée, il importe de souligner que le contrôle de proportionnalité présente une dimension politique et une dose de subjectivité irréductibles. Il permet, en effet, au juge d'écarter une loi claire et précise car l'application de cette loi au cas d'espèce serait disproportionnée. Or l'appréciation de la disproportion dépend *in fine* du point de vue des juges. Comme l'a démontré un auteur, la proportionnalité est « *idéologiquement creuse et n'a nulle vocation nécessaire à favoriser*

⁹ Civ. 1^{re}, 5 juill. 2017, n° [15-28.597](#) et [16-16.901/16-50.025](#).

¹⁰ V. not. Ass. plén., 15 avr. 2011, n° [10-30.313](#) et [10-30.316](#).

¹¹ Sur l'extension de cette méthode et l'influence des droits fondamentaux, v. not., parmi une lecture très abondante : P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance des situations en droit international privé », in *Le droit international privé : esprit et méthodes – Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 547 et s. ; G.-P. ROMANO, « [La bilatéralité éclipsée par l'autorité. Développements récents en matière d'état des personnes](#) », *Rev. crit. DIP*, 2006, p. 457 et s. ; S. BOLLÉE, « [L'extension du domaine de la reconnaissance unilatérale](#) », *Rev. crit. DIP*, 2007, p. 307 et s. ; Ch. PAMBOUKIS, « [La renaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance](#) », *Rev. crit. DIP*, 2008, p. 513 et s. Pour un point de vue plus récent : P. LAGARDE (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, 2013 ; L. D'AVOUT, « La reconnaissance dans le champ des conflits de lois », *TCFDIP*, 2014-2016, Pedone, p. 215 et s., spéc. n° 11, p. 22 ; S. FULLI-LEMAIRE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, thèse Paris II-Panthéon-Assas, 2017.

¹² CEDH, 14 déc. 2017, *Orlandi et autres c/ Italie*, n° [26431/12](#).

la promotion de tel type d'intérêts au détriment de tel autre, ni à ériger ex nihilo une hiérarchie de valeurs. Elle est un simple outil aveugle au dessein de celui qui s'en sert, à l'image du marteau qui peut tout aussi bien être manié par le sculpteur que par l'assassin »¹³. À nouveau, le contentieux sur la gestation pour autrui pratiquée à l'étranger en témoigne. Sur une même question – la reconnaissance du lien de filiation entre la mère génétique d'intention et les enfants issus de la gestation pour autrui – ayant pourtant fait l'objet d'un dialogue¹⁴, la Cour de cassation et la Cour européenne des droits de l'homme retiennent une interprétation divergente du degré de protection du droit au respect de la vie privée et familiale et de l'intérêt supérieur de l'enfant. Après avoir été longtemps réfractaire à la reconnaissance de ce lien de filiation¹⁵, la Cour de cassation va désormais plus loin que la Cour de Strasbourg puisqu'elle considère qu'il doit être intégralement transcrit sur les registres d'état civil français¹⁶, là où la Cour européenne considère que le refus de transcription n'est pas disproportionné dès lors que la mère génétique d'intention peut l'établir par une autre voie, et notamment, par l'adoption de l'enfant¹⁷. Cette divergence de position révèle donc avec force le caractère éminemment politique du contrôle de proportionnalité¹⁸. Sa mise en œuvre est, en outre, casuistique puisque l'appréciation de la proportionnalité de l'ingérence dépend des circonstances de chaque espèce. Partant, il est difficile si ce n'est impossible de prédire quelle sera l'issue du contrôle de proportionnalité en droit international privé. À tout le moins peut-on observer des tendances dans la jurisprudence européenne et française, tendances qui s'inscrivent parfois à rebours des solutions traditionnelles du conflit de lois et de juridictions.

Pour l'heure, la Cour européenne des droits de l'homme affiche une tendance très nette à privilégier l'intérêt concret de la personne et des familles au respect de leurs droits fondamentaux, aux intérêts abstraits défendus par les solutions étatiques de droit international privé. Or une telle prévalence bouleverse la discipline. L'intérêt concret plaide le plus souvent pour la continuité des situations juridiques, là où le droit international privé fait classiquement primer, en cas de conflit, la défense des principes essentiels du droit français et l'autorité du droit. Les arrêts *Wagner*¹⁹, *Négrépontos*²⁰, *Menesson*²¹ et *Orlandi* en témoignent. Dans ces quatre affaires, les ordres juridiques étatiques avaient refusé de reconnaître une situation juridique constituée à l'étranger pour préserver leur cohésion interne. Aussi avaient-ils estimé que la reconnaissance d'une adoption par une mère célibataire, dans le premier arrêt, par un prêtre orthodoxe, dans le second, la reconnaissance d'un lien de filiation entre les parents d'intention et les enfants issus d'une gestation pour autrui, dans le troisième, et la reconnaissance de mariages entre personnes de même sexe, dans le dernier, portaient atteinte à certaines valeurs ou conceptions nationales ou, encore, à l'autorité de leur droit.

¹³ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2001, n° 1035, p. 727.

¹⁴ Conformément au protocole additionnel n° 16 à la CEDH, la Cour de cassation a soumis une demande d'avis consultatif à la Cour européenne, laquelle y a répondu dans un avis du 10 avril 2019 (n° [P16-2018-001](#)).

¹⁵ V. not. Civ. 1^{re}, 5 juill. 2017, n° [15-28.597](#) et [16-16.901/16-50.025](#) confirmé, à demi-mot, par Ass. Plén., 4 oct. 2019, n° [10-19.053](#).

¹⁶ Civ. 1^{re}, 18 déc. 2019, n° [18-11.815](#), [18-12.327](#). Sur l'évolution de la jurisprudence française à ce sujet v. not. S. BOLLÉE et B. HAFTEL, « [L'art d'être inconstant. Regards sur les récents développements de la jurisprudence en matière de gestation pour autrui](#) », *Rev. crit. DIP*, 2020, p. 267.

¹⁷ CEDH, 26 juin 2014, *Labassee c/ France*, n° [65941/11](#), *Menesson c/ France*, n° [65192/11](#) ; CEDH, avis, 10 avr. 2019, n° [P16-2018-001](#) ; CEDH, 16 juill. 2020, *D. c/ France*, n° [11288/18](#).

¹⁸ À vrai dire, la transcription totale du lien de filiation ne résulte pas, à proprement parler, de la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité dans l'arrêt précité du 18 décembre 2019, mais d'une lecture dévoyée de l'article 47 du code civil. Cela étant, la Cour de cassation vise l'article 8 de la CEDH et 3 de la CIDE laissant ainsi entendre que le refus de transcription intégrale du lien de filiation constituait une atteinte disproportionnée auxdites dispositions.

¹⁹ CEDH, 28 juin 2007, *Wagner c/ Luxembourg*, n° [76240/01](#), *JCP G* 2007, I, p. 182, obs. F. SUDRE ; *AJDA* 2007, p. [1918](#), obs. J.-F. FLAUS ; *D.* 2007, p. [2700](#), note F. MARCHADIER ; *Rev. crit. DIP*, 2007, p. [807](#), note P. KINSCH ; *JDI*, 2008, p. 183, note L. D'AVOUT.

²⁰ CEDH, 3 mai 2011, *Négrépontos-Giannis c/ Grèce*, n° [56759/08](#).

²¹ CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c/ France*, n° [65192/11](#) et *Labassee c/ France*, n° [65941/11](#).

De telles solutions sont toutefois jugées disproportionnées par la Cour de Strasbourg. Cette dernière fait donc prévaloir la protection de la continuité des situations juridiques sur la volonté des ordres internes de sauvegarder leur cohésion. Une telle primauté n'est toutefois pas systématique et quelques décisions semblent résister à cette tendance s'agissant, notamment, des relations entre les systèmes musulmans et les systèmes européens. À notre connaissance, les contentieux qui se nouent à la frontière d'ordres juridiques de cultures différentes n'ont jamais conduit à la condamnation d'un État partie par la Cour de Strasbourg²². Dans les arrêts *Green et Farhat*²³, *Ammdjadi*²⁴, *Harroudj*²⁵, *Loudoudi*²⁶ et *Z.H. et R.H.*²⁷, la Cour européenne a jugé proportionnées les mesures étatiques ou s'est retranchée derrière la marge nationale d'appréciation pour atténuer son contrôle de proportionnalité. Aussi a-t-elle refusé de faire primer l'intérêt concret de la personne sur les intérêts défendus par le for et a, ainsi, laissé intactes les solutions nationales de droit international privé, que celles-ci soient favorables à une continuité désincarnée du statut juridique – comme c'était le cas dans les affaires *Harroudj* et *Loudoudi* à propos de la conversion de la kafala en adoption, ou dans l'affaire *Ammdjadi* à propos de la péréquation des droits de pension, refusée par les autorités allemandes à une ex-épouse en application de la loi iranienne – ou qu'elles soient, au contraire, défavorables à la reconnaissance d'une situation familiale créée à l'étranger – comme c'était le cas dans les affaires *Green et Farhat* et *Z.H. et R.H.* La Cour de Strasbourg se montre donc prudente dans la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité lorsqu'elle est confrontée à un conflit de cultures.

Une telle tendance ne se laisse pas aussi facilement observer dans la jurisprudence française. Sans doute parce que la consécration du contrôle de proportionnalité reste assez récente et que les décisions rendues en son nom sont, en définitive, moins nombreuses. À ce stade, on pourra simplement formuler deux remarques. La première concerne le contentieux de droit international privé lié aux méthodes de procréation artificielle et ses conséquences. La Cour de cassation²⁸ et le Conseil d'État²⁹ n'ont pas hésité, en effet, à procéder à un contrôle de proportionnalité pour écarter les solutions de droit international privé portant, respectivement, sur les effets en France d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et sur celle du transfert de gamètes à l'étranger en vue d'y pratiquer une insémination *post-mortem*. Dans ces contentieux, le contrôle de proportionnalité a vocation à libéraliser les solutions promues par la discipline en privilégiant, notamment, le point de vue de l'ordre juridique étranger. Mais au-delà de ce domaine très sensible, la Cour de cassation se montre, pour l'heure, assez prudente dans la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité en droit international privé. Deux décisions récentes en témoignent. Dans un arrêt du 6 novembre 2019³⁰, la Cour de cassation a notamment refusé d'opérer un contrôle de proportionnalité en reprenant l'approche quelque peu contestable du droit au respect de la vie privée et familiale faite par la cour d'appel. En l'espèce, il était soutenu que la reconnaissance en France d'une adoption en Allemagne emportant rupture du lien entre l'enfant et le parent biologique sans que ce dernier y ait consenti, portait une atteinte disproportionnée à l'article 8 de la CEDH. Loin de se livrer au contrôle de proportionnalité, la cour d'appel a balayé le moyen au motif, repris par la Cour de cassation, que

²² V. cependant, à propos d'un contentieux purement interne mais interconfessionnel, la condamnation récente de la Grèce pour avoir imposé, à ses ressortissants grecs de confession musulmane, l'application de la charia, ce qui a été jugé constitutif d'une violation de l'article 14 CEDH (interdiction de la discrimination), combiné avec l'article 1 du protocole n° 1 (droit au respect des biens) : CEDH, gde ch., 19 déc. 2018, *Molla Sali c/ Grèce*, n° [20452/14](#), D. 2019, p. [316](#), point de vue H. FULCHIRON ; *AJDA* 2019, p. [169](#), chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *AJ. Fam.* 2019, p. [158](#), obs. J. HOUSSIER ; *RTD civ.* 2019, p. [281](#), obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *Rev. crit. DIP* 2019, p. [1002](#), note C. PAMBOUKIS.

²³ CEDH, 6 juill. 2010, *Green et Farhat c/ Malte*, n° [38797/07](#), *Rev. crit. DIP*, 2011, p. [665](#), note L. D'AVOUT.

²⁴ CEDH, 9 mars 2010, *Ammdjadi c/ Allemagne*, n° [51625/08](#).

²⁵ CEDH, 4 oct. 2012, *Harroudj c/ France*, n° [43631/09](#).

²⁶ CEDH, 16 déc. 2014, *Chbihi Loudoudi et autres c/ Belgique*, n° [52265/10](#).

²⁷ CEDH, 8 déc. 2015, *Z.H. et R.H. c/ Switzerland*, n° [60119/12](#).

²⁸ V. les décisions citées *supra*.

²⁹ V. CE, 31 mai 2016, *Gonzalez-Gomez*, préc.

³⁰ Civ. 1^{re}, 6 nov. 2019, n° [18-17.111](#), *JCP G* 2020, p. 157, note S. GODECHOT-PATRIS ; *JDI* 2020, p. 937, comm. S. BOLLÉE.

I. APPROCHES GÉNÉRALES DES CONTRÔLES DE PROPORTIONNALITÉ

« c'est le refus de reconnaître en France le lien de filiation dont l'adoptée bénéficiait depuis aussi longtemps en Allemagne qui serait contraire à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Si cette interprétation du droit au respect de la vie privée et familiale est discutable³¹, il reste que l'arrêt du 6 novembre 2019 révèle une réticence de la Cour de cassation à mettre en œuvre le contrôle de proportionnalité et une volonté corrélative de sauvegarder les solutions traditionnelles du droit international privé. Dans un arrêt du 14 octobre 2020³², la Haute juridiction n'a par ailleurs pas hésité à contrôler la manière dont les juges du fond avaient opéré un contrôle de proportionnalité pour écarter la solution de droit international privé. Or ce contrôle du contrôle l'a conduite à censurer la décision de la cour d'appel et, ainsi, à sauvegarder l'autorité des solutions arrêtées par la discipline. En l'espèce, les juges du fond avaient jugé que l'irrecevabilité de l'action en recherche de paternité en application de la loi anglaise désignée par la règle de conflit de loi française portait une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale. Le droit anglais faisait en effet obstacle à l'établissement d'un lien de filiation biologique qui viendrait contredire celui créé par l'adoption de sorte que l'action de la demanderesse, dont la filiation adoptive était établie, était irrecevable. Le contrôle de proportionnalité avait dès lors permis à la cour d'appel de passer outre cette irrecevabilité en faisant primer le droit de la demanderesse de « connaître son ascendance et de voir établir légalement celle-ci » sur le « refus systématique » de l'homme à l'encontre duquel l'action était dirigée et de son héritier à accéder à sa demande et sur « l'intérêt général liée à la sécurité juridique ». Sa décision est censurée par la Cour de cassation. Si l'arrêt du 14 octobre 2020 appelle de nombreux commentaires, on s'en tiendra ici à deux brèves observations. La première est que la Cour de cassation s'érige en gardienne du contrôle de proportionnalité et n'hésite pas à rejouer l'arbitrage des intérêts mis en balance par les juges du fond. La dimension politique et subjective de ce contrôle réapparaît donc avec acuité et interroge naturellement la fonction de la Haute juridiction, laquelle serait en voie de se transformer en Cour suprême sans être cantonnée à juger le droit³³. La seconde observation porte sur la solution en elle-même. En censurant l'arrêt d'appel, la Cour de cassation marque son attachement non seulement aux règles de droit international privé et au souci de coordination des ordres juridiques étatiques, mais aussi à celui des règles substantielles françaises. Car le droit français lui-même, à l'instar du droit anglais, interdit l'établissement d'une autre filiation qui contredirait celle légalement établie³⁴. Une telle décision met ainsi en lumière les risques du contrôle de proportionnalité sur l'autorité du droit et la prévisibilité des solutions, tout en laissant espérer un contrôle du contrôle de nature à les enrayer.

³¹ En ce sens, voir le commentaire précité de S. BOLLÉE.

³² Civ. 1^{re}, 14 oct. 2020, n° [19-15.783](#).

³³ Sur l'office de la Cour de cassation v. not. Ph. THÉRY, « Méthodologie de la réforme » in *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*, JCP G, suppl. au n° 1-2, 11 janv. 2016 ; B. HAFTTEL, « [Libre propos sur l'avant-projet de réforme de la Cour de cassation et la fonction du juge](#) », D. 2015, p. 1378 ; C. JAMIN, « [Juger et motiver](#) », RTD civ. 2015, p. 263.

³⁴ L'article 320 du code civil dispose en effet que « tant qu'elle n'a pas été contestée en justice, la filiation légalement établie fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation qui la contredirait ».

LE CONTRÔLE DE LA PROPORTIONNALITÉ PAR LE JUGE ADMINISTRATIF

Par

Cécile BARROIS de SARIGNY

Maître des requêtes au Conseil d'État

À l'instar du principe de sécurité juridique ou de loyauté, le principe de proportionnalité est de ceux qui irriguent le droit administratif sans même avoir été formulés en tant que tels, ou avant de l'être. Si la consécration de la notion est relativement récente, le juge administratif participe pourtant de longue date à la diffusion de l'exigence que porte ce principe, d'une « *adéquation entre les moyens employés par l'administration et le but qu'elle vise* »¹.

Dans la jurisprudence administrative, la proportionnalité apparaît en de multiples domaines comme une norme de fond de l'action administrative, qui conduit à imposer à celle-ci une certaine mesure, un juste équilibre. Le juge s'assure de son respect dans le cadre d'un contrôle « d'adéquation », comme on le trouve mentionné parfois dans les pages du recueil Lebon², qui se veut à la fois rapproché et concret.

La proportionnalité, condition de légalité de l'action administrative

Il n'existe pas devant le juge administratif de contrôle de proportionnalité, mais seulement un contrôle *de la* proportionnalité. Autrement dit, la proportionnalité n'est pas la marque d'une intensité particulière de contrôle par le juge et son invocation n'entraîne sur cet aspect du traitement du recours juridictionnel aucune conséquence. Le caractère disproportionné d'une décision peut dès lors être censuré dans le cadre d'un contrôle normal de qualification juridique des faits comme dans le cadre d'un contrôle restreint si, dans cette seconde hypothèse, il présente un caractère manifeste³. Ce fut par exemple longtemps l'approche retenue pour le contrôle des sanctions infligées à un agent public⁴, avant le revirement opéré par la décision d'Assemblée *Dahan*⁵ qui soumet au contrôle normal la proportionnalité de la sanction.

Rares sont néanmoins en pratique les hypothèses dans lesquelles le contrôle de la proportionnalité s'exerce encore dans le cadre distancié de la censure de l'erreur manifeste d'appréciation. En premier lieu, parce que, de façon générale, le champ du contrôle restreint tend à diminuer. En second lieu, parce que le principe de proportionnalité implique un regard précis sur la finalité de l'action administrative, un contrôle fin des motifs qui fondent une décision, de ce qui constitue son équilibre interne, ainsi que du choix de son dispositif, ce qui conduit assez naturellement au contrôle de la qualification juridique des faits. Systématisant cette idée, au soutien d'une démonstration en faveur du passage du contrôle restreint au contrôle de qualification juridique des faits dans le domaine des sanctions professionnelles, Mattias GUYOMAR relevait dans ses

¹ G. BRAIBANT, « Le principe de proportionnalité », in *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le Juge et le droit public*, LGDJ, 1974, t. II, p. 298.

² Cf. par exemple, CE Ass., 23 oct. 2006, *Rolin et Boisvert*, n° [286834](#), Rec. p. 171 ; CE, 20 déc. 1967, *Ministre de l'intérieur c. Fabre Luce*, n° [71383](#), Rec. p. 511.

³ Le Conseil constitutionnel, pour sa part, procède toujours à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, au nom du respect du principe de séparation des pouvoirs et du pouvoir général d'appréciation du Parlement.

⁴ CE Sect., 1^{er} févr. 2006, *Touzard*, n° [271676](#), Rec. p. 38.

⁵ CE Ass., 13 nov. 2013, *M. Dahan*, n° [347704](#), Rec. p. 279.

I. APPROCHES GÉNÉRALES DES CONTRÔLES DE PROPORTIONNALITÉ

conclusions sur la décision de Section *Arfi*⁶ que le juge devrait « *toujours exercer un entier contrôle sur le contenu de l'acte lorsque sa légalité est conditionnée par sa nécessité* », soit par sa proportionnalité.

Sur le fond, le champ de la proportionnalité est large.

Outre le domaine des mesures de police administrative dans lequel l'application du principe fut très tôt consacrée⁷, la proportionnalité s'impose comme norme de contrôle des sanctions administratives ou de certaines décisions prises pour réguler les activités économiques, comme les autorisations de concentration⁸. Il en va de même de certaines mesures telles les décisions de retrait de naturalisation que le droit communautaire, tel qu'interprété par la Cour de justice de l'Union européenne, soumet à une condition de proportionnalité⁹, ou encore des décisions qui entrent dans le champ des stipulations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme qui, à l'instar de son article 8, permettent aux États membres de prendre certaines mesures restreignant l'exercice des droits sous réserve de leur « nécessité »¹⁰. De façon plus indirecte, lorsqu'il opère un contrôle qui le conduit à peser les avantages et inconvénients de certaines mesures au regard des intérêts en présence, comme en matière d'opérations d'utilité publique¹¹, de dérogations aux plans d'urbanisme¹² ou d'institution de certaines servitudes¹³, le juge, qui s'interroge sur l'équilibre interne d'une mesure, et le rapport entre les buts poursuivis par l'administration et les moyens mis en œuvre, appréciés notamment au regard de leurs effets, procède également – même sans l'explicitier – à un contrôle de la proportionnalité.

On constate à travers cet aperçu – non exhaustif – des fondements de la proportionnalité que ses sources sont variées. Parfois imposée par les textes, de droit interne (on pensera par exemple, en matière de sanction, à l'article 8 de la Déclaration de 1789), et de plus en plus, de droit international, notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'exigence de proportionnalité est également dégagée comme norme de contrôle par le juge administratif lui-même. Il en est ainsi lorsque la mesure contestée impose au-delà d'une mise en balance ou conciliation des intérêts en présence – intérêt général et intérêts particuliers – un contrôle étroit de l'adéquation des moyens aux fins. Ce peut être le cas eu égard à la nature des décisions, comme en matière de police administrative lorsque des libertés publiques sont en cause, ou – même si le contrôle est dans les faits plus diffus – lorsque la finalité poursuivie par l'administration est tellement vaste, qu'elle ne peut être effectivement appréhendée en dehors du contrôle concret de la proportionnalité, comme en matière d'opération d'expropriation pour cause d'utilité publique. S'agissant de tels actes, le contrôle de la proportionnalité a offert au juge administratif une norme de contrôle sur laquelle s'appuyer afin de s'immiscer « *de façon ingénieuse* » dans le choix de l'administration sans pour autant franchir le Rubicon du contrôle de l'opportunité¹⁴. Ici encore, la proportionnalité manifeste un renforcement du contrôle du juge.

⁶ CE Sect., 22 juin 2007, *Arfi*, n° [272650](#), *Rec.* p. 263.

⁷ CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, *Rec.* p. 541.

⁸ CE Ass., 21 déc. 2012, *Sté Groupe Canal plus et autres*, n° [362347](#), *Rec.* p. 446.

⁹ Cf. à propos d'une décision de perte de nationalité, CJUE, grande chambre, 2 mars 2010, *Janko Rottmann c. Freistaad Bayer*, aff. n° [C-135/08](#), auquel fait écho la décision CE, 24 sept. 2018, *Mme Tiomela Kenfo*, n° [415136](#), inédite.

¹⁰ Cf. s'agissant d'un arrêté d'expulsion, CE Ass., 19 avr. 1991, *Mme Babas*, n° [117680](#) et CE Ass., 19 avril 1991, *M. Belgacem*, n° [107470](#), *Rec.* pp. 152 et 162.

¹¹ CE Ass., 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est*, n° [78825](#), *Rec.* p. 409.

¹² CE Ass., 18 juill. 1973, *Ville de Limoges*, n° [86275](#), *Rec.* p. 530.

¹³ CE Ass., 24 janv. 1975, *Gorlier et Bonifay*, n° [91074](#), *Rec.* p. 54 ; CE, 5 mai 1993, *Association de défense des riverains de l'aéroport de Deauville-Saint-Gatien*, *Rec.* p. 1057.

¹⁴ Cf. J.-P. COSTA, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État », *AJDA*, 1988, p. 434.

Le contrôle du choix de l'administration

Qu'il soit exigé d'un texte ou de la jurisprudence, l'examen de la proportionnalité d'une mesure impose un certain nombre de standards communs de contrôle.

Il conduit en premier lieu à un contrôle resserré de l'acte.

C'est ce que traduit particulièrement la nouvelle formulation du contrôle de la proportionnalité, dégagée pour les mesures de police mais non exclusivement liée à celles-ci, retenue par la décision d'Assemblée du 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*¹⁵, selon laquelle la légalité de l'acte est conditionnée par son caractère à la fois « *adapté, nécessaire et proportionné* ». La formule est désormais usuelle en matière de police administrative. Elle fut notamment mobilisée, récemment, lorsqu'il s'est agi pour le Conseil d'État de préciser les conditions de contrôle des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence¹⁶ ou de celles prises pour répondre aux circonstances de l'épidémie de COVID 19¹⁷.

Sans bouleverser sur le fond le contrôle du juge, le « *triple test de proportionnalité* »¹⁸ ainsi posé, selon une méthode qui émerge comme le standard international en la matière, exige du juge qu'il s'interroge à la fois la pertinence de la décision, sa mesure et son caractère strictement limité à ce qu'impose la situation, et enfin, sa proportionnalité au sens strict, c'est à dire la mise en regard de ses effets – son dispositif – et de sa finalité. Le juge ne saurait dès lors se contenter d'un examen général et diffus de la proportionnalité, mais doit bien mener un examen approfondi de l'acte, désormais soumis à un contrôle de légalité sous trois points de vue. Certaines décisions illustrent particulièrement la rigueur de l'approche du juge, comme celle par laquelle le Conseil d'État admet à la fois qu'un couvre-feu pour mineurs de moins de treize ans puisse constituer une mesure de police utile tant pour contribuer à leur protection, que pour prévenir des troubles à l'ordre public qu'ils pourraient être susceptibles de provoquer, mais juge illégal l'arrêté municipal dont il est saisi, faute d'élément de nature à étayer en l'espèce l'existence de risques particuliers relatifs aux mineurs de moins de 13 ans dans la commune en cause¹⁹. Potentiellement pertinente eu égard à la finalité de l'action administrative, la mesure prise s'avérait non nécessaire.

Le contrôle de la proportionnalité est également – et ce n'est pas sans lien avec l'idée d'un contrôle rapproché – un contrôle concret.

La proportionnalité, selon les mots du président BRAIBANT, « *ne s'apprécie pas seulement en fonction de deux éléments, les moyens et le but ; il faut y ajouter la situation de fait à laquelle s'applique la décision administrative* »²⁰. Il résulte nécessairement de cette approche d'ensemble du triptyque « situation-décision-finalité », une approche circonstanciée de l'acte.

C'est ainsi que pour apprécier la proportionnalité de l'atteinte portée au droit au respect de la vie privée et familiale, le Conseil d'État est régulièrement conduit à dépasser le cadre du contrôle abstrait de conventionalité des lois pour vérifier si la mise en œuvre de celles-ci s'avère, *in concreto*,

¹⁵ CE Ass., 26 oct. 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*, n° [317827](#), Rec. p. 505.

¹⁶ Cf. à propos des mesures de perquisitions administratives, CE Ass., 6 juill. 2016, *M. Napol et autres*, nos [398234](#) et [399135](#), Rec. p. 320.

¹⁷ Juge des référés du Conseil d'État, 22 mars 2020, *Syndicat Jeunes Médecins*, n° [439674](#), Rec. T.

¹⁸ M. GUYOMAR, X. DOMINO, « [Le passeport biométrique au contrôle : empreintes et clichés](#) », *AJDA*, 2012, p. 35.

¹⁹ CE, 6 juin 2018, *Ligue des Droits de l'Homme c. Commune de Béziers*, n° [410774](#), Rec. T. pp. 685-803.

²⁰ G. BRAIBANT, « Le principe de proportionnalité », in *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le Juge et le droit public*, op. cit., p. 298.

I. APPROCHES GÉNÉRALES DES CONTRÔLES DE PROPORTIONNALITÉ

conforme ou non aux exigences de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme²¹.

Lorsque le juge administratif est saisi de la légalité d'un acte réglementaire, général et impersonnel par définition, il est de la même manière conduit, pour en apprécier la proportionnalité, à s'attacher aux conditions particulières et circonstanciées qui l'ont justifié. Tel est le cas, notamment, s'agissant d'un arrêté municipal interdisant la fouille des poubelles sur le territoire d'une commune jugé proportionné au motif qu'il vise – au-delà de ses termes – une pratique bien précise d'exploration systématique des conteneurs entraînant l'éparpillement des déchets qu'ils renferment²².

Dans le même esprit d'une approche très concrète de l'action administrative, le juge administratif prend en compte, lorsqu'il est saisi d'une mesure de police administrative, les conditions dans lesquelles l'administration a pris sa décision. En cette matière en effet, le Conseil d'État juge que le contrôle du caractère adapté, nécessaire et proportionné à sa finalité de la mesure s'exerce « *au regard de la situation de fait qui prévalait à la date à laquelle la mesure a été prise, compte tenu des informations dont disposait alors l'administration* »²³. L'utilité de la décision administrative, prémisse à la reconnaissance de sa proportionnalité, est ainsi appréciée au regard du contexte dans lequel elle est décidée ce qui peut conduire le juge à ne pas sanctionner des mesures qui se sont avérées vaines mais que l'administration pouvait légitimement – compte tenu des données dont elle disposait – penser efficaces.

L'exigence de proportionnalité qui pèse sur l'action administrative conduit donc potentiellement le juge à exercer sur cette dernière un contrôle qui s'il n'est pas nécessairement entier, s'exerce en profondeur. En cela le principe de proportionnalité est toujours un facteur de renforcement du contrôle du juge.

²¹ Cf. s'agissant d'une mesure d'éloignement, CE Ass., 19 avr. 1991, *Mme Babas*, n° [117680](#) et CE Ass., 19 avril 1991, *M. Belgacem*, n° [107470](#), *Rec.* pp. 152 et 162, et, plus récemment, s'agissant de l'interdiction de l'insémination post-mortem, CE, 31 mai 2016, *Mme Gonzalez Gomez*, n° [396848](#), *Rec.* p. 208 ; M. GUYOMAR, « Contrôle *in concreto* : beaucoup de bruit pour rien de nouveau », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Frédéric Sudre. Les droits de l'homme à la croisée des droits*, Lexisnexis, 2018, p. 323.

²² CE, 15 nov. 2017, *Ligue française pour la défense des droits de l'Homme et du citoyen*, n° [403275](#), *Rec. T.*, concl. L. MARION ; *ibid.*, *AJDA*, 2018, n° 1, pp. 62-68.

²³ CE Ass., 6 juill. 2016, *M. Napol et autres*, n°s [398234](#) et [399135](#), *Rec.* p. 320 ; CE, 31 août 2009, *Commune de Cregols*, n° [296458](#), *Rec.* p. 343.

LE CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ MIS EN ŒUVRE PAR LE JUGE JUDICIAIRE À LA LUMIÈRE DU DROIT CONSTITUTIONNEL

∞

RÉFLEXIONS AU REGARD DU PRINCIPE DE SÉPARATION DES POUVOIRS ET DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ DEVANT LA LOI

Par

Alex CHAUVET

Docteur en droit public

Chargé d'enseignement à l'Université de Bordeaux

Centre d'Études et de Recherches Comparatives sur les Constitutions, les Libertés et l'État (CERCCLÉ – EA 7436)

La nouvelle politique jurisprudentielle de la Cour de cassation en matière de « contrôle de proportionnalité » génère des réactions contrastées dans la doctrine privatiste¹.

Le « contrôle de proportionnalité » dont il est ici question n'est en fait qu'une méthode du contrôle de conventionnalité. Il vise à apprécier si des atteintes à des droits ou libertés protégés par les textes de référence (en l'occurrence la CESDH) sont acceptables. Il n'a donc aucune autonomie, et peut-être vaudrait-il mieux employer l'expression de « contrôle *conventionnel* de proportionnalité » pour éviter toute ambiguïté. Ce contrôle est très fréquent à l'égard de la loi, puisque celle-ci est souvent le fruit d'une conciliation entre droits fondamentaux. Il se caractérise alors par un triple test d'adéquation, de nécessité, et de proportionnalité *stricto sensu*².

Sur le plan constitutionnel, la politique jurisprudentielle de la Cour est généralement décriée en invoquant des atteintes à la séparation des pouvoirs, au rôle historique du juge à l'égard de la loi, au principe d'égalité, ou encore à la sécurité juridique. Le président Bertrand LOUVEL a clairement posé les termes du débat : « *l'idée que l'application d'une loi, censée représenter la volonté générale, puisse être subordonnée à un impératif supérieur d'équilibre entre les intérêts publics et privés en jeu dans un litige, évoque un jugement fondé sur l'équité qui est perçue par beaucoup comme une sorte de résurgence d'un droit naturel supralégislatif confié à la sauvegarde du juge.*³»

Ce sont ces critiques que nous entendons ici examiner, car elles semblent souvent mal orientées.

Rôle historique du juge, séparation des pouvoirs, et résurgence de l'équité. – Les reproches adressés à la Cour viennent fréquemment d'une conception légicentriste à peine dissimulée du rôle du juge⁴, dont les auteurs critiques de la Cour se défendent toutefois⁵. Rappelons malgré tout que le

¹ Parmi de nombreux articles, voir not. P. JESTAZ, J.-P. MARGUÉNAUD, C. JAMIN, « [Révolution tranquille à la Cour de cassation](#) », *D.* 2014, p. 2061 ; F. CHÉNÉDÉ, « [Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ?](#) », *D.* 2016, p. 796 ; P. PUIG, « [L'excès de proportionnalité](#) », *RTD civ.* 2016, p. 70 ; H. FULCHIRON, « [Flexibilité de la règle, souplesse du droit. À propos du contrôle de proportionnalité](#) », *D.* 2016, p. 1376.

² F. SUDRE, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme – De quoi est-il question ? », *JCP* 2017, n° 11, doctr. 289.

³ B. LOUVEL, « Séminaire juridique franco-israélien sur le principe de proportionnalité » (discours), 9 nov. 2016, [site internet CCass.](#)

⁴ Voir par ex. P. PUIG, *op. cit.*, évoquant « *la profonde dévalorisation de la loi qu'engendre inéluctablement un tel contrôle de proportionnalité privatisée* » et le fait qu'elle soit « *affaiblie par la multiplication des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité auxquels elle est soumise à tous les stades de son existence* ».

⁵ Voir par ex. F. CHÉNÉDÉ, *op. cit.*, pt. 5-10.

I. APPROCHES GÉNÉRALES DES CONTRÔLES DE PROPORTIONNALITÉ

contrôle de conventionnalité ne fait que mettre en œuvre une réserve générale pesant sur l'exécution des lois⁶, très explicitement prévue par l'article 55 de la Constitution, et qui pose que celles-ci ne peuvent s'appliquer si elles sont contraires aux traités.

Les pourfendeurs de la Cour lui reprocheraient donc « seulement » son « nouveau » contrôle de proportionnalité *in concreto*, qu'ils considèrent comme une dénaturation de son office, parce que par ses effets, il aboutirait à une résurgence des jugements en équité. Mais peut-être que les modalités normales du contrôle de conventionnalité avaient été mal comprises ?

En effet, l'usage dans l'argumentation de la distinction entre contrôles *in concreto* et *in abstracto* concernant le contrôle de conventionnalité est pour le moins surprenant. Il s'appuie néanmoins sur la référence ambiguë de la Cour de cassation et du Conseil d'État à cette distinction⁷, et sur un certain clair-obscur régnant sur la pratique effective du contrôle de conventionnalité par ces juridictions⁸. Il est ainsi reproché à la Cour d'avoir abandonné la logique supposément abstraite du contrôle de conventionnalité, en développant le contrôle de proportionnalité⁹. Pourtant, le contrôle de conventionnalité n'a jamais eu vocation à être purement abstrait. Selon la jurisprudence de la CEDH, c'est même le contraire, comme le rappelle l'affaire *Pascaud c. France* à l'origine de l'évolution de la Cour¹⁰. Il est censé examiner non pas la loi, mais son application, ce qui fait partie de son équilibre politique, car jamais il n'aboutit à une censure formelle du législateur national par la CEDH.

L'appareil porté *erga omnes* du contrôle de conventionnalité, qui peut faire croire à l'exercice d'un véritable contrôle *in abstracto*, n'est en fait qu'accidentelle. Elle découle du caractère générique et récurrent des faits constatés dans l'application de la loi, et des solutions des juges pour pallier l'inconventionnalité, notamment l'interprétation conforme (voir *infra*)¹¹. Si presque toutes les espèces donnant lieu à son application se ressemblent, un contrôle *in concreto* aura les mêmes effets qu'un contrôle *in abstracto*. Comment en effet refuser le bénéfice de la non-application de la loi à des requérants se trouvant dans une même situation sans bafouer le principe d'égalité ? Cette référence au contrôle *in abstracto* peut néanmoins s'entendre, s'il s'agit de souligner que l'inconventionnalité de la loi peut apparaître à sa simple lecture, comme une forme d'inconventionnalité manifeste, et qu'il n'est pas utile d'aller plus loin dans le raisonnement. C'est en ce sens que nous comprenons l'emploi de cette notion par les juridictions suprêmes.

Par conséquent, le contrôle *in abstracto* ne peut être érigé en limite au-delà de laquelle le juge ne saurait aller.

Égalité devant la loi et sécurité juridique. – Il est cependant exact que l'exercice renouvelé du contrôle conventionnel de proportionnalité soulève une question assez redoutable, mais guère inédite, concernant le respect du principe d'égalité devant la loi : que reste-t-il de la règle générale et impersonnelle si le juge peut écarter son application de manière casuistique ? Corrélativement, que

⁶ En ce sens X. DUPRÉ DE BOULOIS, « [Le juge, la loi et la Convention européenne des droits de l'homme](#) », *RDLF* 2015, chron. n° 08.

⁷ Voir not. CCass., *Memento du contrôle de conventionnalité au regard de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 2018, [site internet CCass.](#), en part. p. 7-8 ; N. BOULOUIS, [Concl.](#) sur CE. Sect., 10 nov. 2010, *Communes de Palavas-les-Flots et de Lattes*, nos 314449 et 314580, *Leb.*

⁸ D. BOTTEGHI et A. LALLET, « [De l'art faussement abstrait \(et pas vraiment concret\) du contrôle de conventionnalité](#) », *AJDA* 2010, p. 2416.

⁹ Voir par ex. M. BOUCHET, « [L'utilisation du contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation en droit pénal de fond](#) », *RSC* 2017/3, p. 495, en part. p. 501, voulant fonder ce contrôle abstrait sur une analogie entre contrôles de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité de la loi pourtant repoussée par le Conseil constitutionnel depuis CC., n° [74-54 DC](#) du 15 janv. 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, cons. 4.

¹⁰ CEDH, 16 juin 2011, *Aff. Pascaud c. France*, n° [19535/08](#), pt. 67-69.

¹¹ La CEDH a d'ailleurs inventé la technique des arrêts-pilotes pour traiter ces problèmes systémiques ; CEDH, GC, 22 juin 2004, *Aff. Broniowski c. Pologne*, n° [31443/96](#).

I. APPROCHES GÉNÉRALES DES CONTRÔLES DE PROPORTIONNALITÉ

reste-t-il de cette exigence de prévisibilité de la loi si elle n'est plus appliquée de manière égalitaire¹² ?

L'application uniforme de la loi est un objectif plus qu'une réalité, qui doit intégrer que celle-ci dépend souvent des marges de manœuvre de l'autorité qui l'applique (notamment le juge). Que dire par exemple des choix de *quanta* de peines ? Nous supposons toutefois que ces situations d'application variée de la loi sont moins gênantes intellectuellement, car formellement, elle est tout de même exécutée. Dans le cas du contrôle de conventionnalité, les choses sont plus radicales, puisqu'elle est écartée et niée dans son statut de norme. À cet égard, il faut souligner que les arrêts de la Cour ayant défrayé la chronique touchent souvent des lois établissant une interdiction stricte, ou des règles d'ordre public¹³. Leur non-application conduit alors à une licence, frontalement contraire à la volonté du législateur, ce qui pose le problème dans une configuration binaire qui n'aide pas à sa compréhension fine, et à la sérénité des débats. Mais la non-application casuistique de la loi n'est pas propre au contrôle conventionnel de proportionnalité *in concreto*. Elle peut aussi se produire chaque fois qu'une qualification juridique conditionne son exécution. Que dire par exemple lorsque le juge laisse une loi inappliquée en écartant une qualification juridique reposant sur un standard ou une notion indéfinie¹⁴ ?

Ces différences et disparités sont la raison d'être de la Cour de cassation, qui, à travers sa mission, assure l'application uniforme de la loi. Cela justifie d'ailleurs qu'elle intègre le contrôle de proportionnalité à la technique de cassation¹⁵. En invitant les juges du fond à exercer pleinement le contrôle de proportionnalité (ce qu'ils étaient déjà censés faire), mais en renforçant simultanément sa vérification des motivations¹⁶, la Cour réaffirme son rôle de juge « répressif », qui structurellement, tendrait à lui échapper dans le champ du droit conventionnel en raison du caractère normalement concret du contrôle¹⁷.

Par ailleurs, l'application égalitaire de la loi, dont la nécessité n'est pas discutable, n'écarte pas la possibilité de cas-limites révélant des formes d'injustice que le législateur n'a pas prévu, mais ne souhaite pas pour autant. La jurisprudence administrative sait depuis 1938 et la jurisprudence *la Fleurette* que des lois peuvent faire peser sur certains administrés une « charge qui ne leur incombe pas normalement », et qui doit être indemnisée sur la base d'une responsabilité sans faute¹⁸. Le cadre conceptuel de l'époque n'admettait ni inconstitutionnalité ni inconvictionnalité. Cette difficulté peut être réglée différemment aujourd'hui. En effet, n'est-il pas plus pertinent de ne tout simplement pas appliquer la loi dans ces situations problématiques, plutôt que de laisser le

¹² Voir par ex. T. MARZAL, « [La Cour de cassation à "l'âge de la balance"](#) », *RTD civ.* 2017, p. 789 : « le principe de proportionnalité conduit à obscurcir les considérations propres à la forme du droit. Cette forme de raisonnement, en postulant un contrôle *in concreto* de l'application du droit, se montre incapable de prendre en considération l'importance de se trouver face à des règles générales claires et prévisibles. »

¹³ Cass., civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° [12-26.066](#), Bull., sur l'interdiction de mariage entre alliés ; civ. 1^{re}, 10 juin 2015, n° [14-20.790](#), sur un délai légal en contestation de paternité ; civ. 3^e, 15 oct. 2015, n° [14-23.612](#), Bull., sur une démolition assurant la *restitutio in integrum* après l'annulation d'un contrat de construction ; civ. 3^e, 17 déc. 2015, n° [14-22.095](#), Bull., sur l'expulsion d'un camp installé en violation des règles d'urbanisme ; T. MARZAL, *op. cit.* : « l'exercice d'un contrôle de proportionnalité s'avère déplacé dans des domaines où l'existence de règles claires et précises, limitant au minimum les problèmes d'interprétation, est considérée comme essentielle. »

¹⁴ Voir not. S. GUINCHARD, F. FERRAND, T. MOUSSA, « [Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement approprié au contrôle de conventionnalité](#) », *D.* 2015, p. 278, pt. 21-24.

¹⁵ B. LOUVEL, « Réflexions à la Cour de cassation : contribution à la refondation de la Justice » (discours), 24 nov. 2015, [site internet CCass.](#), évoquant la « conceptualisation du contrôle de proportionnalité [...] en vue d'harmoniser entre ses chambres l'intégration de ce contrôle [...] à la technique de cassation ».

¹⁶ CCass., *Memento* préc., p. 11 et suiv.

¹⁷ P. CHAUVIN, « La question de la proportionnalité dans la pratique jurisprudentielle - L'exemple français », intervention lors du séminaire France-Israël des 7/9 nov. 2016, 2016, [site internet CCass.](#) : « la Cour de cassation [...] abandonne temporairement son rôle de juge du droit, quand bien même elle se justifierait en invoquant l'unité de la jurisprudence. »

¹⁸ CE, 14 janv. 1938, *Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette »*, [site internet CE](#).

I. APPROCHES GÉNÉRALES DES CONTRÔLES DE PROPORTIONNALITÉ

dommage se produire puis l'indemniser ? Cela, la finesse du contrôle conventionnel de proportionnalité le permet, contrairement au contrôle de constitutionnalité, qui reste prisonnier de sa logique abstraite. Il est alors difficile de ne pas faire le lien entre la philosophie de la responsabilité sans faute de la jurisprudence *la Fleurette* et la formulation parfois utilisée par la CEDH évoquant « *une charge disproportionnée qui rompt le juste équilibre*¹⁹ ».

Toutefois, la force de la solution *la Fleurette* réside dans sa rareté et son strict encadrement qui préservent la solennité et la généralité de la loi²⁰. C'est peut-être sur ce point que la Cour de cassation n'insiste pas assez, ou qu'elle n'est pas entendue. Pour que ce contrôle conventionnel de proportionnalité *in concreto* soit acceptable dans ses effets d'atomisation du droit, il ne doit qu'exceptionnellement aboutir à ce que la loi demeure inappliquée²¹. Il ne faut pas non plus qu'il se substitue à la technique de l'interprétation conforme, lorsqu'elle est possible, qui préserve mieux la généralité de la loi, en ouvrant à tous, et de manière à peu près prévisible, le bénéfice de ses exceptions jurisprudentielles²². Si les non-applications consécutives à un contrôle de proportionnalité concret deviennent régulières pour une seule et même loi et dans des situations multiples, c'est qu'elle pose en réalité un problème systémique. Si l'interprétation neutralisante n'est pas possible en raison de cette diversité, il serait alors plus opportun que le Conseil constitutionnel se prononce, si les droits et libertés sont équivalents sur le plan conventionnel et constitutionnel, ou que le législateur modifie spontanément la loi. À défaut, on pourrait effectivement craindre que le juge ne la récrive abusivement au gré des espèces²³.

Soulignons cependant que la technique de l'interprétation neutralisante, qui ressort d'une forme de contrôle « mi-concret, mi-abstrait », peut avoir l'apparence de la généralité, mais ne viser que des situations extrêmement rares²⁴. Le cas échéant, elle ne diffère que formellement de la solution consistant à écarter la loi après un contrôle de proportionnalité. Par ailleurs, l'interprétation neutralisante est probablement plus attentatoire à la volonté du législateur qu'une non-application de la loi sur la base d'un contrôle concret, par essence dérogatoire, et qui ne prétend jamais faire corps avec la loi²⁵.

¹⁹ Voir not. CEDH, 5 nov. 2015, *Aff. Henrioud c. France*, n° [2144411](#).

²⁰ R. CHAPUS, *Droit administratif général (Tome 1)*, Montchrestien-Domat, 15^e éd., p. 1380 : « *La responsabilité du fait des lois est un produit de luxe* ».

²¹ P. PUIG, *op cit.* : « *L'on pourrait peut-être s'accommoder d'un tel pouvoir modérateur s'il n'avait vocation qu'à s'épanouir dans des circonstances d'une exceptionnelle dureté.* » ; A. BÉNABENT, « [Un culte de la proportionnalité...un brin disproportionné ?](#) », *D.* 2016, p. 137, repoussant une analogie pourtant intéressante avec les « *simples soupapes exceptionnelles classiques* » que sont la fraude et l'abus.

²² Sur cet équilibre difficile à trouver voir A. BRETONNEAU, [Concl.](#) sur CE., Ass., 31 mai 2016, *Mme C... A...*, n° 396848, *Leb.* p. 18 ; X. DUPRÉ DE BOULOIS, *op. cit.*, en part. p. 3-6.

²³ D. DE BECHILLON, « Observations sur le contrôle de proportionnalité », in [Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation](#), *JCP G* 2016, supp. n° 1-2, p. 27, en part. p. 29 : « *La rhétorique du changement induit par le contrôle de proportionnalité ne peut pas – ne doit pas – servir à alimenter l'idée selon laquelle le juge serait tout à coup rendu légitime à sortir de lui-même, autorisé par on ne sait quelle norme transcendante à se placer au-dessus du droit et à donner libre cours, en conscience, à sa plus pure subjectivité* ».

²⁴ CE, Sect., 3 juil. 1998, *Bitouzet*, n° [158592](#), *Leb.*, qui, pour des raisons de conventionnalité, suspend la non-indemnisation des servitudes d'urbanisme au fait que le « *propriétaire ne supporte pas une charge spéciale et exorbitante, hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général poursuivi* », qui reprend la formulation de l'arrêt *la Fleurette* et son application forcément exceptionnelle hors de l'hypothèse d'une responsabilité sans faute *stricto sensu*.

²⁵ En ce sens P. DEUMIER, *op. cit.*, « *À cet égard, il est possible de se demander quel contrôle dénature le plus l'office du juge judiciaire ou administratif : celui par lequel, depuis plusieurs décennies, il condamne les vues générales du législateur ou celui par lequel, depuis quelques années, il en conteste une application particulière, sans remettre en cause son applicabilité générale ?* ».

I. APPROCHES GÉNÉRALES DES CONTRÔLES DE PROPORTIONNALITÉ

En définitive, la Cour de cassation ne mène pas de « *contre-révolution*²⁶ » en revendiquant une application plus « conceptualisée » du contrôle conventionnel de proportionnalité. On ne peut pas l'accuser de sortir du cadre de la séparation des pouvoirs, qui autorise ce contrôle et ses modalités. On ne peut pas non plus lui reprocher des atteintes aux principes d'égalité devant la loi, de prévisibilité du droit, ou de sécurité juridique, surtout si on critique en même temps l'évolution de son office de cassation.

En réalité, la Cour prend enfin conscience des potentialités de ce contrôle imposé par la jurisprudence de la CEDH, et de sa responsabilité dans sa mise en œuvre²⁷. Elle tente même de préserver la marge nationale d'appréciation en usant du principe de subsidiarité²⁸.

Le problème n'est donc pas structurel. Il viendrait plutôt de la démarche volontariste de la Cour, peut-être de sa méthode²⁹, mais surtout des solutions auxquelles le contrôle de proportionnalité aboutit qui, visiblement, ne font pas consensus, et font rejeter la technique³⁰. Mais un tel changement peut difficilement aller sans quelques hésitations et décisions contestables *en opportunité*, sans que rien ne puisse pourtant lui être reproché sur le plan constitutionnel.

²⁶ F. CHÉNÉDÉ, préc.

²⁷ P. CHAUVIN, « [Contrôle de proportionnalité : “Une nécessaire adaptation aux exigences de la jurisprudence européenne”](#) », *Gaz. Pal.* 2016, n° 43, p. 10.

²⁸ E. JEULAND, « Une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité », in [Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation](#), *JCP G* 2016, supp. n° 1-2, p. 20, en part. p. 24 : « Pour éviter que la Cour EDH ne contrôle la proportionnalité à sa place, la Cour de cassation doit s'en emparer et profiter de la marge d'appréciation reconnue aux juges nationaux. »

²⁹ P. DEUMIER, *op. cit.* ; H. FULCHIRON, « [Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode](#) », *D.* 2017, p. 656 ; P. DUCOULOMBIER, « [Contrôle de conventionnalité et Cour de cassation : de la méthode avant toute chose](#) », *D.* 2017, p. 1778.

³⁰ D'un strict point de vue stratégique, était-il judicieux d'inaugurer une nouvelle politique jurisprudentielle avec un arrêt sur le droit de la famille et une interdiction de mariage entre alliés ?

EXISTE-T-IL UNE MÉTHODE DU CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ ?

Par

Frédéric ROUVIÈRE

*Professeur à l'Université d'Aix-Marseille
Laboratoire de théorie du droit*

1. À la recherche d'une méthode – Le contrôle de proportionnalité s'est invité à la Cour de cassation¹. Il est désormais un enjeu majeur de sa réforme². Cependant, cette forme de raisonnement, héritée des techniques du droit public, peine à se greffer de façon convenable en droit privé³.

Certes, il ne fait pas de doute que certaines dispositions légales donnent au juge judiciaire un pouvoir d'appréciation fondé sur une proportionnalité ou un équilibre. Tel est le cas du cautionnement⁴ ou du contrôle de la clause pénale⁵. Mais ces exemples ne représentent pas la difficulté en cause car ils portent sur une question de fait laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond. Dans ces hypothèses, tout sera affaire de contexte et de circonstances pour déterminer si la caution a souscrit un engagement disproportionné au regard de son actif patrimonial ou si la clause pénale est, en l'espèce, manifestement excessive ou au contraire dérisoire.

