

LA QUESTION SOULÈVE-T-ELLE UNE DIFFICULTÉ SÉRIEUSE ?

DÉSACCORD ET ARGUMENTATION RAISONNABLE

Clovis CALLET

*Docteur en droit, ATER à l'Université de Montpellier,
Aix Marseille Université, LTD (Laboratoire de théorie du droit)*

Abstract : *This article addresses a thesis supported by many judges and authors: a disagreement about the resolution of a legal problem amongst the community of lawyers reveals the existence of a serious difficulty, which governs the application of different procedural mechanisms, such as preliminary ruling procedure. Some claim that a question of interpretation or validity raises a serious difficulty, and then must be referred to the appropriate court, only because a disagreement can be observed. The article aims to demonstrate that such an argument cannot be accepted, and is, indeed, usually dismissed by courts. First, it is generally impossible to know when a disagreement really exists, let alone to know what a so-called disagreement is about. Second, it is logically impossible to link the existence of a disagreement, which is a statement about facts, with a normative proposition regarding the existence of a serious difficulty in the interpretation of the law.*

La difficulté sérieuse est une notion essentielle à de nombreuses procédures. Conditionnant le renvoi d'une question préjudicielle d'interprétation à la Cour de Justice de l'Union européenne¹ ou d'une question préjudicielle d'interprétation ou en appréciation de la validité d'un acte entre les juridictions judiciaires et administratives² ou entre les juridictions judiciaires elles-mêmes³, elle est également une condition de recevabilité des demandes d'avis transmises à la

¹ Cass. com., 5 mai 1982, n° 80-11.490, *Bull. civ.*, IV, n° 156 ; crim., 18 oct. 1988, n° 87-90.364, *Bull. crim.* n° 352 ; Cass. civ. 1^{re}, 2 févr. 1999, n° 97-10.679 ; civ. 2^e, 10 sept. 2009, nos 09-10.445 et.605 ; soc., 2 juin 2010, n° 08-44.834 ; CE, 12 févr. 1993, n° 115468 ; CE ass., 14 déc. 2001, n° 211341, *Lebon* 645.

² Art. 49 CPC : « Lorsque la solution d'un litige dépend d'une question soulevant une difficulté sérieuse et relevant de la compétence de la juridiction administrative, la juridiction judiciaire initialement saisie la transmet à la juridiction administrative compétente ». Art. R771-2 CJA : « Lorsque la solution d'un litige dépend d'une question soulevant une difficulté sérieuse et relevant de la compétence de la juridiction judiciaire, la juridiction administrative initialement saisie la transmet à la juridiction judiciaire compétente ».

³ Cass., civ., 3 juin 1890, *S.* 1891. I. 541 ; 25 mars 1891, *Bull. civ.*, n° 89 ; 28 juill. 1913, *S.* 1913. I. 517 ; Paris, 8 mars 1968, *D.* 1969. 30.

Cour de cassation ou au Conseil d'État par des juridictions du fond⁴. Indirectement, le concept se retrouve dans celui plus large de moyen sérieux ou de contestation sérieuse et sera donc pertinent notamment pour délimiter le champ d'action du juge des référés⁵ ou l'attribution de l'aide juridictionnelle⁶. Quoique bien distinctes, ces deux notions se recouvrent partiellement dès lors qu'un moyen soulevant une difficulté sérieuse présente nécessairement un caractère sérieux⁷. De même, le renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité ou d'une question préjudicielle relative à la validité d'un acte de droit dérivé de l'Union européenne suppose que la question soit sérieuse, ce qui sera systématiquement le cas lorsqu'elle soulève une difficulté sérieuse⁸.

La difficulté sérieuse va également influencer sur la mise en œuvre des dispositifs qui impliquent de qualifier une solution ou une appréciation juridique de manifestes, tel, par exemple, l'article 809 alinéa 1 du code de procédure civile qui confère au juge des référés le pouvoir de faire cesser tout « trouble manifestement illicite ». En effet, une appréciation ou solution ne saurait être qualifiée de manifeste alors que le point de droit discuté soulève une difficulté sérieuse. Dans ce sens, la jurisprudence retient que lorsque la question de la validité d'un

⁴ Art. L441-1 COJ : « Avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent [...] solliciter l'avis de la Cour de cassation ». Art. L113-1 CJA : « Avant de statuer sur une requête soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel peut [...] transmettre le dossier de l'affaire au Conseil d'État, qui examine dans un délai de trois mois la question soulevée ».

⁵ Art. 808 et 809 CPC.

⁶ Art. 7 de la loi n° 91-647.

⁷ « Attendu qu'en retenant l'existence d'un doute sur la qualification de gros ouvrage d'un dallage amovible qui n'assurerait par lui-même ni le clos, ni le couvert, ni l'étanchéité de l'immeuble mais seulement la protection du complexe étanche, la cour d'appel, statuant en référé, ne s'est pas prononcée par des motifs dubitatifs, mais a fait une exacte application de ses pouvoirs en retenant l'existence d'une contestation sérieuse » (Cass. civ. 3^e, 5 juil. 1989, n° 87-18.333, *Bull. civ.*, III, n° 159). Cependant, difficulté sérieuse et moyen sérieux ne se recouvrent que partiellement : si la première caractérise toujours le second, l'inverse n'est pas vrai car un moyen peut être sérieux sans susciter aucun doute lorsqu'il apparaît certainement recevable et bien fondé (voir : Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire*, thèse Strasbourg, 1993, p. 97-99, 116-117).

⁸ Cass. civ., 13 mai 1824, *id.*, n° 60, p. 206 ; Cass. com., 14 déc. 2004, n° 02-31.241, *Bull. civ.*, IV, n° 224 ; Cass. soc., 19 nov. 1987, n° 81-14.044, *Bull. civ.*, V, n° 653 ; J.-P. Gridel, « Question prioritaire de constitutionnalité – Le filtrage par la Cour de cassation », *BICC* n° 761 (1^{er} mai 2012), p. 6 ; S.-J. Liéber, D. Botteghi et V. Dumas, « La question prioritaire de constitutionnalité vue du Conseil d'État », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* n° 29 (oct. 2010), p. 101. Là encore, si la difficulté sérieuse caractérise le sérieux de la question, l'inverse n'est pas systématique et une question peut être sérieuse sans soulever de difficulté sérieuse, lorsque l'inconstitutionnalité ou l'invalidité est acquise : « Il y a contestation sérieuse et par conséquent question préjudicielle, pour toute exception jetant un doute sur la légalité d'un règlement [de la Communauté], et *a fortiori* dans tous les cas où les moyens invoqués à l'encontre d'un tel règlement apparaîtraient comme manifestement fondés » (J.-F. Théry, concl. sous CE 18 janv. 1974, *Union des minotiers de la Champagne*, RTD eur. 1975. 86).

comportement soulève une difficulté sérieuse, le juge des référés ne peut y voir un trouble *manifestement* illicite⁹.

Définition de la difficulté sérieuse. Une définition de ce concept a été avancée initialement par Édouard Laferrière, qui écrit à propos du renvoi préjudiciel entre juridictions administratives et judiciaires :

« Il faut qu'il y ait une question : c'est-à-dire une difficulté réelle, soulevée par les parties ou spontanément reconnue par les juges, et de nature à faire naître un doute dans un esprit éclairé »¹⁰.

