

Fasc. 1000-85 : POURVOI EN CASSATION. – Contrôle de la conformité du jugement. – Cas d'ouverture et moyens de cassation

Document: JCl. Banque - Crédit - Bourse - Fasc. 2128 : CONVENTIONS DE PORTAGE (Extrait)JurisClasseur
 Procédure civile

Fasc. 1000-85 : POURVOI EN CASSATION. – Contrôle de la conformité du jugement. – Cas d'ouverture et moyens de cassation

Date du fascicule : 17 Février 2017

Date de la dernière mise à jour : 17 Février 2017

François Boucard - Docteur en droit - Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation

Points-clés

1. – Le juge expose sa décision à la cassation lorsqu'il **excède ses pouvoirs** ou lorsque sa décision est entachée d'un déni de justice (V. n° 8 à 9).
2. – Le **vice de forme** n'est susceptible d'entraîner la cassation que si la règle méconnue est prescrite à peine de nullité (V. n° 15).
3. – Le juge ne peut fonder sa décision sur un **moyen sur lequel l'adversaire n'aurait pas été en mesure de s'expliquer** (V. n° 17).
4. – Le juge est, en principe, tenu de **motiver sa décision** sous peine de cassation (V. n° 21). Cette motivation doit être faite de sorte que la Cour de cassation puisse exercer son contrôle sur le raisonnement suivi (V. n° 36).
5. – Le demandeur au pourvoi doit faire connaître les **moyens** qu'il invoque (V. n° 58). Ce moyen ne doit pas être contraire à la thèse soutenue devant les juges du fond (V. n° 71), ni contraire à la doctrine de la Cour de cassation (V. n° 73).
6. – Les moyens nouveaux ne sont pas recevables devant la Cour de cassation (V. n° 74).

Introduction

1. – Première approche – Contrôler la conformité du jugement à la règle de droit, c'est ainsi que le Code de procédure civile (CPC) décrit la mission confiée à la Cour de cassation (CPC, art. 604). Quant au Code de l'organisation judiciaire, c'est en quelque sorte une définition négative qu'il donne de l'office du juge de cassation : *“la Cour de cassation ne connaît pas du fond des affaires, sauf disposition législative contraire”* (COJ, art. L. 411-2). En effet, le fond des affaires est l'apanage du juge du fond, ce que l'article L. 311-1 du Code de l'organisation judiciaire précise en ces termes : *“la cour d'appel statue*

souverainement sur le fond des affaires”. Il en va de même des juridictions de première instance statuant en dernier ressort.

En d'autres termes, la méconnaissance de la loi par une partie relève de la compétence du juge du fond, tandis que la violation de la loi par le juge lui-même ressort du contrôle de cassation. La Cour de cassation n'a pas à se prononcer sur les faits à l'origine du litige, mais doit faire porter son examen sur la régularité de la décision du juge ; la Cour de cassation doit donc s'assurer que les juges du fond se sont conformés aux règles qui s'imposaient à eux pour trancher le différend qui leur était soumis. C'est la raison pour laquelle on affirme couramment que la Cour de cassation ne constitue pas un troisième degré de juridiction et que le pourvoi en cassation est un procès fait à une décision de justice (*obs. Perdriau, ss Cass. 2e civ., 2 mars 2000 : JCP G 2000, II, 10285*).

2. – Distinction du fait et du droit – Il a donc fallu tracer une ligne de partage entre ce qui relève de l'office de la Cour de cassation, c'est-à-dire le contrôle de légalité, et ce qui revient au juge du fond, à savoir la connaissance du fond des affaires. C'est la distinction du droit et du fait qui permet de délimiter les domaines d'intervention du juge de cassation et du juge du fond, le premier connaissant du droit, le second des faits. Elle constitue le principe auquel se réfère la Cour de cassation pour fixer les limites de son contrôle.

3. – Objet du contrôle – Le contrôle de cassation consiste à apprécier la légalité d'une décision de justice. Le juge de cassation doit donc effectuer des vérifications formelles, relatives, par exemple, au respect de la procédure ou à l'obligation de motiver la décision. Au-delà de ce contrôle formel, il incombe à la Cour de cassation d'examiner la pertinence de la motivation du jugement ou de l'arrêt soumis à son examen. Mais comment contrôler la pertinence des motifs d'une décision sans rejuger le litige, comme l'ont déjà fait les premiers juges et, après eux, la cour d'appel ? C'est ici, principalement, qu'intervient la distinction du fait et du droit. Les motifs de fait ne sont en principe pas contrôlés. Quant aux motifs de droit, la Cour de cassation exerce sur eux un plein contrôle qui consiste à vérifier si le juge a correctement appliqué la règle de droit. C'est l'aspect de sa mission le plus riche puisqu'il permet d'unifier l'application de la loi par les juges du fond. Le contrôle de l'application de la loi, en raison de sa complexité, fait l'objet d'un fascicule spécifique (*V. JCI. Procédure civile, Fasc. 1000-90 : Contrôle de l'application de la loi*). Seules quelques indications seront données à ce sujet dans la présente étude (*V. n° 42 s.*).

4. – Cas d'ouverture à cassation – Le contrôle de cassation étant limité, la présentation des moyens est encadrée de manière beaucoup plus stricte qu'en première instance ou en appel. Devant les juges du fond, les plaideurs peuvent, en principe, invoquer tous types de moyens, sauf exceptions (prohibition des demandes nouvelles en appel, par exemple).

Au contraire, devant la Cour de cassation, les parties ne peuvent soulever que certains types de critiques, lesquelles doivent de surcroît satisfaire à des conditions de forme et de fond spécifiques. Ces critiques, qui seules permettent d'obtenir le résultat recherché, à savoir la censure de la décision attaquée, constituent les cas d'ouverture à cassation. Leur nombre limité est une caractéristique propre aux voies de recours extraordinaires (*CPC, art. 580*) parmi lesquelles figure le pourvoi en cassation. Il existe donc une liste des cas d'ouverture à cassation.

5. – Moyen de cassation – Lorsque le demandeur au pourvoi a choisi le cas d'ouverture qui lui paraît idoine, c'est-à-dire le type de critique qu'il entend invoquer, il lui reste à démontrer que cette dernière est, au cas précis, bien fondée. Cette démonstration, elle aussi soumise à des règles strictes, s'effectue par la présentation de moyens de cassation. Le demandeur au pourvoi doit, à peine d'irrecevabilité de son

pourvoi, présenter un ou plusieurs moyens de cassation, plus précisément un moyen par cas d'ouverture invoqué.

L'étude des cas d'ouverture à cassation (I) précèdera celle du moyen de cassation (II).

I. - Cas d'ouverture à cassation

6. – Classification – Le parti a été pris de présenter, dans cette étude, les cas d'ouverture à cassation en fonction de l'objet du contrôle qu'ils permettent à la Cour de cassation d'exercer. Cette classification, dépourvue de toute valeur juridique, permet de faciliter la présentation des cas d'ouverture à cassation.

La Cour de cassation doit tout d'abord vérifier le point de savoir si le juge a respecté les limites de ses **pouvoirs** (A). Elle doit aussi s'assurer que la **procédure** ayant conduit au prononcé de la décision a été respectée (B). La cour régulatrice vérifie que le juge s'est acquitté de son **obligation de motiver** sa décision (C) : a-t-il fourni les motifs de son jugement ? Ces motifs sont-ils précis ? Suffisants ? Ensuite, vient le contrôle de la **pertinence des motifs** (D). Enfin, et parce que la Cour de cassation se trouve au sommet de la hiérarchie judiciaire, elle vérifie que la décision frappée de pourvoi s'insère de manière harmonieuse dans son **environnement juridique** (E).

A. - Contrôle des pouvoirs du juge

7. – Cas envisagé – Le juge du fond méconnaît l'étendue de ses pouvoirs quand il n'en respecte pas les limites, soit qu'il les dépasse – il commet alors un excès de pouvoir – soit qu'il néglige de les exercer – et sa décision est alors entachée d'un déni de justice (1°). Ensuite seront examinés les cas d'ouverture à cassation relatifs à la compétence du juge (2°). Enfin, le juge expose sa décision à la cassation lorsqu'il excède ses pouvoirs au regard de l'étendue de sa saisine (3°).

1° Excès de pouvoir et déni de justice

8. – Cas général – On pourrait concevoir que le fait pour un juge de rendre une décision qui n'est pas conforme aux règles de droit constitue un excès de pouvoir. Chaque cas d'ouverture à cassation constituerait alors un excès de pouvoir et le contrôle de cassation se limiterait à l'excès de pouvoir.

En réalité, la Cour de cassation donne à la notion d'excès de pouvoir un sens précis qui en fait un cas d'ouverture à cassation à part entière : l'excès de pouvoir ne consiste pas, par exemple, à avoir simplement violé une loi mais à avoir exercé des pouvoirs qui ne sont pas ceux d'un juge. Ainsi, excède ses pouvoirs le juge qui ordonne à un étranger assigné à résidence de remettre son passeport à l'Administration contre récépissé (*Cass. 1re civ., 17 janv. 2006, n° 05-10.875 : JurisData n° 2006-031658 ; Bull. civ. I, n° 11*), ou le premier président d'une cour d'appel qui, saisi d'une requête aux fins de suspension de l'exécution provisoire d'un jugement, accorde un délai de grâce (*Cass. 2e civ., 14 sept. 2006, n° 05-21.300 : JurisData n° 2006-034993 ; Bull. civ. II, n° 223*).

C'est également le cas du Bâtonnier, chargé de régler les différends entre avocats, qui décide qu'un avocat doit retirer deux lettres produites à l'appui d'une plainte pénale, alors que c'est au juge qui statuera sur cette plainte de se prononcer sur cette question (*Cass. 1re civ., 15 déc. 2011 : Bull. civ. I, n° 213*).

Commets également un excès de pouvoir, le juge :

- qui, après avoir attribué à l'épouse, au titre des mesures provisoires applicables pendant l'instance en divorce, la jouissance d'un véhicule, décide que dans l'hypothèse où ce dernier

aurait été vendu par le mari, celui-ci devrait remettre à l'épouse la moitié du prix de vente, alors qu'une telle décision n'entre pas dans les pouvoirs du juge conciliateur tels que définis à l'article 255 du Code civil (Cass. 1^{re} civ., 24 févr. 2016, n° 15-14.887 : *JurisData* n° 2016-002777 ; JCP N 2017, 1048 ; 2016, act. 331 ; Dr. famille 2016, comm. 101, obs. J.-R. Binet ; Dr. famille, comm. 98, obs. A. Devers ; JCP G 2016, 282) ;

- qui se prononce en matière de réalisation de l'actif du débiteur en faisant l'objet d'une procédure collective, et qui statue sans que le débiteur ait été entendu ou dûment appelé (Cass. com., 8 janv. 2013 : Bull. civ. IV, n° 2. – Cass. 2^e civ., 24 juin. 2010 : Bull. civ. II, n° 120. – Cass. com., 16 juin 2009 : Bull. civ. IV, n° 82) ;
- ordonnant la vente de gré à gré d'un immeuble commun inclus dans l'actif de la liquidation judiciaire (Cass. com., 16 mars 2010 : Bull. civ. IV, n° 55) ;
- qui, se prononçant en matière de modification de plan de continuation, impose une remise de dette au créancier qui s'y est opposé (Cass. com., 18 mars 2014 : Bull. civ. IV, n° 52) ;
- qui refuse de reconnaître à un créancier gagiste les prérogatives attachées à son droit de rétention, lequel constitue un droit réel opposable à la procédure collective (Cass. com., 22 mai 2012 : Bull. civ. IV, n° 108) ;
- déclarant irrecevable le recours formé par un débiteur en liquidation judiciaire, qui exerce son droit propre, contre la décision d'autorisation de vente prise par le juge commissaire, dont il prétend qu'elle a violé la nature ou la portée des règles relatives à son dessaisissement (Cass. com., 5 oct. 2010 : Bull. civ. IV, n° 149) ;
- qui ordonne la résiliation d'un contrat de travail ou prend une mesure entraînant la rupture de celui-ci (Cass. soc., 18 nov. 2009 : Bull. civ. IV, n° 258).

Il arrive également que le juge exerce un pouvoir qui n'est pas le sien, mais celui d'une autre juridiction. Tel est le cas de la cour d'appel qui empiète sur les pouvoirs du conseiller de la mise en état (Cass. 3^e civ., 24 sept. 2014, n° 13-21.524 : *JurisData* n° 2014-021918), de la cour d'appel qui statue sur une demande de renvoi pour cause de suspicion légitime formée contre elle, alors qu'il appartenait au premier président de cette juridiction, et à lui seul, de prendre une décision et de transmettre, le cas échéant, l'affaire avec les motifs de son refus (Cass. 2^e civ., 9 janv. 2014 : Bull. civ. II, n° 4).

La radiation d'un appel en raison de l'inexécution des condamnations prononcées par le jugement dont appel, par application de l'article 526 du CPC, constitue un excès de pouvoir si elle est ordonnée par la juridiction, puisque seul le premier président ou le conseiller de la mise en état peuvent prononcer une telle mesure (Cass. 2^e civ., 23 sept. 2010 : Bull. civ. II, n° 160).

De même, excède ses pouvoirs relatifs aux seules modalités d'exercice des droits indivis le juge, statuant en la forme des référés, qui se prononce sur l'existence même du droit d'usage et d'habitation, sa contestation relevant de la compétence exclusive du tribunal d'ores et déjà saisi (Cass. 1^{re} civ., 24 oct. 2012 : Bull. civ. I, n° 216).

Le juge des référés ne peut davantage autoriser les mesures urgentes visées à l'article 815-6 du Code civil, en matière d'indivision, une telle autorisation relevant de la compétence du tribunal de grande instance. L'arrêt qui décide le contraire est entaché d'un excès de pouvoir (Cass. 3^e civ., 16 déc. 2009 : Bull. civ. III, n° 285).

Parfois, le juge étatique empiète sur la compétence de l'arbitre. Tel est le cas de la cour d'appel qui, après avoir retenu que la convention d'arbitrage n'était pas manifestement inapplicable, se prononce sur l'applicabilité au litige d'une convention conclue entre les parties, exposant ainsi sa décision à la cassation pour excès de pouvoir (Cass. 1^{re} civ., 12 févr. 2014 : Bull. civ. I, n° 23).

En revanche, une Cour de cassation refuse systématiquement de qualifier d'excès de pouvoir les moyens pris de la violation :

- du principe de loyauté et de la méconnaissance des garanties prévues à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (Cass. com., 8 mars 2011 : Bull. civ. IV, n° 35. – Cass. com., 12 juill. 2011 : Bull. civ. IV, n° 120. – Cass. com., 19 juin 2012 : Bull. civ. IV, n° 130) ;
- du principe de la contradiction (Cass. 1re civ., 29 févr. 2012 : Bull. civ. I, n° 41. – Cass. com., 28 janv. 2014 : Bull. civ. IV, n° 26) ;
- de l'article 4 du Code de procédure pénale en vertu duquel le juge civil doit statuer tant que l'action publique n'a pas été jugée (Cass. com., 11 mai 2010 : Bull. civ. IV, n° 87. – Cass. 1re civ., 29 févr. 2012 : Bull. civ. I, n° 41) ;
- de l'obligation de motivation (Cass. com., 26 janv. 2010 : Bull. civ. IV, n° 19).

9. – Déné de justice – Dans les cas de figure qui viennent d'être examinés, les juges du fond avaient entaché leur décision d'un excès de pouvoir dit « positif » : ils avaient exercé des pouvoirs dont ils n'étaient pas titulaires. Cette forme d'excès de pouvoir s'oppose à l'excès de pouvoir « négatif », qui caractérise une situation dans laquelle le juge a négligé d'exercer des pouvoirs qu'il était tenu de mettre en œuvre. Par exemple, entache sa décision d'un excès de pouvoir négatif le juge conciliateur qui, statuant sur les mesures provisoires en matière de divorce, se déclare incompétent pour se prononcer sur la détermination du régime matrimonial des époux (Cass. 1re civ., 24 févr. 2016, n° 15-14.887, préc. n° 8).

Le cas le plus caractéristique est le **déné de justice**. En effet, lorsque le juge néglige de trancher la question litigieuse qui lui est soumise, il commet alors un déné de justice et, de ce fait, expose sa décision à la cassation. Par exemple, entache sa décision d'un déné de justice le juge qui refuse d'évaluer le coût de travaux de mise en conformité dont il avait constaté la nécessité (Cass. com., 28 juin 2005, n° 04-11.543 : *JurisData* n° 2005-029188 ; Bull. civ. IV, n° 148) ou la cour d'appel qui refuse d'évaluer le montant d'un dommage dont elle constatait l'existence en son principe (Cass. 2e civ., 5 avr. 2007, n° 05-14.964 : *JurisData* n° 2007-038337 ; Bull. civ. II, n° 76. – Cass. 3e civ., 3 mai 2014, n° 13-14.887, inédit).

Il arrive assez fréquemment, dans les litiges relatifs à la liquidation d'un régime matrimonial, que le juge constate qu'une récompense est due à l'un des époux et laisse au notaire liquidateur le soin d'évaluer ce droit à récompense. En pareille hypothèse, la Cour de cassation censure la décision au motif qu'il appartient au juge de vérifier lui-même les éléments de preuve des parties et d'évaluer lui-même le montant de la récompense (par ex., Cass. 1re civ., 16 avr. 2008, n° 07-12.224 : *JurisData* n° 2008-043624 ; Bull. civ. I, n° 122) ou d'une créance d'un coût coïndivisaire sur l'indivision (Cass. 1e civ., 24 sept. 2014, n° 13-21.005 : *JurisData* n° 2014-021743. – Cass. 1re civ., 26 oct. 2011 : Bull. civ. I, n° 188).