Le raisonnement de proportionnalité peut ainsi prendre plusieurs formes⁶ :

- comme catégorie du droit positif (c'est l'exemple précité) ;
- comme façon d'estimer les intérêts en présence (particulièrement en matière de droits fondamentaux) ;
- comme mode général de pensée qui substitue le juge au législateur.

Ces formes reposent toutefois sur une même structure : il s'agit toujours de la recherche d'un équilibre entre deux impératifs contradictoires. Le cautionnement est un contrat valable mais il ne doit pas mettre la caution dans une situation trop délicate ; la peine contractuelle doit inciter à l'exécution mais elle ne doit pas peser trop fortement sur le débiteur. En matière de droits fondamentaux, les exemples sont également classiques : la liberté d'expression ne doit pas méconnaître la vie privée ; la liberté d'aller et venir est confrontée aux nécessités de l'ordre public et ainsi de suite. En revanche, la généralisation de la proportionnalité comme mode de pensée est une nouveauté radicale qui ne se fonde plus sur un raisonnement en termes de catégories et de précédents mais sur un équilibre à trouver dans chaque situation de fait et à renouveler.

On le voit, cette dernière façon d'apprécier les intérêts en cause ne peut pas être transposée telle quelle pour le contrôle de la loi ou même pour l'application de la loi à une espèce. La raison est

¹ S. LE GAC-PECH, « Le nouvel art de juger : quand la proportionnalité s'invite dans la mise en œuvre de la règle de droit », *RLDC* 2017, p. 55 : l'auteur parle de « révolution en marche » et de « changement de paradigme », une position que nous avons nuancée en réponse : F. ROUVIÈRE, « [La proportionnalité en quête de mesure](#) », *RTD civ.* 2018, p. 257.

² « Réforme de la Cour » ; consulté le 14 novembre 2020, [site internet de la Cour de cassation](#).

³ H. FULCHIRON, « [Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode](#) », *D.* 2017, p. 656.

⁴ [C. conso., art. L. 341-4](#).

⁵ [C. civ., art. 1231-5](#).

⁶ F. ROUVIÈRE, « Les différentes formes de contrôle de proportionnalité », in J.-P. AGRESTI (dir.), *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, PUAM, 2018, p. 75-80.

simple : la loi ne peut être ravalée au rang de simple fait sans quoi on ne comprendrait plus la distinction entre le fait et le droit⁷. En outre, la Cour de cassation en particulier effectue un contrôle de droit et non de fait⁸.

2. Opportunité de la transposition de la méthode publiciste – Peut-on user *en droit privé* de la méthode que le juge administratif et la Cour européenne des droits de l'homme ont mis au point⁹ ? Formellement, rien n'empêche le juge judiciaire de se livrer à un tel contrôle, seulement il repose sur une différence de taille : il s'exerce entre personnes privées. La question qui se pose n'est donc plus celle d'un pouvoir exercé sur un administré ou sur un citoyen par les pouvoirs publics mais celle de savoir si les droits fondamentaux sont en eux-mêmes une technique adaptée pour trancher des litiges entre particuliers.

La question mérite d'autant plus d'être posée qu'il n'est pas évident que l'approche de la Cour EDH soit sans ambiguïté. En effet, le contrôle des prérogatives de l'État envers les particuliers mérite bien un contrôle mais en droit privé, l'hypothèse se limite au cas typique du droit pénal¹⁰. À cet égard, en matière civile (au sens large), il est bien plus problématique de regarder la décision de justice comme un acte étatique qui prive une partie des droits qu'elle détient de la Convention car cela revient, non plus à trancher le conflit entre deux intérêts particuliers, mais à apprécier si l'intérêt de cette personne est suffisamment garanti par le système de droit interne. Il y a donc un déplacement de la question.

Ce déplacement est parfaitement illustré par l'arrêt emblématique du 4 décembre 2013 (qu'on ne présente plus) sur l'absence de nullité du mariage entre alliés alors que la prescription n'était pas acquise¹¹. En effet, il ne revient pas au même de se demander si la prescription de trente ans portait, *dans ce cas*, atteinte à la vie privée de la femme remariée à son ex-beau père ou bien si le mariage devait être annulé car l'ordre public avait été violé. Ce qui est troublant est que cet arrêt pilote a opéré un mélange de ces deux problèmes. L'intérêt patrimonial recherché par l'ex-époux (qui voyait d'un mauvais œil que son ex-femme vienne le concurrencer dans la succession de son propre père) a été directement mis en balance avec l'intérêt de son ex-femme qui avait vécu sans encombre son union pendant vingt-deux ans et apparemment sans protestation ni de l'ex-mari ni du ministère public.

Un tel contrôle de proportionnalité n'est clairement pas soluble dans la méthodologie que propose actuellement la Cour de cassation¹². La nullité du mariage entre alliés n'est pas en soi une restriction contraire à un droit ou un principe de la Convention. Est-elle alors une application disproportionnée dans les circonstances de la cause ? Le droit au mariage existe mais sa limitation

⁷ T. MARZAL, « [La Cour de cassation à "l'âge de la balance". Analyse critique et comparative de la proportionnalité comme forme de raisonnement](#) », *RTD civ.* 2017, p. 796-797.

⁸ [C. pr. civ., art. 604.](#)

⁹ F. SUDRE, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *JCP G* 2017, p. 289. L'auteur établit que le contrôle de proportionnalité a trois formes. Il est soit global (ou large) soit simplifié (ou étroit) soit encore horizontal. Selon la première forme, le contrôle vise à apprécier les ingérences de l'État fondées sur l'ordre public. Selon la deuxième forme, il vise le même but mais en dehors du cadre de l'ordre public. Selon la troisième forme, il s'agit d'apprécier si l'abstention de l'État a permis à une personne privée de s'immiscer dans le droit garanti. De là découlent trois modalités de contrôle distinctes. Pour l'ordre public, la Cour EDH vérifie (avec des variations subtiles) si la mesure est nécessaire dans une société démocratique (identification de motifs pertinents et suffisants). En dehors de l'ordre public, la Cour EDH vérifie seulement le juste équilibre et renvoie pour le surplus au principe de subsidiarité (l'autorité nationale prime). Enfin, pour l'effet horizontal indirect (entre personnes privées), il s'agit d'une mise en balance pour concilier des droits fondamentaux contradictoires.

¹⁰ Par ex., Cass. crim., 3 juin 2015, n° [14-86.507](#) à propos de l'exécution d'une mesure d'éloignement.

¹¹ Cass. civ. 1^{ère}, 4 déc. 2013, n° [12-26.066](#).

¹² *Memento du contrôle de conventionalité au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, déc. 2018, [site internet de la Cour de cassation](#).

aux unions entre alliés est légitime et la nullité est par là même justifiée. La distinction entre contrôle *in abstracto* et *in concreto* de la règle ne change rien ici : l'interdiction générale est justifiée et les conséquences économiques de son application ne modifient pas le bien-fondé de l'interdiction. L'ingérence dans l'exercice du droit est donc fondée sauf à ce que le juge redéfinisse l'ordre public que le législateur a établi – un exercice périlleux dans un système romano-germanique où la loi se tient au centre des raisonnements.

On le voit, le contrôle fondé sur les droits de l'homme est intimement lié à la question de l'ingérence de l'État. Cette question nous paraît donc à ce titre distincte du litige qui oppose les personnes privées sauf à considérer que tout procès est une ingérence étatique. Mais soutenir que toute décision de justice est une ingérence reviendrait ni plus ni moins à rendre l'application de la loi subsidiaire au profit d'une interrogation primordiale sur l'équilibre des intérêts en présence au regard des faits. Or tant la subsidiarité dans l'application de la Convention que le rôle de la loi dans un système de droit écrit contredisent cette idée. En effet, le raisonnement juridique suppose que le juge tranche les litiges privés en équilibrant les intérêts en présence à partir des catégories constituées par des séries de précédents ou des définitions.

En tout état de cause, même en supposant que le juge puisse s'affranchir des contraintes hormis celles fournies par les droits fondamentaux, il ferait en réalité naître un nouveau système de précédents créateur de droit. En effet, pour rester cohérent, le juge devra à l'avenir traiter les cas semblables de façon identique¹³ et donc se demander si la nouvelle situation de fait examinée est, oui ou non, identique à celle qui a été précédemment jugée. L'équilibre déjà admis s'imposerait au juge pour l'avenir¹⁴. Cette façon de raisonner ressemble à s'y méprendre au raisonnement de *common law* dont les prémisses sont des cas plutôt que des règles générales et abstraites¹⁵.

3. La fonction des droits de l'homme – En définitive, on a trop peu porté attention au fait que les droits de l'homme sont historiquement et indissociablement liés à la question des ingérences des pouvoirs publics¹⁶. Dès lors, il ne s'ensuit pas de ce que l'État a brimé les droits d'un individu par une disposition légale que cet individu doit forcément avoir gain de cause dans un litige qui l'oppose à un autre particulier. Certes, dans le cas du mariage entre alliés, la suppression de toute nullité aurait directement cet effet mais l'on peut imaginer d'autres hypothèses ou cela ne serait pas le cas. En supposant par exemple qu'on juge qu'une loi ne puisse écarter la responsabilité contractuelle d'un banquier, il ne s'ensuivrait pas que le banquier soit responsable : il resterait à établir sa faute et le lien de causalité avec le dommage.

Alors qu'un procès impliquant l'État devant la Cour EDH se solde par la seule question de la légitimité de l'intervention des pouvoirs publics dans la liberté des individus, le procès civil pose encore la question de l'arbitrage des intérêts en présence. Mieux : les droits de l'homme n'impliquent même pas nécessairement un raisonnement proportionnel : il peut aussi exister en termes de hiérarchie des valeurs (par ex. l'intérêt de l'enfant) ou d'interdiction absolue (ex. la torture)¹⁷. En d'autres termes, non seulement la proportionnalité ne concerne pas tous les droits fondamentaux mais encore ces derniers ne peuvent être la clé générale des procès en droit privé.

¹³ F. ROUVIÈRE, « [Le fondement du savoir juridique](#) », *RTD civ.* 2016, n° 8, p. 286.

¹⁴ P. DEUMIER, « [Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode](#) », *RTD civ.* 2016, p. 578.

¹⁵ M. A. EISENBERG, "The Principles of Legal Reasoning in Common Law", *Common law theory*, Cambridge University Press, 2007, p. 84-86 ; N. MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press, 2005, p. 47.

¹⁶ C'est le même constat pour l'Allemagne où le contrôle de proportionnalité est un principe général du droit applicable devant toutes les juridictions : R. UERPMANN-WITZACK, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour constitutionnelle fédérale », *Revue générale du droit* (<https://www.revuegeneraledudroit.eu/>), Études et réflexions, 2018, p. 2.

¹⁷ T. MARZAL, préc., p. 799-780.

4. Structure propre du procès en droit privé – La conséquence de l'épaisseur propre au procès civil montre que le contrôle de conventionalité ne doit pas être perçu comme une exception à l'application du droit mais au contraire comme une question préjudicielle. Bien entendu, ce ne peut être une question préjudicielle au sens technique du terme puisque c'est la juridiction devant laquelle le litige est pendu qui va répondre à la question posée. Il n'en demeure pas moins que cette façon de considérer le problème est en parfaite harmonie avec le type de contrôle qui est impliqué par la Convention. À cet égard, il n'y a pas de raison de traiter de façon différente la question prioritaire de constitutionnalité et la question de conventionalité : ce sont des règles légales qui sont analysées.

Ce point, très peu débattu, nous paraît être de la plus haute importance. En effet, en concevant les droits de l'homme comme une forme d'argument « joker », on admettrait de façon généralisée un règne sous-jacent de l'exception d'équité. On glisserait alors d'une appréciation des dispositions étatiques à une appréciation des intérêts particuliers en présence à partir des droits de l'homme. Or ce n'est évidemment pas leur rôle ou leur fonction. Cette dérive doit être dénoncée car elle est inscrite en filigrane dans l'arrêt du 4 décembre 2013 et se poursuit dans les arrêts ultérieurs¹⁸. En somme, la question piège est celle de savoir si le droit ou la clause a pour effet de porter atteinte à une liberté fondamentale. En effet, la propriété et la vie privée (telles que définies par la Convention) recouvrent quasiment tout le champ du droit privé patrimonial et extra-patrimonial, hors droit pénal. Il y aura donc toujours une atteinte potentielle si bien qu'en raisonnant de la sorte, on consacre le règne d'une exception permanente bouleversant les équilibres déjà institués. Rien ne justifiait ici d'écarter l'exception formellement prévue par la loi du mariage putatif¹⁹ pour résoudre le problème.

Ce n'est donc pas l'usage du contrôle de proportionnalité qui fait problème mais l'usage des droits de l'homme pour directement neutraliser l'équilibre des intérêts entre particuliers déjà arbitrés par la loi.

5. Subsidiarité et contrôle préalable – Sans paradoxe, pour que l'application de la Convention soit subsidiaire, elle doit être conçue comme préalable dans le procès civil, à l'instar du contrôle de constitutionnalité. En effet, la subsidiarité signifie précisément que l'on présume que les droits établis par la Convention sont déjà garantis par le droit interne. Ce n'est donc pas après l'application des règles de droit interne que les droits de l'homme doivent être invoqués mais bien en préalable, lorsqu'on conteste les règles instituées en tant qu'instruments de mesure des droits des particuliers.

Sous cet angle, c'est toute une série de faux-problèmes qui sont dissipés. Il ne s'agit plus de savoir si la Cour de cassation est, ou non, légitime à effectuer un contrôle de proportionnalité : elle l'est, comme les juges du fond, en vertu de la Convention elle-même. Il ne s'agit plus de savoir si le raisonnement juridique se doit d'être une balance des intérêts²⁰ : cette forme de raisonnement n'est pas concevable dans un système juridique légicentriste où c'est la loi qui opère cette balance. De même, la subsidiarité du contrôle implique que le juge n'ait pas à le réaliser d'office mais seulement à la demande des parties²¹.

¹⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 8 déc. 2016, n° [15-27.201](#) ; v. spéc. J. HAUSER « Mariage nul : proportionnalité versus réalité » *JCP G* 2017, p. 166 ; F. CHENEDÉ, « [Nullité du mariage entre alliés. Regard rétro-prospectif sur le contrôle de conventionalité in concreto](#) », *D.* 2017, p. 953.

¹⁹ [C. civ., art. 201](#).

²⁰ J.-P. CHAZAL, « Propriété versus régulation. La nécessaire balance des intérêts », *Cahiers dr. entrep.*, 2015, n° 6, dossier 48.

²¹ H. FULCHIRON, préc.

La difficulté surgit dans l'opposition *in concreto* et *in abstracto*, lorsque c'est l'application de la règle au cas qui est écartée au-delà de la règle de droit en elle-même. Or on ne voit pas comment faire un contrôle *in concreto* sans ajouter à la loi des exceptions qu'elle exclut formellement.

6. Champ d'application du raisonnement proportionnel – À la rigueur, la question qui peut se poser est celle de savoir si, dans les cas non réglés par la loi ou la jurisprudence, le juge peut procéder par contrôle de proportionnalité. Mais cette question est loin d'être neuve : c'est une solution que proposait déjà François GÉNY²² en France ou Philippe HECK²³ en Allemagne. L'incertitude de cette balance et de cette recherche a laissé la place à une construction systématique. Celle-ci permet une articulation rationnelle du droit où les catégories sont synthétisées dans des théories générales donnant au droit sa cohérence et surtout sa prévisibilité dans son application. Le contrôle de proportionnalité ne saurait donc être le prétexte facile pour remettre en question la construction systématique du droit au profit d'un droit qui s'apprécie seulement *in casu*. Bref, on ne saurait changer la forme et la culture même d'un pays de tradition civiliste comme la France.

Un point difficile est celui des clauses contractuelles ou des actes unilatéraux. Ce sont des règles d'intérêt privé qui ne sont pas assimilables aux règles légales. Néanmoins, la Cour EDH dans l'affaire dite du « *testament andorran* »²⁴ a déclaré non conforme la clause d'un testament interprétée comme opérant une distinction entre enfants adoptifs et légitimes au motif que l'État a contracté une obligation positive de faire respecter cette égalité et non seulement de s'abstenir d'une ingérence arbitraire dans l'ordre privé. Il s'agit d'un contrôle des stipulations testamentaires excluant la possibilité pour un juge de les interpréter de façon discriminatoire. En définitive, la Cour EDH affirme l'existence d'un ordre public contractuel que les États doivent faire respecter et qui se superpose à leur propre ordre public interne.

Cette interprétation extensive est critiquable dans la mesure où elle revient à utiliser les droits de la Convention comme régler un litige purement privé. Ainsi, dans le cas français du règlement de copropriété dont l'effet indirect de l'une des clauses était d'empêcher certaines pratiques religieuses, la Cour de cassation a jugé *sans contrôle de proportionnalité* qu'il n'y avait pas d'atteinte à la liberté religieuse²⁵. En effet, les clauses en question n'avaient pas un but discriminatoire mais esthétique. Le fait qu'elles se trouvaient incidemment empêcher une personne d'exercer sa religion était donc un effet secondaire. À cet égard, nul besoin de comparer le droit de propriété avec la liberté de la religion pour le savoir : il suffit de considérer que le contenu et le but de la clause pour s'apercevoir qu'ils ne sont pas en eux-mêmes discriminatoires. Pour contrôler la violation éventuelle des droits de l'homme, le contrôle de proportionnalité divisé en étapes rigoureuses n'est ici pas même nécessaire, il s'effectue à travers un ordre public qui inclut les valeurs de la Convention.

7. La méthode proportionnelle et ses objets – Ces brèves réflexions permettent d'esquisser une piste de réponse à la question posée. Il existe effectivement une méthode générale fondée sur l'idée de proportionnalité qui renvoie à l'idée d'un équilibre mesuré et gradué entre deux éléments. Le trouble ne vient pas de ce point, il vient des objets auxquels la méthode peut s'appliquer.

Premièrement, ce sont deux faits prévus par une règle qui peuvent être comparés proportionnellement : c'est alors une façon d'appliquer une condition légale qui exige une proportion comme critère d'appréciation.

²² Pour une présentation didactique : B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, Bruylant, 3^{ème} éd., 2011, p. 492-493.

²³ M. BUERGISSE, J.-F. PERRIN, « Interessenjurisprudenz : statut et interprétation de la loi dans l'histoire du mouvement », Genève, CETEL, 1988, p.4. <http://archive-ouverte.unige.ch/unige:4981>, consulté le 13 novembre 2020.

²⁴ CEDH, 15 déc. 2004, *Pla Puncerneau c. Andorre*, req. n° 69498/01, qui reconnaît que « *la Cour n'est pas appelée, en principe, à régler des différends purement privés* » (n° 59). Ce problème est bien souligné dans les opinions dissidentes de Sir N. BRATZA, §2, et M. GARLICKI.

²⁵ Cass. civ. 3^{ème}, 8 juin 2006, n° 05-14.774.

I. APPROCHES GÉNÉRALES DES CONTRÔLES DE PROPORTIONNALITÉ

Deuxièmement, c'est la règle de droit et son application qui peuvent être soumises à une analyse proportionnelle : c'est la voie prise par les juges européens et par le juge administratif français. La Cour de cassation peut alors leur emboîter le pas sans difficulté si les droits de l'homme n'indiquent pas directement la solution du litige entre particuliers mais questionnent au préalable les règles qui permettent de trancher le litige. Les actes juridiques doivent être conformes à l'ordre public ce qui n'implique pas que les valeurs elles-mêmes servent de critère pour trancher les litiges entre particuliers.

Troisièmement, la méthode proportionnelle peut prendre pour objet les intérêts particuliers en présence : c'est alors une balance des intérêts qui rend la loi superflue. Cette façon de raisonner introduit à terme une primauté du précédent. Elle exige aussi un changement de motivation pour se conformer à un autre type de tradition afin d'introduire de nombreuses considérations visant à justifier l'équilibre réalisé²⁶.

Quatrièmement, et de façon plus radicale, la proportionnalité peut être le refus du précédent au motif que les faits sont toujours changeants²⁷. La proportionnalité serait une adaptation constante des solutions aux changements des faits consacrant le règne d'une appréciation politico-éthique. Cette proportionnalité sort du cadre de la rationalité juridique.

Dans cette classification, on s'aperçoit que la proportionnalité exercée dans le cadre de la rationalité juridique n'est pas un synonyme du règne généralisé de l'équité bien que les deux idées soient liées. Il ne s'agit pas d'introduire des exceptions dans l'application de la loi mais de vérifier que la loi est bien conforme aux exigences de la Convention, comme le fait par ailleurs le Conseil constitutionnel pour la Constitution. Il n'y a donc nulle révolution à opérer²⁸, tout juste une évolution : le juge judiciaire doit s'acclimater à une forme de contrôle dans lequel baigne par nature le juge constitutionnel. Mais il ne doit pas aller au-delà sous peine de faire du cas par cas.

Par contraste, on s'aperçoit alors que certains objets se prêtent mal au contrôle de proportionnalité. Par exemple, la dignité ou la torture ne sont pas susceptibles de degrés. De même, on ne saurait appliquer la proportionnalité *in concreto* pour remettre en question des règles sans que l'avis du juge se substitue au rôle du législateur²⁹. Ce point particulier est lié au droit privé qui est le domaine par excellence de la loi en France et bien sûr des litiges entre particuliers.

En se centrant sur ses objets, une partie du mystère du contrôle de proportionnalité se dissipe. Il n'est qu'une forme de raisonnement résiduelle en droit privé pour l'application de la loi et qui prend aujourd'hui une certaine importance au regard de la montée en puissance des droits fondamentaux. Dans un pays de tradition romano-germanique comme le nôtre, la proportionnalité ne peut remplacer la loi ni même la prolonger, l'extension se faisant plutôt par l'analogie avec les précédents jurisprudentiels ou, au besoin, par l'élaboration de définitions jurisprudentielles. Il n'y a donc ni règne du fait, ni règne de l'équité, ni mutation de la Cour de cassation à redouter si le contrôle de proportionnalité du droit interne est cantonné à ce qu'il est : une analyse préalable de la conformité des règles de droit à la Convention sans que cette analyse donne directement la clé du litige.

²⁶ Comparaison parfaitement mise en lumière par Ch. JAMIN, « [Juger et motiver. Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux](#) », *RTD civ.* 2015, p. 263.

²⁷ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, n° 417 et s.

²⁸ Ph. JESTAZ, J.-P. MARGUÉNAUD, Ch. JAMIN, « [Révolution tranquille à la Cour de cassation](#) », *D.* 2014, p. 2061-2070.

²⁹ F. CHÉNÉDÉ, « Le droit à l'épreuve des droits de l'homme », in *Mélanges Champenois*, Defrénois, 2012, p. 139.

JUGES : LE RETOUR DES DÉFORMATIONS MORBIDES ?

Par

Christophe JAMIN

*Professeur des universités
École de droit de Sciences Po*

À une époque où l'on publie tant et tous azimuts, il faut savoir attirer l'attention de son lectorat. Or comment mieux le faire qu'en choisissant un titre intrigant et provocateur ? Espérons que celui-ci appartienne à la catégorie. Il pourrait d'ailleurs ne pas être dénué de sens. Je l'ai emprunté au vénérable François Geny quand il s'en prend rudement au « *bon juge Magnaud* », dont j'imagine qu'il fait encore partie d'un inconscient collectif des magistrats. Nous sommes en 1914. Geny constate que les exégètes du XIX^e siècle ont fait rendre à la loi écrite tout ce qu'ils pouvaient en tirer et qu'il faut désormais aller au-delà du texte légal, « *dont la formule ne se pose qu'en moyen artificiel et technique... de limiter l'arbitraire de l'appréciation individuelle* », pour « *viser un idéal supérieur de justice* ». Mais si l'auteur se félicite d'une nette évolution en ce sens, à laquelle il associe le premier président Ballot-Beaupré lors du discours que ce dernier prononça lors des fêtes du centenaire du Code civil¹, il considère que certains interprètes sont allés trop loin et mentionne « *certaines déformations morbides de l'évolution, telles que le trop célèbre "Phénomène Magnaud"...* »².

Pour comprendre le sens du propos de Geny, il faut revenir en quelques mots sur ce qui se trame durant cette période de renouveau de la pensée juridique³. Une nouvelle génération de juristes s'en prend à la manière dont leurs prédécesseurs interprètent le vieux Code civil qui n'a guère été réformé depuis 1804 : privilégiant le sens littéral des textes, s'en tenant à défaut à la recherche de la volonté des codificateurs sans prendre en considération les évolutions de la société, et abusant toujours de déductions logiques. Ce qu'il faut désormais, c'est affranchir les interprètes de cet ensemble de contraintes. Néanmoins cette œuvre de libération a sa contrepartie : désormais, les juges risquent d'interpréter les textes de manière subjective ou arbitraire. Ce que cette nouvelle génération reproche précisément au juge Magnaud. Ses membres partent donc en quête d'objectivité. Et de proposer des solutions. Par exemple en exigeant des interprètes qu'ils ne s'en tiennent pas à une appréciation sentimentale de ce que peut être une interprétation juste, mais qu'en usant des ressources de la technique juridique, ils tiennent compte de principes nouveaux issus des mouvements d'opinion en tâchant de les coordonner au mieux avec l'économie du droit

¹ Je le cite pour mémoire : « *Lorsque le texte, sous une forme impérative, est clair & précis, ne prêtant à aucune équivoque, le juge est obligé de s'incliner & d'obéir ; s'il ne le faisait pas, il manquerait à un devoir élémentaire, & de pareils abus, en se généralisant, produiraient une véritable anarchie. Mais, lorsque le texte présente quelque ambiguïté, lorsque des doutes s'élèvent sur sa signification & sa portée, lorsque rapproché d'un autre, il peut, dans une certaine mesure, être, ou contredit ou restreint, ou, à l'inverse, développé, j'estime que le juge, alors, a les pouvoirs d'interprétation les plus étendus ; il ne doit pas s'attarder à rechercher obstinément quelle a été, il y a cent ans, la pensée des auteurs du code en rédigeant tel ou tel article ; il doit se demander ce qu'elle serait si le même article était aujourd'hui rédigé par eux ; il doit se dire qu'en présence de tous les changements qui, depuis un siècle, se sont opérés dans les idées, dans les mœurs, dans les institutions, dans l'état économique & social de la France, la justice & la raison commandent d'adapter libéralement, humainement, le texte aux réalités & aux exigences de la vie moderne* », A. BALLOT-BEAUPRÉ, Discours prononcé, pour la célébration du centenaire du Code civil, dans le grand amphithéâtre de la Sorbonne, le 29 octobre 1904, et publié dans *Le centenaire du Code civil*, Paris, Société d'études législatives, 1904, p. 27.

² F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, Paris, Sirey, 1914, p. 33, n° 9.

³ Pour apprécier ce renouveau et sa portée, on peut lire N. HAKIM et F. MELLERAY (dir.), *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, Paris, Dalloz, coll. Méthode du droit, 2009, 330 p.

I. APPROCHES GÉNÉRALES DES CONTRÔLES DE PROPORTIONNALITÉ

national⁴. Ce qui peut s'énoncer ainsi en matière de responsabilité civile : tenir compte du concept de risque professionnel introduit par la loi du 9 avril 1898 pour modifier l'interprétation de l'ancien article 1384 [1242 nouveau] du Code civil tout en prenant soin de la concilier avec l'économie du droit de la responsabilité civile jusqu'à présent gouverné par le seul concept de faute. Un travail de grande ampleur que les mêmes dénie aux juges de pouvoir accomplir, tant ceux-ci travaillent au plus près des cas d'espèce qui leur sont soumis, pour le réserver à une doctrine d'avant-garde (implicitement universitaire) qui, en œuvrant de manière scientifique, fournira à ces juges les bases objectives dont ils ont besoin pour asseoir leurs jugements. Ce qui, on le sait, en matière de responsabilité civile, prendra à peu près un demi-siècle – de l'arrêt *Teffaine* (1896) à l'arrêt *Franck* (1941).

Quel est alors le rapport entre ces vieilleries méthodologiques sur l'objectivité du juge, la crainte du « *phénomène Magnaud* » et le contrôle de proportionnalité ? Résumons-le en quelques mots : en recourant de façon aussi massive qu'aujourd'hui et dans un grand nombre de domaines (qui relèvent du droit civil, du droit commercial, du droit pénal, etc.) à un contrôle de proportionnalité, les juges s'affranchissent à nouveau des textes, mais aussi des principes méthodologiques imaginés aux alentours de 1900 pour tenter de créer de l'objectivité chez les interprètes, avec le risque qu'ils se comportent comme de nouveaux juges Magnaud en privilégiant des interprétations sentimentales dont il est souvent écrit qu'elles engendreront le chaos dans l'ordonnement juridique !

Mesurer la portée d'un tel risque n'est pas une chose très aisée, car il n'existe pas une seule manière de pratiquer le contrôle de proportionnalité. Pour ne pas surcharger mon propos qui ne peut tenir qu'en quelques pages, je m'en tiendrai à un seul exemple pris dans le domaine des droits fondamentaux en le tirant, pour son intérêt pédagogique, d'un arrêt de la 3^e chambre civile de la Cour de cassation du 17 mai 2018⁵.

En l'espèce, un couple a édifié, un peu plus de vingt ans auparavant, une maison qui leur sert de domicile sur une parcelle de terrain appartenant à un tiers. Celui-ci sollicite la libération des lieux et la démolition de la maison. Il l'obtient d'une cour d'appel. Pourvoi du couple, dont l'un des membres décède en cours d'instance : en sollicitant leur expulsion et la démolition de leur bien, le propriétaire s'est ingéré dans le droit au respect du domicile protégé par l'article 8 de la CEDH ; or cette ingérence doit demeurer proportionnée au but légitime poursuivi. Et de préciser : pour procéder au contrôle de proportionnalité, il aurait fallu tenir compte, non seulement du fait qu'il s'agissait de la perte d'un logement, l'une des atteintes les plus graves au droit au respect du domicile, mais aussi de l'ancienneté de l'occupation des lieux, en l'occurrence plus de vingt ans, et de la vulnérabilité de la personne concernée, en l'espèce un veuf de 87 ans. Rejet de la Cour de cassation : fondée sur les articles 544 et 545 du Code civil, l'ingérence vise « à garantir au propriétaire du terrain le droit au respect de ses biens » lui-même protégé par l'article 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 ainsi que par l'article 1^{er} du Protocole additionnel n° 1 à la CEDH. Ce qui est peut-être une manière de caractériser la légitimité du but poursuivi. Et la Cour d'ajouter, au titre de la proportionnalité : « *l'expulsion et la démolition étant les seules mesures de nature à permettre au propriétaire de recouvrer la plénitude de son droit sur le bien, l'ingérence qui en résulte ne saurait être disproportionnée eu égard à la gravité de l'atteinte au droit de propriété* ».

⁴ Je fais ici référence au passionnant article de Raymond SALEILLES : « Droit civil et droit comparé », *Revue internationale de l'enseignement*, t. 61, LGDJ, 1911, pp. 5-32. Pour celles et ceux qui ne connaîtraient pas l'auteur, je les renvoie plus spécialement à la lecture de M. XIFARAS, « La *veritas juris* selon Raymond Saleilles. Remarques sur un projet de restauration du jurisme », *Droits*, t. 47, 2008, pp. 77-148, ou à celle des articles contenus dans F. AUDREN, Ch. CHÊNE, N. MATHEY et A. VERGNE (dir.), *Raymond Saleilles et au-delà*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008, 192 p.

⁵ Cass. 3^e civ., 17 mai 2018, n° [16-15.792](#) ; W. DROSS, « [L'article 8 de la Conv. EDH et la construction entièrement édifiée sur le sol d'autrui](#) », *RTD civ.* 2018, p. 708, n° 4 ; *RDI* 2018, p. [446](#), obs. J.-L. BERGEL ; *JCP G* 2018, p. 1356, note J. LAURENT ; *RLDC* juill. 2018, p. 44, obs. V. PERRUCHOT-TRIBOULET ; *RJPF* juill. 2018, p. 44, obs. E. PUTMAN et S. CACIOPPO.

I. APPROCHES GÉNÉRALES DES CONTRÔLES DE PROPORTIONNALITÉ

Dit autrement, alors qu'elle constate une ingérence dans le droit au respect de la vie privée fondée sur l'article 8 de la CEDH, la 3^e chambre civile exprime son refus de procéder à un contrôle de proportionnalité. En raison du caractère absolu du droit de propriété dont elle s'emploie à rappeler la force du fondement textuel en mentionnant et la Déclaration des droits de 1789 et le Protocole additionnel n° 1 – qu'elle oppose implicitement au seul article 8. Autrement dit, compte tenu du caractère fondamental du droit de propriété, mais aussi du fait que reconnaître une violation du droit au logement aboutirait à priver peu ou prou le propriétaire de son droit de propriété, il ne saurait jamais y avoir de disproportion. C'est d'ailleurs ce qu'a expliqué le président de la 3^e chambre civile pour justifier ce refus : l'atteinte au droit de propriété aurait été plus ou moins définitive si raison avait été donnée au constructeur, alors que ce droit est l'un des plus fondamentaux⁶.

Admettons néanmoins à titre d'hypothèse que la Cour de cassation ait choisi de se lancer dans un tel contrôle ou qu'elle ait du moins reproché à la cour d'appel de ne pas y avoir procédé. Le pourvoi lui suggérerait de prendre en compte certains éléments à mettre d'un côté de la balance – celui du demandeur au pourvoi : la valeur particulièrement forte du droit au logement, le fait que l'édifice avait été construit il y a plus de vingt ans et l'âge avancé du constructeur. Il aurait alors fallu à la Cour se lancer dans une appréciation de la valeur respective contenue dans chacun des droits mis en avant par les plaideurs (droit au logement d'un côté, droit de propriété de l'autre), valeur qui n'aurait pu s'apprécier qu'au regard du contexte particulier du litige, sans que l'on sache à ce stade quels faits auraient pu être opposés à ceux mis en avant par le constructeur (sa vulnérabilité et l'ancienneté de la construction). Des faits que l'on peut néanmoins décliner à l'infini : la propre vulnérabilité du propriétaire (imaginons qu'il soit âgé de 90 ans), sa situation de fortune (imaginons qu'il ait lui-même besoin de se loger sur le terrain litigieux), etc.

Où l'on voit que le contrôle de proportionnalité exige des juges qu'ils se lancent dans une fort délicate appréciation de la valeur des droits en cause, dont il faut préciser qu'elle est susceptible de varier à chaque fois en fonction du contexte du litige. Une appréciation plus factuelle que celle à laquelle ils sont habitués et qui exige d'eux qu'ils mettent en balance des éléments qui n'ont pas toujours grand-chose à voir les uns avec les autres (plus savamment dit : qui sont incommensurables). Imaginons un propriétaire qui a un besoin impérieux de vendre son bien face à un constructeur qui n'a pas d'autre solution pour se loger. Comment résoudre ce dilemme ? On peut craindre ici ce que redoutaient nos grands ancêtres : le choix risque de relever d'un sentimentalisme subjectif...

Deuxième inconvénient : procéder au contrôle de proportionnalité, c'est s'asseoir en l'occurrence sur le délai de prescription acquisitive en matière immobilière dont l'article 2272, alinéa 1^{er}, du Code civil, applicable en l'espèce, précise qu'il est de trente ans. C'est aussi mettre de côté l'article 555, alinéa 4, du même code qui écarte la destruction du bien construit sur la propriété d'autrui, sanction qui fut réputée trop sévère au moment de l'adoption du texte, au bénéfice d'une indemnisation par le propriétaire à la condition expresse que le constructeur soit de bonne foi.

Pouvoir écarter deux articles du Code civil est en soi un mal, car nul ne connaîtra plus leur exacte portée normative, celle-ci étant susceptible de varier au gré des espèces. Mais, me répondra-t-on, cette insécurité juridique ou cette incertitude du droit constitue peut-être le prix à payer pour assurer le triomphe des droits fondamentaux dont les normes ont souvent une portée supérieure à celles de simples textes de loi. Néanmoins, il faut bien avoir à l'esprit que ces articles sont d'ores et déjà le fruit d'un compromis, d'une indirecte balance des intérêts réalisée par le législateur. Choisir trente ans et non un délai moindre, c'est déjà avoir procédé à l'article 2272 à une pesée entre les intérêts du possesseur et ceux du propriétaire – autrement dit, à un contrôle de proportionnalité.

⁶ P. CHAUVIN, « Le contrôle de proportionnalité », Colloque à la Cour de cassation, 30 septembre 2019, Droits de l'Homme et libertés fondamentales dans le procès civil, *Les Cahiers de Droit & Procédure*, 2020, p. 24.

I. APPROCHES GÉNÉRALES DES CONTRÔLES DE PROPORTIONNALITÉ

Retenir en outre comme critère la bonne foi du constructeur à l'article 555, c'est avoir procédé à une même pesée entre les intérêts du propriétaire et ceux du tiers évincé – autrement dit, un même contrôle de proportionnalité. Si le juge, à l'occasion de chaque affaire dont il est saisi, est tenu de procéder à un nouveau contrôle de proportionnalité, il ne se bornera donc pas à mettre du désordre dans un système, il sera amené à saper la rationalité même des règles qui le composent – sans disposer, ajouteront certains, d'une légitimité identique à celle du législateur. Et cela même si l'on voit bien ce qui joue en faveur des droits fondamentaux : si le législateur a certes procédé à une balance des intérêts, celle-ci était encore trop abstraite, trop générale, trop éloignée des situations factuelles, alors que la logique des droits fondamentaux tient au caractère très concret de cette balance, qui doit se faire au plus près d'une réalité vécue que le législateur peut ne jamais avoir eu à l'esprit.

Admettons... même si l'on doit reconnaître que cela commence à créer du désordre. Et cela d'autant que la balance se refait lors de chaque litige, car les faits ne sont jamais tout à fait les mêmes. Ce qui confèrera au droit une instabilité chronique. Mais il y a plus – et nous touchons là un troisième inconvénient : pour parler comme Saleilles, il tient dans la quasi-impossibilité de coordonner les solutions tirées de ces appréciations au cas par cas avec l'ensemble du droit national.

Mon collègue William Dross l'a fort bien écrit dans son commentaire de l'arrêt du 17 mai 2018⁷. Imaginons que la Cour de cassation ait décidé d'écarter la démolition sur le fondement d'une violation de l'article 8 de la CEDH. En suivant la logique du Code civil, elle aurait en conséquence dû faire application des règles de l'accession : le propriétaire du sol serait devenu propriétaire du logement, à charge pour lui d'indemniser le constructeur. Les règles de l'accession se seraient ainsi heurtées au droit au logement : bien qu'indemnisé, le constructeur aurait bel et bien perdu son logement. Se serait-il contenté de cette indemnité ? Peut-être, mais pas nécessairement. Dans ce cas, il aurait fallu à la Cour inventer quelque chose permettant de refuser la démolition tout en perpétuant la jouissance du bien par le constructeur. En imposant un bail forcé au propriétaire ? En considérant que le constructeur est usufruitier du bien, alors que le propriétaire n'en a plus que la nue-propriété ? Tout cela aurait été complexe à réaliser, et une nouvelle fois susceptible d'ajouter au désordre, puisque les règles dégagées pour résoudre ce litige particulier auraient eu vocation à s'appliquer par analogie dans d'autres situations – ce qui aurait été une façon de remettre en cause le régime juridique de l'accession.

À cette aune, on comprend que certains aient parlé de remise en cause de la rationalité juridique, voire de « chaos ». Pour user à nouveau des mots de Saleilles, aucun travail de « *coordination* » n'est plus possible. Et cela d'autant que je ne vous ai parlé ici que d'un exemple tiré du droit des biens : imaginez cette logique nouvelle mise en œuvre dans tous les domaines du droit civil ; c'est le système dans son ensemble qui vacille au point que l'on ne puisse plus raisonner en termes de système. Et les juges risquent de ne plus s'y retrouver : non seulement parce qu'ils n'ont plus de guide issu d'une façon de penser le droit en un ensemble qu'il est possible de coordonner, mais encore parce que les critères à mettre en œuvre ne sont pas d'un maniement aisé. À la fois parce qu'ils relèvent d'une appréciation très factuelle, matiniée de morale, qui se fait assez largement en opportunité (au regard des effets produits par la solution adoptée), mais encore parce que les solutions retenues sont susceptibles d'ajouter au désordre de l'économie du droit national (toujours les termes de Saleilles) – pour ne pas dire qu'elles annihilent tout esprit de système.

En définitive, le contrôle de proportionnalité octroie aux interprètes et donc aux juges une liberté nouvelle, mais elle semble ouvrir une même boîte de Pandore qu'au tournant de 1900. Avec un identique risque de subjectivité susceptible d'aboutir, chez certains d'entre eux, à ce que d'aucuns qualifieront de « *déformations morbides* ». Comme en 1900, il est certes possible d'inventer une

⁷ W. Dross, obs. précitées, spéc. pp. 710-711.

nouvelle rationalité. Certains y poussent en suggérant de procéder à un travail de « *re-formalisation* »⁸. Néanmoins la tâche s'avère difficile et, en attendant d'y parvenir peut-être un jour, les juges se trouvent placés dans un état qui ajoute à la difficulté qu'il y a de juger, parce que cet état les prive d'instruments au formalisme rassurant qu'ils ont l'habitude de manier (dont le fameux syllogisme si souvent mis en avant). À moins que ces juges apprennent à compromettre avec ce monde juridique nouveau et incertain... en se disant peut-être que la recherche d'objectivité est vaine en toute hypothèse (contrôle de proportionnalité ou pas) et que seule importe l'objectivité qu'avec un effort supplémentaire de « *manipulation* », selon le mot du juge et professeur Antonio Cassese⁹, ils continueront de donner à voir.

⁸ On peut lire en particulier le très stimulant article du philosophe Luc BÉGIN, « L'internationalisation des droits de l'Homme et le défi de la "contextualisation" », *Revue Internationale d'Études Juridiques*, t. 53, 2004, pp. 63-80, dont la conclusion n'est cependant pas optimiste. Le terme de « *re-formalisation* », qu'il appelle de ses vœux, y apparaît à la page 79.

⁹ A. CASSESE, « Débat » [sur l'activisme judiciaire], dans R. BADINTER et S. BREYER (dir.), *Les entretiens de Provence. Le juge dans la société contemporaine*, Paris, Fayard/Publications de la Sorbonne, 2003, p. 44 : « *Nous avons tous rédigé des jugements. Nous savons que l'on pourrait considérer les juges comme des experts en "manipulation". Les juges "manient" habilement les lois, les critères, les principes d'interprétation dans le but, bien sûr, de rendre justice dans un cas d'espèce. En particulier, dans la Justice pénale, on sent intuitivement qu'un homme est coupable, que le sens commun devrait nous conduire à cette conclusion. La construction du magnifique raisonnement juridique qui le justifie est postérieure* ». Un propos dont on ne s'étonnera pas qu'il fit bruyamment réagir Ronald DWORKIN...

LA PROPORTIONNALITÉ : UNE PÉPITE MYSTÉRIEUSE

Par

Sophie LE GAC-PECH

Maître de conférences à l'Université de Lille

Rares sont les notions juridiques qui auront fait autant parler d'elles. Depuis son avènement il y a une vingtaine d'années, les tribunaux se sont peu à peu emparés du concept pour finalement s'en approprier au point de s'exercer à un contrôle de proportionnalité exigeant. Parce qu'il permet de donner une assise juridique à la recherche permanente d'équilibre entre les intérêts en présence et tend à la solution juste la mieux adaptée à la situation factuelle concrète, le contrôle de proportionnalité semble s'imposer de lui-même.

Graal de la fonction judiciaire, les juges contemporains sont paradoxalement fustigés s'ils s'y dérobent mais également vilipendés s'ils s'y plient, écartelés entre le glaive et la balance en quelque sorte... Aussi, désormais, le questionnement ne porte plus sur l'existence d'un principe de proportionnalité que nul ne peut feindre d'ignorer¹ mais davantage sur le contrôle lui-même, son exercice, son bien-fondé et sa légitimité².

S'il n'est plus nécessaire de l'illustrer tant il irrigue de multiples domaines de droits et a vocation à se généraliser, les interprètes du contrôle de proportionnalité s'interrogent, à raison, sur sa mesure et son caractère obligatoire tant l'on peine à en définir les racines et la portée. La méthodologie d'un tel contrôle est également source d'interrogation. On en pressent la nécessité sans en saisir le fondement réel. Faute d'assise juridique générale bien établie en droit interne, la tendance est de s'en remettre au droit supranational avec la visée des droits fondamentaux.

Il a par ailleurs été avancé que pour éviter une éventuelle mainmise des juges strasbourgeois ou luxembourgeois, les magistrats tant du fond que ceux officiant à la Cour de cassation devaient s'emparer et se familiariser avec un tel contrôle de proportionnalité. Pour autant, cette mise en garde ou prophétie ne suffit pas à l'imposer et pas davantage à le justifier.

Par ailleurs, le contrôle de proportionnalité s'exerce parfois indépendamment de la bannière de la Convention européenne des droits de l'homme. La question se pose alors de savoir si un tel contrôle s'impose et dans quelle mesure. Pour y répondre, il convient de l'observer lorsqu'il s'opère en dehors de toute référence à un droit ou une liberté fondamentale garantie.

S'il se déploie dans des domaines hétéroclites, il a sans doute plusieurs visages et l'on ne saurait en effet confondre le contrôle de proportionnalité de la sanction³, des délits et des peines⁴ avec celui des droits et des obligations, des stipulations contractuelles ou bien encore celui plus saillant des

¹ « [Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?](#) », Colloque 20 mars 1998, Centre de droit des affaires et de gestion Paris V, ss dir. M. BEHAR-TOUCHAIS, *LPA*, 30 sept. 1998, n° 117.

² B. LOUVEL, « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », *JCP G* 2015, p. 1122 ; S. LE GAC-PECH, « Le nouvel art de juger : quand la proportionnalité s'invite dans la mise en œuvre de la règle de droit », *RLDC*, nov. 2017, n° 153, p. 48 à 55.

³ S. LE GAC-PECH, « Réflexions sur la proportionnalité de la sanction », *RRJ*, déc. 2016, n° 2, p. 751 s. et « La rupture du contrat sous haute surveillance ou l'exigence de proportionnalité de la sanction à l'œuvre », note sous Cass. civ. 1^{re}, 12 mai 2016, n° [15-20.834](#), *JCP E* 2016, p. 1575.

⁴ J. PRADEL, « [Du principe de proportionnalité en droit pénal](#) », *D.* 2019, p. 490.

I. APPROCHES GÉNÉRALES DES CONTRÔLES DE PROPORTIONNALITÉ

droits fondamentaux. Bien que non similaires, ces différents contrôles participent-ils d'une même exigence ? Autrement dit, ces multiples contrôles sont-ils fondamentalement différents ou relèvent-ils d'un seul et même contrôle ?

Derrière une apparente diversité, il est possible de déceler un contrôle singulier de proportionnalité. C'est ce qu'il convient de démontrer, car nous sommes enclins à penser qu'en réalité, seuls les éléments de comparaison diffèrent. Dans tous les cas, la démarche intellectuelle est la même, il s'agit par la pesée des intérêts en présence que la norme, quelle que soit sa nature – légale ou conventionnelle –, soit en adéquation avec l'objectif poursuivi, à savoir l'équilibre ou la pacification des intérêts. Le juste se construit et doit être recherché.

Inhérente à la fonction de juger, cette pesée redore l'acte plus qu'elle ne le métamorphose. Par-delà cette guerre d'autorité, entre le pouvoir législatif investi de la légitimité démocratique et le pouvoir judiciaire chargé de donner sens et vie à des normes générales, abstraites, absolues, déconnectées de la réalité du justiciable, le contrôle de proportionnalité se déploie. Or celui-ci est en droit d'attendre une alchimie parfaite entre des directives établies pour la communauté dans l'alcôve du palais Bourbon et celles applicables à une situation conflictuelle concrète dont le juge garantit la présence et la justesse.

Aussi par-delà la diversité, il importe d'apprécier la finalité du contrôle de proportionnalité afin d'en préciser l'assise.

I – Un rayonnement hétéroclite

Avec le contrôle de proportionnalité des droits et des obligations, on met en balance les divers éléments du contrat pour en mesurer l'équilibre et combattre toute forme de disproportion. En son sein, le contrôle de proportionnalité des clauses permet d'apprécier si une stipulation contractuelle n'est pas disproportionnée avec sa fonction, laquelle s'égrène en fonction des clauses concernées : exclusivité, non-concurrence, limitation de responsabilité⁵...

Le législateur a, de son propre chef, érigé le contrôle de clauses qualifiées ou non d'abusives en contrôle autonome. Il s'agit alors d'apprécier le déséquilibre significatif entre les droits et obligations selon une méthodologie qui diffère selon les domaines concernés : contrats de consommation, relations commerciales ou droit commun des contrats.

Or, selon la Cour de cassation elle-même, « *la similitude des notions de déséquilibre significatif prévues aux articles L. 132-1, devenu L. 212-1, du code de la consommation et L. 442-6, I, 2° du code de commerce, relevée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, n'exclut pas qu'il puisse exister entre elles des différences de régime tenant aux objectifs poursuivis par le législateur dans chacun de ces domaines, en particulier quant à la catégorie des personnes qu'il a entendu protéger et à la nature des contrats concernés* »⁶. Ainsi, l'article L. 442-6, I, 2°, devenu l'article L. 442-1, qui figure dans le Livre quatrième du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, et au Chapitre II du Titre IV, dédié aux pratiques restrictives de concurrence, n'exclut pas, contrairement à l'article L. 212-1 du code de la consommation, que le déséquilibre significatif puisse résulter d'une inadéquation du prix au bien vendu. Il s'ensuit que le contrôle de proportionnalité entre les droits et obligations au sens du code de commerce autorise un contrôle judiciaire du prix, dès lors que celui-ci ne résulte pas d'une libre négociation et caractérise un déséquilibre significatif.

⁵ S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, t. 335, 2000.

⁶ Cass. com., 25 févr. 2017, n° [15-23.547](#).

I. APPROCHES GÉNÉRALES DES CONTRÔLES DE PROPORTIONNALITÉ

Avec la loi sur les clauses abusives, on permet au juge de redéfinir le contenu des contrats de consommation en les amputant de certaines clauses déclarées abusives. Pour autant il n'est pas certain que cette traque du déséquilibre significatif ait la même signification selon les domaines considérés : le droit de la consommation, les relations commerciales ou le droit commun des obligations. De surcroît les sanctions diffèrent selon que la clause s'impose à un consommateur (L. 212-1 et L. 241-1 C. consom.), un contractant ordinaire pourvu qu'il s'agisse d'un contrat d'adhésion (art. 1171 C. civ.) ou un professionnel (art. L. 442-1, I, 2° issu de l'ord. 24 avril 2019, L. 442-6 I, 2° anc. C. com.).

La loi permet l'éradication de clauses qui, selon la formule légale consacrée, « *ont pour effet de créer un déséquilibre significatif* ». Elle est l'instrument d'une police contractuelle au travers certaines de ses clauses, mais ne constitue pas à proprement parler une condition de validité du contrat. En effet, si une clause est jugée abusive, le contrat n'est pas nul, il demeure la clause en moins. Seule la clause est réputée non écrite. Il s'agit plus de sanctionner le professionnel qui abuse de sa position de force en imposant des clauses excessives ou déséquilibrées plutôt que d'effacer un contrat non conforme.

En droit de la consommation, on note une évolution générale de ce contrôle. Au début, le législateur s'est limité à poser des critères et il revenait au juge de rechercher au cas par cas si la clause était abusive. Il pouvait le cas échéant se fier aux avis de la Commission des clauses abusives visant à épingle certaines clauses. Puis le législateur a opté pour un système de listes établies par décret, le juge n'ayant plus qu'à en faire une application mécanique.

Toutefois, ces directives ne concernent que le droit de la consommation. En droit de la concurrence entre partenaires commerciaux ou en droit commun pour les contrats d'adhésion, l'appréciation du juge n'est pas encadrée et il est d'autant plus difficile de dresser des listes de clauses engendrant un déséquilibre significatif que le juge est invité à opérer une appréciation globale de la relation contractuelle, soit *in concreto*. Telle clause considérée comme abusive dans un contrat pourra ne pas l'être dans un autre si elle est compensée par un autre avantage.

