

Préparation de la réponse

Comme la rédaction d'un jugement ou d'une sentence arbitrale, la réponse à un cas pratique participe de l'application à une situation concrète d'une règle abstraite, légale, réglementaire ou jurisprudentielle. Le consultant doit évidemment s'efforcer de l'appliquer le plus correctement possible¹. C'est en adoptant l'attitude d'esprit convenable (I) qu'il pourra franchir au mieux les étapes de la préparation (II).

I. L'attitude d'esprit requise du consultant

Le consultant doit aborder son travail avec la volonté de *donner un avis*, d'être *objectif* et d'être *convaincant*.

A. La volonté de donner un avis

Elle doit déterminer le consultant à prendre parti. Il doit dire si la convention conclue ou l'acte souscrit est licite ou illicite², quel est le meilleur moyen d'obtenir le résultat recherché³, si l'action en justice que projette son client a ou n'a pas de chances de succès et, par conséquence, si l'on peut ou non

1. Dans la suite de nos développements, les cas auxquels nous ferons allusion sont évidemment ceux qui constituent la seconde partie du présent ouvrage, intitulée APPLICATIONS.

2. Cas n° 7, troisième question, n° 14, deuxième question, et n° 17.

3. Cas n° 3 et 6.

la lui conseiller¹ ou qui, du demandeur ou du défendeur, a la position la plus solide.

Il peut arriver qu'aucune réponse ne s'impose, soit parce que seule une appréciation des faits grandement subjective dictera la réponse au juge² soit parce que la règle applicable fait l'objet d'interprétations divergentes³, soit parce que l'exposé des faits ne donne pas les indications nécessaires à la formulation d'une réponse précise⁴. Il est alors indispensable, puisque l'on ne peut pas obtenir les éléments de fait qui font défaut, de présenter les différentes solutions possibles en fonction des appréciations envisageables, des interprétations données ou des précisions manquantes. Il serait déplacé de refuser de donner une réponse sous prétexte de ces incertitudes. Il est même recommandé, dans ces différentes hypothèses, de choisir entre les réponses possibles mais il convient de le faire avec nuance et prudence puisqu'aucune solution n'est certaine, c'est-à-dire de procéder à un choix argumenté⁵.

B. La volonté d'être objectif

Elle doit amener le consultant à agir en technicien du droit. On lui demande, en quelque sorte, de se comporter en scientifique, c'est-à-dire d'indiquer quelles sont les conclusions que dicte la science juridique dans la situation décrite par le demandeur d'avis. Il ne saurait être question pour le consultant de s'en tenir aux éléments de fait et de droit favorables aux prétentions de son client. Il est de son devoir de lui signaler tous les aspects de l'affaire qui militent en faveur de la thèse de son adversaire. La consultation ne doit pas être un plaidoyer systématique pour le demandeur d'avis. Elle doit lui donner une vue aussi complète que possible de sa situation juridique en fonction des faits exposés. Cela suppose qu'on lui signale à la fois les points forts et les points faibles de sa position. Si elle est indéfendable, il faut le lui dire. Le consultant doit faire un effort particulier pour déceler toutes les brèches

1. Cas n° 2.

2. Il en est souvent ainsi, par exemple, lorsqu'il s'agit de savoir si le comportement d'une personne est fautif ou non, notamment en matière de divorce ou de responsabilité civile.

3. Cas n° 9, quatrième question, C.

4. Cas n° 1, quatrième question, et 10.

5. Voir *infra*, p. 14 et s.

de la situation de son client dans lesquelles son adversaire ne manquerait pas de s'engouffrer. À ce propos, on a fait remarquer à juste titre que le rôle du consultant est plus proche de celui du juge que de celui de l'avocat après le déclenchement du procès¹. Ce rapprochement s'impose également sur un autre point.