La pratique et la jurisprudence donnent à voir quatre hypothèses bien distinctes dans lesquelles une difficulté sérieuse existe. Il y a d'abord difficulté sérieuse toutes les fois que le juge est en présence de règles contradictoires sans qu'aucune règle de conflit ne permette de résoudre la contradiction¹¹. Une difficulté sérieuse se présente également lorsque le juge est en présence de règles ambiguës que les différentes méthodes d'interprétation généralement admises ne permettent pas d'éclairer avec certitude¹². Une difficulté sérieuse sera encore caractérisée si le juge est confronté à des règles claires mais dont l'application conduirait à un résultat contestable car en contradiction avec l'esprit du texte¹³.

⁹ Notamment : Cass. soc., 1^{er} avr. 1981, 80-10.028, *Bull. civ.*, V, n° 297 ; 25 juin 1981, n° 80-13.730, *Bull. civ.*, V, n° 597. Voir aussi : Cass. civ. 1^{re}, 12 déc. 1978, n° 77-14.755, *Bull. civ.*, I, n° 384 (implicite).

¹⁰ E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, tome I, Paris, Berger-Levrault, 1896, p. 498.

¹¹ Cass. civ. 1^{re}, 6 mars 2001, n° 99-11.083 ; Cass. soc., 7 nov. 2006, n° 04-44.713, *Bull. civ.*, V, n° 323.

¹² Cass. com., 29 janv. 2008, n° 06-10.423 (définition insuffisante de la contribution directe) ; Cass., ass., 4 juill. 1997, n° 93-21.167, *Bull. civ.*, A. P., n° 9 (définition insuffisante du contrat administratif) ; Cass. civ. 1^{re}, 6 févr. 2013, n° 12-10.048 (définition insuffisante de la voie de fait) ; Cass. civ. 2^e, 21 juin 2005, n° 04-30.050, *Bull. civ.*, II, n° 160 (définition insuffisante de la prestation contributive pour l'application du règlement 1408/71/CE). Voir aussi : « Le livre VI du code de commerce ne définit ni « l'intérêt collectif des créanciers », ni les actions en justice qui participent de cet intérêt. Quant à l'extension de procédure collective, sa finalité et ses effets ne sont pas inscrits dans la loi./ La seule lecture des textes ne permet donc pas de déterminer si l'action en extension est exercée dans l'intérêt collectif des créanciers et, *a fortiori*, si le créancier nommé contrôleur peut utilement fonder sa qualité pour agir en extension sur l'article L. 622-20 du code de commerce. » (A.-S. Texier, rapport pour Cass., avis, 3 juin 2013, n° 13-70.003, *Bull. civ.*, avis, n° 9).

¹³ « De prime abord, la lettre même des dispositions en cause semble appeler une réponse univoque à la question posée [...] Toutefois, la lettre d'un texte ne saurait suffire, en soi, à son interprétation et il convient de rechercher si l'objectif de la réforme dont il est issu, son accueil en doctrine et les travaux parlementaires de cette réforme confortent ce résultat. Une analyse de la finalité et de la pratique du texte se révèle ainsi nécessaire pour permettre à la formation pour avis de se prononcer sur la pertinence de la question posée » (A. Bodard-Hermant, rapport pour Cass., avis, 4 juin 2012, n° 12-00.004, *Bull. civ.*, avis, n° 4). Voir également : « La question peut raisonnablement donner lieu à des solutions divergentes de la part des juridictions du fond, compte tenu notamment d'une évolution terminologique sans lien avec l'esprit de la réforme » (E. Alt, rapport pour Cass., avis, 4 mai 2010, n° 10-00.002, *Bull. civ.*, avis, n° 2). Voir aussi : Cass. com., 21 janv. 2014, n° 12-15.117 et les motifs de l'arrêt d'appel attaqué : Lyon, 20 oct. 2011, n° 11/01326.

Enfin, l'absence pure et simple de toute règle susceptible de fournir une réponse à la question soulevée constituera aussi une difficulté sérieuse¹⁴.

Pour résumer, il existe une difficulté sérieuse dès lors qu'il n'existe pas de raison valable de répondre à une question dans un sens plutôt que dans un autre. Au contraire, la difficulté sérieuse est exclue « lorsque la réponse [à la question] résulte de la lecture et de la combinaison des textes en cause dont les conditions d'élaboration et d'application ne suscitent aucune interrogation »¹⁵. La recherche d'une difficulté sérieuse invite donc le juge à s'interroger sur la perfection et la complétude du système juridique : celui-ci comprend-il les ressources normatives et argumentatives permettant de résoudre la question de façon certaine et univoque ?

Rapprochement de la difficulté sérieuse avec le désaccord. Au regard d'une telle définition, il peut être tentant d'établir un lien systématique entre le caractère controversé d'une question et l'existence d'une difficulté sérieuse. Dans ce sens, la Cour de cassation a cassé le 28 mars 1889 un jugement qui refusait de renvoyer une question préjudicielle diplomatique au motif que l'interprétation du traité en cause « a donné lieu à des solutions diverses »¹⁶. Pareillement, il arrive que les rapports des conseillers-rapporteurs ou les observations des avocats généraux rédigés dans le cadre de la procédure de saisine de la Cour de cassation pour avis concluent à l'existence d'une difficulté sérieuse après avoir seulement relevé que les juridictions du fond ont apporté des réponses divergentes à la question transmise¹⁷. Une telle analyse repose sur

¹⁴ « Aucune disposition légale ne réglemente les conséquences du non-respect de ces délais à l'origine d'un certain nombre de contentieux tranchés par des décisions divergentes des juridictions prud'homales et des cours d'appel. » G. Taffaleau, conclusions pour Cass., avis, 14 janv. 2013, n° 12-00.014, *Bull. civ.*, avis, n° 1. Voir aussi Chardonnet et F. Renault-Malignac, rapport pour Cass., avis, 26 juin 2006, n° 06-00.004, *Bull. civ.*, avis, n° 3 où l'existence d'une difficulté sérieuse est justifiée par le constat que « Les difficultés posées par l'application de l'article R. 513-1 du code de la sécurité sociale aux situations de résidence alternée ont conduit certains juges aux affaires familiales à procéder eux-mêmes à la désignation de l'allocataire des prestations familiales et sont telles que la Caisse nationale d'allocations Familiales et le Médiateur de la République en ont conclu que nous nous trouvions dans une situation de *vide juridique* ». De même, retenant la difficulté sérieuse en raison de l'absence de jurisprudence administrative constante : J. Sainte Rose, conclusions pour Cass. civ. 1^{re}, 13 déc. 2005, citées par E. Fatome, « La consistance du domaine public immobilier : évolution et questions ? », *AJDA* 2006. 1087.

¹⁵ D. Chauchis, rapport pour Cass., avis, 8 avr. 2013, n° 13-70.002, *Bull. civ.*, avis, n° 7.

¹⁶ Cass. civ., 28 mars 1889, S. 1889. I. 435.

