



**HAL**  
open science

## L'ouverture de la Cour de cassation aux amici curiae

Rafael Encinas de Munagorri

► **To cite this version:**

Rafael Encinas de Munagorri. L'ouverture de la Cour de cassation aux amici curiae. RTDCiv. Revue trimestrielle de droit civil, 2005, pp.88-93. halshs-01889467

**HAL Id: halshs-01889467**

**<https://shs.hal.science/halshs-01889467>**

Submitted on 6 Oct 2018

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**L'ouverture de la Cour de cassation aux *amici curiae***  
(Ch. mixte, 23 nov. 2004, quatre arrêts à paraître au bulletin, D. 2004.IR.3191-3192 ; JCP 2004.Act.624)

**Rafael Encinas de Munagorri, Professeur à l'Université de Nantes ; Membre de l'Institut universitaire de France**

**Revue trimestrielle de droit civil, 2005, pp. 73-78.**

Dans le sillage de son bicentenaire fêté en 1990, la Cour de cassation poursuit sa politique d'ouverture à la société. Mais comment peut-elle procéder ? Doit-elle modifier ses méthodes parfois considérées comme trop éloignées des réalités politiques, économiques et sociales ? Doit-elle prendre en compte les arguments de tiers au litige intervenant en qualité *d'amicus curiae* ?

### **La consultation d'entités publiques ou privées lors de l'instruction du pourvoi**

La procédure utilisée lors de l'instruction de quatre pourvois ayant donné lieu aux arrêts de la chambre mixte du 23 novembre 2004 marque sans doute un tournant dans une évolution en cours. Sur le fond, le problème posé par l'ensemble des pourvois était celui de la qualification des contrats dits de placement ou d'épargne-assurance qui combinent, à partir d'une gestion par capitalisation, une logique d'assurance-vie et d'épargne-placement. Ces contrats mixtes relèvent-ils de l'assurance-vie ou doivent-ils être qualifiés de simple contrat de capitalisation ? La question n'avait pas été tranchée par la Cour de cassation. Réunie en chambre mixte - (R. Libchaber, Un revenant : l'arrêt de chambre mixte, RTD civ. 1999. 734) - elle s'est désormais prononcée, à partir d'une interprétation large de la notion d'aléa, en faveur de la qualification d'assurance-vie. Sans entrer dans les détails, la solution vise à maintenir le régime attractif de l'assurance-vie tout en préservant divers intérêts, en particulier ceux des héritiers protégés par le droit successoral.

A défaut de commenter ces arrêts dans la présente chronique, il convient de signaler la mise en place d'une procédure qui ouvre la possibilité pour des tiers à l'instance de produire, lors de l'instruction du pourvoi, des observations relatives au problème de droit et à ses enjeux. De sa propre initiative, le Conseil supérieur du notariat adressa, le 30 juin 2003, une note au premier président de la Cour de cassation afin d'exposer ses vues sur la qualification discutée. La note fut transmise au procureur général qui organisa par la suite, après avoir recueilli l'accord de l'ensemble des parties et de leurs avocats, une série de consultations à caractère officiel. Au mois de juillet 2004, il reçut ainsi des observations émanant du ministre de l'Economie et des Finances, du ministère de la Justice, de la Fédération française des sociétés d'assurances, complétant ainsi celles du Conseil supérieur du notariat qui eut la possibilité d'ajouter des observations complémentaires. Les diverses notes et observations produites seront communiquées aux parties et soumises au principe du contradictoire rejoignant les autres pièces du dossier. Ces documents n'ont pas été rendus publics par la Cour de cassation, sinon par des extraits figurant dans le rapport du conseiller-rapporteur et dans les conclusions de l'avocat général. Mise en place avec discrétion et transparence, la procédure relève de l'*amicus curiae* (Y. Laurin, *L'amicus curiae*, JCP 1992.II.3602). Encore faut-il préciser le sens et la finalité de cette institution procédurale à la consonance latine rassurante.

### **Qu'est-ce que l'*amicus curiae*?**

Au sens propre, l'expression désigne l'ami de la cour. Cet ami est le plus souvent défini par la négative : il n'est ni une partie au litige, ni un témoin, ni un auxiliaire de justice. Autant dire qu'il est un tiers intervenant de sa propre initiative ou sur sollicitation de la Cour. Au sens figuré, l'*amicus curiae* est une procédure par laquelle une entité publique ou privée est autorisée par une juridiction à présenter, de manière écrite ou orale, des observations à l'occasion d'un procès auquel elle reste tiers.

