

LA NOTE D'ARRÊT EN DROIT PRIVÉ

En littérature, la notion de genre a fait l'objet de multiples études ¹. Un journal intime n'est pas un roman d'amour, un sonnet n'est pas une fable, une tragédie n'est pas un conte de fée, une nouvelle n'est pas un essai. Dans son cours de théorie littéraire consacré à la notion de genre ², Antoine Compagnon montre bien que le genre littéraire est une convention du discours qui crée une attente et garantit une reconnaissance. De fait, le système des formes de discours, qui offre une certaine représentation de la réalité, est largement contraint. L'auteur d'une lettre de condoléances n'est pas libre, il suit la forme à adopter dans une situation déterminée. C'est ce qui explique que, malgré la remise en cause moderne des genres, un texte totalement hors catégorie est difficilement concevable. C'est aussi ce qui justifie que le genre constitue un intermédiaire entre une œuvre particulière et la littérature toute entière à laquelle il la rattache. Le droit n'a pas échappé à cette attraction pour la notion de genre. Certes, le phénomène n'a pas la même ampleur, ne serait-ce que parce que la littérature juridique n'atteint pas la noblesse de la littérature en général ³. Mais, plusieurs genres littéraires juridiques ont d'ores et déjà attiré l'attention, parmi lesquels la thèse de doctorat ⁴, les préfaces ⁵,

1. Parmi d'autres : Y. Stalloni, *Les genres littéraires*, 2^e éd., Armand Colin, 2008 ; M. Macé, *Le genre littéraire*, Flammarion, 2004 ; K. Canvat, *Enseigner la littérature par les genres : pour une approche théorique et didactique de la notion de genre littéraire*, De Boeck, 1999 ; D. Combe, *Les genres littéraires*, Hachette, 1992 ; J.-M. Schaeffer, *Qu'est-ce qu'un genre littéraire ?*, éd. du Seuil, 1989.

2. *Théorie de la littérature : la notion de genre*, Cours, Université Paris IV-Sorbonne, 2001 disponible en ligne sur le site *Fabula*.

3. Mais l'on sait que le droit inspire la littérature : Ph. Malaurie, *Droit et littérature, Anthologie*, Cujas, 1997 ; R. A. Posner, *Law & literature*, 3^e éd., Harvard UP, 2009. Voir aussi : J. Vergès, *Justice et littérature*, PUF, 2011 ; C. Faralli (dir.), *Diritto e letteratura*, Aracne, 2010 ; A. Garapon et D. Salas (dir.), *Imaginer la loi : le droit dans la littérature*, Michalon, 2008.

4. R. Gassin, « Une méthode de la thèse de doctorat en droit », *RRJ*, 1996, p. 1167 et s. ; M. Beaud et alii, *L'art de la thèse*, La Découverte, 2005.

5. D. Bureau, « Les préfaces » in *Ruptures, mouvements et continuité du droit : autour de Michelle Gobert*, Economica, 2004, p. 61 et s.

les mélanges ⁶, les articles ⁷, les leçons d'agrégation ⁸, les introductions au droit ⁹, la note de bas de page ¹⁰, l'adage en qui l'on a pu voir le dernier vestige de la poésie du droit ¹¹. Et l'on constate, à l'heure actuelle, un regain d'intérêt pour l'exploration des genres littéraires juridiques. L'organisation de cette journée et la publication de ses actes dans une revue qui, depuis 2007, intègre le livre juridique dans son champ en témoignent à leur manière.

L'examen de la note d'arrêt en droit privé constitue un exercice difficile. Car ce genre littéraire a déjà donné lieu à des études marquantes, qui ont pratiquement donné un tour définitif à la matière. L'histoire de la note d'arrêt en droit privé a été magistralement dépeinte dans le *Livre du centenaire du Code civil* par Meynial ¹². On peut la résumer en ces termes. Les premiers recueils d'arrêts publiés au début du XIX^e siècle sont de piètre qualité. Ils se bornent à collecter les décisions sans véritablement les analyser et souffrent encore de la mauvaise réputation qu'avaient les recueils sous l'ancien droit ¹³. Par ailleurs, la faible exploitation des arrêts souligne la toute-puissance de la loi et l'inféodation du Tribunal de cassation dans les années qui suivent immédiatement l'adoption du Code civil ¹⁴. Au cours de cette période, les premières annotations sont l'œuvre des éditeurs eux-

6. F. Rolin, « Les principes généraux gouvernant l'élaboration des volumes de Mélanges. Contribution à l'étude de la littérature mélangiale juridique » in *Les mutations contemporaines du droit public : mélanges en l'honneur de B. Jeanneau*, Dalloz, 2002, p. 221 et s. ; J. Boudon, « Les premiers Mélanges juridiques en France. Naissance d'une littérature », *RFFD*, n° 31, 2012, p. 139-180.

7. P.-Y. Gautier, « Les articles fondateurs (réflexions sur la doctrine) » in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle. Études offertes à P. Catala*, Litec, 2001, p. 255 et s.