¹⁷ « [La condition de l'existence d'une difficulté sérieuse] se trouve remplie en l'occurrence, les juridictions du fond ayant déjà adopté des solutions divergentes, comme nous le verrons ci-après » (T. Moussa, rapport pour Cass., avis, 2 avr. 2007, 07-00.007, *Bull. civ.*, avis, n° 4). Voir aussi : J.-C. Lautru, conclusions pour Cass., avis, 6 oct. 2008, n° 08-00.009, *Bull. civ.*, avis, n° 7. Il est nécessaire de mentionner ici l'existence de travaux préparatoires au sein desquels les rédacteurs notent que le caractère sérieux de la demande devra être apprécié compte tenu de l'état des textes et de la jurisprudence, après avoir pris soin de préciser qu'ils ont procédé à une recherche de décisions divergentes des juridictions du fond sur la base de donnée *Jurica* sans en

l'idée que si des solutions contraires ont été retenues par différentes juridictions, c'est qu'il existe des arguments également convaincants au soutien de chacune ou qu'il n'existe aucune règle permettant d'en écarter une plutôt que l'autre.

Plus généralement, il semble que l'existence d'un désaccord au sein de la communauté des juristes sur un point de droit soit regardée comme caractéristique de l'existence d'une difficulté sérieuse. C'est, en effet, sur l'existence d'un tel désaccord que se sont fondées certaines critiques doctrinales à l'encontre d'un arrêt rendu par la Cour de cassation le 20 mai 2011, et dans lequel la haute juridiction juge que la prescription des infractions dans un délai courant à compter de la date des faits délictueux n'est pas un principe fondamental reconnu par les lois de la République¹⁸. Plusieurs auteurs relèvent qu'un avis non contentieux du Conseil d'État avait conclu à l'existence d'un tel principe¹⁹ et que, compte tenu du désaccord entre les deux institutions, la question était bien sérieuse²⁰. Là encore, les deux thèses apparaissent également défendables dès lors qu'elles ont été toutes deux retenues par d'éminents juristes.

À l'inverse, l'absence de toute controverse révélerait l'absence de difficulté sérieuse. Dans ce sens, le conseiller-rapporteur pour un avis du 26 septembre 2006 relève, pour apprécier le caractère sérieux de la question transmise à la Cour de cassation :

« Les dispositions visées par le juge de Fontainebleau dans sa première question n'ont suscité aucune interrogation ou discussion de la part des parlementaires, de la chancellerie, de la doctrine ou de praticiens [...] Toutes les analyses semblent aller dans le même sens »²¹.

trouver (D. Chauchis, rapport pour Cass. avis, 8 avr. 2013, n° 13-70.002, *id.* n° 7 ; A.-S. Texier, rapport pour Cass. avis, 3 juin 2013, n° 13-70.003, *Bull. civ.*, avis, n° 9). Cela semble indiquer que l'existence de décisions divergentes est un élément déterminant, qui dispense de procéder à un examen des textes pour apprécier le caractère sérieux de la question transmise.

¹⁸ Cass. ass. plén., 20 mai 2011, nos 11-90.025, 11-90.032 et 033, *Bull. crim.*, A. P., nos 6, 7 et 8.

¹⁹ CE ass., 29 févr. 1996, avis n° 358.597, Y. Gaudemet, B. Stirn, T. Del Farra et F. Rolin (dir.), *Les grands avis du Conseil d'État*, Dalloz, 3^e éd., 2008, note C. Santulli.

²⁰ D. Rousseau, « La Cour de cassation a ses raisons, la raison les siennes », *Gaz. Pal.* 31 mai 2011, p. 7 ; H. Matsopoulou, « L'application de la constitution par le juge judiciaire... en droit pénal », in A. Martinon et F. Petit (dir.), *Le juge judiciaire et la Constitution*, Dalloz, 2012, p. 92 à 94 ; B. de Lamy, « La conception constitutionnelle de la légalité pénale et les aléas de la jurisprudence de la chambre criminelle », *RJC* 2012. 221. Dans le même sens, le commissaire du gouvernement pour l'avis du Conseil d'État du 7 juillet 1989, *Demoiselle Cale*, conclut à l'existence d'une difficulté sérieuse au motif que la question porte sur la légalité d'un décret adopté après avis favorable du Conseil d'État : le fait que la formation administrative de la Haute Assemblée ait considéré le décret licite démontre que cette thèse est défendable, tout comme l'est celle de l'illicéité pour laquelle penche ledit commissaire (concl. Laroque, cité par A. Ashworth, « Singularité et tradition : l'article 12 de la loi du 31 décembre 1987 », *RDJ* 1990. 1439 spéc. p. 1448).

²¹ D. Caron, rapport pour Cass. avis, 26 sept. 2006, n° 06-00.010, *Bull. crim.*, avis, n° 2.

Une telle mention n'est pas exceptionnelle et se retrouve dans d'autres travaux préparatoires aux avis²².

Exclusion de tout lien entre la difficulté sérieuse et le désaccord des parties. En revanche, il est de jurisprudence constante que l'existence d'un désaccord entre les parties à un procès n'est pas un élément pertinent pour apprécier s'il existe une difficulté sérieuse²³. Dans un arrêt du 13 mai 1824, la Cour de cassation énonçait déjà :

« Attendu qu'on ne peut, [...] soutenir qu'il y ait nécessité pour les juges de renvoyer la cause devant l'administration, aussitôt que l'une des parties prétend trouver des doutes et matière à interprétation dans l'acte administratif invoqué par l'autre ; que ce serait, en effet, laisser à la discrétion d'un plaideur téméraire le droit de suspendre le cours de la justice, en élevant des doutes contre l'évidence, et soutenant qu'il est nécessaire d'interpréter ce qui ne présenterait ni équivoque, ni obscurité »²⁴.

Dans cette hypothèse, le désaccord peut résulter d'un positionnement stratégique de l'un des plaideurs et n'est donc pas révélateur de l'incomplétude du système juridique. Une partie peut, en effet, soutenir une thèse qu'elle sait infondée et pour laquelle il n'existe aucun argument convaincant, uniquement parce qu'elle y a un intérêt.

À l'inverse, le désaccord entre des personnes désintéressées et ayant une connaissance suffisante du droit prouverait que la question peut raisonnablement recevoir différentes réponses.

Un tel rapprochement entre difficulté sérieuse et désaccord n'est toutefois pas sans soulever... de sérieuses difficultés. En effet, il existe de nombreuses situations dans lesquelles il est impossible pour le juge appelé à déterminer s'il existe une difficulté sérieuse de savoir s'il est confronté à un désaccord ou à une simple divergence (I). Or, le désaccord et la divergence n'entretiennent pas les mêmes liens avec la difficulté sérieuse : si la divergence peut bien être le signe d'une difficulté sérieuse, le désaccord ne saurait s'y rattacher (II).

²² Y. Charpenel, conclusions pour le même avis ; A. Foulquie, rapport pour Cass. avis, 10 oct. 2011, n° 11-00.005, *Bull. crim.*, avis, n° 2 ; A. Martinel, rapport pour Cass. avis, 24 janv. 2005, n° 04-00.005, *Bull. civ.*, avis, n° 2.

²³ Cass. civ. 1^{re}, n° 84-11.528, *Bull. civ.*, I, n° 200 ; civ. 3^e, 26 févr. 1997, n° 94-19.939, *Bull. civ.*, III, n° 44.

²⁴ Cass. civ., 13 mai 1824, *Bull. civ.*, n° 60, p. 206.