L'examen révèle que les juges se réfèrent principalement au défaut de réciprocité des droits (ex. clause de résiliation unilatérale au bénéfice du seul professionnel), au caractère arbitraire des prérogatives octroyées au professionnel (ex. clause permettant au professionnel de modifier unilatéralement le contenu du contrat) ou encore aux restrictions unilatérales imposées au consommateur (ex. clause évasive de responsabilité). On trouve encore d'autres critères comme la dérogation à une règle supplétive qui prive le contractant d'une partie de ses droits, le caractère potestatif (c'est-à-dire qui dépend de la seule volonté d'un contractant sans agrément de l'autre), l'absence de justification ou contrepartie (ce qui renvoie à la notion de cause), le caractère inhabituel... Au travers de ce simple rappel des critères retenus pour apprécier le déséquilibre significatif ou la disproportion des droits et obligations, il est possible d'entrevoir la diversité du contrôle opéré.

Autre facette plus récente, le contrôle de proportionnalité présenté comme le corollaire du contrôle de conventionnalité est en plein essor. Pratiqué depuis peu par la Cour de cassation⁷, ce contrôle consiste à s'assurer que l'atteinte à un droit fondamental garanti n'est pas disproportionnée avec la défense d'autres intérêts opposés. La Cour de cassation s'interroge non seulement sur la bonne interprétation des règles de droit, mais se charge aussi de contrôler que son application ne s'avère pas « disproportionnée ». Depuis le coup de tonnerre de l'arrêt du 4 décembre 2013⁸, le nombre de décisions rendues qui mettent en œuvre ce principe de proportionnalité ne cesse d'augmenter. La Cour est ainsi amenée à « mettre en balance » les intérêts en présence, puisqu'elle écarte

⁷ J.-P. GRIDEL, « [Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire français](#) », *LPA* 2009, n° 46, p. 113 et s.

⁸ Cass. civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° [12-26.066](#), *D.* 2014. 179, obs. C. DE LA COUR.

I. APPROCHES GÉNÉRALES DES CONTRÔLES DE PROPORTIONNALITÉ

l'application du droit lorsque celle-ci entraînerait des coûts excessifs par rapport aux bénéfices procurés.

L'essor de la proportionnalité s'appuie sur une certaine vision « réaliste » de la fonction du juge et de son activité interprétative, selon laquelle celui-ci ne serait pas véritablement lié par des règles et que ses décisions résulteraient d'une mise en application concrète de la règle de droit au regard des éléments factuels. En mettant en œuvre la proportionnalité, le juge déciderait en « équité », en « opportunité », plutôt que de s'en remettre à une application mécanique de la règle de droit. Cet affranchissement du carcan normatif permet au juge le plein épanouissement de sa *jurisdictio*. Cette méthode consiste essentiellement à identifier les intérêts et principes en jeu et leur attribuer une mesure d'importance, pour trancher l'affaire en faveur d'intérêts prédominants. Spécifique et propre à la situation donnée, cette mise en relief et concurrence des droits se réduit à la situation caractérisée par un ensemble d'éléments factuels. Il est dès lors vain de chercher une formule magique qu'il suffirait de dupliquer à l'infini.

Les détracteurs du contrôle de proportionnalité ont alors beau jeu d'en souligner le caractère imprécis, subjectif et aléatoire. Faute de recette passe-partout et face à l'impossibilité et l'incongruité d'un chiffrage ou d'une mesure universelle, il est plus simple de dénoncer un tel contrôle qui met forcément à mal le caractère absolu et général de la norme.

Tour à tour usité en droit de la filiation lorsqu'il s'agit d'opposer un délai de prescription ou d'action à l'intérêt à agir, en matière de mariage ou de divorce, il est également fréquemment utilisé en droit des biens en cas d'empiètement, ou d'occupation illicite de la propriété d'autrui pour apprécier la régularité d'une mesure d'expulsion. Il demeure au fil des applications source d'incertitude, voire d'arbitraire pour certains⁹. Sévèrement taxée d'être à l'origine de la pulvérisation du droit objectif en une multitude de droits subjectifs, la montée en puissance des droits fondamentaux engendre une certaine insécurité juridique¹⁰. Servi par la référence à la proportionnalité, le concept dévoyé autant que malmené apparaît le plus souvent instrumentalisé. L'assurance que l'atteinte portée à un droit garanti ne va pas au-delà de ce que nécessite la défense d'autres intérêts rend complexe la détermination de la « *juste mesure* ».

Préfiguré en droit public, le contrôle de proportionnalité puise ses racines dans le droit constitutionnel, les termes de la comparaison sont alors multiples, ils participent d'une médiation entre l'adéquation de la mesure, sa nécessité et la liberté protégée. En droit privé, le contrôle de proportionnalité se diffuse au gré des atteintes considérées comme excessives. Cependant il dispose d'une certaine autonomie puisque l'entorse faite à la norme s'affranchit parfois de toute référence aux droits fondamentaux. Ainsi en va-t-il d'une sanction prononcée sans mesure et au mépris de l'intérêt procuré ou du bénéfice escompté.

S'il arrive au législateur d'inviter à une telle pesée en matière de garantie ou d'exécution en nature, cette réserve n'est pas générale et hissée au rang de directive dans le choix ou la mise en œuvre d'une sanction¹¹. Elle s'exprime de manière sporadique en certains domaines. Ainsi, en cas de non-conformité, l'article L. 217-9 du code de la consommation prévoit qu'en cas de défaut de conformité du bien vendu, l'acheteur bénéficie d'un choix entre la réparation et le remplacement du bien, tout en disposant que le vendeur peut ne pas procéder selon le choix de l'acheteur s'il entraîne un coût manifestement disproportionné au regard de l'autre modalité, compte tenu de la valeur du bien ou de l'importance du défaut. Le vendeur est alors tenu de procéder, sauf impossibilité, selon la

⁹ J. HAUSER, « [Conflits de droit et proportionnalité](#) », *RTD civ.* 2014, p. 856.

¹⁰ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, coll. Forum, 1996, p. 121 à 126.

¹¹ S. LE GAC-PECH, « Sauvons le contrôle de proportionnalité de la sanction », *JCP G*, 19 sept. 2016, p. 1715.

modalité non choisie par l'acheteur. Le juge est quant à lui invité à substituer la sanction la plus adaptée.

Sans prétendre à une quelconque exhaustivité, il faut encore évoquer le contrôle prétorien de proportionnalité de la sanction, lequel s'effectue de manière non systématique. Ainsi a-t-on pu saluer le contrôle de proportionnalité d'une mesure de démolition ou d'expulsion¹². Cette dernière manifestation présente la particularité de s'opérer, le cas échéant, sans référence quelconque à un droit fondamental ou, à l'inverse, s'effectue eu égard à des droits fondamentaux également variables : droit à la vie privée et familiale, droit aux biens, droit à la propriété, droit à un recours effectif...

Sans référence à un quelconque droit fondamental, la Cour de cassation a reproché aux juges d'avoir ordonné la démolition sans prendre en compte le caractère excessif de la mesure¹³. « *En statuant ainsi, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si la démolition de l'ouvrage, à laquelle s'opposait la société Trecobat, constituait une sanction proportionnée à la gravité des désordres et des non-conformités qui l'affectaient, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ». Inversement à propos de constructions d'algécos au mépris des règles d'urbanisme, la Cour de cassation s'est appuyée sur un droit fondamental pour contrer le caractère excessif en reprochant aux premiers juges de ne pas avoir recherché, comme il le lui était demandé, si les mesures ordonnées étaient proportionnées au regard du droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile¹⁴.

Du rapprochement de ces deux espèces ayant eu à juger du caractère proportionné de la sanction, il résulte que le contrôle s'effectue sans référence à un droit fondamental garanti ou inversement en raison d'une telle atteinte et ce sur invitation des plaideurs. Cette réserve semble être une constante puisque la Cour de cassation prend systématiquement le soin de préciser que le défaut d'exercice du contrôle de proportionnalité reproché aux juges du fond vient du fait qu'il leur était demandé. En guise d'illustration, on mentionnera un arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 19 décembre 2019, lequel rappelle, à nouveau, que « *avant de prononcer la démolition d'une maison d'habitation empiétant sur une servitude de passage, la cour d'appel doit, **si cela est invoqué devant elle**, examiner la proportionnalité d'une telle mesure au regard du droit au respect du domicile protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme* »¹⁵. Il ne saurait, par conséquent, s'effectuer d'office face au seul constat du caractère inadéquat de la sanction prononcée ou encourue. Pareillement, il a été jugé qu'une mesure d'expulsion s'impose dès lors que la mesure apparaît comme l'unique moyen « *de nature à permettre au propriétaire de recouvrer la plénitude de son droit sur le bien occupé illicitement* »¹⁶.

De cette absence d'alternative, les juges en déduisent que l'atteinte à un droit fondamental « *ne saurait être disproportionnée eu égard à la gravité de l'atteinte portée au droit de propriété* ». De là, il résulte une appréciation circonstanciée qui réfute toute appréciation de la proportionnalité d'une atteinte portée d'une part au droit de propriété et d'autre part qui présente un certain degré de gravité. Est-ce à dire que cette présomption de proportionnalité de la sanction n'a pas lieu d'être lorsque l'atteinte n'affecte pas le droit de propriété et ne présente pas un caractère de gravité suffisant ? Il apparaît que le degré du contrôle de proportionnalité dépend de l'importance du droit violé, autre facteur troublant de variabilité.

¹² S. LE GAC-PECH, « Empiètement, démolition, proportionnalité de la sanction et office du juge », note sous Cass. civ. 3^e, 10 nov. 2016, n° [15-21.949](#), *JCP E* 2017, p. 1220.

¹³ Cass. civ. 3^e, 15 oct. 2015, n° [14-23.612](#) (n° 1101, FS-P+B+R).

¹⁴ Cass. civ. 3^e, 17 déc. 2015, n° [14-22.095](#).

¹⁵ Cass. civ. 3^e, 19 déc. 2019, FS-P+B+I, n° [18-25.113](#).

¹⁶ Cass. civ. 3^e, 4 juill. 2019, n° [18-17.119](#) (n° 619, FS-P+B+I).

Sans prendre parti sur le caractère systématique et impératif du contrôle de proportionnalité, le principe même d'un contrôle est en l'occurrence écarté. La Cour de cassation retient en effet que l'atteinte au droit de propriété, par sa gravité, rend nécessairement proportionnée l'expulsion dès lors que celle-ci est la seule mesure efficace. On entrevoit un mélange de genre entre deux exigences distinctes d'efficacité et de proportionnalité de la sanction, le tout mâtiné de plus ou moins de gravité. Dans ce dédale comment s'y retrouver ? En apparence, la méthodologie diffère. En réalité, il n'est pas certain que ces multiples facettes du contrôle de proportionnalité soient si opposées, tant l'unité ontologique transparait. Plus sûrement, il est possible d'avancer que seules les coordonnées ou abscisses de ce contrôle varient. La difficulté consistant précisément à identifier les éléments de comparaison ou déterminer les points de repères.

II – Pour un dessein homogène

Au risque de décevoir, aucune formule toute faite ne saurait être fournie en gage de la bonne application du contrôle de proportionnalité. Le contrôle peut être décrit ou s'accomplir, non se décréter. L'attrait du contrôle est précisément sa malléabilité et son adaptation à la situation conflictuelle soumise. Il est sans cesse renouvelé, car il se moule dans le cas de l'espèce.

La difficulté tient au fait que le contrôle de proportionnalité ne semble pas s'arrimer à un fondement précis et immuable. Au gré des espèces soumises, le contrôle s'exerce tantôt au regard des droits fondamentaux, tantôt s'en affranchit. Ainsi la mesure de démolition a pu être contestée sur la base d'un contrôle de proportionnalité de la sanction, mais également par référence au droit à la vie privée et familiale. Dans ce contexte, il est difficile de répondre à la question de savoir s'il revêt ou non un caractère impératif.

Dans les espèces rapportées, la Cour de cassation reproche aux juges du fond de ne pas s'être livrés, alors qu'il leur était demandé, à un contrôle de proportionnalité. Est-ce à dire que si les parties ne l'avaient pas invoqué, les juges n'étaient pas tenus d'opérer un tel contrôle ? Si on l'assimile au contrôle de conventionnalité en percevant le contrôle de proportionnalité comme son corollaire, le caractère impératif du contrôle de proportionnalité semble s'imposer. En revanche, l'affirmation est plus incertaine s'agissant du contrôle de proportionnalité qui s'exerce concurremment et indépendamment de toute référence textuelle ou de toute mention à un droit fondamental.

Pourtant, l'absence de fondement en pareille hypothèse ne constitue pas un obstacle à son application ou un frein à son exercice. En effet, par le passé, la Cour de cassation n'a pas hésité à décréter le droit à des relations de voisinage apaisées ou à l'inverse l'absence de droit au maintien d'une jurisprudence établie. Et en particulier s'agissant de la proportionnalité, la Cour de cassation s'est déjà prononcée au regard d'un principe prétorien de proportionnalité. Ainsi en matière de faillite, elle a admis, au visa d'un principe prétorien de proportionnalité, que si « *la faillite personnelle peut être prononcée dès lors qu'un seul des faits prévus par les textes est établi* » et « *si la sanction infligée relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, il importe, lorsque plusieurs faits sont retenus, que chacun d'entre eux soit légalement justifié* »¹⁷.

Dès lors, si l'absence de référence textuelle ne semble pas être un obstacle à son exercice, il importe de le systématiser, d'éclairer le juge sur le caractère impérieux d'un tel contrôle et fournir les clés d'une telle appréciation. Pour remédier à l'absence de formule duplicable à l'envie, parer au besoin de sécurité comme aux interrogations légitimes des juges et justiciables, il convient de rendre effectif le contrôle de proportionnalité tout en fournissant quelques directives minimales.

¹⁷ Cass. com., 1^{er} déc. 2009, n° [08-17.187](#), Bull. civ. IV, n° 145.

I. APPROCHES GÉNÉRALES DES CONTRÔLES DE PROPORTIONNALITÉ

Comme son nom l'indique, la proportionnalité vise un rapport de proportion et ne fustige que la seule disproportion. De là, les limites de l'exercice d'un tel contrôle – aussi exigeant et complexe soit-il – découlent d'elles-mêmes. L'éviction de la norme ne saurait être admise que dans les limites du raisonnable ou du nécessaire. Ce n'est que parce qu'une mesure apparaît disproportionnée à la situation concrète donnée que le contrôle se justifie. Un tel contrôle relève de la fonction de juger. Le juge n'a-t-il pas pour mission ultime d'arbitrer entre les intérêts en présence en pesant des intérêts divergents ?

De la sorte, la Cour de cassation a pu considérer que « *l'expulsion et la démolition étant les seules mesures de nature à permettre au propriétaire de recouvrer la plénitude de son droit sur le bien, l'ingérence qui en résulte ne saurait être disproportionnée eu égard à la gravité de l'atteinte portée au droit de propriété* »¹⁸. Est-ce à dire, autrement, que le droit de propriété « *n'est pas susceptible de dégénérer en abus* »¹⁹ ? Pour autant, la propriété en dépit de son caractère absolu, ne saurait en soi légitimer une éviction systématique de la disproportion entre la protection du droit de propriété et la sanction de l'empiètement, d'une occupation illicite ou d'une construction sans droit ni titre. Or après avoir implicitement écarté tout contrôle de proportionnalité à propos de la liquidation d'une astreinte²⁰, la Cour régulatrice réitère sa position en matière d'empiètement²¹. Elle invite les juridictions du fond à juger proportionnée toute occupation sans droit ni titre du bien d'autrui.

Ainsi en matière d'empiètement, le contrôle de proportionnalité est-il refoulé alors même qu'un empiètement minime ou insignifiant justifie d'évidence un tel contrôle de proportionnalité de la sanction. Pour s'en convaincre, le législateur a finalement fait évoluer sa position dans le cas précis de l'exécution en nature estimant que « *le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier* » (art. 1221 C. civ.).

Cela revient à dire que le juge ne saurait faire droit à une demande d'exécution forcée dès lors que cette mesure va au-delà des intérêts du créancier et n'apparaît pas justifiée. On se souvient de la démolition ordonnée pour un demi-centimètre, le légalisme jusqu'à l'absurde est en soi choquant et heurte l'intelligence du juge. Le justiciable lui-même ne saurait se satisfaire d'une justice inique. Par essence, le contrôle de proportionnalité a vocation à s'exercer afin qu'une sanction ne soit pas prononcée au mépris des intérêts en présence. Pourquoi dès lors ne pas généraliser un tel contrôle de proportionnalité ?

Pour autant, en l'état de la jurisprudence, la Cour régulatrice affirme que l'ingérence dans le droit au respect du domicile « *ne saurait être disproportionnée* » en justifiant l'éviction d'un tel contrôle par la gravité de l'atteinte au droit de propriété. Cela revient à dire que la valeur du droit violé et l'importance de l'atteinte confèrent à la sanction un caractère nécessairement proportionné et ce quelles que soient les circonstances de fait (âge, santé, situation précaire de l'occupant, durée de l'occupation, bonne foi...).

Or tout comme la démolition d'un empiètement minime devrait tomber sous le coup de ce contrôle factuel de proportionnalité, faute de présenter pour le propriétaire un caractère de gravité évident, l'expulsion devrait être appréciée à l'aune des circonstances et de la gravité tant pour l'occupant que pour le propriétaire dépossédé. Aucun droit ne justifie à lui seul la mise à l'écart de la pesée des intérêts en conflit. De même, le raisonnement primaire perd de sa force lorsque l'occupation n'est

¹⁸ Cass. civ. 3^e, 17 mai 2018, n° [16-15.792](#).

¹⁹ Cass. civ. 3^e, 15 déc. 2016, n° [16-40.240](#).

²⁰ Cass. civ. 3^e, 10 nov. 2016, n° [15-21.949](#).

²¹ Cass. civ. 3^e, 21 déc. 2017, n° [16-25.406](#), Bull. civ. III, n° 144.

I. APPROCHES GÉNÉRALES DES CONTRÔLES DE PROPORTIONNALITÉ

pas subie par un propriétaire, mais par de simples titulaires de droits comme un usufruitier, un preneur à bail, un locataire ou un emprunteur par exemple. Il s'agit dans tous les cas de confronter le *droit à revendiquer* par celui qui perturbe l'ordre établi avec le *droit de* qui a été licitement constitué. Il appartient au juge de peser les intérêts en présence en appréciant les circonstances d'espèce.

S'il ne crée pas le droit, son plein office est de l'appliquer, précisément en s'assurant de l'applicabilité de la norme soit encore de son efficacité et de sa proportionnalité. Au risque de décevoir les initiateurs d'une telle revue et de n'apporter qu'un éclairage limité, il convient d'inviter le juge à exercer pleinement sa quête de pacification des intérêts en conflit. Le contrôle de proportionnalité entre naturellement dans son office et lui est consubstantiel. Il reste à militer pour que les juges s'emploient en conscience à cet exercice sans peur, avec retenue et application tout à la fois, afin qu'aucune sanction ou mesure n'apparaisse disproportionnée avec l'objectif premier de rendre justice.

LA PROPORTIONNALITÉ DANS LA RECHERCHE DE LA PREUVE EN MATIÈRE CIVILE

Par

Vincent VIGNEAU

Conseiller à la Cour de cassation

Professeur associé à l'Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines

Le droit à la preuve, affirmé à plusieurs reprises par la Cour de cassation¹, présente un double aspect² : celui de produire une preuve que l'on détient et celui d'obtenir une preuve que l'on ne détient pas. En principe, la preuve des faits est libre, de sorte que les parties peuvent démontrer leur existence par tout moyen. Mais cette liberté n'est toutefois pas sans limite. En effet, selon l'article 9 du code de procédure civile, il incombe à chaque partie de prouver *conformément à la loi* les faits nécessaires au succès de sa prétention. Cette règle est dupliquée aux mesures d'instruction ordonnées par les juges à l'article 143 qui dispose que les faits dont dépend la solution du litige peuvent, à la demande des parties ou d'office, être l'objet de toute mesure d'instruction *légalement admissible*. Il en est déduit par une jurisprudence constante des chambres civiles de la Cour de cassation que les juges ne peuvent fonder leur décision sur des preuves obtenues de façon illicite, notamment par fraude ou par violence³, déloyale⁴, ou ordonner une mesure d'instruction qui aboutirait à l'obtention irrégulière d'un moyen de preuve ou utiliserait des moyens interdits ou illicites. Le pouvoir du juge d'ordonner une mesure d'instruction ou d'accueillir un élément de preuve est aussi limité par l'existence d'un motif légitime qui viendrait s'y opposer⁵, notamment en cas d'atteinte excessive à un droit au secret légalement protégé⁶.

La conciliation de la protection de secrets légalement protégés avec celle des droits de la partie qui entend rapporter la preuve d'un fait nécessaire au succès de ses prétentions est délicate⁷. Il en est ainsi, selon des intensités variables, avec le secret des affaires⁸, le secret bancaire, le secret médical, le secret des correspondances ou le respect de l'intimité de la vie privée. Il est en effet toujours à

¹ Droit affirmé pour la première fois *in* : Civ. 1^{re}, 5 avr. 2012, n° [11-14.177](#), Bull. civ. I, n° 85 ; *D.* 2012, p. [1596](#), note G. LARDEUX, et p. [2826](#), obs. J.-D. BRETZNER ; *D.* 2013, p. [269](#), obs. N. FRICÉRO, et p. [457](#), obs. E. DREYER ; *RTD civ.* 2012, p. [506](#), obs. J. HAUSER.

² Sur cette question, v. G. GOUBEAUX, « Le droit à la preuve », *in La preuve en droit*, Études publiées par Ch. PERELMAN et P. FORIERS, Bruylant, Bruxelles, 1981, p. 277 et s.

³ Civ. 1^{re}, 17 juin 2009, n° [07-21.796](#), Bull. 2009, I, n° 132 ; *JCP G* 2009, p. 369, n° 17, obs. S. AMRANI-MEKKI.

⁴ Ass. plén., 7 janv. 2011, n° [09-14.316 et 09-14.667](#) ; *Gaz. Pal.*, 13-17 févr. 2011, comm. S. REGNAULT ; *JCP G* 2011, n° 3, act. 43, obs. M. MALAURIE-VIGNAL ; *Gaz. Pal.*, 20-22 mars 2011, p. 11, chron. S. AMRANI-MEKKI ; F. FOURMENT, « [Du principe de loyauté de la preuve et de son application aux matières civile et pénale](#) », *D.* 2011, n° 8, p. 562 ; *D.* 2011, n° 9, p. [618](#), note V. VIGNEAU ; *JCP G* 2011, n° 22, p. 666, n° 13, Chronique de droit judiciaire privé, L. CADIEU (dir.) ; *D.* 2011, p. [2891](#), Chronique droit de la preuve, obs. Ph. DELEBECQUE.

⁵ Soc., 29 janv. 1999, n° [96-44.460](#) ; *Procédures* 1999, n° 124, note J.-M. SPORTOUCHE.

⁶ Civ. 2^e, 8 févr. 2006, n° [05-14.198](#), Bull. civ. II, n° 44 ; *D.* 2006, IR. 532 ; *D.* 2007, pan. 1901 ; *Gaz. Pal.* 2006, somm. 2746, note E. DU RUSQUEC ; *D.* 2007, Droit de la preuve, p. 1901, obs. J.-D. BRETZNER.

⁷ S. PIERRE-MAURICE, « [Secret des affaires et mesures d'instruction in futurum](#) », *D.* 2002, p. 3131 ; A. LACABARATS, « Les procédures d'urgence en droit des affaires », *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 917 ; G. LARDEUX, « [Le droit à la preuve : tentative de systématisation](#) », *RTD civ.* 2017, p. 1 ; J.-C. SAINT-PAU, « [Droit à la preuve versus droit au respect de la vie privée](#) », *D.* 2016, p. 884 ; H. BARBIER « [Le secret professionnel rattrapé par le droit à la preuve ?](#) », *RTD civ.* 2016, p. 128.

⁸ Il est à noter qu'un dispositif spécifique de protection du secret des affaires a été mis en place par la directive (UE) [2016/943](#) du 8 juin 2016 dite « secret des affaires », transposée en droit interne par la loi n° [2018-670](#) du 30 juillet 2018, suivie par un décret d'application n° [2018-1126](#) du 11 décembre 2018, aux articles [L. 151-1](#) et [R. 152-1 et s. du code de commerce](#).

II. LE CONTRÔLE CONVENTIONNEL DE PROPORTIONNALITÉ AU REGARD DE LA CESDH

craindre que la mise en œuvre de mesures d’instruction ne soit détournée de son objet pour se transformer en une sorte de « *chasse aux trésors* »⁹, le juge étant alors instrumentalisé « *pour servir de vecteur à une divulgation du secret des affaires, que l’on peut considérer comme un aspect de la protection de la vie privée, des correspondances et du domicile de l’entreprise* »¹⁰. Il n’est donc pas étonnant que la Haute juridiction fasse preuve de prudence en ce domaine et se montre exigeante à cet égard envers les juges du fond. Pour autant, la Cour de cassation ne prohibe pas, par principe, le recours à une mesure d’instruction ou la production d’éléments de preuve destinés à démontrer l’existence d’un fait normalement couvert par le secret des affaires, de la vie privée ou des correspondances. Faisant la balance entre des droits contraires mais également protégés, le droit de rapporter la preuve d’un fait essentiel pour le succès de ses prétentions¹¹ d’une part, celui de protéger son intimité ou le secret des affaires d’autre part, elle reconnaît l’existence d’un « *droit à la preuve* »¹² permettant l’accès à des informations confidentielles, suivant en cela le chemin tracé par la Cour européenne des droits de l’homme pour qui le droit de chaque partie à l’instance « *de se voir offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause – y compris ses preuves – fait partie du droit au procès équitable* »¹³. La Cour de cassation en déduit que « *constitue une atteinte au principe de l’égalité des armes résultant du droit à un procès équitable garanti par l’article 6 de la Convention européenne des droits de l’homme le fait d’interdire à une partie de faire la preuve d’un élément de fait essentiel pour le succès de ses prétentions* »¹⁴.

Mais si la Haute juridiction admet le recours à des mesures d’instruction ou la production de pièces pouvant porter atteinte à des secrets protégés, c’est à la condition que leur exercice soit « *indispensable et proportionné aux intérêts antinomiques en présence* »¹⁵. Le secret des affaires¹⁶, le secret bancaire¹⁷, de l’intimité de la vie privée ou des correspondances ne constituent donc pas en eux-mêmes des obstacles à la mise en œuvre de mesures d’instruction ou la production de documents confidentiels dès lors que le juge constate que cette mise en œuvre procède d’un motif légitime¹⁸ et est indispensable¹⁹ à la protection des droits de la partie qui les a sollicités.

⁹ R. PERROT, *RTD civ.* 1984, p. 562.

¹⁰ N. FRICERO, *Dr. et proc.* 2006, p. 216, obs. ss. Civ. 2^e, 8 févr. 2006, n° [05-14.198](#), Bull. civ. II, n° 44.

¹¹ Com., 15 mai 2007, n° [06-10.606](#), Bull. civ. IV, n° 130 ; *D.* 2007, p. [1605](#) et p. [2771](#), obs. A. LEPAGE ; *Just. & cass.* 2008. 205, conférence G. TAPIE ; *RTD civ.* 2007, p. [637](#), obs. R. PERROT, et p. [753](#), obs. J. HAUSER.

¹² Pour l’atteinte à l’intimité de la vie privée : Civ. 1^{re}, 5 avr. 2012, n° [11-14.177](#), Bull. civ. I, n° 85 ; *D.* 2012, p. [1596](#), note G. LARDEUX, et p. [2826](#), obs. J.-D. BRETZNER ; *D.* 2013, p. [269](#), obs. N. FRICÉRO, et p. [457](#), obs. E. DREYER ; *RTD civ.* 2012, p. [506](#), obs. J. HAUSER. Pour l’atteinte au droit des affaires : Soc., 19 déc. 2012, n° [10-20.526 et 10-20.528](#), Bull. 2012, V, n° 341 ; *Légipresse*, n° 301, janv. 2013, Synthèse - Droits de la personnalité, janvier 2012-décembre 2012, p. 61-62, note G. LOISEAU (« Les restrictions à la protection des droits de la personnalité ») ; *Revue de droit du travail*, n° 2, févr. 2013, Actualités, p. 74, note F. GUIOMARD (« Mesures d’instruction in futurum ») ; *Revue de jurisprudence sociale*, n° 3/13, mars 2013, décision n° 191, p. 170-171.

¹³ CEDH, 10 oct. 2006, n° [7508/02](#), *L.L. c/ France* ; *RTD civ.* 2007, p. [95](#), obs. J. HAUSER ; ég. CEDH, 13 mai 2008, n° [65097/01](#), *N.N. et T.A. c/ Belgique* ; *D.* 2009, p. [2714](#), obs. T. VASSEUR ; *RTD civ.* 2008, p. [650](#), obs. J.-P. MARGÉNAUD ; *JCP G* 2008, I, p. 167, n° 13, obs. F. SUDRE.

¹⁴ Com., 15 mai 2007, n° [06-10.606](#), Bull. civ. IV, n° 130 ; *D.* 2007, p. [1605](#) et p. [2771](#), obs. A. LEPAGE ; *Just. & cass.* 2008. 205, conférence G. TAPIE ; *RTD civ.* 2007, p. [637](#), obs. R. PERROT, et p. [753](#), obs. J. HAUSER ; *Dr. fam.* 2007, comm. 254, obs. T. FOSSIER ; *RJPF*, nov. 2007, p. 12, note E. PUTMAN.

¹⁵ Civ. 1^{re}, 31 oct. 2012, n° [11-17.476](#), Bull. civ. I, n° 224 ; *D.* 2013, p. [227](#), note N. DUPONT ; *Comm. com. électr.*, déc. 2012, p. 30, comm. 137, note A. LEPAGE ; *RTD civ.* 2013, p. [86](#), note J. HAUSER, et p. [117](#) note B. FAGÈS ; V. VIGNEAU, J.-C. DUPUIS, « La preuve par l’image... de la théorie à la pratique », *Dr. et proc.*, févr. 2015, p. 25.

¹⁶ Soc., 19 déc. 2012, *op. cit.* ; Civ. 1^{re}, 3 nov. 2016, n° [15-20.495](#).

¹⁷ Com., 15 mai 2019, n° [18-10.491](#).

¹⁸ Civ. 2^e, 7 janv. 1999, n° [95-21.934](#), Bull. civ. II, n° 4 ; *Procédures* 1999, n° 60, obs. R. PERROT ; *D. aff.* 1999, p. 294, note V. A.-R. ; *LPA*, 9 mars 2000, p. 17, note N. MATHEY ; *Dr. et proc.*, 2006/4, p. 216, obs. N. FRICERO.

¹⁹ Com., 4 juill. 2018, n° [17-10.158](#) ; Soc., 11 déc. 2019, n° [18-16.516](#). Et non plus seulement « *nécessaire* » comme il était auparavant retenu notamment par ex. Soc., 16 nov. 2016, n° [15-17.163](#).

II. LE CONTRÔLE CONVENTIONNEL DE PROPORTIONNALITÉ AU REGARD DE LA CESDH

Ainsi, celui qui entend invoquer un mode de preuve attentatoire à un secret protégé doit démontrer que la mesure d'instruction qu'il sollicite ou le document confidentiel qu'il entend produire est indispensable à la protection de ses intérêts juridiquement protégés. Pour pouvoir passer outre le droit au secret du défendeur garanti par la loi, il doit ainsi établir non seulement que la production d'éléments portant atteinte à un secret est utile, c'est à dire qu'elle est de nature à influencer sur la solution du litige, et qu'elle est nécessaire, c'est à dire que cet élément présente un lien avec le fait à prouver, mais encore qu'il ne dispose pas d'autre moyen d'accéder à la connaissance de ce fait. Tel ne serait pas le cas si la preuve de ce fait pouvait être rapportée par un autre moyen moins attentatoire aux droits d'autrui²⁰.

Mais cette démonstration du caractère indispensable de la mesure probatoire ne suffit pas. L'atteinte n'est justifiée qu'à la condition de ne pas être disproportionnée au but poursuivi²¹. En ce sens, n'est licite que celle qui est strictement nécessaire à la preuve des faits litigieux au regard des intérêts contradictoires en cause. Autrement dit, plus l'atteinte au secret est forte, plus le droit dont dépend la preuve du fait recherché doit être important. On peut admettre une limitation substantielle du droit à l'intimité de la vie privée, mais à la condition que cela soit indispensable pour assurer l'effectivité d'un droit au moins équivalent. Ainsi, il a, par exemple, été admis par la chambre sociale de la Cour de cassation que ne portait pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie personnelle des salariés concernés au regard du but poursuivi la production de la copie de documents que des délégués du personnel avaient pu consulter en application de l'article L. 3171-2 du code du travail et qui avaient été reproduits sans qu'il soit justifié de l'accord des salariés concernés, dès lors que ce recueil avait été réalisé par ces délégués dans l'exercice de leurs fonctions de représentation afin de vérifier si la société respectait la règle du repos dominical et se conformait aux dispositions d'une décision de justice lui faisant interdiction de faire travailler ses salariés le dimanche²². La même formation de la Cour a récemment énoncé que le droit à la preuve peut justifier la production en justice d'éléments extraits du compte privé Facebook d'un salarié portant atteinte à sa vie privée, à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi²³.

Cette appréciation du caractère proportionné s'effectue aussi au regard du degré d'intrusion dans l'espace légalement protégé. Ainsi, a été considérée comme proportionnée la production, par une compagnie d'assurance cherchant à démontrer qu'une victime simulait une perte d'autonomie, du procès-verbal d'un constat dressé par un huissier de justice qui s'était borné à filmer celle-ci sur la voie publique ou dans des lieux ouverts au public, sans provocation aucune à s'y rendre, et relatif aux seules mobilité et autonomie de l'intéressée²⁴. Dans cette affaire, la Haute juridiction admet la licéité d'un procédé réalisé à l'insu de l'assuré en s'immisçant dans sa vie privée car l'assureur n'avait pas d'autre moyen pour établir que son adversaire ne se trouvait pas dans la situation de dépendance dans laquelle il soutenait être, et qu'il s'agissait de constater, depuis un lieu ouvert au public, des actes ordinaires et anodins de la vie courante. L'atteinte à la vie privée de l'assuré était donc modérée puisqu'elle était limitée à des investigations destinées à rassembler la preuve de faits relevant certes de la vie privée de l'assuré mais publics. Elle n'était donc pas disproportionnée avec la protection de droits purement patrimoniaux de l'assureur et des intérêts de la collectivité des autres assurés. Dans la même veine, la première chambre civile de la Cour a reconnu l'admissibilité du rapport d'un détective privé faisant le récit d'activités observées à partir de la voie publique, s'agissant de la simple constatation

²⁰ J.-C. SAINT-PAU, « [Droit à la preuve versus droit au respect de la vie privée](#) », *D.* 2016, p. 884.

²¹ Civ. 1^{re}, 25 févr. 2016, n° [15-12.403](#) ; Soc., 9 nov. 2016, n° [15-10.203](#).

²² Soc., 9 nov. 2016, n° [15-10.203](#) ; *JCP S* 2016, actu. n° 407 ; *JCP S* 2017, II, p. 1008, note A. BUGADA ; *JCP G* 2016, p. 1281, note N. DEDESSUS-LE-MOUSTIER ; *RJS*, 1/2017, n° 27 ; *D.* 2017, p. [37](#), note G. LARDEUX.

²³ Soc., 30 sept. 2020, n° [19-12.058](#).

²⁴ Civ. 1^{re}, 31 oct. 2012, n° [11-17.476](#), *Bull. civ. I*, n° 224 ; *D.* 2013, p. [227](#), note N. DUPONT ; *Comm. com. électr.*, déc. 2012, p. 30, comm. 137, note A. LEPAGE ; *RTD civ.* 2013, p. [86](#), note J. HAUSER, et p. 117 note B. FAGÈS ; V. VIGNEAU, J.-C. DUPUIS, « La preuve par l'image... de la théorie à la pratique », *Dr. et proc.*, févr. 2015, p. 25.

II. LE CONTRÔLE CONVENTIONNEL DE PROPORTIONNALITÉ AU REGARD DE LA CESDH

de l'absence de port de lunettes lors de la conduite d'un véhicule ou lors du ménage et du rangement d'un balcon²⁵, ou qu'un juge pouvait, sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, désigner un huissier de justice pour procéder à des constatations dans une société soupçonnée de concurrence déloyale dès lors que la mission confiée à celui-ci consistait à rechercher la présence, sur la messagerie personnelle du dirigeant de cette dernière, de courriels en rapport avec l'activité de concurrence déloyale dénoncée et que cette recherche avait été limitée aux fichiers, documents et correspondances en rapport avec les faits litigieux et comportant des mots-clés précisément énumérés²⁶.

En revanche, des atteintes plus intrusives, allant au-delà de ce que la nécessité probatoire exigeait, ont été considérées comme portant une atteinte excessive au droit à l'intimité et écartées des débats. Il en a été ainsi des investigations menées par un détective privé, à la demande encore d'une compagnie d'assurance, qui s'étaient déroulées sur plusieurs années, avec une durée allant de quelques jours à près de deux mois, et avaient consisté en des vérifications administratives, un recueil d'informations auprès de nombreux tiers, ainsi qu'en la mise en place d'opérations de filature et de surveillance à proximité du domicile de l'intéressé et lors de ses déplacements²⁷. De la même façon, a été jugée disproportionnée la production, par un assureur, dans une instance en indemnisation du préjudice subi par la victime d'un accident de la circulation, de rapports d'enquête réalisés par un enquêteur privé ayant opéré des opérations au domicile de la victime et de sa mère, avec une description physique et une tentative d'identification des personnes s'y présentant et des déplacements de cette dernière²⁸.

La proportionnalité s'apprécie en définitive non seulement au regard des intérêts respectifs en jeu, mais aussi au regard de l'objet de la preuve et des conditions de la mise en œuvre de la mesure probatoire. Il s'agit donc moins de la confrontation de deux principes de valeur égale que de l'articulation d'un principe et de ses limites²⁹. À cet égard, lorsqu'un juge ordonne une mesure d'instruction, il doit veiller à que les faits invoqués ne dissimulent pas en réalité un moyen, pour la partie demanderesse, d'accéder à bon compte et sans raison majeure à des informations confidentielles et de porter une atteinte injustifiée aux secrets commerciaux et industriels, ou plus globalement, à l'activité d'une entreprise concurrente³⁰, qu'elle soit partie à l'instance ou tiers à celle-ci³¹. Au besoin, il lui appartient de restreindre l'étendue de la mesure sollicitée dans son objet et dans le temps³² à ce qui est strictement nécessaire à la preuve des faits litigieux et concilier ainsi les droits et intérêts des parties³³ en veillant à ce qu'il ne lui soit pas conféré à la mesure un caractère d'ordre général qui dépasserait le cadre du litige envisageable entre elles. Autrement dit, la mesure d'instruction ne doit pas revêtir les caractères d'une mesure d'investigation générale³⁴ et se transmuier

²⁵ Civ. 1^{re}, 10 sept. 2014, n° [13-22.612](#), Bull. civ. I, n° 143 ; D. 2014, p. [1824](#) ; D. 2015, p. [342](#), obs. E. DREYER ; *RTD civ.* 2014, p. [856](#), obs. J. HAUSER.

²⁶ Civ. 1^{re}, 20 sept. 2017, n° [16-13.082](#).

²⁷ Civ. 1^{re}, 25 févr. 2016, n° [15-12.403](#) ; D. 2016, somm., p. 543, et p. [884](#), note J.-C. SAINT-PAU ; *RGDA* 2016, p. 201, note R. SCHULZ ; *Comm. com. électr.* 2016, comm. 35, note A. LEPAGE ; *JCP G* 2016, n° 20-21, p. 583, note A. AYNÈS ; N. HOFFSCHIR, *Gaz. Pal.*, 17 mai 2016, n° 18, p. 50, *op. cit.* ; Civ. 1^{re}, 22 sept. 2016, n° [15-24.015](#) ; *JCP G* 2016, édito, p. 1028, note D. MAZEAUD, et II, p. 1136, note G. LARDEUX.

²⁸ Civ. 1^{re}, 22 sept. 2016, n° [15-24.015](#), Bull. 2016, I, n° 178.

²⁹ A. LEPAGE, note sous Com., 15 mai 2007, D. 2007, p. [2771](#).

³⁰ A.-M. BATUT, « [Les mesures d'instruction in futurum](#) », in *Rapport de la Cour de cassation 1999*, La documentation française, 2000, p. 991.

³¹ Com., 8 juill. 2020, n° [19-25.065](#) ; *Lettre de la chambre commerciale, financière et économique*, n° 1 - sept. 2020, Cour de cassation, comm. p. 5-6, [site internet de la Cour](#).

³² Civ. 2^e, 6 janv. 2011, n° [09-72.841](#).

³³ Civ. 2^e, 4 juill. 2007, n° [06-16.626](#), NP ; Civ. 2^e, 10 nov. 2010, n° [09-71.674](#).

³⁴ Com., 10 févr. 2009, n° [08-10.532](#) ; D. 2009, Droit de la preuve, p. [2714](#), obs. J.-D. BRETZNER ; Civ. 2^e, 7 janv. 2016, n° [14-25.781](#).

II. LE CONTRÔLE CONVENTIONNEL DE PROPORTIONNALITÉ AU REGARD DE LA CESDH

en une sorte de perquisition civile³⁵. C'est ainsi que la jurisprudence exige que la mesure d'instruction soit circonscrite dans son objet, c'est à dire aux faits dont pourrait dépendre le litige, et dans le temps³⁶. Elle condamne par conséquent le recours à des mesures d'instruction dont la définition, trop large, ne se limite pas à la stricte nécessité de la preuve des seuls faits nécessaires à la prétention alléguée³⁷. Il a par exemple été jugé que constituait une mesure disproportionnée insuffisamment circonscrite et limitée dans le temps, pouvant s'apparenter à une véritable perquisition civile ou à un audit de l'activité commerciale de la société requise, la mission confiée à un huissier de justice le soin de rechercher, sur une durée illimitée, de plusieurs jours ou de plusieurs mois, sur les fichiers informatiques figurant dans l'ensemble du système d'information de cette dernière, à partir d'un grand nombre de mots-clés dont il n'était pas précisé en quoi ils pouvaient être pertinents et étaient susceptibles de renvoyer à un grand nombre de documents sans rapport avec le litige³⁸.

Au besoin, le juge qui ordonne une mesure d'instruction qui serait de nature à dévoiler des données confidentielles peut encore se prémunir d'une atteinte excessive à un secret légalement protégé en aménageant les modalités de communication de ces données, par exemple en prévoyant que certaines d'entre elles seront occultées et séquestrées par le technicien³⁹ ou en organisant la communication et l'analyse de certains documents par l'intermédiaire de tiers eux-mêmes soumis au secret professionnel⁴⁰.

Cette recherche de proportionnalité entre le droit à la preuve du demandeur et celui de préserver le droit au secret du défendeur se retrouve aussi en droit européen de la concurrence. La directive 2014/104/UE du 26 novembre 2006 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne⁴¹ met en place des mécanismes permettant d'assurer à la fois l'égalité des armes entre les parties à une action en réparation du préjudice causé par d'une pratique anticoncurrentielle définie aux articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne⁴² tout en veillant à maintenir l'équilibre entre le droit à la preuve et le droit à la protection des secrets d'affaires des auteurs de ces pratiques. À cet effet, il est prévu à l'article 5 de la directive que les juridictions doivent limiter la production de preuves à ce qui est proportionné en tenant compte des intérêts légitimes de l'ensemble des parties et tiers concernés, en prenant en considération, notamment, « la possibilité que les preuves dont on demande la production contiennent des informations confidentielles, en particulier concernant d'éventuels tiers, et les modalités existantes de protection de ces informations confidentielles ». Cette directive a été transposée en droit français par l'ordonnance n° 2017-303⁴³ et le décret n° 2017-305 du 9 mars 2017⁴⁴ aux articles L. 483-1 et suivants du code de commerce⁴⁵. À cet effet, le deuxième alinéa de cet

³⁵ Par ex. Civ. 2^e, 5 janv. 2017, n° [15-27.526](#) ; 24 sept. 2015, n° [14-19.012](#). Sur cette question v. S. PIERRE-PAURICE, « [Secret des affaires et mesures d'instruction in futurum](#) », D. 2002, p. 3131.

³⁶ Civ. 2^e, 10 nov. 2010, n° [09-71.674](#) ; 6 janv. 2011, n° [09-72.841](#) ; 26 juin 2014, n° [13-16.847](#).

³⁷ Civ. 2^e, 16 mai 2012, n° [11-17.229](#), Bull. civ. II, n° 89 ; D. 2012, n° 31, chron. C. de cass., n° 8, p. 2057, note L. LEROY-GISSINGER et F. RENAULT-MALIGNAC (« [Mesures d'instruction ordonnées avant tout procès sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile : des précisions sur les mesures légalement admissibles](#) »).

³⁸ Civ. 2^e, 5 janv. 2017, n° [15-27.526](#).

³⁹ Civ. 2^e, 25 juin 2015, n° [14-16.435](#) et [14-16.436](#), une telle mesure pouvant être suivie d'une demande, devant le juge des référés, de mainlevée du placement sous scellé : Civ. 2^e, 21 janv. 2010, n° [09-10.618](#), Bull. 2010, II, n° 17.

⁴⁰ Civ. 1^{re}, 22 juin 2017, n° [15-27.845](#), Bull. 2017, I, n° 150. Sur cette question, v. B. CHARLIER-BONATTI, « Procédures en matière commerciale et le secret des affaires », *Comm. com. électr.* 2014, étude n° 8.

⁴¹ Directive [2014/104/UE](#) du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne.

⁴² [Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne](#), Journal officiel n° C 326 du 26/10/2012, p. 0001 – 0390.

⁴³ Ordonnance n° [2017-303](#) du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles.

⁴⁴ Décret n° [2017-305](#) du 9 mars 2017 relatif aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles.

II. LE CONTRÔLE CONVENTIONNEL DE PROPORTIONNALITÉ AU REGARD DE LA CESDH

article dispose que lorsqu'il statue sur une demande de production de pièces par une partie qui allègue de manière plausible un préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle, « *le juge en apprécie la justification en tenant compte des intérêts légitimes des parties et des tiers. Il veille en particulier à concilier la mise en œuvre effective du droit à réparation, en considération de l'utilité des éléments de preuve dont la communication ou la production est demandée, et la protection du caractère confidentiel de ces éléments de preuve ainsi que la préservation de l'efficacité de l'application du droit de la concurrence par les autorités compétentes* ». Faisant une première application de ce texte, la chambre commerciale a jugé qu'il résultait de l'article L. 483-1 du code de commerce, tel qu'interprété à la lumière des articles 5 et 6 de la directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014, que cette balance des droits aux intérêts devait se faire non seulement par rapport aux intérêts légitimes des parties à l'instance, mais aussi à l'égard des tiers, même non représentés. Par conséquent, elle casse l'arrêt d'une cour d'appel ayant ordonné à une société de communiquer un certain nombre de pièces en sa possession par la seule référence à l'utilité de celles-ci et à leur caractère confidentiel à l'égard de la société requise, sans rechercher notamment, ainsi qu'il lui incombait, si leur communication était proportionnée au regard de la protection du caractère confidentiel des éléments de preuve retenus concernant les tiers à la procédure envisagée par la société demanderesse⁴⁶.

Il reste que le droit à la preuve n'est pas absolu. Le secret professionnel demeure une limite infranchissable⁴⁷ car aucune mesure d'instruction ordonnée par un juge civil ne peut conduire un professionnel à commettre le délit prévu à l'article 226-13 du code pénal⁴⁸ en dévoilant des informations confidentielles obtenues dans l'exercice de ses fonctions et couvertes par un tel secret. La jurisprudence de la Cour de cassation est très ferme et constante sur ce point, que ce soit à l'égard de l'expert-comptable⁴⁹, du banquier⁵⁰, du notaire⁵¹ ou de l'avocat⁵².

⁴⁵ [C. com., art. L. 483-1 s.](#)

⁴⁶ Com., 8 juill. 2020, n° [19-25.065](#), préc.

⁴⁷ Sur cette question, v. M. FOULON et Y. STRICKLER, « [Rétractation d'une ordonnance sur requête et prorogation d'une mesure de séquestre](#) », *Gaz. Pal.*, 9-11 mars 2014, p. 41 ; G. LARDEUX, « [Secrets professionnels et droit à la preuve : de l'opposition déclarée à la conciliation imposée](#) », *D.* 2016, p. 96 ; Com., 25 févr. 2003, n° [00-21.184](#), Bull. civ. IV, n° 26 ; *RD bancaire et fin.* 2003, comm. 59, note F.-J. CRÉDOT et Y. GÉRARD.

⁴⁸ [C. pén., art. 226-13](#) : « *La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* ».

⁴⁹ Com. 8 févr. 2005, n° [02-11.044](#), Bull. civ. IV, n° 22 ; *D.* 2005, p. [774](#), obs. V. AVENA-ROBARDET ; *RTD civ.* 2005, p. [384](#), obs. J. MESTRE et V. FAGES ; *Gaz. Pal.*, 25-26 mars 2005, p. 12, avis de l'avocat général M. LAFORTUNE.

⁵⁰ Com., 10 févr. 2015, n° [13-14.779](#) ; ég. Soc., 27 janv. 1999, n° [96-44.460](#), refusant la communication d'un rapport de la commission bancaire ; *Procédures* 1999, n° 124, note J.-M. SPORTOUCH. À rapprocher cependant de l'arrêt de la CJUE du 16 juill. 2015 (aff. [C-580/13](#), *Coty Germany GmbH c/ Stadtsparkasse Magdeburg* ; *D.* 2015, p. [2168](#), note C. KLEINER ; *AJ pénal* 2015, p. [544](#), note J. LASSERRE CAPDEVILLE) qui juge excessive la loi allemande sur le secret bancaire, « *dès lors que son libellé ne contient ni condition ni précision* » et permet d'opposer celui-ci à toute demande de preuve « *de manière illimitée* ».

⁵¹ Civ. 1^{re}, 4 juin 2014, n° [12-21.244](#), Bull. civ. I, n° 101 ; *D.* 2014, p. [2478](#), note J.-D. BRETZNER ; *AJDI* 2014, p. 721 ; *RTD civ.* 2014, p. [658](#), obs. H. BARBIER ; ég. E. RASCHEL « La primauté du secret du notaire sur le droit de la preuve », *JCP G* 2014, chron. 986.

⁵² Civ. 1^{re}, 3 nov. 2016, n° [15-20.495](#).

LE CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION EN MATIÈRE DE PROCÉDURE CIVILE

Par

Agnès MARTINEL

Conseillère-doyen de la section de la procédure civile – Deuxième chambre civile de la Cour de cassation

La proportionnalité, notion mathématique qui implique un rapport constant entre deux ou plusieurs données, est liée à la mesure et l'harmonie. Pour Aristote, elle est aussi, dans sa dimension géométrique, ce qui traduit le juste. « *La justice* », écrit-il, « *est donc un juste milieu si le juge en est un. Le juge maintient la balance égale entre les deux parties. Prenons une comparaison : une ligne ayant été coupée en deux parties inégales, le juge prend ce qui, dans la partie la plus grande, dépasse la moitié et ce qui est repris est ajouté dans la partie la plus petite. Quand le tout est partagé également, chacun reconnaît avoir ce qui lui revient ; des deux côtés, les parties sont égales.* »¹

Inscrit dans la Loi fondamentale allemande de 1949 et consacré au rang des normes constitutionnelles, ce principe de proportionnalité a émergé en France et dans les autres États européens à la faveur des conventions internationales. C'est dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et dans les traités de l'Union européenne que ce principe se manifeste de la manière la plus précise. Dans ses articles 8 à 11, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales admet de possibles restrictions des droits affirmés pour autant que « *cette ingérence soit prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale ou à la protection des droits et libertés d'autrui.* »

Sous l'influence européenne, le principe de proportionnalité n'a cessé, en France, depuis le début de ce siècle, de s'affirmer et de progresser dans les jurisprudences des Cours suprêmes. S'il n'a jamais été consacré constitutionnellement en France, il est omniprésent dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui, dans le sillage de la décision *Benjamin* du Conseil d'État², procède à un contrôle de proportionnalité lorsqu'il doit concilier plusieurs droits fondamentaux entre eux ou lorsqu'il examine la conformité à la Constitution de dispositions législatives restreignant l'exercice d'un droit ou d'une liberté.

