



# DOSSIER

/ Cassation

## Réflexion(s) sur la réforme de la Cour de cassation

sous la direction de Pascale Deumier,

Professeur à l'Université Jean Moulin (Lyon 3), Équipe Louis Josserand

1 - Des circuits différenciés au filtrage des pourvois.

La tentation radicale de la Cour de cassation

par Frédérique Ferrand

2 - Contrôle de conventionnalité et Cour de cassation :

de la méthode avant toute chose

par Peggy Ducoulombier

3 - Motivation enrichie : bilan et perspectives

par Pascale Deumier

---

En avril 2017, le rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation a été mis en ligne sur le site de la Cour de cassation. Fruit de travaux entrepris depuis 2014 et qui se poursuivent, ce riche document explore les pistes de modernisation des méthodes de travail de la Cour de cassation (notamment contrôle de proportionnalité et motivation) mais aussi, plus fondamentalement, de transformation de sa mission (traitement des pourvois). Le Recueil Dalloz a souhaité soumettre cette réflexion aux réflexions.

---

1770

## Des circuits différenciés au filtrage des pourvois

La tentation radicale de la Cour de cassation

par Frédérique Ferrand, Professeure à l'Université Jean Moulin Lyon 3, Directrice de l'Institut de droit comparé Édouard Lambert (IDCEL), Directrice de l'Équipe de droit international, européen et comparé (EDIEC)

**L'essentiel >** Le rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation est riche de propositions innovantes. Certaines visent à renforcer la place du parquet général, avancer son intervention dans le temps, améliorer les synergies et faire de l'avocat général une véritable « fenêtre sur l'extérieur ». D'autres propositions portent sur la sélection et le traitement des pourvois. Si celles qui envisagent l'instauration de circuits différenciés et d'un traitement spécifique de l'urgence peuvent être approuvées sans réserve, la volonté d'un filtrage strict des pourvois et les modalités pour ce faire appellent en revanche une grande circonspection et un regard critique fondé sur le résultat d'expériences étrangères.

### Introduction

Le 19 septembre 2014, était engagée par le premier président de la Cour de cassation, Bertrand Louvel, une réflexion interne à la Cour sur l'évolution des modalités de traitement

des pourvois, l'évaluation - lors des travaux préparatoires aux arrêts - de leurs incidences « en tous domaines », et le rôle des magistrats du parquet général dans la préparation des décisions<sup>1</sup>. La méthode fut participative, empirique, accompagnée de certaines expérimentations « *in vivo* ».

(1) V. la lettre de mission adressée à J.-P. Jean, à l'époque directeur du Service de documentation, des études et du rapport (SDER), reproduite dans le Rapp. d'avr. 2017, p. 13 s.

En mai dernier était rendu public le rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation (ci-après « le rapport »)<sup>2</sup>, rapport riche et dense de 288 pages (suivi d'annexes nombreuses), qui témoigne d'un travail considérable et de débats internes animés. La volonté d'évolution est patente, les controverses ne sont pas tues, les pistes sont nombreuses... Et pourtant, avant même sa diffusion, une partie du rapport semble ne plus être d'actualité.

Le rapport - fort attendu<sup>3</sup> - proposait de créer un comité chargé de la mise en œuvre des réformes (dirigé par B. Pireyre, président de chambre, directeur du SDER) sous trois aspects (l'organisation du traitement des pourvois: repérage, tri, pré-orientation des dossiers, instaurant les circuits différenciés dans chaque chambre; la rédaction des rapports et des arrêts; le troisième - impliquant également des représentants de la conférence des premiers présidents de cour d'appel - sur le filtrage des pourvois et les projets d'expérimentation de traitement par les cours d'appel du contentieux disciplinaire léger), mais la mise en œuvre se limitera finalement aux deux derniers dans le cadre de deux commissions<sup>4</sup>. Est également créée une « instance d'appui et d'évaluation »<sup>5</sup>, animée par Jean-Paul Jean, ancien directeur du SDER. En 2018<sup>6</sup>, un colloque est prévu afin que « ce processus de réforme continue de faire l'objet d'un débat public au sein de la communauté des juristes »<sup>7</sup>.