I. Les difficultés soulevées par l'identification du désaccord

Les deux objets possibles du désaccord. Avant d'envisager les différentes hypothèses dans lesquelles une juridiction peut rencontrer un désaccord, nous devons préciser que le désaccord peut être de deux sortes. Il peut d'abord consister en un désaccord sur la réponse à donner à une question : certains juristes soutiennent que la question doit recevoir telle réponse quand d'autres en retiennent une autre. Le désaccord peut ensuite porter sur le caractère ouvert ou résoluble de la question : certains retiennent que plusieurs réponses sont également admissibles quand d'autres défendent que seule telle solution peut être retenue. Un désaccord de ce type, que nous qualifierons d'asymétrique, porte donc sur l'existence d'une difficulté sérieuse. La distinction est importante en ce qui concerne la prise en compte du désaccord pour apprécier l'existence d'une difficulté sérieuse, comme nous le verrons ci-après.

Sous ces deux acceptions, le désaccord entre juristes peut se présenter à la juridiction chargée d'apprécier s'il existe une difficulté sérieuse dans trois hypothèses bien distinctes.

Désaccord entre juridictions et divergence jurisprudentielle. D'abord, il est possible que la juridiction constate que des décisions divergentes ont été déjà rendues sur la question²⁵. Cela n'est toutefois pas nécessairement le signe d'un désaccord, car les juridictions ayant statué dans un sens ou l'autre pourraient s'accorder sur le fait qu'une difficulté sérieuse existe et que plusieurs réponses à la question posée sont également envisageables. Tenues par l'article 4 du Code civil de statuer même dans le silence de la loi, les juridictions concernées ont dû opter pour une solution sans la considérer comme nécessaire pour autant. Or, compte tenu des formes de la motivation à la française, il est souvent impossible de savoir si les juridictions considèrent leur solution comme nécessaire ou comme simplement admissible, les jugements prenant la forme d'un syllogisme au sein duquel les éléments générateurs de doute ne peuvent être exprimés que pour être ensuite écartés²⁶. Il est donc généralement impossible de conclure à l'existence d'un désaccord à partir du seul constat d'une divergence jurisprudentielle.

Il en va un peu différemment lorsque, en l'absence de décisions divergentes, la juridiction appelée à se prononcer sur l'existence d'une difficulté sérieuse envisage de statuer dans un sens contraire à celui retenu par les juridictions s'étant déjà prononcées. Il faut alors distinguer selon que les juges appelés à statuer tiennent la solution qu'ils envisagent pour nécessaire ou seulement admissible.

²⁵ A. Martinel, rapport pour Cass. avis, 24 janv. 2005, n° 04-00.005, *Bull. civ.*, avis, n° 2 ; T. Moussa, rapport pour Cass. avis, 2 avr. 2007, 07-00.007, *Bull. civ.*, avis, n° 4 ; J.-C. Lautru, conclusions pour Cass. avis, 6 oct. 2008, n° 08-00.009, *Bull. civ.*, avis, n° 7.

²⁶ L'interdiction des motifs dubitatifs est constante en jurisprudence : Cass. civ. 2^e, 3 nov. 1993, n° 91-21.973, *Bull. civ.*, II, n° 303 ; 6 déc. 1995, n° 93-21.748, *Bull. civ.*, II, n° 302.

S'ils la tiennent pour nécessaire, alors ils sont en désaccord avec les juges qui ont retenu précédemment une autre solution. Mais les termes exacts du désaccord demeurent inconnus – porte-t-il sur l'existence d'une difficulté sérieuse ? – dès lors qu'il est impossible de savoir si les juges s'étant déjà prononcés ont considéré leur décision comme nécessaire ou non. Si, au contraire, les juges appelés à statuer tiennent la solution qu'ils envisagent pour simplement admissible, il est impossible pour eux de déterminer même s'ils sont en désaccord avec les juridictions qui ont rendu des décisions divergentes.

Les termes du problème sont encore différents lorsque des décisions divergentes sont rendues à l'occasion de procédures dont l'application dépend soit entièrement de l'existence d'une difficulté sérieuse, soit d'une notion connexe – moyen sérieux ou solution ou appréciation manifestes.

La première hypothèse, qui concerne les procédures dont la mise en œuvre dépend de la caractérisation d'une difficulté sérieuse, recouvre les divergences constatées au sein de la procédure de saisine de la Cour de cassation ou du Conseil d'État pour avis et de la procédure de renvoi d'une question préjudicielle entre juridictions judiciaires et administratives, que la question porte sur l'appréciation de la validité d'un acte administratif ou sur son interprétation²⁷. En ce qui concerne la divergence dans la mise en œuvre de la question préjudicielle administrative ou judiciaire, elle sera toujours constitutive d'un désaccord asymétrique : telle juridiction a jugé qu'une question soulevait une difficulté sérieuse et devait être renvoyée à la juridiction normalement compétente, quand une autre juridiction, saisie de la même question dans un autre litige, a jugé qu'aucune difficulté n'était caractérisée. Il en va de même lorsque, saisis d'un recours contre une décision procédant au renvoi ou le refusant en raison de l'absence de difficulté sérieuse, les juges de la juridiction supérieure considèrent que la première juridiction a accordé ou refusé le renvoi à tort.

En revanche, en ce qui concerne les divergences dans la mise en œuvre de la procédure de saisine de la Cour de cassation ou du Conseil d'État pour avis, elles ne sauraient constituer un désaccord asymétrique que dans une

²⁷ Durant très longtemps, la jurisprudence imposait de distinguer les questions préjudicielles en interprétation d'un acte administratif, qui ne devaient être renvoyées qu'en présence d'une difficulté sérieuse, et les questions préjudicielles administratives en appréciation de validité d'un acte administratif, qui devaient être renvoyée dès que le grief d'invalidité correspondant présentait un caractère sérieux, qu'il existe une difficulté sérieuse ou non. En effet, le juge judiciaire se voyait refuser le pouvoir de constater lui-même l'illégalité de l'acte, fût-elle certaine à ses yeux (Cass. soc., 9 oct. 1963, *Bull. civ.*, IV, n° 673 ; 7 juin 1974, n° 72-14.830, *Bull. civ.*, V, n° 359 ; civ. 3^e, 9 oct. 1982, n° 80-16.516, *Bull. civ.*, III, n° 65 ; civ. 2^e, 12 oct. 2000, n° 99-50.056). Il semble désormais que la distinction ne soit plus de mise, le Tribunal des conflits ayant autorisé le juge judiciaire à constater lui-même l'invalidité et à en tirer les conséquences « lorsqu'il apparaît manifestement, au vu d'une jurisprudence établie, que la contestation peut être accueillie » (T. confl., 17 oct. 2011, n° C3828, *Lebon* 698 ; 16 juin 2014, n° C3953, *Lebon* T. 584). La question préjudicielle en appréciation de validité ne semble donc devoir être renvoyée que si elle soulève une difficulté sérieuse, nonobstant le sérieux du grief tiré de l'invalidité.

configuration spécifique : quand les conseillers à la Cour de cassation considèrent que la question qui leur a été transmise ne soulève aucune difficulté sérieuse. Ils sont alors en désaccord avec la juridiction du fond, qui a considéré que la question soulevait une difficulté sérieuse. Mais l'on ne saurait conclure à l'existence d'un désaccord du seul fait que certaines juridictions du fond ont transmis une demande d'avis, là où d'autres s'en sont abstenues : la saisine pour avis étant facultative, les juridictions qui se sont abstenues d'y recourir n'ont pas nécessairement considéré que la question qui leur était soumise ne soulevait aucune difficulté sérieuse²⁸.

