

## RTD Civ. 2001 p. 699

**La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation**

(Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 2001, à paraître au Bulletin ; Civ. 3<sup>e</sup>, 10 mai 2001, à paraître au Bulletin ; Civ. 1<sup>re</sup>, 4 avr. 2001, Bull. civ. I, n° 105, p. 67 ; Crim. 13 mars 2001 ; Com. 27 févr. 2001, pourvoi n° 99-15.414 ; Soc. 9 janv. 2001, Bull. civ. V, n° 237, p. 186 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 17 oct. 2000, Bull. civ. I, n° 249, p. 163 ; Soc. 20 juin 2000, Bull. civ. V, n° 237, p. 186)

Nicolas Molfessis, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

\*  
\*\*

On sait les interrogations nombreuses que les principes généraux du droit ont pu provoquer : existent-ils en droit positif ou ne sont-ils que l'expression d'un droit naturel ; quelle est leur place dans la hiérarchie des normes ; ont-ils une existence autonome ou ne dépendent-ils toujours que d'une source formelle du droit... ? Les controverses, pendant plus d'un demi-siècle, ont été vives, opposant les tenants d'un positivisme agnostique, puisque hostile à la reconnaissance des principes généraux comme source autonome du droit, et les partisans de leur existence propre, pour lesquels le droit ne se réduit pas à son expression positive. Débats des plus cruciaux, qui mettent en cause la conception même du système juridique - sa complétude ou au contraire son caractère lacunaire -, la représentation des sources du droit et leurs rôles respectifs - notamment les interactions entre les principes et la loi, la jurisprudence, la coutume ou encore la doctrine. Plusieurs décisions récentes incitent à rechercher de quelle manière la Cour de cassation prend part au débat.

D'un simple point de vue quantitatif, elles marquent indéniablement un essor des principes dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Que l'on en juge : en quelques mois, la Cour de cassation a consacré plusieurs principes inédits, comme « le principe selon lequel l'exception de nullité est perpétuelle » (Civ. 3<sup>e</sup>, 10 mai 2001), « le principe général du droit selon lequel ce qui est réputé nul est censé n'avoir jamais existé » (Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 2001), « le principe général du droit selon lequel celui qui réclame le bénéfice d'un droit doit justifier [de ses] conditions d'application » (Civ. 1<sup>re</sup>, 17 oct. 2000), ou encore « les principes généraux du droit commercial tenant aux critères de durée et de portée territoriale » en matière de clause de non-concurrence (Com. 27 févr. 2001). Elle s'est également appuyée sur « le principe général du droit selon lequel nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui » (Civ. 1<sup>re</sup>, 4 avr. 2001) ou encore sur « les principes généraux du droit international » (Crim. 13 mars 2001). Vu avec faveur, un tel essor pourrait être considéré comme caractéristique d'un souci de systématisation de la Cour de cassation, désireuse « d'affirmer par un corps de principes énoncés au-delà d'une légalité et d'une réglementation excessivement contingentes et instables, la continuité et la cohérence du système juridique » (B. Oppetit, Les « principes généraux » dans la jurisprudence de cassation, Cah. dr. entr. n° 5, 1989.16). Mais la présence croissante des principes au sein des visas de la Cour de cassation pourrait aussi être tenue pour un effet de la domination des droits fondamentaux au sein de notre ordre juridique, qui semble laisser accroire que, pour être fondée, une solution juridique devrait - au moins en apparence - emprunter à un principe « universalisable ». Participant d'un ordre juridique qui postule la suprématie des principes, et accorde la prééminence à ceux qui les appliquent - Cour européenne des droits de l'homme, Cour de justice des Communautés mais aussi Conseil constitutionnel -, la Cour de cassation alignerait ainsi ses méthodes sur celles des cours qui se veulent suprêmes. En tout état de cause, une telle inflation n'est pas sans risquer d'entraîner une dévaluation même des principes - par un phénomène déjà maintes fois observé au sujet de la loi.