Né en Angleterre au 17<sup>e</sup> siècle, l'*amicus curiae* prit les traits d'un spécialiste réputé pour ses connaissances dans un domaine particulier du droit, souvent un avocat chevronné. Il s'apparente alors à une sorte d'expert en droit dont le rôle consiste à éclairer la cour sur la solution d'un problème juridique ardu. Par la suite, en particulier aux Etats-Unis, la notion fut étendue aux entités ayant un intérêt à la solution du problème de droit envisagé. L'institution vise alors à permettre à ces entités de

faire valoir des intérêts *en cause* qui ne sont pas, au sens juridique du terme, des intérêts *dans* la cause, c'est-à-dire portés par les parties au litige. Des personnes publiques ou privées (associations, groupements) ou encore des entités dépourvues de la personnalité morale lui font ainsi parvenir une argumentation.

L'*amicus curiae* prend donc tantôt le visage d'un expert *ad hoc* invité par la cour en marge des procédures traditionnelles ; tantôt celui d'une entité intervenant afin d'exercer un lobbying argumentatif pour le compte d'intérêts privés ou publics. Dans les deux cas, l'intervention de l'*amicus curiae*, qui doit être autorisée par la cour, a pour finalité de l'éclairer et d'enrichir les arguments susceptibles d'être pris en compte.

Ces deux types d'amis de la cour ne sont que des modèles et peuvent connaître des recoupements : l'expert *ad hoc* est parfois porteur de l'intérêt de certains groupes ; à l'inverse des groupes d'intérêt peuvent s'exprimer sous la forme d'une expertise. Aussi, revient-il aux juges de préciser les règles de cette procédure et la finalité qu'ils entendent lui assigner. La Cour de cassation est ici à la croisée des chemins.

### **Conceptions de l'*amicus curiae* dans l'ordre judiciaire français**

Institution récente, l'*amicus curiae* n'est pas une nouveauté dans le paysage judiciaire français. La Cour d'appel de Paris fut la première, sous l'impulsion de son président Pierre Draï, à y faire référence explicite, dans deux arrêts successifs, pour décider notamment que n'étant ni témoin, ni expert, il n'était pas soumis aux règles du nouveau code de procédure civile relatives à la récusation. (Paris, 21 juin et 6 juill. 1988, D. 1989.341, note Y. Laurin et les fines obs. crit. de R. Perrot, RTD civ. 1989.138). Sa justification a été exprimée en ces termes : « pourquoi ne pas permettre, en la réglementant au besoin, l'intervention de consultants privilégiés, personnalités d'une compétence incontestable et d'une grande autorité morale qui, après avoir assisté à la totalité des débats, donneraient à la juridiction leur sentiment sur les suites à donner à une décision de toute nature. Cela doit naturellement se faire au grand jour de l'audience et dans le respect du contradictoire. De cette manière, les juges seraient mieux assurés des conséquences de leur décision et partant, pourraient se préoccuper des suites de celles-ci » (P. Draï, Le monde des affaires et ses juges, RJ com. 1990.329, spéc. p. 333).

Devenu premier président de la Cour de cassation, l'éminent magistrat apporta l'institution dans ses bagages. Elle fut introduite à l'occasion d'une Assemblée plénière réunie dans l'affaire ayant conduit à prohiber les conventions portant sur les maternités de substitution au nom d'un principe nouveau d'indisponibilité du corps humain. (Ass. plén. 31 mai 1991, D. 1991.417, rapp. Chartier, note D. Thouvenin ; JCP 1991.II. 21752, comm. Bernard, concl. Dontewille, note F. Terré). Le procédé ne fit pas l'unanimité et donna lieu à d'excellentes critiques (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° 16, p. 501). Connue pour avoir exprimé des positions tranchées sur le sujet, que ce soit à titre personnel ou en tant que président du Comité consultatif national d'éthique et des sciences de la vie (CCNE), M. Jean Bernard fut un ami partial. Avant même qu'il ne délivre sa communication, il était clair que, pour être l'ami de la cour, il était surtout l'ami du pourvoi formé dans l'intérêt de la loi qui allait donner lieu à l'interdiction aujourd'hui reprise par le législateur (art. 16-7 c. civ.). Dans ces conditions, l'usage de la procédure d'*amicus curiae* a pu donner le sentiment d'une certaine hypocrisie.