Deux autres procédures dépendent directement de la caractérisation d'une difficulté sérieuse : le renvoi préjudiciel pour interprétation à la Cour de justice et la saisine du Tribunal des conflits par une juridiction en dehors de tout conflit de compétence, prévue à l'article 35 du décret n° 2015-233. Cependant, la mise en œuvre de ces procédures est facultative pour les juridictions du fond, même en présence d'une difficulté sérieuse²⁹, et aucun contrôle ne saurait être exercé sur les décisions de renvoi³⁰. De sorte qu'aucun désaccord ne peut être rattaché avec certitude à une divergence : le fait que des juridictions aient procédé au renvoi d'une question quand d'autres, saisies de la même question dans un autre litige, s'en sont abstenus ne démontre en aucun un désaccord entre elles : elles peuvent s'accorder sur l'existence d'une difficulté sérieuse.

La seconde hypothèse, concernant les procédures dont la mise en œuvre dépend de l'existence d'un moyen sérieux ou d'une contestation sérieuse, recouvre la procédure de transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité par les juridictions du fond à la Cour de cassation ou au Conseil d'État, ou par

²⁸ Art. L441-1 COJ : « Avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire *peuvent*, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation ». Art. L113-1 CJA : « Avant de statuer sur une requête soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel peut, par une décision qui n'est susceptible d'aucun recours, transmettre le dossier de l'affaire au Conseil d'État ».

²⁹ Art. 267 al. 2 TFUE : « Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction *peut*, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question ». Art. 35 du décret n° 2015-233 : « Lorsqu'une juridiction est saisie d'un litige qui présente à juger, soit sur l'action introduite, soit sur une exception, une question de compétence soulevant une difficulté sérieuse et mettant en jeu la séparation des ordres de juridiction, elle *peut*, par une décision motivée qui n'est susceptible d'aucun recours, renvoyer au Tribunal des conflits le soin de décider sur cette question de compétence ».

³⁰ En ce qui concerne le renvoi au Tribunal des conflits, voir la note précédente. En ce qui concerne le renvoi à la Cour de justice : « L'appréciation de la pertinence et de la nécessité de la question préjudicielle relève, en principe, de la seule responsabilité de la juridiction qui ordonne le renvoi préjudiciel, sous réserve de la vérification limitée opérée par la Cour » (CJCE, 16 déc. 2006, *Cartesio*, C-210/06, *Rec.* p. I-09641, §95). Voir aussi : Cass. civ. 1^{re}, 18 nov. 2015, n° 14-26.482, *Bull. civ.*, I, à paraître.

ces juridictions au Conseil constitutionnel, et la procédure de renvoi d'une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne relative à la validité d'un acte de droit dérivé³¹. Telle juridiction a considéré que le grief d'invalidité ou d'inconstitutionnalité était sérieux, et sursis à statuer, alors que telle autre l'a jugé non sérieux et l'a rejeté. Ces hypothèses ne sauraient être réduites à une simple divergence et caractérisent bien un désaccord. Mais les termes de ce désaccord demeurent toutefois inaccessibles – porte-t-il sur l'existence d'une difficulté sérieuse ? – car la juridiction qui a considéré que la question était sérieuse peut avoir considéré soit que l'inconstitutionnalité ou l'invalidité était douteuse et soulevait une difficulté sérieuse, soit qu'elle était certaine et la censure par la Conseil constitutionnel ou la Cour de justice acquise³². Il reste toutefois une configuration où la teneur du désaccord pourra être connue : lorsque la juridiction chargée de se prononcer sur le grief d'inconstitutionnalité ou d'invalidité le regarde comme sérieux alors que d'autres juridictions ont jugé antérieurement qu'il ne l'était pas. Les juges appelés à statuer savent, en effet, de quelle manière ils sont en désaccord avec ceux qui ont statué avant eux : ils savent s'ils tiennent l'inconstitutionnalité ou l'invalidité pour certainement acquise ou pour simplement admissible alors que d'autres l'ont jugée certainement exclue.

Désaccord et divergence entre la doctrine et les juridictions. Ensuite, la juridiction appelée à statuer sur l'existence d'une difficulté sérieuse peut être confrontée à une critique doctrinale de la jurisprudence. Il est possible d'assimiler ici à une œuvre doctrinale les conclusions des avocats généraux et rapporteurs publics. Cependant, il ne s'agit pas là encore toujours du signe d'un désaccord car la critique peut consister en une simple démonstration de ce que les solutions retenues n'ont rien de nécessaire, en raison de l'existence d'une difficulté sérieuse. Une telle critique tend à corriger les faux-semblants créés par la technique de motivation traditionnelle à la française. Il est ici encore impossible de savoir s'il existe véritablement un désaccord entre les juges et les commentateurs, les premiers ne faisant pas état de l'indétermination du droit dans leurs décisions.

Le désaccord ne pourra être établi avec certitude que dans les cas où la critique doctrinale tend à démontrer que les décisions sur lesquelles elle porte reposent sur une erreur et appellent à retenir une autre solution. Or, il est parfois impossible de déterminer la portée exacte d'une contribution dans laquelle l'auteur avance des arguments en faveur d'une autre solution que celle retenue par la décision critiquée : entend-il démontrer que la solution qu'il défend s'impose aux juges ou qu'elle pouvait simplement être retenue par eux et mérite d'être prise en considération ? De plus, même s'il est établi que la critique doctrinale consiste à dénoncer la solution retenue par les juridictions

³¹ Cf. note 8.

³² J.-F. Théry, *op. cit.* note 8.

comme inadmissible, il demeure très souvent impossible de savoir si celles-ci la regardent comme s'imposant nécessairement ou comme simplement possible. De sorte que les termes du désaccord demeurent inaccessibles : les commentateurs et les praticiens tiennent-ils des décisions opposées pour nécessaires, ou alors les second concluent-ils à l'existence d'une difficulté sérieuse que les premiers rejettent ? S'agit-il d'un désaccord asymétrique ?

Les mêmes obstacles se dressent lorsque la juridiction en charge de dire s'il existe une difficulté sérieuse soulevée par une question envisage d'apporter une réponse différente de celle proposée par tout ou partie de la doctrine. S'il y a bien là un désaccord, il peut bien souvent être délicat de déterminer son objet, à défaut de toujours savoir si les auteurs présentent une solution comme nécessaire ou simplement possible.

Désaccord et divergence doctrinales. Enfin, la juridiction peut être appelée à statuer sur un point qui est débattu en doctrine³³. Si une telle hypothèse caractérise normalement un désaccord entre auteurs, il est toutefois possible que ceux-ci n'adoptent pas des positions totalement inconciliables et puissent être en accord. Il en ira ainsi toutes les fois que certains entendent montrer qu'une thèse peut être admise quand d'autres démontrent qu'une autre thèse peut l'être également. Dans cette hypothèse, les auteurs défendent des thèses différentes sans pour autant les considérer comme nécessaires : ils s'interrogent sur un point de droit problématique et construisent une argumentation, un « système »³⁴ conceptuel pour tenter d'y répondre tout en réservant leur jugement définitif³⁵. Un tel débat, encore exempt de certitudes, participe de la construction d'une vérité juridique et ne traduit pas véritablement un désaccord. Or, là encore, le sens exact d'une contribution peut être difficile à établir.