Mais encore faudrait-il être certain, avant même de pouvoir craindre leur perte de valeur, que les principes constituent une source du droit. La jurisprudence, loin de militer pour une réponse tranchée, oblige ici à distinguer les différents principes, condamnant toute pensée univoque.

C'est en premier lieu dans la forme que la diversité se manifeste. « Règles », « principes », « principes généraux » ou « principes généraux du droit », les appellations sont aussi multiples que variables. Loin d'adhérer à une conception unitaire de la notion de principe, la Cour de cassation laisse régner en son sein la polysémie du terme, cette richesse sémantique qui fait obstacle à la formation, en droit, d'une notion même de principe.

Règle(s) ou principe(s), tout d'abord ? Dominique Bureau a parfaitement montré que les deux termes ne devraient pas être tenus pour synonymes (Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales, th. Panthéon-Assas, 1992, n° 57 et s. p. 54 et s.), le premier devant être réservé aux seules propositions « dont la généralité permet de soutenir une large série de solutions positives » (en ce sens, V. ég. J. Boulanger, Principes généraux du droit et droit positif, in Mélanges G. Ripert, LGDJ, 1950, p. 51, spéc. n° 6, p. 57). La précision ne traduit pas seulement un souci de vocabulaire. Elle est une condition même de l'existence des principes, en tant que fondement d'un *corpus* juridique. Aussi, on comprendra que la chambre sociale parle simplement de « règle » dans une décision du 9 janvier 2001, lorsqu'elle vise celle « selon laquelle les frais professionnels engagés par le salarié doivent être supportés par l'employeur » ou encore, renvoie, dans une décision du 20 juin 2000, aux « règles relatives à la dénonciation des engagements unilatéraux » (Bull. civ. V, n° 237, p. 186). Mais est-ce bien la généralité de la proposition qui explique le visa, par la troisième chambre civile, du « principe selon lequel l'exception de nullité est perpétuelle » ou encore celui, par la première chambre, « du principe selon lequel ce qui est nul est réputé n'avoir jamais existé » ? Loin de porter une attention méticuleuse à la distinction des termes employés, les arrêts ne semblent pas toujours soucieux de la distinction (V. déjà le constat effectué par P. Morvan, Le principe de droit privé, éd. Panthéon-Assas, 1999, préf. J.-L. Souriaux, n° 398, p. 349). Sous cet aspect, l'arrêt précité du 9 janvier 2001 fera figure de révélateur : si la chambre sociale vise ici « la règle selon laquelle les frais professionnels engagés par le salarié doivent être supportés par l'employeur », elle n'hésitait pas, précédemment, à qualifier la même disposition de « principe général » (Soc. 25 févr. 1998, Bull. civ. V, n° 106, p. 77). Au surplus, alors même que le visa de l'arrêt du 9 janvier 2001 invoque la « règle » précitée, la Cour de cassation censure la décision d'appel pour avoir violé « le principe susvisé ». L'amalgame est d'ailleurs loin d'être inédit (V. ainsi s'agissant des « règles de la dénonciation des usages de l'entreprise » qualifiées pareillement de « principe », Soc. 3 déc. 1996, Dr. soc. 1997.102, obs. Ph. Waquet), qui laisse entendre que les termes sont interchangeable. Mais dans ces conditions, on admettra que de notion de principe, il ne saurait être question.

Principe au singulier ou principes au pluriel ; principe nommé ou innommé ? Là encore, la jurisprudence se place sous le signe de la diversité. Ainsi est parfois cité un principe particulier - « le principe général du droit selon lequel celui qui réclame le bénéfice d'un droit doit justifier des conditions d'applications » (*sic*, Civ. 1<sup>re</sup>, 17 oct. 2000), « le principe selon lequel ce qui est nul est réputé n'avoir jamais existé » (Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 2001) ou encore « le principe général du droit selon lequel nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui » (Civ. 1<sup>re</sup>, 4 avr. 2001,) - tandis que dans d'autres hypothèses, ce sont des principes indistincts qui sont invoqués - « les principes généraux du droit commercial tenant aux critères de durée et de portée territoriale » en matière de clause de non-concurrence (Com. 27 févr. 2001) ou encore, de façon plus