8. R. Merle, « La leçon d'agrégation dans toute sa splendeur », *D.* 1987, chron. p. 142 ; P.-Y. Gautier, « Le concours d'agrégation au plus intime : institutes coutumières » in *Mélanges dédiés à L. Boyer*, Presses Universitaires de Toulouse, 1996, p. 221 et s. ; L. De Naurois, « La leçon d'agrégation. Vieux souvenirs et réflexions d'un candidat malheureux », *ibid.*, p. 507 et s.

9. C. Mouly, « Crise des introductions au droit », *Droits*, n° 4, 1986, p. 109 et s.

10. P.-Y. Gautier, « La note de bas de page chez les juristes » in *Mélanges Ph. Malaurie*, Defrenois, 2005, p. 283 et s.

11. A. Laingui, « L'adage, vestige de la poésie du droit » in *Mélanges J. Imbert*, PUF, 1989, p. 345 et s.

12. É. Meynial, « Les recueils d'arrêts et les arrêtistes » in *Le Code civil 1804-1904, Livre du centenaire*, Dalloz, rééd., 2004, p. 173 et s.

13. Cf. S. Dauchy, « L'arrestographie, un genre littéraire ? », *RHFD*, 2012, p. 41s. Sous l'ancien droit, les recueils d'arrêts sont l'œuvre de magistrats ou d'avocats qui y réunissent des informations nécessaires à la formation des jeunes praticiens. L'auteur montre que le genre évolue à la fin du XVIII^e siècle : les recueils d'arrêts laissent place aux dictionnaires de jurisprudence qui s'efforcent de proposer une présentation unitaire et rationnelle de la jurisprudence, de faire œuvre de doctrine.

14. Ph. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, 2004, p. 101.

mêmes ou de collaborateurs anonymes qu'ils emploient. Les années 1830-1840 marquent un premier tournant à la faveur de l'amélioration du niveau des revues juridiques qui font une plus grande place à la jurisprudence naissante et ambitionnent de réconcilier l'École et le Palais¹⁵. En 1851, la *Revue critique de la jurisprudence*¹⁶ est créée, notamment par Demolombe et Marcadé. En 1853, après avoir absorbé la *Revue Wolowski*, elle devient la *Revue critique de législation et de jurisprudence* et domine les revues savantes jusqu'au début du xx^e siècle. Or, elle inaugure le genre de l'examen doctrinal des arrêts, qui se présente comme une sorte de « dissertation sur un sujet de controverse qui a tenu le barreau attentif ou qui partage »¹⁷ les juridictions et se caractérise par l'ouverture progressive de ses colonnes aux universitaires. Cependant, il ne s'agit pas encore de célébrer le culte de la jurisprudence. De façon bien différente, il s'agit de dénoncer le désordre qui y règne et de discipliner les arrêts, lesquels ne constituent toujours qu'un simple complément des lois. En outre, le rythme de l'examen doctrinal des arrêts n'est souvent qu'annuel dans une matière donnée, ce qui est encore bien modeste. Cependant, certains commentaires publiés comme examen doctrinal dans une revue sont aussi reproduits dans une autre en tant que note sous la décision analysée. Et, très vite, la note, qui paraît dans des revues en général bi-mensuelles, remporte un succès considérable.

Dans le dernier tiers du xix^e siècle, à l'heure où des décisions retentissantes sont rendues par la Cour de cassation, les professeurs deviennent les maîtres du commentaire et ce, dans tous les champs du droit privé. Ils appréhendent la jurisprudence dans un nouvel état d'esprit. Elle n'est plus le simple complément des lois. Suivant le célèbre mot d'ordre lancé par Esmein à l'occasion de la création de la *Revue trimestrielle de droit civil*¹⁸, la jurisprudence devient le principal centre d'intérêt de la doctrine universitaire privatiste. À l'heure où le Code civil montre de sérieux signes d'essoufflement, l'annotation des

15. Voir en ce sens la préface de Ledru-Rollin (1837) à la troisième édition du *Journal du Palais* ainsi que l'avertissement de Devilleneuve (1840) en tête de la réédition des premières années du *Sirey*. Plus généralement, sur ce thème, voir la savante démonstration de F. Zenati, « L'avenir des revues juridiques et la séparation de la théorie et de la pratique », *RTD Civ.* 2002, p. 691 et s.

16. Dont le titre intégral est révélateur de son objet : *Revue critique de la jurisprudence en matière civile, administrative, commerciale et criminelle formant le complément doctrinal des recueils d'arrêts*.

17. Lafférière, cité par É. Meynial, art. cité, p. 200, note 1.

18. A. Esmein, « La jurisprudence et la doctrine », *RTD Civ.* 1902, p. 5 et s., spéc. p. 11 : « Il faut que la doctrine aille plus loin et prenne la jurisprudence pour objet principal d'étude ».

décisions permet d'ouvrir le droit à la réalité sociale mouvante tout en confiant aux seuls universitaires le rôle majeur de systématiser le droit, en ordonnant la jurisprudence autour de principes cohérents. Si l'on ne craignait pas d'apparaître passéiste, l'on dirait que c'était le temps du « beau droit », « celui des belles questions, lesquelles donnent lieu à de belles argumentations, puis se résolvent à l'aide de beaux arrêts »¹⁹. Contrairement à ce qui a pu se passer en droit administratif²⁰, les professeurs de droit privé exercent alors un véritable monopole dans le travail de rationalisation des arrêts. Et la note constitue l'outil privilégié de l'exercice de leur pouvoir. Elle est l'instrument phare de la promotion de la doctrine universitaire. Relisons Meynial : « peu d'esprits résistent à la séduction qu'exerce [la note d'arrêt], moins raide et moins froide que la pure spéculation dogmatique, plus désintéressée, plus générale et d'une plus sereine impartialité que la consultation ou que la plaidoirie ou même le rapport judiciaire »²¹.