La distinction entre simple divergence et désaccord est essentielle car si l'on peut concevoir que la divergence révèle une difficulté sérieuse, il n'en va pas de même du désaccord. Celui-ci ne peut prendre sa source dans l'existence d'une telle difficulté, ainsi que nous allons essayer de le montrer maintenant.

³³ « La question de savoir si le juge peut statuer sur l'attribution du nom dans le cadre de l'établissement judiciaire d'un second lien de filiation fait également l'objet de débats en doctrine [...] » (Chardonnet, rapport pour Cass. avis, 13 sept. 2010, n° 10-00.004, *Bull. cin.*, avis, n° 4). Voir aussi : G. Taffaleau, conclusions pour Cass., avis, 14 janv. 2013, n° 12-00.014, *Bull. cin.*, avis, n° 1.

³⁴ J. Rivero, « Apologie pour les faiseurs de système », *D.* 1951. chron. 99.

³⁵ Relevant que la doctrine s'interroge sur un problème de droit sans y apporter de réponse catégorique : Chardonnet, rapport pour Cass. avis, 13 sept. 2010, n° 10-00.004, *Bull. cin.*, avis, n° 4.

II. Les difficultés soulevées par l'explication du désaccord

Une fois le désaccord identifié, il reste à savoir s'il s'agit bien d'un élément de nature à révéler l'existence d'une difficulté sérieuse. Sur ce point, il nous semble nécessaire de distinguer selon que le désaccord est « asymétrique » ou non.

Difficulté propre au désaccord asymétrique. Que déduire d'un tel désaccord en ce qui concerne l'existence d'une difficulté sérieuse ? S'il est possible de penser que lorsque les protagonistes défendent des solutions différentes qu'ils tiennent pour certaines, il existe des arguments également convaincants au soutien de l'une et de l'autre, la même conclusion ne peut être tirée du désaccord relatif à l'existence d'une difficulté sérieuse. En effet, dans cette hypothèse, une partie des protagonistes estime qu'il n'existe pas de raison convaincante de retenir une autre solution que celle qu'ils défendent.

La Cour de cassation a déjà jugé que le droit de l'Union s'appliquait avec évidence contre l'avis de son avocat général qui l'invitait à renvoyer une question préjudicielle à la Cour de Justice³⁶. Si le doute exprimé par l'avocat général démontre qu'il existe des arguments également convaincants en faveur de solutions distinctes, ou qu'il n'en existe aucun de déterminant, comment concilier ce doute avec la certitude exprimée par la majorité des membres de la formation de jugement selon laquelle le droit français est incompatible avec le droit de l'Union ? Ici, les deux termes du désaccord sont exclusifs l'un de l'autre et il est impossible de soutenir que le désaccord démontre qu'il existe à la fois des raisons convaincantes en faveur du doute et des raisons convaincantes à son encontre.

Le désaccord fondé sur l'erreur. Au-delà des hypothèses d'asymétrie, le désaccord est-il un élément véritablement pertinent pour établir l'existence d'une difficulté sérieuse ? Il le serait s'il ne pouvait s'expliquer qu'en raison d'une telle difficulté, dont il résulterait et sur laquelle il se fonderait nécessairement. Or, il semble impossible d'établir un lien systématique entre ces deux termes car le constat d'un désaccord est une proposition relative à un fait, alors que l'appréciation d'une difficulté sérieuse est de nature normative. L'on ne saurait logiquement déduire quoique ce soit en ce qui concerne l'état des normes juridiques d'un constat purement factuel³⁷.

Juridiquement, le désaccord, qu'il soit asymétrique ou non, ne peut que résulter d'une erreur d'une partie des protagonistes ou de la totalité d'entre eux. Soit, il existe une difficulté sérieuse et ceux qui tiennent une solution déterminée pour certaine et nécessaire, quelle qu'elle soit, sont dans l'erreur, soit la question appelle une réponse univoque et ceux qui concluent à l'existence d'une

³⁶ Cass. ass., 5 avr. 2013, n° 11-18.947, *Bull. civ.*, A. P., n° 2 et 3, conclusions G. Azibert.

³⁷ D. Hume, *La morale – Traité de la nature humaine III*, Flammarion, 1993, section I, spéc. p. 65 ; H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962, p. 6-13, spéc. p. 8.

difficulté sérieuse ou qui, l'excluant, soutiennent qu'une autre réponse s'impose sont dans l'erreur.

Fondé sur une erreur, le désaccord a vocation à se résorber avec la démonstration de celle-ci, qu'il soit démontré que la solution défendue par une partie des protagonistes doit prévaloir sur les autres ou qu'il soit démontré qu'il existe une difficulté sérieuse et qu'il n'y a pas lieu pour les protagonistes de rejeter radicalement les solutions concurrentes proposées.

Il existe pourtant des désaccords qui persistent et qui semblent plus profonds. Cela peut s'expliquer par deux facteurs. Il est d'abord possible que certains des protagonistes victimes de l'erreur opposent une résistance pathologique à sa démonstration, par fierté, stratégie ou par suite d'un refoulement du doute³⁸. Mais, Ronald Dworkin a également démontré que de nombreux débats reposent sur le fait que les protagonistes ne partagent pas exactement la même conception du droit³⁹. Si une solution est continuellement retenue par une partie des juristes et continuellement rejetée par d'autres, c'est que les premiers regardent certains arguments en faveur de cette solution comme déterminants quand les seconds ne les acceptent pas comme tels. Le raisonnement des uns et des autres ne repose pas sur les mêmes présupposés et le désaccord prend une dimension théorique, en ce qu'il porte sur les règles fondamentales du discours et de l'argumentation juridiques, et non plus sur les règles de droit elles-mêmes.

S'il peut être soutenu qu'un tel désaccord est insoluble⁴⁰, il ne peut être considéré comme constitutif d'une difficulté sérieuse pour autant. En effet, du point de vue des magistrats composant la juridiction appelée à apprécier l'existence d'une difficulté sérieuse, les juristes qui regardent comme convaincants des arguments qu'eux-mêmes ne considèrent pas comme tels font

³⁸ Il résulte des travaux de Sigmund Freud qu'il existe une tendance naturelle à refouler ce qui est source de déplaisir et à reconnaître ce qui est source de plaisir (S. Freud, *Essais de psychanalyse*, Petite bibliothèque Payot – PBP, Paris, 1981, p. 43). Or, le doute est générateur d'angoisse et chacun sera donc enclin à s'en protéger en niant, par un processus inconscient, l'existence ou la pertinence de ses éléments générateurs. De sorte que les juristes pourraient être parfois dans l'incapacité même d'admettre l'existence d'une difficulté sérieuse, sans que cela ne caractérise nécessairement leur mauvaise foi.

³⁹ R. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, États-Unis, Harvard University Press, 1986, p. 3 à 6 et 15-30.