Pionnière en matière de contrôle de conventionnalité avec l'arrêt *Jacques Vabres* du 24 mai 1975³, la Cour de cassation a mis en œuvre, dès 2013, un contrôle de conventionnalité *in concreto* à l'image de celui exercé par la Cour européenne des droits de l'homme. La première chambre civile de la Cour a ainsi écarté l'application de l'article 161 du code civil qui prohibe le mariage entre alliés au motif que prononcer la nullité d'un mariage, célébré sans opposition et ayant uni pendant plus de vingt ans le beau-père et sa bru, constituerait une atteinte injustifiée au respect de leur vie privée⁴.

¹ ARISTOTE, *Éthique de Nicomaque*, GF-Flammarion, 1992, p. 145.

² CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, n° [17413-17520](#), Rec. 541 – « *Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'éventualité de troubles, alléguée par le maire de Nevers, ne présentait pas un degré de gravité tel qu'il n'ait pu, sans interdire la conférence, maintenir l'ordre en édictant les mesures de police qu'il lui appartenait de prendre* » (adéquation de la mesure restrictive d'une liberté fondamentale aux nécessités du maintien de l'ordre).

³ Cass., ch mixte, 24 mai 1975, *Administration des douanes c/ Cafés Jacques Vabre*, n° [73-13.556](#), D. 1975, p. 497, concl. TOUFFAIT.

⁴ Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° [12-26.066](#), Bull. 2013, I, n° 234.

II. LE CONTRÔLE CONVENTIONNEL DE PROPORTIONNALITÉ AU REGARD DE LA CESDH

L'exercice de ce contrôle *in concreto* de l'application de la loi interne, qui implique son application au cas d'espèce et non de manière générale (*in abstracto*), s'est particulièrement développé dans les matières comme le droit des personnes et de la famille au regard de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il n'a cependant pas effacé le recours au contrôle de conventionnalité *in abstracto*, mécanisme classique du régime de garantie des libertés. Ces deux types de contrôle, qui s'exercent au sein de la Haute juridiction, impliquent la mise en œuvre d'un contrôle de proportionnalité, notamment lorsque les droits en cause le requièrent. En effet, à l'instar de nombreux textes internationaux, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales distingue entre les droits intangibles⁵ et les droits relatifs. Seuls ces derniers sont concernés par le contrôle de proportionnalité.

Qu'en est-il de la procédure civile ? Ensemble de règles régissant le procès civil, le droit processuel civil est un droit permettant d'accéder aux droits. Certes, l'accession à un droit n'est pas nécessairement de nature contentieuse. Mais la procédure civile est un vecteur permettant la réalisation d'un droit en justice par le biais de l'accès à un tribunal. La matière est, depuis longtemps, marquée par l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui, à travers l'interprétation qu'elle donne de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, irrigue, de manière générale, tous les droits processuels européens, et particulièrement les règles de la procédure civile française. Tant le législateur que les juges sont tenus par la jurisprudence des juges de Strasbourg et des obligations positives qui en découlent pour les États signataires de la Convention.

La Cour de cassation est particulièrement soucieuse du respect des droits fondamentaux en matière processuelle. Le contrôle de proportionnalité qu'elle réalise dans ce domaine se fonde sur des instruments – les « droits de procédure » découlant de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales – et sur des méthodes, qui sont propres à la mise en œuvre de la norme internationale par les juges nationaux (I). Les applications qui en résultent sont diverses, du contrôle de conventionnalité *in abstracto*, pratiqué par la section de la procédure civile de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation dans toute sa diversité, au contrôle de conventionnalité *in concreto* opéré par la première chambre civile lorsque doivent être mis en balance ces droits procéduraux avec d'autres droits garantis par la Convention, comme par exemple le droit au respect de la vie privée (II).

I – Les instruments et les méthodes du contrôle de proportionnalité en matière processuelle

Dans la Convention EDH, les droits en matière processuelle occupent une place particulière. Ces droits, que l'on peut regrouper sous le vocable « droits de procédure », sont soumis à un régime qui leur est propre (A). Ils induisent un contrôle de proportionnalité spécifique selon des méthodes prenant en considération ces spécificités (B).

⁵ Dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les droits intangibles, qui sont essentiellement le droit à la vie, le droit de ne pas être torturé, le droit de ne pas être placé en esclavage ou servitude, le droit à la non-rétroactivité de la loi pénale, génèrent des obligations absolues pour les États. En revanche, ainsi que le souligne un auteur (F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF 9^{ème} éd., n° 147), les droits relatifs ou conditionnels « tombent dans le champ d'intervention de la compétence étatique pour limiter leur jouissance ou leur exercice et bénéficient d'une protection relative. Ces droits conditionnels sont susceptibles, toujours de non-application temporaire (les dérogations) et aussi, parfois, d'application imparfaite (les restrictions) ».

A – Les instruments du contrôle : l'article 6 § 1 de la Convention EDH et les droits de procédure

Ces « droits de procédure » sont au nombre de trois : le droit à un procès équitable (article 6, § 1, de la Convention), le droit à un recours effectif (article 13) et le principe de légalité des délits et des peines. Les deux premiers ne sont pas susceptibles de limitations en période normale, à l'exception du droit à la publicité des débats, et ne peuvent faire l'objet de dérogations⁶. Le troisième est un droit absolu, intangible. Il ne concerne que la matière pénale au sens large, ce qui inclut un grand nombre de sanctions.

En procédure civile, le droit à un procès équitable consacré par l'article 6 § 1 de la Convention constitue le pilier de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Selon l'expression de la Cour, l'article 6 § 1 « *consacre le principe fondamental de la prééminence du droit dans une société démocratique* »⁷. En effet, les droits et libertés garantis par la Convention pourraient être vidés de leur substance s'ils n'étaient garantis par l'existence d'une justice indépendante et impartiale.

À cet égard, un certain nombre d'auteurs ont pu écrire que la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'énonce pas uniquement des garanties procédurales mais des droits de nature substantielle⁸. On peut observer, en outre, que la Cour européenne des droits de l'homme inclut dans son contrôle de proportionnalité des ingérences des États dans les droits et libertés garantis par la Convention une appréciation du respect au droit à un procès équitable. En matière de droit au respect de la vie privée, par exemple, la Cour a jugé que les ingérences de l'État doivent respecter les intérêts protégés par l'article 8 de la convention, mais également supposent l'existence d'un processus décisionnel conforme à l'article 6 § 1⁹.

Dans le *corpus* jurisprudentiel de la Cour européenne des droits de l'homme, ces droits de procédure sont pluriels et se divisent en trois volets : les garanties procédurales *stricto sensu*, qui regroupent l'égalité des armes, l'indépendance et l'impartialité du tribunal, la publicité, la célérité de la procédure, garanties qui ont été complétées par deux droits matériels, le droit d'accès à un tribunal, d'une part, et le droit à l'exécution des décisions de justice¹⁰, d'autre part.

La diversité de ces droits se traduit par une hétérogénéité des contrôles. Or, certains de ces droits de procédure n'induisent pas un contrôle de proportionnalité. Tel est le cas notamment du principe de l'égalité des armes¹¹ et du droit à un tribunal impartial¹². En revanche, la question du droit d'accès à un tribunal a donné lieu à une approche différente de la Cour européenne des droits de l'homme, qui a, dès ses premiers arrêts, admis l'existence de limitations pour ce droit, quand bien même elles n'étaient pas expressément prévues à l'article 6 § 1 de la Convention. En effet, dès l'affirmation de ce droit par son arrêt *Golder c/ Royaume-Uni*¹³, la Cour européenne a jugé que le

⁶ On verra plus loin que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a dégagé la possibilité de limitations en ce qui concerne le droit d'accès à un tribunal.

⁷ CEDH, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, 26 avr. 1979, n° [6538/74](#), § 55, GACEDH, n° 57.

⁸ Voir notamment C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, *Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil*, Précis Dalloz, 34^{ème} éd., n° 789 ; J.-F. FLAUSS, commentaire CEDH, *Gasus Dosier und Fördertechnik. Gmbh c/ Pays-Bas*, 23 févr. 1995, n° [15375/89](#), série A, n° 306-B, AJDA 1995, p. [721](#).

⁹ CEDH, 24 févr. 1995, *McMichael c/ Royaume-Uni*, n° [16424/90](#), série A, n° 307-B, § 87.

¹⁰ Il ne sera pas ici question de ce droit qui concerne les questions d'exécution forcée.

¹¹ Voir par exemple CEDH, *Niderhöst-Huber c/ Suisse*, 18 févr. 1997, n° [18990/91](#), Rec. 1997, 101, § 30, mais aussi CEDH, *Reinhardt et Slimane Kaïd c/ France*, 31 mars 1998, n° [21/1997/805/1008](#) et n° [22/1997/806/1009](#).

¹² CEDH, *Piersack c/ Belgique*, 26 oct. 1984, n° [8692/79](#) ; CEDH, 24 mai 1989, *Hauschildt c/ Danemark*, n° [10486/83](#) ; CEDH, 26 oct. 1984, *de Cubber c/ Belgique*, n° [9186/80](#).

¹³ CEDH, *Golder c/ Royaume-Uni*, 21 févr. 1975, n° [4451/70](#).

II. LE CONTRÔLE CONVENTIONNEL DE PROPORTIONNALITÉ AU REGARD DE LA CESDH

droit d'accès à un tribunal n'était pas absolu et qu'il pouvait donner lieu à des limitations implicites « *car il commande, de par sa nature même, une réglementation par l'État* »¹⁴. C'est dans ce domaine que le contrôle de proportionnalité peut être exercé en référence à celui opéré par la Cour EDH.

Notons, enfin, que les juges de Strasbourg ont également consacré le principe de confiance légitime et de sécurité juridique¹⁵, qui se traduit notamment par l'exigence de règles de droit lisibles et prévisibles. Ce principe, également affirmé par la Cour de justice de l'Union européenne, connaît une traduction très forte dans la jurisprudence de la Cour de cassation. La deuxième chambre civile rappelle constamment que les règles de procédure civile doivent répondre à un triple impératif de lisibilité, intelligibilité et prévisibilité.

B – Les méthodes du contrôle de conventionnalité

Le contrôle de proportionnalité, mécanisme du contrôle de conventionnalité, qu'il soit exercé *in abstracto* ou *in concreto*, s'inscrit dans le cadre des mécanismes et techniques du droit international mis à la disposition du juge national ou international. Les contrôles du juge national sont également liés à la tradition moniste ou dualiste de leur État¹⁶. La France, pays de tradition moniste, reconnaît aux traités internationaux, dès lors qu'ils ont été publiés et ratifiés, une valeur supérieure aux normes nationales. L'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 affirme cette primauté des traités internationaux.

Pour assurer l'effectivité de ce principe de primauté des traités internationaux, le juge français dispose de techniques diverses. Il peut, d'abord, écarter la norme nationale lorsqu'il s'avère qu'elle est contraire à une norme internationale. Il peut également se référer au texte international pour interpréter une norme nationale, en préciser le sens et la portée afin qu'elle soit conforme à la stipulation du traité. Cet usage interprétatif du droit international peut s'inscrire dans un contrôle de proportionnalité *in abstracto* en vue de donner au texte un sens qui répond à l'équilibre, la mesure voulue par la norme internationale. Il peut être aussi exercé *in concreto*. Il s'agit alors d'un contrôle du résultat concret de la norme nationale au regard des principes issus du traité. Autre technique enfin, le droit international peut être une source d'inspiration dans la reconnaissance de principes jurisprudentiels.

C'est donc dans ce cadre défini par un instrument – l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales – et par des méthodes de résolution des conflits entre la norme nationale et la norme internationale que la Cour de cassation met en œuvre le contrôle de proportionnalité dans toutes ses composantes.

¹⁴ CEDH, *Fogarty c. Royaume-Uni* [GC], 21 nov. 2001, n° [37112/97](#).

¹⁵ « *Quand la plus haute juridiction est à l'origine des décisions contradictoires qui ne reposent sur aucune raison valable, elle devient elle-même source d'insécurité juridique. Pareille situation est de nature à saper la confiance du public dans le système judiciaire et porte atteinte au principe de la sécurité juridique* » – CEDH, *Beian c. Roumanie* [n° 1], 6 déc. 2007, n° [30658/05](#), § 39, *Rec. CEDH* p. 2007, V [extraits] ; CEDH, *S.C. Uzinexport S.A. c. Roumanie*, 31 mars 2015, n° [43807/06](#), § 30.

¹⁶ **Dans les pays monistes**, la méthode d'intégration des traités dans le droit national est celle de l'insertion dite « automatique ». En général, la règle constitutionnelle affirme que le droit international appartient à l'ordre juridique interne et lui confère souvent une primauté, relative, avec un rang généralement supra-légal. Dès lors ensuite que le traité est ratifié, signé par les autorités politiques compétentes, puis publié, il devient opposable aux autorités dans l'ordre juridique interne. **Dans les pays dualistes**, la technique employée, pour l'intégration du traité dans l'ordre juridique interne, est celle de la réception. Elle suppose l'adoption de mesures internes d'exécution, voire de transformation du traité international. Sont distingués l'engagement international de l'État par la ratification et la validité du traité dans l'ordre juridique interne, qui lui est généralement conférée par le pouvoir législatif.

II – Applications jurisprudentielles du contrôle de proportionnalité en matière processuelle

La mise en œuvre du contrôle de proportionnalité en matière de procédure civile est plurielle. Elle se décline différemment selon les domaines du droit dans lesquels le juge statue. En effet, lorsque le litige comporte d'importants enjeux en termes de droits fondamentaux – c'est notamment le cas s'agissant de l'état des personnes et du droit de la famille –, la Cour de cassation exerce un contrôle de proportionnalité *in concreto* qui s'étend, dans certaines hypothèses, aux questions processuelles (B). Dans tous les autres cas, notamment pour tout le contentieux processuel général, qui relève de la deuxième chambre civile, c'est le contrôle *in abstracto* qui prédomine (A).

A – Le contrôle de proportionnalité *in abstracto*

Ainsi que le souligne le président de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, Bruno PIREYRE, dans la note relative au contrôle de proportionnalité pratiqué en matière de procédure civile par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation¹⁷, « *les règles de procédure n'instituent pas, par elles-mêmes, des droits subjectifs. Elles peuvent être regardées comme des règles du jeu qui valent et s'imposent à tous les plaideurs. Dès lors que sont assurés l'accès au juge et l'égalité des armes, l'examen de leur violation alléguée ne conduit nullement à mettre en balance deux droits subjectifs mais, bien différemment, à mettre les parties en mesure de faire valoir leurs droits subjectifs respectifs* ». Par conséquent, le contrôle de proportionnalité opéré par la deuxième chambre civile est, par principe, un contrôle *in abstracto*. Ce contrôle s'inscrit, en outre, dans le respect du principe de sécurité juridique, les règles qui guident la marche du procès devant être lisibles, prévisibles et accessibles.

On observera, en outre, que le contrôle de conventionnalité *in concreto* est d'autant plus adapté que la marge d'appréciation laissée aux États par la Cour européenne des droits de l'homme est faible. Or, en matière processuelle, les juges de Strasbourg affirment « *qu'il incombe aux États contractants d'agencer leur système judiciaire de manière à leur permettre de répondre aux exigences de l'article 6, § 1* »¹⁸.

Le contrôle de proportionnalité *in abstracto* en matière de procédure civile s'exerce de manière très intense s'agissant notamment de l'accès au juge d'appel (1). Il se manifeste aussi dans d'autres domaines de la procédure civile (2).

1 – Le contrôle de proportionnalité en matière d'accès au juge d'appel

C'est dans le cadre de cet examen du respect du principe du droit d'accès à un tribunal que le contrôle de proportionnalité connaît sa traduction la plus forte. Il est exercé *in abstracto*. Il s'agit, en effet, dans un souci du respect du principe de sécurité juridique, d'interpréter de manière uniforme pour tous les plaideurs les règles processuelles au regard de l'article 6 § 1 de la Convention. Ces règles doivent être connues à l'avance et ne doivent pas surprendre les justiciables¹⁹.

¹⁷ B. PIREYRE (dir.), « Note relative au contrôle de proportionnalité en matière de procédure civile par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation », annexe II du rapport du groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité créé à l'initiative de Mme Chantal ARENS, première présidente de la Cour de cassation, et présidé par Mme Anne-Marie BATUT, présidente de la première chambre civile de la Cour de cassation, p. 15, juin 2020, [site internet de la Cour](#).

¹⁸ CEDH, *Guincho c/ Portugal*, 10 juill. 1984, n° [8990/80](#), § 38.

¹⁹ C'est d'ailleurs ce qui amène la deuxième chambre civile, lorsqu'elle opère un revirement ou instaure une jurisprudence nouvelle, à ne pas l'appliquer immédiatement en organisant la modulation des effets de celle-ci (Voir à cet égard, Civ. 2^e, 17 sept. 2020, n° [18-23.626](#) – « 4. Il résulte des articles 542 et 954 du code de procédure civile que lorsque l'appelant ne demande dans le dispositif de ses conclusions ni l'infirmité ni l'annulation du jugement, la cour d'appel ne peut que confirmer le jugement. 5. Cependant, l'application immédiate de cette règle de procédure, qui résulte de l'interprétation nouvelle d'une disposition au regard de la réforme de la procédure d'appel avec représentation obligatoire issue du décret n° 2017-891 du 6 mai 2017 et qui n'a jamais été affirmée par la Cour de cassation dans un arrêt publié, dans les instances

II. LE CONTRÔLE CONVENTIONNEL DE PROPORTIONNALITÉ AU REGARD DE LA CESDH

Son champ d'application le plus large est constitué par l'accès au juge d'appel. À cet égard, il convient de rappeler que la procédure d'appel avec représentation obligatoire a fait l'objet en France de réformes successives en 2009 et 2010, en vue de faire de l'appel « *une voie d'achèvement maîtrisée* »²⁰. Cette évolution s'est poursuivie récemment avec le décret n° 2017-891 du 6 mai 2017 qui, outre la suppression du contredit, a eu pour objet de « *resserrer le champ de l'instance d'appel, de redéfinir l'objet de l'appel et de limiter son effet dévolutif* »²¹. L'appel est donc aujourd'hui soumis à un formalisme et des délais qui font l'objet de sanctions très rigoureuses. L'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales a été souvent invoqué par les parties devant la Cour de cassation, qui a été amenée à examiner ces limitations au droit d'accès au juge.

Ainsi, par un arrêt du 30 janvier 2020, la deuxième chambre civile a jugé, à propos de l'absence d'effet dévolutif de l'appel résultant d'une déclaration d'appel ne mentionnant pas les chefs de jugement de la décision critiquée résultant de l'application des articles 561, 562 et 901 du code de procédure civile, que ces règles encadrent les conditions d'exercice du droit d'appel dans le but légitime de garantir la bonne administration de la justice en assurant la sécurité juridique et l'efficacité de la procédure d'appel et ne portent pas atteinte, en elles-mêmes, à la substance du droit d'accès au juge d'appel²².

L'accès au juge d'appel peut également se trouver restreint par l'existence de délais de procédure sanctionnés par l'irrecevabilité de l'appel ou sa caducité. À cet égard, la deuxième chambre civile a, en matière de déféré des décisions du conseiller de la mise en état, affirmé que l'article 916 du code de procédure civile, aux termes duquel la requête en déféré doit être formée dans les quinze jours de la date de l'ordonnance du conseiller de la mise en état déferée à la cour d'appel, poursuit un but légitime de célérité de traitement des incidents affectant l'instance d'appel, en vue du jugement de celui-ci dans un délai raisonnable, l'irrecevabilité frappant le déféré formé au-delà de ce délai ne constituant pas une atteinte disproportionnée au droit d'accès au juge, dès lors que les parties sont tenues de constituer un avocat, professionnel avisé, en mesure d'accomplir les actes de la procédure d'appel, dont fait partie le déféré, dans les formes et délais requis²³.

Ce contrôle de proportionnalité *in abstracto* est également mis en œuvre par la deuxième chambre civile lorsqu'elle est saisie par les juridictions du fond d'une demande d'avis. Saisie d'une telle demande portant sur la sanction du défaut de notification de la déclaration d'appel à l'avocat, édictée par le décret du 6 mai 2017, que l'intimé avait préalablement constitué, dans le cas où la procédure est orientée vers le bref délai, la chambre a affirmé que « *l'obligation faite à l'appelant de notifier la déclaration d'appel à l'avocat que l'intimé a préalablement constitué, dans le délai de dix jours de la réception de l'avis de fixation adressé par le greffe, n'est pas prescrite à peine de caducité de cette déclaration d'appel* »²⁴.

Dans cet avis, la deuxième chambre civile a estimé que la restriction apportée au droit d'accès au juge d'appel par la sanction de caducité prévue à l'article 905-1 du code de procédure civile ne poursuit pas un but légitime et qu'elle est disproportionnée au regard du but poursuivi. En effet, dès lors que l'intimé a constitué avocat, l'objectif recherché par la signification de la

introduites par une déclaration d'appel antérieure à la date du présent arrêt, aboutirait à priver les appelants du droit à un procès équitable. »).

²⁰ J.-C. MAGENDIE, [Célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel](#), rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, La documentation française, coll. Rapports officiels, 2008.

²¹ Voir notamment C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, *Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil*, Précis Dalloz, 34^{ème} éd., n° 1722.

²² Civ. 2^e, 30 janv. 2020, n° [18-22.528](#), publié.

²³ Civ. 2^e, 21 févr. 2019, n° [17-28.285](#), publié.

²⁴ Avis de la Cour de cassation, Civ. 2^e, 12 juill. 2018, n° [18-70.008](#).

II. LE CONTRÔLE CONVENTIONNEL DE PROPORTIONNALITÉ AU REGARD DE LA CESDH

déclaration d'appel à l'intimé par ce texte, qui est, en l'occurrence, de remédier au défaut de constitution de l'intimé à la suite du premier avis du greffe en vue de garantir le respect du principe de la contradiction²⁵, se trouve atteint. Par conséquent, la formalité prescrite par le texte est, en réalité, inutile. Dès lors, sanctionner l'absence de notification entre avocats de la déclaration d'appel dans le délai de l'article 905-1, d'une caducité de celle-ci, qui priverait définitivement l'appelant de son droit de former un appel principal en mettant fin à l'instance d'appel à l'égard de l'intimé et en rendant irrecevable tout nouvel appel principal de la part de l'appelant contre le même jugement à l'égard de la même partie (C. pr. civ., art. 911-1, al. 3), constituerait une atteinte disproportionnée au droit d'accès au juge consacré par l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Dans toutes ces hypothèses, la deuxième chambre civile adopte le raisonnement que la Cour européenne des droits de l'homme met en œuvre dans son contrôle de proportionnalité relatif au droit à l'accès à un tribunal. Par ce raisonnement, en trois étapes, les juges de Strasbourg rappellent, d'abord, qu'en cette matière, les États jouissent d'une marge d'appréciation. Ils affirment ensuite que si le droit à l'accès à un tribunal peut être soumis à des limitations, celles-ci ne doivent pas restreindre l'accès à un tribunal offert à un individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même. Enfin, de telles limitations ne se concilient avec l'article 6 § 1 que si elles tendent à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but poursuivi²⁶.

2 – Le contrôle de proportionnalité in abstracto des règles relatives aux délais de procédure

Le contrôle de proportionnalité *in abstracto* est pratiqué également dans le domaine des règles instaurant des délais de procédure.

Ainsi, la deuxième chambre civile a statué sur la question de la conformité à l'article 6 § 1 de la Convention EDH du délai de péremption de l'instance d'appel lorsque, après avoir conclu en application des articles 908 et 909 du code de procédure civile, les parties n'ont pas pris d'initiative pour faire avancer l'instance ou obtenir du conseiller de la mise en état la fixation, en application de l'article 912 du même code, des débats de l'affaire. Elle a jugé que le constat de la péremption de l'instance, qui tire les conséquences de l'absence de diligences des parties en vue de voir aboutir le jugement de l'affaire et qui poursuit un but légitime de bonne administration de la justice et de sécurité juridique afin que l'instance s'achève dans un délai raisonnable, ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit à un procès équitable²⁷.

La chambre veille également à ce que, par le mécanisme de l'interprétation d'un texte national à la lumière du droit européen, soit assurée la prise en considération des droits de la défense. Elle a ainsi jugé que le délai d'appel n'étant pas interrompu par la demande d'aide juridictionnelle en application de l'article 38 du décret du 19 décembre 1991 portant application de la loi sur l'aide juridique, dans sa version antérieure au décret du 27 décembre 2016, le droit de l'appelant à l'assistance d'un avocat, en application de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, imposait que le délai de huit jours pour

²⁵ En effet, l'intimé ne peut être jugé qu'après avoir été entendu ou appelé.

²⁶ Voir en ce sens notamment, CEDH, *Bellet c/ France*, 4 déc. 1995, n° [23805/94](#), § 31, série A, n° 333-B ; *Guérin c/ France*, 29 juill. 1998, n° [25201/94](#), § 37, *Recueil des arrêts et décisions* 1998, V ; *Sabeh El Leil c. France* [GC], 29 juin 2011, n° [34869/05](#), § 47.

²⁷ Civ. 2^e, 16 déc. 2016, n° [15-27.917](#), Bull. 2016, II, n° 281.

II. LE CONTRÔLE CONVENTIONNEL DE PROPORTIONNALITÉ AU REGARD DE LA CESDH

déposer la requête afin d'autoriser à assigner à jour fixe, prévue à l'article 919 du code de procédure civile, fût interrompu par la demande d'aide juridictionnelle²⁸.

Alors que le texte national ne prévoyait pas l'interruption du délai en question, la deuxième chambre civile l'a interprété *in abstracto* à la lumière de l'article 6 § 1 de la Convention, afin de préserver le droit de l'appelant. Statuer différemment aurait conduit à instaurer une restriction disproportionnée à l'accès au juge pour l'appelant, bénéficiaire de l'aide juridictionnelle. Ici, le contrôle de proportionnalité *in abstracto* s'intègre dans l'interprétation du texte, lequel n'est pas écarté.

B – Le contrôle de proportionnalité *in concreto*

Ce contrôle est exercé à la Cour de cassation dans certains domaines, comme l'état des personnes et le droit de la filiation, dans lesquels sont en jeu des droits et libertés fondamentales, comme notamment le droit au respect de la vie privée.

Ainsi, la première chambre civile de la Cour de cassation, sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, procède à un contrôle de conventionnalité *in concreto* des délais en matière de prescription. Par un arrêt du 10 juin 2015, elle a censuré l'arrêt d'une cour d'appel qui avait omis de répondre à des conclusions l'invitant à opérer un contrôle de proportionnalité en matière de prescription de l'action en contestation de paternité²⁹. La cour d'appel ayant ensuite procédé à ce contrôle, elle a été saisie d'un pourvoi contre cet arrêt et a jugé que l'atteinte portée au droit au respect de la vie privée des demandeurs, par la mise en œuvre de la fin de non-recevoir prévue à l'article 333, alinéa 2, du code civil, n'était pas excessive au regard du but poursuivi³⁰.

Cette jurisprudence, qui a ensuite été réaffirmée dans plusieurs arrêts, s'explique par le domaine spécifique dans lequel les règles procédurales s'appliquent. Elle s'inscrit dans le droit fil de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui, dans plusieurs affaires relatives à l'application des délais de prescription des actions relatives à la filiation, a, pour déterminer si l'ingérence que constitue cette fin de non-recevoir dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale du requérant était justifiée, procédé à une mise en balance des différents intérêts en présence – l'intérêt de l'enfant et du père prétendu à voir la filiation biologique établie, l'intérêt du père légal et de la mère à préserver le lien juridique avec l'enfant, l'intérêt général à la protection de la sécurité juridique³¹.

Ces situations, dans lesquelles une mise en balance des droits procéduraux avec des droits subjectifs, comme le droit au respect de la vie privée, sont spécifiques et justifient la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité *in concreto*, les délais de prescription ne pouvant être appliqués « automatiquement et sans considération des circonstances particulières de chaque affaire », ainsi que l'affirme la Cour européenne des droits de l'homme. Une telle pratique n'est pas antinomique avec celle de la deuxième chambre civile dès lors qu'elle s'inscrit dans un champ particulier, celui de l'état des personnes et de la filiation, particulièrement sensible s'agissant du respect des droits fondamentaux.

²⁸ Civ. 2^e, 6 juin 2019, n° [18-11.668](#), publié.

²⁹ Civ. 1^{ère}, 10 juin 2015, n° [14-20.790](#).

³⁰ Civ. 1^{ère}, 6 juill. 2016, n° [15-19.853](#), Bull. 2016, I, n° 157.

³¹ CEDH, 6 juill. 2010, *Backlund c. Finlande*, n° [36498/05](#) et CEDH, 6 juill. 2010, *Grönmark c. Finlande*, n° [17038/04](#).

II. LE CONTRÔLE CONVENTIONNEL DE PROPORTIONNALITÉ AU REGARD DE LA CESDH

Tels sont donc les différents contrôles de proportionnalité mis en œuvre par la Cour de cassation en matière de procédure civile. Mécanisme issu des jurisprudences des cours constitutionnelles et internationales, et plus précisément de celle de la Cour européenne des droits de l'homme, le contrôle de proportionnalité, qu'il soit opéré *in abstracto* ou *in concreto*, donne à la Cour de cassation la possibilité d'assurer de manière effective le respect des normes internationales ainsi que l'article 55 de la Constitution l'impose. À cet égard, il convient de rappeler que par un arrêt du 15 avril 2011, l'Assemblée plénière de la Cour a solennellement affirmé que les États adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne « *sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation* »³². Destiné à assurer le respect des droits fondamentaux, ce contrôle a également une vocation préventive. S'emparant des méthodes et du raisonnement de la Cour de Strasbourg, la Cour de cassation veille ainsi à prévenir des recours éventuels devant elle.

³² Ass. plén., 15 avril 2011, n° [10-17.049](#), Bull. crim. 2011, Ass. plén., n° 1.

**MEMENTO DU CONTRÔLE DE CONVENTIONALITÉ AU REGARD DE LA
CONVENTION DE SAUVEGARDE DES DROITS DE L'HOMME
ET DES LIBERTÉS FONDAMENTALES**

~ EXTRAITS ~

LES DIFFÉRENTES ÉTAPES DU CONTRÔLE – QUELQUES PROPOSITIONS DE RÉDACTION*

Par la

Commission de mise en œuvre de la réforme de la Cour de cassation

Sous la direction de Bruno PIREYRE, président de chambre à la Cour de cassation

67. L'objet de cette note n'est pas d'imposer un cadre immuable de rédaction des jugements et arrêts, cette rédaction dépendant des circonstances de chaque affaire, mais de rappeler, par une proposition de trames, les différentes étapes du raisonnement caractérisant l'office du juge lorsqu'il doit effectuer un contrôle de conventionalité de la norme et/ou de son application dans les circonstances de l'espèce ou encore lorsqu'entrent en conflit deux droits fondamentaux concurrents.

68. De ce point de vue, il ne devrait pas y avoir de différence fondamentale entre les décisions des juges du fond et celles de la Cour de cassation.

69. Il est proposé, ci-après, des trames à l'usage tant du juge du fond que du juge de cassation. Les fiches annexes proposent, de même, des trames à l'usage des deux catégories de destinataires.

4.1 ÉTAPE 1 : L'APPLICABILITÉ DU DROIT INVOQUÉ

70. Il s'agit d'apprécier si l'atteinte alléguée entre, ou non, dans le champ d'application des droits ou libertés protégés par la Convention.

Propositions de trames

[Attenué que] les faits allégués par X entrent dans le champ d'application de l'article Y de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dès lors que X se prévaut... ;

[Dans cette hypothèse, le contrôle se poursuit]

* *Memento du contrôle de conventionalité au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, déc. 2018, pp. 15-22, [site internet de la Cour](#). **AVERTISSEMENT** : ces propositions de trames constituent le dernier outil d'aide à la rédaction diffusé par la Cour de cassation dans le corps du memento de décembre 2018 et sont complétées par des annexes numérotées 1 à 4 détaillant les règles applicables selon les droits fondamentaux et dispositions de la Conv. EDH invoqués au soutien des moyens d'inconventionnalité (art. 6, § 1, 8 et 10 de la Conv. EDH et art. 1^{er} du Protocole additionnel n° 1 à la Convention). Elles ont néanmoins vocation à évoluer dans la suite du rapport du groupe de travail sur le contrôle de conventionalité diffusé sur le site internet de la Cour au mois d'octobre 2020, qui a formulé au titre de ses recommandations la nécessité de poursuivre les travaux et réflexions afférents à la méthodologie de rédaction et au développement de la motivation des décisions (*Rapport du groupe de travail sur le contrôle de conventionalité*, juin 2020, pp. 7-8, [site internet de la Cour](#)).

Ou à l'inverse

[Attendu que] que l'atteinte alléguée par X ne se rapporte pas à l'un des droits ou libertés garantis par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, laquelle ne s'applique pas lorsque, comme en l'espèce... ;

[Dans cette hypothèse, le contrôle s'achève à ce stade et le moyen d'inconventionnalité est rejeté]

4.2 ÉTAPE 2 : L'INGÉRENCE DANS L'EXERCICE DU DROIT

71. Le juge doit déterminer si le texte ou la mesure dont se plaint la partie au litige est de nature à affecter un droit ou une liberté qu'elle tient de la Convention.

Propositions de trames

[Attendu que] l'article Y du... (ou : la mesure prise en application de l'article Y du...) est de nature à priver X du droit qu'il tient de l'article Z de la Convention (ou : à affecter les conditions dans lesquelles X peut exercer le droit qu'il tient de l'article Z de la Convention), dès lors qu'il a pour objet (ou pour effet) de... ;

[Dans cette hypothèse, le contrôle se poursuit]

Ou à l'inverse

[Attendu que], contrairement à ce qu'allègue X, la mesure dont il se plaint n'est nullement de nature à affecter un droit ou une liberté qu'il tient de la Convention, dès lors que... ;

[Dans cette hypothèse, le contrôle s'achève à ce stade et le moyen d'inconventionnalité est rejeté]

4.3 ÉTAPE 3 : LA BASE LÉGALE DE L'INGÉRENCE

72. À la supposer établie, l'ingérence doit avoir une base légale en droit interne.

73. Entendue dans une conception matérielle, et non formelle, cette base légale peut être constituée, bien sûr par un texte, mais aussi par une jurisprudence constante.

74. Les normes de droit interne, quelle qu'en soit l'origine, doivent être suffisamment accessibles, précises et prévisibles.

Propositions de trames

[Attendu que] cette ingérence est prévue par la loi, puisqu'elle résulte de l'application de l'article Y du..., qui définit de manière claire et précise les conditions dans lesquelles... ;

[Dans cette hypothèse, le contrôle se poursuit]

Ou bien

[Attendu que] cette ingérence a une base légale claire et accessible en droit interne puisqu'elle est fondée sur le principe, admis par une jurisprudence constante de la Cour de cassation, selon lequel... ;

[Dans cette hypothèse, le contrôle se poursuit]

Ou à l'inverse

[Attendu que] l'ingérence dont se plaint X n'est fondée, ni sur un texte de droit positif, ni sur une jurisprudence de la Cour de cassation ; *[qu']* en effet, contrairement à ce qui est soutenu,... ;

[Dans cette hypothèse, le contrôle s'achève à ce stade et le moyen d'inconventionnalité est accueilli]

4.4 ÉTAPE 4 : LA LÉGITIMITÉ DU BUT POURSUIVI

75. Lorsque l'ingérence est prévue par un texte de loi, il ne s'agit pas pour le juge d'apprécier la légitimité du but poursuivi par le législateur. Il s'immiscerait ainsi dans un rôle qui n'est pas le sien et qui n'appartient qu'au législateur, en vertu du principe de la séparation des pouvoirs.

76. Il y a lieu de rappeler à cet égard que le Conseil constitutionnel lui-même se refuse avec constance à contrôler les finalités poursuivies par le législateur et n'exerce qu'un contrôle restreint sur les moyens mis en œuvre pour les atteindre, estimant que :

« il ne lui revient pas de rechercher si l'objectif que s'est assigné le législateur aurait pu être atteint par d'autres voies dès lors que les modalités retenues ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif poursuivi ».

77. En revanche, il appartient au juge d'analyser la disposition légale au regard des buts admissibles définis par la Convention elle-même ou la jurisprudence de la Cour EDH.

78. Ceux-ci sont néanmoins appréciés de manière relativement large.

79. Parmi les buts légitimes admissibles, figurent notamment la protection des droits et libertés d'autrui, celle de la santé publique et de l'environnement, la recherche de la sécurité des personnes et des biens, la satisfaction de l'intérêt général et l'utilité publique, les conditions d'accès à la justice, le bon fonctionnement de l'institution judiciaire, l'équité du procès et le droit au jugement rendu dans un délai raisonnable.

80. Si la base légale de l'ingérence se trouve dans la jurisprudence, le juge doit aussi en apprécier la légitimité au regard des mêmes critères tirés de la Convention ou des décisions de la Cour EDH.

Propositions de trames

[Attendu que] l'ingérence poursuit un but légitime, en ce qu'elle vise à... ;

[Dans cette hypothèse, le contrôle se poursuit]

Ou à l'inverse

[Attendu que] l'ingérence ne répond à aucune des circonstances susceptibles, selon la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, telle qu'interprétée par la Cour EDH, d'en garantir la légitimité ; qu'en effet... ;

[Dans cette hypothèse, le contrôle s'achève à ce stade et le moyen d'inconventionnalité est accueilli]

4.5 ÉTAPE 5 : LE CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ PROPREMENT DIT

81. Il vise à déterminer si l'ingérence constitue ou non un moyen proportionné pour parvenir au but qu'elle poursuit.

82. Il s'agit, pour reprendre les formules – d'ailleurs équivalentes et substituables – qu'emploie le plus souvent la Cour EDH à ce sujet de s'assurer de ce que l'ingérence en cause répond à une « *nécessité dans un État démocratique* » ou encore à un « *besoin social impérieux* ».

83. S'agissant de l'étendue du contrôle, on distingue le contrôle étendu du contrôle restreint.

4.5.1 Contrôle étendu

84. Il y a lieu à contrôle étendu lorsqu'est alléguée la violation de l'un des droits protégés au titre des articles 8 (droit au respect de la vie privée et familiale), 9 (liberté de pensée, de conscience et de religion), 10 (liberté d'expression) et 11 (liberté de réunion et d'association) de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

85. Les droits considérés sont fréquemment désignés sous l'appellation de « droits relevant de la clause d'ordre public » parce que les articles qui les énoncent prévoient, dans leur second paragraphe, que les autorités nationales ont la faculté d'apporter des restrictions à leur exercice.

86. Dans ces différents cas, le contrôle de proportionnalité à opérer doit suivre trois sous-étapes précises :

- Contrôle de l'adéquation de la mesure à l'objectif poursuivi ;
- Contrôle de la nécessité de la mesure au regard du but recherché ;
- Contrôle de proportionnalité au sens strict, enfin, appréciée *in concreto*, revenant à vérifier que la mesure considérée n'impose pas à la personne concernée des charges démesurées par rapport au résultat recherché ([CEDH, 24 janvier 2017, Paradiso et Campanelli c. Italie, n° 25358/12](#). En ce sens également : [CEDH, 18 janvier 2018, FNASS et autres c. France, n° 48151/11 et 77769/13](#) ; [28 mai 1985, Ashingdane c. Royaume-Uni, n° 8225/78](#) ; [14 décembre 2006, Markovic et autres c. Italie, n° 1398/03](#)).

4.5.2 Contrôle restreint

87. Le contrôle est restreint au contrôle de proportionnalité au sens strict, décrit ci-dessus (cf. *supra* 4.5.1, *in fine*), dans les situations suivantes :

II. LE CONTRÔLE CONVENTIONNEL DE PROPORTIONNALITÉ AU REGARD DE LA CESDH

- Lorsqu'est en cause la méconnaissance d'un droit protégé du chef de l'article 1^{er} du Protocole additionnel (droit au respect de la propriété des biens, assorti d'une clause expresse d'ordre public) ;
- Lorsqu'est invoqué un des droits suivants garantis par la Convention au titre de l'article 6, § 1 :
 - Le droit d'accès à un tribunal (droit assorti d'une clause implicite d'ordre public – cf. *supra* 1.2, p. 4) ;
 - Le droit de toute personne à voir sa cause entendue publiquement (droit comportant une clause expresse d'ordre public) ;
 - Le droit à l'exécution des décisions de justice (droit assorti d'une clause implicite d'ordre public) ;
- Lorsqu'entrent en conflit deux droits fondamentaux concurrents (par exemple, le droit au respect de la vie privée et le droit à l'information du public ou encore le droit au respect de la vie privée et le droit de propriété).

88. On se contente alors de vérifier si « *un juste équilibre* » a été ménagé entre l'intérêt général de la communauté et les droits individuels, s'il existe un « *rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* » ou encore si « *les moyens employés ne se révèlent pas disproportionnés* ».

Propositions de trames

En cas de contrôle étendu

Motivation des juridictions du fond

[Attendu que] cependant, il convient de s'assurer que, concrètement, dans l'affaire en cause, une telle ingérence est nécessaire dans une société démocratique et, pour ce faire, d'apprécier la nécessité de la mesure au regard du but poursuivi, son adéquation et son caractère proportionné à cet objectif ;

Et

[Qu'à cet égard], il convient de relever que ... ; *[que]* dès lors, la mesure contestée ne constitue pas une atteinte disproportionnée au droit ... de ..., au regard du but légitime qu'elle poursuit ;

[Dans cette hypothèse, le contrôle prend fin et le moyen d'inconventionnalité est rejeté]

Ou à l'inverse

[Qu'] à cet égard, il convient de relever que ... ; *[que]* dès lors, la mesure contestée porte une atteinte excessive au droit de X au regard du but légitime poursuivi :

[Dans cette hypothèse, le contrôle prend fin et le moyen d'inconventionnalité est accueilli]

Motivation de la Cour de cassation

[Attendu que] cependant, il appartient au juge de vérifier si, concrètement, dans l'affaire qui lui est soumise, une telle ingérence est nécessaire dans une société démocratique, et, pour ce faire, d'apprécier la nécessité de la mesure au regard du but poursuivi, son adéquation et son caractère proportionné à cet objectif ; [que] pour procéder à la mise en balance des intérêts en présence, il y a lieu de prendre en considération, d'une part..., d'autre part..., enfin... ;

Et

[Qu'] ayant constaté que..., la cour d'appel, qui a pris en compte l'ensemble des critères requis pour apprécier si, concrètement, dans l'affaire qui lui était soumise, une telle mesure était nécessaire pour parvenir au but poursuivi, adéquate et proportionnée à cet objectif, a pu en déduire (ou : en a exactement déduit) que celle-ci portait une atteinte excessive (ou : ne portait pas une atteinte excessive) au droit de X... ;

[Dans cette hypothèse, le contrôle s'achève à ce stade et le moyen de cassation est rejeté]

Ou à l'inverse

[Attendu que], pour accueillir ou bien pour rejeter la demande de X, la cour d'appel retient que... ; *[Qu']* elle en déduit qu'il a été porté atteinte ou bien qu'il n'a pas été porté atteinte à son droit de... ;

[Qu'] en se déterminant par ces seuls motifs, sans examiner de façon concrète..., la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ou bien qu'en statuant ainsi, alors que... la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

[Dans cette hypothèse, le contrôle s'achève à ce stade et le moyen de cassation est accueilli]

En cas de contrôle restreint

Motivation des juridictions du fond

[Attendu que] cependant, il convient de s'assurer que, concrètement, dans l'affaire en cause, une telle ingérence est nécessaire dans une société démocratique et, en particulier, qu'elle est proportionnée au but légitime poursuivi ;

Et

[Qu'] à cet égard, il convient de relever que ... ; que, dès lors, la mesure contestée ne constitue pas une atteinte disproportionnée au droit de X au regard du but légitime qu'elle poursuit ;

[Dans cette hypothèse, le contrôle prend fin et le moyen d'inconventionalité est rejeté]

Ou à l'inverse

[Qu'] à cet égard, il convient de relever que ... ; que dès lors, la mesure contestée porte une atteinte excessive au droit de X au regard du but légitime poursuivi ;

[Dans cette hypothèse, le contrôle prend fin et le moyen d'inconventionalité est accueilli]

Motivation de la Cour de cassation

[Attendu que] cependant, il appartient au juge d'apprécier si, concrètement, dans l'affaire qui lui est soumise, une telle ingérence est proportionnée au but légitime poursuivi ; *[que]* pour procéder à la mise en balance des droits et/ou intérêts en présence, il y a lieu de prendre en considération, d'une part..., d'autre part..., enfin... ;

Et

[Qu'] ayant constaté que..., la cour d'appel, qui a pris en compte l'ensemble des critères requis pour apprécier si, concrètement, dans l'affaire qui lui était soumise, une telle ingérence était proportionnée au but légitime poursuivi, a pu en déduire (ou bien : en a exactement déduit), que la mesure contestée portait une atteinte excessive (ou bien : ne portait pas une atteinte excessive) au droit de X... ;

[Dans cette hypothèse, le contrôle s'achève à ce stade et le moyen de cassation est rejeté]

Ou à l'inverse

[Attendu que], pour accueillir ou bien pour rejeter la demande de X, l'arrêt retient que...

[Qu'] il en déduit qu'il a été porté atteinte ou bien qu'il n'a pas été porté atteinte à son droit de... ;

[Qu'] en se déterminant par ces seuls motifs, sans examiner de façon concrète..., la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

Ou bien *[qu']* en statuant, ainsi, alors que... la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

[Dans cette hypothèse, le contrôle s'achève à ce stade et le moyen de cassation est accueilli]

LA RÉFLEXION DE LA COUR DE CASSATION SUR LE CONTRÔLE DE CONVENTIONNALITÉ

Par

Alain LACABARATS

Président de chambre honoraire à la Cour de cassation

Au mois de septembre 2019, un groupe de travail a été constitué à la Cour de cassation par la première présidente, Madame Chantal ARENS, pour mener au sein de la Cour une réflexion collective sur l'application du « *contrôle de proportionnalité* ».

Dans son rapport déposé au mois de juin 2020, le groupe de travail a rappelé, en préambule, un certain nombre de principes gouvernant l'office du juge :

- Depuis longtemps, il est admis sans contestation sérieuse que la mission du juge dépasse largement celle d'une application mécanique de la loi : dès lors que les lois sont conçues de manière générale et abstraite, il faut bien que les tribunaux en interprètent le sens et la portée pour les adapter aux situations litigieuses et ils doivent même, parfois, aller au-delà, pour déterminer la solution juridique du procès, puisque le code civil lui-même, en son article 4, oblige le juge à statuer, même en cas de « *silence* », « *obscurité* » ou « *insuffisance* » de la loi.

- La fonction créatrice du juge a pris une dimension nouvelle avec l'émergence, parmi les normes de droit applicables, des traités internationaux, lesquels ont, en application de l'article 55 de la Constitution, « *force de loi en France* », comme l'a rappelé la Cour de cassation pour la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹. Étant devenu le « *juge de droit commun* » des engagements internationaux régulièrement ratifiés, le juge doit en assurer l'application, voire la prééminence, notamment lorsqu'ils consacrent des droits fondamentaux au profit des citoyens.

- L'un des instruments permettant cette application est le contrôle de conventionnalité, par lequel le juge mesure la conformité de la loi, ou de l'application qui en est faite, aux principes supérieurs consacrés par le texte supra-national. Le juge peut exercer cette prérogative même à l'égard des textes soumis au contrôle du Conseil constitutionnel, dès lors que, selon le Conseil, « *L'autorité qui s'attache aux décisions du Conseil constitutionnel en vertu de l'article 62 de la Constitution ne limite pas la compétence des juridictions administratives et judiciaires pour faire prévaloir [les engagements internationaux] sur une disposition législative incompatible avec eux, même lorsque cette dernière a été déclarée conforme à la Constitution* »².

Il convient toutefois de constater que cet élargissement des missions du juge s'est accompagné d'une profonde mutation dans la chaîne des recours juridictionnels : la Cour de cassation n'est plus le régulateur unique de l'interprétation et de l'application des règles de droit.

Si le rôle que tient à cet égard le Conseil constitutionnel, en particulier grâce à la question prioritaire de constitutionnalité, est loin d'être négligeable, l'institution de cours supra-nationales, gardiennes

¹ Crim., 30 juin 1976, n° [75-93.296](#), Bull. crim. 1976, n° 236.

² Cons. const., 12 mai 2010, décision n° [2010-605 DC](#), n° 13.

II. LE CONTRÔLE CONVENTIONNEL DE PROPORTIONNALITÉ AU REGARD DE LA CESDH

de la bonne mise en œuvre des Traités, a profondément marqué l'évolution récente de la Cour de cassation.

À cet égard, dans son discours d'installation en qualité de premier président de la Cour de cassation, le 16 juillet 2014, Monsieur Bertrand LOUVEL soulignait que « *la montée en puissance de cours européennes, statuant en fait et en droit, amène notre juridiction à envisager, dans certaines situations, l'infléchissement de sa tradition de strict contrôle du droit* »³.

Comment notamment la Cour de cassation peut-elle exercer la mission qui lui est assignée par les textes (le contrôle de la conformité des jugements aux règles de droit), dans une chaîne des recours autorisant, après elle, la Cour européenne des droits de l'homme à aller au-delà des appréciations purement juridiques ?

C'est sur cette problématique que les magistrats de la Cour de cassation se sont penchés depuis 2014, le fruit de leurs travaux ayant été consigné dans trois rapports déposés aux mois d'avril 2017, décembre 2018 et, comme indiqué précédemment, juin 2020.

Il résulte de ces rapports que la Cour a estimé nécessaire d'élaborer des documents décrivant ce que doit être la méthode du contrôle de conventionnalité (I), tout en veillant à ce qu'elle soit adaptée à l'office du juge de cassation (II).

I – L'élaboration d'une méthode du contrôle de conventionnalité

Les études menées à la Cour de cassation ont porté sur le contrôle de conventionnalité au regard des dispositions de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Bien que ce contrôle soit susceptible d'être réalisé au regard d'autres textes, en particulier ceux de l'Union européenne, il est apparu opportun, au moins à ce stade, de limiter le champ d'application des propositions aux questions de conventionnalité les plus fréquentes dans la pratique des contentieux judiciaires.

Le premier groupe de travail, sous la présidence du président Jean-Paul JEAN, après avoir examiné les conditions dans lesquelles la Cour européenne des droits de l'homme procédait au contrôle de conventionnalité, pris en considération les travaux de la doctrine universitaire et analysé la jurisprudence des différentes chambres de la Cour de cassation en ce domaine, a estimé nécessaire, dans un rapport du mois d'avril 2017, que la Cour de cassation élabore une véritable « *doctrine de la proportionnalité* »⁴.

C'est à une deuxième commission, présidée par le président Bruno PIREYRE, qu'est revenue la charge de proposer un « *Memento du contrôle de conventionnalité* », disponible sur le site internet de la Cour de cassation depuis le mois de décembre 2018⁵.

Ce memento rappelle notamment les différentes étapes du contrôle de conventionnalité, tel qu'il est conçu par la Cour européenne des droits de l'homme et doit être appliqué par les juges nationaux (applicabilité du droit invoqué ; ingérence dans l'exercice de ce droit ; base légale de l'ingérence en droit interne ; légitimité de l'ingérence ; proportionnalité de celle-ci). Des exemples de rédaction sont présentés pour rendre compte de l'ensemble de ces étapes et des annexes ont pour objet de détailler

³ Discours de M. le premier président LOUVEL, 16 juill. 2014, [site internet de la Cour](#).

⁴ *Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, avr. 2017, [site internet de la Cour](#).

⁵ *Memento du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, déc. 2018, [site internet de la Cour](#).

II. LE CONTRÔLE CONVENTIONNEL DE PROPORTIONNALITÉ AU REGARD DE LA CESDH

les règles applicables lorsque sont en cause certains droits fondamentaux (ceux prévus aux articles 6, 8 et 10 de la Convention, ou à l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel de la Convention).

Par sa mise en ligne sur Internet, ce memento a vocation à être partagé par la communauté des juristes, en particulier les magistrats des cours d'appel et tribunaux, lorsqu'ils sont saisis de moyens d'inconventionnalité.

Mais comment la Cour de cassation elle-même va-t-elle s'approprier le contrôle de conventionnalité ?

C'est l'objet des travaux menés par un troisième groupe de travail, présidé par la présidente Anne-Marie BATUT, travaux dont il a été rendu compte dans un rapport, déjà évoqué, déposé au mois de juin 2020⁶.