C. La volonté d'être convaincant

Elle doit conduire le consultant à motiver juridiquement ses avis comme le juge le fait pour ses décisions. La consultation n'est pas affaire de sentiments personnels. Elle a été demandée au consultant parce qu'il est juriste et que la situation dans laquelle se trouve le demandeur d'avis soulève des difficultés d'ordre juridique. Ce dernier attend donc du consultant qu'il lui dise quelles sont les règles applicables à son cas et quel résultat donnera leur application effective. Cependant, le consultant n'est pas un oracle dont la fonction serait de donner une réponse s'imposant par elle-même. Il doit étayer la solution qu'il propose sur des arguments juridiques et repousser l'argument d'autorité². C'est ainsi que procèdent les consultants les plus qualifiés et les plus réputés; à plus forte raison, les étudiants doivent suivre cette voie. L'expérience montre que beaucoup de candidats ont du mal à motiver leur avis. Trop souvent, on trouve des réponses péremptoires, exactes ou inexactes, qui ne se fondent sur aucune justification juridique ou qui reposent sur une justification insuffisante. Même si elles sont exactes, cela leur enlève presque toute valeur.

La motivation de l'avis donné constitue la partie principale de la consultation. C'est là que le demandeur d'avis va trouver les éléments qui lui permettront de prendre une décision raisonnée (agir en justice ou s'abstenir, adopter telle convention plutôt que telle autre) et les munitions qui lui permettront de mener le combat contre son adversaire. Il faut tirer cette motivation du droit positif au sens large, c'est-à-dire de la loi, du règlement et de la jurisprudence, voire de la doctrine. Les considérations historiques ou philosophiques, souvent utiles dans une dissertation ou un commentaire

1. Goubeaux et Bihl, *op. cit.*, p. 100.

2. Goubeaux et Bihl, *op. cit.*, p. 101.

de texte, doivent être réduites ici aux allusions éventuellement nécessaires pour mieux faire comprendre les règles actuellement applicables. Il faut donc éviter de faire une dissertation ou un cours dont le sujet serait la question posée et toujours se souvenir que l'on doit chercher des solutions. En somme, il convient, après avoir identifié et examiné les règles applicables, de prévoir la décision que prendrait le juge si on lui demandait de trancher le litige. Il faut donc se garder de discuter longuement sur la valeur de la loi ou de la jurisprudence applicables. Bonnes ou mauvaises, ce sont elles qui dictent la solution prévisible. Or, c'est cette solution qu'il faut exposer au demandeur d'avis et non la solution qui résulterait d'un changement législatif ou d'un revirement de jurisprudence, peut-être souhaitables mais hypothétiques.

Par exemple, si le consultant doit répondre à la question de savoir si le demandeur d'avis a des chances d'obtenir du juge la révision d'un contrat pour imprévision conclu entre deux particuliers ou entre deux commerçants, il doit dire clairement que depuis le célèbre arrêt Canal de Craonne (Civ., 6 mars 1876, *DP* 76.1.193), la Cour de cassation refuse d'appliquer la théorie de l'imprévision et de réviser le contrat, fût-il bouleversé par des événements imprévus. Même si le donneur d'avis est profondément choqué par cette jurisprudence qu'il estime injuste et s'il croit voir dans certains arrêts de la Cour de cassation des indices d'une hypothétique évolution, il doit se garder de conseiller à son client d'intenter une action en révision fondée sur la théorie de l'imprévision. Un tel conseil manquerait de l'impartialité nécessaire en la matière.

Par exemple encore, on peut trouver injuste et contraire à la solidarité familiale la règle du code civil selon laquelle il n'existe pas d'obligation alimentaire entre frères et sœurs. Cependant, un consultant digne de ce nom ne saurait cacher, à celui qui est dans le besoin et qui lui demande s'il peut faire condamner son frère ou sa sœur plus fortunés que lui à lui verser une pension alimentaire, qu'il n'a aucune chance d'obtenir une telle condamnation.

II. Les étapes de la préparation

A. La lecture et la relecture du sujet

La première étape de la préparation est à l'évidence une lecture très attentive et complète du sujet. On ne perd pas son temps à le lire en entier deux ou trois fois avec une attention soutenue. C'est la seule façon, pourrait-on dire, de se pénétrer de l'affaire et d'y pénétrer, de bien comprendre les faits et de dégager les questions juridiques qu'ils posent.