L'excès de pouvoir constitue un vice si grave qu'il rend le pourvoi en cassation recevable même dans l'hypothèse où un texte interdit cette voie de recours. Ainsi, par exemple, en matière de procédure collective, seul le juge commissaire est compétent pour relever de sa forclusion le créancier ayant tardivement déclaré sa créance. La cour d'appel statuant sur une demande en relevé de forclusion excède ses pouvoirs, de sorte que sa décision est susceptible d'un pourvoi en cassation, nonobstant l'interdiction d'exercer un pourvoi en cassation en cette matière (Cass. com., 30 mars 1993, n° 91-12.287 : *JurisData* n° 1993-000623 ; *JCP G* 1993, IV, 1433 ; Bull. civ. IV, n° 131. – Dans le même sens : Cass. com., 26 juin 2001, n° 98-15.883 : *JurisData* n° 2001-010517). Dans ce cas, c'est en réalité un pourvoi nullité qui est

exercé.

2° Compétence

10. – Moyen relevé d'office par la Cour de cassation – L'incompétence de la juridiction qui a prononcé la décision attaquée n'est pas toujours susceptible d'ouvrir la voie à la cassation ; deux hypothèses doivent être distinguées.

Dans la première, les parties ont contesté la compétence de la juridiction. Si cette dernière a commis une erreur dans l'appréciation de sa propre compétence, elle a entaché sa décision d'une violation de la loi, c'est-à-dire du texte relatif à la détermination de cette compétence. La cassation sera donc prononcée pour violation de la loi (loi relative à la compétence) et non pas pour incompétence.

La seconde hypothèse est celle dans laquelle aucune des parties n'avait invoqué l'incompétence de la juridiction. La question se pose alors de savoir si ce moyen peut être invoqué pour la première fois devant la Cour de cassation. La réponse est négative puisqu'en application de l'article 74, alinéa 1er, du CPC, l'incompétence doit être soulevée avant toute défense au fond. Par conséquent, après avoir conclu au fond en première instance et/ou en appel, les parties ne sont plus recevables à exciper l'incompétence de la juridiction. Cette règle connaît une exception lorsque l'affaire relève de la compétence d'une juridiction répressive, administrative ou étrangère : en application de l'article 92 du CPC, la Cour de cassation peut alors relever d'office l'incompétence et, sur ce moyen, prononcer la cassation de la décision attaquée.

En pratique, lorsque la Cour de cassation peut relever d'office l'incompétence, le demandeur au pourvoi soulève un moyen d'incompétence dont il sait qu'il sera déclaré irrecevable en application de l'article 74 du CPC. Mais la critique aura le mérite d'attirer l'attention de la Cour de cassation sur ce problème de compétence et de l'inciter à relever d'office le moyen afin de prononcer une cassation pour ce motif.

3° Méconnaissance des termes du litige

11. – Présentation – La méconnaissance des termes du litige est une erreur du juge dans l'étendue de ses pouvoirs, au regard de l'étendue de sa saisine. Il s'agit ici de tirer les conséquences de l'article 4, alinéa 1er, du CPC suivant lequel *"l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties"* et de l'article 5 du même Code, qui énonce que *"le juge doit se prononcer sur tout ce qui lui est demandé et seulement sur ce qui lui est demandé"*. C'est aux conclusions déposées par les parties qu'il convient de se référer pour déterminer les termes du litige (CPC, art. 4, al. 2).

Par exemple, le grief de méconnaissance des termes du litige est caractérisé lorsque le juge a alloué une pension mensuelle et la jouissance gratuite du domicile conjugal à l'épouse qui ne réclamait que l'allocation d'une somme mensuelle (Cass. 1re civ., 5 avr. 2005, n° 02-19.559 : *JurisData* n° 2005-027916 ; *Bull. civ. I*, n° 166). Modifie les termes du litige l'arrêt qui prononce la réception judiciaire de travaux, alors que cette réception n'avait pas été demandée, la seule contestation élevée devant les juges portant sur l'existence d'une réception tacite (Cass. 3e civ., 14 mars 2006, n° 04-19.947 : *JurisData* n° 2006-032680 ; *Bull. civ. III*, n° 62). De même, méconnaît les limites du litige la cour d'appel qui statue sur le taux de cotisations d'accident du travail d'un employeur alors qu'elle était saisie d'une contestation relative au caractère professionnel de l'accident subi par le salarié (Cass. 2e civ., 21 juin 2005, n° 03-30.649 : *JurisData* n° 2005-029051 ; *Bull. civ. IV*, n° 159).

On le voit, méconnaître les termes du litige, c'est s'affranchir des limites du débat telles que fixées par les conclusions des parties. Ainsi en va-t-il de la décision qui alloue à une victime 1 500 € de dommages et

intérêts alors que la personne responsable avait conclu qu'à supposer sa faute établie, le préjudice devrait être évalué à une somme n'excédant pas 6 000 € (*Cass. 1re civ., 25 nov. 2015, n° 14-26.652*).

Encourt la cassation pour le même raison la décision qui affirme que les parties à un litige relatif à la portée d'une sentence arbitrale s'étaient accordées sur le fait que l'arbitre avait assorti la condamnation « d'intérêts annuels au taux Libor » alors que l'une des parties contestait que le taux des intérêts ait été précisé dans la sentence (*Cass. 1re civ., 14 janv. 2015, n° 13-20.350 : JurisData n° 2015-000349*).

Encourt la censure pour les mêmes raisons, l'arrêt qui condamne une partie à l'encontre de laquelle le demandeur n'avait formé aucune demande (*Cass. 2e civ., 4 déc. 2003, n° 02-10.236 : JurisData n° 2003-021384*), ou encore celui qui met le paiement d'une somme à la charge d'un mandataire à titre personnel alors que celui-ci était poursuivi es-qualités (*Cass. 2e civ., 1re avr. 2004, n° 02-14.864 : JurisData n° 2004-023092 ; Bull. civ. II, n° 147*) ou bien qui prononce à l'encontre d'une société, une condamnation à restituer une certaine somme alors que cette demande en restitution était dirigée contre une autre partie au litige (*Cass. 1re civ., 10 déc. 2014, n° 13-18.580, inédit*).

Méconnaît également les termes du litige, la cour d'appel qui déclare faire droit à la demande de l'épouse en fixant à la date du 2 juin 2006 les effets du divorce entre les époux, alors que la femme demandait que cette date soit fixée au 6 août 2006 (*Cass. 1re civ., 8 oct. 2014, n° 13-21.620, inédit*).

Ainsi qu'il résulte des exemples précités, la censure pour méconnaissance des termes du litige est prononcée lorsque le juge a méconnu l'objet de la demande.

Il en va de même lorsqu'il a modifié sa cause : le juge, saisi d'une contestation relative à un partage, ne peut ordonner l'attribution préférentielle d'un bien sur le fondement de l'article 832-1 du Code civil, alors que cette attribution était demandée en application de l'article 832 du même code (*Cass. 1re civ., 22 nov. 2005, n° 03-17.512 : JurisData n° 2005-030838 ; Bull. civ. I, n° 443*). Dans cette affaire, la cassation a été prononcée au visa non seulement de l'article 4 du CPC, mais également de l'article 16 du même code. L'interdiction de principe de modifier la cause d'une demande est tempérée par la possibilité donnée au juge de relever d'office les moyens de pur droit quel que soit le fondement juridique invoqué par les parties, cette faculté prévue à l'article 12 du CPC ne pouvant être mise en œuvre que si le principe du contradictoire a été préalablement respecté. Dans cette affaire, les juges du fond auraient pu modifier la cause de la demande s'ils avaient préalablement invité les parties à débattre de cette question.

Enfin, ne méconnaît pas les termes du litige, le juge qui, comme l'y autorise l'article 7 du CPC, se fonde sur des faits autres que ceux invoqués par une partie au soutien de sa prétention, dès lors qu'ils se trouvent dans le débat.

12. – Différence avec la requête en rectification. Incidence du décret n° 2014-1338 du 6 novembre 2014 – Dès lors qu'il se méprend sur l'objet, la cause, ou les parties à une demande, le juge transgresse les limites du litige et expose sa décision à la censure. Ainsi énoncée, la règle paraît simple mais l'article 616 du CPC, dans sa version antérieure au décret du 6 novembre 2014, venait troubler cette apparente clarté en énonçant que lorsque le jugement entaché d'une omission de statuer, d'un extra petita ou d'un ultra petita pouvait être rectifié par voie de requête (*CPC, art. 463 et 464*), le pourvoi en cassation n'était ouvert qu'à l'encontre du jugement statuant sur la rectification. Ce qui signifie que dès lors que l'erreur était susceptible d'être rectifiée par le juge qui l'avait commise, le pourvoi n'était pas recevable. Pour distinguer ce qui relevait de la requête en rectification et du pourvoi en cassation, la jurisprudence énonçait que si l'erreur commise par le juge s'accompagne d'une violation de la loi, elle ne pouvait être réparée que par le biais du pourvoi en cassation.

Dans toutes les autres hypothèses, c'est un recours en rectification qu'il fallait exercer. La frontière entre la requête en rectification et le pourvoi en cassation est difficile à tracer. L'erreur matérielle affectant le montant d'une demande, par exemple, peut être réparée par voie de requête, tandis que l'erreur qui résulte d'un raisonnement inexact relève du recours en cassation. Cette solution prétorienne ne valait que pour l'*extra petita* et l'*ultra petita* mais pas pour l'omission de statuer. En effet, quel que soit l'angle sous lequel on examine la question, l'omission de statuer s'apparente à une absence de décision. Il n'y a donc rien à casser de sorte que la voie du pourvoi en cassation était systématiquement fermée.

C'est cette distinction entre l'*extra petita* et l'*ultra petita* d'une part, et l'omission de statuer d'autre part, que vient consacrer le décret du 6 novembre 2014. Dorénavant, le texte dispose expressément qu'une omission de statuer ne peut être réparée que par la requête prévue à l'article 463 du CPC. En revanche, la décision statuant sur cette requête pourra, elle, faire l'objet d'un pourvoi en cassation.

B. - Contrôle de la procédure

13. – Règles de procédure et principe de la contradiction – Ce contrôle porte sur toutes les règles de procédure et de forme que le juge doit observer pour rendre sa décision (1°). Ceci comprend bien sûr le principe de la contradiction, auquel des développements spécifiques seront consacrés (2°).

1° Vices de forme

14. – Présentation – L'élaboration du jugement et la rédaction de la décision font l'objet d'une réglementation très détaillée par le CPC (*CPC, art. 430 s.*). Les développements qui suivent ne portent pas sur l'étude de ces règles mais uniquement sur la manière dont leur méconnaissance peut être sanctionnée par la Cour de cassation. Dans ce domaine, la technique de cassation ne présente aucune difficulté ; elle peut même surprendre par sa grande simplicité. En effet, la méconnaissance d'une règle de forme prescrite à peine de nullité entraîne la cassation, de sorte qu'il suffit aux demandeurs au pourvoi d'établir la matérialité du vice de forme pour obtenir la censure de la décision attaquée. Il n'y a pas, ici, de subtile distinction à faire entre ce qui est contrôlé et ce qui ne l'est pas, puisque la Cour de cassation exerce un contrôle direct sur les actes de procédure, que ceux-ci émanent des parties ou du juge. Pour autant, le moyen pris d'un vice de forme ne prospère que très rarement en raison de la volonté des auteurs du CPC et de la Cour de cassation d'encadrer de manière stricte les nullités de forme.

Les règles restrictives concernent autant la recevabilité du grief (a) que l'examen de son bien-fondé (b).

a) Recevabilité du grief

15. – Conditions restrictives – Tout d'abord, le vice de forme n'est susceptible d'entraîner la cassation que si la règle méconnue est prescrite à peine de nullité (par ex. *Cass. com., 3 mai 2006, n° 02-11.963 : JurisData n° 2006-033402 ; Bull. civ. IV, n° 113*).

Ensuite, les parties doivent, à peine d'irrecevabilité, dénoncer le vice de procédure dès qu'elles en ont connaissance. Il s'agit d'une règle qui trouve, au sein du CPC, de nombreuses manifestations.

C'est tout d'abord la contestation relative à la publicité de l'audience qui doit être élevée avant la clôture des débats, ainsi que le prescrit l'article 446, alinéa 2, du CPC. À défaut, les parties ne peuvent se prévaloir de la nullité qui en résulte, et le vice de procédure ne pourra être relevé d'office. La règle est la même en ce qui concerne l'audience au cours de laquelle le jugement est prononcé : si les parties

entendent former une contestation sur ce point, elles doivent le faire au moment du prononcé du jugement, ainsi que le prescrit l'article 458, alinéa 2, du CPC.

Quant à la composition de la juridiction, les contestations y afférentes doivent être présentées dès l'ouverture des débats ou dès la révélation de l'irrégularité si celle-ci survient postérieurement, ainsi que le prévoit l'article 430, alinéa 2, du CPC (*Cass. 2e civ., 22 sept. 2016, n° 15-23.123 : JurisData n° 2016-019510*). On sait qu'en cas de changement dans la composition de la juridiction, les débats doivent être repris (*CPC, art. 432 et 444, al. 2*). Le manquement à cette règle doit être invoqué au plus tard à la clôture des débats (*CPC, art. 446, al. 2*). Si la juridiction est irrégulièrement composée lorsqu'elle prononce le jugement, la contestation de ce chef doit être élevée au moment même du prononcé (*CPC, art. 458, al. 2*). Il reste que lorsque la composition irrégulière de la juridiction est révélée postérieurement aux débats, le grief peut être présenté pour la première fois devant la Cour de cassation (cassation d'un arrêt rendu par un nombre pair de magistrats : *Cass. 1re civ., 15 nov. 2005, n° 04-19.483 : JurisData n° 2005-030714 ; Bull. civ. I, n° 414*) ; de même lorsque la décision est signée par une personne qui n'a pas assisté à son prononcé (*Cass. 2e civ., 19 juin 2014, n° 13-17.605 : JurisData n° 2014-013647*).

Quant au grief pris de l'impartialité d'un membre de la juridiction, il n'est recevable devant la Cour de cassation que si la partie qui s'en prévaut a demandé la récusation de ce magistrat en application de l'article 341 du CPC, et ce dès qu'elle a eu connaissance de la cause de récusation et, en tout état de cause, avant la clôture des débats, ainsi que le prévoit l'article 342 du même code (*Cass. 1re civ., 12 déc. 2006, n° 05-11.945 : JurisData n° 2006-036433 ; Bull. civ. I, n° 543*).

En pratique, il est rare que les parties contestent sur-le-champ la composition de la juridiction devant laquelle elles s'apprentent à plaider. C'est la raison pour laquelle le moyen de cassation pris de la composition irrégulière de la juridiction est souvent déclaré nouveau et, partant, irrecevable. Une fois réglée la question de la nouveauté du moyen, le demandeur au pourvoi se heurte à une autre difficulté : celle d'établir la matérialité du vice qu'il entend alléguer.

b) Examen du bien-fondé du moyen

16. – Preuve du vice de forme – Pour que le moyen soit accueilli, il suffit d'établir la matérialité du vice allégué. Mais cette preuve est soumise à des règles extrêmement restrictives et ceci pour deux raisons.

Tout d'abord, les énonciations du jugement relatives à l'accomplissement d'une formalité ont la force probante d'un acte authentique, ainsi que le prévoit l'article 457 du CPC. Ces mentions font donc foi jusqu'à inscription de faux (*Cass. 2e civ., 18 mai 2000, n° 99-50.015 : JurisData n° 2000-001984 ; Bull. civ. II, n° 83. – Cass. 3e civ., 15 déc. 1999, n° 97-20.503 : JurisData n° 1999-004457 ; Bull. civ. III, n° 247. – Cass. soc., 12 mars 2014, n° 12-20.205, inédit*). Il n'est donc pas possible de contredire une telle mention par le biais d'un pourvoi en cassation : le moyen serait déclaré irrecevable. Il est donc très difficile de remettre en cause l'énonciation d'un jugement faisant état de ce qu'une formalité a été accomplie.

Ensuite, il est au contraire aisé de suppléer l'omission ou de réparer l'inexactitude d'une mention faisant apparaître une irrégularité du jugement. À cet égard, l'article 459 du CPC énonce que l'accomplissement de la formalité peut être établi par les pièces de la procédure, par le registre d'audience, ou par tout autre moyen (*Cass. soc., 22 mars 2016, n° 14-24.110. – Cass. soc., 10 déc. 2014, n° 13-13.692*). Enfin, très souvent, la Cour de cassation présume, à partir d'une énonciation du jugement, qu'une formalité a bien été accomplie. Par exemple, les magistrats mentionnés comme ayant assisté aux débats sont présumés, à défaut d'indication contraire, être ceux qui ont délibéré (*Cass. soc., 23 janv. 2008, n° 06-44.190 : JurisData n° 2008-042394 ; Bull. civ. V, n° 21*).

La technique de la présomption permet de suppléer l'absence d'identification du signataire de la décision. Ainsi jugé, par exemple, que la mention « Président », portée devant la signature figurant au pied du jugement, désigne nécessairement le magistrat ayant présidé l'audience et participé, en cette qualité, au délibéré (Cass. 2e civ., 12 oct. 2006, n° 04-18.727 : *JurisData* n° 2006-035312 ; *Bull. civ. II*, n° 265). De manière encore plus directe, la troisième chambre civile de la Cour de cassation énonce que les personnes ayant signé la décision sont celles dont les noms figurent dans la décision elle-même, et ce, jusqu'à inscription de faux (Cass. 3e civ., 7 déc. 2005, n° 04-13.197 : *JurisData* n° 2005-031164 ; *Bull. civ. III*, n° 241. – Dans le même sens : Cass. 2e civ., 24 juin 2004, n° 02-19.249 : *JurisData* n° 2004-024268 ; *Bull. civ. II*, n° 316. – Cass. 1re civ., 21 sept. 2005, n° 03-10.679 : *JurisData* n° 2005-029760 ; *Bull. civ. I*, n° 341).