tranchée, les « principes généraux du droit international » (Crim. 13 mars 2001). Une telle indétermination est préjudiciable : l'existence même des principes, condition de leur invocation en jurisprudence et, *a fortiori*, de leur présence dans les visas des arrêts de la Cour de cassation, suppose nécessairement qu'ils soient nommés et identifiés, sans quoi l'on ne saurait admettre qu'ils puissent être assimilés à une « règle de droit » au sens de l'article 604 du nouveau code de procédure civile. « Les principes généraux du droit international » ne répondent pas à ces exigences procédurales, mais constituent au mieux une systématisation uniquement implicite de la matière, au pire une simple étiquette. Mais c'est déjà là évoquer le fond.

La seconde difficulté renvoie à la fameuse question de l'autonomie des principes généraux du droit. On en sait les enjeux : les principes sont-ils en eux-mêmes une source du droit ou ne doivent-ils leur consécration qu'à une source formelle, dont ils seraient dépendants ?

Hors série, il faut mentionner l'usage que la chambre criminelle peut faire de la notion de principe. Particulièrement rétive à consacrer l'existence de principes généraux du droit (V. cependant *infra*), sans doute par attachement au principe de la légalité, la chambre criminelle invoque pourtant fort souvent les principes, en veillant, on va le comprendre, à ne pas ajouter de qualificatif. Dans cette invocation des principes, il n'y a en réalité aucun paradoxe, dès lors que l'on prend conscience que, pour la chambre criminelle, les principes ne sont rien d'autre que la loi elle-même. Ainsi, visé-t-elle, dans une décision du 3 mai 2001 (arrêt n° 3286), l'article 336.1° du code des douanes, pour rappeler dans un attendu de *principe* - le terme est précisément adéquat - qu'« aux termes de ce texte, les procès-verbaux de douane rédigés par deux agents des Douanes ou de toute administration font foi jusqu'à inscription de faux des constatations matérielles qu'ils relatent ». Elle casse alors l'arrêt d'appel pour avoir « méconnu le sens et la portée du texte susvisé et du *principe énoncé* » ... qui n'est autre que la disposition énoncée à l'article visé. Le principe est ainsi assimilé à la règle écrite ; la distinction à laquelle pouvait inviter la formule employée, entre le texte et le principe, revient uniquement à distinguer l'enveloppe de la lettre. Le procédé est fréquent, sinon de style (V. dans la même période : Crim. 9 mai 2001, arrêts n° 3349 ; 3348 ; 29 mai 2001, arrêt n° 3155). Le principe, c'est alors la loi elle-même, d'où l'on ne peut que déduire la vacuité de la référence et, par hypothèse, l'inexistence des principes comme source du droit.

Mais si l'on écarte cette invocation fallacieuse, à quelle tendance rattacher la jurisprudence de la Cour de cassation ? Nul n'ignore, à ce titre, qu'une partie de la doctrine a pu nier l'autonomie des principes, en les reliant, selon les uns à la loi, selon d'autres à la coutume ou, d'après l'opinion la plus majoritaire, à la jurisprudence. De prime abord, les arrêts les plus récents de la Cour de cassation semblent offrir des arguments à chacune de ces conceptions et conduire à réfuter l'autonomie des principes.

Ainsi a-t-on pu contester l'existence des principes au motif qu'ils ne seraient jamais qu'une *emanation* de la loi, le fruit d'un raisonnement par « induction amplifiante » au terme duquel le juge dégagerait le principe d'un ou de plusieurs textes (J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, Introduction générale, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd. n° 449). L'arrêt précité du 17 octobre 2000 de la première chambre civile pourrait sans nul doute être revendiqué par les tenants d'une telle conception. « Le principe général du droit selon lequel celui qui réclame le bénéfice d'un droit doit justifier des [de ses] conditions d'application » est-il autre chose qu'une généralisation de la règle énoncée à l'article 1315 du code civil, ou le principe-décalque de la disposition autrement énoncée à l'article 9 du nouveau code de procédure civile : « Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention » ?