Malgré l'optimisme de certains, (Y. Laurin, Dix années de mise en oeuvre de l'*amicus curiae*, Petites affiches, 24 déc. 1997, n° 154, p. 17), le bilan provisoire de l'institution était modeste, sinon en demi-teinte. Si l'idée de recourir à des consultants n'a pas été abandonnée par la Cour de cassation, elle est intervenue par la suite, avec plus de discrétion et de pluralisme, au stade de l'instruction du pourvoi et non lors de l'audience. Afin de donner un avis susceptible d'éclairer la Cour sur une éventuelle extension à l'enfant à naître (embryon ou fœtus) de la qualification prévue à l'article 221-6 du code pénal d'homicide involontaire, ont ainsi été notamment sollicités des professeurs de droit, l'Académie de médecine, ainsi que le Comité consultatif national d'éthique et des sciences de la vie, CCNE (qui préféra ne pas se prononcer) (Ass. plén. 29 juin 2001, Bull. crim. n° 165 ; D. 2001.2917, concl. Sainte-Rose et note Y. Mayaud ; D. 2001. Chron.2907, Pradel ; JCP 2001.II.10569, rapp. Sargos, concl. Sainte-Rose, note M.-L. Rassat ; Y. Laurin, La consultation par la Cour de cassation de « personnes qualifiées » et la notion d'*amicus curiae*, JCP 2001, n° 38, Actu.1709).

En définitive, la procédure de consultation qui a donné lieu aux arrêts du 23 novembre 2004 s'inscrit dans une tendance d'ouverture de la Cour de cassation aux *amici curiae*. Si elle n'est pas inédite, elle traduit néanmoins une évolution. La finalité de la procédure ne consiste plus toujours à permettre à une autorité de délivrer un avis, mais vise parfois aussi à recueillir les arguments de tiers intéressés par la solution d'un problème juridique. L'évolution est-elle souhaitable dans la culture juridique française ? A quelles conditions la procédure pourrait-elle se développer et s'épanouir au sein de la Cour de cassation ?

Le *réalisme* de la Cour de cassation face aux divers intérêts en présence fournit une justification générale. Banalité que de constater qu'elle est parfois appelée à prendre des décisions qui ont des conséquences politiques, économiques et sociales importantes. Des pressions en résultent. Un lobbying aux manifestations plus ou moins discrètes s'organise pour faire prévaloir des intérêts publics ou privés. Certains auteurs y sont d'ailleurs associés et se voient parfois reprocher de vendre leurs consultations sous forme d'articles scientifiques. La Cour de cassation peut certes faire la politique de l'autruche ou se réfugier dans la citadelle des arguments de droit pur. Mais n'est-il pas plus sain de donner une certaine organisation aux débats qui pèsent nécessairement sur la résolution d'un problème de droit, bien qu'il soit posé, par définition, à l'occasion de cas particuliers ? Le meilleur service à rendre à la justice n'est-il pas de permettre aux intérêts en présence de se manifester sur le terrain juridique, y compris par des considérations qui ne relèvent pas seulement du droit ? Cela suppose, il est vrai, d'élargir la conception initiale de l'*amicus curiae* et d'admettre que des intérêts puissent s'y exprimer en tant que tels, et non pas seulement sous le masque de l'objectivité scientifique ou d'une prétendue autorité morale ou technique. L'évolution pourrait permettre de lever certaines ambiguïtés, en particulier lorsque des organismes publics, dont il est difficile de nier les intérêts institutionnels, sont invités à éclairer une juridiction (V. par ex. R. Godet, La participation des autorités administratives indépendantes aux règlements des litiges juridictionnels : l'exemple des autorités de marché, RFDA 2002.957, spéc. p. 963).

La difficulté consiste alors à déterminer quel doit être l'intérêt de l'*amicus curiae*. Sur ce point, les modèles étrangers, européens ou internationaux abondent : l'intérêt étant soit dissocié de celui d'une partie au litige soit nécessairement articulé à lui en intervenant de manière explicite à son soutien (H. Ascensio, L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales, RGDI 2001.3. 807). Ces intérêts peuvent recouper l'intérêt général et intervenir malgré le désaccord des parties au litige. En témoigne l'exemple d'un arbitrage commercial ayant autorisé l'intervention d'une organisation non gouvernementale spécialisée dans la défense de l'environnement. Dans une justice où, par définition, l'accord des parties est en principe requis, la solution est remarquable (B. Stern, L'entrée de la société civile dans l'arbitrage entre Etat et investisseur, Rev. arb. 2002.329 ; V. aussi C. Kessedjian, La nécessité de généraliser l'institution de l'*amicus curiae* dans le contentieux privé international, in Mélanges E. Jaymes, 2005, à paraître).