De nombreuses présomptions permettent de sauver des arrêts dont les mentions font apparaître des irrégularités concernant le rôle joué par le greffier au cours de la procédure. Par exemple, des mentions faisant ressortir que le greffier était présent lors des débats, que l'arrêt a été prononcé en présence d'un greffier et que la signature du greffier figure au pied de l'arrêt, la Cour de cassation déduit, par voie de présomption, que le greffier présent lors des débats est celui qui a assisté au prononcé de la décision et qui a signé celle-ci (Cass. 2e civ., 24 juin 2004, n° 02-19.249 : *JurisData* n° 2004-024268 ; *Bull. civ. II*, n° 316. – Cass. 1re civ., 21 sept. 2005, n° 03-10.679 : *JurisData* n° 2005-029760 ; *Bull. civ. I*, n° 341, *préc.*). Enfin, précise la première chambre civile de la Cour de cassation, le greffier présent lors du prononcé de la décision est présumé avoir assisté aux débats (Cass. 1re civ., 15 mai 2007, n° 06-15.904 : *JurisData* n° 2007-038904 ; *Bull. civ. I*, n° 188).

Les conditions posées par la jurisprudence sont tellement sévères qu'il est exceptionnel qu'une décision de justice soit annulée pour vice de forme. Il est vrai que la matière est propice aux mauvais procès, et la Cour de cassation devait se prémunir contre un afflux de pourvois qui n'auraient pas manqué d'être soutenus si sa jurisprudence avait été plus libérale. Aussi légitime qu'il soit, ce souci ne justifie pas qu'en cas de doute, la décision soit systématiquement déclarée régulière, car la plupart des règles de forme permettent de s'assurer que les garanties d'un procès équitable ont été respectées.

2° Principe de la contradiction

17. – Présentation – Le contradictoire constitue l'un des principes directeurs du procès civil et fait l'objet des articles 14 à 17 du CPC. Ce principe s'exerce à l'égard des parties, des moyens soulevés par celles-ci et relevés d'office par le juge, ainsi que des faits allégués.

Le principe de la contradiction fait obstacle à ce qu'une partie soit jugée sans avoir été entendue ou appelée (CPC, art. 14). Bien que la règle ne soulève pas de difficulté particulière, il arrive qu'elle soit méconnue. Tel a été le cas dans une procédure qui, après cassation d'un arrêt, s'est poursuivie devant la cour de renvoi sans que l'ensemble des parties ait été invité à poursuivre l'instance (Cass. 2e civ., 15 janv. 2009, n° 07-20.477 : *JurisData* n° 2009-046532 ; *Bull. civ. II*, n° 16).

Le principe du contradictoire est également méconnu lorsque les conclusions écrites du ministère public, non représenté à l'audience, n'ont pas été mises à la disposition des parties (Cass. 1re civ., 20 nov. 2013 : *Bull. civ. I*, n° 255).

Viole également le principe de la contradiction la cour d'appel qui, après avoir ordonné une médiation, statue sur le fond sans avoir au préalable, tenu une audience en vue de la médiation qui était en cours (Cass. soc., 14 janv. 2014 : *Bull. civ. V*, n° 9). Encourt la cassation pour les mêmes raisons, la décision

plaçant sous curatelle renforcée une personne sans que celle-ci ait été avisée de la faculté qui lui était ouverte de consulter le dossier au greffe (*Cass. 1re civ., 12 févr. 2014 : Bull. civ. I, n° 24*).

Par ailleurs, le juge ne peut fonder sa décision sur un moyen sur lequel l'adversaire n'aurait pas été en mesure de s'expliquer. Et le principe de la contradiction s'imposant au juge lui-même, celui-ci ne peut relever d'office un moyen sans provoquer un débat contradictoire (*Cass. 2e civ., 6 juin 2013 : Bull. civ. II, n° 115. – Cass. 1re civ., 13 nov. 2008, n° 07-18.101 : JurisData n° 2008-045777 ; Bull. civ. I, n° 257. – Cass. 2e civ., 17 avr. 2008, n° 08-60.374 : JurisData n° 2008-043655 ; Bull. civ. II, n° 90*). Et la circonstance que le moyen relevé d'office par la cour d'appel ait fait l'objet d'un débat contradictoire devant le conseiller de la mise en état n'y change rien (*V. par ex. Cass. 2e civ., 13 oct. 2016, n° 15-25.995 : JurisData n° 2016-021134*).

De même, le juge ne peut déclarer qu'un fait allégué par une partie n'est pas justifié si la pièce communiquée pour en établir la matérialité est mentionnée sur le bordereau de pièces annexé aux dernières conclusions. Le juge doit alors provoquer un débat contradictoire portant sur l'absence au dossier de la pièce (*Cass. 3e civ., 6 juin 2007, n° 06-13.996 : JurisData n° 2007-039226 ; Bull. civ. III, n° 99. – Cass. 1re civ., 14 nov. 2006, n° 05-12.102 : JurisData n° 2006-035871 ; Bull. civ. I, n° 487. – Cass. com., 27 juin 2006, n° 02-19.089 : JurisData n° 2006-034271 ; Bull. civ. IV, n° 154. – Cass. 2e civ., 22 mars 2006, n° 04-13.555 : JurisData n° 2006-032797 ; Bull. civ. II, n° 86. – Cass. 2e civ., 11 janv. 2006, n° 03-17.381 et 03-18.412 : JurisData n° 2006-031587 ; Bull. civ. II, n° 10. – Cass. 2e civ., 11 janv. 2006, n° 03-18.577 : JurisData n° 2006-031588 ; Bull. civ. II, n° 11. – Cass. 2e civ., 11 janv. 2006, n° 03-18.984 : JurisData n° 2006-031681 ; Bull. civ. II, n° 12*).

Les conclusions échangées entre les parties et les pièces versées aux débats appellent de plus longues observations. Certaines règles sont communes à l'échange des conclusions et des pièces (a) tandis que d'autres ne concernent que les pièces (b).

a) Règles communes aux conclusions et aux pièces

18. – Communication en temps utile – L'article 783 du CPC l'affirme de manière péremptoire : *“après l'ordonnance de clôture, aucune conclusion ne peut être déposée, ni aucune pièce produite aux débats, à peine d'irrecevabilité prononcée d'office”*.

A contrario, toutes les conclusions déposées avant l'ordonnance de clôture sont, en principe, recevables. Il reste que si ces écritures sont déposées peu de temps avant l'ordonnance de clôture, l'adversaire ne sera pas en mesure d'y répondre à temps, de sorte que le principe de la contradiction n'aura pas été respecté. Ces écritures ne sont pas tardives, puisque signifiées avant l'ordonnance de clôture, mais leur recevabilité apparaît contestable en raison de l'atteinte qu'elles portent au principe de la contradiction.

Sur cette délicate question, la jurisprudence a connu de multiples évolutions sur lesquelles il n'est pas nécessaire de revenir. Il suffit de présenter la solution actuellement en vigueur, qui résulte d'un arrêt rendu en chambre mixte en février 2006 (*Cass. ch. mixte, 3 févr. 2006, n° 03-16.203 : JurisData n° 2006-032167 ; Bull. civ. ch. mixte, n° 1*). Dans cette affaire, le pourvoi reprochait à une cour d'appel d'avoir écarté des débats des pièces communiquées trois jours avant l'ordonnance de clôture sans caractériser les circonstances particulières qui auraient empêché le respect du principe de la contradiction. Ce moyen invoquait la jurisprudence alors en vigueur, sur laquelle est revenue la chambre mixte par cet arrêt du 3 février 2006 :

Il résulte des constatations souveraines de l'arrêt que les pièces n'avaient pas été communiquées en temps utile au sens des articles 15 et 135 du [...] CPC.

Il ressort de cet arrêt que les conclusions et pièces sont recevables à la condition d'avoir été communiquées en temps utile, la Cour de cassation laissant au juge du fond le soin d'apprécier souverainement cette notion. Cette solution a, par la suite, été confirmée (*Cass. ch. mixte*, 26 mai 2006, n° 03-16.800 : *JurisData* n° 2006-033691 ; *JCP G* 2006, II, 10129 ; *Bull. civ. ch. mixte*, n° 3. – *Cass. com.*, 31 oct. 2006, n° 04-18.667 : *JurisData* n° 2006-035657 ; *Bull. civ. IV*, n° 213). Il s'ensuit que les juges du fond ne peuvent refuser d'écarter des conclusions signifiées peu de temps avant l'ordonnance de clôture sans rechercher si la partie adverse a disposé d'un délai suffisant pour y répondre (*Cass. 1re civ.*, 20 févr. 2008, n° 07-12.676 : *JurisData* n° 2008-042820 ; *Bull. civ. II*, n° 57. – *Cass. 2e civ.*, 17 oct. 2013 : *Bull. civ. II*, n° 203).

19. – Exceptions – Ce principe connaît une exception relative aux conclusions assorties d'un appel incident. En effet, l'exigence qu'elles soient signifiées en temps utile se heurte aux dispositions de l'article 550 du CPC, suivant lesquelles l'appel incident peut être formé en tout état de cause. Ce qui caractérise ces conclusions et justifie la dérogation dont elles sont l'objet, c'est qu'elles permettent l'exercice d'une voie de recours. De telles conclusions peuvent être déposées jusqu'à la date de l'ordonnance de clôture, la partie adverse pouvant, si elle entend y répondre, demander soit le report de cette date, soit la révocation de l'ordonnance de clôture. Il lui est également possible de demander l'attribution de dommages et intérêts (*Cass. ch. mixte*, 3 févr. 2006, n° 03-16.203 : *Bull. civ. ch. mixte*, n° 1, *préc.* n° 18). À cet égard, la communication des pièces obéit aux mêmes règles que l'échange des conclusions. L'exigence du principe de la contradiction s'applique également à la communication des conclusions du ministère public (*Cass. 1re civ.*, 23 janv. 2008, n° 07-11.297 : *JurisData* n° 2008-042369 ; *Bull. civ. I*, n° 26).

En l'absence de contestation sur la recevabilité des conclusions, le juge est tenu de les prendre en compte, dès lors qu'elles sont signifiées avant la clôture, et ce quand bien même elles auraient été déposées le jour de l'ordonnance de clôture (*Cass. 3e civ.*, 23 janv. 2008, n° 06-18.126 : *JurisData* n° 2008-042387 ; *Bull. civ. III*, n° 12).

Enfin, il existe certaines exceptions propres aux procédures orales : les pièces et les moyens invoqués aux débats à l'audience par une partie comparante sont réputés, sauf preuve contraire, avoir été débattus contradictoirement (par ex. *Cass. 2e civ.*, 11 janv. 2006, n° 04-04.170 et n° 04-04.172 : *JurisData* n° 2006-031586 ; *Bull. civ. II*, n° 9). La même présomption s'applique au moyen relevé d'office par le juge (*Cass. 2e civ.*, 10 juill. 2008, n° 07-13.027 : *JurisData* n° 2008-044904 ; *Bull. civ. II*, n° 180).

b) Règles propres à la communication des pièces

20. – Caractère contradictoire des pièces communiquées – On l'a vu, l'échange des pièces et des conclusions est soumis à un régime identique. Il existe toutefois une difficulté qui ne concerne que les pièces elles-mêmes : leur caractère intrinsèquement contradictoire.

La question s'est en effet posée de savoir si une pièce établie de manière non contradictoire à l'égard d'une partie peut être versée aux débats. Il arrive en effet fréquemment qu'une partie se prévale d'une expertise amiable, à laquelle l'adversaire n'a pas participé, ou d'une expertise judiciaire menée dans une instance à laquelle l'adversaire n'était pas partie. La jurisprudence, après avoir présenté une certaine confusion, a fait l'objet d'une clarification par un arrêt rendu en chambre mixte le 28 septembre 2012 (*Cass. ch. mixte*, 28 sept. 2012, n° 11-18.710, *P+B+R+I*, *Cie Huk Coburg c/ SA Trigano* : *JurisData* n° 2012-022400 ; *Bull. civ.*, *ch. mixte*, n° 2 ; *Procédures* 2012, *comm.* 320, *obs.* R. Perrot ; *JCP G* 2012, 1200, *obs.* S. Amrani-Mekki ; *Constr.-Urb.* 2012, *comm.* 180, *obs.* M.-L. Pagès-de Varenne) suivant lequel

si le juge ne peut refuser d'examiner une pièce régulièrement versée aux débats et soumise à la discussion contradictoire, il ne peut se fonder exclusivement sur une expertise réalisée à la demande d'une des parties. Par ailleurs, même si toutes les parties au litige ont participé à l'expertise, encore faut-il s'assurer que l'expert a lui-même respecté le principe de la contradiction. Par conséquent, encourt la cassation la décision qui se fonde sur un rapport d'expertise alors que l'expert n'avait pas soumis aux parties le décompte annexé à son rapport, afin de leur permettre d'en débattre contradictoirement devant lui, avant le dépôt du rapport (*Cass. 1re civ., 1er févr. 2012 : Bull. civ. I, n° 20*).

Une cour d'appel ne peut davantage se fonder sur un rapport dès lors que l'expert judiciaire n'avait pas soumis un autre rapport établi par un expert privé, de manière que les parties n'ont pas été à même d'en débattre contradictoirement (*Cass. 2e civ., 21 janv. 2010 : Bull. civ. II, n° 16*).

C. - Contrôle de l'obligation de motiver

21. – Principe – En application de l'article 455 du CPC, le juge est tenu de motiver sa décision, et ce à peine de nullité de cette dernière (*CPC, art. 458*). Ce principe est rendu effectif grâce au contrôle que la Cour de cassation exerce sur la motivation des décisions qui lui sont déférées. Ce contrôle s'exerce en deux temps : tout d'abord, la Cour de cassation doit vérifier que le juge a bien exécuté son obligation de motiver sa décision ; ensuite, le juge de cassation vérifie le bien-fondé de cette motivation. Le présent paragraphe est consacré à la première étape du contrôle.

22. – Exception : pouvoir discrétionnaire – Il convient au préalable de préciser que l'obligation de motiver comporte des exceptions, le juge ayant en effet la possibilité de prendre des décisions sans en donner les motifs.

Le juge bénéficie souvent d'un pouvoir discrétionnaire pour décider du déroulement de la procédure. Tel est le cas de la décision :

- d'ordonner la jonction de deux instances (*Cass. 3e civ., 28 sept. 2005, n° 04-14.577 : JurisData n° 2005-029923 ; Bull. civ. III, n° 183*) ;
- d'ordonner le renvoi de l'affaire à une audience ultérieure (*Cass. 2e civ., 1er févr. 2006, n° 04-14.214 : JurisData n° 2006-031922 ; Bull. civ. II, n° 33*) ;
- d'autoriser une partie représentée dans la procédure à présenter elle-même des observations orales à l'audience (*Cass. 2e civ., 24 juin 2004, n° 02-16.461 : JurisData n° 2004-024275 ; Bull. civ. II, n° 318*) ;
- d'aménager l'exécution provisoire, en application de l'article 521 du CPC (*Cass. 2e civ., 27 févr. 2014 : Bull. civ. II, n° 53*) ;
- de désigner la partie chargée de consigner la provision à valoir sur la rémunération de l'expert (*Cass. 2e civ., 16 mai 2013 : Bull. civ. II, n° 95*) ;
- d'assortir un jugement de première instance de l'exécution provisoire, en application de l'article 526 du CPC (*Cass. 3e civ., 8 avr. 1999, n° 97-14.152 : JurisData n° 1999-001463 ; Bull. civ. III, n° 90*) ;
- d'ordonner le sursis à statuer (*Cass. 2e civ., 22 nov. 2007, n° 06-18.892 : JurisData n° 2007-041621 ; Bull. civ. II, n° 256. – Cass. com., 26 nov. 2013 : Bull. civ. IV, n° 172*).

Certaines condamnations relèvent également du pouvoir discrétionnaire du juge, par exemple la condamnation d'une partie au paiement de frais irrépétibles (*Cass. 3e civ., 31 oct. 2007, n° 06-19.128 : JurisData n° 2007-041122 ; Bull. civ. III, n° 189*) ou à une amende civile (*Cass. 2e civ., 8 févr. 2007, n° 05-22.113 : JurisData n° 2007-037237 ; Bull. civ. II, n° 21*).

C'est également dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire que le juge désigne un ou plusieurs experts (Cass. 2e civ., 13 juill. 2005, n° 03-19.945 : *JurisData* n° 2005-029458 ; *Bull. civ. II*, n° 202), refuse une mesure d'expertise (Cass. 3e civ., 10 févr. 2009, n° 07-21.134 : *JurisData* n° 2009-047042 ; *Procédures* 2009, *comm.* 105, *obs.* R. Perrot), remplace le notaire initialement désigné pour procéder aux opérations de partage d'une succession (Cass. 1re civ., 20 nov. 2001, n° 00-10.136 : *JurisData* n° 2001-011756 ; *Bull. civ. I*, n° 287) ou encore procède au remplacement du mandataire désigné en qualité de liquidateur judiciaire d'une entreprise (Cass. com., 15 févr. 2005, n° 03-16.369 : *JurisData* n° 2005-027261 ; *Bull. civ. IV*, n° 27).