II – Une méthode adaptée à l'office du juge de cassation

Quel que soit l'élargissement – incontestable – des missions du juge réalisé par le contrôle de conventionnalité, la Cour de cassation est et restera un juge du droit : la vérification de la conformité des décisions attaquées aux règles de droit demeure au cœur de son office, les cours d'appel statuant « *souverainement* » sur le fond des affaires (COJ, art. L. 311-1).

Même si les textes les plus récents ont accru les possibilités, pour la Cour, de se prononcer sur le fond (COJ, art. L. 411-3), ces dispositions, prises dans l'intérêt des justiciables pour améliorer l'efficacité des procédures juridictionnelles, n'ont pas pour effet de transformer la Cour de cassation en un troisième degré de juridiction : la décision au fond de la Cour implique d'abord le constat d'une violation d'une règle de droit et la cassation de l'arrêt d'appel qui l'a commise⁷.

Il est vrai que, avec le contrôle de conventionnalité et la prééminence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la crainte a pu être exprimée d'un retour au « *jugement d'équité* », au détriment du principe de sécurité juridique⁸.

Mais, en sens inverse, il a été aussi souligné que le contrôle de conventionnalité « *n'est pas antinomique avec la mission d'une juridiction suprême* »⁹.

Certes, la Cour de cassation ne peut se prononcer directement sur les faits de l'espèce, prendre en considération des faits qui n'auraient pas été constatés souverainement par les juges du fond ou retenir comme moyen de cassation une inexactitude factuelle.

Il lui appartient toutefois, à partir des faits établis, de se prononcer sur leur qualification juridique pour vérifier la bonne application de la règle de droit.

C'est dans cette perspective qu'ont été élaborées par le groupe de travail, dans son rapport du mois de juin 2020, des lignes directrices, parmi lesquelles :

- Lorsqu'est en cause l'éventuelle contrariété de la règle de droit interne elle-même par rapport aux droits et principes conventionnels, la Cour de cassation exerce un contrôle étroit des conditions requises pour la non-application du texte.

⁶ Rapport du groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité, juin 2020, [site internet de la Cour](#).

⁷ V., par exemple, Ass. plén., 4 oct. 2019, n° [10-19.053](#).

⁸ En ce sens, par exemple, F. CHÉNÉDÉ, « [Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation](#) », *D.* 2016, p. 796.

⁹ F. FERRAND, « La juridiction judiciaire suprême en droit comparé : missions, filtrage et intensité du contrôle », in G. DRAGO, B. FAUVARQUE-COSSON, M. GORÉ (dir.), *L'accès au juge de cassation*, Société de législation comparée, 2015, p. 200.

II. LE CONTRÔLE CONVENTIONNEL DE PROPORTIONNALITÉ AU REGARD DE LA CESDH

L'examen de la compatibilité d'une disposition du droit interne avec les dispositions d'une norme européenne étant un « *contrôle abstrait ne nécessitant pas l'analyse d'éléments de fait relevant de l'office du juge du fond* »¹⁰, la question est considérée comme étant de pur droit, avec deux conséquences :

- La question peut être soulevée pour la première fois devant la Cour de cassation.
- Par ailleurs, si les juges du fond se sont prononcés sur une question de cette nature, la Cour ne peut pas se contenter de contrôler la rectitude du raisonnement suivi. Gardienne de l'interprétation des lois et de leur bonne application, elle doit elle-même dire quelles sont les circonstances justifiant l'éviction d'un texte.

- Lorsque la conformité intrinsèque de la norme interne n'est pas en cause et que seule son application à un cas d'espèce déterminé peut faire naître un conflit au regard de droits ou principes conventionnels, il appartient à la Cour, dans chaque contentieux, de définir les différentes étapes du contrôle de conventionnalité auquel les juges du fond doivent procéder et de dire notamment quels sont les faits et circonstances que les juges doivent prendre en considération pour apprécier s'il y a, ou non, pour une partie une atteinte disproportionnée à un droit fondamental¹¹.

- Qu'il s'agisse de la première hypothèse (contrôle dit « *in abstracto* ») ou de la seconde (contrôle dit « *in concreto* »), la Cour devrait adapter ses méthodes de travail et d'élaboration des décisions.

Pour conclure cet historique des travaux récents de la Cour de cassation sur le contrôle de conventionnalité, il convient de souligner que la diversité des hypothèses de contrôle de conventionnalité de la loi ne permet pas de figer la réflexion et de considérer qu'elle est déjà parfaitement aboutie.

Chaque contentieux présentant des spécificités, un suivi des jurisprudences s'impose pour veiller à la concordance des modalités de contrôle mises en œuvre et à la compatibilité des solutions adoptées.

Le dialogue doit également se poursuivre avec l'ensemble des partenaires et interlocuteurs de la juridiction :

- les avocats pour leur travail de présentation des moyens d'inconventionnalité ;
- l'université, pour ses analyses et commentaires de la jurisprudence ;
- les cours d'appel et tribunaux, pour échanger sur les difficultés rencontrées dans l'application des règles du contrôle de conventionnalité et permettre une meilleure appropriation de celles-ci ;
- l'École nationale de la magistrature pour la sensibilisation des auditeurs et magistrats aux questions de conventionnalité de la loi, que ce soit en formation initiale ou en formation continue.

La Cour européenne des droits de l'homme reste la gardienne des droits et libertés garantis par la Convention, comme en attestent notamment les décisions comportant une critique de celles de la Cour de cassation¹².

¹⁰ C. cass., Formation plénière pour avis, Avis n° [15012](#) et [15013](#) du 17 juillet 2019, (demandes d'avis n° 19-70.010 et 19-70.011).

¹¹ Pour un exemple de méthodologie du contrôle en matière pénale : Crim., 12 juin 2019, n° [18-83.396](#) ; pour un exemple en matière civile : Civ., 1^{re}, 21 mars 2018, n° [16-28.741](#).

¹² En matière civile : CEDH, 13 févr. 2020, *Sanofi Pasteur c. France*, n° [25137/16](#) ; en matière pénale : CEDH, 26 mars 2020, *Tête c. France*, n° [59636/16](#).

II. LE CONTRÔLE CONVENTIONNEL DE PROPORTIONNALITÉ AU REGARD DE LA CESDH

Ces exemples récents montrent que la Cour de cassation doit, non seulement poursuivre ses relations avec les Cours européennes pour une meilleure prise en compte de leurs jurisprudences, mais aussi approfondir sa propre pratique de la motivation.

À cet égard, la Cour de cassation s'est engagée dans un important travail de remise en question de la présentation des arrêts, non seulement au point de vue formel, mais aussi au fond, avec l'adoption d'un mécanisme de motivation développée : désormais, pour certaines catégories d'affaires, au nombre desquelles figurent celles relatives au contrôle de conventionnalité, la Cour détaille les différentes étapes du raisonnement suivi et cite les arrêts précédents utiles à la compréhension des solutions retenues.

Le but poursuivi n'est pas, pour les arrêts relatifs au contrôle de conventionnalité, d'obtenir un « brevet de conventionnalité » auprès de la Cour européenne des droits de l'homme et de se garantir contre toute appréciation contraire de la part de celle-ci. Il s'agit, d'une part de répondre à l'objectif de sécurité juridique en fixant des lignes de conduite précises à destination des juges du fond, d'autre part de faire connaître aux justiciables les conditions dans lesquelles la Cour entend exercer son office.

Les travaux du Conseil de l'Europe en matière de justice le montrent depuis de nombreuses années : la confiance des citoyens dans le fonctionnement des institutions judiciaires passe, non seulement par l'adoption de procédures équitables garantissant un droit d'accès à la justice égal pour tous, mais aussi par une motivation claire des décisions permettant aux parties intéressées de comprendre les conditions dans lesquelles leurs argumentations ont été prises en considération au regard des règles de droit applicables.

LE CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ D'ORIGINE LÉGALE EN DROIT PÉNAL À LA LUMIÈRE DES FAITS JUSTIFICATIFS

Par

Marie-Christine SORDINO

Professeur à l'Université de Montpellier

Directrice de l'Équipe de droit pénal (UMR Dynamiques du droit, Univ. Montpellier/CNRS)

Définition et fondements de la proportionnalité. La notion de proportionnalité s'est installée au sein de toutes les branches du droit, après sa naissance, au XIX^{ème} siècle, au sein de la doctrine allemande, qui l'analysait comme un rempart des libertés contre le pouvoir exorbitant de la puissance publique. La proportionnalité est une règle de juste mesure imposant une adéquation des moyens employés au but poursuivi¹. L'article 8 de la DDHC sert de fondement à la proportionnalité en droit pénal et pose que le législateur ne doit prévoir que des peines strictement et évidemment nécessaires. La disposition contient deux impératifs, qui sont la nécessité et la proportionnalité. Si la nécessité a plutôt trait à l'action du législateur, la proportionnalité se réfère davantage à la mise en œuvre, c'est-à-dire la manière dont l'incrimination est définie, puis appliquée. L'incrimination peut ainsi être contrôlée par le juge au regard du principe même de sa création, puis de sa mesure².

Proportionnalité et justification. Si le législateur est débiteur de la garantie de proportionnalité, le justiciable se doit de réagir avec modération dans la situation où il est admis à riposter, agir ou réagir, dans les cas de défaillance des pouvoirs publics (légitime défense), de survenance d'un danger imprévisible et irrésistible (état de nécessité) ou de révélation d'un secret protégé, au nom de l'intérêt général (protection des lanceurs d'alerte). En prescrivant cette modération de la réaction, la proportionnalité constitue une garantie pour la société. L'irresponsabilité pénale engendrée par la justification suppose donc que l'infraction commise en réaction corresponde à un moindre mal.

Proportionnalité et légitime défense : nécessité de la défense. L'article 122-5 du code pénal pose une double condition, la nécessité et la proportionnalité de la riposte. La nécessité est préalable à la proportionnalité, car elle commande le principe même de l'acte de défense³. Pour la légitime défense des biens, le législateur est plus exigeant et prévoit une stricte nécessité de l'acte au but poursuivi. La proportionnalité suit, en autorisant le contrôle de la mesure de cette riposte. En conséquence, si l'acte de défense n'est pas l'action requise ou s'il est possible de réagir sans commettre d'infraction, la nécessité de la légitime défense n'existe pas et il n'est pas question de se pencher sur la proportionnalité. Il conviendra alors de tenir compte des circonstances de l'attaque et des caractéristiques de celui qui l'a commise. Ainsi, la cour d'appel qui relève que l'agresseur a « *du mal à se tenir debout* » doit caractériser la nécessité de la défense, sans se borner à apprécier la proportionnalité de l'acte de défense par rapport à la gravité du danger⁴.

¹ E. JEULAND, « Réforme de la Cour de cassation. Une approche non utilitariste du contrôle de la proportionnalité », *JCP G*, supp. n° 1-2, 2016, p. 20 ; M.-C. SORDINO, « De la proportionnalité en droit pénal », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 711 ; E. DREYER, « [La proportionnalité en matière pénale](#) », *Gaz. Pal.* 2017, n° 36.

² *Comp.* le contrôle de proportionnalité *in concreto*, M. BOUCHET, « [L'utilisation du contrôle de proportionnalité par la Cour de Cassation en droit pénal de fond](#) », *RSC* 2017, p. 495 et s.

³ J. PRADEL, « Du principe de proportionnalité en droit pénal », *Les Cahiers de droit*, 2019, vol. 60, n° 4, spéc. p. 1135.

⁴ *Crim.*, 30 mai 2017, n° [16-82.470](#).

III. LES AUTRES TYPES DE CONTRÔLES DE PROPORTIONNALITÉ

Appréciation de la proportionnalité et légitime défense. L'article 122-5 alinéa 1 du code pénal impose un contrôle de la proportionnalité entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte. Pour la légitime défense des biens, il convient d'apprécier la proportionnalité entre « *les moyens* » et la gravité « *de l'infraction* ». Il s'agit d'une question de fait qui appartient au pouvoir souverain des juges du fond⁵. Adéquation et mesure entre défense et menace, composantes de la proportionnalité telle que nous l'avons définie, doivent servir de critères pour fonder et motiver l'appréciation. Cela soulève des interrogations dans de nombreuses affaires.

D'abord, les juges peuvent tenir compte de la nature des moyens utilisés. Les faits de l'affaire permettent de procéder au contrôle de leur proportionnalité par rapport à la gravité de l'atteinte⁶. Le plus souvent, les juges décident que l'usage d'une arme (par nature ou par destination) est disproportionné quand il s'exerce contre une personne désarmée, pour mettre fin à des violences, si les coups portés par l'agresseur ne constituent pas une menace pour la vie de l'auteur des faits⁷. Ainsi, un policier qui tire un coup de feu sur une personne non armée se jetant sur un de ses collègues utilise des moyens disproportionnés⁸. De même, le fait d'aller chercher une manivelle pour asséner des coups en riposte à une attaque à main nue⁹ ou de frapper violemment au visage une personne sous l'emprise de l'alcool avec une chope de bière, en réaction à un coup porté, n'est pas proportionné¹⁰.

En revanche, le gendarme qui tire sur un détenu dont le transfèrement judiciaire est en cours, alors que celui-ci tente de s'emparer de l'arme de sa collègue en se jetant sur elle, emploie un moyen de riposte proportionné. Il existe bien un risque imminent de coup de feu avec l'arme de cette collègue et le gendarme a tenté par trois fois de stopper l'action du détenu, par des sommations, une tentative d'extraction de la collègue et le recours à un bâton de défense, les trois procédés n'ayant pas donné de résultat¹¹.

Pour la légitime défense des biens, le législateur considère d'emblée qu'il existe une disproportion en cas de commission d'un homicide volontaire et cette présomption est irréfragable¹².

Ensuite, l'appréciation conduit à envisager la proportionnalité des moyens employés à la lumière de la manière dont la personne agressée s'est représentée l'infraction afin de riposter par une défense appropriée au moment des faits. Ainsi, l'appréciation par le juge fait toujours référence à une certaine part de subjectivité de cette représentation, en fonction des circonstances de l'agression. La personne qui fait l'objet de l'agression porte en un laps de temps très court une appréciation immédiate sur l'existence d'une attaque. Cela engendre deux réflexions.

D'une part, le débat pourrait se placer sur le terrain de l'atteinte putative, dans laquelle le prévenu a cru à tort être en situation d'agression¹³. Dans ce cas, une analyse détaillée des événements doit être conduite. Lorsque l'attaque paraît vraisemblable en fonction d'une appréciation *in abstracto*, c'est-à-dire lorsque tout individu aurait pu se méprendre dans des conditions identiques (gestes,

⁵ Crim., 18 juin 2002, n° [01-88.062](#), *Dr. pénal* 2002, comm. n° 134, obs. M. VÉRON.

⁶ Un coup de revolver n'est pas proportionné à une gifle, Crim., 4 août 1949, *RSC*. 1950, p. 47.

⁷ Crim., 26 juin 2012, n° [11-86.809](#); 19 mai 2009, n° [08-87.643](#), un coup de couteau porté à l'épaule gauche est disproportionné face à un adversaire dont il n'est pas démontré qu'il était armé.

⁸ Crim., 9 sept. 2015, n° [14-81.308](#), *Dalloz actualité*, 21 sept. 2015, obs. J. GALLOIS.

⁹ Crim., 30 janv. 2018, n° [17-81.706](#).

¹⁰ Crim., 8 janv. 2008, n° [07-83.423](#), *Bull. crim.*, n° 1.

¹¹ Crim., 9 janv. 2018, n° [16-86.552](#).

¹² L'article 52 du code pénal italien pose, depuis la réforme du 24 janvier 2006, une présomption de proportionnalité de la réaction de la personne agressée, dans le cas d'atteintes à la fois aux personnes et aux biens. Le droit français instaure également des situations faisant présumer l'état de légitime défense au sein de l'article [122-6](#) du code pénal.

¹³ Crim., 7 déc. 1971, n° [70-92.619](#), *Bull. crim.*, n° 338.

III. LES AUTRES TYPES DE CONTRÔLES DE PROPORTIONNALITÉ

paroles, menaces avec une arme...), elle doit être assimilée à une attaque réelle¹⁴. En revanche, lorsque l'erreur est inexcusable, la légitime défense ne semble pas pouvoir être admise¹⁵. Il en est de même lorsque seule une crainte du danger est démontrée¹⁶.

D'autre part, classiquement, la jurisprudence considère que la légitime défense est inconciliable avec le caractère involontaire de l'acte de riposte. La célèbre affaire *Cousinet* illustre cette question. Cousinet a repoussé brutalement une personne qui est tombée et s'est grièvement blessée alors qu'elle était sous l'emprise d'un état alcoolique. Poursuivi pour blessures involontaires, il n'a pu être exonéré de sa responsabilité pénale pour légitime défense, au motif que le résultat produit par sa réaction n'était pas souhaité¹⁷. L'un des effets pervers de cette solution conduit à déplacer le débat sur la qualification de l'infraction, certains prévenus n'hésitant pas à demander la requalification d'homicide involontaire en homicide volontaire afin de plaider avec succès la légitime défense¹⁸.

Il importe, toutefois, d'apporter des nuances à cette analyse.

À l'évidence, un comportement totalement involontaire ne peut être justifié par la légitime défense, car l'accomplissement d'un acte de défense contre une agression ne saurait être entièrement inconscient. Les juges doivent pouvoir considérer que la personne agressée a réfléchi, même un court instant, en vue de se défendre de manière appropriée, avec adéquation et mesure.

Dans les autres cas, le raisonnement doit être renouvelé, en se fondant sur la différence entre la volonté et l'intention. La volonté désigne le souhait de réaliser l'acte, l'intention s'intéresse au résultat. Si l'acte de défense est voulu, la légitime défense est envisageable. Une qualification d'infraction non intentionnelle devrait autoriser la légitime défense. C'est d'ailleurs vers cette solution que semble se diriger la Cour de cassation lorsqu'elle admet le bénéfice de la légitime défense dans le cas d'un homicide involontaire commis de nuit pour repousser des personnes éméchées qui se sont introduites dans un domicile¹⁹.

Enfin, les développements vus précédemment conduisent à préciser que la proportionnalité s'apprécie en fonction des moyens employés et non du résultat. La Cour de cassation le rappelle²⁰, mais certains juges du fond ont pu retenir la gravité réelle du résultat afin de refuser le bénéfice de la légitime défense²¹. Il convient tout de même de souligner que, dans ce cas, la gravité du résultat effectivement produit démontre *a posteriori* qu'il existait bien une disproportion entre les moyens excessifs employés et la gravité de l'atteinte²². Sinon, la plupart du temps, lorsque les moyens utilisés sont proportionnés, le résultat produit effectivement apparaît lui aussi comme mesuré²³.

¹⁴ Crim., 5 juin 1984, n° [83-94.092](#), *Bull. crim.*, n° 209, où bénéficie de la légitime défense un père qui tire sur un tiers, croyant que son fils était menacé d'un pistolet, alors qu'il s'agissait d'un jouet.

¹⁵ Sauf à retenir que l'individu a commis une erreur de fait de nature à exprimer sa bonne foi et, en conséquence, à l'exonérer de sa responsabilité pénale si l'infraction est intentionnelle ; Crim., 21 déc. 1954, *Bull. crim.*, n° 423, pour le cas où un père a tué son fils en tirant sur lui la nuit, alors qu'il pensait qu'il s'agissait d'un voleur.

¹⁶ Crim., 9 sept. 2003, n° [02-87.808](#).

¹⁷ Crim., 16 févr. 1967, n° [66-92.071](#), J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, Coll. Grands arrêts, 2018, 11^{ème} éd., p. 264.

¹⁸ CA Reims, 9 nov. 1978, *D.* 1979, II, 73, note J. PRADEL.

¹⁹ Crim., 21 févr. 1996, n° [94-85.108](#), *D.* 1997, II, 234, note C. PAULIN. Il convient de relever que, dans cette affaire, l'intrusion dans une propriété privée de nuit fait présumer l'état de légitime défense, ce qui rend la portée de la décision incertaine ; 10 nov. 1998, n° [98-81.126](#), *RPDP*, 1999, 394, note J.-Y. CHEVALIER.

²⁰ Crim., 17 janv. 2017, n° [15-86.481](#), *Gaz. Pal.*, 25 avr. 2017, p. 43, obs. E. DREYER.

²¹ V. dans un sens favorable à la prise en compte du résultat, CA Paris, 12 oct. 1999, *Dr. pénal* 2000, comm. n° 29, où le bénéfice de la légitime défense est refusé à une personne qui a riposté par des coups de bâton ayant provoqué une incapacité de travail de 45 jours à un jet de gaz lacrymogène. Il faut dire qu'en matière de violences volontaires, le prévenu est jugé en fonction du résultat effectif de ses actes, quand bien même celui-ci dépasserait-il ce qu'il souhaitait.

²² Crim., 25 oct. 2016, n° [15-87.076](#).

²³ Crim., 13 oct. 2015, n° [14-82.272](#).

Appréciation de la proportionnalité et état de nécessité. L'article 122-7 du code pénal dispose que n'est pas pénalement responsable « *la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace* ». L'état de nécessité ne peut être admis que si l'intérêt sauvegardé par la commission de l'infraction est supérieur à l'intérêt sacrifié. Dégagée par la jurisprudence, cette condition a été consacrée par le code pénal. L'appréciation de la proportion entre les moyens employés et la gravité de la menace appartient au pouvoir souverain des juges du fond.

Plusieurs situations peuvent se présenter.

D'abord, lorsque l'intérêt sauvegardé a trait à la vie humaine ou à l'intégrité de la personne, la proportionnalité peut parfois être démontrée et admise sans difficulté. Ainsi, la commission d'une contravention au code de la route est justifiée lorsqu'il s'agit de sauver une vie humaine²⁴.

Il en est de même pour le refus d'embarquement sans violence d'un étranger en raison de probables réactions hostiles de la part des services de sécurité locaux en cas de retour dans son pays²⁵.

Dans d'autres situations, en revanche, la discussion peut être plus complexe. L'appréciation de la proportionnalité s'appuie alors sur l'intégralité des circonstances factuelles du dossier permettant de se prononcer quant à la gravité de la menace.

La notion de menace utilisée par le législateur permet d'englober des situations dans lesquelles l'état de santé de la personne est en lui-même facteur de danger actuel. La cour d'appel de Papeete a ainsi admis qu'un malade paraplégique à la suite d'un accident et ressentant des douleurs constantes, soit menacé par un danger actuel et en conséquence autorisé à détenir des pieds et pousses de cannabis destinés à préparer des tisanes nécessaires à la sauvegarde de sa santé. Ce moyen n'est pas disproportionné par rapport à la gravité de la menace, les médicaments préconisés pour lutter contre ses souffrances lui causant des dommages irrémediables aux reins²⁶. Il en est de même dans le cas d'une personne porteuse du virus de l'immunodéficience humaine acquise, astreinte à un traitement quadrithérapeutique depuis vingt ans et qui est relaxée pour possession et usage de cannabis, seul à même de lui permettre de suivre son traitement²⁷.

En revanche, le tribunal correctionnel de Belfort a refusé d'admettre l'état de nécessité pour une personne atteinte de myopathie et qui souffre de douleurs soulagées par l'usage du cannabis²⁸.

La prise en considération de la menace peut être menée au regard de la nature du danger actuel ou imminent. Depuis une trentaine d'années, les enjeux environnementaux constituent des préoccupations que les citoyens avancent pour justifier, dans certains cas, la commission d'infractions. Cependant, la proportion doit également être respectée entre les moyens employés et la gravité de la menace. Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle rappelé que des représentants syndicaux qui ont détruit des plants de riz génétiquement modifiés destinés exclusivement à l'expérimentation et non à la commercialisation en prenant appui sur l'existence de risques pour la santé et l'environnement (sur le fondement de l'article 8 de la CESDH) justifiant ladite destruction, ne peuvent s'exonérer de leur responsabilité pénale car le danger n'est pas actuel, mais paraît hypothétique²⁹. Mais des décisions du fond avaient admis l'état de nécessité dans ce cas³⁰. Et le débat pourrait à nouveau être ouvert depuis que la Charte de l'environnement a été placée au sein

²⁴ Trib. pol. Avesnes-sur-Helpe, 12 déc. 1964, *Gaz. Pal.* 1965, 1, 91.

²⁵ CA Toulouse, 15 févr. 2001, *Jurisdata* n° 148015.

²⁶ CA Papeete, 27 juin 2002, *Dr. pénal* 2003, comm. n° 3, obs. M. VÉRON.

²⁷ Trib. corr. Bourges, 13 avr. 2011, Inédit, *Le Monde*, 14 avr. 2011.

²⁸ Trib. corr. Belfort, 13 mars 2013, Inédit, *Le Monde*, 14 mars 2013.

²⁹ Crim., 19 nov. 2002, n° [02-80.788](#), *D.* 2003, [1315](#), note D. MAYER ; 7 févr. 2007, n° [06-80.108](#), *D.* 2007, [1310](#), note J.-P. FELDMAN ; 18 févr. 2004, n° [03-82.951](#), *Dr. pénal* 2004, 107 ; 31 mai 2007, n° [06-86.628](#), *Rev. pén.* 2011, 693, obs. A. LEPAGE.

³⁰ Trib. corr. Orléans, 9 déc. 2005 et Versailles, 12 janv. 2006, *D.* 2006, chron n° 12, note J.-P. FELDMAN.

III. LES AUTRES TYPES DE CONTRÔLES DE PROPORTIONNALITÉ

du bloc de constitutionnalité par la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 et pose le principe selon lequel « *Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé* » d'une part et, d'autre part, que le Conseil constitutionnel a considéré que la protection de l'environnement est un objectif de valeur constitutionnelle en vertu du Préambule de ladite Charte³¹. Pour autant, l'actualité ou l'imminence du danger couplée à la proportionnalité de la réaction, devraient être démontrées dans chaque situation où le prévenu souhaite bénéficier de l'état de nécessité, ce qui s'avèrerait toujours difficile. Encore plus récemment, des militants écologistes ont tenté de s'exonérer de leur responsabilité pénale pour vol en arguant d'un état de nécessité « climatique ». Poursuivis pour vol du portrait du président de la République dans plusieurs mairies, ils mettent en avant le fait que « *l'usage des voies légales et les avertissements des scientifiques [ne sont] pas des bras de levier suffisants et que la sensibilisation de la population en vue d'un changement politique leur semble devoir passer par des actes de désobéissance civile non-violente* ». Le tribunal correctionnel de Lyon, statuant à juge unique, adopte un raisonnement admettant l'état de nécessité, mais sans le nommer expressément³². Il relève que le péril climatique est un « *fait constant qui affecte gravement l'avenir de l'humanité en provoquant des cataclysmes naturels dont les pays les plus pauvres n'auront pas les moyens de se prémunir et en attisant les conflits violents entre les peuples, mais aussi l'avenir de la flore et de la faune en modifiant leurs conditions de vie sans accorder aux espèces le temps d'adaptation requis pour évoluer* ». Dès lors, le conflit de valeurs entre la propriété protégée par l'incrimination de vol et la lutte contre le dérèglement climatique semble inévitablement tranché par le juge au bénéfice de la sauvegarde du climat et le comportement des militants n'est pas disproportionné à la gravité de la menace. Appel a été interjeté contre cette décision et la cour d'appel a infirmé le jugement le 14 janvier 2020 en excluant l'état de nécessité, bien qu'elle reconnaisse le caractère imminent du danger climatique. D'autres tribunaux correctionnels n'ont, de même, pas retenu l'état de nécessité, en condamnant, par exemple, un groupe de militants du chef de vols en réunion et les juges de second degré ont tendance à confirmer ces solutions³³.

Ensuite, lorsque la valeur en jeu ne touche pas à la vie ou à l'intégrité de la personne, les juges se montrent en général plus exigeants. Ainsi, des considérations professionnelles telles que le risque de se trouver en rupture de stock ne peuvent justifier la perpétration d'une infraction³⁴.

Enfin, si la valeur sacrifiée est équivalente à celle que le prévenu a entendu sauvegarder, l'appréciation de la proportionnalité est délicate. Le refus de l'état de nécessité pourrait être préconisé, dans cette situation, parce qu'il suppose des circonstances exceptionnelles et la recherche d'un avantage pour le corps social. Mais son admission est également envisageable, car, en cas de valeur équivalente, l'infraction est socialement indifférente, le préjudice social étant identique quelle que soit l'attitude de l'agent. Certaines situations sont particulièrement difficiles à trancher car elles touchent à l'humain et placent la personne qui doit effectuer le choix entre les deux intérêts dans une situation cornélienne³⁵. Dans « l'affaire du sang contaminé », la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris a ainsi estimé que la qualité de complice d'empoisonnement ne pouvait être retenue à l'encontre de responsables administratifs au motif notamment qu'au moment des faits, ils étaient « *tenus de trancher entre l'impératif immédiat de protéger la vie des hémophiles, tributaire des produits ou le risque plus lointain de les voir développer une maladie mortelle* », ce qui les plaçait en conséquence devant un état de nécessité³⁶. Face à cet écueil, la jurisprudence a parfois préféré

³¹ Décision n° [2019-823 QPC](#) du 31 janvier 2020.

³² TGI Lyon, 16 févr. 2019, n° 19168000015.

³³ CA Lyon, 22 oct. 2020.

³⁴ V. pour un délit de contrefaçon non justifié, Crim., 11 février 1986, n° [84-94.952](#), *Bull. crim.*, n° 54.

³⁵ Crim., 21 oct. 1993, n° [93-83.325](#), *Bull. crim.*, n° 307, à propos d'un crime contre l'humanité, où il apparaît que les juges d'appel considèrent que « *s'agissant du sacrifice de vies humaines, il n'est pas possible de décider si les vies sauvegardées représentent un intérêt supérieur* ».

³⁶ CA Paris, ch. de l'instruction, 5 juill. 2002, *D.* 2003, [164](#), note A. PROTHAIS.

III. LES AUTRES TYPES DE CONTRÔLES DE PROPORTIONNALITÉ

relaxer sur un autre fondement, tel que la contrainte, qui, pourtant est une cause d'irresponsabilité pénale peu retenue car elle doit présenter les caractères de la force majeure³⁷.

Proportionnalité et protection du lanceur d'alerte. La loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 crée une nouvelle cause d'irresponsabilité à l'article 122-9 du code pénal, afin de protéger le lanceur d'alerte. Jusque-là, les juges du fond n'étaient pas toujours sensibles à une défense pénale axée sur l'existence d'un statut potentiel de lanceur d'alerte³⁸. Il faut, en effet, relever que cette défense s'appuie souvent sur le défaut d'intention de la part du prévenu qui a lancé l'alerte ou, plutôt, sur ses mobiles. Or, les juges du fond répugnent, de manière générale, à faire produire aux mobiles un effet sur la qualification de l'infraction et sur sa constitution. Tout au plus, peuvent-ils servir à atténuer la peine prononcée, dans certaines situations.

Désormais, n'est pas pénalement responsable la personne qui porte atteinte à un secret protégé par la loi, dès lors que cette divulgation est nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause, qu'elle intervient dans le respect des procédures de signalement définies par la loi et que la personne répond aux critères de définition du lanceur d'alerte prévus à l'article 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016.

Dès lors, le texte reprend les conditions de nécessité et proportionnalité à la sauvegarde des intérêts en cause attachées à la divulgation du secret protégé par la loi, comme cela est le cas pour les autres causes d'irresponsabilité pénale prévues dans le code pénal, mais il ajoute que l'irresponsabilité pénale dépend également du respect, à la fois, de la nouvelle définition du lanceur d'alerte et du déroulement des procédures de signalement, tous deux prévus par la loi du 9 décembre 2016.

Cette nouvelle cause d'irresponsabilité pénale constitue un cas de dérogation autorisée à la protection du secret, l'irresponsabilité étant la conséquence d'une atteinte portée à une justice matérielle qui justifie la révélation, l'intérêt en cause pouvant être l'intérêt général. Elle apparaît donc comme une permission de la loi, disposition plus douce qui s'applique aux instances en cours en vertu de l'article 112-1 alinéa 3 du code pénal³⁹.

Toutefois, son application concrète risque de ne pas être aussi fréquente, en raison des strictes conditions que le prévenu devra démontrer, puisque pèse sur lui la charge de la preuve. Le tribunal correctionnel de Toulouse a ainsi relaxé la présidente d'une association consacrée aux lanceurs d'alerte qui est intervenue par téléphone en direct, au cours d'une émission radiophonique consacrée aux lanceurs d'alerte⁴⁰. Son souhait était de lancer une alerte au sujet de graves dysfonctionnements constatés dans le cadre de son expérience professionnelle au sein d'un institut chargé de l'accueil et de la prise en charge d'enfants lourdement handicapés. L'institut mis en cause avait déposé plainte avec constitution de partie civile contre la présentatrice de l'émission et contre la présidente de cette association, du chef de diffamation publique envers un particulier. Le tribunal a pris le soin de motiver fortement sa décision en l'espèce, mais il ne vise pas expressément l'article 122-9 du code pénal.

³⁷ CA Dijon, 19 déc. 1984, *Gaz. Pal.* 1985, 1, 256.

³⁸ V. avant la consécration de la protection générale du lanceur d'alerte par la loi n° [2016-1691](#) du 9 décembre 2016, CA Chambéry, 16 nov. 2016, inédit, la condamnation d'une inspectrice du travail sur le fondement du recel et de la violation du secret professionnel.

³⁹ M.-C. SORDINO, « [Lanceur d'alerte : rétroactivité in mitius de l'article 122-9 du code pénal – Crim. 17 octobre 2018](#) », *AJ pénal* 2018, p. 574.

⁴⁰ TGI Toulouse, 21 nov. 2017, n° 4363/17, *Dalloz actualité*, [29 nov. 2017](#), obs. D. GOETZ.

L'IDENTIFICATION LÉGALE DU CAUTIONNEMENT DISPROPORTIONNÉ

Par

Séverine CABRILLAC

*Professeur à l'Université de Montpellier
Co-directrice du Master 2 droit notarial*

1. Les actuels articles L. 332-1 et L. 343-4 du Code de la consommation rendent inopposables les cautionnements donnés par des personnes physiques au profit de créanciers professionnels, lorsque ces engagements sont, lors de leur conclusion, manifestement disproportionnés aux biens et aux revenus des cautions. Ce dispositif, protecteur de la caution personne physique, sanctionne la disproportion du cautionnement sur la base d'une comparaison que cet article propose de disséquer. La démarche adoptée s'inscrit donc modestement dans un travail d'exégèse tentant de faciliter l'application de cet arsenal législatif. Si d'autres angles méritent d'être exploités dans le cadre d'une réflexion plus fondamentale sur la notion de disproportion, nous nous contenterons, dans ce bref paragraphe introductif, de lancer quelques pistes en espérant que les lecteurs s'en emparent. En vrac : le contrôle de proportionnalité peut-il être un outil transversal du droit ou doit-il être réservé à la confrontation d'éléments non quantifiables (par exemple, l'utilisation de ce vocable est-elle justifiée en droit du cautionnement pour un dispositif reposant sur la comparaison de données précisément chiffrées¹ ?) ? L'ajout fréquent de l'exigence du caractère manifeste de la disproportion a-t-il une véritable incidence technique sur l'identification de la disproportion ou est-il un élément de langage venant légitimer l'existence même du contrôle (ce qui semble être le cas en matière de cautionnement²) ? Le parallélisme s'impose-t-il : la sanction naturelle de la disproportion est-elle la réduction³ ?

Nous contentant de semer ces graines, nous nous concentrerons sur l'application des textes propres au cautionnement.

CODE DE LA CONSOMMATION

Article L. 332-1

Un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation.

Article L. 343-4

Un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation.

¹ Au regard de l'exemple du cautionnement, nous aurions tendance à répondre par la négative, cf. paragraphe suivant.

² Cf. paragraphe suivant et note n° 6.

³ Pour une démonstration convaincante du caractère inadapté de la réduction en matière de cautionnement disproportionné, v. notamment : A. GOUÉZEL et L. BOUGEROL, « [Le cautionnement dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés : propositions de modification](#) », D. 2018, p. 678.

III. LES AUTRES TYPES DE CONTRÔLES DE PROPORTIONNALITÉ

2. Certains points de ces textes ne seront pas développés car ils font l'objet de solutions établies d'application aisée.

Il en va ainsi du large domaine d'application de ces dispositions. En dépit de leur localisation au sein du Code de la consommation, elles bénéficient à toute personne physique sans restriction. Par exemple, elles sont applicables à la personne physique avertie qui va se porter caution de sa société. De même, elles s'imposent à tout créancier professionnel agissant dans le cadre de son activité (et pas seulement aux professionnels du crédit).

Il est également acquis que la mesure de la disproportion s'effectue au moment de l'engagement⁴ et qu'elle repose sur un critère exclusivement quantitatif, amenant à confronter uniquement des valeurs, sans tenir compte d'éléments subjectifs (c'est-à-dire sans considérer la pertinence de l'opération, par exemple sans s'interroger pour savoir si une personne peut prendre un engagement plus important pour financer les études ou un traitement médical de ses enfants, ou moindre pour soutenir l'activité professionnelle fantaisiste d'une relation sentimentale fort récente).

Dernier point et non des moindres : la loi n'instaure pas de seuil quantifié. Cette absence aurait pu susciter d'importantes incertitudes. En effet, les textes visent un engagement « *manifestement disproportionné* » ; or la disproportion, dans le langage courant, se définit par opposition à un rapport de grandeur établi par référence à un idéal esthétique⁵. La perfection n'étant pas de ce monde, la recherche de la proportion idéale peut se teinter de subjectivité et connaître des errements. La jurisprudence a écarté ce risque en considérant qu'il y a disproportion si l'engagement de la caution est supérieur au total de son patrimoine et de ses revenus. Cette position doit être approuvée car elle offre l'avantage d'éviter des disparités dans l'application de ces textes. Il n'en reste pas moins qu'elle trahit sans doute la lettre du texte, car il s'agit alors davantage de dépassement que de disproportion (et... rend peut-être cette contribution dans un numéro thématique consacré à la proportionnalité un peu hors sujet, à moins qu'elle ne permette, au contraire, de prendre conscience de la différence de nature entre le contrôle de proportionnalité et les mécanismes de protection de la caution, en dépit de leur parenté terminologique). Aussi, la meilleure réaction ne serait pas d'abandonner cette interprétation, mais de modifier sur ce point précis⁶ la lettre de la loi⁷.

3. Cet inventaire des solutions acquises pourrait laisser penser que l'application de l'exigence légale de proportionnalité du cautionnement est un long fleuve tranquille. Il n'en est rien car l'identification des éléments à mettre en balance reste délicate en dépit de l'apparente simplicité de l'énoncé législatif. Ainsi, la lettre des textes invite à comparer « *l'engagement* » de la caution à « *ses biens et ses revenus* ». Or, avant même d'entrer dans les détails, la jurisprudence a dû compléter ces préconisations en imposant la prise en compte, non pas du seul engagement concerné, mais plus largement du passif de la caution. Cette position est justifiée car il s'agit de mesurer l'impact du cautionnement sur la situation de la caution, situation qui ne peut être classiquement cernée que par la mise en perspective de son actif (I) et de son passif (II).

⁴ Cass. com., 15 mai 2019, n° [17-22.373](#) : *Gaz. Pal.*, 25 juin 2019, n° 354s5, p. 28, obs. approb. C. ALBIGES ; *D.* 2019, p. [1592](#), note (approb. pour avoir écarté les sanctions du Code de la consommation mais critique pour ne pas avoir retenu celles du droit commun) F. BINOIS.

⁵ *Le petit Robert de la langue française*, éd. Dictionnaires Le Robert, V° Disproportion et Proportion, sens 1.

⁶ Pour tout le reste, nous plaignons la stabilité. Cette modification aurait l'avantage de traduire le droit positif, mais elle aurait aussi l'avantage de clarifier le débat sur la sanction. En effet, la réforme de son contenu est discutée et cette discussion est polluée par la fausse évidence : disproportion implique réduction.

⁷ Voir, en ce sens, l'intéressante proposition de A. GOUÉZEL et L. BOUGEROL, « Le cautionnement dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés : propositions de modification », préc. : « *Proposition d'article 2301 modifié variante 2* : "Un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont le montant **dépasse**..." ».

I – L'actif

4. Les articles du Code de la consommation visent « *les biens et les revenus* » de la caution, il convient donc de s'interroger sur le sens général (A) de cette indication et de préciser, ce que les textes n'ont pas pris la peine d'effectuer, sa mise en œuvre lorsque la caution est mariée (B).

A. La détermination générale des « *biens et des revenus* »

5. La loi ne comportant pas de restriction, il doit être tenu compte de l'ensemble des biens et des revenus de la caution existant au jour de l'engagement de la caution. Cette voie a été suivie par la jurisprudence, elle mérite approbation pour la sécurité juridique qu'elle offre et pour son pragmatisme.

6. Ainsi, sont justifiées les solutions faisant figurer dans le plateau de la balance les biens insaisissables⁸. Respectant la lettre du texte et donc de la sécurité juridique, elles ont, en outre, le mérite de la simplicité. En effet, la restriction aux biens saisissables aurait rendu encore plus complexe la conclusion de cautionnements en raison de la nécessité de vérifier les multiples causes de restriction du gage comme le statut matrimonial, l'absence de clause d'inaliénabilité des immeubles ou de déclaration d'insaisissabilité. Elles répondent également à l'objectif de protection porté par le texte, finalité qui est – incontestablement – d'éviter les cautionnements ruinant les cautions personnes physiques et non de s'assurer que le créancier trouvera effectivement dans le patrimoine saisissable de la caution les biens suffisants.

7. De même, il est justifié de tenir compte de biens dont l'évaluation risque pourtant de chuter considérablement si le cautionnement est appelé : les parts sociales de la société cautionnée et le compte courant d'associé de la caution au sein de cette société⁹. Cette position respecte la lettre du texte et évite de compliquer son application : le créancier peut s'en tenir à une évaluation objective du patrimoine de la caution sans avoir à effectuer un tri divinatoire entre les actifs qui conserveront leur valeur et les autres¹⁰.

8. La même ligne vaut pour les revenus : ils doivent tous être pris en compte à condition que leur perception régulière existe lors de l'engagement. Ce point a suscité des difficultés d'interprétation qui n'auraient pas dû prospérer à propos des revenus escomptés de l'opération cautionnée. Mettant fin à une divergence l'opposant à la chambre commerciale, la première chambre civile de la Cour de cassation a finalement accepté de ne pas en tenir compte¹¹. Cette position a sans doute été difficile à adopter car elle semblait en décalage avec la pratique bancaire admise par la jurisprudence dans le domaine fort voisin de l'octroi des prêts. En effet, lors de l'étude de faisabilité d'un prêt d'investissement, l'établissement prêteur est autorisé à tenir compte de

⁸ En raison de l'article 1415 du Code civil pour les cautions mariées sous un régime communautaire (Cass. com., 15 nov. 2017, n° [16-10.504](#) : *JCP G* 2018, 367, n° 5, obs. approb. P. SIMLER ; *JCP E* 2018, 13, note approb. P. SIMLER ; *JCP E* 2018, 1010, note D. LEGEAIS ; *D.* 2018, p. [392](#), note M-P. DUMONT-LEFRAND (dubitative sur le raisonnement, approb. sur l'opportunité) ; *Banque et droit* n° 177, janv.-févr. 2018, p. 56, note approb. F. JACOB ou d'une insaisissabilité conventionnelle, par exemple, dans le cadre du financement Oséo, devenue BPI (Cass. com., 18 janv. 2017, n° [15-12.723](#) : *JCP E* 2017, 1102, note approb. D. LEGEAIS ; *RD bancaire et fin.* 2017, comm. approb. 70, D. LEGEAIS ; *Gaz. Pal.*, 21 févr. 2017, p. 29, note C. ALBIGES ; *RTD com.* 2017, p. [625](#), obs. A. LECOURT).

⁹ Cass. com., 26 janv. 2016, n° [13-28.378](#).

¹⁰ Imaginons que la solution inverse ait été retenue, cela aurait, par exemple, amené à s'interroger sur l'hypothèse fréquente en pratique où la caution est propriétaire de biens immobiliers loués par la société cautionnée. Aurait-il fallu tenir compte, dans leur évaluation, des difficultés futures du preneur qui peuvent entraîner des défauts d'entretien ?

¹¹ Cass. 1^{re} civ., 3 juin 2015, n° [14-13.126](#) et [14-17.203](#) : *D.* 2015, p. 1268, obs. V. AVENA-ROBARDET et p. [1810](#), obs. approb. P. CROCCO ; *D.* 2015, p. [2044](#), note approb. C. JUILLET ; *AJCA* 2015, 372, obs. approb. G. MÉGRET ; *RTD com.* 2015, p. [727](#), obs. D. LEGEAIS ; *JCP G* 2015, 1222, n° 9, obs. critiques P. SIMLER ; *Banque et droit*, sept.-oct. 2015, p. 80, obs. approb. E. NETTER ; *Gaz. Pal.*, 10 déc. 2015, p. 17, obs. approb. C. ALBIGES.

l'enrichissement qui peut raisonnablement résulter de l'opération financée. Comment justifier une appréciation plus restrictive pour la caution (qui paiera si elle est appelée) que pour le débiteur (qui par nature doit rembourser) ? En dépit de ce paradoxe apparent, cette solution se justifie au regard de la lettre et de l'esprit du texte. En effet, le Code de la consommation invite à apprécier la disproportion « *lors de la conclusion* » du cautionnement, ce qui condamne la prise en compte de futurs revenus dont l'existence n'est encore qu'éventuelle. De plus, l'objectif du texte est d'éviter les cautionnements qui épuiserait les ressources de la caution. Or, une appréciation de sa situation en tenant compte des revenus futurs n'atteindrait pas ce résultat, car nécessairement si la caution est appelée, c'est que l'opération n'est pas rentable et donc qu'elle ne peut compter sur les revenus espérés. Cette solution concernant les revenus escomptés du financement garanti ne remet pas en cause la comptabilisation des revenus réguliers perçus par la caution du débiteur garanti au jour de la conclusion du cautionnement¹².

Transposons maintenant ces directives aux spécificités de la caution mariée.

B. La détermination des « *biens et revenus* » de la caution mariée

9. Respectant le choix des époux, la jurisprudence a naturellement distingué les régimes séparatistes et les régimes communautaires.

En séparation de biens, il convient de ne tenir compte que des biens et revenus de la caution sans considérer les facultés contributives de l'autre époux dans le train de vie du ménage¹³.

En régime communautaire, doit être ajoutée à l'évaluation du patrimoine propre de la caution, celle des biens communs et des revenus (y compris les salaires) de son conjoint¹⁴. Cette comptabilisation ne tient pas compte des règles de restriction du gage des créanciers en régime communautaire en matière de cautionnement (C. civ., art. 1415) et de la protection des salaires du conjoint (C. civ., art. 1414). Cette position est justifiée car il ne s'agit pas ici de déterminer le gage du créancier, mais de mesurer la compatibilité du cautionnement au regard du niveau de vie de la caution. Elle est, de plus, cohérente avec la solution générale ne tenant pas compte du caractère insaisissable des biens.

Ayant détaillé l'actif, il faut maintenant cerner le passif.

II – Le passif

10. L'élément apparent du passif, pointé par les textes, est « *l'engagement* » pris par la caution (A), mais il est nécessaire de tenir compte des prêts en cours et des garanties antérieures (B).

¹² Cass. com., 26 janv. 2016, n° [14-20.226](#) : *JCP N* 2016, n° 26, 1213, n° 9, obs P. SIMLER ; Cass. com., 5 sept. 2018, n° [16-25.185](#) : *JCP N* 2019, n° 2, 1007, n° 8, obs. P. SIMLER ; D. LEGEAIS, « Proportionnalité de l'engagement de caution », *RD bancaire et fin.* 2018, comm. 157. Cette distinction est justifiée, mais elle peut poser de redoutables difficultés de fait, lorsque le nouveau financement n'a pas pour objectif un développement nouveau de la société cautionnée, mais le maintien de ses activités actuelles qui souffrent.

¹³ Cass. 1^{re} civ., 25 nov. 2015, n° [14-24.800](#) : *JCP G* 2016, 553, n° 10, obs. P. SIMLER ; C. ALBIGES, « [Appréciation de la disproportion de l'engagement d'une caution mariée sous le régime de la séparation de biens](#) », *Gaz. Pal.*, 16 févr. 2016, n° 255r3, p. 25 ; D. 2016, p. 1963, obs. P. CROCCQ ; S. PIÉDELIVRE, « [Disproportion de l'engagement de caution et régimes matrimoniaux](#) », *Gaz. Pal.*, 12 avr. 2016, n° 261z2, p. 32.

¹⁴ Cass. com., 6 juin 2018, n° [16-26.182](#), P+B : *JCP E* 2018, 1378, note D. LEGEAIS (approb. mais soulignant les dangers pour le conjoint) ; *RD bancaire et fin.* 2018, comm. approb. 94, note D. LEGEAIS ; *Banque & droit* 2018, n° 180, p. 48, obs. approb. E. NETTER ; D. 2018, p. 1891, obs. P. CROCCQ ; *JCP G* 2018, 900, note approb. P. SIMLER ; *Dr. Famille* 2018, comm. approb. 213, note B. BEIGNIER ; *AJCA* 2018, p. 213, obs. approb. D. HOUTCIEFF ; émettant des réserves, G. CHAMPENOIS, « [Communauté et proportionnalité du cautionnement](#) », *Defrénois*, 11 oct. 2018, n° 141b5, p. 34 ; obs. approb., S. PIEDELIVRE, « [Cautionnement et régimes de communauté](#) », *Gaz. Pal.*, 11 sept. 2018, n° 330a6, p. 34.

A. La prise en compte de l'intégralité du montant garanti

11. L'engagement paraît aisé à déterminer : il s'agit simplement du montant pour lequel la caution a accordé sa garantie. Cette détermination est d'autant plus facilitée que le champ d'application des textes étudiés recoupe très largement celui de la mention manuscrite imposant que ce montant soit écrit de la main de la caution, donc qu'il soit précisément chiffré. Toutefois, deux situations nécessitent des précisions (1°) et une réflexion peut être menée sur cette prise en compte globale (2°).

1° – La détermination de l'engagement en présence de garanties multiples et de cautionnement omnibus

12. Une première interrogation surgit lorsqu'une même dette bénéficie de plusieurs sûretés. Faut-il alors tenir compte du montant brut de l'engagement de la caution ou peut-on le minorer pour prendre en considération ses recours à l'encontre des autres garants ? Par exemple, si trois dirigeants se portent cautions solidaires d'un prêt immobilier consenti pour 600 000 euros à leur société, faut-il retenir ces 600 000 euros, somme que la solidarité de la garantie permet de demander à chacun ou seulement 200 000 euros, en tenant compte de possibles recours récursoires ? La Cour de cassation a refusé d'envisager les possibles recours de la caution pour abaisser le montant comptabilisé de son engagement¹⁵. Cette interprétation respecte la lettre du texte qui vise l'engagement et non la charge définitive pesant sur le garant. Elle sert également son esprit : la volonté de modérer le montant des engagements demandés aux cautions (un créancier a ainsi plus intérêt à recueillir des cautionnements fractionnés pour des montants moindres que solidaires pour le tout). Enfin, elle évite d'insurmontables conjectures pour évaluer ce que la caution serait susceptible de récupérer par l'exercice de ses recours.

13. La seconde difficulté concerne les cautionnements notariés ou contresignés par avocat car, étant dispensés de la mention manuscrite, ils peuvent ne pas être accordés pour un montant déterminé. Si l'on s'en tient à la lettre du texte, il faudrait déterminer au moment de l'engagement le seuil maximal que la dette pourrait atteindre et retenir pour la comparaison ce seuil. Cette position est, toutefois, difficile à mettre en œuvre car une des raisons pour lesquelles les parties ne choisissent pas un montant déterminé est notamment la difficulté d'évaluer la progression de la dette. En dépit de cette difficulté, cette solution doit être prônée tout d'abord car c'est la plus respectueuse du texte et surtout car elle incitera les créanciers à choisir un montant déterminé (plus protecteur de la caution personne physique) pour éviter une surévaluation qui pourrait aboutir à annihiler leur garantie par application de la sanction légale.

2° – La prise en compte exclusive du montant de l'engagement : une évidence à moduler ?