1. Cependant, pour être efficaces, ces lectures successives doivent se faire la plume à la main afin de sélectionner sur une première feuille de brouillon (ou en les soulignant sur le sujet) les faits importants et d'éliminer ainsi ceux qui sont sans intérêt. Il arrive très fréquemment que l'exposé des faits contienne des éléments sans influence sur la réponse. C'est vrai dans les consultations véritables car le demandeur d'avis a souvent tendance à entrer dans les détails, ne sachant pas ce qui est important et ce qui ne l'est pas. C'est moins vrai dans les cas pratiques dont l'auteur est naturellement enclin à s'en tenir à l'essentiel. Il arrive pourtant qu'il truffe son exposé des faits de détails inutiles pour « faire plus vrai » et, surtout, afin d'entraîner les étudiants à faire le départ entre les éléments de fait utiles à la solution et ceux qui ne le sont pas¹.

Par exemple, dans le cas n° 8, il est sans intérêt de savoir que M. Dubessy s'installa chez son fils parce qu'il ne pouvait plus vivre seul en raison de sa santé déficiente et de son âge avancé, qu'il mourut d'une embolie pulmonaire ou que la poutre faîtière de la maison grevée de l'usufruit est rongée par des insectes xylophages. En revanche, il était primordial de s'attarder :

- pour répondre aux deux premières questions, sur les rapports juridiques existant entre les différents protagonistes afin de savoir quelles étaient leurs obligations réciproques ;
- pour répondre aux deux dernières questions, sur la chronologie des différents événements, sur la durée du bail consenti par l'usufruitier et sur l'enregistrement de cet acte.

1. J.-P. Gridel, *op. cit.*, p. 167, n° 131.

Il se peut aussi que des éléments de fait se contredisent et, par conséquent, s'annulent, ce qui les rend inutiles.

Par exemple, dans le cas n° 4, il est dit qu'il est de notoriété publique que l'enfant de Mlle Demolombe a pour père M. Savigny qui ne s'en est jamais occupé. Le début de la phrase peut laisser penser que l'enfant a peut-être la possession d'état d'enfant naturel de l'intéressé mais la suite annule cette impression puisqu'il en résulte clairement que l'élément *tractatus* de la possession d'état fait défaut.

2. Pour mieux s'imprégner de l'histoire qui est celle du demandeur d'avis et bien comprendre sa situation, il faut savoir dans quel ordre se sont déroulés les faits. Aussi est-il recommandé de retracer schématiquement, sur une deuxième feuille de brouillon, la chronologie des faits qui a souvent une grande importance. On le fait en traçant sur cette feuille un trait horizontal ou vertical représentant l'écoulement du temps depuis le début de l'affaire jusqu'au jour de la consultation et en y plaçant les différents événements dans l'ordre où ils se sont produits. Si l'un d'entre eux n'est pas daté avec exactitude, le contexte doit permettre de savoir s'il s'est produit avant ou après tel autre et de lui trouver sa place sur cette ligne du temps¹. Il peut être utile, voire indispensable, de calculer avec précision le temps qui s'est écoulé entre deux événements et de l'indiquer à la suite du schéma chronologique². C'est vrai en matière de filiation lorsqu'il faut déterminer la période légale de la conception d'un enfant, en matière de prescription extinctive ou acquisitive. C'est pourquoi on ne saurait trop recommander aux étudiants d'apprendre une fois pour toutes les règles, simples dans l'ensemble, régissant la computation des délais, la suspension ou l'interruption de la prescription.

Ce calendrier schématique des événements contribue très souvent à clarifier les choses et à éviter des erreurs. Il est d'autant plus utile que le demandeur d'avis et souvent, pour plus de réalisme, l'auteur du sujet, n'expose pas forcément les événements dans l'ordre où ils sont intervenus.

Imaginons que l'on indique, dans l'exposé des faits, qu'un enfant né hors mariage le 20 janvier 2005 fut reconnu par sa mère le 23 janvier 2005 et par son père le 20 février 2006, puis que l'on décrive longuement d'autres événements soulevant des questions juridiques variées et s'étant déroulés

1. Goubeaux et Bihl, *op. cit.*, p. 102.

2. *V. infra*, p. 38.

dans l'année suivant la naissance de l'enfant. Imaginons ensuite que l'une des questions posées soit : l'autorité parentale sur l'enfant sera-t-elle exercée en commun par ses deux parents ? Il pourrait échapper au lecteur nonchalant que ces deux reconnaissances, bien que mentionnées simultanément dans l'exposé des faits, sont séparées de plus d'un an dans le temps, que celle du père est intervenue 13 mois après la naissance de l'enfant et que, par conséquent, selon l'article 372, alinéa 2, du code civil, la mère sera seule investie de l'autorité parentale. L'établissement schématique du calendrier des événements réduira considérablement le risque d'une telle erreur. En effet, il sautera aux yeux, au vu de ce schéma, qu'une seule des reconnaissances a été souscrite dans l'année suivant la naissance de l'enfant et que l'exercice en commun de l'autorité parentale n'est pas possible dans l'immédiat.