C'est parfois en vertu d'un texte spécifique que le juge exerce un pouvoir discrétionnaire. Par exemple, en matière de crédit immobilier, le prêteur qui fait souscrire un acte de cautionnement ne respectant pas les règles de forme prévues par le Code de la consommation pourra être déchu du droit aux intérêts, en totalité ou dans la proportion fixée par le juge (*C. consom.*, art. L. 312-33, *ancien*). Cette proportion est discrétionnairement fixée, de sorte que sur ce point, toute critique serait inutile (Cass. 1re civ., 27 mai 2003, n° 00-14.302 : *Bull. civ. I*, n° 132). Relève également du pouvoir discrétionnaire du juge le refus d'étendre la mission du mandataire successoral, désigné en application de l'article 814 du Code civil, au remboursement à l'épouse des frais qu'elle avait pris en charge dans le passé (Cass. 1re civ., 27 janv. 2016, n° 14-19.816 : *JurisData* : 2016-000995 ; *Dr. famille* 2016, *comm.* 90, *obs.* A. Tani ; *JCP N* 2016, *act.* 275) la suspension des effets d'une clause résolutoire d'un bail commercial (Cass. com., 13 déc. 2005, n° 04-16.255 : *JurisData* n° 2005-031455 ; *Bull. civ. IV*, n° 247), l'octroi de délai en application de l'article 1343-5 du Code civil (Cass. 1re civ., 24 oct. 2006, n° 05-16.517 : *JurisData* n° 2006-035513 ; *Bull. civ. I*, n° 435) ainsi que la décision d'accorder la mainlevée d'une mesure de suspension d'exercice professionnel prise à l'encontre d'un huissier de justice (Cass. 1re civ., 6 juill. 2004, n° 01-17.123 : *JurisData* n° 2004-024530 ; *Bull. civ. I*, n° 200).

Les exemples de situations dans lesquelles le juge bénéficie d'un pouvoir discrétionnaire pourraient être multipliés. Mais, en dehors de ces cas particuliers, le principe reste que le juge doit motiver sa décision.

La dispense de motivation, qui caractérise le pouvoir discrétionnaire, permet de distinguer de celui-ci le pouvoir souverain.

23. – Distinction du pouvoir discrétionnaire et du pouvoir souverain – Lorsqu'il dispose d'un pouvoir souverain, le juge n'est pas dispensé de son obligation de motiver sa décision ; mais sur les motifs qu'il retient, la Cour de cassation refuse d'exercer son contrôle. En d'autres termes, en présence d'énonciations relevant du pouvoir souverain des juges du fond, la Cour de cassation ne contrôle pas la pertinence des motifs, mais elle vérifie que le juge s'est acquitté de son obligation de motiver son jugement. La Cour de cassation est ainsi amenée à examiner, d'une part, l'existence des motifs (1°), d'autre part, leur précision (2°) et, enfin, leur caractère suffisant (3°).

1° Existence des motifs

24. – Cas d'ouverture à cassation – Trois cas d'ouverture à cassation ont pour objet le contrôle de l'existence des motifs : le défaut de motifs (a), la contradiction de motifs (b) et, enfin, la motivation par voie de référence (c).

a) Défaut de motifs

25. – Absence de motifs – Le défaut de motif est caractérisé lorsque le juge n'a donné aucun motif à sa décision. Ce cas de figure se présente assez rarement et c'est généralement au prix d'une erreur que le juge croit qu'il n'est pas tenu de motiver tel chef de sa décision. C'est le cas, par exemple, lorsqu'il estime à tort qu'il n'est plus saisi de la demande d'une partie en raison de la défaillance de celle-ci (*Cass. 1re civ., 20 sept. 2006, n° 05-20.001 : JurisData n° 2006-034979 ; Bull. civ. I, n° 409*).

b) Motifs contradictoires

26. – Équivalence avec le défaut de motifs – La décision reposant sur des motifs contradictoires ou inintelligibles est considérée par la Cour de cassation comme dépourvue de toute motivation. En vertu d'une jurisprudence classique, la contradiction entre deux motifs ou l'énoncé de motifs inintelligibles équivalent à un défaut de motifs, qui suffit à justifier la cassation en application de l'article 455 du CPC (*Cass. 3e civ., 20 mars 2007, n° 06-12.002. – Cass. 1re civ., 11 juill. 2006, n° 04-16.202. – Cass. 2e civ., 15 nov. 2005, n° 04-30.462 : JurisData n° 2005-030767*).

La contradiction de motifs est un cas d'ouverture à cassation qui permet de sanctionner, dans certaines hypothèses seulement, la présence au sein d'une même décision de deux motifs contradictoires. Il faut en effet, pour que le grief prospère, que la contradiction oppose deux motifs de fait. Par exemple, pour décider qu'une ex-épouse avait acquiescé au jugement de divorce, une cour d'appel avait retenu, d'une part, que cette femme s'était comportée ouvertement comme si elle était divorcée et, d'autre part, que l'intention des anciens époux de maintenir leur décision de divorcer n'était pas établie. La Cour de cassation, se bornant à constater cette contradiction de motifs sans porter aucun jugement sur la valeur de ceux-ci, a cassé cette décision (*Cass. 1re civ., 19 mars 2008, n° 06-21.250 : JurisData n° 2008-043224 ; Bull. civ. I, n° 80*).

Mais il arrive que la contradiction dénoncée par un pourvoi ne soit en réalité qu'apparente. Ainsi jugé qu'un arrêt peut, sans se contredire, examiner les deux hypothèses et tirer les conséquences de chacune d'elles. N'entache pas sa décision d'une contradiction de motifs la cour d'appel qui, appréciant la validité d'une déclaration de créance, envisage le cas où celle-ci émanerait d'un mandataire, puis celui où elle serait le fait d'un préposé (*Cass. com., 26 mai 1999, n° 95-21.101 et 95-22.046 : JurisData n° 1999-002118 ; Bull. civ. IV, n° 107*).

La coexistence dans une décision de motifs de droit incompatibles est bien évidemment de nature à justifier la cassation. Mais celle-ci sera prononcée pour violation de la loi et non pour contradiction de motifs. En effet, la contradiction de motifs ne concerne que les motifs de fait et la Cour de cassation énonce de manière constante que « la contradiction de motifs de droit ne constitue pas un cas d'ouverture à cassation » (*Cass. 1re civ., 16 mars 2016, n° 14-20.204. – Cass. com., 19 déc. 1989, n° 88-14.625 : Bull. civ. IV, n° 325. – Cass. com., 6 juin 1990, n° 89-12.757 : Bull. civ. IV, n° 162*). La règle s'explique aisément : si le juge applique simultanément deux textes incompatibles c'est que l'un de ces deux textes au moins a été appliqué à tort. Le grief s'analyse donc en une violation de la loi.

De même, la contradiction entre deux chefs de dispositif ne constitue pas une contradiction de motifs. La Cour de cassation considère en effet qu'une telle contradiction affecte le sens de la décision (et non pas celui des motifs). Cette erreur peut être rectifiée par voie de requête en interprétation prévue à l'article 461 du CPC. Telle est la raison pour laquelle la Cour de cassation rejette systématiquement le moyen pris d'une contradiction entre deux chefs de dispositif (*Cass. soc., 10 févr. 2016, n° 14-26.909, n° 14-26.910, n° 14-26.911, n° 14-26.912, n° 14-26.913, n° 14-26.914 : JurisData n° 2016-001986 – Cass. 2e civ., 22 févr. 2007, n° 06-11.620 : JurisData n° 2007-037855. – Cass. 3e civ., 7 juin 2005, n° 04-16.281. –*

Cass. 3e civ., 7 juill. 2004, n° 02-12.874. – Cass. 2e civ., 13 mars 1996, n° 93-18.622 et 93-18.623 : JurisData n° 1996-000836 ; Bull. civ. II, n° 64 ; JCP G 1996, IV, 1036).

En revanche, la contradiction opposant un motif et un chef de dispositif est assimilée à une contradiction de motifs. Il arrive en effet qu'une cour d'appel confirme la décision de première instance après avoir énoncé des motifs incompatibles avec cette dernière (par ex., *Cass. 2e civ., 28 janv. 1998, n° 96-13.596 : JurisData n° 1998-000413 ; Bull. civ. II, n° 27*).

c) Motivation par voie de référence

27. – Les motifs doivent figurer dans la décision elle-même – Parce que la décision de justice doit se suffire à elle-même, il faut qu'elle énonce les motifs sur lesquels elle est fondée, et le juge ne peut se référer aux motifs d'une décision rendue dans un autre litige.

Ainsi que l'énonce la Cour de cassation, « pour motiver sa décision, le juge doit se déterminer d'après les circonstances particulières du procès et non par voie de référence à des causes déjà jugées » (*Cass. 2e civ., 10 avr. 2014, n° 14-15.684. – Cass. 3e civ., 27 mars 1991, n° 89-20.149 : Bull. civ. III, n° 101. – Dans le même sens : Cass. 2e civ., 2 avr. 1997, n° 95-17.937 : JurisData n° 1997-001489 ; Bull. civ. II, n° 102 ; JCP G 1997, II, 22901. – Cass. 3e civ., 23 avr. 1997, n° 95-11.446 : Bull. civ. III, n° 86. – Cass. soc., 15 oct. 2008, n° 07-40.259. – Cass. 1re civ., 20 oct. 1998, n° 96-19.980 : JurisData n° 1998-004129*).

2° Précision des motifs

28. – Hypothèses considérées – La Cour de cassation censure les décisions fondées sur des motifs insuffisamment précis. Tel est le cas du motif d'ordre général (a), du motif hypothétique (b) et du motif dubitatif (c).

a) Motif d'ordre général

29. – Examen des circonstances particulières du litige – Le juge étant tenu de se déterminer au regard des circonstances du litige qui lui est soumis, il ne peut fonder sa décision sur des considérations d'ordre général (*Cass. 3e civ., 24 nov. 1999, n° 97-10.301 : JurisData n° 1999-004066 ; Bull. civ. III, n° 227*).

L'arrêt rendu le 29 avril 2003 par la première chambre civile de la Cour de cassation (*Cass. 1re civ., 29 avr. 2003, n° 00-20.371, F-D : JurisData n° 2003-018877*), bien qu'il ne soit pas publié au Bulletin, fournit un exemple significatif. Une femme porteuse du virus de l'hépatite C avait imputé sa contamination à la transfusion qu'elle avait subie lors d'un accouchement. Pour la débouter de sa demande d'indemnisation de son préjudice spécifique de contamination, une cour d'appel avait énoncé que « le préjudice causé par le virus de l'hépatite C ne peut être assimilé au préjudice beaucoup plus grave de contamination par le virus HIV qui recouvre l'ensemble des troubles dans des conditions d'existence entraînés par la séropositivité et la survenance de la maladie déclarée ». La dangerosité de l'hépatite C et d'une contamination à l'HIV constitue une considération d'ordre général qui ne permettait pas de justifier le refus de réparation du préjudice en cause dans cette affaire. La décision a donc été cassée au motif qu'elle était fondée sur un motif d'ordre général (pour d'autres exemples, *Cass. com., 1re mars 1994, n° 92-10.025 : JurisData n° 1994-000582 ; Bull. civ. IV, n° 85 ; JCP G 1994, IV, 1184. – Cass. 3e civ., 24 nov. 1999, n° 97-10.301 : JurisData n° 1999-004066 ; Bull. civ. III, n° 227. – V. Cass. soc., 31 mai 2006, n° 04-47.376 : JurisData n° 2006-033750 ; Bull. civ. V, n° 200. – Cass. 2e civ., 21 juin 2007, n° 06-15.469 : JurisData n° 2007-039634 ; Bull. civ. II, n° 168*).

b) Motif hypothétique

30. – Notion – Le juge ne peut fonder sa décision sur des supputations, des probabilités ou des suppositions ; il lui appartient de constater les faits de manière certaine et d'en déduire les conséquences qui en découlent avec la même assurance. Par exemple, pour rejeter une demande de prestation compensatoire formée par une ex-épouse, le juge doit dire si la rupture du mariage a entraîné, à son préjudice, une disparité entre ses conditions de vie et celles de son ancien mari. S'il retient que, compte tenu de ce que l'épouse est bien plus jeune que son mari, et de ce que la durée du mariage a été de courte durée, il n'est pas certain que la rupture génère une disparité, alors le juge se fonde sur un motif hypothétique impropre à justifier sa décision.

De même, la cour d'appel ne peut refuser d'ouvrir une procédure de surendettement concernant une personne qui remplit pourtant les conditions pour en bénéficier, au motif qu'il n'est pas exclu que celle-ci retrouve un emploi et sollicite devant le juge des référés l'aménagement de ses dettes. Parce qu'il s'agit là de simples hypothèses, les circonstances que le demandeur retrouve un emploi et obtienne le rééchelonnement de ses emprunts ne sont pas de nature à justifier la décision attaquée (*Cass. 1re civ., 31 mars 1992, n° 91-04.011 : JurisData n° 1992-000757 ; JCP G 1992, IV, 1664. – Cass. 1re civ., 31 mars 1992, n° 91-04.028 : JurisData n° 1992-000743 ; JCP G 1992, IV, 1667. – Cass. 1re civ., 31 mars 1992, n° 91-04.032 : JurisData n° 1992-000746 ; JCP G 1992, IV, 1670 ; Bull. civ. I, n° 107. – Pour des exemples plus récents : Cass. 2e civ., 11 déc. 2014, n° 13-20.177. – Cass. 1re civ., 28 mai 2014, n° 13-10.978*).

c) Motif dubitatif

31. – Présentation – Le juge ne peut pas se fonder sur un motif exprimant un doute pour justifier sa décision. S'il s'estime insuffisamment renseigné, il lui est possible d'inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il juge nécessaires à la solution du litige (*CPC, art. 8*) et d'ordonner toute mesure d'instruction (*CPC, art. 10*). En d'autres termes, le juge doit mettre en œuvre tous les pouvoirs qu'il détient pour lever le doute et si, dans son intime conviction, le juge n'est pas certain de la solution qu'il retient, les motifs de son jugement doivent exprimer sans ambiguïté les raisons pour lesquelles il a finalement tranché en faveur de la partie à qui incombait la charge de la preuve.

Les cassations pour motif dubitatif ne sont pas fréquentes, mais la jurisprudence en fournit quelques exemples. Ainsi, dans une affaire où une jeune fille recherchait la responsabilité d'un journal qui avait diffusé une annonce matrimoniale la concernant, sans son consentement, la cour d'appel a rejeté sa demande indemnitaire au motif qu'il ne semblait pas que les huit réponses qu'elle avait reçues par courrier aient attiré l'attention du voisinage et porté atteinte à sa réputation. La Cour de cassation a jugé que ces motifs étaient dubitatifs et a cassé l'arrêt. La cour d'appel aurait en effet dû dire si, oui ou non, il avait été porté atteinte à la réputation de la jeune fille (*Cass. 2e civ., 20 janv. 2000, n° 98-10.361 : JurisData n° 2000-000178*).

Encourent également la cassation les décisions qui énoncent qu'il semblerait que tel immeuble soit la propriété du débiteur saisi (*Cass. 2e civ., 3 nov. 1993, n° 91-21.973 : JurisData n° 1993-002109 ; JCP G 1994, IV, 25 ; Bull. civ. II, n° 303*) ou qu'il est fort probable qu'un local commercial appartienne à plusieurs personnes (*Cass. 3e civ., 18 juin 2002, n° 01-03.429 : JurisData n° 2002-014944. – Cass. com., 11 févr. 2014, n° 12-27.813 : JurisData n° 2014-002203*), ou qu'une société est tenue au remboursement d'un loyer en dépit des « incertitudes » relevées par la cour (*Cass. 3e civ., 3 nov. 2016, n° 15-16.122*).

3° Suffisance des motifs

32. – Critères de contrôle – La Cour de cassation contrôle si les motifs de l'arrêt sont suffisants au regard non seulement des conclusions dont le juge était saisi (a), mais également de la règle de droit que le juge a décidé d'appliquer (b).

a) Défaut de réponse à conclusions

33. – Outre l'obligation générale d'une motivation prévue à l'article 455 du CPC, le juge peut être tenu de motiver spécialement sa décision pour répondre aux conclusions dont il est saisi et écarter un moyen dont il pense qu'il n'est pas de nature à prospérer. Le grief de défaut de réponse à conclusions est soumis à des conditions qui concernent tant les conclusions elles-mêmes, que les moyens qu'elles contiennent.

34. – Les conclusions – Le juge n'est tenu de répondre qu'à des conclusions régulièrement signifiées et donc soumises au débat contradictoire. Cela exclut les observations développées dans le dossier de plaidoirie remis au juge, ainsi que les moyens présentés au cours des plaidoiries.

En application de l'article 954 du CPC, le juge n'est tenu de répondre qu'aux écritures récapitulatives et non aux écritures antérieures, puisque les parties sont réputées avoir abandonné les prétentions qui ne seraient pas reprises dans les dernières écritures. La Cour de cassation veille au respect de cette règle (*Cass. ch. mixte*, 6 avr. 2007, n° 05-16.375 et 06-16.914 : *JurisData* n° 2007-038461 ; *Bull. civ., ch. mixte*, n° 2 ; *JCP G* 2007, II, 10102. – *Cass. 2e civ.*, 29 mars 2006, n° 05-11.011 : *JurisData* n° 2006-032908 ; *Bull. civ. II*, n° 94). Lorsque la procédure est orale, les conclusions ne saisissent valablement le juge que si elles ont été reprises à la barre. À défaut, elles sont irrecevables, de sorte que le juge n'est pas tenu d'y répondre (*Cass. 2e civ.*, 10 févr. 2005, n° 02-20.495 : *JurisData* n° 2005-026892 ; *Bull. civ. II*, n° 31. – *Cass. 2e civ.*, 23 sept. 2004, n° 02-20.497 : *JurisData* n° 2004-024877 ; *Bull. civ. II*, n° 414).

35. – Les moyens – La Cour de cassation considère que les juges du fond ne sont tenus de répondre qu'aux véritables moyens, c'est-à-dire à un développement qui contient un raisonnement juridique : l'allégation d'un fait, l'invocation d'une règle de droit et la déduction d'une conséquence juridique.