On espérait une réforme progressive, débutant par une application générale - de préférence avec le soutien de textes introduits dans le code - des circuits de traitement différencié des pourvois testés par une partie de la deuxième chambre civile. Cette nouveauté pertinente, qui sera étudiée ici en matière civile<sup>8</sup>, aurait peut-être suffi à une gestion efficace et mesurée du temps des magistrats et à rendre plus lisible la production normative de la Cour. Mais c'était sans compter avec le refus des présidents de chambre de persister dans cette voie (I). Au contraire, le chemin le plus radical, celui d'un réel filtrage des pourvois sur des modèles étrangers pourtant assez spécifiques

et répondant à des équilibres internes différents des nôtres<sup>9</sup>, a réuni les suffrages des mêmes magistrats en espérant sans doute une réduction quantitative des dossiers et une revalorisation de leur mission qui deviendrait ainsi essentiellement normative (II). On ne peut que regretter le choix direct de l'extrême, qui requiert une culture de la sélection et la maîtrise harmonisée de ses critères qui ne s'acquiert pas du jour au lendemain. Le rapport esquisse bien quelques voies de régulation sans procédure de filtrage<sup>10</sup>, mais elles semblent secondaires. Quel que soit l'avenir des pistes de réforme validées ou non par les magistrats de la Cour de cassation<sup>11</sup>, on ne pourra que lire avec grand intérêt ce rapport documenté et se réjouir des échanges qu'a fait naître la commission de réflexion entre conseillers, membres du parquet, avocats aux conseils, universitaires et greffe de la Cour de cassation.

### I - Une évolution pertinente apparemment abandonnée : les circuits de traitement différencié des pourvois<sup>12</sup>

Il est sans doute douloureux de se réformer, surtout lorsque cela nécessite un changement d'habitudes rassurantes, ainsi qu'un investissement possiblement chronophage lors de la mise en place initiale des changements. Sont-ce les raisons qui ont poussé les présidents de chambre à s'opposer à l'introduction de circuits de traitement différenciés au sein de chaque chambre<sup>13</sup>? Le projet était pourtant intéressant (A), qui permettait en outre une meilleure interaction entre magistrats du siège et parquet général, ce dernier acquérant un rôle « proactif ». Un traitement spécifique de l'urgence est également recommandé par le rapport (B).

#### A - Des traitements différenciés selon l'importance de l'affaire

Le rapport propose trois circuits différenciés<sup>14</sup> (1) permettant au parquet général de prendre une place de choix dans l'orientation