Le succès de la note d'arrêt en droit privé reste naturellement attaché à certains grands noms. Le plus grand arrêtiiste du XIX^e siècle finissant est sans conteste Joseph-Émile Labbé²². De 1859 à 1895, il publie d'innombrables notes sur des sujets aussi variés que le droit maritime, le droit international privé, le droit des sociétés, la responsabilité civile, l'assurance-vie et, bien sûr, l'enrichissement sans cause. C'est lui qui, avec Aubry et Rau, propose que la Cour de cassation reconnaisse un principe général selon lequel nul ne peut s'enrichir au détriment d'autrui et qui en dresse les contours dans sa note sous l'arrêt *Boudier c./ Patureau* rendu par la Cour de cassation en 1892²³. Deux thèses de doctorat seront même consacrées à son œuvre d'arrêtiiste en 1908²⁴ et 1910²⁵. Leur lecture est en réalité assez décevante pour qui cherche à scruter la note d'arrêt comme type littéraire mais

19. Ph. Jestaz, « Le beau droit », *Autour du droit civil. Écrits dispersés, Idées convergentes*, Dalloz, 2005, p. 47 et s.

20. Pour une étude récente : Y. Gaudemet, « Réflexions sur le rôle de la doctrine en droit public aujourd'hui », *Revue du droit d'Assas*, 2011, n° 4, p. 31 et s.

21. *Article cité*, p. 197.

22. Mais il y avait des précurseurs, spécialement Devilleneuve dont Meynial souligne (p. 198 de l'article précité) que les notes publiées entre 1830 et 1840 (une quarantaine) étaient déjà des modèles (notamment celle publiée au *S.* 1842, I, 898 sur la combinaison des articles 913 et 1094 du code civil pour la combinaison des quotités disponibles ordinaire et spéciale entre époux).

23. *S.* 1893, I, 281, *GAJC*, 12^e éd., Dalloz, 2008, n° 239. Et, pour une mise en perspective récente : F. Chénéde, *RDC* 2011, p. 1005 et s.

24. F. Baudet, *Labbé arrêtiiste. Aperçu général de ses doctrines en droit civil*, thèse, Lille, 1908.

25. G. Cohendy, *La méthode d'un arrêtiiste au XIX^e siècle*, thèse, Paris, 1910.

leur seule existence suffit à démontrer l'influence exercée par Labbé en la matière ²⁶.

Lui succéderont, parmi d'autres, dans l'histoire des maîtres du genre, Planiol (avec ses 137 notes), Savatier (qui détient le record de longévité dans la tenue d'une « chronique » à la *Revue trimestrielle de droit civil* puisqu'il animera pendant cinquante-sept ans la rubrique « Successions », de 1923 à 1980 ²⁷) ou Carbonnier (qui publiera une quarantaine de notes d'arrêts ²⁸ et commentera environ 400 décisions dans le cadre de la chronique de « Contrats spéciaux » qu'il tient à la même *Revue* entre 1943 et 1961 ²⁹). Par la suite, la vogue de la note d'arrêts ne se démentira pas au point que, de l'extérieur, l'on a pu voir dans ce phénomène l'un des traits caractéristiques du style juridique français. Tandis qu'en Angleterre ou aux États-Unis, le commentaire de décision (*case note*) semble plutôt considéré, par les universitaires, comme un genre académique mineur, souvent pratiqué par des juristes en herbe, la note d'arrêts apparaît traditionnellement en France comme un genre noble, signe de l'autorité, de la légitimité et du rayonnement de son auteur ³⁰.

Quoi qu'il en soit, ce que l'on voudrait ici se demander, c'est si ce portrait angélique de la note d'arrêt en droit privé est toujours bien d'actualité. Or, même s'il est toujours délicat de généraliser, il nous semble que ce monument a peut-être commencé à se fissurer et qu'il ne joue plus, en droit privé, le rôle qui était traditionnellement le sien. Précisément, la note d'arrêt semble aujourd'hui confrontée à une double crise. Une crise d'hégémonie, d'abord. La note d'arrêt souffre d'un phénomène de pullulement des genres voisins dont le succès remet en cause sa prépondérance dans l'univers du commentaire de jurisprudence. Une crise d'influence, ensuite. L'évolution contemporaine semble avoir privé la note d'arrêt d'une partie de ses attraits. En d'autres termes, la note d'arrêt en droit privé nous apparaît tout à la fois comme un genre concurrencé (I) et comme un genre déprécié (II). Tels seront donc les deux axes de notre analyse.