14. Faut-il tenir compte du montant de l'engagement de la caution ou des modalités de remboursement de la dette garantie ? Le choix n'est évidemment pas neutre, comme l'illustre un exemple chiffré, inspiré des espèces récemment portées à l'attention de la Cour de cassation. Envisageons un couple se portant caution d'un crédit consenti à l'entreprise de l'un de ses membres pour un montant de 300 000 euros, dont les mensualités sont de 2 600 euros. Le couple, composé de

¹⁵ Cass. com., 5 avr. 2011, n° [10-18.106](#) : *Gaz. Pal.* 2011, n° 244, p. 19, obs. critiques S. PIEDELIÈVRE (qui fait valoir un effet pervers de la solution : en présence de cautionnements solidaires si un seul est disproportionné, la sanction pèsera non sur le créancier, mais sur les autres cautions) et n° 265, p. 20, obs. C. ALBIGES ; *RLDC*, juin 2011, n° 4272, p. 34, obs. J.-J. ANSAULT (considérant la solution fidèle à la lettre et à l'esprit du texte). Cette solution n'est pas nouvelle en ce qui concerne la présence de cautions solidaires (Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 1996, n° 94-15.615 : *JCP G* 1997, I, n° 3991, obs. P. SIMLER ; *JCP G* 1997, II, n° 22826, note S. PIEDELIÈVRE ; *Defrénois* 1997, art. 36526, n° 42, obs. L. AYNÈS ; *RTD civ.* 1997, p. 189, obs. P. CROCCQ ; *D.* 1997, p. 515, note M. WACONGNE), en revanche elle balaye une décision non publiée qui avait semblé tenir compte de l'existence de sûretés réelles (Cass. com., 21 juin 2005, n° 03-16.254).

III. LES AUTRES TYPES DE CONTRÔLES DE PROPORTIONNALITÉ

jeunes actifs, est propriétaire d'un petit studio évalué à 90 000 euros et fait état d'un revenu annuel global de 96 000 euros, soit 8 000 euros mensuels. En retenant le montant de l'engagement (300 000 euros), les cautionnements apparaissent disproportionnés (ils se montent à plus de l'intégralité de leur capital et de deux ans de revenus). En envisageant les modalités de la dette (mensualité de 2 600 euros), le poids correspond à 0,33 % des revenus (soit le seuil d'endettement habituellement retenu par les établissements financiers), ce qui permettrait de considérer l'engagement comme proportionné. L'enjeu est donc considérable.

La chambre commerciale a clairement tranché en faveur de la prise en compte exclusive du montant de l'engagement : « *la disproportion manifeste de l'engagement s'apprécie au regard de la capacité de la caution à faire face, avec ses biens et ses revenus, non à l'obligation garantie, selon les modalités de paiement propres à celle-ci, c'est-à-dire, en l'espèce, aux mensualités des prêts, mais au montant de son propre engagement* »¹⁶.

À première vue, cette solution sonne comme une évidence car c'est bien le montant de l'engagement qui risque d'être réclamé à la caution et cela de façon globale, car la défaillance du débiteur entraîne la déchéance du terme et anéantit l'étalement en mensualités. Néanmoins, cette analyse ne paraît pas conforme à la lettre du texte qui invite à une comparaison aux « *biens* » et aux « *revenus* » de la caution : la référence aux revenus devrait impliquer la prise en compte d'un échelonnement de l'engagement. Au-delà de cet argument exégétique, la solution est-elle opportune ? Elle paraît statistiquement protectrice des cautions personnes physiques (les ménages vivant davantage grâce à leurs revenus qu'à leur capital, ne pas tenir compte de l'étalement de la dette permettra de retenir la disproportion plus fréquemment), mais cette protection accrue n'est-elle pas une victoire à la Pyrrhus ? En effet, un excès de protection des garants porte en son sein un risque d'assèchement du crédit. En l'occurrence, les prêteurs seront tentés de privilégier les débiteurs pouvant proposer une caution pourvue en capital, ce qui renforcera les positions acquises ou amènera les débiteurs à solliciter à un âge avancé leurs parents, est-ce économiquement souhaitable ? Il aurait sans doute été préférable de ne pas trancher la question de façon aussi manichéenne mais de mixer les éléments : la prise en compte principale du montant de l'engagement, en la nuanciant au regard des possibilités d'étalement en mensualités (sans retenir celles du prêt car la position de la caution étant différente, elle n'obtiendra sans doute pas les mêmes conditions que le débiteur, d'autant que le marché peut avoir évolué entre l'octroi du crédit à l'emprunteur et le jour où la caution est appelée).

15. Reste à se demander s'il est possible d'aménager le cautionnement pour contourner la position retenue. Dans son engagement, la caution peut-elle convenir qu'elle sera tenue selon les modalités du prêt garanti (ce qui permettrait par conséquent de se fier au taux d'endettement afférent aux revenus). Au regard du mécanisme même du cautionnement, une telle stipulation n'aurait rien de choquant, puisqu'elle se contenterait d'accentuer le caractère accessoire de l'engagement en renforçant le décalque. La question est bien plus épineuse au regard du dispositif protecteur de la personne physique abrité dans le Code de la consommation. Même si l'interprétation de la lettre du texte retenue par la Cour de cassation peut être discutée, il s'agit d'une protection d'ordre public, il paraît donc, au premier abord, antinomique d'aménager ses conditions d'application. Toutefois, l'objectif du dispositif est que le créancier adapte ses exigences à la situation de la caution afin de ne pas faire peser sur elle une charge inacceptable. Or, une telle clause ne semble pas compromettre ce but. Aussi, admettre sa validité pourrait tempérer les risques d'assèchement du crédit des familles dépourvues de capital sans porter atteinte à la solution de principe et à son pragmatisme.

¹⁶ Cass. com., 9 oct. 2019, n° [18-16.798](#) et cass. com., 11 mars 2020, n° [18-25.390](#) : JCP G 2020, 436, n° 3, obs. P. SIMLER (considérant comme non déraisonnable une décision de cour d'appel s'écartant de la ligne de la chambre commerciale pour tenir compte du taux d'endettement au regard du montant des mensualités) ; JCP E 2020, 1187, note approb. D. LEGEAIS.

B. Les prêts en cours et les garanties antérieures

16. La mesure des prêts en cours souscrits par la caution ne posera, en général, pas de difficulté d'interprétation : il suffira de tenir compte des montants dus au jour de la conclusion du cautionnement. Si le principe est que le créancier peut s'en tenir à la déclaration effectuée par la caution, il ne peut ignorer des prêts non mentionnés et qu'il a lui-même consentis¹⁷.

Une seule hésitation demeure car la question n'a, pour l'instant, pas été directement évoquée devant les juridictions : celle de la prise en compte des dettes nées du chef du conjoint en régime de communauté. La comptabilisation de l'intégralité de l'actif de communauté devrait imposer, par parallélisme, de tenir compte de ces dettes lorsqu'elles engagent les biens communs¹⁸.

17. La comptabilisation des cautionnements déjà octroyés suscite davantage d'interrogations. Toutefois, elle ne peut être occultée car si la question de la multiplication des cautionnements consentis par une personne physique peut paraître marginale, en réalité elle correspond à des hypothèses qui ne sont pas anecdotiques : parents qui entendent offrir le même soutien à tous leurs enfants, dirigeants de sociétés auxquels il a été conseillé de structurer leur activité en distinguant notamment le patrimoine immobilier et en créant des SCI et diverses sociétés commerciales qui peuvent avoir toutes besoin de garants, dirigeant acculé se portant caution au profit de tous les créanciers de sa société etc... Aussi, il n'est pas inutile de traiter ce point. Or, il est délicat : les cautionnements antérieurement donnés présentent une particularité : il n'est pas certain qu'ils seront appelés. La Cour de cassation n'a pas été sensible à cette caractéristique et sa position est compréhensible, car il ne s'agit pas de dettes simplement « éventuelles » comme le soutenait un des créanciers, mais de véritables engagements¹⁹. Toutefois, reste à déterminer pour quel montant ces engagements doivent être considérés : la totalité du montant restant dû ou simplement un pourcentage de celui-ci pour tenir compte de l'incertitude planant sur l'appel de la caution²⁰ ? La seconde proposition serait la plus cohérente, mais présente un fort risque d'insécurité en raison de la marge d'appréciation qu'elle comporte. La prudence invite à l'écartier et à retenir l'implication maximale. Ainsi, le cautionnement donné par une personne physique se trouve à nouveau affaibli, et cela pourra entraîner des difficultés : le père ou la mère ayant cautionné le prêt finançant les études de l'aîné risquent d'être refusés pour les suivants, asséchant les possibilités de financement de leurs puînés. Il est vrai, néanmoins, que l'hypothèse la plus courante (qui est d'ailleurs une de celles ayant amené la Cour de cassation à énoncer le principe de la prise en compte des engagements de garantie²¹) est celle du chef d'entreprise qui multiplie les cautionnements pour garantir celle-ci. Or, ici, l'unicité du débiteur et l'accumulation des prêts accroissent le risque et invitent à comptabiliser l'intégralité des montants de l'engagement de la caution dans l'évaluation de son endettement. Par conséquent, offrant une réponse opportune à la part la plus fréquente des hypothèses concernées, la prise en compte totale du montant des engagements doit être admise comme la moins mauvaise des solutions de principe.

¹⁷ Cass. com., 8 janv. 2020, n° [18-19.528](#) : note critique, D. HOUTCIEFF, « [De la subjectivation de la proportionnalité du cautionnement](#) », *Rev. Sociétés* 2020, p. 293 ; *JCP G* 2020, 436, n° 2, obs. P. SIMLER.

¹⁸ V. soulevant cette intéressante question et la résolvant en ce sens, M. NICOLLE, « [Retour sur la proportionnalité du cautionnement souscrit par un époux marié sous le régime légal](#) », *D.* 2019, p. 498.

¹⁹ Selon la même analyse, il est classiquement admis que l'existence d'un cautionnement au moment où est réalisée une donation permet la mise en œuvre de l'action paulienne à l'encontre de la libéralité, même si la caution n'est appelée que postérieurement à la gratification.

²⁰ La question ne nous semble pas résolue par la Cour de cassation qui évoque l'endettement de la caution « *résultant d'engagements de caution* ». Or « *résulter* » n'est pas « *constituer* » ; l'endettement s'il est alimenté par les engagements de caution pourrait ne pas l'être pour leur montant total. L'utilisation de ce verbe pourrait permettre de soutenir, par exemple, qu'il est possible de ne tenir compte que d'une partie de ce montant pour un parent cautionnant plusieurs de ses enfants dans des branches différentes, car il y a alors une vraie division des risques.

²¹ Cass. com., 9 avr. 2013, n° [12-17.891](#).

III. LES AUTRES TYPES DE CONTRÔLES DE PROPORTIONNALITÉ

Cela n'empêche pas d'ouvrir la réflexion sur l'introduction d'un aménagement pour l'hypothèse d'une pluralité de cautionnement au profit de débiteurs personnes physiques distinctes. Dans cette situation, il pourrait être admis une minoration du montant total établi par la stricte addition des divers engagements car il existe une véritable division des risques.

18. Une dernière hypothèse, plus particulière, doit être évoquée : l'annulation, postérieure à l'engagement de caution, de garanties antérieurement accordées par la caution. En application d'un raisonnement juridique parfaitement orthodoxe, la chambre commerciale de la Cour de cassation a considéré que l'annulation entraînant un anéantissement rétroactif, les engagements sont censés n'avoir jamais existé et ne peuvent donc pas être pris en considération dans l'identification de la disproportion²². Cette solution nous paraît contraire à l'objectif du texte qui est de moraliser le comportement du créancier. Or, au jour de l'obtention de la garantie, économiquement ces engagements existent et il est donc nécessaire d'imposer leur prise en compte. Les occulter favorise des créanciers peu scrupuleux mais chanceux.

19. La comparaison exigée par le législateur paraissait simple, « *engagement* » versus « *biens et revenus* ». Or, les précisions nécessaires à sa mise en œuvre ont suscité un contentieux fourni. Alors, faut-il réécrire ces dispositions pour améliorer leur lisibilité et intégrer les apports jurisprudentiels ? La réponse est... négative car trente ans après l'introduction du premier de ces textes, le travail d'interprétation a abouti à des solutions dans l'ensemble cohérentes. Revenir aujourd'hui sur cette formulation pourrait rouvrir la boîte de Pandore.

²² Cass. com., 21 nov. 2018, n° [16-25.128](#) : *BJS*, févr. 2019, n° 119m1, obs. M. SÉJEAN ; *Gaz. Pal.*, 2 avr. 2019, n° 345u5, obs. S. PIÉDELÈVRE ; M. BOURASSIN, « [Vices de forme, disproportion, fraude, défaut d'information : le cumul de moyens de défense n'assure pas la libération de la caution !](#) », *Gaz. Pal.*, 19 févr. 2019, n° 342f1, p. 64 ; *Gaz. Pal.*, 19 févr. 2019, n° 342a2, p. 24, obs. M-P. DUMONT-LEFRAND notant que le créancier qui sauve sa garantie est bien « *fautif* » ; *RDC* 2019, n° 115v4, p. 61, note (critique sur le fondement et approbative sur le résultat favorisant la sécurité du cautionnement) D. HOUTCIEFF ; *JCP G* 2019, 470, n° 7, obs. P. SIMLER ; *JCP E* 2019, 1007, note D. LEGAIS s'interrogeant en général sur l'opportunité de la solution et sur son pragmatisme en présence d'une instance en annulation en cours ; *Banque et droit* 2019, p. 79, note approb. F. JACOB ; *RTD civ.* 2019, p. 2, obs. approb. P. CROCC.

TABLEAU RÉCAPITULATIF DES ÉLÉMENTS À COMPARER POUR ÉTABLIR LA DISPROPORTION

	ACTIF	PASSIF
Solutions acquises	<ul style="list-style-type: none"> • Intégralité des biens et revenus existants (y compris les biens insaisissables et les participations dans les structures cautionnées) • Distinction selon le régime matrimonial : tout le patrimoine personnel en régime séparatiste ; le patrimoine propre et l'intégralité de la communauté en régime communautaire • Exclusion des revenus escomptés de l'opération garantie 	<ul style="list-style-type: none"> • Intégralité du montant l'engagement • Prêts en cours et engagements antérieurs • Exclusion des engagements annulés postérieurement à l'octroi du cautionnement
Questions en suspens		<ul style="list-style-type: none"> • Chiffrage des cautionnements omnibus <i>Suggestion</i> : retenir un plafond élevé en raison de son caractère dissuasif • En régime communautaire, dettes nées du chef du conjoint et engageant la communauté <i>Suggestion</i> : prise en compte par parallélisme avec la prise en compte intégrale de l'actif commun
Pistes de réflexion		<ul style="list-style-type: none"> • Prise en compte des clauses calquant l'engagement sur les modalités de l'obligation garantie • Modulation de la prise en compte des cautionnements antérieurs constitués au profit de personnes physiques distinctes <i>Justification identique</i> : favoriser le crédit des actifs dépourvus de capitaux • Inclusion des engagements annulés <i>Justification</i> : servir l'objectif de moralisation du comportement des créanciers

LE CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ DES SANCTIONS EN MATIÈRE CONTRACTUELLE

Par

Gwendoline LARDEUX

Agrégée des Facultés de Droit

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

1. L'exigence de proportionnalité des sanctions s'impose indubitablement : en droit pénal au regard de la gravité de l'infraction commise ; en matière délictuelle, en fonction du préjudice subi par la victime ; en droit des contrats, compte tenu du manquement du débiteur et de ses conséquences pour le créancier. Cette évidence découle de l'idée même de justice qui implique mesure et équilibre. Le terme de proportionnalité pourrait même être considéré comme un des synonymes de celui de Droit et nul besoin de la Convention européenne des droits de l'Homme pour l'admettre.

C'est ce qui explique au demeurant que les sanctions en matière contractuelle ne pouvaient être que judiciaires dans le Code civil de 1804, ce qu'affirmait l'article 1184 ancien¹. L'objectif était d'éviter que, quoique défaillant, le débiteur ne soit sacrifié sur l'autel des seuls intérêts du créancier ce que peut faire craindre le recours à la justice privée.

2. On sait pourtant que l'un des traits saillants de la réforme adoptée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 a été de consacrer l'unilatéralisme dans le droit des sanctions de l'inexécution contractuelle : remplacement (C. civ., art. 1222), réduction du prix (C. civ., art. 1223), résolution (C. civ., art. 1226), etc. sont autant de mesures qui peuvent être mises en œuvre par le seul créancier sans devoir, préalablement, y être autorisé par un juge². La préoccupation de tenir compte des intérêts du débiteur n'a pas pour autant été abandonnée, à l'inverse. Ainsi, le remplacement unilatéral – cette faculté donnée au créancier de faire exécuter par un tiers les obligations délaissées par son débiteur – est-il conditionné à son « *coût raisonnable* » (C. civ., art. 1222 al. 1^{er}). Proportionner la riposte du créancier au manquement du débiteur participe de cette philosophie d'un droit équilibré des sanctions en matière contractuelle. Cet impératif est alors partagé par nombre de mesures qu'il est possible au créancier de mettre en œuvre lui-même ou de demander au juge à la suite de l'inexécution du contrat, mesures prévues aux articles 1217 et suivants du Code civil, issus de la réforme initiée par l'ordonnance précitée : ainsi de l'exception d'inexécution (C. civ., art. 1219 et 1220), de la réduction du prix (C. civ., art. 1223) et de la résolution judiciaire ou unilatérale du contrat (C. civ., art. 1224). Dans chacune de ces hypothèses, le juge doit veiller au respect de cette condition cardinale de la licéité des sanctions en matière contractuelle.

Le plus étonnant serait alors que ce contrôle connaisse des exceptions : ainsi de la clause résolutoire qui échappe à toute exigence de proportionnalité (C. civ., art. 1124 et 1225) ou de l'exécution forcée et de la clause pénale auxquelles il est seulement demandé de n'être pas manifestement disproportionnée (C. civ., art. 1221) ou excessive (C. civ., art. 1231-5 al. 2).

¹ « Le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances. »

² À l'inverse, la nullité du contrat ne peut toujours pas être prononcée par une seule partie : elle doit l'être par le juge ou constatée « *d'un commun accord* » (C. civ., art. 1178).

3. Quels sont dès lors les critères retenus par la loi pour distinguer les hypothèses dans lesquelles le contrôle de proportionnalité doit être exercé pleinement par les juges de celles où il est très édulcoré voire écarté ? La liste à la Prévert des sanctions égrenées dans Code civil ne fait pas apparaître de ligne directrice claire de la part du législateur, pas plus que les commentaires de l'ordonnance du 10 février 2016, objet du rapport remis au Président de la République (« le Rapport »)³. Il faut dire que les mesures ainsi énumérées se caractérisent par leur grande diversité. Diversité de leur source tout d'abord, judiciaire, unilatérale ou conventionnelle. Diversité de leur nature ensuite, chacune ne poursuivant pas le même objectif. Si, en effet, le Code civil qualifie uniformément de sanctions toutes les mesures qu'il est possible de prendre à la suite de l'inexécution, totale ou partielle, de ses obligations par une partie (C. civ., art. 1217 al. 2), il convient pourtant d'en distinguer deux catégories : d'une part, les mesures qui visent seulement à prendre acte de l'inexécution du contrat, ainsi de la résolution de celui-ci ou de l'octroi de dommages-intérêts au créancier ; d'autre part, celles qui tentent d'y remédier en permettant à ce dernier d'obtenir l'exécution des obligations promises, ainsi de l'exécution forcée ou du remplacement⁴. Cette classification a néanmoins ses limites puisque nombre d'autres mécanismes poursuivent ces deux objectifs et ont donc une nature hybride, tels l'exception d'inexécution ou les clauses résolutoires et les clauses pénales : dans un premier temps en effet, ces dispositifs ont pour objet d'inciter le cocontractant à exécuter ses obligations puis, en cas d'échec, de mettre fin au contrat et, éventuellement, de sanctionner le débiteur défaillant ; il en est de même de la réduction du prix en cas d'exécution partielle du contrat qui est à la fois sanction et remède. Quel aspect de cette double nature doit alors l'emporter ? Quelles conséquences sur la portée du contrôle de proportionnalité que le juge sera éventuellement amené à exercer ?

4. Il apparaît néanmoins que cette hétérogénéité des sanctions ainsi que les variations du contrôle de proportionnalité qu'elle entraîne, est innervée par un seul et même principe qui n'est autre que le principe cardinal du droit des contrats : le respect de leur force obligatoire par le juge et les parties (C. civ., art. 1103). C'est donc à travers ce prisme qu'il faut appréhender le contrôle de proportionnalité (I) et ses inflexions (II).

I – Force obligatoire du contrat et principe du contrôle de proportionnalité

5. Tant la sanction par excellence de l'inexécution du contrat, à savoir sa résolution (A), que certains de ses remèdes (B) sont soumis au contrôle de proportionnalité au nom du respect du contrat.

A. Proportionnalité et résolution du contrat

6. La résolution du contrat pour inexécution ne peut être prononcée qu'« en cas d'inexécution suffisamment grave » (C. civ., art. 1224) ce que le juge doit apprécier au regard de toutes les circonstances d'espèce (C. civ., art. 1228), englobant la gravité du manquement et celle de ses conséquences pour le créancier. Si la réforme de 2016 a formulé cette condition, absente de l'ancien

³ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO 11 févr. 2016, [texte 25](#).

⁴ Le projet d'ordonnance retenait ainsi exclusivement le terme de « remèdes », en lieu et place de celui de « sanctions », ce qui pouvait ne pas être sans conséquence sur l'évaluation des dommages et intérêts : N. DISSAUX, Ch. JAMIN, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Dalloz, 2015, p. 122. Inspiré de la *common law*, ce terme est jugé trop restrictif par la doctrine, faisant valoir qu'il ne convient « que lorsqu'une guérison apparaît possible » : M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, 1 – Contrat et engagement unilatéral, PUF, 5^{ème} éd., 2019, n° 979. C'est bien en ce sens que nous le retenons dans ces développements. À noter que les notions de sanctions et de remèdes ne sont pas toujours distinguées en doctrine : ainsi, pour une utilisation indifférenciée des deux termes, Ph. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE, *Droit des obligations*, LexisNexis, 15^{ème} éd., 2019, n° 554 s.

III. LES AUTRES TYPES DE CONTRÔLES DE PROPORTIONNALITÉ

article 1184 du Code civil, la modification du droit positif n'est que formelle, la jurisprudence antérieure étant déjà en ce sens⁵.

Ce contrôle judiciaire de proportionnalité est exercé de la même manière et selon les mêmes critères, qu'il intervienne avant ou après la résolution, c'est-à-dire que la résolution soit prononcée par le juge ou constatée par lui à la suite de la résolution unilatérale du contrat par le créancier. Celle-ci peut en effet faire l'objet d'un contrôle judiciaire *a posteriori* en cas de contestation de son bien-fondé par le débiteur (C. civ., art. 1226 al. 4), contrôle que le juge n'a alors aucune raison de soumettre à une appréciation différente⁶. Son intervention n'est en effet que différée et non modifiée.

7. Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge est, en cette matière, un contrôle d'équivalence, c'est-à-dire qu'il doit vérifier la concordance entre ce qui est reproché au débiteur et la sanction de la résolution qui est elle-même grave puisqu'irréversible. Il s'agit en effet de prononcer l'échec définitif du contrat. C'est en cela que la condition de proportionnalité est un aspect du respect de la force obligatoire du contrat par le juge, ce que l'article 1228 du Code civil souligne également : selon ce texte, le juge n'est jamais tenu de prononcer ou de constater la résolution et peut préférer « *ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur, ou allouer seulement des dommages et intérêts* »⁷. La résolution ne peut donc être adoptée que si aucune autre solution n'est envisageable.

Ce n'est dès lors sans doute pas un hasard qu'elle soit réglementée dans la sous-section 4 de la section consacrée à l'inexécution du contrat, c'est-à-dire après les autres mesures qui sont autant de remèdes ayant pour objet, à l'inverse, d'assurer l'exécution des obligations⁸.

B. Proportionnalité et remèdes à l'inexécution du contrat

8. Certains remèdes prévus par le Code civil – l'exception d'inexécution (art. 1219 et 1220) et la réduction du prix (art. 1223) – sont soumis à l'exigence de proportionnalité entendue comme rapport d'équivalence.

9. Les articles 1219 et 1220 du Code civil tout d'abord prévoient que l'**exception d'inexécution** ne peut être mise en œuvre que si l'inexécution ou ses conséquences sont suffisamment graves⁹. Ce sont les mêmes termes que ceux employés à propos de la résolution, parallèle dont on peut regretter

⁵ Com., 27 mai 1981, n° [80-10.696](#), Bull. civ. IV, n° 252. Civ. 1^{ère}, 4 janv. 1995, n° [92-17.858](#), Bull. civ. I, n° 14 ; D. 1995, 405, Y. DAGORNE-LABBÉ. Com., 2 juill. 1996, n° [93-14.130](#), Bull. civ. IV, n° 198 : « *en réservant la résolution d'un contrat synallagmatique aux seuls cas d'inexécution totale par l'une des parties de ses obligations, alors qu'une telle résolution peut être prononcée par le juge en cas d'inexécution partielle dès lors qu'elle porte sur une obligation déterminante de la conclusion du contrat, la cour d'appel, qui a méconnu l'étendue de ses pouvoirs, a violé [l'article 1184 du Code civil] par refus d'application* ». Civ. 3^{ème}, 22 mai 2013, n° [12-16.217](#), inédit ; RDC 2014. 22, Y.-M. LAITHIER ; JCP G 2013. 11, 974, P. GROSSER.

⁶ De nombreux arrêts en témoignent : Civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, n° [96-21.485](#), Bull. civ. I, n° 300. 9 juill. 2002, n° [99-21.350](#), Bull. civ. I, n° 187 ; JCP E 2003. 629, C. LACHÈZE. Com., 30 juin 2009, n° [08-14.944](#), inédit ; JCP G 2009. I. 273, n° 33, P. GROSSER. Civ. 1^{ère}, 24 sept. 2009, n° [08-14.524](#), inédit ; RDC 2010. 690, C. PELLETIER. Com., 6 déc. 2016, n° [15-12.981](#), inédit. Civ. 3^{ème}, 15 sept. 2015, n° [13-24.726](#) et n° [13-25.229](#), inédit. 8 févr. 2018, n° [16-24.641](#), Bull. civ. III, n° 16.

⁷ Sauf à ce que la loi prévienne expressément la possibilité de demander la résolution judiciaire du contrat face à un manquement précis : ainsi aux articles 1638 et 1654 en matière de vente ou à l'article 1729 en matière de bail. Il est vrai que, dans ces textes, le manquement retenu est, à chaque fois, particulièrement grave : ainsi du non-paiement du prix de vente ou du non-respect de la destination conventionnelle du bien loué. Pour des cas prédéterminés de résolution unilatérale, v. les articles [1657 du Code civil](#) et [L. 113-3 du Code des assurances](#).

⁸ La sous-section 1 est consacrée à l'exception d'inexécution, la sous-section 2 à l'exécution forcée en nature et la sous-section 3 à la réduction du prix.

⁹ La première expression est celle de l'article 1219 du Code civil, la seconde de l'article 1220 relatif à l'exception d'inexécution anticipée. Sur l'absence de portée de cette différence de rédaction, V. O. DESHAYES, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, V° « [Exception d'inexécution](#) », n° 111.

la maladresse dans la mesure où l'exception d'inexécution peut jouer en principe quelle que soit la gravité de l'inexécution première : il suffit juste que la riposte du créancier soit proportionnée au manquement reproché au débiteur¹⁰. C'est pour cette raison que le manquement doit être « *suffisamment grave* » pour justifier la résolution car il s'agit d'une solution radicale et définitive ; en revanche, pour l'exception d'inexécution, il suffit qu'il existe un rapport de proportion avec l'inexécution corollaire. L'identité des formulations des articles 1219 et 1224 du Code civil semble dès lors s'expliquer par le fait que le législateur n'a envisagé pour toute riposte du créancier que l'inexécution totale de son obligation réciproque¹¹. À sa décharge, on peut souligner que les textes du Code civil qui consacrent ponctuellement l'exception d'inexécution en droit des contrats spéciaux font tous référence à l'hypothèse de l'inexécution totale de son obligation principale par le débiteur qui justifie le même comportement de la part du créancier¹².

Si l'on se tourne vers le Rapport, on comprend néanmoins qu'à travers cette condition de l'inexécution suffisamment grave, il s'agit d'affirmer que « *cette exception (...) ne peut être opposée comme moyen de pression sur le débiteur que de façon proportionnée* ». Telle était au demeurant déjà la position de la jurisprudence dominante avant la réforme qui statuait soit en termes de gravité suffisante du manquement soit en termes de proportionnalité¹³. C'est pourquoi nous pensons qu'une application strictement littérale de l'article ne s'impose pas et que les juges pourront décider que la condition de gravité de l'inexécution première doit être appréciée par rapport à la riposte du créancier et non de manière absolue, interprétant la condition de l'article 1219 du Code civil comme l'exigence de mesure dans la mise en œuvre de ce mode de justice privée.

10. Imposer le respect du principe de proportionnalité en cette hypothèse n'avait pourtant *a priori* rien d'évident dans la mesure où l'exception d'inexécution est avant tout un moyen de pression exercé contre le débiteur afin qu'il exécute ses obligations. Il s'agit donc en premier lieu d'un remède à l'inexécution et non d'une sanction ce que son caractère temporaire souligne. Fondé sur le respect de la force obligatoire des conventions, il devrait pouvoir être mis en œuvre de manière disproportionnée puisqu'alors son efficacité s'en trouverait renforcée. Certains auteurs ont alors mis en avant la fonction de garantie de cette mesure de rétorsion afin de justifier qu'elle soit soumise au principe de proportionnalité¹⁴.

¹⁰ Pour une vive critique de cette formulation, G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2018, n° 629.

¹¹ « *Une partie peut refuser d'exécuter son obligation (...) si l'autre n'exécute pas la sienne (...)* » (nous soulignons) : le législateur n'a apparemment envisagé que l'hypothèse de l'inexécution totale de son obligation principale par chaque cocontractant.

¹² Ainsi, l'article 1612 prévoit que le non-paiement du prix par l'acheteur justifie le refus du vendeur de délivrer le bien ; l'article 1653 que le risque d'éviction encouru de l'acheteur justifie qu'il suspende le paiement du prix ; l'article 1704 que, si un des coéchangistes n'est pas propriétaire du bien, l'autre n'est pas tenu de délivrer le bien promis ; l'article 1799-1 al. 3 qu'en l'absence de garantie fournie par le maître d'ouvrage et de paiement des travaux exécutés, l'entrepreneur « *peut surseoir à l'exécution du contrat* ». Il est vrai que, le législateur fixant ces règles sans le support d'aucune circonstance d'espèce, seule l'hypothèse la plus grave d'inexécution peut justifier, *a priori* et *in abstracto*, la suspension de l'exécution de son obligation réciproque par le créancier.

¹³ Civ. 1^{ère}, 18 juill. 1995, n° [93-16.338](#), Bull. civ. I, n° 322 ; *RTD civ.* 1996, 395, J. MESTRE. 19 oct. 1999, n° [97-17.762](#), inédit. Civ. 3^{ème}, 3 juin 2004, n° [02-19.263](#), inédit. Com., 29 janv. 2013, n° [11-28.576](#) et n° [11-28.979](#), inédit. Civ. 3^{ème}, 26 nov. 2015, n° [14-24.210](#), inédit. Civ. 1^{ère}, 12 mai 2016, n° [15-20.834](#), inédit ; *RDC* 2016. 654, O. DESHAYES ; *D.* 2017, 375, M. MEKKI.

¹⁴ O. DESHAYES, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, V° « [Exception d'inexécution](#) », n° 20 : « (...) *en évitant à l'excipiens de s'exécuter "à découvert", l'exception d'inexécution le garantirait contre le risque de se départir d'une valeur ou d'engager des frais sans recevoir de contrepartie* ». Évoquant ces deux fonctions de l'exception d'inexécution, Ph. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE, *Droit des obligations*, préc., n° 560. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2018, n° 873. L'admission de l'exception d'inexécution anticipée à l'article 1220 du Code civil a renforcé cet aspect de garantie.

III. LES AUTRES TYPES DE CONTRÔLES DE PROPORTIONNALITÉ

Cette seconde analyse pouvait ne pas convaincre cependant ce que le régime du droit de rétention met en lumière (C. civ., art. 2286). Fondé sur le mécanisme de l'exception d'inexécution¹⁵, sa nature de garantie de paiement n'est pas jugée incompatible avec le fait que sa mise en œuvre ne soit soumise à aucune exigence de proportionnalité ni même à celle de l'absence de disproportion manifeste. À l'inverse, c'est parce que ce droit est une garantie de paiement qu'il est considéré comme indivisible, pouvant être mis en œuvre quelle que soit la disproportion qui existe entre le montant de la créance due et la valeur du bien retenu : un paiement partiel, même un paiement quasi-total, ne sauraient contraindre le créancier à restituer le bien puisqu'il a droit à être entièrement désintéressé au titre de la force obligatoire de la convention (ainsi, C. civ., art. 1948 en matière de contrat de dépôt)¹⁶. Sa mise en œuvre unilatérale ne remet pas non plus en cause cette analyse.

11. Est-ce néanmoins le caractère unilatéral de l'exception d'inexécution qui expliquerait sa soumission au principe de proportionnalité ? C'est en effet ce qui la distingue de l'exécution forcée en nature de l'article 1221 du Code civil qui doit être demandée en justice et qui n'est pas soumise au contrôle d'équivalence¹⁷. Pourtant, comme nous l'avons vu en matière de résolution, le caractère judiciaire ou unilatéral d'une mesure n'a pas à modifier son régime et notamment la portée du contrôle de proportionnalité auquel elle est soumise puisque, dans les deux hypothèses, le juge est appelé à intervenir – soit en amont, soit en aval – tandis qu'on ne voit pas en quoi le moment auquel il opère son contrôle pourrait influencer sur la portée de celui-ci¹⁸. Comment expliquer dès lors, non seulement le choix du législateur mais surtout la constance de la jurisprudence qui exige que la riposte du créancier soit proportionnée au manquement du débiteur ?

Le fondement se trouve, une nouvelle fois, dans la force obligatoire de la convention qui, si elle justifie la mise en œuvre de l'exception d'inexécution par le créancier, s'impose également à lui. Or, lorsqu'il a recours à ce moyen de pression, il s'affranchit également de ses propres obligations en suspendant l'exécution : il est alors logique qu'il ne soit autorisé à le faire que dans la stricte mesure où son débiteur est lui-même défaillant. Le respect du contrat, et plus précisément de l'équilibre des droits et obligations contractuels souhaité par les parties, le commande.

12. L'explication est la même pour la **réduction unilatérale et proportionnelle du prix** « *en cas d'exécution imparfaite* » de ses obligations par le débiteur (C. civ., art. 1223). À partir du moment où ce dernier a respecté ses engagements dans une certaine mesure – quantitative ou qualitative – le créancier est autorisé à se libérer de son obligation de payer le prix dans la même proportion¹⁹ : le principe de la force obligatoire des conventions explique et justifie que l'équilibre initial du contrat doive être respecté par le créancier²⁰. En cette hypothèse, la réduction du prix est au demeurant à mi-chemin entre la sanction – le prix ne sera pas intégralement payé puisque les obligations ne l'ont été qu'imparfaitement, il s'agit donc d'une résolution partielle du contrat, logiquement soumise à la même condition de proportionnalité que la résolution totale – et le remède – le contrat sera

¹⁵ W. DROSS, « [L'exception d'inexécution : essai de généralisation](#) », *RTD civ.* 2014, 1 : l'auteur considère que le droit de rétention n'est qu'une « *figure particulière* » de l'exception d'inexécution. Il propose alors de « *reconstruire leur unité perdue* » ce qui implique notamment de soumettre le droit de rétention à l'exigence de proportionnalité (spéc., n° 20).

¹⁶ On peut douter au demeurant de la conformité d'un tel régime avec le droit européen des droits de l'Homme qui sanctionne toute atteinte manifestement disproportionnée aux biens (art. 1^{er} du Protocole additionnel n° 1 à la Convention).

¹⁷ V. *infra*, n° 15 s.

¹⁸ V. *supra*, n° 6.

¹⁹ Étant précisé qu'il n'y a aucune raison de limiter cette règle au prix sous forme d'argent. Un prix peut être également constitué par un bien ou un service.

²⁰ Ce qui justifie aussi la diminution du montant de la clause pénale « *à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier* » (C. civ., art. 1231-5 al. 3) : cas, rare, de réfaction judiciaire du contrat admis par le Code civil dès 1804, justement parce qu'il est fondé sur le respect des termes initiaux du contrat (pour une application, Civ. 3^{ème}, 8 avr. 2010, n° [08-20.525](#), Bull. civ. III, n° 75).

partiellement exécuté, qualité qui explique que cette mesure ne soit pas soumise à la condition de la gravité du manquement. Elle n'était au demeurant pas inconnue du Code civil avant la réforme de 2016 comme l'évoque le Rapport : ainsi, dans le contrat de vente, est-elle au soutien de l'action estimatoire en matière de garantie des vices cachés (C. civ., art. 1644) et de la garantie de contenance pour la vente d'immeuble (C. civ., art. 1616 et s.)²¹. Il convient alors de souligner une nouvelle fois que le fait que ces mesures soient judiciaires et non unilatérales ne modifient pas, comme il se doit, l'exigence de proportionnalité²² ce dont témoigne également l'article 1223 alinéa 2 qui prévoit l'hypothèse où la réduction du prix est opérée par le juge et non par le créancier qui a déjà intégralement payé.

13. Le principe est donc qu'une mesure prise à la suite de l'inexécution de ses obligations par le débiteur, qu'elle prenne acte de l'échec du contrat ou tente d'y remédier, est soumise à l'exigence de proportionnalité qui n'est autre que celle de justice. Il est fait néanmoins parfois exception à ce principe.

II – Force obligatoire du contrat et inflexions du contrôle de proportionnalité

14. Exceptionnellement, le contrôle de proportionnalité est soit très atténué, devenant un contrôle de la disproportion manifeste (A), soit, plus radicalement encore, mis à l'écart (B).

A. Disproportion manifeste et exécution en nature du contrat

15. L'exécution forcée en nature n'a pas à être proportionnée au manquement du débiteur pour être demandée et obtenue par le créancier : il suffit qu'il n'existe pas de « *disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier* » (C. civ., art. 1221).

On sait qu'il s'agit là d'une des plus grandes innovations issues de l'ordonnance de 2016. Auparavant, seule l'impossibilité d'exécution était admise comme limite au droit du créancier d'obtenir de son débiteur qu'il exécute les obligations qu'il avait librement consenties (C. civ., art. 1184 al. 2 ancien). C'est que le droit à l'exécution forcée en nature est une conséquence directe de la force obligatoire des conventions²³. Il ne s'agit donc pas ici de prendre acte de l'inexécution du contrat et de sanctionner le débiteur défaillant mais d'obtenir de lui l'exécution de ses obligations ; en d'autres termes, il ne s'agit pas d'une sanction mais d'un remède. D'où la primauté accordée à l'exécution forcée que le créancier peut toujours demander²⁴. D'où, avant la réforme, l'indifférence du coût de cette mesure sur le droit du créancier de l'obtenir²⁵.

16. Néanmoins, d'autres mesures, dont l'objectif est également de faire respecter la force obligatoire des conventions, sont, pour cette raison même, soumises au contrôle de proportionnalité : ainsi de l'exception d'inexécution et de la réduction du prix²⁶. Pourquoi cette justification devrait-elle alors se retourner contre ce contrôle en matière d'exécution en nature ? C'est que, dans cette hypothèse, le

²¹ On peut citer d'autres exemples : art. 1637 en matière de vente, art. 1722 et art. 1726 en matière de bail.

²² C'est le législateur qui parfois impose une appréciation *a priori* et *in abstracto* de la proportionnalité : ainsi, à l'article 1619 dernier alinéa du Code civil.

²³ Ce droit est par ailleurs affirmé à l'article 1341 du Code civil – « *Le créancier a droit à l'exécution de l'obligation ; il peut y contraindre le débiteur dans les conditions prévues par la loi* » – et à l'article L. 111-1 al. 1^{er} du Code des procédures civiles d'exécution – « *Tout créancier peut, dans les conditions prévues par la loi, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard* ».

²⁴ Ainsi, Civ. 1^{ère}, 16 janv. 2007, n° [06-13.983](#), Bull. civ. I, n° 19 ; D. 2007, p. [1119](#), O. GOUT ; RDC 2007, p. 719, D. MAZEAUD ; *ibid.*, p. 741, G. VINEY.

²⁵ Civ. 3^{ème}, 16 juin 2015, n° [14-14.612](#), inédit ; RTD civ. 2016, p. [107](#), H. BARBIER ; RDC 2015, p. 839, Th. GENICON.

²⁶ V. *supra*, n° 8 s.

III. LES AUTRES TYPES DE CONTRÔLES DE PROPORTIONNALITÉ

créancier ne prétend pas ne pas exécuter sa propre part du contrat : fidèle à ses engagements, il a le droit d'exiger que son débiteur le soit également aux siens. Ainsi, permettre à ce dernier d'en être déchargé au motif de la disproportion manifeste entre le coût de l'exécution en nature et son intérêt pour le créancier porte atteinte au respect dû au contrat et, corollairement, contrevient à l'article 1103 du Code civil.

17. Par conséquent, plus qu'une nouveauté, cette innovation constitue une véritable rupture qui conduit à dissocier le régime de cette mesure de son fondement. Car, puisqu'il s'agit d'obtenir du débiteur simplement qu'il exécute ce à quoi il s'est engagé, l'exigence de proportionnalité, même sous la forme édulcorée d'une disproportion manifeste, n'avait pas sa place²⁷. L'introduction de cette condition obéit à une inspiration utilitariste, typique de la *common law* mais étrangère au droit français des contrats. Si, en effet, d'aucuns ont pu louer le pragmatisme et l'approche économique du droit de l'inexécution contractuelle de cette nouvelle condition, c'est en oubliant qu'en *common law*, la sanction de principe de l'inexécution des contrats est l'octroi de dommages-intérêts²⁸ ce qui conduit logiquement à l'obligation faite au créancier de mitiger son préjudice et à l'alternative laissée au débiteur entre exécuter ses obligations ou, au contraire, s'y soustraire si un marché plus fructueux se présente (le fameux *efficient breach of contract*). À l'inverse, en droit français, la mesure reine est l'exécution forcée des conventions, le principe de leur force obligatoire ayant été posé par les canonistes et non, comme en Angleterre, par des juges devant trancher des litiges entre commerçants²⁹.

C'est ce que le législateur a compris lorsqu'il s'est laissé convaincre par la doctrine du danger que la première version de l'article 1221 du Code civil faisait courir à ce principe. La loi de ratification de l'ordonnance a en effet précisé que seul le débiteur de bonne foi pouvait se prévaloir de l'exception de disproportion manifeste³⁰. Cette condition permet d'éviter que le débiteur ne commette une faute lucrative, en violant délibérément son obligation dans l'espoir que le juge, sensible au coût qu'entraînerait une exécution forcée en nature, refuse de l'ordonner. Pour qu'il puisse se prévaloir de cette limite à l'exécution forcée, le débiteur doit avoir agi loyalement.

Tout risque d'une forte édulcoration, au nom de la proportionnalité, du droit du créancier d'obtenir l'exécution forcée du contrat est-il pour autant écarté ?

18. Certes le caractère d'exception de cette limite est indéniable : il ne s'agit ainsi de refuser l'exécution forcée en nature que si elle entraîne une disproportion manifeste. Il ne s'agit donc pas d'un contrôle de l'équivalence entre le manquement et la mesure demandée. Tout danger que le contrôle des juges se fasse plus exigeant est-il alors exclu ?

Une réponse positive semble s'imposer de prime abord, les critères d'appréciation étant différents d'un texte à l'autre. Ainsi, d'après la lettre de l'article 1221 du Code civil, ni la gravité du manquement ni la constatation d'un préjudice ne sont des conditions dont l'absence pourrait faire obstacle à ce que le créancier obtienne l'exécution forcée, comme c'était au demeurant déjà le cas sous l'empire de la jurisprudence antérieure à la réforme³¹. La différence est donc apparemment

²⁷ À noter pourtant que ce contrôle de la disproportion manifeste devra très certainement être exercé également en matière de remplacement (C. civ., art. 1222) : celui-ci n'étant qu'une modalité d'exécution en nature du contrat, aucune raison ne justifierait qu'il échappe à cette condition, malgré le silence du texte sur ce point.

²⁸ La seule hypothèse où l'exécution en nature est admise comme remède d'*equity* concerne les ventes immobilières, l'immeuble étant le bien non fongible par excellence.

²⁹ Malgré l'expression de *sanctity of contract* utilisée pour désigner ce principe en droit anglais.

³⁰ Conformément aux dispositions du I de l'article 16 de la loi n° [2018-287](#) du 20 avril 2018, cette modification apportée par ladite loi aux dispositions de l'article 1221 a un caractère interprétatif.

³¹ Pour l'indifférence de la gravité du manquement : Civ. 3^{ème}, 11 mai 2005, n° [03-21.136](#), Bull. civ. III, n° 103 ; *RDI* 2005, p. [299](#), Ph. MALINVAUD ; *ibid.* 2006, p. [307](#), O. TOURNAFOND ; *RTD civ.* 2005, p. [596](#), J. MESTRE et B. FAGES ; *JCP G* 2005. II. 10152,

radicale avec la résolution ou l'exception d'inexécution dont le bien-fondé dépend de ces deux conditions.

Néanmoins, les conditions retenues par l'article 1221 ne risquent-elles pas de rejoindre indirectement celles exigées pour ces autres mesures ? Ainsi le peu d'intérêt de l'exécution en nature pour le créancier – critère déterminant pour apprécier la disproportion manifeste au regard de son coût pour le débiteur – pourra être logiquement déduit par les juges du caractère anodin du manquement ainsi que de l'absence de préjudice subi³². Par conséquent, dans la mesure où les critères d'appréciation risquent de devenir convergents en pratique, le seul obstacle à ce que l'exécution forcée ne devienne une sanction comme une autre sera le respect par les juges du caractère manifeste de la disproportion à constater. Il s'agit néanmoins d'une simple différence de degré, faible rempart.

19. Le risque d'un alignement des régimes est d'autant moins improbable que la jurisprudence exige déjà que la réparation ordonnée à la suite de la mauvaise exécution d'un contrat soit calée sur le préjudice subi par le créancier, comme le commande sans surprise le droit de la responsabilité. Ainsi, et pour prendre l'exemple du contentieux le plus délicat, lorsque des créanciers demandent la démolition et la reconstruction de l'immeuble non conforme au titre de la réparation de leur préjudice, cette mesure ne leur est accordée que si elle constitue une sanction proportionnée à la gravité des désordres constatés³³ alors que, sous l'empire du droit antérieur à la réforme de 2016, en plaçant l'exécution forcée du contrat, il était fait droit, inconditionnellement, à leur demande. C'est que, concernant les modalités de réparation du dommage, les juges du fond bénéficient d'une très large marge d'appréciation qui leur était refusée en matière d'exécution forcée du contrat. Mais si demain, la gravité des manquements et le montant du préjudice deviennent des critères d'appréciation de la disproportion manifeste de l'article 1221 du Code civil, ne sera-t-il pas difficile aux juges de résister à la force d'attraction du droit de la réparation³⁴ ?

20. Cette limite hétérodoxe posée au droit du créancier d'obtenir l'exécution forcée du contrat ne pourra dès lors être tenue dans des limites compatibles avec la force obligatoire des conventions que si les juges s'en tiennent à la directive d'interprétation donnée dans le Rapport. Il y est indiqué que cette hypothèse de la disproportion manifeste est « *une déclinaison de l'abus de droit* ». L'ensemble des droits subjectifs étant en principe soumis à l'interdiction de toute mise en œuvre abusive³⁵, il n'est pas surprenant que celui d'obtenir l'exécution en nature du contrat soit également limité pour cette raison, même si le contentieux n'en donne, à ce jour, aucune illustration. Il faudra alors que les juges caractérisent l'intention de nuire du créancier qui renvoie à l'absence de tout intérêt pour celui-ci à faire exécuter le contrat fidèlement. C'est donc lors de l'appréciation de cet intérêt que les

S. BERNHEIM-DESVAUX ; *RDC* 2006, 323, D. MAZEAUD. 22 mai 2013, n° [12-16.217](#), inédit ; préc. Pour l'indifférence de l'absence ou de la faiblesse du préjudice subi par le créancier : Civ. 3^{ème}, 6 mai 1980, n° [78-16.390](#), Bull. civ. III, n° 91. 24 oct. 1990, n° [89-15.142](#), Bull. civ. III, n° 201. Civ. 1^{ère}, 19 juin 2007, n° [05-10.937](#), inédit. Civ. 3^{ème}, 16 juin 2015, n° [14-14.612](#), inédit ; préc. 12 avr. 2018, n° [17-26.906](#), inédit ; *RDI* 2018, p. [398](#), P. MALINVAUD ; *RTD civ.* 2018, p. [900](#), H. BARBIER.

³² O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2018, p. 550.

³³ Civ. 3^{ème}, 21 juin 2018, n° [17-15.897](#), P+B+I ; *RTD civ.* 2018, 900, H. BARBIER ; *ibid.* 923, P. JOURDAIN : rejet de la demande de démolition d'un immeuble non conforme et de reconstruction car il existait d'autres solutions moins onéreuses. La solution est la même en matière de contrat de construction d'une maison individuelle, Civ. 3^{ème}, 15 oct. 2015, n° [14-23.612](#), Bull. civ. III, n° 293 ; *D.* 2015, p. [2423](#), C. DUBOIS ; *RTD civ.* 2016, p. [107](#), H. BARBIER ; *ibid.* p. [140](#), P.-Y. GAUTIER ; *RDI* 2016, p. [27](#), D. TOMASIN ; *D.* 2016, p. [1028](#), n° 3, V. GEORGET ; *ibid.* p. [1779](#), L. NEYRET ; *JCP G* 2016., 51, M. BEHAR-TOUCHAIS : cassation de l'arrêt d'appel car, à la suite de l'annulation du contrat, les juges du fond n'avaient pas recherché « *si la démolition de l'ouvrage, à laquelle s'opposait la société Trecobat, constituait une sanction proportionnée à la gravité des désordres et des non-conformités qui affectaient* ». Dans le même sens, Civ. 3^{ème}, 22 nov. 2018, n° [17-12.537](#), publié au Bulletin.

³⁴ D'autant que la distinction faite en jurisprudence entre l'exécution en nature et la réparation en nature est très controversée ce qui peut aboutir à une fusion du régime de ces deux conséquences possibles de l'inexécution du contrat.

³⁵ À l'exception notable – et justifiée – du droit de défendre sa propriété immobilière contre tout empiétement.

juges respecteront – ou pas – le principe de la force obligatoire des contrats et que cette limite se révélera classique et maîtrisable ou inédite et incontrôlable.

B. Disproportion et sanctions conventionnelles de l'inexécution du contrat

20. Les sanctions conventionnelles échappent en principe à tout contrôle de proportionnalité, quel qu'il soit.

21. Cet affranchissement de l'exigence de proportionnalité est clairement exprimé à propos de la **clause résolutoire** : l'article 1224 du Code civil ne soumet en effet que les résolutions judiciaire et unilatérale à la condition d'une « *inexécution suffisamment grave* » de ses obligations par le débiteur. L'article 1225 le confirme, en précisant en son alinéa 1^{er} que « *la clause résolutoire précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat* ». Celle-ci peut donc être prononcée sur le seul fondement de la clause, même si elle constitue une sanction manifestement disproportionnée par rapport au manquement reproché. Partant, le juge ne peut pas non plus exercer de contrôle de proportionnalité *a posteriori*, devant se contenter de vérifier que les conditions de mise en œuvre de la clause ont été respectées par le créancier³⁶. Ce dernier ne pourra se voir opposer que l'exigence générale de bonne foi dans l'exécution des conventions qui est d'ordre public (C. civ., art. 1104)³⁷, condition nécessaire et suffisante pour que l'automatisme des clauses résolutoires ne favorise pas la rupture lucrative du contrat.

De la même manière, et alors que l'article 1231-5 alinéa 4 du Code civil prévoit qu'est d'ordre public le pouvoir du juge de diminuer la pénalité « *à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier* » (*ibid.*, al. 3), la jurisprudence décide que ce pouvoir judiciaire de révision est écarté lorsque « *les contrats ont expressément déterminé les conséquences de leur inexécution partielle sur le montant de la peine encourue* »³⁸.