De même, le rattachement a parfois pu être effectué avec la coutume, notamment par les internationalistes, soucieux de conférer aux principes généraux une autonomie par rapport aux ordres juridiques étatiques, en les revêtant, pour ce faire, des habits de la coutume internationale (sur ce point, V. D. Bureau, *op. cit.* n° 165, p. 107, qui critique une telle assimilation) Soutenue dans le domaine du droit du commerce international (V. E. Loquin, L'application de règles anationales dans l'arbitrage commercial international, *in* L'apport de la jurisprudence arbitrale, Publ. CCI, n° 440/1, 1986, p. 67 et 117), l'opinion trouve un écho en droit international public à travers l'explication parfois donnée pour justifier la valeur juridique des « principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées » consacrés par la Cour internationale de justice puis par l'article 38 de ses statuts (V. A. Pellet, Recherche sur les principes généraux de droit en droit international, th. Paris, 1974). L'arrêt du 13 mars 2001 de la chambre criminelle - qui devait statuer sur le point de savoir si un attentat reproché au chef d'Etat libyen pouvait relever des exceptions au principe de l'immunité de juridiction - semble bien militer pour un tel rattachement. Après avoir visé les « principes généraux du droit international », la Cour de cassation affirme immédiatement « que la coutume internationale s'oppose à ce que les chefs d'Etat en exercice puissent, en l'absence de dispositions internationales contraires s'imposant aux parties concernées, faire l'objet de poursuites devant les juridictions pénales d'un Etat étranger ». Les « principes généraux » invoqués sans autre précision ne seraient alors rien d'autre que la coutume internationale elle-même.

Quant aux autres décisions, elles pourraient inciter à ne voir dans les principes qu'une manifestation du pouvoir créateur de la jurisprudence. Dans cette perspective, très souvent défendue en doctrine, les principes ne seraient pas extérieurs au juge, mais, au contraire, attesteraient l'existence de règles purement jurisprudentielles. Ainsi en est-il assurément des « règles relatives à la dénonciation des engagements unilatéraux » invoquées par la chambre sociale dans l'arrêt précité du 20 juin 2000. Qui ne voit que, *via* un tel visa, la Cour de cassation parvient à contourner l'interdiction qui lui est faite de viser ses propres décisions pour réussir à statuer, au gré d'une fiction, conformément « aux règles de droit », selon les exigences du nouveau code de procédure civile ? Lesdites règles ne sont en effet rien d'autre que le fruit de sa jurisprudence, par laquelle elle a progressivement construit un régime propre, en l'espèce, à la dénonciation des engagements unilatéraux de l'employeur (Soc. 1<sup>er</sup> juin 1999, Bull. civ. V, n° 251, p. 182 ; 10 nov. 1998, Bull. civ. V, n° 481, p. 358 ; 7 mai 1998, Bull. civ. V, n° 237, p. 179, Dr. soc. 1998.730, obs. G. Couturier ; 4 févr. 1997, Dr. soc. 1997.416, obs. G. Couturier). Sur cette voie, la Cour de cassation parvient à faire advenir, sans le dire, la règle du précédent, puisque les règles invoquées permettent d'asseoir une jurisprudence antérieure : « la règle selon laquelle les frais professionnels engagés par le salarié doivent être supportés par l'employeur » (Soc. 9 janv. 2001, préc.) conforte ainsi une solution déjà affirmée (V. ainsi les arrêts antérieurs, not. Soc. 25 févr. 1998, Bull. civ. V, n° 106, p. 77). En ce sens, ne faut-il pas également considérer que l'invocation des *principes généraux du droit commercial* tenant aux critères de durée et de portée territoriale en matière de clause de non-concurrence, dans la décision de la chambre commerciale du 27 février 2001, ne fait que renvoyer aux conditions posées par la jurisprudence elle-même pour distinguer les clauses de non-concurrence licites de celles qui sont nulles ? Les principes généraux offrent une assise juridique à la décision, permettant aux juges d'invoquer un fondement juridique qui semble, *prima facie*, leur être extérieur.