D'autres schémas peuvent être utiles lorsque les faits sont complexes. Par exemple, dans des affaires où il s'agit de dire comment se fera la dévolution d'une succession, il est souvent utile de dresser un arbre généalogique regroupant les différents héritiers possibles et permettant de mieux saisir le rapport de parenté exact de chacun avec le défunt et, ainsi, de déterminer ceux qui viendront effectivement à la succession. Par exemple encore, pour un conflit de voisinage, un litige relatif à une servitude ou à un accident de la circulation, un croquis aide souvent à mieux comprendre en quoi les intérêts s'opposent ou comment les choses se sont passées¹.

B. L'identification des questions juridiques posées par les faits

1. On ne devrait rencontrer aucune difficulté particulière à ce sujet lorsque les questions sont posées en termes juridiques.

Il en est ainsi, par exemple des trois questions du cas n° 7 : qui est acquéreur de l'automobile ? Quelles causes de nullité l'acheteur peut-il invoquer ? Le vendeur peut-il demander l'annulation pour cause illicite ?

En cette occurrence, tout devrait être simple puisqu'il suffit de répondre à la question posée. Encore convient-il de la lire attentivement.

Par exemple, dans les deux premières questions du cas n° 4, il fallait bien lire « pension alimentaire » et non « prestation compensatoire » car ces deux institutions sont différentes. Pour n'avoir pas prêté assez d'attention aux termes dans lesquels la question était formulée, de nombreux candidats furent

1. Sur tous ces points, v. Goubeaux et Bihl, *op. cit.*, p. 103.

amenés à affirmer qu'aucune modification n'était possible, ce qui aurait été vrai d'une prestation compensatoire mais qui était faux, s'agissant d'une pension alimentaire.

Par exemple encore, la troisième question du même cas était ainsi rédigée : si le caractère mensonger de la reconnaissance de JUSTINIEN par M. PORTALIS était établi, quelles en seraient les conséquences ? L'établissement du caractère mensonger de la reconnaissance était l'hypothèse dans laquelle on demandait à l'étudiant de se placer. Il était donc inutile d'exposer tous les moyens (indices, témoignages, analyse sanguine ou génétique) permettant de prouver qu'une reconnaissance est mensongère. Pourtant, des candidats l'ont fait et en ont oublié de parler des effets du caractère mensonger qui constituaient l'objet de cette question.

2. À l'inverse, il arrive souvent que le client expose le projet qu'il a conçu ou le résultat qu'il désire atteindre avec les mots de tous les jours et de façon techniquement imprécise. Le premier travail du consultant est alors de qualifier et de traduire en termes juridiques précis ce projet ou ce résultat.

Par exemple, dans le cas n° 11 la troisième question (l'acheteur est-il tenu de payer le prix de la chose vendue alors que celle-ci est détruite ?) revient à poser celle des risques de la chose vendue en cas de destruction fortuite de celle-ci avant sa délivrance. Le consultant doit formuler ainsi la question avant de chercher à y répondre.

Il en est ainsi également de la deuxième question du cas n° 8.

La deuxième question du cas n° 14 fournit un autre exemple de ce travail préalable et nécessaire de traduction en langage juridique. « Les héritiers peuvent-ils remettre en cause la vente conclue par leur auteur le 10 octobre 1999 ? » doit se traduire juridiquement par : peuvent-ils invoquer une cause de nullité ou de résolution ?

Si le client est attaqué par un adversaire qui émet contre lui des prétentions en langue profane et vous demande quels moyens de défense il doit utiliser, il faut alors qualifier en droit la réclamation de l'adversaire, afin de pouvoir argumenter une éventuelle riposte.

Dans le même ordre d'idée, il est bon d'exposer au demandeur d'avis les arguments que son adversaire lui opposera vraisemblablement et porter sur eux un jugement de valeur juridique afin de donner au premier des indications précises sur la force de la position de son adversaire.