Ainsi défini, le moyen se distingue de la demande. Le moyen est en effet le fondement juridique de la demande. La distinction présente une conséquence importante puisque le fait de ne pas répondre à un moyen relève du pourvoi en cassation, tandis que l'absence de réponse apportée à une demande constitue une omission de statuer, laquelle peut être réparée par voie de simple requête, en application de l'article 463 du CPC.

Le moyen doit également être distingué du simple argument auquel le juge n'a pas à répondre. L'argument est un élément du raisonnement qui n'a pas les caractéristiques d'un véritable moyen. Il peut s'agir de la simple allégation d'un fait, d'une pièce ou d'un rapport d'expertise sans qu'il en soit tiré aucune conséquence juridique (V. par ex. *Cass. 1re civ.*, 14 févr. 2006, n° 03-16.101 : *JurisData* n° 2006-032177 ; *Bull. civ. I*, n° 70. – *Cass. com.*, 3 juin 1998, n° 96-15.319 : *JurisData* n° 1998-002603).

À l'inverse, les conclusions par lesquelles les cautions se prévalent du caractère indéfini de leur engagement et invoquent l'inobservation par le créancier de l'obligation annuelle d'information prévue à l'article 2016, alinéa 2, du Code civil, pour en déduire que celui-ci doit être déchu du droit aux intérêts, contiennent un véritable moyen qui appelle une réponse du juge (*Cass. 1re civ.*, 5 juill. 2005, n° 03-16.696 : *JurisData* n° 2005-029317 ; *Bull. civ. I*, n° 293). De même, le juge doit répondre aux conclusions d'un époux faisant état du train de vie de son conjoint pour en déduire que le divorce n'avait pas entraîné

de disparité dans les conditions de vie respectives des ex-époux (*Cass. 1re civ., 25 avr. 2006, n° 05-15.706 : JurisData n° 2006-033191 ; Bull. civ. I, n° 203*). Enfin, appelle également une réponse le moyen invoquant une méthode de calcul pour évaluer la réduction du prix de vente d'un immeuble dont la superficie déclarée au titre de la loi Carrez avait été exagérée (*Cass. 3e civ., 19 nov. 2008, n° 07-18.384 : JurisData n° 2008-045893 ; Bull. civ. I, n° 177*).

Pour que le moyen appelle une réponse du juge, encore faut-il qu'il soit de nature à modifier l'issue du litige, c'est-à-dire qu'il soit opérant. Par exemple, la déclaration sur l'honneur que les parties doivent fournir pour voir fixer une prestation compensatoire n'est soumise à aucun formalisme particulier, de sorte que le moyen pris de ce qu'une telle attestation n'est pas régulière, est inopérant et n'appelle aucune réponse de la part du juge (*Cass. 2e civ., 23 janv. 2003, n° 01-02.682 : JurisData n° 2003-017460 ; Bull. civ. II, n° 9. – V. aussi : Cass. 1re civ., 12 juin 2012 : Bull. civ. I, n° 128*). De même, est inopérant le moyen tiré de l'irrégularité de la procédure d'instruction par la caisse de la demande de prise en charge de la maladie professionnelle à l'égard du dernier employeur de la victime, dès lors que cette procédure, qui a pour seul objet la prise en charge de la maladie ou de l'accident professionnels, est sans incidence sur l'action en reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur (*Cass. 2e civ., 11 févr. 2016, n° 15-10.066 : JurisData n° 2016-002014*). Enfin, le grief de défaut de réponse à conclusions est écarté si la Cour de cassation trouve, dans la décision qui lui est soumise, les motifs constituant une réponse suffisante.

La réponse ainsi apportée aux conclusions est parfois implicite. Par exemple, en relevant la contradiction entre différentes attestations produites, la cour d'appel répond implicitement mais nécessairement aux moyens fondés sur certaines d'entre elles (*Cass. com., 11 juin 1991, n° 89-20.472*). De même, en prononçant le divorce aux torts partagés, la cour d'appel a nécessairement estimé que les faits retenus à la charge du mari ne se trouvaient pas dépouillés de leur caractère fautif par le comportement de sa femme (*Cass. 2e civ., 22 oct. 1980, n° 79-11.275 : Bull. civ. II, n° 213*).

La réponse donnée aux conclusions peut se trouver dans les motifs des premiers juges, adoptés par la cour d'appel. L'adoption de tels motifs peut être explicite ou implicite. Tel est notamment le cas lorsque l'arrêt confirme le jugement : en pareille hypothèse, précise l'article 955 du CPC, la cour d'appel est réputée s'approprier les motifs des premiers juges non contraires au sien.

Il faut préciser enfin que la partie qui invoque un défaut de réponse à conclusions doit, à peine d'irrecevabilité de ce moyen, produire devant la Cour de cassation l'original des conclusions prétendument délaissées.

b) Manque de base légale

36. – Notion – Une décision manque de base légale lorsque ses motifs ne permettent pas à la Cour de cassation d'exercer son contrôle sur le raisonnement suivi par le juge. Ce qui fait ici défaut, ce sont les constatations de fait qui permettent au juge de cassation de vérifier que la règle de droit a correctement été appliquée.

L'insuffisance de constatation de fait peut entraîner deux conséquences différentes : parfois elle rend impossible l'identification de la règle de droit que le juge du fond a entendu appliquer ; dans d'autres cas, elle prive le juge de cassation de la possibilité de vérifier que les conditions d'application de la règle de droit mise en œuvre par le juge du fond étaient, au cas précis, satisfaites.

37. – Impossibilité de déterminer la loi dont le juge a entendu faire application – Lorsque la décision frappée de pourvoi ne donne aucune indication relative à la règle sur laquelle le juge s'est fondé, sa

décision encourt la cassation pour défaut de base légale si les constatations de fait ne permettent pas davantage d'identifier la règle appliquée.

Par exemple, dans une affaire où une femme a été condamnée à payer à son ex-époux, des dommages-intérêts au motif qu'elle aurait été à l'origine des problèmes de santé du mari pour avoir systématiquement dénigré ce dernier avant de l'abandonner, la Cour de cassation a prononcé une censure pour manque de base légale, car la décision ne précisait pas le fondement de la condamnation prononcée (*Cass. 1re civ., 21 sept. 2005, n° 04-11.800 : JurisData n° 2005-029962*). Dans la décision prononcée par la cour d'appel, il manquait les constatations relatives au préjudice subi par le mari et au lien de causalité entre le dommage et les faits imputés à l'ancienne épouse.

Dans une autre espèce, qui a donné lieu à un arrêt rendu le 31 mai 2005 (*Cass. 3e civ., 31 mai 2005, n° 04-12.401*) par la troisième chambre civile de la Cour de cassation, une cour d'appel avait condamné un propriétaire, au profit d'un voisin, à mettre en place un système d'assainissement autonome des eaux usées, cette installation étant rendue nécessaire compte tenu du climat existant entre les parties. Aussi tendues qu'elles puissent être, les relations entre les deux voisins ne justifiaient pas, en droit, une telle injonction. L'arrêt a donc été cassé pour manque de base légale. La même censure est prononcée lorsque la décision retient la responsabilité d'une partie sans préciser le fondement juridique de sa décision (*Cass. 3e civ., 15 mai 2002, n° 01-00.031 : JurisData n° 2002-014407*). Tel est également le cas lorsque les juges du fond retiennent la responsabilité contractuelle d'une partie sans préciser le fondement de l'obligation qu'elle aurait méconnue (*Cass. com., 17 oct. 1978, n° 76-14.312 : Bull. civ. IV, n° 232*). Encourt la cassation pour le même motif la décision qui condamne deux parties solidairement, sans préciser le fondement de l'obligation solidaire (*Cass. soc., 20 juin 1991, n° 89-13.612 : JurisData n° 1991-002320 ; JCP G 1991, IV, 329 ; Bull. civ. V, n° 322*).

38. – L'insuffisance de constatation de fait ne permet pas de contrôler les conditions d'application de la loi – Le grief est susceptible d'être invoqué quel que soit le contrôle exercé par le juge de cassation sur la condition d'application de la loi faisant défaut.

39. – Absence de contrôle – Dans les matières où la Cour de cassation n'exerce aucun contrôle, la critique consiste alors à reprocher aux juges du fond de ne pas avoir eux-mêmes caractérisé la condition d'application du texte qu'ils ont mise en œuvre. Par exemple, certaines affections ne sont prises en charge par les organismes de sécurité sociale qu'à la condition que l'assuré justifie d'une entente préalable avec la caisse primaire d'assurance maladie. L'entente préalable constitue la condition d'application du texte qui prévoit la prise en charge par l'organisme de sécurité sociale. Par conséquent, en condamnant une caisse à prendre en charge une telle affection, sans rechercher l'existence d'une entente préalable, le juge prive sa décision de base légale (*Cass. 2e civ., 19 juin 2008, n° 07-13.987 : JurisData n° 2008-044409 ; Bull. civ. II, n° 149*). En matière de garantie décennale, la responsabilité de plein droit est due, en application de l'article 1792 du Code civil, lorsque les désordres portent atteinte à la solidité de l'immeuble ou le rendent impropre à sa destination. Le juge qui fait application de la responsabilité décennale sans procéder aux constatations de fait permettant de vérifier que les désordres remplissent les conditions posées à l'article précité, expose sa décision à la cassation pour manque de base légale (*Cass. 3e civ., 23 oct. 2002, n° 00-19.538 : JurisData n° 2002-015987 ; Bull. civ. II, n° 208. – Cass. 3e civ., 22 oct. 2008, n° 07-15.214 : JurisData n° 2008-045480 ; Bull. civ. III, n° 157*).

Ont également été censurées pour défaut de base légale les décisions qui :

- déclarent irrecevable la demande tendant à l'ouverture d'une procédure de surendettement, sans relever la mauvaise foi (*Cass. 2e civ., 15 janv. 2009, n° 07-20.067 : JurisData n° 2009-046527 ; Bull. civ. II, n° 20*) ;
- en matière de procédure collective, constatent la résolution du plan sans caractériser l'état de cessation des paiements du débiteur (*Cass. com., 11 déc. 2007, n° 06-16.611 : JurisData n° 2007-041956*) ;
- prononcent la résolution d'une vente sans préciser si le vice dont elle relevait l'existence suffisait à rendre la chose impropre à l'usage auquel l'acquéreur pouvait sérieusement s'attendre (*Cass. 1re civ., 19 mars 2009, n° 08-12.657 : JurisData n° 2009-047473*) ;
- valident la désignation de représentants syndicaux au sein d'un CHSCT sans vérifier la condition de représentativité de leur syndicat (*Cass. soc., 29 oct. 2008, n° 07-43.578 : JurisData n° 2008-045598 ; Bull. civ. V, n° 209*) ;
- accueillent l'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage, sans caractériser la volonté non équivoque de ce dernier d'accepter le sous-traitant et d'en agréer les conditions de paiement (*Cass. 3e civ., 25 févr. 2009, n° 07-20.096 : JurisData n° 2009-047246 ; Bull. civ. III, n° 50*) ;
- déboutent un salarié de sa demande en rappel de salaires fondée sur le principe « à travail égal, salaire égal » sans contrôler la réalité et la pertinence des raisons alléguées par l'employeur pour justifier la différence de traitement dont a été l'objet le salarié, privé de l'augmentation de salaire dont ont bénéficié ses collègues cadres (*Cass. soc., 22 oct. 2008, n° 06-46.215 : JurisData n° 2008-045490 ; Bull. civ. V, n° 198*) ;
- rejettent l'action paulienne exercée par un créancier hypothécaire tendant à ce que lui soit déclaré inopposable le bail consenti sur le bien grevé à son profit, sans rechercher si les termes et conditions de cette location ne constituaient pas, de la part du débiteur, un acte d'appauvrissement de nature à priver d'efficacité l'inscription hypothécaire (*Cass. 3e civ., 31 mars 2016, n° 14-25.604 : JurisData n° 2016-005772*) ;
- déclarent justifié un licenciement pour faute lourde, sans constater la volonté de nuire du salarié (*Cass. soc., 22 oct. 2015, n° 14-11.291 : JurisData n° 2015-023378*).

40. – Existence d'un contrôle – Il est également possible d'invoquer un manque de base légale lorsque l'insuffisance de constatations de fait concerne une notion contrôlée par la Cour de cassation.

Par exemple, il a été jugé que ne donne pas de base légale à sa décision une cour d'appel qui, à la suite de la délocalisation d'une usine, condamne la société à payer des dommages et intérêts à la commune, sans relever de circonstances particulières constitutives d'une faute (*Cass. com., 28 mars 2000, n° 98-12.074 : JurisData n° 2000-001249 ; Bull. civ. IV, n° 73*). Certes, la faute est une notion contrôlée par le juge de cassation. Mais dans cette affaire, les juges du fond n'avaient relevé aucune circonstance de fait qui puisse donner prise à un quelconque contrôle. Quand bien même aurait-elle voulu retenir la qualification de faute, la Cour de cassation n'aurait pas pu le faire puisque les juges du fond n'avaient constaté ni l'existence d'un engagement ni, encore moins, l'inexécution de celui-ci. En raison du défaut d'indications de l'arrêt sur ce point, la Cour de cassation n'a trouvé aucun élément qui permette de prendre parti sur l'existence de la faute, de sorte que la censure était inéluctable.

Il arrive que la décision frappée de pourvoi contienne des éléments factuels mais qu'en raison de leur insuffisance, la qualification retenue par le juge du fond ne puisse être mise en œuvre. L'arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation de janvier 2009 (*Cass. 3e civ., 21 janv. 2009, n° 08-10.439 : JurisData n° 2009-046843 ; Bull. civ. III, n° 13*) fournit un exemple topique. Un bail comportait une clause exonérant le bailleur de toute responsabilité en cas de vol dans les locaux loués, nonobstant

l'existence d'un service de surveillance dans l'immeuble. Pour écarter cette clause et accueillir la demande en réparation de la société locataire à l'encontre du bailleur, la cour d'appel avait retenu que le fait pour ce dernier d'avoir supprimé l'agent en poste fixe sans en informer les locataires, constituait une faute présentant une gravité suffisante. La cassation pour manque de base légale a été prononcée car la cour d'appel s'est bornée à relever l'existence d'une faute d'une gravité suffisante pour écarter la clause exclusive de responsabilité du bailleur, alors que seule une faute lourde l'aurait permis.

Ont subi une cassation pour les mêmes raisons les juges du fond qui :

- annulent une cession de titres sans expliquer en quoi les associés majoritaires de la société cédante auraient sciemment porté atteinte au droit de l'associé minoritaire de cette même société (*Cass. com.*, 7 oct. 2008, n° 07-18.635 : *JurisData* n° 2008-045295 ; *Bull. civ. IV*, n° 168) ;
- retiennent la responsabilité personnelle d'un dirigeant de société sans avoir caractérisé une faute intentionnelle (*Cass. com.*, 10 févr. 2009, n° 07-20.445 : *JurisData* n° 2009-047001 ; *Bull. civ. IV*, n° 21) ;
- retiennent la responsabilité contractuelle d'une société en se déterminant par des motifs impropres à caractériser le lien de causalité entre la faute et le préjudice (*Cass. com.*, 17 févr. 2009, n° 07-16.558 : *JurisData* n° 2009-047109 ; *Bull. civ. IV*, n° 23. – Absence de lien de causalité entre l'attitude fautive d'un créancier saisissant et le préjudice allégué par le débiteur saisi : *Cass. 2e civ.*, 3 juill. 2008, n° 07-13.915 : *JurisData* n° 2008-044640 ; *Bull. civ. II*, n° 164) ;
- déclarent un cocontractant responsable à l'égard d'un tiers au contrat sans rechercher si le manquement contractuel relevé constitue une faute quasi-délictuelle à l'égard de ses tiers (*Cass. 3e civ.*, 22 oct. 2008, n° 07-15.583 et 07-15.692 : *JurisData* n° 2008-045481 ; *Bull. civ. III*, n° 160).

En effet, le manque de base légale constitue en principe une critique de forme. Ce cas d'ouverture à cassation ayant pour objet de vérifier que le juge a respecté les conditions d'application de la règle qu'il a mise en œuvre, il peut être utilisé par la Cour de cassation pour préciser ces conditions d'application de la règle de droit et même pour exiger que soient respectées de nouvelles conditions qui ne figurent pas expressément dans le texte en cause. Le manque de base légale constitue alors, pour la Cour de cassation, un moyen d'exercer sa fonction normative.

C'est, par exemple, en prononçant une cassation pour défaut de base légale que la chambre commerciale de la Cour de cassation a opéré un revirement de sa jurisprudence concernant le devoir de conseil du banquier. Initialement, la chambre commerciale considérait que le banquier dispensateur de crédit n'était pas tenu d'une obligation d'information et de conseil à l'égard de leur client, sauf dans l'hypothèse, rarement réalisée, où la banque aurait eu, sur la situation financière de l'emprunteur, des informations que lui-même aurait ignorées (*Cass. com.*, 26 mars 2002, n° 99-13.810 : *JurisData* n° 2002-013739 ; *Bull. civ. IV*, n° 57). L'asymétrie d'informations entre la banque et l'emprunteur constituait alors la seule et unique condition d'application du devoir de conseil. Mais par un arrêt de juin 2006 (*Cass. com.*, 20 juin 2006, n° 04-14.114 : *JurisData* n° 2006-034266 ; *JCP E* 2006, 2271 ; *Bull. civ. IV*, n° 145), la chambre commerciale a censuré un arrêt qui, faisant application de cette jurisprudence, avait écarté la responsabilité du banquier. La chambre commerciale considère, dorénavant, qu'il faut établir une distinction entre le caractère averti ou profane de l'emprunteur. Si ce dernier est un profane, alors la responsabilité du banquier est susceptible d'être mise en cause ; il faut donc rechercher si celui-ci a accompli son devoir de mise en garde. Il était donc reproché à la cour d'appel d'avoir :

- appliqué l'ancien critère de responsabilité (l'asymétrie d'une information entre la banque et son client) ;
- et, alors qu'il ressortait de l'arrêt frappé de pourvoi que l'emprunteur était profane, de ne pas avoir recherché si la banque avait exécuté, à son profit, son obligation de mise en garde.