De manière générale, la procédure d'*amicus curiae* a une vitalité certaine dont l'acclimatation en France est envisagée dans diverses hypothèses (Les revirements de jurisprudence, Litec, 2005, p. 40 et spéc. rapp. H. Muir-Watt, p. 66 et s. V. *supra*, p. 89). Que la Cour de cassation fasse elle aussi preuve de réalisme pour recueillir l'opinion de tiers nous paraît *a priori* une évolution stimulante. Son corollaire est sans doute de maintenir une vigilance extrême sur la diversité des points de vue pris en considération.

Le *pluralisme* consiste d'abord pour la cour à solliciter ou à admettre plusieurs intervenants en qualité d'*amicus curiae*. La Cour d'appel de Paris donna d'ailleurs la première l'exemple, suivie par la Cour de cassation lors de l'instruction des pourvois des arrêts des 29 juin 2001 et 23 novembre 2004, qui contrastent ici avec l'audience du 31 mai 1991 où une seule personne concentra le monopole de l'amitié. En toute logique, la procédure se traduit donc par l'intervention de plusieurs *amici curiae*. Ce pluralisme consiste ensuite à admettre l'intervention de personnes aux intérêts divers, voire potentiellement conflictuels. Non seulement la procédure apparaîtra comme plus impartiale, mais elle sera aussi de nature à conférer un surcroît de légitimité à la décision de la cour. De nos jours en effet, les décisions semblent plus légitimes lorsqu'elles se fondent explicitement sur des avis divergents plutôt que sur l'opinion d'un seul (en ce sens nos obs., Quel statut pour l'expert ?, RF adm. publ. n° 103, 2002.379, spéc. p. 385). Lors de l'instruction des pourvois cités, la procédure d'*amicus curiae* a permis de recueillir (sur invitation ou spontanément) aussi bien les observations d'entités publiques

(ministères) que privées (organismes professionnels) ; les parties ayant eu, quant à elles, la possibilité de solliciter d'autres groupements. Dans l'idéal, l'ouverture aux *amici curiae* devrait s'accomplir vers tous ceux qui portent des intérêts dignes d'être pris en considération. La pluralité des amis de la Cour ne suffit pas : le pluralisme des points de vue doit être recherché.

### **Vers une clarification procédurale ?**

Si l'*amicus curiae* est une procédure créée en dehors de la loi, elle n'est pas pour autant hors du droit et prend place parmi les créations prétoriennes. Encore faut-il clarifier sa singularité au regard des procédures légales. La situation actuelle est assez confuse et mériterait des analyses qui excèdent le cadre de cette chronique. L'*amicus curiae* se présente en effet tantôt comme une mesure d'instruction proche de l'expertise tantôt comme une intervention permettant à une personne de faire valoir ses intérêts en qualité de tiers au procès. Dans les deux cas, le voisinage avec les institutions légales est malaisé.

Concevoir l'*amicus curiae* parmi les mesures d'instruction a pu conduire à invoquer plusieurs dispositions du nouveau code de procédure civile à son soutien (art. 3, 10, 143, 179) et à la rapprocher de l'expertise et de la consultation (art. 256 et s. NCPC ; Paris, 16 oct. 1992, D. 1993.172, note Y. Laurin). Certains auteurs ne voient pas d'inconvénient à ce rapprochement. (D. Mazeaud, L'expertise de droit à travers l'*amicus curiae*, in L'expertise, coord. M.-A. Frison Roche et D. Mazeaud, Dalloz, 1995, p. 109 ; M. Champaud, Société contemporaine et métamorphoses de l'expertise judiciaire, in Mélanges H. Blaise, Economica, 1995, p. 59 spéc. p. 73) ; d'autres, en revanche, y sont plus réticents et ont souligné le risque d'un contournement des mesures légales d'instruction (cf. not. Perrot, préc.). Sa pertinence et son bien-fondé devant la Cour de cassation ont été mis en doute, en particulier sous l'angle procédural où il ne semble pas avoir vocation à apporter un éclairage sur le droit, moins encore sur les faits, par définition exclus. (cf. à propos de l'arrêt du 31 mai 1991, F. Terré, préc. in fine et surtout M. Gobert, préc. n° 13 et s.).