Ceux qui n'y voient qu'une manifestation du pouvoir prétorien pourront au moins se réjouir, dans cette perspective, de la rationalisation de l'activité de juger qu'ils permettent, puisqu'ils présentent l'avantage de fonder le raisonnement judiciaire derrière la règle voulue, ou « appelée » pour l'occasion (sur cette expression, V. M. Gobert, Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, RTD civ. 1992.489, spéc. n° 29, p. 518, reprenant la formule de B. Chenot, *in* Le Conseil constitutionnel (1958-1985), Petites affiches, 10 janv. 1986.8, selon laquelle les principes sont ceux qui viennent lorsqu'on les appelle, après les avoir choisis). En justifiant le recours exercé contre le débiteur par le *solvens* ayant payé la dette d'autrui par erreur, par le « principe général du droit selon lequel nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui », la Cour de cassation, dans un arrêt du 4 avril 2001, en apporte indéniablement une illustration. Un tel recours n'étant pas exercé contre l'*accipiens*, l'article 1377 en matière de répétition de l'indu ne pouvait justifier la solution. Le rattachement à l'action de *in rem verso*, déjà proposé en doctrine (en ce sens, V. not. L. Aynès, obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 13 oct. 1998, D. 1999.Somm.116), fournit un fondement à cette solution

qui en était initialement dépourvue. Faut-il en déduire que le principe général est alors choisi *après* la solution elle-même, de sorte qu'il ne serait jamais qu'une rationalisation *ex post* d'une solution prétorienne ?

Plus généralement, au vu des arrêts précédents, faut-il conclure, comme l'avait affirmé radicalement Rodière, que « la catégorie des « principes généraux » n'existe pas en droit privé », se réduisant à n'être qu'une « catégorie vaine et prétentieuse » (Les principes généraux du droit privé français, *in* Journées de la Société de législation comparée, 1980, vol. 2, p. 309, spéc. p. 317) ? Invoqués à la place de la loi ou de la coutume, dissimulant le pouvoir de la jurisprudence, les principes ne pourraient être au mieux considérés que comme un instrument technique au service du juge.

Bien que parée de ces illustrations tangibles, une telle conclusion pourrait bien, pourtant, relever du paralogisme. Les principes, par hypothèse, apparaissent toujours sous la dépendance d'une (autre) source du droit. Tant qu'ils ne sont pas consacrés par la loi ou par la jurisprudence, il n'est pas douteux qu'ils ne sauraient « se voir » (sur ce point V. M. Gobert, et les conséquences que l'auteur en tire, RTD civ. 1992. 230). C'est là tout simplement leur nature informelle qui se révèle, d'où l'on ne peut rien déduire. En déniaient le droit à l'existence aux principes, sous le seul prétexte qu'ils apparaissent dans la loi ou dans la jurisprudence, une partie de la doctrine n'a en réalité rien fait d'autre que répondre au problème par son énoncé. Mais, pas davantage ne peut-on affirmer - à l'autre extrême - que les principes existent dès lors qu'ils sont consacrés par la loi ou la jurisprudence (comp. V. B. Oppetit, L'ascension des principes généraux : l'exemple du droit international privé, *in* Droit et modernité, PUF, 1998, p. 83, spéc. p. 89 où l'auteur fait valoir qu'« il suffit que l'organe légal de décision déclare mettre en oeuvre un principe juridique pour que celui-ci soit réputé avoir précédé sa découverte »). A ce titre, le débat a toujours semblé consister en un affrontement de postulats, entre ceux qui nient leur existence - et affirment notamment que le juge les *crée* - et ceux qui défendent leur autonomie - et estiment que le juge les *révèle*. Où la preuve de l'existence des principes devient alors une *probatio diabolica*.