26. Plus largement, voir C. Jamin, « Relire Labbé et ses lecteurs », *APD*, 1992, p. 247 et s.

27. Ph. Rémy, « Cent ans de chroniques », *RTD Civ.* 2002, p. 665 et s.

28. I. Fadlallah, « Jean Carbonnier, arrêviste », *Lamy Droit civil*, 2006, p. 71.

29. A. Bénabent, « Jean Carbonnier, chroniqueur », *Lamy Droit civil*, 2006, p. 73.

30. Duxbury, *Jurists and Judges, An Essay in Influence*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2001, p. 47 et s., spécialement p. 55-56. Voir cependant E. Deschumacker et Tony Weiz, « *On the case* », *RTD Civ* 2013, p. 722.

I. Un genre concurrencé

La note d'arrêt apparaît d'abord comme un genre concurrencé par d'autres formes de commentaires qui prennent la jurisprudence pour objet. Ce que l'on montrera mieux après avoir rappelé les canons de la note d'arrêt elle-même.

Avant toute chose, la note d'arrêt a ceci de particulier, sur le plan de la forme, de se présenter comme une note *sous* un arrêt. La préposition est importante. Car la note fait toujours suite à la décision elle-même qui est reproduite en intégralité. De fait, la brièveté des arrêts de la Cour de cassation rend la reproduction matériellement et économiquement possible pour les éditeurs. On en trouve cependant un contre-exemple à la fois récent et saisissant à travers la décision rendue par la Chambre criminelle de la Cour de cassation le 25 septembre 2012 dans l'affaire du naufrage de l'*Erika*, décision qui ne fait pas moins de 319 pages ³¹ !

Quoi qu'il en soit, rien de tel, pour mieux cerner les traits du genre, que de se référer à la célèbre *Note sur des notes d'arrêts* que le Doyen Carbonnier fit paraître – ironie du sort – dans une *Chronique* au *Dalloz* en 1970 ³² en hommage à celui qu'il considérait comme le maître en la matière : René Savatier. Carbonnier souligne d'abord les aspects formels de la note. La rigueur de la construction lui vient en premier à l'esprit. À cet égard, il relève la différence avec les notes des arrêtistes du début du xx^e siècle, lesquels, écrit-il, « ne s'interdisaient point la ligne sinueuse ». Par contraste, les « notes Savatier » sont « de celles qui ont le plus contribué à répandre le goût (passé maintenant en coutume) de la note fortement charpentée, ce jeu de la division [...] venu de la leçon d'agrégation » ³³. Et, de fait, à l'image des commentaires de décisions proposés aux étudiants en travaux dirigés ou à l'examen, les notes d'arrêt en droit privé sont, en général, articulées autour d'un plan. Un plan qui, de façon générale encore, consiste souvent à examiner, d'une manière ou d'une autre, le sens, la valeur puis la portée de la décision. L'on ajoutera que, même lorsque le commentaire est privé de subdivisions apparentes, l'analyse développée suit le plus souvent cette progression. Le souci de clarté l'explique certainement. La structure ne suffit pas, la note d'arrêt, c'est

31. Certes consacrées pour l'essentiel à la reproduction des moyens invoqués par les parties.

32. *Chron.*, p. 137.

33. J. Carbonnier, chronique précitée.

aussi, poursuit Carbonnier, ou – plus exactement – cela devrait toujours être, un style. Un style brillant, imagé par des métaphores, caractérisé par des formules piquantes, et ce pour capter l'attention des praticiens, « las de lectures ennuyeusement documentaires », et leur fournir des arguments prêts à l'emploi en vue de leurs plaidoiries. Qu'en est-il ensuite du fond ? À cet égard, Carbonnier n'est pas avare de conseils méthodologiques. « Il va de soi, écrit-il, qu'une note d'arrêts ne saurait être une dissertation épinglée à un arrêt. Il faut qu'elle fasse corps avec celui-ci, qu'elle le pénètre ». Et la glose ne suffit pas ; il faut ajouter, « au texte, le contexte », à « l'exégèse » « une sorte de sociologie compréhensive appliquée aux faits de l'espèce ». La note d'arrêt doit, en somme, mettre concrètement en relief la dimension humaine de la décision, la spécificité du milieu familial ou professionnel concerné. Ce qui explique que la maîtrise du genre requiert une certaine expérience de la part de son auteur, celle de la vie, dans ses multiples facettes. Enfin, la note d'arrêt doit être prospective. Elle doit offrir aux praticiens des « moyens d'action » car, écrit Carbonnier, « chaque arrêt est le point de départ de divers possibles, y compris son contraire ». L'annotateur doit donc se projeter dans l'avenir, se risquer à des pronostics sur les suites qui seront vraisemblablement données à la décision commentée et, plus encore, prendre parti sur la solution la plus souhaitable. « L'annotation », précise sur ce point Carbonnier, « implique un devoir de conseil » et, « partant, un pouvoir de remontrance ». Un pouvoir dont l'usage se doit toutefois d'être discret dans un souci d'efficacité car, conclut finalement l'auteur dans une jolie formule, « l'annotation utilement progressiste, qui fait jurisprudence, est celle qui réussit à convaincre les juges que la suite est déjà dans le précédent ».