Dans cette affaire, le manque de base légale a permis à la Cour de cassation de censurer une motivation, en apparence insuffisante, mais en réalité non conforme au nouveau régime jurisprudentiel de la responsabilité du banquier. La Cour de cassation s'est donc servi du manque de base légale pour contrôler le raisonnement des juges et non plus seulement le caractère suffisant de la motivation.

Il convient maintenant de présenter les cas d'ouverture permettant à la Cour de cassation de contrôler la pertinence des motifs.

D. - Contrôle de la pertinence des motifs

41. – Intensité variable du contrôle – La Cour de cassation exerce un contrôle entier sur l'application de la loi (1°), tandis que l'appréciation des faits par les juges fait l'objet d'un contrôle restreint dans son étendue et dans son intensité, puisque celui-ci est limité à la dénaturation de l'écrit (2°).

1° Violation de la loi

42. – Présentation – C'est sans doute le cas d'ouverture à cassation le plus simple à mettre en œuvre : le juge viole la loi, soit lorsqu'il en fait application à une situation qui ne relève pas de son domaine, soit au contraire lorsqu'il refuse d'appliquer un texte qui avait pourtant vocation à régir la situation.

Par exemple, une cour d'appel qui, pour déclarer irrecevable l'intervention volontaire d'une partie, retient que celle-ci n'a aucun lien de droit avec les autres parties, entache sa décision d'une violation de la loi, puisque l'intérêt à agir n'est pas subordonné à la démonstration préalable du bien-fondé de l'action (*Cass. 3e civ., oct. 2008, n° 07-16.273 : JurisData n° 2008-045182 ; Bull. civ. I, n° 145*). L'on sait qu'en matière de vice caché, lorsque l'acheteur exerce l'action rédhibitoire, le vendeur, tenu de restituer le prix qu'il a reçu, n'est pas fondé à obtenir une indemnité complémentaire liée à l'utilisation de la chose. L'arrêt, qui alloue une indemnité au vendeur en pareille hypothèse, entache sa décision d'une violation des articles 1641 et 1644 du Code civil (*Cass. 1re civ., 30 sept. 2008, n° 07-16.876 : JurisData n° 2008-045176 ; Bull. civ. I, n° 216*).

Il arrive que la Cour de cassation distingue plusieurs cas de violation de la loi, en fonction de l'erreur commise par le juge : fausse application de la loi, refus d'application ou mauvaise interprétation de la loi.

43. – Violation de la loi par fausse application – Par exemple, entache sa décision d'une violation par fausse application de la loi la cour d'appel qui applique la convention CMR (*conv. Genève, 19 mai 1956*) à l'action en responsabilité contre un commissionnaire de transport, alors que la commission de transport n'est pas régie par ce texte (*Cass. com., 18 sept. 2007, n° 06-13.097 : JurisData n° 2007-040413 ; Bull. civ. IV, n° 205*).

Par ailleurs, l'article 1415 du Code civil limite les pouvoirs d'un époux pour engager les biens communs uniquement lorsque ce dernier souscrit un cautionnement ou un emprunt. Fait une fausse application de ce texte la cour d'appel qui annule une saisie immobilière portant sur un bien commun au motif que la dette dont le recouvrement est poursuivi résulte de l'engagement d'un associé d'une société civile de répondre indéfiniment des dettes sociales. La responsabilité de l'associé d'une société civile ne saurait

être assimilée à un acte de cautionnement, de sorte que l'article 1415 du Code civil n'était pas applicable (Cass. 1re civ., 17 janv. 2006, n° 02-16.595 : *JurisData* n° 2006-031657 ; *Bull. civ. I*, n° 15. – V. aussi : Cass. com., 11 juin 2014, n° 13-17.997 : *JurisData* n° 2014-012806 ; *JCP N* 2015, 1064, obs. S. Piedelièvre ; *RD bancaire et fin.* 2014, comm. 212, obs. C. Houin-Bressand).

44. – Violation de la loi par refus d'application – Quant à la violation pour refus d'application de la loi, elle est caractérisée lorsque, par exemple, le juge soumet à la prescription trentenaire une créance qui, en raison de sa nature commerciale, se prescrit par cinq ans en vertu de l'article L. 110-4 du Code de commerce (Cass. 1re civ., 12 juill. 2007, n° 06-11.369 : *JurisData* n° 2007-040109 ; *Bull. civ. I*, n° 269 ; *JCP E* 2008, 1083. – V. également : Cass. 1re civ., 22 oct. 2014, n° 13-24.034 : *JurisData* n° 2014-024919). Elle l'est encore lorsque le juge prononce la résiliation de la vente d'une parcelle, alors qu'en application de l'article 1599 du Code civil, l'annulation de cette vente s'imposait (Cass. 3e civ., 27 oct. 2016, n° 15-23.846 : *JurisData* n° 2016-022464).

De même, le juge qui applique la loi française à un litige relevant de la loi marocaine expose sa décision à la cassation pour violation par refus d'application de la règle de conflit (Cass. 1re civ., 11 mars 2009, n° 08-13.390 : *JurisData* n° 2009-047411).

45. – Violation de la loi par fausse interprétation – La violation de la loi par fausse interprétation intervient lorsque le juge s'est mépris sur le sens à donner à la règle. Par exemple, en matière de procédures collectives, il est possible de prononcer la clôture de la procédure de redressement judiciaire lorsqu'au cours de la période d'observation, le débiteur met à la disposition de ses créanciers des sommes suffisantes pour payer les dettes exigibles. Une cour d'appel avait dit n'y avoir lieu à clôturer la procédure de redressement judiciaire pour extinction du passif car la période d'observation n'aurait pu aboutir qu'à la continuation, à la cession ou à la liquidation de l'entreprise. La Cour de cassation a décidé qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait relevé que la société débitrice disposait de la trésorerie suffisante pour payer les dettes exigibles, la cour d'appel a entaché sa décision d'une violation de la loi par fausse interprétation (Cass. com., 8 juill. 2003, n° 00-19.236 : *JurisData* n° 2003-019937 ; *Bull. civ. IV*, n° 128. – Pour un autre exemple, Cass. com., 2 févr. 2010 : *Bull. civ. IV*, n° 25. – Cass. 2e civ., 6 mai 2004, n° 02-12.484 : *JurisData* n° 2004-023621 ; *Bull. civ. II*, n° 217).

2° Dénaturation

46. – Recevabilité – S'agissant de la recevabilité du grief, elle est soumise à la condition que la pièce arguée de dénaturation soit communiquée par le demandeur au pourvoi.

47. – Bien-fondé – Quant au mécanisme de la dénaturation, il est décrit au fascicule consacré au contrôle de l'application de la loi (*JCI. Procédure civile, fasc. 1000-90*). Il suffit de rappeler que ce cas d'ouverture à cassation permet à la Cour de cassation de contrôler le sens donné par un juge à un acte clair et précis. Ainsi, de deux choses l'une : ou bien l'acte est ambigu, de sorte qu'il faut procéder à son interprétation pour en dégager le sens. Cette interprétation relève du pouvoir souverain des juges du fond ; elle est exclusive de toute dénaturation. Si l'acte est, au contraire, clair et précis, son sens s'en dégage nettement, de sorte que c'est au prix d'une erreur nécessairement grossière que le juge s'est mépris sur son appréciation. C'est cette erreur que permet de sanctionner le contrôle de la dénaturation.

48. – Domaine d'application – Devant la Cour de cassation, le domaine d'application du contrôle de la dénaturation est extrêmement restreint puisqu'il ne porte que sur un écrit. Ce contrôle paraît très limité par rapport à celui du Conseil d'État, juge de cassation, qui contrôle d'une manière générale la dénaturation des faits.

Devant la Cour de cassation, tout document écrit sur lequel le juge a fondé sa décision fait l'objet d'un contrôle de dénaturation. Il peut s'agir d'un rapport d'expertise (*Cass. 2e civ.*, 15 mai 2008, n° 06-22.171 : *JurisData* n° 2008-043898 ; *Bull. civ. II*, n° 108), d'une attestation (*Cass. 1re civ.*, 24 mai 1976, n° 74-14.821 : *Bull. civ. I*, n° 196), d'une loi étrangère, dont on sait qu'elle ne constitue pas un élément de droit mais de fait (*V. Contrôle de la Cour de cassation, JCl. Procédure civile, fasc. 1000-90. – Cass. 1re civ.*, 22 oct. 2008, n° 07-14.934 : *JurisData* n° 2008-045464 ; *Bull. civ. I*, n° 235. – *Cass. 1re civ.*, 14 févr. 2006, n° 03-11.604 : *JurisData* n° 2006-032180 ; *Bull. civ. I*, n° 67), d'un contrat (*Cass. 3e civ.*, 21 oct. 2014, n° 13-21.383, inédit. – *Cass. com.*, 16 sept. 2008, n° 06-17.809 : *JurisData* n° 2008-045015 ; *Bull. civ. IV*, n° 155. – *Cass. 2e civ.*, 8 mars 2006, n° 04-18.351 : *JurisData* n° 2006-032554 ; *Bull. civ. II*, n° 66) d'une simple lettre (*Cass. com.*, 5 févr. 2013, n° 12-12.808 : *Bull. civ. IV*, n° 21).

De même, des conclusions peuvent faire l'objet d'une dénaturation, dès lors que le juge en a méconnu le sens clair et précis. Mais alors, la cassation est prononcée au visa de l'article 4 du CPC selon lequel l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties (*Cass. soc.*, 10 déc. 2014, n° 13-18.724 : *JurisData* n° 2014-030637. – *Cass. 2e civ.*, 16 sept. 2003, n° 02-30.509 : *JurisData* n° 2003-020185 ; *Bull. civ. II*, n° 260. – *Cass. 2e civ.*, 6 mai 1999, n° 97-12.437 : *JurisData* n° 1999-001948 ; *Bull. civ. II*, n° 85 ; *JCP G* 1999, p. 2083).

E. - Contrôle de compatibilité de la décision avec son environnement juridique

49. – Les cas d'ouverture examinés jusqu'à présent avaient pour objet le contrôle intrinsèque de la conformité du jugement à la règle de droit. Mais il arrive parfois qu'un jugement, bien qu'à l'abri de toute critique, ne s'insère pas de manière satisfaisante dans l'ordonnancement juridique. Tel est le cas lorsqu'il existe une contradiction irréductible avec une autre décision de justice (1°), et lorsque le fondement légal du jugement a disparu (2°).

1° Contrariété de jugements

50. – Spécificité du grief – La coexistence au sein d'un même ordre juridique de deux décisions inconciliables est inacceptable et c'est pour remédier à cette incongruité que le CPC a prévu un cas d'ouverture à cassation spécifique. L'article 618 du CPC énonce en effet :

La contrariété de jugements peut aussi, par dérogation aux dispositions de l'article 605, être invoquée lorsque deux décisions, même non rendues en dernier ressort, sont inconciliables et qu'aucune d'elles n'est susceptible d'un recours ordinaire ; le pourvoi en cassation est alors recevable, même si l'une des décisions avait déjà été frappée d'un pourvoi en cassation et que celui-ci avait été rejeté.

En ce cas, le pourvoi peut être formé même après l'expiration du délai prévu à l'article 612. Il doit être dirigé contre les deux décisions ; lorsque la contrariété est constatée, la Cour de cassation annule l'une des décisions ou, s'il y a lieu, les deux.

Les conditions de recevabilité (a) seront examinées avant les conditions de fond (b).

a) Conditions de recevabilité

51. – Aucun délai – Elles sont relativement souples puisque le recours n'est soumis à aucun délai, ainsi que le précise l'article 618 du CPC lui-même, de sorte qu'il convient de faire application du délai de droit commun, à savoir de cinq ans.

52. – Condition supprimée : deux décisions civiles – Le pourvoi doit, à peine d'irrecevabilité, être dirigé simultanément contre les deux décisions contradictoires (*Cass. 1re civ.*, 13 oct. 1998, n° 96-18.881 : *JurisData* n° 1998-003814 ; *JCP G* 1998, IV, 3309 ; *Bull. civ. I*, n° 292). Il a longtemps été exigé que ces

deux décisions émanent de l'ordre judiciaire, et plus précisément de l'ordre judiciaire non répressif. Mais depuis un arrêt d'assemblée plénière du 3 juillet 2015, la Cour de cassation admet que le pourvoi dirigé contre deux décisions, dont l'une émane du juge pénal et l'autre du juge civil, est recevable lorsque, même non rendues en dernier ressort et alors qu'aucune d'elles n'est susceptible d'un recours ordinaire, elles sont inconciliables et aboutissent à un déni de justice (*Cass. ass. plén., 3 juill. 2015, n° 14-13.205 : JurisData n° 2015-016085*). La contradiction entre deux chefs de dispositif d'une même décision ne constitue pas un cas de contrariété de jugement et cette erreur, parce qu'elle peut faire l'objet de la requête en interprétation prévue à l'article 461 du CPC, n'est pas susceptible d'être sanctionnée par le biais du pourvoi en cassation (*Cass. 2e civ., 13 mars 1996, n° 93-18.622 et 93-18.623 : JurisData n° 1996-000836 ; JCP G 1996, IV, 1036 ; Bull. civ. II, n° 64*).

53. – Deux décisions insusceptibles de recours ordinaire – L'article 618 du CPC précise qu'aucune des deux décisions contraires ne doit être susceptible d'un recours ordinaire. On le voit, le recours pour contrariété de jugement présente un caractère subsidiaire, c'est-à-dire qu'il ne peut être mis en œuvre que lorsqu'il n'existe plus aucun moyen de remédier à la contrariété du jugement.

b) Conditions de fond

54. – Décisions inconciliables dans leur exécution – La Cour de cassation veille de manière très stricte au respect de l'unique condition de fond : les deux décisions doivent être inconciliables, ce qui signifie, au sens de la jurisprudence, que leur exécution simultanée doit être impossible. Par conséquent, seule une contrariété d'ordre matériel, et non pas d'ordre intellectuel, peut entraîner l'annulation de l'une ou l'autre, voire des deux décisions frappées de pourvoi.

A ainsi été jugé qu'il n'existe pas d'inconciliabilité entre, d'un côté, une décision qui rejette la demande tendant à la résolution d'un plan de redressement fondée sur l'inexécution, par le débiteur, de ses engagements, après avoir constaté que ceux-ci ont été respectés et, de l'autre, une décision qui prononce la résolution du même plan et ouvre la liquidation judiciaire du débiteur, au motif que ce dernier s'est, au cours de son exécution, à nouveau trouvé en état de cessation des paiements, les deux causes de résolution étant distinctes (*Cass. com., 26 janv. 2016, n° 14-17.672, n° 14-25.541, n° 14-28.826, n° 14-28.856 : JurisData n° 2016-001025*).

À l'inverse, la contrariété a été retenue en présence de deux décisions rendues dans un litige relatif au transfert d'un contrat de travail à la suite de la modification dans la situation juridique de l'employeur (*C. trav., art. L. 1224-1*). La première décision avait constaté l'existence du transfert du contrat de travail, tandis que la seconde l'avait, au contraire, déniée, de sorte qu'il résultait tout à la fois que la salariée avait été et n'avait pas été employée par la société cessionnaire (*Cass. soc., 13 sept. 2005, n° 03-43.361 : JurisData n° 2005-030075 ; Bull. civ. V, n° 253*). En matière d'ordre amiable, il existe une impossibilité d'exécuter simultanément un procès-verbal de règlement ayant refusé la collocation d'un créancier et un procès-verbal ultérieur ayant colloqué ce même créancier, puisqu'avant que le second procès-verbal intervienne, les deniers avaient été distribués en exécution du premier, de sorte qu'aucune somme ne pouvait plus être allouée audit créancier (*Cass. 2e civ., 14 oct. 2004, n° 02-20.733 : JurisData n° 2004-025191 ; Bull. civ. II, n° 456*).

En revanche, il n'existe pas de contrariété entre une décision allouant à l'épouse une pension alimentaire au titre de la contribution aux charges du mariage et un arrêt lui refusant la pension alimentaire au titre des mesures provisoires dans le cadre d'une procédure de divorce, nonobstant le fait que chacune de ces pensions alimentaires constitue l'exécution du même devoir matrimonial et répond aux mêmes critères

d'attribution (Cass. 2e civ., 30 nov. 1994, n° 92-20.656 : *JurisData* n° 1994-002265 ; *JCP G* 1994, IV, 271 ; *Bull. civ. II*, n° 245).

En général, et lorsque ne sont en cause que des questions de paiement de sommes d'argent, la Cour de cassation exclut la contrariété. Pour reprendre les termes de la Cour de cassation, les décisions en la matière « ne sont pas inconciliables dans leur exécution » (Cass. 1re civ., 13 janv. 1998, n° 96-15.718 : *JurisData* n° 1998-000030 ; *Bull. civ. I*, n° 9 ; *JCP G* 1998, IV, 1440).

2° Perte de fondement juridique

55. – Principe – La cassation est encourue lorsque la décision ou le texte qui a servi de fondement à l'arrêt frappé de pourvoi a cessé de produire ces effets après le prononcé de ce dernier. Tel est par exemple le cas de l'arrêt rendu sur le fondement d'un décret ultérieurement annulé par le Conseil d'État (Cass. soc., 21 déc. 2006, n° 04-46.365 : *JurisData* n° 2006-036793 ; *Bull. civ. V*, n° 414) ou de la décision prononçant une astreinte à l'encontre du contrefacteur d'une marque qui, par la suite, sera annulé par un arrêt devenu irrévocable (Cass. 2e civ., 6 janv. 2005, n° 02-15.954 : *JurisData* n° 2005-026358 ; *Bull. civ. II*, n° 1).