S'il est interdit au juge d'ajouter la condition de proportionnalité à laquelle les parties n'ont pas soumis la mise en œuvre de leur clause, c'est évidemment par respect de la volonté des contractants. Si, plus fondamentalement, une telle liberté est laissée aux parties, c'est dû au caractère comminatoire de ces clauses. Elles sont alors au service de la force obligatoire des conventions, en incitant le débiteur à exécuter diligemment ses obligations.

22. C'est pourquoi au demeurant, et de manière plus générale, l'exigence de proportionnalité énoncée dans les textes précités n'a qu'un caractère supplétif. Les parties peuvent convenir d'y échapper car, ce faisant, elles renforcent le caractère contraignant de leur contrat. Ainsi, ne peut-on que conseiller aux contractants d'ériger l'exécution forcée du contrat en sanction conventionnelle afin de pouvoir la soustraire à la limite de la disproportion manifeste si celle-ci devait être interprétée par les juges comme allant au-delà de la simple prohibition de l'abus de droit³⁹.

³⁶ Com., 14 déc. 2004, n° [03-14.380](#), inédit. 10 juill. 2012, n° [11-20.060](#), Bull. civ. IV, n° 150 ; *RTD civ.* 2012, p. [726](#), B. FAGES ; *RDC* 2013, 86, obs. appr. Y.-M. LAITHIER.

³⁷ Civ. 3^{ème}, 6 juin 1984, n° [83-10.946](#), Bull. civ. III, n° 111. 25 nov. 2009, n° [08-21.384](#), Bull. civ. III, n° 262 ; *JCP G* 2010. I. 516, P. GROSSER. Civ. 1^{ère}, 31 janv. 1995, n° [92-20.654](#), Bull. civ. I, n° 57 ; *D.* 1995, p. 389, C. JAMIN ; *RTD civ.* 1995, p. [623](#), J. MESTRE. 16 févr. 1999, n° [96-21.997](#), Bull. civ. I, n° 52 ; *D.* 2000, p. 360, D. MAZEAUD. Civ. 3^{ème}, 4 mars 2009, n° [08-11.090](#), inédit. Com., 15 sept. 2009, n° [08-18.738](#), inédit. Civ. 3^{ème}, 10 nov. 2010, n° [09-15.937](#), Bull. civ. III, n° 199. 8 sept. 2016, n° [13-28.063](#), inédit. 1^{er} févr. 2018, n° [16-28.684](#), inédit.

³⁸ Com., 21 juill. 1980, Bull. civ. IV, n° 309 ; *D.* 1981, 335, F. CHABAS ; *JCP G* 1982, II, 19778, B. BOCCARA ; *RTD civ.* 1981, 399, F. CHABAS. 19 nov. 1991, n° [90-15.465](#), Bull. civ. IV, n° 346 ; *D.* 1993, 56, G. PAISANT.

³⁹ À l'inverse, si son application n'en fait qu'une déclinaison de l'abus de droit, comme le préconise le Rapport, les parties ne pourraient pas s'en affranchir : un système juridique ne peut tolérer des actes anti-sociaux – l'intention de nuire – tandis que le respect de la bonne foi est impératif.

23. Par conséquent, l'exception admise pour la **clause pénale** fait, de prime abord, figure d'anomalie : non seulement, son montant est soumis au pouvoir modérateur du juge en cas de « *pénalité (...) manifestement excessive ou dérisoire* » (C. civ., art. 1231-5 al. 2) mais celui-ci ne peut également être écarté par convention (*ibid.* al. 4). Or, l'origine conventionnelle de cette sanction plaide plutôt pour sa soumission au droit commun de ces clauses : liberté des parties et respect de leur volonté par le juge. Le contrôle de la disproportion manifeste des clauses pénales serait-il alors en contradiction frontale avec les autres dispositions du droit des sanctions en matière contractuelle ?

24. Une réponse négative s'impose. D'une part, et le plus évidemment, lorsqu'est accordé au juge le droit d'élever le montant d'une clause manifestement dérisoire. Il s'agit de l'hypothèse la moins iconoclaste – ainsi que de la moins fréquente – car le contrôle judiciaire est alors au service de la force obligatoire des conventions puisqu'il va permettre de sanctionner réellement l'inexécution du contrat. D'autre part, même lorsqu'il s'agit de revoir à la baisse une clause manifestement excessive, et malgré le caractère comminatoire de celle-ci⁴⁰, le pouvoir judiciaire de réfaction est justifié car le montant exorbitant de la clause pénale lui fait perdre sa justification : mise, en principe, au service de la force obligatoire du contrat, lorsque la somme due par le débiteur en cas d'inexécution est manifestement exagérée, le créancier peut en effet avoir plus intérêt à faire jouer la clause plutôt qu'à obtenir la bonne exécution du contrat. Celle-ci ne sert plus alors la force obligatoire des engagements ce que les excès à l'origine du pouvoir modérateur du juge mettaient en lumière⁴¹ ; elle est donc légitimement corrigée par le juge⁴².

Conclusion.

25. On le constate, au regard du contrôle de proportionnalité, le droit des sanctions en matière contractuelle forme un ensemble cohérent : au-delà de leur diversité, les solutions retenues par le législateur, très souvent à la suite de la jurisprudence, sont au service du même objectif, le respect de la force obligatoire des conventions.

À cela, une seule exception mais elle est de taille : la soumission du droit à l'exécution en nature des obligations à la condition de l'absence de disproportion manifeste. La portée de cette règle est maintenant entre les mains des juges.

⁴⁰ Com., 29 janv. 1991, n° [89-16.446](#), Bull. civ. IV, n° 43. 5 juill. 1994, n° [92-19.106](#), Bull. civ. IV, n° 253 ; *RTD com.* 1995. 182, B. BOULOC. 24 mai 2005, n° [04-12.369](#), inédit. Civ. 3^{ème}, 21 mai 2008, n° [07-12.848](#), Bull. civ. III, n° 94 ; *RTD com.* 2008. 610, D. LEGEAIS. Com., 30 nov. 2010, n° [09-15.980](#), inédit. Civ. 1^{ère}, 26 mai 2011, n° [10-16.512](#), inédit. 1^{er} déc. 2011, n° [10-22.767](#), inédit. Com., 10 mars 2015, n° [13-27.993](#), inédit ; *RTD civ.* 2015, p. [378](#), H. BARBIER. 14 juin 2016, n° [15-12.734](#), publié au Bulletin ; D. 2016, p. [1628](#), D. MAZEAUD. 4 mai 2017, n° [15-19.141](#), Bull. civ. IV, n° 61 ; *RTD civ.* 2017, p. [645](#), H. BARBIER. 5 déc. 2018, n° [17-22.346](#), inédit ; *JCP G* 2019, n° 167, Ch.-E. BUCHER.

⁴¹ On sait en effet que ce sont les clauses pénales stipulées dans les contrats de crédit-bail qui ont provoqué la réaction du législateur, celles-ci prévoyant que le défaut de paiement d'un seul terme entraînait le paiement par le débiteur de la totalité des loyers restant à échoir. La mise en œuvre de la clause pénale était alors nettement plus lucrative pour le crédit-bailleur que l'exécution du contrat.

⁴² Une telle justification vaut également lorsque la clause est une clause d'indemnisation forfaitaire, comme le prévoyait déjà l'article 1152 ancien du Code civil et ce que confirme l'article 1231-5, issu de la réforme de 2016. À noter que des auteurs tirent argument de la malheureuse abrogation de l'ancien article 1226 du Code civil pour considérer que l'article 1231-5 ne fait plus subsister que la conception indemnitaire de la clause pénale, à l'exclusion de sa conception comminatoire : G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, préc., n° 687. On peut en douter : outre que l'argument littéral a ses limites – *quid* de la référence à la « *pénalité (...) manifestement excessive* » ? (nous soulignons) ; si, par ailleurs, le montant de la clause est manifestement excessif, ne présente-t-elle pas inévitablement un caractère comminatoire ? – il est peu contestable qu'en pratique, dans l'esprit des contractants, stipuler une clause pénale doit avant tout permettre d'assurer l'exécution conforme et dans les délais prévus de ses obligations par le débiteur et de punir ce dernier s'il y manque. Ce que l'abondante jurisprudence précitée met en lumière.

PROPRIÉTÉ CONTRE PROPORTIONNALITÉ

Par

Romain BOFFA

Professeur à l'Université Paris-Est Créteil

1. L'intitulé de cette étude évoque une confrontation entre la propriété et la proportionnalité. Il faut à titre liminaire s'expliquer sur le choix d'une telle approche conflictuelle¹. Par les lignes qui suivent, il ne s'agit pas d'envisager par le menu les atteintes dont la propriété est susceptible de faire l'objet, et pour lesquelles un contrôle de proportionnalité est parfois mis en œuvre : nationalisations, réquisitions, expropriations, plafonnement des loyers, contraintes urbanistiques², environnementales, fiscales... Dans toutes ces situations, le contrôle de proportionnalité vient au soutien du droit de propriété puisqu'il s'agit de prétendre que telle ou telle limitation ou privation de la propriété constitue une atteinte disproportionnée à ce droit fondamental³. Il s'agit alors de mettre en balance d'un côté le droit de propriété, et de l'autre la nécessité de la mesure attentatoire au droit de propriété⁴. Tout ceci est assez classique. Surtout, le droit de propriété ne présente pas de réelle spécificité par rapport aux autres droits subjectifs, puisque la question de la proportionnalité d'une mesure par rapport à un droit fondamental se pose dans des termes similaires pour la vie privée, la liberté d'aller et venir ou le droit de grève.

2. Toute autre est la situation dans laquelle le contrôle de proportionnalité vient se dresser comme un adversaire de la propriété. Dans cette hypothèse, il ne s'agit plus de mesurer la restriction au droit de propriété, mais l'atteinte créée par le droit de propriété à un autre droit fondamental. Le droit de propriété est alors mis en balance avec un autre droit avec lequel il entre en conflit. Le contrôle de proportionnalité est ici utilisé devant le juge pour neutraliser la sanction de l'atteinte au droit de propriété. Tel artiste, bien qu'ayant délibérément violé le droit d'auteur d'un créateur, invoquera sa liberté de création artistique pour échapper à la contrefaçon, sanction de la propriété intellectuelle. Tel occupant, bien que s'étant installé illicitement sur un terrain qui ne lui appartenait pas, invoquera la violation de son droit au respect du domicile causé par l'expulsion. Dans toutes ces situations, la propriété et la proportionnalité entrent en conflit.

3. Ce conflit est d'autant plus prégnant que la propriété est par nature un droit exclusif⁵. Le propriétaire dispose d'un monopole qui l'autorise à interdire à quiconque de venir s'accaparer les utilités de son bien. Dès lors, la sanction du droit de propriété est radicale, puisqu'elle consiste à permettre au propriétaire de recouvrer la plénitude de ses droits : contrefaçon, expulsion, démolition d'un ouvrage... La sanction de la propriété, ce n'est pas la réparation d'un préjudice, mais l'atteinte à un monopole, de sorte que l'importance du préjudice éprouvé n'a pas à entrer en ligne

¹ V. sur les différentes formes que prend le contrôle de proportionnalité, F. ROUVIÈRE, « Les différentes formes du contrôle de proportionnalité », in *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, PUAM, 2018, p. 75 s.

² V. pour l'exigence de proportionnalité requise avant de démolir des constructions édifiées contrairement aux règles urbanistiques, Cass. 3^e civ., 16 janv. 2020, n° [19-13.645](#) ; 16 janv. 2020 n° [19-10.375](#). C'était en l'occurrence le droit au respect de la vie privée et du domicile qui était invoqué.

³ V. sur le contrôle de proportionnalité en matière de propriété, J. ROCHFELD (dir.), *La propriété dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, étude annuelle de la Cour de cassation, 2019, La documentation française, p. 105 s.

⁴ V. en dernier lieu, sur l'absence d'atteinte au droit de propriété causée par l'application de la loi de 1948 encadrant les loyers, le bailleur s'étant soumis au cours du bail en pleine connaissance de cause à cette législation : Cass. 3^e civ., 24 sept. 2020, n° [19-17.068](#).

⁵ Sur la mise en évidence de ce caractère qui est de l'essence de la propriété, F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété*, thèse, Lyon, 1981.

III. LES AUTRES TYPES DE CONTRÔLES DE PROPORTIONNALITÉ

de compte⁶. En somme, la sanction de la propriété est essentiellement restitutive : il s'agit de rendre au propriétaire ce qu'on lui a pris. À l'inverse, le contrôle de proportionnalité conduit le juge à apprécier la juste mesure de la violation d'un droit. Il s'agit de rechercher si, dans les circonstances de la cause, la sanction du droit de propriété ne crée pas une atteinte excessive à un droit fondamental. Ainsi, alors que la sanction ordinaire du droit de propriété est purement objective (le droit a-t-il été ou non violé ?), le contrôle de proportionnalité conduit le juge à introduire des considérations subjectives pour modérer cette sanction (la violation du droit de propriété justifie-t-elle, au cas présent, l'atteinte à un autre droit fondamental ?).

4. Une telle tension entre la propriété et le contrôle de proportionnalité explique les hésitations de la jurisprudence sur la question. Afin de mesurer les incertitudes qui entourent le contrôle de proportionnalité en la matière, il convient avant toute chose de procéder à un état des lieux du droit positif. Mais si l'on peut parler d'incertitude, c'est aussi et surtout parce que l'on pressent que la jurisprudence de la Cour de cassation a peut-être vocation à évoluer dans le futur.

En somme, après avoir décrit le présent, c'est-à-dire aujourd'hui (I), il faudra tenter de dessiner l'avenir, c'est-à-dire demain (II).

I – Aujourd'hui

L'étude du droit positif met en évidence des solutions contrastées (A), mais aussi incertaines (B).

A. Des solutions contrastées

5. Nul n'ignore que la Cour de cassation s'est approprié le contrôle de proportionnalité sous l'influence (ou la contrainte) de la Cour européenne des droits de l'homme⁷. Le juge national étant en première ligne pour garantir le respect de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, il lui appartient d'emprunter les méthodes d'interprétation des dispositions de la Convention, et notamment le fameux contrôle de proportionnalité mené *in concreto*, c'est-à-dire en considération des éléments de fait du litige. Si le juge français n'y procède pas lui-même, il s'expose à ce que cela lui soit reproché à Strasbourg. Force est pourtant de constater que le droit de propriété, dont la « puissance » a été mesurée dans le dernier rapport de la Cour de cassation⁸, offre une résistance à ce phénomène d'importation du contrôle de proportionnalité *in concreto*. Celui-ci est loin d'être généralisé lorsqu'il s'agit de neutraliser la sanction du droit de propriété. Trois situations peuvent être schématiquement décrites, ce qui donne naissance à des solutions contrastées : le refoulement du contrôle, l'affaiblissement du contrôle et le maniement du contrôle.

6. Le contrôle de proportionnalité est, de manière classique, refoulé en matière d'empiètement. Ainsi, selon une jurisprudence ancienne et constante, la Cour de cassation juge que tout propriétaire est en droit d'exiger la démolition d'un ouvrage qui empiète sur sa propriété, si minime soit l'empiètement⁹. Cette solution de principe délaisse toute analyse concrète du litige. Ainsi, il importe peu que l'empiètement ait été commis de bonne foi¹⁰, et même qu'il ait été « *nécessité par l'état des lieux* »¹¹. Ainsi, un empiètement d'un demi-centimètre commis par erreur par un voisin de bonne foi

⁶ On retrouve cette idée dans l'action en contrefaçon, qui permet d'obtenir les bénéfices réalisés par le contrefacteur, ce qui s'analyse en une restitution des fruits au propriétaire, comme dans l'action en contrefaçon.

⁷ V. sur ce phénomène, N. BLANC (dir.), *Le juge et la mondialisation dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, étude annuelle de la Cour de cassation, 2017, La documentation française.

⁸ Cf *supra* note 2.

⁹ Cass. 3^e civ., 20 mars 2002, n° [00-16.015](#), Bull. 2002, III, n° 71 ; Cass. 3^e civ., 20 janv. 2009, n° [07-21.758](#).

¹⁰ Cass. 3^e civ., 29 févr. 1984, n° [83-10.585](#), Bull. 1984, III, n° 57.

¹¹ Cass. 3^e civ., 4 déc. 2001, n° [99-21.583](#).

III. LES AUTRES TYPES DE CONTRÔLES DE PROPORTIONNALITÉ

pourra aboutir à la démolition de sa maison. Une telle sanction n'est-elle pas disproportionnée ? La Cour de cassation vérifie toutefois qu'une autre mesure, tel qu'un rabotage du mur, n'est pas de nature à faire cesser l'atteinte au droit de propriété¹².

7. Cette jurisprudence, très ancienne, devait être reconsidérée à l'aune du développement du contrôle de proportionnalité. Pourtant, la Cour régulatrice a gardé le cap, malgré quelques voix discordantes en son sein¹³. Elle a dans un premier temps refusé de transmettre au Conseil constitutionnel une QPC qui critiquait sa jurisprudence. Pour la Cour, une telle question était dépourvue de moyen sérieux, la défense du droit de propriété contre un empiètement ne pouvant pas dégénérer en abus de droit¹⁴. Après ce brevet de constitutionnalité qu'elle s'est elle-même décerné, la Cour de cassation n'a rien trouvé à redire à sa jurisprudence sur le terrain de la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi, la Cour a jugé « *que l'auteur de l'empiètement n'est pas fondé à invoquer les dispositions de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel [...] dès lors que l'ouvrage qu'il a construit méconnaît le droit au respect des biens de la victime de l'empiètement* ». Faute de droit à mettre en balance avec le droit de propriété, le contrôle de proportionnalité est tué dans l'œuf et la démolition de la construction entérinée.

8. Pourtant, ce refoulement du contrôle de proportionnalité laisse, dans d'autres domaines, place à une atteinte moins hostile : le juge a recours au contrôle de proportionnalité, mais celui-ci est considérablement affaibli. Il en va ainsi en présence d'une occupation illicite du bien d'autrui. L'hypothèse est différente de l'empiètement : il ne s'agit pas pour un voisin d'excéder les limites de sa propriété, mais pour un tiers d'occuper un terrain qui ne lui appartient pas. Cette situation, qui porte atteinte au droit de propriété, conduit le propriétaire à demander l'expulsion des occupants et, le cas échéant, la démolition de la maison qui a été irrégulièrement construite. En réponse, les occupants font valoir que l'expulsion et la destruction de leur maison constituent une atteinte disproportionnée au droit au respect de leur domicile, garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour de cassation a toutefois jugé que « *l'expulsion et la démolition étant les seules mesures de nature à permettre au propriétaire de recouvrer la plénitude de son droit sur le bien, l'ingérence qui en résulte ne saurait être disproportionnée eu égard à la gravité de l'atteinte portée au droit de propriété* »¹⁵. Une solution analogue a été rendue lorsque l'expulsion est demandée en référé, ce qui en accroît la portée pratique¹⁶. On le voit, le contrôle de proportionnalité n'est pas purement refoulé, mais il est considérablement édulcoré. En effet, le juge n'a pas à entrer dans les considérations particulières du litige : la proportionnalité est présumée, puisque la sanction du droit de propriété est nécessairement disproportionnée. On est en présence d'un contrôle *in abstracto*, et non *in concreto*.

9. Enfin, la Cour de cassation procède dans d'autres domaines à un véritable contrôle de proportionnalité *in concreto*. Tel a été le cas dans le célèbre arrêt *Klasen*, rendu, il faut le mentionner, par la première chambre civile, compétente en matière de propriété intellectuelle¹⁷. En l'espèce, un peintre a reproduit, sans l'autorisation de l'auteur, plusieurs photographies dans ses œuvres. Assigné en contrefaçon, il invoque sa liberté de création artistique, qui lui permet de concevoir des œuvres dérivées. Alors que les juges du fond avaient estimé que cette considération ne justifiait pas l'atteinte au monopole d'exploitation, la Cour de cassation censure leur décision pour défaut de base légale, au regard de l'article 10 § 2 de la CEDH, qui consacre la liberté d'expression.

¹² Cass. 3^e civ., 26 nov. 1975, n° [74-12.036](#), Bull. 1975, III, n° 350 ; Cass. 3^e civ., 9 juill. 2014, n° [13-15.483](#).

¹³ V. B. STURLÈSE, « Le contrôle de proportionnalité en droit immobilier », in *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, *op. cit.*, p. 125 s.

¹⁴ Cass. 3^e civ., 15 déc. 2016, n° [16-40.240](#).

¹⁵ Cass. 3^e civ., 17 mai 2018, n° [16-15.792](#).

¹⁶ Cass. 3^e civ., 4 juill. 2019, n° [18-17.119](#) ; D. 2019, p. [2163](#), note R. BOFFA ; *ibid.*, p. [2199](#), chron. L. JARIEL, A.-L. COLLOMP et V. GEORGET ; *Loyers et copr.* 2019., com. 162, obs. B. VIAL-PEDROLETTI ; Cass. 3^e civ., 28 nov. 2019, n° [17-22.810](#).

¹⁷ Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2015, n° [13-27.391](#), Bull. civ. I, n° 116.

III. LES AUTRES TYPES DE CONTRÔLES DE PROPORTIONNALITÉ

Pour la Cour de cassation, la cour d'appel aurait dû « *expliquer de façon concrète en quoi la recherche d'un juste équilibre entre les droits en présence commandait la condamnation qu'elle prononçait* ». On le voit, le juge est ici invité à procéder à une balance des intérêts entre la propriété intellectuelle de l'auteur et la liberté de création artistique du contrefacteur, afin de déterminer la légitimité de la sanction¹⁸. De telles solutions contrastées montrent que le contrôle de proportionnalité n'est qu'un outil au service de valeurs que le juge entend ou non promouvoir. Selon les intérêts en présence, la Cour de cassation décide d'activer ou au contraire de neutraliser le contrôle de proportionnalité.

Mais ce n'est pas tout. Si les solutions sont contrastées, elles sont également incertaines.

B. Des solutions incertaines

10. Un arrêt rendu le 19 décembre 2019 a jeté le trouble en matière d'empiètement¹⁹. En l'espèce, une servitude conventionnelle de passage, d'une largeur de huit mètres, a été instituée sur une parcelle au profit du fonds voisin. Il se trouve que le propriétaire du fonds servant a fait construire une maison d'habitation empiétant sur le passage consenti au voisin. La cour d'appel de Dijon ordonne la démolition de la construction, considérant que l'assiette de la servitude est, du fait de l'empiètement, réduite de moitié et qu'un déplacement de l'assiette de la servitude ne peut être imposé au propriétaire du fonds dominant que dans les conditions prévues à l'article 701, dernier alinéa, du code civil²⁰. Cette décision est censurée pour défaut de base légale par la Cour de cassation, au visa de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Pour la Cour, la cour d'appel aurait dû rechercher, « *comme il le lui était demandé, si la mesure de démolition n'était pas disproportionnée au regard du droit au respect du domicile* ».

11. Cet arrêt vient-il remettre en cause la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'empiètement ? Cela n'est pas certain. En effet, il ne s'agit pas pour une personne de construire au-delà des limites de sa propriété (*i. e.* chez le voisin), mais de construire sur son propre fonds, en méconnaissance de l'assiette d'une servitude consentie au voisin. En d'autres termes, aucune atteinte à l'exclusivité de la propriété d'autrui n'est à déplorer (C. civ., art. 544 et 545). Il est seulement question de la méconnaissance d'un droit de servitude et non, à proprement parler, d'un empiètement. On peut alors estimer avec la Cour de cassation que la démolition d'une construction construite sur son propre fonds, de surcroît en exécution d'un permis de construire, paraît disproportionnée, alors qu'il ne s'agit que de sanctionner l'atteinte à une servitude de passage de huit mètres, qui peut être sinon réduite sans dommage, du moins déplacée à un autre endroit. Il se trouve qu'une telle alternative n'est pas possible en cas d'empiètement sur le fonds d'autrui : le droit violé, à savoir le droit de propriété du voisin, ne peut être déplacé ou réduit. Il faut donc nécessairement, sauf lorsqu'un rabotage de la construction est possible, détruire la construction, car telle est la seule voie permettant au propriétaire de recouvrer la plénitude de ses droits. Se fait jour ce qui justifie, en toile de fond, toute la jurisprudence de la Cour de cassation : lorsqu'aucune autre sanction n'est de nature à permettre la restitution pleine et entière de sa chose au propriétaire, il est difficile de concevoir que la sanction prononcée soit disproportionnée.

¹⁸ Par un arrêt du 16 mars 2018, la cour d'appel de Versailles, statuant comme cour d'appel de renvoi, a estimé que la contrefaçon ne constituait pas une sanction disproportionnée, dès lors que la sollicitation de l'autorisation de l'auteur ne constituait pas une entrave à la liberté de création et que le peintre aurait pu utiliser d'autres photographies du même genre, de sorte que l'emprunt n'était pas nécessaire.

¹⁹ Cass. 3^e civ., 19 déc. 2019, n° [18-25.113](#), Bull. ; D. 2020, p. [1092](#), note R. BOFFA ; *AJDI* 2020, p. [255](#), étude P.-L. NIEL ; *ibid.*, p. [317](#), point de vue J. MAZURE ; *RDI* 2020, p. [142](#), obs. J.-L. BERGEL ; *Ann. loyers* 2020, p. 114, obs. J.-M. ROUS ; *Constr. Urb.*, févr. 2020, p. 24, obs. Ch. SIZAIRE ; *RTD civ.* 2020, p. [416](#), obs. W. DROSS.

²⁰ Ce texte prévoit que si l'assiette de la servitude est devenue plus onéreuse pour le propriétaire ou l'empêche de faire des réparations avantageuses, le propriétaire du fonds servant peut proposer un endroit tout aussi commode au propriétaire du fonds dominant, qui ne peut pas refuser cette proposition. On le voit, la modification de l'assiette de la servitude est soumise à des conditions strictes.

12. D'un autre côté, cet arrêt, publié sur le site internet de la Cour de cassation, jette le trouble. En invitant le juge du fond à mesurer l'atteinte au droit au respect du domicile constituée par la démolition de la construction, la Cour régulatrice ouvre nécessairement un nouveau cycle dans sa jurisprudence et amène l'observateur à reconsidérer sa jurisprudence sur l'empiètement. De fait, il convient de remarquer que la Cour de cassation ne fonde pas la cassation sur le droit de propriété visé par le premier Protocole additionnel, mais sur le droit au respect du domicile garanti par l'article 8 de la Convention. Dès lors, il importe peu que le logement soit construit sur son propre terrain en violation d'une servitude, ou qu'il empiète sur le fonds d'autrui. Ce n'est pas le droit de propriété du sol qui est en cause, mais la jouissance d'un logement. Dès lors, même si la Cour de cassation a jugé hier que l'auteur de l'empiètement ne pouvait se prévaloir des dispositions de l'article premier Protocole additionnel, en ce qu'il viole le droit au respect des biens, elle ne pourrait juger demain qu'il ne peut pas invoquer le droit au respect du domicile. En effet, si l'occupant sans droit ni titre d'un bien occupé sciemment en toute illégalité peut revendiquer le bénéfice du droit au respect du domicile, il n'y a pas de raison sérieuse d'en priver le propriétaire du fonds voisin qui a construit sa maison au-delà des limites de sa propriété. C'est alors l'avenir de la question qu'il convient de dessiner.

II – Demain

Le *statu quo* nous semblant impossible (A), il convient brièvement de prévoir, avec un risque élevé de se tromper, les changements susceptibles d'advenir (B).

A. L'impossible *statu quo*

13. On pourrait de prime abord estimer que rien ne justifie de modifier le droit positif en la matière. De fait, le contraste de solutions présente, à première vue, des justifications. Ainsi, l'emploi du contrôle de proportionnalité *in concreto* dans le domaine de la propriété intellectuelle s'explique sans doute par des considérations que l'on ne retrouve pas en matière d'empiètement. Tout d'abord, l'arrêt *Klasen* préserve la liberté de création artistique, en permettant de ne pas brider de manière excessive la création d'œuvres dérivées, par incorporation ou transformation d'œuvres préexistantes. Ensuite, l'atteinte au monopole d'exploitation n'est sans doute pas aussi sensible qu'en matière immobilière, dans la mesure où le propriétaire des droits n'est pas privé de l'exploitation de son œuvre²¹. Il perd seulement la possibilité de contrôler les usages dérivés de son œuvre, sans que ses propres prérogatives ne soient compromises. À l'inverse, le propriétaire d'un bien qui subit une occupation ou une construction illicite ne peut, sans l'expulsion et la démolition, recouvrer la jouissance de son bien. De même, en matière d'empiètement, seule la sanction de la démolition, lorsqu'un raboutage du mur n'est pas possible, permet au propriétaire de recouvrer l'assiette complète de sa propriété. On est en présence d'une véritable privation de propriété, et non d'une restriction à l'usage de la chose. Tout ceci justifierait que le juge soit contraint de procéder à une balance concrète des intérêts entre la propriété intellectuelle et la liberté de création artistique.

14. Mais la comparaison avec les deux pôles de la politique jurisprudentielle de la Cour de cassation – contrôle *in concreto* en propriété intellectuelle et aucun contrôle dans l'empiètement – laisse entrevoir des incohérences certaines. Il en existe au moins trois. Tout d'abord, l'atteinte au droit de propriété peut être, en matière d'empiètement, parfaitement dérisoire. Ainsi, dès lors que peu

²¹ Et l'on sait que le Conseil constitutionnel effectue une protection différenciée du droit de propriété, selon qu'il s'agit d'une privation de propriété, ou seulement d'une limitation de son usage : Cons. const., décisions n° [89-267 DC](#), 22 janvier 1990, *Loi complémentaire à la loi n° 88-1202 du 30 décembre 1988 relative à l'adaptation de l'exploitation agricole à son environnement économique et social*, cons. 17 et 18 ; n° [90-283 DC](#), 8 janvier 1991, *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, précitée, cons. 9 ; n° [94-347 DC](#), 3 août 1994, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, cons. 10 et 11, *D.* 1995, p. [350](#), obs. J. TRÉMEAU.

importe la mesure de l'empiétement, une démolition d'un ouvrage peut être ordonnée alors que le propriétaire n'éprouve aucun préjudice. Que l'on songe pour s'en convaincre au propriétaire d'une parcelle de plusieurs hectares qui éprouve un empiétement de quelques centimètres, sur une partie de son terrain inoccupée. La démolition pourra être ordonnée, alors que l'atteinte au droit de propriété est inexistante. L'argument de la faible atteinte au monopole d'exploitation, qui justifierait la solution en matière de propriété intellectuelle, ne tient pas. Ensuite, à la différence de l'action en contrefaçon²², l'action en cessation d'un empiétement est, comme l'action en revendication, imprescriptible. Il est donc possible, sous réserve du jeu de la prescription acquisitive, d'obtenir la démolition d'un ouvrage, sans condition de délai, ce qui renforce un peu plus la sévérité de la sanction. Et ce d'autant plus que dans le même temps, la Cour de cassation interdit à l'auteur de l'empiétement d'invoquer la prescription abrégée de dix ans si l'empiétement litigieux n'est pas compris dans le titre invoqué²³. Enfin, la démolition de la construction empiétant sur le terrain d'autrui pourra être ordonnée, peu importe la bonne ou la mauvaise foi du constructeur. À l'inverse, la Cour de cassation fait bénéficier le contrefacteur, qui utilise sciemment l'œuvre d'autrui sans le consentement du titulaire des droits, d'un contrôle de proportionnalité *in concreto*. Tout ceci n'est pas cohérent, ce qui suppose de rechercher les changements possibles dans la jurisprudence de la Cour de cassation.

B. Les possibles changements

15. Une première voie pourrait être explorée : celle consistant à refouler tout contrôle de proportionnalité en matière d'atteinte à la propriété. Au fond, la solution rendue en matière d'empiétement devrait être exportée au-delà de son champ d'application pour s'appliquer, notamment, à la violation d'un monopole d'exploitation. Une telle approche consisterait à redonner toute sa vigueur au droit de propriété, qui se caractérise fondamentalement par l'exclusivité conférée à son titulaire. Dès lors que la propriété est exclusive, la seule sanction satisfaisante pour le propriétaire est la remise en cause de l'atteinte qui lui est portée, sans que l'on doive s'attarder sur une quelconque balance des intérêts. Une telle solution, qui présente des arguments solides, est toutefois hautement improbable. En effet, dès lors que la Cour de cassation s'est engagée sur la voie du contrôle de proportionnalité, elle ne peut en soustraire le droit de propriété, qui n'est pas un « méta-droit » subjectif. De fait, la propriété s'est signalée par son absence dans le texte initial de la Convention européenne des droits de l'homme et le Conseil constitutionnel en assure une protection assez mesurée²⁴. La propriété est donc, au mieux, un droit fondamental comme les autres. En outre, tout droit subjectif implique, par nature, une forme d'exclusivité reconnue à son titulaire : c'est le cas, par exemple, du droit au respect de la vie privée, du droit à l'image, lesquels sont pourtant placés dans le champ du contrôle de proportionnalité. On ne saurait donc, par principe, soustraire la propriété du contrôle de proportionnalité aux motifs qu'elle est un droit exclusif.

16. Le retour à la cohérence des solutions risque donc de prendre plus sûrement la voie d'une généralisation du contrôle de proportionnalité aux atteintes au droit de propriété, et ce même dans le domaine de l'empiétement. On pourrait alors, pour limiter l'insécurité attachée à ce contrôle, qui serait particulièrement néfaste en matière immobilière²⁵, être tenté de raisonner par analogie avec les solutions rendues en matière d'occupation illicite du bien d'autrui. En pareille matière, on sait que si l'occupant peut invoquer son droit au respect du domicile garanti par l'article 8 de la CEDH, l'atteinte est nécessairement proportionnée, dès lors que l'expulsion est la seule mesure possible permettant de mettre fin à une violation grave du droit de propriété. Toutefois, ce caractère de gravité ne se retrouve pas nécessairement en matière d'empiétement : si la démolition de l'ouvrage

²² Laquelle se prescrit par cinq ans en matière civile, par application de l'article [2224](#) du code civil.

²³ V. encore en dernier lieu, Cass. 3^e civ., 26 mars 2020, n° [18-25.971](#).

²⁴ V. *supra*, note 21.

²⁵ J.-L. BERGEL, *préc.*

III. LES AUTRES TYPES DE CONTRÔLES DE PROPORTIONNALITÉ

est parfois la seule mesure permettant au propriétaire de recouvrer la plénitude de son droit²⁶, il ne s'agit pas pour autant toujours de sanctionner une atteinte grave au droit de propriété. En effet, alors que l'occupation illicite prive le propriétaire de tout accès à sa chose, l'empiètement lui fait perdre parfois une bande de terrain insignifiante. On peut donc, en pareille hypothèse, considérer que la démolition est nécessairement proportionnée au regard de la gravité de l'atteinte au droit de propriété, sauf à estimer que tout empiètement est, par nature, grave.

17. D'autres critères doivent donc être pris en considération. Nous pensons notamment qu'il serait souhaitable de prendre en compte la bonne foi, qui a un rôle essentiel en droit des biens²⁷. La bonne foi n'est pas, en la matière, un concept insaisissable, puisqu'elle ne renvoie pas à la loyauté contractuelle, mais à la connaissance du caractère illicite de la situation. Nous pensons que si la mauvaise foi de l'auteur de l'empiètement est avérée²⁸, cela devrait conduire le juge à considérer que la démolition est nécessairement proportionnée, dans la mesure où le voisin a pris en pleine connaissance de cause un risque qu'il doit assumer. Cela rejoindrait l'idée d'un régime dualiste de l'empiètement, proposé dans l'avant-projet de réforme du droit des biens établi sous l'égide de l'Association Henri Capitant²⁹. Dans l'hypothèse de la bonne foi de l'auteur de l'empiètement, le juge devrait alors apprécier la mesure de l'empiètement, pour établir la proportionnalité de la sanction. En cas d'empiètement substantiel, le juge pourrait raisonner par analogie avec l'occupation du bien d'autrui, et considérer que la démolition de l'ouvrage est nécessairement proportionnée, au regard de la gravité de l'atteinte. Pour des empiètements plus modestes, le juge devra apprécier, au cas par cas, le caractère disproportionné de la sanction. Si la démolition devait être jugée disproportionnée, il pourrait être proposé que le maintien de l'ouvrage soit conditionné à la cession de la partie du fonds empiété, moyennant un juste prix, afin d'éviter que le propriétaire ne soit exproprié pour cause d'utilité privée sans juste et préalable indemnité. On le voit, la simplicité de la solution actuelle de la Cour de cassation (pas de contrôle de proportionnalité) serait remplacée par un système passablement complexe. Peut-être est-ce, en dernière analyse, la raison pour laquelle la Cour de cassation garde pour l'heure le cap et invite le législateur à se saisir de la question.

²⁶ C'est le cas si le rabotage de la construction n'est pas possible.

²⁷ Elle permet ainsi au possesseur de conserver les fruits, ou encore de bénéficier d'une usucapion abrégée en matière immobilière, et immédiate en matière mobilière (C. civ., art. [2276](#)).

²⁸ Étant précisé que la bonne foi est présumée.

²⁹ Ainsi, ce projet propose de créer dans le code civil un article 539 rédigé en ces termes : « *Par dérogation aux articles précédents, le propriétaire victime d'un empiètement non intentionnel sur son fonds, ne peut, si celui-ci est inférieur à 0,30 mètres, en exiger la suppression que dans le délai de deux ans de la connaissance de celui-ci sans pouvoir agir plus de dix ans après l'achèvement des travaux.* »

LE CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ DES SANCTIONS PATRIMONIALES

Par

Éric CAMOUS

Docteur en droit

Lauréat 2011 du Grand prix de l'École nationale de la magistrature

Procureur de la République près le tribunal judiciaire de Narbonne

1. Problématique – Les sanctions patrimoniales sont soumises au contrôle de proportionnalité ce qu'explique la portée particulièrement lourde des peines qui peuvent être prononcées. Qu'il s'agisse de l'amende ou de la confiscation, elles frappent le patrimoine des condamnés en leur retirant une part de leur richesse. Elles portent ainsi atteinte à un droit de propriété dont la protection est inscrite au plus haut de la hiérarchie des normes. Il est dès lors essentiel que cette mesure reste dans la mesure et ne bascule pas dans la démesure.

2. Un contrôle de proportionnalité omniprésent – Ce contrôle de proportionnalité que la chambre criminelle de la Cour de cassation a progressivement dessiné embrasse les saisies pénales qui, malgré leur caractère temporaire, portent également atteinte au droit de propriété. De là l'idée selon laquelle toute sanction patrimoniale est bien subordonnée au contrôle de proportionnalité. Sauf que les peines prononcées et les mesures conservatoires susceptibles de leur être associées ne portent pas toujours atteinte au droit de propriété. Il est des hypothèses dans lesquelles ce droit ne subit aucune perturbation ce qui paralyse le contrôle de proportionnalité (I). Des exceptions qui n'enlèvent rien à la valeur d'un principe dont il importe de préciser la portée (II).

I – L'absence de contrôle de proportionnalité des sanctions patrimoniales

La confiscation est la seule peine à tolérer des exceptions au contrôle de proportionnalité (A) ce qui n'est pas sans incidence sur les dispositions qui accompagnent le prononcé de cette sanction (B).

A. Une exception limitée à certaines peines de confiscation

3. Produit de l'infraction – Le contrôle de proportionnalité ne s'applique pas à la confiscation des biens qui constituent dans leur totalité le produit direct ou indirect de l'infraction et pour cause¹. Ledit produit correspond à ce que la personne a retiré de son acte qui est par nature illicite. Elle ne peut dès lors en être propriétaire puisque ce droit de propriété est par essence équivoque. Cette règle de principe contamine tout ce qui résulte de l'infraction autrement dit ce qui en constitue le produit direct mais également indirect. L'exemple le plus souvent cité renvoie aux loyers qui ont été retirés d'un immeuble financé par des opérations de blanchiment. Mais attention, et c'est un point qu'il faut constamment garder à l'esprit, cette non-application du principe de proportionnalité ne concerne que ce qui est dans son entier, dans sa totalité, le produit direct ou indirect de l'infraction. C'est ce qui explique les exceptions à l'exception qui réactivent le contrôle de proportionnalité².

4. Objet de l'infraction – La confiscation de l'objet de l'infraction échappe également audit contrôle. Une exception sur la portée de laquelle la chambre criminelle de la Cour de cassation est

¹ V. PELTIER, « Proportionnalité et confiscation d'un bien produit d'une infraction » : *Dr. pén.* 2017, comm. 31.

² *Infra* n° 8 et s.

particulièrement attentive³. En effet, l'objet de l'infraction est ce qui cristallise le passage à l'acte et motive l'intention coupable de l'auteur.

5. Biens dangereux, nuisibles ou dont la détention est illicite – Il faut enfin citer les biens qualifiés par la loi de dangereux, nuisibles ou dont la détention est illicite⁴. Dans ce cas, la confiscation est obligatoire parce qu'elle s'applique à ce que la personne n'aurait jamais dû détenir. Des biens qui, par nature, constituent une atteinte ou un risque d'atteinte à l'ordre public. C'est ce qui justifie la rigueur d'une règle qui correspond beaucoup plus à une mesure de sûreté qu'à une peine.

B. Une exception étendue aux mesures conservatoires et adaptatives

6. Saisies pénales – L'absence de contrôle de proportionnalité de certaines confiscations s'étend aux saisies pénales qui peuvent être opérées. Il n'est donc pas possible de discuter le caractère disproportionné qu'est susceptible de présenter le placement sous main de justice du produit direct ou indirect de l'infraction, de ce qui en constitue l'objet ou de tout bien qualifié par la loi de dangereux nuisible ou illicite⁵. Cela ne veut pas dire que la saisie est en elle-même proportionnée, postulant l'idée que le principe accompagne une telle mesure. C'est une autre explication qui prévaut. La question de la proportionnalité de la saisie ne se pose pas lorsqu'elle concerne des biens pour la confiscation desquels ce contrôle est inopérant.

7. Saisies et confiscations en valeur – Là où l'absence de contrôle de proportionnalité est appelée à produire les effets les plus importants et pourrait-on dire, les plus répressifs, se trouve dans la confiscation en valeur et les saisies qui sont susceptibles de l'accompagner. Rappelons tout d'abord la règle. La confiscation en valeur est prévue par l'article 131-21 alinéa 9 du code pénal. Elle n'est pas un fondement de la confiscation, autrement dit une règle de prononcé de la peine, mais une modalité de sa mise en œuvre. Dans cette hypothèse, le juge ne prononce pas la confiscation matérielle du bien. Il décide d'en confisquer la valeur c'est à dire un montant qui doit correspondre au prix de marché du bien en question. S'agissant du produit de l'infraction, il est fréquent que celui-ci ne soit pas retrouvé. C'est le cas d'un vol aggravé dont les auteurs se sont débarrassés du butin. Dans le meilleur des cas, le bien en question est restitué à la victime sans perdre sa qualification de produit de l'infraction. Le juge peut alors décider de confisquer la valeur de ce butin. Le condamné est alors tenu de payer la somme dont il s'est frauduleusement emparé. Cette confiscation en valeur connaît la même déclinaison en matière de saisie. En cours d'enquête, il est possible de placer sous main de justice un bien ou une somme correspondant à la valeur de ce qu'a constitué le produit de l'infraction ou son objet sans que le principe de proportionnalité trouve à s'appliquer⁶.

L'exception au contrôle de proportionnalité peut ainsi avoir des conséquences particulièrement lourdes pour la personne en cause ou le condamné. C'est ce qui explique le caractère limité de l'exception au regard d'un contrôle qui reste omniprésent.

II – Un contrôle de proportionnalité des sanctions patrimoniales omniprésent

La saisie et la confiscation du produit de l'infraction ne sont pas exemptes de tout contrôle de proportionnalité. Le principe retrouve à s'appliquer dans des hypothèses qui sont loin d'être

³ Cass. crim., 15 mai 2019, n° [18-84.494](#).

⁴ [C. pén., art. 131-21 al. 7](#).

⁵ Cass. crim., 7 déc. 2016, n° [16-80.879](#).

⁶ Cass. crim., 13 juin 2018, n° [17-83.893](#).

négligeables (A). Il embrasse la grande majorité des sanctions patrimoniales qui peuvent être prononcées (B).

A. Le contrôle de proportionnalité des saisies et confiscations du produit de l'infraction

8. Produit partiel de l'infraction – Il peut arriver que la confiscation porte partiellement atteinte au droit de propriété. Le premier cas de figure renvoie aux hypothèses dans lesquelles les richesses illégalement obtenues ont été mélangées avec un patrimoine parfaitement licite. C'est le cas d'un immeuble dont la construction a été financée avec des fonds provenant du blanchiment sur un terrain que la personne a obtenu en héritage. Il n'est pas possible de scinder les deux immeubles qui en réalité n'en font qu'un. La confiscation de l'ensemble peut être décidée ce qui a pour conséquence de porter partiellement atteinte au droit de propriété du condamné. Dans ce cas, le juge doit se prononcer sur la proportionnalité de la peine qui affecte le terrain⁷.

9. Pluralité de mis en cause – Il en va de même lorsqu'en présence d'une pluralité d'auteurs mis en cause pour une pluralité d'infractions, il s'avère impossible d'individualiser avec exactitude le produit que l'un des mis en cause a retiré des seuls faits qui lui sont reprochés. Il est là encore possible de prononcer la confiscation de l'ensemble du produit de l'infraction contre un seul des condamnés. Mais dans ce cas, le juge doit se prononcer sur la proportionnalité de la peine⁸.

B. La valeur de principe du contrôle de proportionnalité des sanctions patrimoniales

10. Amende – Le contrôle de proportionnalité s'applique naturellement au prononcé des amendes et ce quels qu'en soient les critères d'évaluation. En effet, si le montant est généralement laissé à l'appréciation du juge, il est des infractions pour lesquelles des règles de calcul ont été établies par la loi. C'est le cas en matière d'atteintes à la probité. Le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction⁹. Mais même dans de tels cas de figure, la somme doit être fixée de manière proportionnée en tenant compte des ressources et des charges du condamné¹⁰.

11. Instrument ayant servi à la commission de l'infraction – La confiscation de l'instrument ayant servi à la commission de l'infraction est également subordonnée au contrôle de proportionnalité. C'est notamment le cas d'un pavillon entièrement destiné au travail dissimulé et à l'emploi d'étrangers sans titre qui y vivaient dans des conditions d'hébergement indignes¹¹. Quel que soit l'usage qui en est fait, le bien peut être la légitime propriété du condamné de sorte que le lui retirer constitue une atteinte à son droit que doit justifier le caractère proportionné de la mesure.

12. Saisies et confiscations de patrimoine – Il faut enfin citer les règles qui gouvernent les saisies et confiscations de patrimoine dont les potentialités répressives sont particulièrement importantes. L'article 131-21 alinéa 5 du code pénal autorise la confiscation des biens dont il n'est pas possible de justifier l'origine lorsque le propriétaire ou celui qui en a la libre disposition, sous réserve du droit des tiers de bonne foi, est reconnu coupable d'une infraction punie de cinq ans d'emprisonnement dont il a tiré un profit direct ou indirect. L'article 131-21-6 du même code punit de la même peine ceux qui sont reconnus coupables d'une infraction pour la répression de laquelle est encourue la confiscation

⁷ Cass. crim., 27 juin 2018, n° [17-84.280](#).

⁸ Cass. crim., 24 oct. 2018, n° [18-80.834](#) : JurisData n° 2018-018640. – É. CAMOUS, « Nouvelle application du principe de proportionnalité en matière de saisie du produit de l'infraction » : *Dr. pén.* 2018, comm. 217.

⁹ Concussion ([C. pén., art. 432-10](#)), prise illégale d'intérêt ([C. pén., art. 432-12](#)), trafic d'influence ([C. pén., art. 432-11](#), [433-2](#), [434-9-1](#), [435-2](#), [435-4](#), [435-8](#), [435-10](#)), corruption ([C. pén., art. 433-1](#), [434-9](#), [435-1](#), [435-3](#), [435-7](#), [435-8](#), [445-1](#), [445-1-1](#), [445-2](#), [445-2-1](#)), détournement de fonds publics ([C. pén., art. 432-15](#)), favoritisme ([C. pén., art. 432-14](#)).

¹⁰ [C. pén., art. 132-20](#).

¹¹ Cass. crim., 13 nov. 2018, n° [18-80.027](#).

III. LES AUTRES TYPES DE CONTRÔLES DE PROPORTIONNALITÉ

de la totalité du patrimoine. Dans ces deux cas, il existe un lien de propriété entre le condamné et le bien confiscable qui explique l'application du principe de proportionnalité.

Conclusion – Le contrôle de proportionnalité est, malgré les exceptions dont il fait l'objet, un tempérament utile et efficace à des peines patrimoniales dont le prononcé est appelé à s'intensifier. C'est une garantie durable contre les excès d'une sanction qui a naturellement vocation à porter atteinte au droit de propriété afin de réprimer une délinquance de profit contre laquelle il est essentiel de lutter.

LA MOTIVATION DE LA PROPORTIONNALITÉ DE L'INFRACTION ET DE LA PEINE DANS LE JUGEMENT PÉNAL

Par

Marie-Christine DAUBIGNEY

Conseillère à la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation

Membre du groupe de travail ENM sur la rédaction du jugement correctionnel, en sa qualité d'ancienne présidente de chambre à la cour d'appel de Paris

et

Bruno LAVIELLE

Conseiller à la chambre criminelle à la Cour de cassation

Membre du groupe de travail ENM sur la rédaction du jugement correctionnel

Introduction. Il est si vrai que la motivation est la « *base de la décision* »¹ que le Conseil constitutionnel a reconnu, à plusieurs reprises, la valeur d'exigence constitutionnelle du principe de motivation des décisions pénales² et que l'absence ou l'insuffisance de motifs est un des cas d'ouverture à cassation³.

L'évolution du droit pénal processuel contemporain conduit à considérer que toutes les décisions (incidents de procédure, constitution de l'infraction et peine prononcée) que contient le jugement pénal⁴ des délits doivent être motivées.

C'est ce qu'a rappelé le Conseil constitutionnel dans une décision récente :

*« Le principe d'individualisation des peines, qui découle de l'article 8 de [la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789], implique qu'une sanction pénale ne puisse être appliquée que si le juge l'a expressément prononcée, en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce. Ces exigences constitutionnelles imposent la motivation des jugements et arrêts de condamnation, pour la culpabilité comme pour la peine. »*⁵

L'exigence de motivation répond à plusieurs besoins : elle doit conduire son lecteur, averti ou non, à progresser naturellement vers le dispositif de la décision, elle est un garde-fou à l'arbitraire des juges et les oblige à répondre aux moyens de défense des parties, elle doit permettre à celles-ci de comprendre la teneur de la décision et, enfin, elle permet à la Cour de cassation d'exercer son contrôle.

Une motivation riche et précise est la garante d'une décision de qualité, que cette décision soit une décision de condamnation ou une décision de relaxe.

L'article préliminaire du code de procédure pénale, introduit dans notre droit par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, pose la règle selon laquelle les mesures de contrainte dont la personne poursuivie peut faire l'objet « *sont prises sur décision ou sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire* ». Elles

¹ [C. pr. pén., art. 485, al. 2.](#)

² Cons. const., 1^{er} avr. 2011, décision n° [2011-113/115 QPC](#).

³ [C. pr. pén., art. 593.](#)

⁴ On entend jugement pénal au sens de jugement rendu par un tribunal judiciaire ou un arrêt rendu par une chambre des appels correctionnels d'une cour d'appel. Sont ainsi exclus du champ de cette étude (et de la trame du jugement correctionnel), les ordonnances rendues en matière correctionnelle, les jugements contraventionnels et les arrêts de cour d'assises.

⁵ Cons. const., 2 mars 2018, décision n° [2017-694 QPC](#).

III. LES AUTRES TYPES DE CONTRÔLES DE PROPORTIONNALITÉ

doivent être « *strictement limitées aux nécessités de la procédure, proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée et ne pas porter atteinte à la dignité de la personne* ».

Ce dernier aspect, longtemps négligé, vient de connaître de spectaculaires rebonds avec les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme du 30 janvier 2020⁶, de la Cour de cassation du 8 juillet 2020⁷ et du Conseil constitutionnel du 2 octobre 2020⁸.

La deuxième partie d'un jugement correctionnel, qui est consacrée à la motivation de la décision, a pu être définie comme « *une partie discursive, construite autour de l'examen critique des moyens soulevés par les parties et des raisons conduisant les juges à trancher dans tel ou tel sens. De plus en plus s'impose une motivation de la peine ou du non prononcé de telle peine, de même qu'une motivation de la décision sur les modalités d'exécution de la peine privative de liberté* »⁹.