Que révèle, par contraste, la période actuelle ? Elle montre que l'âge d'or de la note d'arrêt est peut-être derrière nous. Sans doute ne faut-il pas noircir le tableau à l'excès. La parution, dans chaque numéro hebdomadaire du *Dalloz*, de cinq notes en moyenne, soit plus de deux cents notes par an, suffit à rassurer. Le plus souvent, les attentes corrélées à ce type littéraire sont satisfaites et le lecteur du XXI^e siècle retrouve dans les notes d'aujourd'hui les traits soulignés naguère par Carbonnier. Sans doute toutes les notes ne sont-elles pas destinées à entrer dans l'histoire mais, après tout, cela a toujours été le cas. De même, il faut noter le rayonnement persistant de la collection des *Grands arrêts* qui constituent un recueil de notes sous les décisions les plus remarquables. Ils forment toujours des ouvrages de référence, particulièrement reconnus sur le plan universitaire. Le genre

initié par Henri Capitant en 1934 en droit civil a fait des émules puisque l'on en recense aujourd'hui un très grand nombre, dans les différents champs du droit³⁴.

Néanmoins, la menace est, nous semble-t-il, bien là qui tient à la multiplication et au succès des autres types de commentaires d'arrêts en droit privé. En 2012, le commentateur d'une décision a le choix d'analyser une décision sous plusieurs labels. Prenons à nouveau l'exemple du *Dalloz*. En marge de la note, cette revue fait paraître des commentaires de jurisprudence sous de multiples appellations. Les *panoramas* visent à donner une vue d'ensemble de l'actualité jurisprudentielle d'une matière donnée sur une période annuelle ou bi-annuelle. Ces panoramas thématiques ont pris la suite des anciens sommaires commentés. Souvent tenus par plusieurs auteurs, de deux à cinq à l'heure actuelle, qui se partagent les arrêts, ils proposent des observations souvent très courtes sur chaque décision. Le genre ne laisse que peu de place à l'exploration des circonstances de l'espèce et à l'approfondissement de l'analyse. L'accent est mis sur le sens immédiat de la décision et sa conformité, ou non, à la jurisprudence antérieure. Ces panoramas, la *Semaine juridique (édition Générale)* les présente comme des « Chroniques », terme réservé, dans le *Dalloz*, aux études plus théoriques. Mais, chez les deux concurrents, l'objectif est le même. Il s'agit de couvrir de façon systématique l'ensemble du champ du droit privé et de proposer aux praticiens un bref résumé des décisions les plus marquantes dans chaque spécialité.

Les *actualités*, elles, proposent, après un court résumé de l'arrêt, un rapide commentaire à vif sous la forme d'observations. C'est le genre qu'affectionnent particulièrement les revues spécialisées qui s'adressent avant tout à un public professionnel. Il est devenu difficile de les dénombrer tant elles ont fleuri ces dernières années. Par ailleurs, il faut aussi compter sur la dématérialisation des supports. Ici comme ailleurs, Internet a métamorphosé les pratiques et les attentes. Ainsi les arrêts sont-ils aussi commentés, de façon plus informelle, sur des *blogs* ou dans des *forums*. La démarche se veut participative. Le lecteur est invité, avec plus ou moins de succès, à réagir et participer à l'activité de commentaire³⁵. Quoi qu'il en soit, il faut encore faire une place à ce que certaines revues, comme la *Revue trimestrielle de droit civil* ou la *Revue des contrats*, appellent des *chroniques*,

34. L'on notera aussi la parution, pour la première fois en 2011, par R. Desgorges, H. Aubry et E. Naudin, des *Grandes décisions de la jurisprudence civile* (PUF).

35. L'on notera aussi que certains auteurs indiquent désormais leurs coordonnées électroniques à la suite de leur qualité.

lesquelles, rédigées dans chaque numéro par les mêmes auteurs, explorent l'actualité jurisprudentielle. Les arrêts n'y sont pas reproduits, ils y sont seulement résumés en sommaire. Le style varie d'un auteur à l'autre. Du simple recensement à l'analyse très longue et approfondie, plus ou moins en relation immédiate avec l'arrêt commenté.

À la vérité, l'on pourrait poursuivre à l'infini cette description de la variété de l'offre éditoriale. Cela n'aurait pas grand intérêt. Ce qui compte ici, c'est de rechercher l'incidence de ce pullulement des formes de commentaires sur la note d'arrêt. À ce titre, l'on voudrait formuler trois remarques.

Premièrement, derrière la variété des types de commentaires, affleure un certain désordre. On a le sentiment d'une espèce d'arbitraire dans la dénomination des genres. Il suffit, pour s'en convaincre, de constater le désarroi des étudiants de premier cycle lorsqu'ils font l'apprentissage de l'univers des revues juridiques. Certains commentaires publiés sous la forme d'observations ne sont rien d'autres que des notes tandis que certaines notes sont aujourd'hui si brèves qu'elles s'apparentent presque à un simple signalement de la décision. Les contraintes des éditeurs amènent parfois certains auteurs à publier des études, rédigées comme des notes, sous la forme de « chronique » écrites « à propos » d'un arrêt. Certains prennent le soin d'en avertir le lecteur³⁶. En d'autres termes, si la fonction du genre littéraire est de générer une attente, celle-ci est assez souvent déçue en matière de commentaire de jurisprudence. À tel point que l'on se demande parfois si le seul signe véritablement distinctif de la note aujourd'hui ne réside pas dans la reproduction, avant le commentaire, de la décision annotée. L'on est loin des notes modèles disséquées par Carbonnier.