Envisager l'*amicus curiae* comme une intervention n'est guère plus aisé. En premier lieu, celle-ci n'est recevable que si elle se rattache aux prétentions des parties par un lien suffisant (art. 325 NCPC ; ex. pour un ministère, Com. 26 nov. 1996, Procédures, 1997, n° 1, obs. R. Perrot). En second lieu, devant la Cour de cassation, il s'agirait nécessairement d'une intervention volontaire formée à titre accessoire (art. 327 NCPC) ce qui suppose que son auteur soit à même de se prévaloir d'un intérêt à la conservation de ses droits (art. 330 NCPC). Ces règles ont certes permis à des groupements d'intervenir, mais dans des conditions qui sont restrictives et ne semblent pas correspondre à la conception actuelle de l'*amicus curiae* devant la Cour de cassation. Par ailleurs, on pourrait aussi songer à l'article 27 du même code en vertu duquel le juge « a la faculté d'entendre sans formalités les personnes qui peuvent l'éclairer ainsi que celles dont les intérêts risquent d'être affectés par sa décision », sauf à relever qu'il est applicable en matière gracieuse, ce qui donne à réfléchir sur le caractère hybride de la procédure d'*amicus curiae*. D'aucuns pourraient aussi s'inquiéter du péril d'une déformation de l'objet du litige ayant pour conséquence d'occulter l'intérêt des parties au profit de celui manifesté par des *amici curiae*. Sans être aussi pessimiste, il faut reconnaître que le terme de « consultant » utilisé à diverses reprises reste bien imprécis.

Si la souplesse d'une procédure inconnue peut être une bonne chose, elle ne doit cependant pas donner le sentiment d'arbitraire. Dire que le principe du contradictoire doit être respecté est certes primordial mais laisse en suspens de nombreuses questions. Les *amici curiae* pourront-ils intervenir de manière spontanée comme cela semble être le cas (Conseil supérieur du notariat) ou seulement sur invitation de la cour ? La procédure sera-t-elle être généralisée ou restreinte aux seules décisions susceptibles d'établir une jurisprudence nouvelle ou un revirement ? (Les revirements de jurisprudence, *op. cit.* p. 40). Des règles seront-elles nécessaires pour réguler le flux d'amis trop encombrants ou pour encadrer leur production ? Faudra-t-il opérer une sélection et dans l'affirmative comment ? Les juges seront-ils conduits à motiver leur décision pour solliciter une personne en qualité d'*amicus curiae* ou, à l'inverse, pour refuser de prendre en compte des observations spontanément transmises ? Les observations produites devront-elles être rendues publiques ? Est-il envisageable que les *amici curiae* aient accès aux pièces du dossier ? L'accord de toutes les parties à l'instance sera-t-il toujours nécessairement requis ? Par touches successives et en décidant au cas par cas, la Cour de cassation apportera sans doute des éléments de réponse.

Le Parquet général près la Cour de la cassation, dont la mission est de porter, en toute indépendance l'intérêt de la loi (art. L. 132-1 COJ), a une responsabilité particulière dans l'organisation de la procédure d'*amicus curiae*. Le sujet semble retenir l'attention du nouveau procureur général (J.-L. Nadal, Il faudra désormais voir les choses non de plus haut mais de plus loin, Petites affiches, 24 nov. 2004, n° 235, p. 7). Si le parquet doit « sortir du dossier » pour apporter à la cour l'éclairage qu'elle ne trouvera pas dans la procédure et si des intérêts publics ou privés cherchent à y entrer, la rencontre devrait s'établir. Encore faut-il que la multitude des éclairages ne conduise pas à aveugler en éblouissant et à rétablir la balance des forces en présence lorsque les plus puissants pèsent sur les moins organisés et les plus démunis, analyse économique du droit simplificatrice à l'appui. Sur fond de procès équitable et d'exigence de la Cour européenne des droits de l'homme, le thème de l'*amicus curiae* fournira peut être au Parquet général l'occasion de clarifier son image aussi bien à l'égard des pouvoirs publics que de la Cour de cassation (Le parquet général de la Cour de cassation, interview de P. Lyon-Caen, D. 2003. 211). Du reste, le meilleur ami de la Cour de cassation n'est-il pas le parquet général lui-même ? Ne peut-il être conçu tantôt et exceptionnellement comme une partie à l'instance, tantôt comme le plus sincère des amis de la cour ? Toujours est-il que sa contribution sera sans doute décisive pour donner à la Cour de cassation l'ouverture impartiale qu'elle mérite.