La Cour de cassation juge de manière constante que le jugement, ou l'arrêt, ne peut se borner à « *déclarer les faits établis sans les énoncer et sans préciser l'existence des circonstances exigées par la loi pour que ces faits soient punissables* »¹⁰.

Il est à peine besoin de rappeler que, saisie d'un jugement correctionnel non motivé, il appartiendra à la cour d'appel de l'annuler puis, par application des dispositions de l'article 520 du code de procédure pénale, d'évoquer l'affaire puis de motiver la décision conformément aux dispositions légales en vigueur¹¹.

Les jugements des tribunaux judiciaires comme les arrêts des chambres des appels correctionnels obéissent aux mêmes exigences de motivation.

Consciente de ces exigences, l'École nationale de la magistrature a réuni un groupe de travail composé de magistrats¹² et de greffiers¹³ qui, en étroite collaboration avec la DACG et la DSJ et, après avoir ponctuellement interrogé les développeurs de Cassiopée et les responsables du Casier judiciaire national, ont pu réaliser une trame de jugement correctionnel ayant pour ambition, notamment mais pas seulement, de permettre au rédacteur d'un jugement ou d'un arrêt de répondre à cette légitime obligation de motivation¹⁴.

Les présents développements sont consacrés à la motivation de la proportionnalité de l'infraction et de la peine en matière pénale.

Qu'est-ce que la proportionnalité ? Le principe de proportionnalité peut être défini comme celui qui soumet la licéité d'un acte à la condition qu'il soit proportionné, et le contrôle de proportionnalité comme la mise en œuvre de ce principe dans le cadre du contrôle juridictionnel. L'article 5, § 4, du Traité de fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) du 13 décembre 2007 rappelle le principe

⁶ CEDH, 30 janv. 2020, *J.M.B. & autres c. France*, n° [9671/15](#).

⁷ Crim., 8 juill. 2020, pourvoi n° [20-81.739](#), en cours de publication.

⁸ Cons. const., décision [2020-858/859 QPC](#) du 2 octobre 2020.

⁹ C. GUÉRY, B. LAVIELLE, *Guide des audiences correctionnelles*, 2^e éd., Dalloz, 2015, point 712-11.

¹⁰ En particulier : Crim., 6 mars 1996, pourvoi n° [95-83.310](#), Bull. crim. n° 10.

¹¹ La Cour de cassation a jugé que l'article 520 du code de procédure pénale, qui pourrait être critiqué en ce qu'il est susceptible de méconnaître l'exigence d'un double degré de juridiction, n'était pas contraire aux dispositions de l'article 2-1 du protocole n° 7 de la Convention européenne des droits de l'homme (Crim., 7 déc. 2010, pourvoi n° [10-87.339](#), Bull. crim. 2010, n° 194).

¹² Représentant la Cour de cassation, les cours d'appels, les tribunaux judiciaires, l'administration centrale et l'ENM.

¹³ De tribunaux judiciaires et de l'ENG.

¹⁴ La trame du jugement correctionnel est accessible sur le site intranet de l'ENM : Rubriques « Recherche & Documentation » - « Documentation pédagogique » - « Espace fonctionnel Siège Pénal » - « Nouvelle trame de jugement correctionnel » - « [TRAMETC2020](#) ».

III. LES AUTRES TYPES DE CONTRÔLES DE PROPORTIONNALITÉ

de proportionnalité en cette formule ramassée : « *le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités.* »

En matière pénale, il s'agit de « *concilier l'inconciliable* »¹⁵, de « *tracer les frontières à l'intérieur desquelles le pouvoir répressif peut effectivement viser à la garantie de la sécurité sans empiéter excessivement sur l'exercice des libertés* »¹⁶.

La notion de proportionnalité étant de plus en plus présente dans le quotidien du juge pénal, il convient de s'interroger sur la motivation de la proportionnalité de l'infraction et de la peine dans le jugement pénal, ce qui conduit dans un premier temps à réfléchir aux éléments devant faire l'objet d'une motivation dans la partie du jugement consacrée aux fondements des poursuites (I), puis de prendre en compte l'exigence de plus en plus forte de motivation au regard de la proportionnalité de la peine (II).

I – Poursuite et proportionnalité

On le sait, tout jugement ou arrêt correctionnel doit contenir la motivation des éléments amenant le juge à statuer sur la régularité de la procédure, à déclarer le prévenu coupable des faits qui lui étaient reprochés ou à le renvoyer des fins de la poursuite.

La motivation des éléments constitutifs de l'infraction doit être propre au jugement ou à l'arrêt. Ainsi, la motivation par adoption de motifs est à proscrire.

C'est ce qu'ont souligné Christian GUÉRY et Bruno LAVIELLE en relevant qu'il existe un vrai risque qu'un tribunal voire une cour, reprennent dans leur décision ce qu'ils trouvent au dossier, soit dans le pire des cas, une ordonnance de renvoi copiant un réquisitoire qui a lui-même scanné, au sens propre ou au sens figuré, le rapport de synthèse des enquêteurs initialement saisis. « *Dans ce cas, cette justice de répétition n'aura rien prouvé ni de ses capacités, ni de son indépendance et aura donné au contraire elle-même la preuve de la nécessité d'une réforme majeure, dénuée d'arrières pensées et de petits calculs.* »¹⁷

Mais la motivation de la décision sur la culpabilité, qui peut faire l'objet de développements qu'il n'est pas le lieu de traiter ici, ne s'arrête pas à la motivation des éléments constitutifs de l'infraction.

Le juge peut en effet être amené à motiver la légalité de l'infraction dont il est saisi au regard du principe de proportionnalité (A) ou encore à retenir la proportionnalité comme condition d'application d'un fait justificatif (B), étant précisé que la proportionnalité est l'objet d'un triple contrôle : de conventionnalité, de constitutionnalité et de légalité.

A – La motivation de la légalité de l'infraction poursuivie au regard du principe de proportionnalité

Le juge pénal, dans son exercice quotidien, est peu confronté à la recherche de la proportionnalité d'une infraction au regard de l'objectif poursuivi. Tout au plus, peut-il en être saisi dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité ou d'un contrôle de conventionnalité.

Dans cette hypothèse, le juge devra identifier la proportionnalité de l'incrimination permettant de prévenir un comportement répréhensible avec le principe de droit protégé.

¹⁵ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 8^e éd., LexisNexis, 2012, p. 2.

¹⁶ G. CHETARD, « [La proportionnalité de la répression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel](#) », *RSC* 2013, p. 51 à 71.

¹⁷ Ch. GUÉRY, B. LAVIELLE, « Copié, collé, jugé ? (sur la motivation des ordonnances de renvoi par le juge d'instruction) », *Dr. pénal* 2010, étude 24.

III. LES AUTRES TYPES DE CONTRÔLES DE PROPORTIONNALITÉ

En application de l'article 5, § 4, du TFUE, un acte est proportionné s'il ne dépasse pas la mesure strictement appropriée à la réalisation de l'objectif en vue duquel il est adopté et s'il ne revient pas à sacrifier davantage que ce qui est obtenu ou que son auteur vise à obtenir. Le principe de proportionnalité peut alors être défini comme celui qui soumet la licéité d'un acte à la condition qu'il soit proportionné et le contrôle de proportionnalité comme la mise en œuvre de ce principe dans le cadre du contrôle juridictionnel¹⁸.

Le juge pénal a pu, à l'occasion du traitement de questions prioritaires de constitutionnalité, investir le champ de la proportionnalité d'une infraction.

À titre d'exemple, on peut retenir le traitement du contentieux fiscal qui relève du contentieux pénal, du contentieux civil et du contentieux administratif.

À la suite de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) qui a admis que l'imposition par des autorités différentes de sanctions différentes pour le même comportement est permise dans une certaine mesure au titre de l'article 4 du protocole n° 7 nonobstant l'existence d'une sanction définitive¹⁹, la Cour de cassation a transmis au Conseil constitutionnel une question prioritaire portant sur la constitutionnalité du cumul des sanctions pénales et administratives en matière fiscale. Celui-ci a jugé que le cumul des pénalités fiscales à caractère répressif et des sanctions pénales de la fraude fiscale était conforme à la Constitution et estimé que les sanctions prévues dans ces matières étaient « *adéquates au regard des incriminations* » et proportionnées.

Le Conseil a assorti sa décision de trois réserves d'interprétation, la troisième étant ainsi formulée : « *l'application combinée des dispositions des articles 1729 et 1741 du code général des impôts ne méconnaît pas le principe de proportionnalité des peines dès lors que le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues.* »²⁰

La Cour de cassation a dès lors précisé que ce principe de proportionnalité des peines devait faire l'objet d'une motivation par le juge du fond au regard des sanctions de même nature c'est-à-dire des sanctions pécuniaires. Ainsi, lorsqu'il entend prononcer une sanction pécuniaire à l'encontre d'un prévenu ayant déjà fait l'objet d'une sanction fiscale définitivement prononcée par le juge administratif, le juge doit vérifier que la sanction qu'il prononce n'excédera pas le montant le plus élevé des sanctions encourues²¹.

B – La proportionnalité comme condition d'application d'un fait justificatif

Selon Jean PRADEL, les faits justificatifs – la permission de la loi, la légitime défense et l'état de nécessité – sont un « *domaine d'excellence d'une proportionnalité judiciaire* » en ce que le législateur se « *contente de rappeler la règle de proportionnalité et en abandonne la mise en œuvre au juge* »²².

Cet « abandon » justifie que le juge prenne soin de la motivation qui s'y rapporte.

1° – La permission de la loi

Deux hypothèses permettent au juge de motiver l'absence d'infraction au regard de la permission de la loi : l'usage de la force par les forces de l'ordre et la divulgation d'informations par un lanceur d'alerte.

¹⁸ G. CHETARD, *op. cit.*

¹⁹ CEDH, 15 nov. 2016, *A et B c. Norvège*, n° [24130/11](#) et [29758/11](#) et CEDH, 18 mai 2017, *Jóhannesson et autres c. Islande*, n° [22007/11](#) (disponible en anglais).

²⁰ Cons. const., 24 juin 2016, décision [2016-546 QPC](#).

²¹ Crim., 11 sept. 2019, pourvoi n° [18-81.067](#) et Crim., 11 sept. 2019, pourvoi n° [18-82.430](#).

²² J. PRADEL, « [Du principe de proportionnalité en droit pénal](#) », *D.* 2019, chron. 490.

III. LES AUTRES TYPES DE CONTRÔLES DE PROPORTIONNALITÉ

Dans le premier cas, le juge devra motiver en se référant à l'absolue nécessité dans laquelle se trouvait le fonctionnaire de police ou le militaire de la gendarmerie à faire usage de son arme²³.

Dans le second cas, le juge devra expliquer en quoi la divulgation d'un secret protégé réalisée par le lanceur d'alerte, au sens de la loi²⁴, était nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause²⁵.

2° – La légitime défense²⁶

La légitime défense doit toujours être motivée et doit, le cas échéant, conduire le juge pénal à prononcer une relaxe pour contrainte.

La CEDH donne des indications quant à l'exigence de motivation en précisant que la « *proportionnalité s'apprécie en fonction de la nature du but recherché par l'agressé, du danger pour les vies humaines et de l'ampleur du risque d'infliger la mort en usant de la force* »²⁷.

3° – L'état de nécessité²⁸

Il appartient au juge de motiver la proportion entre les moyens employés et la gravité de la menace à laquelle le(la) prévenu(e) a voulu faire face.

Il s'agit pour le juge de justifier que le principe qui a été bafoué prévaut sur le principe qui a été retenu.

II – Motivation et proportionnalité de la peine

Prononcer une peine proportionnelle aux faits reprochés aurait dû s'imposer au juge depuis fort longtemps. En effet, cette obligation découle notamment des articles 5, 8 et 9 de la Déclaration de 1789 et surtout de son article 15 qui dispose que « *la loi ne doit décerner que des peines strictement et évidemment nécessaires, les peines doivent être proportionnées au délit et utiles à la société* ».

L'exigence de motivation de la peine, qui découle d'exigences tant conventionnelle²⁹ que constitutionnelle, peut paraître récente puisque par un principe encore réaffirmé il y a une trentaine d'années, la Cour de cassation jugeait de manière constante que « *les juges du fond disposent, quant à l'appréciation de la peine, dans les limites fixées par la loi, d'une faculté discrétionnaire dont ils ne doivent aucun compte* »³⁰.

Prenant en compte ces exigences qui s'imposent, la Cour de cassation a, par un revirement de jurisprudence du 1^{er} février 2017 (Cf. *supra*) jugé que « *le volet substantiel de la justification de la peine et le volet procédural de la motivation de la décision sont intimement liés (...) il est nécessaire que le cheminement intellectuel ayant conduit un juge à retenir telle peine apparaisse clairement*

²³ [CSI, art. L. 435-1.](#)

²⁴ Un lanceur d'alerte est une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance (article 6 de la loi n° [2016-1691](#) du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique).

²⁵ [C. pén., art. 122-9.](#)

²⁶ [C. pén., art. 122-5.](#)

²⁷ CEDH 27 sept. 1995, *McCann et autres c. Royaume-Uni*, n° [18984/91](#).

²⁸ [C. pén., art. 122-7.](#)

²⁹ [CDFUE](#), art. 49-3.

³⁰ Crim., 5 sept. 1989, pourvoi n° [89-80.092](#), Bull. crim. 1989, n° 315.

III. LES AUTRES TYPES DE CONTRÔLES DE PROPORTIONNALITÉ

dans la motivation, l'autorité d'une décision, et son acceptation, dépendant de sa qualité argumentative » et ce, quelle que soit la nature de la peine prononcée. La Cour de cassation exprime ainsi la volonté de mettre en place un contrôle de proportionnalité à l'instar de celui exercé par la Cour européenne des droits de l'homme³¹.

Les juges du fond sont « *ainsi tenus à une motivation de fait et de droit, leurs décisions devant faire apparaître que la sanction retenue est en rapport avec les faits et leurs conséquences* »³².

Il n'appartient en effet pas à la Cour de cassation de casser une décision en s'appuyant sur le caractère non proportionné de la peine car c'est au juge du fond de démontrer que la peine qu'il a prononcée était nécessaire et proportionnée.

Comme le souligne Jean PRADEL, « *une sanction disproportionnée est par hypothèse, mal motivée* » ce dont il résulte que « *proportionnalité, gravité, motivation et individualisation constituent un quatuor indissociable et raisonnable* »³³.

L'absence de motivation peut être très sévèrement sanctionnée : ainsi, la CEDH a jugé qu'une peine nettement disproportionnée peut, à la date de son prononcé, être qualifiée de mauvais traitement contraire à l'article 3 de la Convention et le Conseil constitutionnel rappelle de manière constante que les atteintes portées à l'exercice des libertés doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées³⁴.

A – De l'exigence de motivation de la peine d'emprisonnement sans sursis...

Avant de parvenir à cette exigence quasi générale de motivation de la proportionnalité de la peine, la Cour de cassation a progressivement étendu son contrôle sur la motivation de la peine.

L'obligation de motivation de toute peine prononcée par un juge pénal a été réalisée par étapes : d'abord cantonnée à la peine privative de liberté, elle s'étend désormais à toutes les peines, peines complémentaires et mesures d'exécution de la peine comprises.

L'exigence de motivation de la peine se retrouve soit dans la loi elle-même, soit à travers la jurisprudence.

En matière de peine privative de liberté, l'article 132-19 du code pénal, applicable à compter du 1^{er} mars 1994, dispose qu'en matière correctionnelle, la juridiction ne peut prononcer une peine d'emprisonnement sans sursis qu'après avoir spécialement motivé le choix de cette peine, la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 ayant introduit une exception notable pour le(la) condamné(e) en état de récidive légale.

Cette évolution législative a été accompagnée par la Cour de cassation qui a jugé, par un arrêt du 6 février 1995³⁵, qu'en matière correctionnelle, selon les dispositions combinées des articles 132-19 et 132-24 du code pénal, le choix d'une peine d'emprisonnement sans sursis doit être spécialement motivé en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur et que satisfait à ces exigences l'arrêt qui, pour condamner à une peine d'emprisonnement ferme un prévenu déclaré coupable d'infractions à la législation sur les stupéfiants, relève qu'il s'est livré pendant 2 ans à un trafic organisé, de nature à faciliter l'accès des jeunes à la délinquance engendrée par la toxicomanie, que ses actes ont été commis dans l'unique but de son enrichissement personnel

³¹ C. SAAS, « [Peine complémentaire \(correctionnelle\) : contrôle de la motivation - entre normativité et proportionnalité](#) », D. 2017, p. 961.

³² J. PRADEL, « Du principe de proportionnalité en droit pénal », *op. cit.*

³³ *Ibid.*

³⁴ G. TAUPIAC-NOUVEL, « À la recherche de la peine en droit de l'Union européenne », *Dr. pén.* n° 9, sept. 2015, dossier 6.

³⁵ Crim., 6 févr. 1995, pourvoi n° [94-82.731](#), Bull. crim. 1995, n° 48.

III. LES AUTRES TYPES DE CONTRÔLES DE PROPORTIONNALITÉ

et qu'il y a lieu en conséquence d'aggraver la peine d'emprisonnement partiellement assortie du sursis prononcée par les premiers juges.

Dans nombre de décisions, la chambre criminelle de la Cour de cassation a posé, en application de ce texte, un principe de motivation spéciale renforcée, affirmant que la motivation devait « *caractériser la nécessité de la peine d'emprisonnement ferme conformément aux dispositions de l'article 132-24 du code pénal* », soit à la fois au regard de la gravité des faits et au regard de la personnalité du condamné.

Nonobstant le principe de la liberté laissée au juge du fond quant au choix de la peine, cette jurisprudence est parfaitement conforme aux intentions affichées par le législateur de n'envisager la peine ferme que comme dernier recours et lorsque « *toute autre sanction est manifestement inadéquate* ».

B – ... à l'exigence de motivation de toutes les peines et aux mesures d'exécution des peines

1° – L'exigence de motivation de toutes les peines

Par un revirement de jurisprudence du 1^{er} février 2017, la chambre criminelle a abandonné sa position traditionnelle jugeant que, hormis les cas expressément prévus par la loi, la détermination de la peine par les juges relevait de leur seule appréciation. Désormais, les juges du fond conservent le libre choix, dans les limites légales, de la peine ou des peines. Il ne s'agit pas de remettre en cause leur pouvoir de personnaliser les peines, dans leur nature, leur *quantum* et leur régime. Leur appréciation est souveraine. Pour autant, elle n'est plus discrétionnaire.

Elle a ainsi érigé en principe qu'il « *résulte des articles 132-1 du code pénal et 485 du code de procédure pénale qu'en matière correctionnelle toute peine doit être motivée au regard de la gravité des faits, de la personnalité de son auteur et de sa situation personnelle* »³⁶.

Les critères, prévus à l'article 132-1 du code pénal, correspondent à la gravité des faits (ou circonstances de l'infraction), la personnalité de l'auteur et sa situation personnelle (situation matérielle, familiale et sociale).

La personnalité se distingue de la situation personnelle en ce qu'il s'agit de relever des éléments issus du dossier et des débats tenant à l'existence ou non d'antécédents judiciaires, les aspects psychologiques, l'attitude de la personne, son parcours personnel etc. (par exemple, une longue qualité d'élu et un souci d'enrichissement personnel important ont été considérés comme des éléments de personnalité).

Il appartient au juge de motiver la peine qu'il prononce en se référant, dans sa décision, aux éléments qui résultent du dossier et à ceux qu'il a sollicités et recueillis lors des débats. Il revient au prévenu, à la demande du juge ou d'initiative, d'exposer sa situation et de produire, éventuellement, des justificatifs de celle-ci³⁷.

Ainsi, et dès lors qu'est acquise la reconnaissance de culpabilité, le juge doit apprécier la nature et le *quantum* de la peine prononcée au regard du droit fondamental auquel elle est susceptible de porter atteinte comme par exemple le droit de propriété, la liberté d'expression ou encore la liberté d'aller et venir.

³⁶ Crim., 1^{er} févr. 2017, pourvoi n° [15-85.199](#), Bull. crim. 2017 ; Crim., 20 juin 2017, pourvoi n° [16-80.982](#), Bull. crim. 2017, n° 169 ; Crim., 28 juin 2017, pourvoi n° [16-87.469](#), Bull. crim. 2017, n° 188 ; Crim., 27 juin 2018, pourvoi n° [16-87.009](#), Bull. crim. 2018, n° 128.

³⁷ Crim., 27 juin 2018, n° [16-87.009](#).

III. LES AUTRES TYPES DE CONTRÔLES DE PROPORTIONNALITÉ

Une limite à la généralisation de l'exigence de motivation doit cependant être relevée : l'exigence selon laquelle, en matière correctionnelle, toute peine doit être motivée au regard de la gravité des faits, de la personnalité de leur auteur et de sa situation personnelle s'applique au prononcé de la peine d'emprisonnement avec sursis et mise à l'épreuve (devenu sursis probatoire suite à l'adoption de la loi n° 2019-22 du 23 mars 2019³⁸), et non au choix de ses modalités que sont les obligations prévues à l'article 132-45 du code pénal, lesquelles sont susceptibles d'être modifiées par le juge de l'application des peines³⁹, solution entérinée depuis par le législateur.

La Cour de cassation a été amenée à préciser l'exigence de motivation appliquée aux peines d'amende en retenant qu'il résulte des articles 132-20, 132-1 du code pénal et 485, 512, 593 du code de procédure pénale, qu'en matière correctionnelle, le juge qui prononce une amende doit motiver sa décision au regard des circonstances de l'infraction, de la personnalité et de la situation personnelle de son auteur, en tenant compte de ses ressources et de ses charges⁴⁰.

Il doit être souligné que la décision qui ne comporterait aucune motivation sur les ressources ou les charges du(de la) condamné(e) ne serait pas cassée en référence au principe de proportionnalité mais pour violation de la loi⁴¹.

À l'inverse, lorsque le(la) prévenu(e) comparaît à l'audience et justifie avoir une profession, les juges ne peuvent motiver leur décision de refus d'aménager une peine sur l'absence d'éléments précis relatifs, notamment, aux horaires de travail de l'intéressé(e) et à son lieu d'exercice alors que celui-ci(elle-ci) pouvait répondre à toutes les questions leur permettant d'apprécier la faisabilité de l'aménagement⁴².

2° – L'exigence de motivation des mesures d'exécution

L'article 132-24, alinéa 3, prévoit qu'« *en matière correctionnelle, en dehors des condamnations en récidive légale prononcées en application de l'article 132-19-1, une peine d'emprisonnement sans sursis ne peut être prononcée qu'en dernier recours si la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine nécessaire et si toute autre sanction est manifestement inadéquate ; dans ce cas, la peine d'emprisonnement doit, si la personnalité et la situation du condamné le permettent, et sauf impossibilité matérielle, faire l'objet d'une des mesures d'aménagement prévues aux articles 132-25 à 132-28* ».

Ces dispositions font une distinction entre, d'une part, la motivation de la peine ferme, et, d'autre part, la motivation relative à l'absence d'aménagement, lorsque la peine ferme est prononcée.

La première question que le juge doit se poser, et il doit en assurer la motivation dans sa décision, est celle de savoir si la peine privative de liberté ne serait pas disproportionnée sans le prononcé de son exécution en placement à l'extérieur, sous surveillance électronique, ou en semi-liberté.

S'agissant de l'aménagement des peines, après avoir censuré un certain nombre de décisions, dans lesquelles la cour d'appel n'avait pas recherché « *si la personnalité et la situation du condamné permettraient d'aménager la peine d'emprisonnement sans sursis* » ni justifié « *d'une impossibilité matérielle empêchant cet aménagement* »⁴³, la chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un arrêt du 22 février 2012⁴⁴, rendu en formation plénière, a limité son contrôle et validé la motivation

³⁸ L. n° [2019-222](#) du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, art. 81 et 109-XIX.

³⁹ Crim., 22 nov. 2017, pourvoi n° [16-83.549](#), Bull. crim. 2017, n° 267.

⁴⁰ Crim., 1 févr. 2017, pourvoi n° [15-83.984](#), Bull. crim. 2017, n° 29 ; Crim., 15 mars 2017, pourvoi n° [16-83.838](#), Bull. crim. 2017, n° 73 ; Crim., 27 juin 2018, pourvoi n° [16-87.009](#), Bull. crim. 2018, n° 128 ; Crim., 8 nov. 2017, pourvoi n° [16-86.971](#).

⁴¹ Crim., 24 janv. 2018, pourvoi n° [16-86.597](#) ; Crim., 30 janv. 2018, pourvoi n° [16-87.072](#).

⁴² Crim., 9 avr. 2019, pourvoi n° [18-83.874](#), Bull. crim. 2019, n° 70.

⁴³ Notamment, Crim., 3 nov. 2011, pourvoi n° [10-87.502](#), Bull. crim. 2011, n° 226 ; Crim., 16 nov. 2011, pourvoi n° [11-80.433](#) ; Crim., 19 oct. 2011, pourvoi n° [11-80.660](#).

⁴⁴ Crim., 22 févr. 2012, pourvoi n° [11-82.975](#), Bull. crim. 2012, n° 53.

III. LES AUTRES TYPES DE CONTRÔLES DE PROPORTIONNALITÉ

d'une cour d'appel qui avait rejeté l'aménagement en énonçant qu'elle ne disposait « *pas, en l'état, de renseignements suffisamment précis pour évaluer la situation personnelle et professionnelle* » du condamné.

La chambre criminelle juge désormais que les juges du fond doivent s'expliquer sur les éléments de la personnalité du(de la) prévenu(e) qu'ils ont pris en considération pour fonder leur décision et si le(la) prévenu(e) est non comparant(e) devant eux, ils doivent constater qu'il(elle) n'avait fait produire aucun élément de nature à justifier de sa situation⁴⁵.

Si la période de sûreté constitue une modalité d'exécution de la peine, il résulte du point 9 de la décision du Conseil constitutionnel n° 2018-742 QPC du 26 octobre 2018, qu'elle « *présente un lien étroit avec la peine et l'appréciation par le juge des circonstances propres à l'espèce* », de sorte que, faisant corps avec elle, elle doit faire l'objet d'une décision spéciale et motivée lorsqu'elle est facultative ou excède la durée prévue de plein droit⁴⁶.

C – Motivation de la proportionnalité de la peine

Si l'exigence de motivation de la peine est acquise, le juge peut être amené à motiver le fait que la peine qu'il prononce est proportionnée aux faits qu'il réprime.

L'exigence de motivation d'une peine ne signifie pas automatiquement exigence de motivation de la proportionnalité de la peine prononcée. L'exemple le plus topique en la matière est celui de la peine d'emprisonnement : le moyen qui invoque une violation de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour contester une condamnation à une peine d'emprisonnement prononcée conformément aux exigences de l'article 132-19 du code pénal est inopérant⁴⁷.

1° – Motivation du contrôle du caractère proportionné de la peine instituée par le législateur

Le juge du fond peut être amené à répondre à des conclusions tendant à l'illégalité de la peine prévue par le législateur au regard du principe de proportionnalité. Il s'agit la plupart du temps de conclusions posant une question prioritaire de constitutionnalité.

Ainsi, le Conseil constitutionnel a-t-il été amené à juger que :

- en prévoyant que pour tout crime ou délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement commis par une personne morale, dès lors que l'infraction a procuré un profit direct ou indirect, le maximum de la peine est établi en proportion du chiffre d'affaires de la personne morale prévenue, le législateur a retenu un critère de fixation du montant maximum de la peine encourue qui ne dépend pas du lien entre l'infraction à laquelle il s'applique et le chiffre d'affaires et est susceptible de revêtir un caractère manifestement hors de proportion avec la gravité de l'infraction constatée⁴⁸ ;
- en punissant de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende la préparation d'actes susceptibles de constituer des atteintes à la personne humaine en relation avec une entreprise individuelle ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur, le législateur n'a pas institué une peine manifestement disproportionnée⁴⁹ ;

⁴⁵ Crim., 20 févr. 2019, pourvoi n° [18-80.865](#).

⁴⁶ Crim., 10 avr. 2019, pourvoi n° [18-83.709](#).

⁴⁷ Crim., 28 juin 2017, pourvoi n° [16-87.658](#), publié.

⁴⁸ Cons. const., 4 déc. 2013, [2013-679 DC](#).

⁴⁹ Cons. const., 7 avr. 2017, [2017-625 QPC](#).

III. LES AUTRES TYPES DE CONTRÔLES DE PROPORTIONNALITÉ

- en punissant de sept ans d'emprisonnement et de 100.000 euros d'amende le délit d'apologie publique d'actes de terrorisme commis en utilisant un service de communication au public en ligne, le législateur a pris en compte l'ampleur particulière de la diffusion des messages prohibés que permet ce mode de communication ainsi que son influence dans le processus d'endoctrinement d'individus susceptibles de commettre des actes de terrorisme. Ces peines, qui sont prononcées en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de leur auteur, ne sont manifestement pas disproportionnées⁵⁰.

2° – Motivation de la proportionnalité de la peine prononcée

L'exigence de motivation de la proportionnalité de la peine prononcée par le juge du fond peut se référer à des matières spécifiques puisqu'il s'agit de confronter la peine prononcée au regard d'un droit fondamental.

Le droit de la presse, la peine complémentaire de confiscation, les requêtes en relèvement de l'interdiction du territoire français ou encore la peine de jours-amende ont été l'occasion, pour la Cour de cassation, de préciser les contours de la motivation de la proportionnalité de la peine.

En matière de presse ou pour prononcer la confiscation de tout ou partie du patrimoine, le juge est amené à réaliser un contrôle de proportionnalité d'office.

Le juge doit vérifier le caractère proportionné de l'atteinte portée par la sanction au principe de la liberté d'expression défini par l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales tel qu'interprété par la CEDH⁵¹.

La Cour de cassation opère un contrôle de la motivation de la peine prononcée en matière de presse. Elle a, ainsi, approuvé une cour d'appel qui avait réduit les condamnations pécuniaires prononcées en première instance en énonçant qu'en l'état de ses énonciations et constatations procédant de son appréciation souveraine, il résulte qu'elle a vérifié que ni la sanction pénale ni les réparations civiles qu'elle a ordonnées ne portaient une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression ou n'étaient de nature à emporter un effet dissuasif pour l'exercice de cette liberté⁵².

La peine de confiscation a été l'occasion pour la Cour de cassation de poser les principes de la motivation de cette peine particulière au regard de la notion de proportionnalité.

Elle a, en effet, en la matière, mis en œuvre une application différenciée du principe de proportionnalité selon la licéité du produit de l'infraction justifiant la confiscation ou la saisie : si le bien est totalement illicite, le principe de proportionnalité ne trouve pas à s'appliquer⁵³, si le bien est en partie d'origine frauduleuse, le juge doit motiver la mesure de confiscation au regard du principe de proportionnalité⁵⁴.

La Cour de cassation a précisé, en ce sens, que le moyen pris d'une insuffisance de motivation de la peine complémentaire de confiscation prononcée par la juridiction correctionnelle, au regard de la gravité des faits, de la personnalité de leur auteur et de sa situation personnelle, est inopérant s'agissant de la confiscation de biens qui sont le produit de l'infraction⁵⁵.

Le juge doit par ailleurs motiver la confiscation d'un immeuble en la combinant avec le principe de proportionnalité qui est la seule garantie des atteintes au droit de la propriété, droit protégé notamment par l'article 1 du protocole n° 1 additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La saisie d'un bien immobilier partiellement

⁵⁰ Cons. const., 18 mai 2018, [2018-706 QPC](#).

⁵¹ Crim., 1^{er} févr. 2017, pourvoi n° [15-84.511](#), Bull. crim. 2017, n° 30.

⁵² Crim., 18 juin 2019, pourvoi n° [18-84.209](#).

⁵³ Crim., 7 déc. 2016, pourvoi n° [16-80.879](#).

⁵⁴ Crim., 4 mai 2017, pourvoi n° [16-87.330](#).

⁵⁵ Crim., 31 janv. 2018, pourvoi n° [17-81.876](#), Bull. crim. 2018, n° 29.

III. LES AUTRES TYPES DE CONTRÔLES DE PROPORTIONNALITÉ

acquis à l'aide de fonds d'origine illicite doit être examinée à travers le prisme de la proportionnalité⁵⁶.

Dans un arrêt récent⁵⁷, la Cour de cassation a rappelé qu'en matière de confiscation, le juge du fond doit apprécier la nécessité de l'atteinte au droit de propriété qui doit respecter le principe de proportionnalité, puis elle a précisé l'étendue de l'exigence de motivation à laquelle il doit satisfaire soulignant ainsi le lien entre principe de proportionnalité et obligation de motivation.

Le juge, saisi d'une demande de relèvement d'une peine d'interdiction définitive du territoire français, par un requérant invoquant le droit au respect de sa vie privée et familiale, doit rechercher si le maintien de la mesure en cause respecte un juste équilibre entre le droit précité et les impératifs de sûreté publique, de prévention des infractions pénales et de protection de la santé publique visés à l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁵⁸.

En réalité, le jugement qui rejette une requête en relèvement d'une interdiction du territoire français doit comporter la même motivation spéciale que celui qui a prononcé cette peine. Il doit ainsi prendre en considération, et mettre en balance, la gravité de l'infraction et la situation personnelle et familiale du(de la) requérant(e).

La Cour de cassation énonce en effet expressément que le prononcé du relèvement doit être effectué dans le respect du principe de proportionnalité au visa des articles 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 702-1 et 703 du code de procédure pénale⁵⁹.

En matière de motivation de la proportionnalité de la peine, le prononcé de la peine de jours-amende⁶⁰ est intéressant en ce sens qu'il oblige à une double motivation : celle du nombre et de la quotité de ces jours-amende.

Le montant de l'amende doit être motivé au regard des ressources et des charges de l'auteur et le nombre de jours prononcé est une condamnation particulière qui doit être proportionnée à la faute imputée au prévenu.

La motivation du nombre de jours retenu doit donc être calquée sur la durée de la privation de liberté qui aurait été prononcée si le juge n'avait pas choisi cette peine.

Conclusion. Le Conseil constitutionnel a érigé en exigence constitutionnelle la motivation d'un jugement en matière pénale⁶¹.

Comme l'a souligné Elisabeth PICHON, si le choix de la peine prononcée par le juge en matière correctionnelle demeure libre, il doit désormais être justifié, preuve s'il en est du lien existant entre le principe de proportionnalité et l'obligation de motivation⁶².

Dans le fil de l'ensemble de ces développements, [la trame du jugement correctionnel, accessible sur le site de l'ENM](#) est un des outils devant permettre au juge du fond de satisfaire à la forte exigence de motivation.

⁵⁶ Crim., 27 juin 2018, pourvoi n° [16-87.009](#) et Crim., 27 juin 2018, pourvoi n° [17-84.280](#).

⁵⁷ Crim., 29 janv. 2020, pourvoi n° [17-83.577](#).

⁵⁸ Crim., 30 mars 2011, pourvoi n° [09-86.641](#), Bull. crim. 2011, n° 68.

⁵⁹ Crim., 3 juin 2015, pourvoi n° [14-86.507](#), Bull. crim, n° 138.

⁶⁰ Article 131-5 du code pénal : « *Lorsqu'un délit est puni d'une peine d'emprisonnement, la juridiction peut prononcer une peine de jours-amende consistant pour le condamné à verser au Trésor une somme dont le montant global résulte de la fixation par le juge d'une contribution quotidienne pendant un certain nombre de jours. Le montant de chaque jour-amende est déterminé en tenant compte des ressources et des charges du prévenu ; il ne peut excéder 1 000 euros. Le nombre de jours-amende est déterminé en tenant compte des circonstances de l'infraction ; il ne peut excéder trois cent soixante.* »

⁶¹ Cons. const., 2 mars 2018, décision [2017-694 QPC](#) (à propos des décisions de cours d'assises).

⁶² E. PICHON, « Motivation, une jurisprudence vivante : selon la chambre criminelle de la Cour de cassation, si le choix de la peine prononcée par le juge en matière correctionnelle demeure libre, il doit désormais être justifié », *Dr. pén.* 2017, n° 3, étude 7.

CONCLUSION

Par

Chantal ARENS

Première présidente de la Cour de cassation

Je suis particulièrement heureuse de pouvoir à nouveau, au sein de cette revue, m'adresser à l'ensemble de la communauté juridique, praticiens du droit et universitaires, pour aborder le contrôle de proportionnalité, auquel, en tant que première présidente de la Cour de cassation, je suis particulièrement attachée. La réflexion conduite par la présidente de la première chambre civile de la Cour de cassation, M^{me} Anne-Marie BATUT, avec le soutien précieux du président Alain LACABARATS, s'est traduite par la remise d'un rapport sur le contrôle de conventionnalité, consultable sur le site internet de la Cour de cassation¹.

Le principe de proportionnalité est de ces notions communément partagées par les cours suprêmes nationales et internationales. Au creuset des traditions juridiques de droit civil et de *common law*, le contrôle de proportionnalité s'est imposé comme un standard au service de finalités variées. Qu'il protège des droits fondamentaux ou des libertés économiques conventionnellement garanties, des dispositions internes, constitutionnelles ou légales en matières administrative, civile ou pénale, le contrôle de proportionnalité est un instrument d'articulation des normes au sein de l'ordonnement juridique. C'est pourquoi, il s'inscrit dans un dialogue constant entre les juridictions du fond et les juridictions suprêmes, entre les juridictions nationales et les juridictions supranationales. Bien qu'unique dans son principe, cette pluralité d'instances le rend multiple, dans ses formes et ses manifestations.

En France, ce mécanisme de contrôle dépasse le principe de la dualité des ordres de juridiction et s'enrichit de la pratique tant du magistrat judiciaire que du juge administratif. Aussi, la Cour de cassation et le Conseil d'État, appuyés dans leurs travaux de réflexion par l'Université, ont cherché à conceptualiser le contrôle de proportionnalité (selon l'expression du premier président Bertrand LOUVEL) pour mieux le mettre en œuvre dans leur jurisprudence respective².

Les modalités du contrôle (*in abstracto* ou *in concreto*), son intensité et sa portée sont toutefois fonction de la juridiction qui l'exerce et du contentieux qui en fait l'objet. Les contributions variées de ce numéro en attestent. Du contrôle *in abstracto* de principe en matière de droits procéduraux³ au contrôle concret des sanctions patrimoniales (hors confiscation)⁴, l'appréciation de la proportionnalité s'ajuste selon les contentieux, les intérêts en présence et, le cas échéant, les circonstances de l'espèce. Pour autant, le contrôle de proportionnalité, tel qu'exercé par le juge judiciaire, n'est pas dépourvu de méthode⁵. Les grandes lignes jurisprudentielles sont tracées par la Cour de cassation dans le respect de sa mission de contrôle de la légalité des décisions de justice critiquées devant elle. La présente conclusion sera ainsi davantage axée sur le contrôle de proportionnalité tel qu'opéré par le juge judiciaire.

¹ Rapport du groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité, juin 2020, [site internet de la Cour](#).

² J.-M. SAUVÉ, « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés », *Conférence à l'Institut Portalis*, 17 mars 2017, [site internet du Conseil d'État](#).

³ A. MARTINEL, « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de procédure civile », dans cette revue, p. 60.

⁴ É. CAMOUS, « Le contrôle de proportionnalité des sanctions patrimoniales », dans cette revue, p. 113.

⁵ F. ROUVIÈRE, « Existe-t-il une méthode du contrôle de proportionnalité ? », dans cette revue, p. 35.

Le contrôle de proportionnalité n'est pas aisé à appréhender, ni à exercer et ce parce qu'il n'est pas un. Il n'existe pas une seule forme de contrôle de proportionnalité.

Classiquement, le contrôle de proportionnalité a une origine légale : par exemple en droit du cautionnement avec le contrôle de la proportion de l'engagement aux ressources de la caution⁶ ou encore en droit de la consommation avec le contrôle du déséquilibre significatif créé par les clauses abusives. Ce contrôle, entre les mains du juge, est prévu par la loi, encadré et délimité.

L'essor de la protection des droits fondamentaux a cependant conduit à nous familiariser avec une nouvelle forme de contrôle de proportionnalité, au champ d'application indéterminé par les textes et donc beaucoup plus vaste. Le juge du fond a dû s'adapter, et il a toujours pu compter sur le soutien de la Cour de cassation.

En effet, l'article 55 de la Constitution impose que les engagements internationaux pris par la France aient une autorité supérieure aux lois. Le Conseil constitutionnel n'ayant pas compétence pour connaître de ce contrôle⁷, ce sont les juridictions nationales, administratives et judiciaires, qui ont à l'exercer⁸. La norme la plus souvent invoquée est la Convention européenne des droits de l'homme. C'est au juge national qu'il appartient, au premier chef, d'en contrôler l'application, le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme étant subsidiaire. Or, celle-ci s'inspire notamment du droit de *common law* en exerçant le contrôle de conventionnalité d'une norme au regard des atteintes qu'elle porte aux droits fondamentaux *in abstracto* ou *in concreto*. Cela n'est pas dans notre tradition juridique et il nous a fallu nous adapter à ce nouveau contrôle que nous devons mettre en œuvre. Dans cet exercice, la Cour de cassation se doit d'être un soutien pour les juridictions du fond afin d'harmoniser l'exercice d'un contrôle casuistique qui peut apparaître aléatoire et incertain.

Il ne s'agit pas de faire de la Cour de cassation un troisième degré de juridiction qui connaîtrait du fait et non plus seulement du droit, mais d'en faire un guide qui donne les grandes lignes de l'exercice du contrôle de proportionnalité aux juridictions du fond.

Aujourd'hui, la Cour de cassation, dans son rôle normatif, connaît essentiellement du contrôle de proportionnalité dans le cadre de la protection des droits fondamentaux, au travers du contrôle de conventionnalité. Elle l'exerce non seulement au titre du contrôle de conventionnalité *in abstracto* mais également au titre du contrôle *in concreto*.

Dans son exercice du contrôle *in abstracto*, elle connaît particulièrement de la disproportion de la loi, au regard du but poursuivi, portant atteinte à un droit fondamental⁹. La troisième chambre civile, notamment, le rappelle et considère qu'une interprétation restrictive de l'article 905-1 du code de procédure civile¹⁰ conduirait à méconnaître le droit à l'accès au juge. L'interprétation de la norme est alors en elle-même disproportionnée. Ce contrôle conduit à l'écarter pour tout litige l'invoquant. La Cour de cassation réalise, en ce domaine, un contrôle lourd de la violation de la loi, qui se rapproche

⁶ S. CABRILLAC, « L'identification légale du cautionnement disproportionné », dans cette revue, p. 87.

⁷ Cons. const. 15 janv. 1975, n° [74-54 DC](#), IVG.

⁸ Ch. mixte, 24 mai 1975, pourvoi n° [73-13.556](#), Bull. ch. mixte, Jacques Vabre ; CE Ass., 20 oct. 1989, n° [108243](#), *Nicolo*.

⁹ Civ. 3^e, 12 juill. 2018, pourvoi n° [17-16.967](#).

¹⁰ « Lorsque l'affaire est fixée à bref délai par le président de la chambre, l'appelant signifie la déclaration d'appel dans les dix jours de la réception de l'avis de fixation qui lui est adressé par le greffe à peine de caducité de la déclaration d'appel relevée d'office par le président de la chambre ou le magistrat désigné par le premier président ; cependant, si, entre-temps, l'intimé a constitué avocat avant signification de la déclaration d'appel, il est procédé par voie de notification à son avocat. À peine de nullité, l'acte de signification indique à l'intimé que, faute pour lui de constituer avocat dans un délai de quinze jours à compter de celle-ci, il s'expose à ce qu'un arrêt soit rendu contre lui sur les seuls éléments fournis par son adversaire et que, faute de conclure dans le délai mentionné l'article 905-2, il s'expose à ce que ses écritures soient déclarées d'office irrecevables ».

du contrôle de proportionnalité effectué par le Conseil constitutionnel. La norme de référence n'est pas, ici, la Constitution mais les engagements internationaux protégeant les droits fondamentaux.

Le contrôle de conventionnalité *in concreto* pose, lui, plus de questions car il conduit à faire, selon la formule du président Pascal CHAUVIN¹¹, une application différenciée de la norme législative ou réglementaire selon la gravité des conséquences pratiques emportées au regard des droits fondamentaux. Il ne s'agit pas d'écarter une norme parce qu'elle est contraire à un engagement international mais de l'écarter lorsque, au regard de la mise en balance des intérêts en cause, l'application de la norme au cas d'espèce apparaît disproportionnée. Dès lors la règle en elle-même peut être en pleine conformité avec la Convention européenne des droits de l'homme ou un autre texte international mais son application pourrait emporter des conséquences qui porteraient dans le cas d'espèce une atteinte trop grande aux droits fondamentaux. La règle est alors ponctuellement mise à l'écart. En outre, une loi déclarée constitutionnelle peut également n'être pas appliquée au litige par le truchement de ce contrôle *in concreto*¹². Il s'agit d'assurer une plus grande protection des intérêts des justiciables.

Cependant, deux risques peuvent être relevés, auxquels que la Cour de cassation tente de répondre dans son rôle de cour suprême.

Le premier serait celui de créer une rupture d'égalité entre les justiciables dans une application différenciée de la norme. En effet, d'aucun pourrait contester qu'une règle soit écartée dans un litige mais appliquée dans celui qui le concerne. Et cette contestation serait légitime. Le second serait celui de l'insécurité et de l'imprévisibilité de la règle de droit qui pourrait sans cesse être remise en cause.

Cependant la Cour, sous l'impulsion du premier président Bertrand LOUVEL et du président JEAN¹³, a mis en place des outils permettant de limiter la réalisation de ces risques. Je m'inscris évidemment dans cette continuité car il est nécessaire d'harmoniser les pratiques dans l'exercice de ce contrôle de proportionnalité afin que les modalités de celui-ci soient les mêmes au sein de chacune des juridictions.

Il appartiendra notamment à la Cour d'identifier les contentieux qui pourront faire l'objet d'un contrôle de conventionnalité, qu'il soit *in abstracto* ou *in concreto*. Cela permettra à l'ensemble des magistrats d'avoir clairement connaissance des matières dans lesquelles il leur est possible de recourir à ce contrôle. En effet, il est des matières qui ne peuvent être soumises au contrôle de proportionnalité quel qu'il soit – tel est le cas des droits fondamentaux absolus tels que la prohibition des traitements inhumains et dégradants – quand d'autres ne peuvent faire l'objet d'un contrôle de proportionnalité *in concreto*, ainsi que le rappelle la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, qui souligne que les règles de procédure civile ne peuvent se prêter qu'à un contrôle *in abstracto*¹⁴.

¹¹ P. CHAUVIN, « [La question de la proportionnalité dans la pratique jurisprudentielle - L'exemple français](#) », intervention lors du séminaire France-Israël des 7/9 novembre 2016.

¹² Cons. const. 12 mai 2010, n° [2010-605 DC](#) et CEDH, 16 janv. 2018, *Charron et autre c. France*, n° [22612/15](#).

¹³ B. LOUVEL, premier président, « Discours d'installation », 16 juillet 2014, [site internet de la Cour](#) ; B. LOUVEL, premier président, « Lettre de mission adressée à Monsieur Jean-Paul Jean, président de chambre, directeur du SDER », 19 sept. 2014, [site internet de la Cour](#).

¹⁴ B. PIREYRE (dir.), « Note relative au contrôle de proportionnalité en matière de procédure civile par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation », annexe II du rapport du groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité créé à l'initiative de Mme Chantal ARENS, première présidente de la Cour de cassation, et présidé par Mme Anne-Marie BATUT, présidente de la première chambre civile de la Cour de cassation, p. 15, juin 2020, [site internet de la Cour](#) ; A. MARTINEL « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de procédure civile », dans cette revue, p. 60.

L'admission du contrôle de proportionnalité se fait cependant de plus en plus largement, tant dans les matières concernées que dans la méthode, particulièrement au niveau de la cassation. En effet, ce contrôle a été élargi avec l'admission de présentation de moyens nouveaux dès lors qu'ils sont de pur droit. La Cour de cassation s'attache donc à censurer les arrêts qui n'exercent pas ce contrôle de proportionnalité et ces arrêts de cassation sont le plus souvent accompagnés d'une méthodologie à suivre comme ce fut le cas en matière de confiscation ou encore en matière de liberté de la presse¹⁵, afin d'accompagner tant les cours d'appel de renvoi que les juridictions qui seront saisies d'une question similaire.

La Cour a d'ailleurs généralisé le recours à la motivation dite enrichie afin de permettre une plus grande compréhension du raisonnement du contrôle de proportionnalité pour une application uniforme du droit. Sont également élaborés des trames, sous la forme de mémentos disponibles sur internet¹⁶, ainsi que des arrêts pilotes afin d'illustrer l'exercice de ce contrôle. Ces pratiques ont vocation à se généraliser pour chaque contentieux et à être diffusées plus largement aux juridictions du fond afin d'assurer une application harmonieuse des normes législatives et réglementaires.

Enfin, si la Cour de cassation ne peut connaître des faits, elle ne peut cependant se contenter de vérifier superficiellement l'application de la norme. Dès lors l'intensité du contrôle qu'elle effectue sur le respect du contrôle de proportionnalité varie selon les matières. La Cour de cassation a donc dressé les contours du contrôle lourd et du contrôle restreint qu'elle exerce dans le cadre du contrôle *in concreto* comme le rappelle le rapport du groupe de travail. Ceux-ci seront développés dans le cadre d'une réflexion menée avec les juridictions du fond. L'uniformisation du contrôle de proportionnalité doit, en effet, s'effectuer avec le concours de toutes les juridictions.

Un comité de suivi du contrôle de proportionnalité, dans la suite du groupe de travail animé par la présidente Anne-Marie BATUT sera créé afin de mettre en application les propositions formulées. Le contrôle de proportionnalité doit rester un outil au service de l'intérêt des justiciables – la Cour de cassation y est très attachée – en conciliant notamment les impératifs de sécurité juridique avec la nécessaire proportion de la norme aux droits fondamentaux. Par ce contrôle de proportionnalité de la norme aux droits fondamentaux, le juge renforce son rôle normatif.

Comme souvent, la justice est affaire d'équilibres, fragiles, dont les magistrats sont les solides garants. Il faut le garder à l'esprit, lors de l'exercice de ce contrôle de proportionnalité, aussi nécessaire que versatile.

¹⁵ Ex. Civ. 1^{re}, 21 mars 2018, n° [16-28.741](#) ; Crim., 12 juin 2019, n° [18-83.396](#).

¹⁶ [Site internet de la Cour.](#)

Né dans la jurisprudence des cours constitutionnelles et supranationales, le **contrôle de proportionnalité** innerve aujourd'hui toutes les branches du droit privé et du droit pénal français.

Dans la suite de la diffusion au mois d'octobre 2020 du rapport du groupe de travail sur le **contrôle de conventionnalité** mis en place à la Cour de cassation, et en collaboration avec cette dernière, ce numéro de la RJA revient sur l'ensemble des travaux menés par la Haute juridiction concernant le **contrôle de proportionnalité au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales**, ainsi que sur les réflexions et constructions dont il continue de faire l'objet et ses **applications jurisprudentielles** les plus récentes, afin de fournir aux juges du fond et aux auxiliaires de justice des **repères méthodologiques** susceptibles d'en faciliter l'appréhension et l'appropriation.

Intéressant tous les ordres de juridiction, nationaux et supranationaux, et l'ensemble de la doctrine quelle que soit sa spécialité, le contrôle de proportionnalité est également abordé dans ce numéro au travers des analyses de magistrats administratifs et européens, ainsi que d'universitaires publicistes, privatistes et/ou spécialisés en droit européen et international qui, outre la **technique juridique**, questionnent les enjeux du déploiement du contrôle de proportionnalité en droit interne, au regard notamment de l'**office classique du juge** et de son **rapport à la loi**.

Notion plurielle, le contrôle de proportionnalité est enfin envisagé sous deux de ses autres formes (**contrôle de proportionnalité d'origine légale et contrôle de proportionnalité de la sanction**) dans le cadre de contributions élaborées à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, du Conseil constitutionnel et de la Cour de cassation et conçues au **soutien des pratiques professionnelles** (modalités de mise en œuvre des dispositions de droit interne imposant un contrôle de proportionnalité, circonstances dans lesquelles ledit contrôle doit être effectué en dehors des prévisions textuelles, incidences sur la motivation des décisions de justice...).