Deuxièmement, certains ont pu constater une tendance à l'allongement des notes d'arrêt et, plus précisément, à la publication de notes dites *prétextes*, qui s'apparentent en réalité à une dissertation sur

36. Par exemple : Y. Lequette, « De l'ordre de réduction des libéralités réalisées au moyen d'un trust (à propos d'un arrêt rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 20 février 1996) », *D.* 1996, Chron. p. 231, assorti de l'avertissement suivant : « conçue initialement comme un commentaire d'arrêt, cette étude est publiée sous forme de chronique en raison de contraintes éditoriales. Elle n'en conserve pas moins le genre du commentaire ». Et, faisant précéder ses développements du même avertissement : N. Molfessis, « L'obligation naturelle devant la Cour de cassation, remarques sur un arrêt rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 10 octobre 1995 », *D.* 1997, Chron., p. 85.

le thème abordé par l'arrêt³⁷. Le phénomène, apparu semble-t-il au cours des années 1980, n'est d'ailleurs pas spécialement français. Dans les revues juridiques anglaises, on trouve, depuis les années 1990, à côté des « *case specific notes* », des « *discursive notes* », plus longues et plus théoriques³⁸. Mais, à la réflexion, pour ce qui concerne la France, cette tendance semble aujourd'hui plutôt marginale, propre à certaines revues fondamentales et, en leur sein, à certains auteurs, à qui il est d'ailleurs souvent reproché d'être « trop longs », ce qui suffit à souligner leur singularité.

Troisièmement, et c'est ce qui est le plus remarquable à l'heure actuelle, l'on constate au contraire un raccourcissement des commentaires d'arrêt en général. Les contraintes du marché de l'édition³⁹ ajoutées à la multiplication du nombre des revues professionnelles très spécialisées ne laissent plus aux auteurs qu'un maigre espace d'expression. En témoignent la création et le succès auprès des praticiens des revues « L'essentiel », des « Flash »⁴⁰ ou encore des « Zoom ». Une information claire, directe, immédiate. Rapide à écrire. Rapide à lire. Il n'était pas rare, par le passé, qu'un arrêt soit commenté un an, voire deux ou trois ans après la date de la décision. Aujourd'hui, un tel décalage semble inconcevable. Le commentaire se fait pratiquement en temps réel et il faut parfois, pour être certain de pouvoir publier le commentaire d'une décision, la réserver à l'avance, alors que l'affaire est encore pendante devant la Cour de cassation. Certes, il reste encore une marge bien identifiable entre les observations à chaud et les notes véritables, encore conçues sur le modèle classique. Le lecteur sait encore distinguer les unes des autres, ce qui montre que le genre reste bien vivant. Mais le mouvement est en marche qui, à la faveur d'un mélange des genres toujours plus perceptible, risque peut-être de reléguer la note d'arrêt au rang d'un type un peu dépassé et moins adapté à l'univers économique actuel de l'édition.

Toutefois, la concurrence n'est pas la seule difficulté à laquelle se heurte la note d'arrêt. Elle doit aussi faire face à un problème

37. Ph. Malaurie, « Rapport français » in *Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. 31, Economica, 1982, p. 81 et s., spécialement p. 90.

38. N. Duxbury, *op. cit.*, p. 54-55, qui fixe le début de cette évolution en 1992 avec la parution dans la *Modern Law Review* de la note de D. Miers sur la décision *Pepper v. Hart* rendue par la Chambre des Lords.

39. Lesquelles conduisent parfois les auteurs à sacrifier les notes de bas de page. Pour un exemple : X Lagarde, « Le droit des marchés financiers présente-t-il un particularisme ? », *JCP* 2005, I, 182.

40. Exemple : « Flash Deffrénois », qui vise, en complément du *Deffrénois*, à offrir aux professionnels du notariat un accès direct à l'actualité essentielle.

d'influence. À ce titre, l'on peut se demander si la note d'arrêt n'est pas en passe de devenir un genre déprécié.