⁴⁰ « *Prescriptive moral judgments are really subjective, though those who make them commonly think that they are objectively valid and mean them to be objectively valid. Suppose Hercules and another judge in the same jurisdiction, both following Professor Dworkin's methods, reach different conclusions about what the law on some issue is because each has reasoned coherently in the light of his own moral views. Though each of them will sincerely and consistently believe that the law already is as he determines it, I maintain that they will both be wrong. The grounds on which they rely fail to determine an objective preexisting law. Whichever judge's opinion wins the day in the final court of appeal will become the law and will then be the law. The judges who finally decide the case will have been legislating, though they will sincerely, consistently, and rationally believe that they have not. By making a choice determined by their subjective moral judgments for which they honestly but mistakenly claim objective validity, they will have been making law on an issue on which there was previously no determinate law* » (J. Mackie, « The Third Theory of Law », *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 7, issue 1 (Autumn 1977), p. 3, spéc. p. 10).

nécessairement erreur. À leurs yeux, telle solution s'impose objectivement ou une difficulté sérieuse existe objectivement, quand bien même cette analyse ne serait pas partagée par tous⁴¹. Le juge traitera la question qui lui est soumise de la même façon que lorsqu'il lui semble que les juridictions et/ou auteurs avec qui il est en désaccord ont commis une erreur dans l'application de règles de droit qui leur seraient communes. Nicolas Maziau, conseiller référendaire à la Cour de cassation, écrit ainsi, à propos des arrêts d'assemblée plénière précités refusant de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité :

« Derrière le reproche de « discordance », ne faudrait-il pas voir alors, en réalité, la critique d'un manque de loyauté de la Cour de cassation dès lors qu'elle n'aurait pas suivi le Conseil d'État dans son avis de 1996 ? Aussi, l'autonomie institutionnelle et fonctionnelle dont la Cour de cassation jouit serait-elle mise à son débit lorsque la Cour entend exercer sa liberté d'apprécier, par elle-même, l'existence d'un principe constitutionnel ? »⁴².

Le désaccord profond ne pourrait caractériser une difficulté sérieuse que si l'on adopte un point de vue externe, celui d'un observateur pour qui les règles de droit ne seraient que des régularités comportementales, des conventions admises au sein d'une communauté. Dans cette perspective, mais dans cette perspective seulement, le désaccord caractérise bien en lui-même l'absence de règles résolvant la question et donc la difficulté sérieuse. Or, une telle attitude ne peut être celles des juges appréciant l'existence d'une difficulté sérieuse.

⁴¹ Ludwig Wittgenstein a démontré que l'accord sur les règles du discours n'est pas une condition de leur validité (L. Wittgenstein, *Recherches philosophiques*, Paris, Gallimard, « nrf », 2004, n° 241 ; S. Laugier, « Où se trouvent les règles ? », *Archives de philosophie* 3/2001 (Tome 64), p. 505, spéc. p. 517 s. ; « Le sujet de la certitude », in J. Bouveresse, S. Laugier et J.-J. Rosat (dir.), *Wittgenstein, dernières pensées*, Agone, 2002, p. 237, spéc. p. 260 et 261 ; « Règles, formes de vie et relativisme chez Wittgenstein », *Noesis* 2008/14, p. 56 et 57 ; P. Bourdieu, « Wittgenstein, le sociologisme & la science sociale », in J. Bouveresse, S. Laugier et J.-J. Rosat (dir.), *Wittgenstein, dernières pensées*, Paris, Agone, 2002, p. 343, spéc. p. 349 ; B. Bix, « The Application (and Mis-Application) of Wittgenstein's Rule-Following Considerations to Legal Theory », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 3, n° 2 (juill. 1990), p. 107, spéc. p. 110). Celui qui, émettant des jugements, suit par-là même des règles discursives déterminées témoigne de ce qu'elles constituent à ses yeux un critère d'évaluation *objectif* et pertinent en elles-mêmes (L. Wittgenstein, *Recherches philosophiques*, Paris, Gallimard, « nrf », 2004, nos 198-202 ; *De la Certitude*, Paris, Gallimard, « nrf », 2006, nos 248 et 399 ; H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, 2^e éd., Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2005, p. 119-128 et p. 165 ; S. J. Shapiro, *Legality*, Harvard University Press, 2011, p. 96 ; J.-Y. Chérot, « Suivre une (la) règle », in J.-J. Sueur (dir.), *La transgression*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 365, spéc. p. 375).

⁴² N. Maziau, « Les « bonnes raisons » de la Cour de cassation », *D.* 2011. 1775, n° 9. Également : « Considérer que le seul fait que la Cour de cassation ne partage pas l'opinion du Conseil d'État confère à une question un caractère sérieux apparaît singulièrement abusif et réducteur des enjeux de la question » (*id.* n° 10).

Polysémie de la simple divergence. Si le désaccord ne peut traduire qu'une erreur, il n'en va pas de même de la simple divergence jurisprudentielle. Celle-ci peut bien être le résultat d'une difficulté sérieuse, laquelle autorise les juges à répondre de différentes manières à la question posée. Mais, comme le désaccord, la divergence peut aussi être fondée sur une erreur d'une partie des juridictions, qui tiennent la question pour ouverte alors qu'elle appelle une réponse univoque.

La dissociation des termes. Il apparaît donc au terme de ces développements qu'il est impossible de lier de façon systématique le constat d'une divergence jurisprudentielle ou d'un désaccord à l'existence d'une difficulté sérieuse. Dans ce sens, le rapport rédigé pour l'avis du 13 février 2012 note que : « [s'il n'existe pas d'unanimité jurisprudentielle [...]. [II] reste à savoir si les réponses divergentes apportées sont d'égale pertinence »⁴³.

Pour établir que la divergence résulte d'une difficulté sérieuse, il faut encore démontrer qu'elle ne repose pas sur une erreur et donc... qu'il existe une difficulté sérieuse. Certains travaux préparatoires aux avis relèvent ainsi qu'il n'existe pas de difficulté sérieuse lorsqu'il apparaît qu'une partie des décisions repose sur l'omission d'un texte, d'une jurisprudence ou même d'une doctrine bien établie d'où découle une réponse univoque à la question et qui n'a pas été envisagée par les juges du fond⁴⁴. Confirmant cette analyse, la Cour de cassation décide dans un avis du 4 mai 2010 que « la question ne présente pas de difficulté sérieuse » et qu'il n'y a pas lieu à avis alors même que le rapporteur avait relevé l'existence de décisions contradictoires de la part de plusieurs cours d'appel mais émis un doute sur la pertinence d'une partie d'entre elles⁴⁵. De même, le rapport établi pour les arrêts d'assemblée plénière précités, dans lesquels la Cour de cassation a jugé non sérieuse la question prioritaire de constitutionnalité fondée sur l'existence d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République de prescription alors que le Conseil d'État avait considéré qu'un tel principe existait dans un avis non contentieux, relève au

⁴³ L. Leroy-Gissingier, rapport pour Cass. avis, 13 févr. 2012, n° 11-00.008, *Bull. civ.*, avis, n° 1.

