

La proportionnalité : une pépite mystérieuse

Sophie Le Gac-Pech

DANS **REVUE JUSTICE ACTUALITÉS 2020/2 N° 24**, PAGES 46 À 53
ÉDITIONS **ÉCOLE NATIONALE DE LA MAGISTRATURE**

ISSN 2646-8301

DOI 10.3917/rja.024.0046

Date de mise en ligne : 18/09/2024

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-justice-actualites-2020-2-page-46?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour École nationale de la magistrature.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

LA PROPORTIONNALITÉ : UNE PÉPITE MYSTÉRIEUSE

Par

Sophie LE GAC-PECH

Maître de conférences à l'Université de Lille

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I – Un rayonnement hétéroclite

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II – Pour un dessein homogène

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I. APPROCHES GÉNÉRALES DES CONTRÔLES DE PROPORTIONNALITÉ

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

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