Il n'est pas nécessaire que la perte de fondement juridique produise l'effet rétroactif attaché à l'annulation. Par exemple, la rétractation, intervenue sur tierce position, d'un arrêt ayant résilié un bail prive de fondement juridique l'arrêt qui, en exécution de cette précédente décision, avait ordonné l'expulsion du locataire (Cass. 3e civ., 3 nov. 1988, n° 86-18.180 : *JurisData* n° 1988-002173 ; *Bull. civ. III*, n° 155). De même, lorsqu'en matière d'expropriation, l'arrêté de cessibilité devient caduc, l'ordonnance prononçant le transfert de propriété se trouve privé de tout fondement juridique (Cass. 3e civ., 15 mars 2006, n° 05-70.004 : *JurisData* n° 2006-032679 ; *Bull. civ. III*, n° 67).

56. – Cas particulier : cassation par voie de conséquence – Ce cas d'ouverture est expressément prévu à l'article 625 du CPC, suivant lequel la cassation « entraîne, sans qu'il y ait lieu à nouvelle décision, l'annulation par voie de conséquence de toute décision qui est la suite, l'application ou l'exécution du jugement cassé ou qui s'y rattache par un lien de dépendance nécessaire ». La cassation d'un arrêt entraîne, par voie de conséquence, l'annulation des mesures qui ont été prises en application de cette décision. La cassation par voie de conséquence constitue donc le cas particulier où la perte de fondement juridique résulte de la censure d'une décision de justice par la Cour de cassation.

La Cour de cassation a également décidé que le jugement statuant sur la validité d'une élection se rattachait par un lien de dépendance nécessaire au jugement ayant tranché une contestation relative aux opérations préélectorales (Cass. 2e civ., 10 juin 2004, n° 03-60.489 : *JurisData* n° 2004-024025 ; *Bull. civ. II*, n° 281).

Il est également normal que les mesures prises en exécution d'une décision cassée soient annulées. Ainsi, dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt de la deuxième chambre civile du 17 octobre 2002 (Cass. 2e civ., 17 oct. 2002, n° 00-15.020, 00-15.021 et 00-15.022 : *JurisData* n° 2002-015883 ; *Bull. civ. II*, n° 226), la cassation d'un arrêt a entraîné l'annulation d'un commandement de payer, d'une saisie-arrêt, du jugement de validation subséquent et, enfin, du jugement statuant sur l'attribution d'une somme consignée à l'occasion d'un litige relatif à l'exécution de l'arrêt censuré.

Ainsi, la cassation de l'arrêt ayant prononcé l'astreinte entraîne par voie de conséquence l'annulation de la décision liquidant cette astreinte (Cass. 2e civ., 19 févr. 2009, n° 08-11.959 : *JurisData* n° 2009-047189 ; *Bull. civ. II*, n° 62). De même, l'annulation du jugement ayant servi de base aux poursuites de saisie-

immobilière a nécessairement pour conséquence la nullité de cette procédure et du jugement d'adjudication (*Cass. 2e civ., 4 déc. 2014, n° 13-24.870 : JurisData n° 2014-029830 ; Procédures 2015, comm. 35, obs. Chr. Laporte. – Cass. 2e civ., 3 mai 2001, n° 98-18.162 : JurisData n° 2001-009327 ; Bull. civ. II, n° 91*).

II. - Moyen de cassation

57. – Différence avec le cas d'ouverture – Une fois que le demandeur au pourvoi a identifié le cas d'ouverture dont il entend se prévaloir, il doit, pour le mettre en œuvre, rédiger un moyen de cassation.

Après avoir décrit ce qu'est un moyen de cassation (A), il conviendra de préciser les conditions qu'un tel moyen doit satisfaire pour atteindre son but, à savoir la censure de la décision attaquée (B).

A. - Présentation

58. – Nécessité de présenter un moyen de cassation – Comme toute partie à un litige, le demandeur au pourvoi doit faire connaître les moyens qu'il invoque : il s'agit là d'une simple application de l'article 15 du CPC. L'article 978 du même code indique à cet égard que le demandeur en cassation doit remettre au greffe de la Cour de cassation "*un mémoire contenant les moyens de droits invoqués contre la décision attaquée*". Cette disposition s'applique à la procédure avec représentation obligatoire, et il existe une disposition semblable (*CPC, art. 989*) pour les procédures dispensées.

59. – Contenu du moyen – C'est également l'article 978 du CPC qui précise, en ces termes, ce que doit contenir le moyen de cassation :

À peine d'être déclaré d'office irrecevable un moyen ou un élément de moyen ne doit mettre en œuvre qu'un seul cas d'ouverture. Chaque moyen ou chaque élément de moyen doit préciser, sous la même sanction :

- le cas d'ouverture invoqué ;
- la partie critiquée de la décision ;
- ce en quoi celle-ci encourt le reproche allégué.

Le moyen de cassation constitue donc le reproche fait à l'arrêt attaqué, qui justifie la cassation. Le but du moyen est d'obtenir la censure d'une décision de justice ou d'une partie de celle-ci, c'est-à-dire d'un chef du dispositif de cette décision. Pour y parvenir, le demandeur au pourvoi doit critiquer les motifs qui constituent le soutien nécessaire du chef de dispositif attaqué. Si les motifs encourent effectivement la critique alléguée, la décision ou la partie de décision dont ils constituaient le support tombera : la cassation est alors prononcée.

Afin de respecter ces exigences, la pratique a dégagé des règles de présentation formelle des moyens de cassation. Celui-ci se compose d'une seule phrase, qui commence par l'identification de la décision ou partie de décision attaquée (par ex., il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté la demande d'attribution préférentielle d'un bien présentée par l'épouse, et d'avoir attribué celui-ci au mari). Ensuite, sont énoncés les motifs qui constituent le soutien nécessaire de la disposition attaquée (dans l'exemple précité : AUX MOTIFS QUE l'époux démontrait l'intérêt qu'il portait à cette maison, puisqu'il en avait conservé les clefs et assurait l'entretien). Enfin, il faut énoncer le moyen de cassation proprement dit, c'est-à-dire expliquer en quoi les motifs précités sont erronés (dans notre exemple : ALORS QU'en statuant ainsi, sans répondre aux conclusions de la femme soutenant que son mari n'avait pas sa résidence effective dans cette maison, la cour d'appel a violé l'article 455 du CPC. Cet exemple est tiré de l'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 25 février 2009 (*Cass. 1re civ., 25 févr. 2009, n° 07-20.213*).

Les mêmes motifs peuvent encourir plusieurs critiques, lesquelles font alors l'objet d'autant d'éléments de moyens, ou – expression synonyme –, de branches.

60. – Seul le moyen saisit la Cour de cassation – Le moyen, tel qu'il vient d'être présenté, fixe l'étendue de la saisine de la Cour de cassation. L'exposé des faits qui le précède et la discussion juridique qui le suit ont pour seul objet d'éclairer le raisonnement mené dans le moyen de cassation.

Le moyen de cassation est par ailleurs soumis à des règles strictes de rédaction, dont la méconnaissance peut entraîner soit l'irrecevabilité de sa critique, soit son rejet. C'est ce qu'il convient maintenant d'examiner.

B. - Causes d'inefficacité du moyen de cassation

61. – Pourvoi, mémoire et moyen – Lorsque le demandeur au pourvoi ne présente qu'un seul moyen de cassation, alors les causes d'irrecevabilité de ce moyen se confondent parfois avec celles du mémoire (produit tardivement, par exemple) ou du pourvoi en cassation (irrecevabilité du moyen – et partant, du pourvoi – par ex., parce qu'il est dirigé contre une mesure d'administration judiciaire, insusceptible de recours en application de l'article 537 du CPC : *Cass. 2e civ., 17 mai 1993, n° 91-20.849 : JurisData n° 1993-000902 ; Bull. civ. II, n° 176 ; JCP G 1993, IV, 1783*). Ces causes d'inefficacité communes au moyen, au mémoire et au pourvoi ne seront donc pas ici présentées.

Par ailleurs, le moyen de cassation est susceptible d'être rejeté parce qu'il est mal fondé, au même titre que les moyens présentés en première instance ou en appel. Cette cause d'inefficacité du moyen de cassation, parce qu'elle ne présente aucune particularité, ne sera pas abordée dans le présent fascicule. Les développements qui suivent ne seront consacrés qu'aux causes d'inefficacité résultant des contraintes de la technique de cassation.

1° Moyen non dirigé contre un chef de dispositif faisant grief

62. – Le pourvoi en cassation ayant pour objet de faire examiner la conformité du jugement aux règles de droit, le moyen de cassation doit être dirigé contre la décision elle-même, ou une partie de celle-ci, et non contre ses motifs (a). Par ailleurs, le demandeur au pourvoi doit justifier d'un intérêt à la cassation et c'est la raison pour laquelle il ne peut présenter un moyen qu'à l'encontre d'une disposition lui faisant grief (b).

a) Moyen dirigé contre un motif de la décision attaquée

63. – Justification – Le pourvoi en cassation tend à soustraire de l'ordonnancement juridique une décision non conforme aux règles de droit (*CPC, art. 604*).

Or, qu'il s'agisse d'un arrêt, d'un jugement, ou d'une ordonnance ou de tout autre acte juridictionnel, les seules énonciations qui constituent la décision proprement dit se trouvent dans le dispositif : le jugement "*énonce la décision sous forme de dispositif*" (*CPC, art. 455, al. 2*). Et, ajoute l'article 480, c'est dans son dispositif que le jugement tranche le litige. Ainsi s'explique que seules les mentions figurant dans le dispositif de la décision soient revêtues de l'autorité de chose jugée, contrairement aux motifs (*Cass. ass. plén., 13 mars 2009, n° 08-16.033 : JurisData n° 2009-047469 ; Bull. civ. ass. plén., n° 3 ; JCP G 2009, II 10077, obs. Y.-M. Serinet ; Procédures 2009, comm. 131, obs. R. Perrot*).

C'est également pour cette raison que le moyen de cassation doit être dirigé contre un chef de dispositif. (*Cass. soc., 6 avr. 1994, n° 92-42.622*). Certes, pour y parvenir, il est nécessaire de critiquer les motifs qui

en sont le soutien nécessaire mais ce n'est là qu'un moyen d'atteindre la cible, à savoir l'anéantissement de la décision.

64. – Décision dépourvue de disposition définitive – Le moyen est généralement considéré par la Cour de cassation comme étant dirigé contre des motifs lorsque la décision attaquée ne comporte aucune disposition définitive. C'est notamment le cas des décisions avant dire droit, à l'égard desquelles le pourvoi ne pourra être formé qu'avec la décision sur le fond. Par exemple, si la décision attaquée s'est bornée, dans son dispositif, à ordonner une mesure d'instruction, le moyen sera rejeté comme dirigé uniquement contre les motifs (*Cass. 2e civ., 15 juin 1983, n° 82-11.811 : Bull. civ. II, n° 125*).

De même, lorsque la décision frappée de pourvoi ne comporte, dans ce dispositif, aucune autre mention que le renvoi de l'affaire à une audience ultérieure, la Cour de cassation estime que le moyen articulé au soutien d'un tel pourvoi est nécessairement dirigé contre les motifs de l'arrêt (*Cass. com., 7 juill. 1981, n° 79-16.057 : Bull. civ. IV, n° 305*).

65. – Motifs constituant le soutien nécessaire du dispositif – Le moyen est également rejeté lorsqu'il critique des motifs qui ne constituent pas le soutien nécessaire du dispositif. Par exemple, dans l'affaire ayant donné lieu à un arrêt prononcé le 8 mars 2005 par la première chambre civile (*Cass. 1re civ., 8 mars 2005, n° 02-13.897 : JurisData n° 2005-027441 ; Bull. civ. I, n° 126*), une cour d'appel avait admis la recevabilité d'un tiers à agir en nullité d'une vente immobilière au seul motif qu'en application d'un usage local, le demandeur bénéficiait sur le bien d'un droit auquel la vente portait atteinte. Le demandeur au pourvoi critiquait le chef de l'arrêt ayant déclaré recevable la demande du tiers, mais le grief était dirigé contre un motif relatif à la qualité de propriétaire du vendeur. Or, pour admettre la recevabilité de la demande, la cour d'appel ne s'était pas prononcée sur cette qualité de propriétaire, de sorte que le moyen a été rejeté comme critiquant un motif qui n'était pas le soutien nécessaire du dispositif (*Cass. 1re civ., 8 mars 2005 : Bull. civ. I, n° 126. – V. également, Cass. 3e civ., 17 nov. 2004, n° 03-10.039, 03-10.728 et 03-11.422 : JurisData n° 2004-025657 ; Bull. civ. III, n° 200. – Cass. com., 17 févr. 2009, n° 07-16.558 : JurisData n° 2009-047109*).

b) Moyen dirigé contre une disposition ne faisant pas grief

66. – Défaut d'intérêt – Le demandeur au pourvoi doit justifier d'un intérêt, non seulement à se pourvoir contre la décision qu'il attaque, mais également à soutenir le ou les moyens qu'il invoque à l'appui de son recours. Par conséquent, il ne peut attaquer qu'une disposition de la décision lui faisant grief. Il est irrecevable à critiquer une décision qui a accueilli sa demande (par ex., la révocation de l'ordonnance de clôture, qui avait été demandée par toutes les parties : *Cass. 2e civ., 8 mars 2007, n° 06-12.483 : JurisData n° 2007-037784 ; Bull. civ. II, n° 61*).

De même, l'intérêt à agir disparaît si le défendeur au pourvoi déclare renoncer à la disposition attaquée (*sol. impl., Cass. soc., 23 juin 2004, n° 02-40.929 : JurisData n° 2004-024306 ; Bull. civ. V, n° 183*).

Enfin, c'est en la seule personne du demandeur au pourvoi que s'apprécie l'intérêt à agir. Lorsque le pourvoi a été formé par un mandataire spécial, au nom d'un étranger majeur, le moyen présenté dans le seul intérêt de son enfant mineur, qui ne s'est pas pourvu et n'est pas représenté devant la Cour de cassation, est irrecevable (*Cass. 2e civ., 11 janv. 2001, n° 00-50.006 : JurisData n° 2001-007725 ; Bull. civ. II, n° 2*).

Non seulement le moyen doit être bien dirigé mais il faut que sa rédaction soit conforme aux règles prévues par le CPC.

2° Moyen ne répondant pas à certaines exigences de rédaction

67. – Cause d'inefficacité du moyen – Dans plusieurs cas de figure, c'est la rédaction de la critique qui constitue la cause d'inefficacité du moyen.

68. – Moyen complexe – Ainsi que le précise l'article 978 du CPC, "*à peine d'être déclaré d'office irrecevable, un moyen ou un élément de moyen ne doit mettre en œuvre qu'un seul cas d'ouverture*". Cette exigence ne trouve toutefois pas à s'appliquer à la procédure sans représentation obligatoire (Cass. soc., 12 juill. 2006, n° 04-47.550 : *JurisData* n° 2006-034623 ; Bull. civ. V, n° 263).

En application de ce texte, a été déclaré irrecevable car complexe le moyen qui reprochait à une cour d'appel d'avoir à la fois omis de répondre à des conclusions, de ne pas avoir tiré de ces constatations les conséquences légales qui s'en évinçaient, d'avoir dénaturé un acte, d'avoir entaché sa décision d'une contradiction de motifs et, enfin, d'avoir violé la loi (Cass. 3e civ., 13 nov. 2003, n° 02-13.974 : *JurisData* n° 2003-020914 ; Bull. civ. III, n° 201).

De même, le moyen qui invoque à la fois un vice de motivation constitutif d'une violation de l'article 455 du CPC et une méconnaissance des règles relatives à la recevabilité de certaines demandes nouvelles en appel, en violation de l'article 566 du CPC, est complexe, et, partant, irrecevable (Cass. 2e civ., 25 mars 2010, n° 09-10.366 : *JurisData* n° 2010-002513 ; Bull. civ. II, n° 68).

69. – Moyen imprécis – La Cour de cassation déclare irrecevable le moyen imprécis. Tel est, par exemple, le cas de la critique qui, en matière fiscale, se réfère à la doctrine administrative sans préciser l'acte administratif dans lequel cette doctrine serait exprimée (Cass. com., 21 avr. 1992, n° 90-16.521 : *JurisData* n° 1992-001278 ; Bull. civ. IV, n° 171 ; JCP G 1992, IV, 1877. – Cass. com., 17 mars 2004, n° 02-14.711 : *JurisData* n° 2004-022974 ; Bull. civ. IV, n° 54).

De même, le moyen pris de l'incompatibilité d'une loi française avec le droit communautaire est déclaré irrecevable car imprécis s'il n'indique pas les dispositions de la loi qui ne satisferaient pas aux exigences du droit communautaire (Cass. 1re civ., 30 oct. 1995, n° 93-14.236 : Bull. civ. I, n° 378).

La Cour de cassation a déclaré irrecevable le moyen qui se borne à alléguer un manque de base légale sans préciser les textes au regard desquels la motivation serait insuffisante (Cass. 1re civ., 17 juill. 1996, n° 92-19.017 : *JurisData* n° 1996-003240 ; Bull. civ. I, n° 323).

70. – Moyen manquant en fait – Manque en fait le moyen de cassation qui repose sur un postulat erroné. Ainsi, n'est pas susceptible de prospérer le moyen pris de ce que l'arrêt attaqué n'aurait pas été signé par le chambre et le greffier alors que le demandeur au pourvoi produit devant la Cour de cassation la copie de la décision attaquée indiquant que ces signatures ont été apposées sur la minute, cette copie ayant été certifiée conforme à l'original par le greffier (Cass. 2e civ., 12 mai 1999, n° 97-19.281 : *JurisData* n° 1999-001954 ; Bull. civ. II, n° 89). La Cour de cassation a donc considéré que l'arrêt était signé ; le moyen qui affirme le contraire manque en fait.