⁴⁴ « Il est possible de rejeter la demande d'avis comme non sérieuse./ Deux raisons, à mon sens, permettent de le faire./ D'abord, la question comporte une erreur de droit dans son postulat initial. Nous l'avons vu précédemment, il ne peut y avoir une requalification en plusieurs contrats à durée indéterminée, l'unicité étant la règle en la matière. Ensuite, même en faisant abstraction de cette erreur, nous pouvons considérer que la réponse est évidente au regard de la jurisprudence de la chambre sociale ». (A. Martinel, rapport pour Cass. avis, 24 janv. 2005, n° 04-00.005, *Bull. civ.*, avis, n° 2). Aussi : « Mais peut-on déduire de cette divergence jurisprudentielle que la question de droit posée présente une difficulté sérieuse ? Comme l'observe le tribunal correctionnel de Belfort, dans la motivation de son jugement, ne peut-on pas considérer que les arrêts de la Cour de cassation, ci-dessous analysés (en III), prononçant sur les soustractions de marchandises commises dans des magasins dits en libre-service, permettent d'y apporter une réponse ? » (P. Labrousse, rapport pour Cass. avis, 4 mai 2010, n° 10-00.001, *Bull. crim.*, avis, n° 2).

⁴⁵ Cass., avis, 4 mai 2010, n° 10-00.001, *Bull. crim.*, avis, n° 2, rapport P. Labrousse.

terme de sa démonstration que « l'on peut s'interroger à bon droit sur le bien-fondé de la position prise ainsi par la haute assemblée »⁴⁶.

À l'inverse, lorsque les conseillers-rapporteurs et avocats généraux concluent à l'existence d'une difficulté sérieuse, ils ne se contentent généralement pas de constater qu'un désaccord ou une divergence existe pour caractériser l'existence d'une difficulté sérieuse. Ils procèdent à une analyse critique, même sommaire, des solutions défendues⁴⁷.

La pratique consistant à lier systématiquement désaccord et difficulté sérieuse, dont nous avons relevé l'existence en introduction, n'est donc pas prédominante et elle pourrait s'expliquer par l'objet de la procédure de saisine de la Cour pour avis, qui tend à prévenir tout risque de contrariété de jurisprudence sur des questions de droit nouvelles et difficiles. Le risque étant réalisé en présence de décisions divergentes, il conviendrait de considérer que la demande soulève une difficulté sérieuse⁴⁸. Cette procédure n'a toutefois pas pour objet de faire de la Cour un service de consultation juridique à destination des juridictions du fond⁴⁹, fonction qu'elle assure déjà via son service de documentation, d'études et du rapport⁵⁰. De sorte qu'une demande ne devrait pas être recevable au seul motif que des décisions contradictoires ont déjà été rendues ou que la doctrine est divisée. Encore faut-il que la controverse et la contradiction ne soit pas artificielles et il incombe au juge du fond de rechercher quelles sont les règles de droit applicables sans se décharger sur des tiers. Sa fonction lui interdit en effet de « se déterminer sur des considérations étrangères à la loi, [ou de] renvoyer à d'autres la responsabilité de dire le droit »⁵¹. La procédure de saisine pour avis n'a donc pas vocation à permettre aux juridictions du fond de céder à la paresse intellectuelle, mais d'unifier la jurisprudence

⁴⁶ X. Prétot, rapport pour Cass. ass., 20 mai 2011, nos 11-90.025,032 et.033, *Bull. crim.*, A. P., nos 6, 7 et 8.

⁴⁷ Chardonnet, rapport pour Cass. avis, 13 sept. 2010, n° 10-00.004, *Bull. civ.*, avis, n° 4 ; G. Taffaleau, conclusions pour Cass. avis, 14 janv. 2013, n° 12-00.014, *Bull. civ.*, avis, n° 1 ; L. Leroy-Gissingier, rapport pour Cass. avis, 13 févr. 2012, n° 11-00.008, *Bull. civ.*, avis, n° 1. Rapp. : S. Treard, rapport pour Cass. avis, 3 mars 2014, n° 13-70.008, *Bull. civ.*, avis, n° 2, où les éléments cités pour apprécier le sérieux, sur lequel le rapport ne se prononce pas, comprennent le constat d'une divergence jurisprudentielle mais également les arguments avancés en faveur des différentes solutions.

⁴⁸ Indiquant la possibilité d'adopter une telle conception de la difficulté sérieuse mais ne semblant pas la retenir : A. Martinel, rapport pour Cass. avis, 24 janv. 2005, n° 04-00.005, *Bull. civ.*, avis, n° 2.

⁴⁹ F. Zenati, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *D.* 1992. 247 ; J.-D. Sarcelet, conclusions pour Cass. avis, 22 sept. 2014, n° 14-70.007 ; I. Guyon-Renard, rapport pour Cass. avis, 17 déc. 2012, n° 12-00.013, *Bull. civ.*, avis, n° 10 ; L. Davenas, rapport pour Cass. avis, 4 mai 2010, n° 10-00.001, *Bull. crim.*, avis, n° 2.

⁵⁰ N. Molfessis, « Les avis spontanés de la Cour de cassation », *D.* 2007. 37, n° 4.

⁵¹ *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, D.4.

lorsque cela s'avère véritablement nécessaire⁵², c'est-à-dire lorsque les règles de droit laissent la place pour des solutions divergentes.

Conclusion. Le fait qu'une question suscite des débats, le fait qu'elle soit discutée par la doctrine peut bien être le signe qu'elle soulève une difficulté sérieuse : le juge appelé à y répondre pourra puiser dans la discussion des arguments en faveur de diverses solutions. L'intérêt doctrinal pour une question semble démontrer que sa résolution n'est pas un processus univoque. Mais la difficulté sérieuse ne saurait, en soi, justifier l'existence d'un désaccord car s'il existe des solutions également admissibles, les auteurs et les praticiens devraient s'accorder pour dire que la question est ouverte et peut donner lieu à plusieurs réponses raisonnables également pertinentes. Le désaccord ne peut s'expliquer que par l'erreur de tout ou partie des protagonistes.

Ainsi, plutôt que le désaccord, c'est l'intérêt doctrinal pour une question ou l'existence de décisions divergentes, laquelle ne traduit pas nécessairement un désaccord, qui est susceptible de constituer un signe de l'existence d'une difficulté sérieuse. Il ne saurait toutefois être question d'établir un lien systématique entre ces deux éléments dès lors que la divergence jurisprudentielle peut reposer sur une erreur, ce qu'il revient au juge d'apprécier. De sorte que la divergence et la discussion doctrinale ne sont que des indices de l'existence d'une difficulté sérieuse mais ne sauraient l'établir par elles-mêmes. À l'inverse, le désintérêt pour une question ne constitue pas un élément suffisant pour établir l'absence de difficulté sérieuse car, comme le souligne le rapport établi en vue de l'avis du 24 janvier 2005, si

« La doctrine [...] n'a jamais envisagé la pluralité d'indemnités de requalification. Encore fallait-il qu'elle se posât la question, ce qui ne semble pas avoir été le cas. *Peut-être* est-ce là la preuve que la problématique est inexistante »⁵³.

⁵² Rapport annuel de la Cour de cassation pour l'année 1995, La documentation française, p. 423.

⁵³ A. Martinel, rapport pour Cass. avis, 24 janv. 2005, n° 04-00.005, *Bull. civ.*, avis, n° 2.