II. Un genre déprécié

Le genre de la note risque peut-être de se déprécier. Jusqu'à une période encore assez récente, la note d'arrêt remplissait une fonction d'information. C'est avec la publication de la note que le public prenait en général connaissance de la décision elle-même. C'est par la note que la jurisprudence se diffusait. Par ailleurs, la note d'arrêt était l'instrument de l'exercice d'un pouvoir. Ce genre a constitué l'un des outils, certes non exclusif mais privilégié, de l'œuvre de rationalisation du droit privé par les universitaires. Sa maîtrise a contribué au prestige de la fonction vis-à-vis des praticiens et permis aux professeurs d'être à l'origine des systèmes de pensée autour desquels, dans chaque matière, se sont ordonnés les grands principes⁴¹. En est résulté une division du champ juridique, bien analysée en sociologie, entre les « professionnels du droit pur », disposant du monopole d'interprétation, et les « marchands de services juridiques »⁴². Cette autorité, la doctrine privatiste l'a exercée avec d'autant plus d'efficacité que les arrêts de la Cour de cassation sont faiblement motivés et souvent hermétiques pour qui n'est pas rodé à la technique de cassation⁴³. À cela, s'ajoute enfin le fait que, pendant longtemps, le nombre des revues est resté modeste. Tous les praticiens lisaient les mêmes revues, lesquelles constituaient ainsi de véritables caisses de résonance pour les commentateurs, et ils les lisaient effectivement car les modes d'accès à la connaissance du droit étaient limités. Pour l'ensemble de ces raisons, les notes d'arrêt ont pu exercer une influence décisive sur l'évolution même du droit positif et devenir un genre littéraire majeur. Citons, à titre d'exemple, les notes de Saleilles et Josserand en matière de responsabilité délictuelle du fait des choses, de Planiol sur la résolution du contrat en cas de force majeure, d'Esmein sur la portée de l'article 6 du code civil, de Demogue sur le non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle ou encore de Carbonnier sur la faute d'abstention. Naturellement, il serait faux

41. Pour une analyse détaillée, voir Ph. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine, op. cit.* et les références citées.

42. J. Chevallier, « Les interprètes du droit » in *La doctrine juridique*, CURAPP, PUF, 1993, p. 259 et s., spécialement p. 264 (reprenant l'analyse et la terminologie de Y. Dezalay, « Juristes purs et marchands de droit », *Politix*, n° 10-11, 1990, p. 85 et s.).

43. A. Bénabent, « Doctrine ou Dallas ? », *D.* 2005, Chron. p. 852.

de dire que cette présentation appartient à une époque révolue. Il suffit, pour s'en convaincre à la lumière d'un exemple récent, d'évoquer la distinction entre la substance des droits et les prérogatives contractuelles que la Cour de cassation a consacré en 2007 dans l'arrêt *Les Maréchaux* afin de délimiter le recours à la bonne foi. Distinction inspirée de la pensée des Pr Aynès et Stoffel-Munck et qui n'acquiert tout son sens qu'à la lecture des commentaires que ces auteurs lui ont consacrés⁴⁴. Dans la même veine, l'on songe encore aux commentaires virulents publiés à propos de l'affaire Perruche⁴⁵, et qui ont contribué à l'adoption de la loi dite anti-Perruche du 4 mars 2002, ou encore à l'interprétation développée par le Pr Viney à propos d'un arrêt d'espèce et que l'Assemblée plénière devait finalement reprendre à son compte en 2000 en matière de responsabilité personnelle du préposé⁴⁶.

Pourtant, les changements nous semblent bien réels. D'abord, la note d'arrêt ne sert évidemment plus à diffuser la jurisprudence. À l'heure de Légifrance et des bases de données, chacun peut, de chez lui, avoir immédiatement accès aux arrêts de la Cour de cassation sans attendre la livraison des revues. Certes, la reproduction de l'arrêt commenté fournit encore un confort au lecteur, ne serait-ce que parce qu'elle lui permet aussitôt de vérifier par lui-même le sens de la décision. Mais, à l'heure où la lecture des versions numériques se répand au détriment de celle de la version papier et où un simple clic permet d'accéder à la décision, l'usage de la reproduction intégrale de l'arrêt présente un intérêt limité. Il ne serait pas étonnant qu'il disparaisse. Mais, il y a plus. La note d'arrêt subit de plein fouet les répercussions d'une crise plus générale que les auteurs d'une étude remarquée ont qualifié d'« asphyxie doctrinale »⁴⁷. Sans reprendre ici les détails de leur longue démonstration, l'on en retiendra les élé-

44. Com., 10 juill. 2007, *D.* 2007, p. 2839 note Ph. Stoffel-Munck, *RDC* 2007 p. 1107 obs. L. Aynès.

45. Ass. Plén., 17 nov. 2000, *Bull. civ.*, n° 9 et, sous l'angle examiné : Ph. Théry, « Un grand bruit de doctrine » in *Ruptures, mouvements et continuité du droit. Autour de Michelle Gobert, op. cit.*, p. 113 et s.

46. Sur l'influence de cette note sur l'arrêt *Costedoat*, voir Ph. Le Tourneau, « La responsabilité civile, droit prétorien ou droit doctrinal », *Revue du droit d'Assas*, 2011-3, p. 41 et s., spécialement p. 47. Plus généralement : N. Molfessis, « Les prédictions doctrinales » in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz-PUF-Litec, 1999, p. 141 et s.