Encourt la même critique le moyen reprochant à une cour d'appel d'avoir rétroactivement appliqué une jurisprudence nouvelle, alors que la cour d'appel s'était bornée à requalifier un contrat sans faire application d'une règle d'origine prétorienne (Cass. soc., 26 janv. 2005, n° 02-42.656 : *JurisData* n° 2005-026603 ; Bull. civ. V, n° 20). Cette irrecevabilité est également encourue lorsque le moyen prête à l'arrêt des constatations de fait qu'en réalité, il ne comporte pas (Cass. 1re civ., 24 janv. 2006, n° 02-16.648 :

JurisData n° 2006-031776 ; Bull. civ. I, n° 35 ; JCP G 2006, II 10082).

3° Moyen contraire aux conclusions d'appel

71. – Interdiction de se contredire – La Cour de cassation déclare systématiquement irrecevable le moyen qui développe une thèse incompatible, voire contraire à celle soutenue devant les juges du fond. Ainsi, une partie ne peut-elle pas reprocher à la cour d'appel d'avoir jugé une habitation enclavée après lui avoir demandé de statuer au pétitoire au motif que ce même bâtiment n'était pas enclavé (*Cass. 3e civ., 27 oct. 2004, n° 03-15.151 : JurisData n° 2004-025378 ; Bull. civ. III, n° 178*).

De même, l'administration des douanes ne peut pas, devant la Cour de cassation, se prévaloir de l'article 367 du Code des douanes suivant lequel il est statué, en matière douanière, sans frais de justice, pour reprocher à la cour d'appel de l'avoir condamnée aux dépens, alors qu'en appel, l'Administration avait elle-même sollicité la condamnation de son adversaire aux dépens, admettant ainsi implicitement mais nécessairement que l'article 367 du Code des douanes n'avait pas à s'appliquer (*Cass. 2e civ., 6 avr. 2006, n° 04-14.855 : JurisData n° 2006-033044 ; Bull. civ. II, n° 107*).

Est également irrecevable, comme incompatible avec la position adoptée en appel, le moyen par lequel une partie fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir révoqué l'ordonnance de clôture pour rendre recevables les conclusions de la partie adverse, dès lors que l'arrêt relève que les parties avaient, à l'audience, sollicité le rabat de l'ordonnance de clôture (autres exemples : *Cass. 2e civ., 20 oct. 2005, n° 03-13.932 : JurisData n° 2005-030316 ; Bull. civ. II, n° 257. – Cass. 2e civ., 18 oct. 2012 : Bull. civ. I, n° 172*).

72. – Rapport à justice – Le demandeur au pourvoi n'est pas recevable à critiquer un chef de la décision ayant accueilli une prétention sur les mérites de laquelle il s'en était rapporté à justice. Le mandataire liquidateur ne peut donc faire grief à la cour d'appel d'avoir rectifié l'erreur matérielle affectant une décision d'admission des créances après s'en être rapporté à justice sur les mérites de la requête devant la cour d'appel (*Cass. 2e civ., 3 mai 2001, n° 98-23.347 : Bull. civ. II, n° 84*). Et le salarié ne peut reprocher à l'arrêt attaqué d'avoir déclaré irrecevable sa demande relative à une indemnité de préavis si, devant la cour d'appel, il s'en était rapporté à justice sur la recevabilité de ce chef de demande (*Cass. soc., 25 oct. 2007, n° 06-42.661 : JurisData n° 2007-041024 ; Bull. civ. V, n° 176. – V. aussi : Cass. 3e civ., 30 oct. 2013 : Bull. civ. III, n° 138*).

Ces solutions paraissent difficilement conciliables avec la jurisprudence suivant laquelle le rapport à justice équivaut à une contestation de la demande adverse (*Cass. 2e civ., 7 juin 2007, n° 06-15.920 : JurisData n° 2007-039471 ; Bull. civ. II, n° 145. – Cass. 2e civ., 11 janv. 1995, n° 92-11.714 : Bull. civ. II, n° 12*). En effet, il ne semble pas qu'il y ait d'incompatibilité entre d'une part, le rapport à justice, qui équivaut à une contestation et, d'autre part, le fait de critiquer par le biais d'un pourvoi en cassation l'arrêt qui a accueilli la demande ayant fait l'objet du rapport à justice.

4° Moyen contraire à une décision rendue par la Cour de cassation dans la même affaire

73. – Moyen contraire à la doctrine de la Cour de cassation – Cette irrecevabilité se rencontre dans les circonstances suivantes : une décision des juges du fond fait l'objet d'une cassation avec renvoi ; la cour de renvoi se conforme à la solution retenue par la Cour de cassation ; l'arrêt de renvoi fait l'objet d'un pourvoi au soutien duquel est présenté un moyen qui invite la Cour de cassation à revenir sur sa précédente décision. Un tel moyen est déclaré irrecevable, car contraire à la doctrine de la Cour de cassation.

La doctrine à laquelle il est fait référence ici est celle exprimée par la précédente décision de la Cour de cassation dans la même affaire. Il ne s'agit pas de la portée doctrinale que peut avoir la jurisprudence de la Cour de cassation. Par exemple, le demandeur au pourvoi ne peut reprocher à l'arrêt d'avoir retenu sa responsabilité, alors qu'en statuant de la sorte, la cour de renvoi s'était conformée à la solution adoptée par la Cour de cassation. Celle-ci avait en effet cassé un précédent arrêt d'appel qui avait écarté la responsabilité de l'intéressé (*Cass. 2e civ.*, 26 oct. 2000, n° 98-19.387 : *JurisData* n° 2000-006381 ; *Bull. civ. II*, n° 145. – V. également *Cass. 1re civ.*, 18 mars 1986, n° 84-11.846 : *Bull. civ. I*, n° 69).

5° Moyen nouveau

74. – Irrecevabilité – La prohibition des moyens nouveaux est édictée à l'article 619 du CPC en ces termes :

Les moyens nouveaux ne sont pas recevables devant la Cour de cassation.

Peuvent néanmoins être invoqués pour la première fois, sauf disposition contraire :

- 1° les moyens de pur droit ;
- 2° les moyens nés de la décision attaquée.

Il convient donc d'examiner le principe de la prohibition des moyens nouveaux (a) avant de présenter les exceptions dont il est assorti (b).

a) Principe

75. – Justification – L'interdiction de présenter un moyen nouveau s'explique par le fait que le contrôle de la Cour de cassation se limite au contrôle de la conformité du jugement aux règles de droit. La Cour de cassation doit donc, en quelque sorte, se mettre à la place du juge du fond afin de vérifier si celui-ci a correctement tranché le litige qui lui était soumis en fonction des éléments qui lui étaient fournis. C'est la raison pour laquelle ce contrôle de conformité s'effectue, en principe, au regard des normes en vigueur à la date à laquelle a été rendue la décision frappée de pourvoi. C'est également pour cette raison que la Cour de cassation contrôle la motivation de la décision qui lui est déférée au regard des seuls moyens qui avaient été mis en œuvre devant les juges du fond.

76. – Manifestations – Le moyen de cassation est nécessairement nouveau s'il émane d'une partie qui n'avait pas conclu devant les juges du fond. Il en va de même lorsque le demandeur au pourvoi n'a pas personnellement comparu devant les juges du fond alors que la procédure était orale. Les juges n'étaient donc pas saisis des conclusions écrites qu'il a déposées, et encore moins des moyens qu'elles contenaient (*Cass. 3e civ.*, 19 sept. 2007, n° 06-17.267 : *JurisData* n° 2007-040408 ; *Bull. civ. III*, n° 145).

Est également nouveau le moyen abandonné au stade de l'appel, soit qu'il n'ait été soutenu qu'en première instance, soit qu'il ait été présenté à la cour d'appel, mais sans être repris dans les dernières conclusions. On sait qu'en pareille hypothèse, le moyen est réputé avoir été abandonné en application de l'article 954 du CPC. En revanche, le même texte prévoit que la partie qui, sans énoncer de nouveaux moyens, demande la confirmation du jugement, est réputée s'en approprier les motifs.

b) Exceptions

77. – Moyen de pur droit – Le moyen de pur droit est celui dont l'examen ne nécessite aucune constatation de fait que la décision frappée de pourvoi ne comporterait pas. L'arrêt rendu par la chambre

commerciale de juin 1993 (*Cass. com.*, 8 juin 1993, n° 91-18.904 : *JurisData* n° 1993-001237 ; *Bull. civ. IV*, n° 236), en fournit un exemple topique. Dans cette affaire, il était reproché à la cour d'appel d'avoir méconnu la règle suivant laquelle les créances antérieures à l'ouverture d'une procédure collective doivent faire l'objet d'une procédure de vérification. La Cour de cassation a déclaré le moyen de pur droit, tout en laissant entendre que le même moyen, dans d'autres circonstances, aurait pu être qualifié de mélangé de fait et de droit. En effet, la Cour de cassation relève expressément que le demandeur au pourvoi ne s'est prévalu d'aucun fait qui n'ait été constaté par les juges du fond, ce qui revient à dire que si l'examen du moyen avait nécessité une telle circonstance de fait, alors celui-ci aurait été mélangé de fait et de droit et déclaré irrecevable comme nouveau.

Sont mélangés de fait et de droit les moyens suivants :

- la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt ou du défaut de qualité de la partie adverse (*Cass. 2e civ.*, 7 nov. 1994, n° 92-20.028 : *JurisData* n° 1994-002114 ; *Bull. civ. II*, n° 221 ; *JCP G* 1995, II, 50 ; *JCP N* 1995, p. 831) ;
- l'application du droit étranger, lorsqu'un droit disponible est en cause (*Cass. 1re civ.*, 20 oct. 2010 : *Bull. civ. I*, n° 207. – *Cass. 1re civ.*, 28 nov. 2006, n° 05-19.838 : *JurisData* n° 2006-036140 ; *Bull. civ. I*, n° 522) ;
- l'inobservation, par l'employeur, des formalités préalables au prononcé d'une sanction (*Cass. soc.*, 11 mai 2005, n° 02-47.450 : *JurisData* n° 2005-028350 ; *Bull. civ. V*, n° 154) ;
- le non-respect par l'employeur d'un bref délai entre le moment où il a eu la connaissance de la faute du salarié et la date à laquelle il a mis en œuvre la procédure de licenciement disciplinaire (*Cass. soc.*, 11 janv. 2006, n° 03-46.055 : *JurisData* n° 2006-031567 ; *Bull. civ. V*, n° 3).

Constituent en revanche des moyens de pur droit :

- celui tiré du caractère discriminatoire d'une disposition conventionnelle (*Cass. soc.*, 24 sept. 2008, n° 06-46.179, 06-46.180 et 07-40.935 : *JurisData* n° 2008-045110 ; *Bull. civ. V*, n° 187) ;
- le moyen pris de ce que la personne tenue au paiement d'une somme envers une autre ne lui doit les intérêts qu'après avoir été mise en demeure (*Cass. 2e civ.*, 7 déc. 2006, n° 04-17.322 : *JurisData* n° 2006-036321 ; *Bull. civ. II*, n° 348) ;
- le moyen pris d'une atteinte à la substance même du droit d'accès au juge, dès lors qu'il n'appelle la prise en considération d'aucun élément de fait qui ne résulterait pas des constatations de l'arrêt (*Cass. 1re civ.*, 9 avr. 2013 : *Bull. civ. I*, n° 66) ;
- le moyen tiré de l'impossibilité pour le juge de requalifier un contrat de travail à durée déterminée en contrat de travail à durée indéterminée, en l'absence de demande en ce sens du salarié (*Cass. soc.*, 20 févr. 2013 : *Bull. civ. V*, n° 45) ;
- le moyen fondé sur le caractère discriminatoire de l'énoncé d'une disposition d'une convention collective (*Cass. soc.*, 24 sept. 2008 : *Bull. civ. V*, n° 187).

Il faut néanmoins réserver les cas où, en application de dispositions légales ou réglementaires particulières, le moyen nouveau n'est pas recevable, serait-il de pur droit. C'est notamment le cas du moyen, formulé par le débiteur en matière de saisie immobilière, tendant à contester les poursuites après l'audience d'orientation. Ce moyen est irrecevable en application de l'article R. 311-5 du Code des procédures civiles d'exécution (*Cass. 2e civ.*, 13 nov. 2015, n° 14-25.179 : *JurisData* n° 2015-027509 II).

78. – Moyen né de la décision attaquée – Le demandeur au pourvoi peut toujours invoquer, pour la première fois devant la Cour de cassation, un moyen révélé par la décision attaquée, c'est-à-dire un moyen qu'il n'était pas en mesure d'invoquer avant de prendre connaissance de la décision frappée de pourvoi.

Ainsi, la cour d'appel, saisie d'une contestation relative à la valeur de droits sociaux cédés, ne peut pas confier à un expert la mission d'évaluer ces parts, une telle faculté étant réservée au président du tribunal statuant en la forme des référés, en vertu de l'article 1843-4 du Code civil. Dans une affaire où la cour d'appel a elle-même désigné un expert, le moyen pris de ce qu'elle n'avait pas le pouvoir d'ordonner cette mesure ne pouvait bien évidemment pas être soulevé au cours de débats. C'est à la lecture de l'arrêt qu'est apparu le moyen, de sorte que celui-ci a pu valablement être présenté pour la première fois devant la Cour de cassation (*Cass. 1re civ.*, 25 nov. 2003, n° 00-22.089 : *JurisData* n° 2003-021051 ; *Bull. civ. I*, n° 243).

Sont également nés de la décision attaquée les moyens pris du refus par la cour d'appel d'interpréter une clause ambiguë (*Cass. 1re civ.*, 22 mai 2001, n° 99-10.849 : *JurisData* n° 2001-009700 ; *Bull. civ. I*, n° 140), du refus d'appliquer une loi de validation (*Cass. 1re civ.*, 20 juin 2000, n° 98-19.319 et 97-22.394 : *JurisData* n° 2000-002486 ; *JurisData* n° 2000-002488 ; *Bull. civ. I*, n° 191 ; *JCP E* 2000, 1663) ou encore de l'inversion de la charge de la preuve, lorsque cette question n'a fait l'objet d'aucune contestation de la part des parties (*Cass. soc.*, 12 juill. 2006, n° 04-45.441 et 04-46.442 : *JurisData* n° 2006-034608 ; *Bull. civ. V*, n° 264).

Il arrive que le moyen né de la décision attaquée soit en réalité un moyen relevé d'office par la cour d'appel, sans que celle-ci ait provoqué un débat contradictoire. Tel est le cas, par exemple, de la cour d'appel qui admet l'existence d'une délégation, sans même caractériser l'engagement du débiteur délégué au profit du prétendu délégataire. La Cour de cassation a considéré que le moyen de cassation reprochant à la cour d'appel d'avoir ainsi statué était né de l'arrêt attaqué, de sorte qu'il ne pouvait être déclaré irrecevable en raison de sa nouveauté (*Cass. 1re civ.*, 10 mai 2000, n° 98-12.357 : *JurisData* n° 2000-001868 ; *Bull. civ. I*, n° 137).

6° Moyen inopérant

79. – Notion – Le moyen inopérant est celui qui, à supposer même qu'il soit bien fondé, n'est pas de nature à entraîner la cassation (en raison de l'erreur de raisonnement qu'il comporte).

On en trouve de nombreux exemples dans les affaires où plusieurs motifs suffisent à eux seuls à justifier la même décision. Si le moyen ne critique que l'un de ces motifs, il laissera entier l'autre motif dont on a vu qu'il constituait un fondement valable de la décision. Celle-ci ne sera donc pas cassée, même si la critique présentée par le demandeur au pourvoi était fondée.

Par exemple, en matière de surendettement, le motif selon lequel la bonne foi ne doit être prise en compte que pour définir la situation de surendettement, et n'a pas à être établie au moment de la conclusion des emprunts, est surabondant puisque la cour d'appel avait souverainement déduit des circonstances, que la mauvaise foi du débiteur n'était pas caractérisée. Le moyen dirigé contre le motif surabondant a donc été écarté, bien que ce motif ait comporté une erreur, que la Cour de cassation a d'ailleurs relevée (*Cass. 1re civ.*, 14 mai 1992, n° 91-04.069 : *JurisData* n° 1992-001072 ; *JCP G* 1992, IV, 1981 ; *Bull. civ. I*, n° 136). De même, il importe peu qu'une cour d'appel se fonde sur un motif erroné pour écarter la qualification de contrat d'intégration agricole dès lors qu'elle relève à juste titre que l'une des conditions

d'existence d'un tel contrat faisait défaut (*Cass. 1re civ.*, 27 janv. 1987, n° 85-12.945 : *JurisData* n° 1987-000058 ; *Bull. civ. I*, n° 24).

Est également inopérant le moyen pris de ce que la cour d'appel applique une loi, de manière rétroactive, dès lors que ce texte n'a fait que consacrer une jurisprudence antérieure (*Cass. soc.*, 18 nov. 1982, n° 80-41.530 : *Bull. civ. V*, n° 629). Enfin, le moyen critiquant les motifs d'une décision prise par le juge dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire est nécessairement inopérant. En effet, le juge n'ayant pas à motiver sa décision, le moyen tiré du caractère erroné des motifs qu'il a fournis n'est pas de nature à entraîner la cassation, même si la critique qu'il contient est fondée (*Cass. 3e civ.*, 8 févr. 2006, n° 04-17.898 : *JurisData* n° 2006-032076 ; *Bull. civ. III*, n° 26).

© LexisNexis SA

Copyright © 2017 LexisNexis. Tous droits réservés.