La raison tient au fait que le problème a été envisagé sous l'angle des sources formelles - compris comme procédés de création du droit. Or, sous cet aspect, la preuve de leur autonomie n'étant jamais possible, la discussion se résoudra toujours en un conflit de croyances.

Ne convient-il pas, différemment, de raisonner à partir de ce que les principes ont vocation à exprimer - et donc à être - au premier chef : une source réelle du droit, qui se trouve ainsi à son fondement, constituée de préceptes moraux, universels et, plus généralement, de forces créatrices du droit. Le terme de principe, sous cet aspect, désigne avant tout une source réelle qui, consacrée en droit positif, en devient source formelle. Ce que l'on appelle principe doit être l'expression positive d'une source réelle. Voici pourquoi il faut nommer principes de purs énoncés (*fraus omnia corrumpit*), qui n'auront d'existence autonome que s'ils traduisent, dans le même temps, une source réelle du droit (la condamnation de la fraude repose sur des valeurs communes à tous les systèmes juridiques).

Concrètement, pour rechercher si les principes existent, il faut alors trancher un problème de chronologie - en réalité de *cause efficiente* -, en déterminant un ordre de préséance, entre le principe et la source qui lui donne consistance en en faisant application. Les principes existent en tant que source du droit si leur présence dans notre droit n'est pas discutable, parce qu'ils sont si puissamment rattachés à l'ordre juridique qui les abrite qu'ils en innervent les règles. Chemin faisant, ce sont donc aux fondements de l'ordre juridique que les principes invitent à aller puiser - aux valeurs qui fondent les règles.

Par suite, le principe peut fort bien préexister à son éventuelle consécration légale et exister dès lors en dépit d'une telle consécration. Ainsi, le principe selon lequel celui qui réclame le bénéfice d'un droit doit justifier des conditions de son application (Civ. 1<sup>re</sup>, 17 oct. 2000), loin d'être induit des textes, comme il pouvait le sembler, existait sans les lois actuelles qui s'en font l'écho - *actori incumbit probatio*. La recherche d'origine conduit alors à lui conférer la paternité de la règle, plutôt qu'à ne voir en lui qu'un descendant de la loi.

Le raisonnement doit être similaire dès lors que l'on s'interroge sur les rapports entre les principes et la jurisprudence. A ce titre, le « principe général du droit selon lequel nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui », s'il doit à la jurisprudence sa mise en oeuvre - et donc son interprétation, comme toute autre source - n'est pas redevable, dans son existence, des arrêts de la Cour de cassation. Son énoncé exprime bien une source réelle - règle morale au fondement de diverses règles. Sur cette voie, ne peut-on également estimer que si les règles posées en matière de clauses de non-concurrence résultent bien de la jurisprudence, elles puisent elles aussi dans des principes essentiels de notre droit, qui justifient qu'elles puissent être rattachées à un principe général (qu'il eût convenu de nommer cependant, V. *supra* ; comp. ainsi, Req. 5 juill. 1865, DP 1866.1. 427, qui rattache la solution au « principe de la liberté du travail et de l'industrie » ; V. ég. se référant à cette « liberté que consacre un principe de droit public », Civ. 2 mai 1860, DP 1860.1.220) ? A l'inverse, « la règle selon laquelle les frais professionnels engagés par le salarié doivent être supportés par l'employeur » - pour s'en tenir à celle-ci - n'a rien d'un principe général du droit et doit au juge qui la consacre son existence même.

Par où la diversité se manifeste à nouveau. Des principes qui sont énoncés dans les arrêts de la Cour de cassation, il en est qui ne méritent pas d'être considérés comme des sources du droit, parce qu'ils ne doivent leur existence qu'à la source qui les consacre. Mais un tel constat, loin de conduire à nier en bloc l'existence des principes, invite au contraire, si l'on souhaite qu'il existe enfin *une* notion de principe, à en limiter le recours, pour ne pas faire un usage dévoyé d'une catégorie censée refléter les fondements de notre droit.

#### Mots clés :

**CASSATION** \* Cour de cassation \* Jurisprudence \* Principe général du droit