47. D. Bureau et N. Molfessis, « L'asphyxie doctrinale » in *Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, Litec, 2009, p. 45 et s. Voir déjà : J.-D. Bredin, « Remarques sur la doctrine » in *Mélanges P. Hébrand*, Université des Sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 111 et s. ; Ph. Jestaz, « Déclin de la doctrine ? », *Droits*, n° 20, 1994, p. 85 et s. ; M. Gobert, « Le temps de penser de la doctrine », p. 97 et s.

ments suivants. D'un point de vue quantitatif, la multiplication des supports éditoriaux et des commentaires d'arrêt engendre une logorrhée indigeste. L'heure est à la surinformation. Alors qu'aucun arrêt n'est commenté plus de trois fois jusque dans les années 1940, le chiffre explose à partir des années 1990. Il n'est pas rare aujourd'hui qu'un arrêt soit commenté quinze ou vingt fois⁴⁸. De plus, le moindre arrêt est désormais annoté, même s'il se borne à réaffirmer une jurisprudence constante, car le spécialiste de chaque question est souvent bien décidé à occuper le terrain vis-à-vis des praticiens susceptibles de le solliciter dans le cadre de consultations⁴⁹. En somme, trop de notes tue la note. On ne lit plus. Certains relèvent ainsi qu'il est de plus en plus fréquent que les conclusions rédigées par les avocats ne désignent plus les arrêts que par leur numéro de pourvoi, en passant totalement sous silence les commentaires rédigés à leur propos⁵⁰. D'un point de vue qualitatif, les auteurs dénoncent l'afflux de commentaires purement descriptifs qui se bornent à paraphraser les décisions. Ces notes, vite écrites, relèvent du genre de l'information, et non de l'opinion. Les références sont limitées. Les arguments historiques, comparatifs ou sociologiques inexistantes. L'approche est hyperspécialisée. Elle est très nationale : les commentaires français de décisions étrangères, sans être inexistantes⁵¹, demeurent assez rares. Et les initiatives les plus intéressantes pour ouvrir la note d'arrêt vers l'extérieur viennent de revues étrangères. À ce titre, il faut signaler par exemple que la *European Review of Contract Law*, créée au début des années 2000 dans une perspective résolument européenne, publie régulièrement, en langue anglaise et à propos d'un arrêt donné, les commentaires de juristes de différentes nationalités. Quoi qu'il en soit, et pour revenir à la France, les universitaires ont perdu l'exclusivité qui était la leur dans l'activité d'annotation des arrêts et, ce faisant, une partie de leur influence. En effet, la période actuelle est marquée par la multiplication des commentaires émanant des magistrats de la Cour de cassation et, surtout, par le déferlement de ceux

48. D. Bureau et N. Molfessis, art. cité., n° 12.

49. N. Molfessis, « Remarques sur la doctrine en droit des contrats », *Revue du droit d'Assas*, 2011-3, p. 51 et s.

50. P.-Y. Gautier, « Bibliothèque numérique v. Bibliothèque papier », *Revue du droit d'Assas*, 2011-3, p. 13 et s.

51. Pour des exemples récents, voir : H. Muir-Watt, note sous Cour d'appel fédérale du district de Columbia (États-Unis), 8 juill. 2011 et Cour d'appel fédérale du Septième Circuit (États-Unis), 11 juill. 2011, *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 898 ; R. Libchaber, « Circonci- sion, pluralisme et droits de l'homme », *D.* 2012, p. 2044 (à propos de la décision du 7 mai 2012 rendu par le tribunal de Cologne).

rédigés par les auteurs-salariés⁵² des revues, lesquels sont désormais régulièrement cités, y compris devant la Cour de cassation, aux côtés des travaux réputés plus académiques des universitaires⁵³. Sans entrer plus avant dans la question de la place actuelle de la doctrine universitaire et de l'affaiblissement du caractère doctrinal du droit français⁵⁴, quelles peuvent en être les répercussions sur l'avenir de la note d'arrêt ? Il est difficile de le savoir.

L'on se risquera, en guise de conclusion, à formuler une remarque et un vœu. La remarque, c'est que la période actuelle confirme à sa manière que, bien souvent, l'histoire se répète, y compris en matière de genres littéraires. Car le processus de démocratisation du commentaire d'arrêt nous rappelle que les premières annotations du début du XIX^e siècle étaient l'œuvre des éditeurs et de leurs collaborateurs. Le vœu, c'est celui que la doctrine universitaire trouve les moyens, comme elle l'a fait hier, de réinventer le genre et de se le réapproprier, en innovant sur le plan méthodologique. En 1970, Carbonnier avait lancé quelques pistes de réflexion⁵⁵. Il est peut-être temps de suivre son exemple.

Cécile PÉRÈS

Professeur de droit privé à l'Université Paris II

52. P.-Y. Gautier, « Les auteurs du Recueil Dalloz », *RRJ*, 2006, n° 1, p. 445 et s.

53. Pour une réponse à cette confusion des genres : F. Rome, « De l'air ! », *D.* 2010, p. 137.

54. Sur cet aspect, voir : F. Zenati, « L'avenir des revues juridiques et la séparation de la théorie et de la pratique », art. cité. Du même : « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », *D.* 2002, p. 15.

55. « Note sur des notes d'arrêts », art. cité, évoquant, *in fine*, les « outils nouveaux » que les arrêtiéristes pourraient développer : la note dialoguée en équipe ; le test sociologique qui passerait l'arrêt au crible d'un questionnaire en langue vulgaire soumis à un échantillon national de profanes ; l'analyse sauvage, de contestation pure.