(2) V. [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr). (3) Sur l'accueil par la presse, V. not., La Cour de cassation se modernise pour garder son rang, Le Monde, 1<sup>er</sup> mars 2017. (4) V. courrier du premier président B. Louvel du 20 mars 2017 au président du SDER, B. Pireyre (« deux axes principaux ont fait consensus parmi les présidents de chambre »): le filtrage des pourvois et la motivation enrichie des arrêts, si bien que le président du SDER se voit confier l'animation de « deux commissions chargées de la mise en œuvre de ces orientations » et devra en remettre les conclusions le 30 juin 2018). (5) V. courrier du premier président B. Louvel du 20 mars 2017 au président J.-P. Jean (il s'agit de « continuer les échanges sur les pratiques en relation avec celles suivies à la Cour, et leurs possibilités d'évolution »). (6) V. déjà, Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation, Actes de la Conférence-débat, 24 nov. 2015, JCP 2016, suppl. au n° 1-2. (7) Rapp., p. 38. (8) Pour les propositions de circuits différenciés devant la chambre criminelle, V. Rapp., p. 111 s. (9) V. not., F. Ferrand, La juridiction civile suprême en droit comparé: missions, filtrage et intensité du contrôle, in G. Drago, B. Fauvarque-Cosson et M. Goré (dir.), L'accès au juge de cassation, SLC, 2015, p. 149 s. (10) V. Rapp., p. 231 s. Il est not. envisagé de limiter les décisions susceptibles de pourvoi (V. déjà, art. 525-2 c. pr. civ.) par ex. en matière de saisie immobilière, d'état des personnes, etc. V. Prop. n° 60 des avocats aux conseils, que la commission de réflexion reprend à son compte: « mieux prendre en compte la spécificité de certains contentieux pour limiter les conditions d'ouverture du pourvoi ». De même, il est proposé (Prop. n° 61) que la voie d'appel soit ouverte même contre les décisions statuant sur des litiges inférieurs à 4000 € (abrogation du taux du ressort). À l'heure où les cours d'appel s'émeuvent de l'encombrement de leurs rôles et de l'augmentation du délai de traitement des appels, est-il raisonnable d'aggraver encore cette situation? (11) Pessimiste sur la réforme et craignant que la montagne n'accouche que d'une souris, V. L. Cadet, Cour de cassation: la réforme à pas comptés, Procédures 2017. Repère 5. (12) V. Prop. nos 1 à 23 Rapp. (13) V. Réunion des présidents de chambre des 6 et 20 févr. 2017, Commission de réflexion sur la réforme de la Cour, Conclusions d'étape, p. 1 (sur le site internet de la Cour): « 2. Circuits différenciés. L'utilisation renouvelée des outils mis à la disposition des chambres civiles par la loi tels que le rejet non spécialement motivé, pour le traitement des dossiers, a démontré qu'ils étaient adaptés sans qu'il soit nécessaire d'imposer la création de circuits différenciés nouveaux. En revanche, en raison du succès de son expérimentation, la chambre criminelle poursuivra les pratiques nouvelles de traitement des pourvois qu'elle a mises en œuvre ». (14) Sur ce modèle possible, V. déjà, C. Chainais, À la recherche d'un modèle pluraliste de cassation « à la française », JCP 2016, suppl. au n° 1-2, p. 47 s.

et le traitement des pourvois (2). Le terme « circuit » fait référence à un système organisé (choix de la formation, délais de traitement, étendue de la motivation...) <sup>15</sup> dont l'utilisation circonstanciée doit servir de support à une politique juridictionnelle.

### 1 - Trois circuits différenciés selon l'importance de l'affaire

Le rapport propose trois circuits différenciés (Prop. n<sup>os</sup> 1 à 23) qui pourraient être ancrés dans les textes réglementaires et supposent un modèle type d'organisation pour mettre en place une étape préalable de repérage, tri et pré-orientation des pourvois <sup>16</sup>. Magistrats honoraires <sup>17</sup>, juristes assistants créés par la loi « J 21 » n<sup>o</sup> 2016-1547 du 18 novembre 2016 et parquet général seraient impliqués dans cette nouvelle rationalisation <sup>18</sup>. Le modèle suisse a servi d'inspiration à ces propositions, qui est toutefois plus complexe <sup>19</sup> avec ses cinq circuits <sup>20</sup>. Les circuits italiens <sup>21</sup> devant la *Corte di cassazione* sont également mentionnés par le rapport (L. n<sup>o</sup> 197, 25 oct. 2016). Le rapport propose ainsi un modèle « pluraliste » <sup>22</sup> rationalisé <sup>23</sup> et modernisé sous les formes suivantes :

- un *circuit court* <sup>24</sup> (simplifié) de rejet non spécialement motivé, dans lequel entreraient également les cas de rejet ou de cassation évidents. Ces pourvois donneraient lieu à un rapport du conseiller rapporteur très simplifié <sup>25</sup>, ce qui permettrait un gain de temps. Il s'agirait d'une « non-admission renouvelée » <sup>26</sup>, le rapport rédigé dans le cadre de l'article 1014 du code de procédure civile serait plus concis <sup>27</sup> pour « revenir aux objectifs de 2001 d'un taux plus élevé de rejets non spécialement motivés avec des rapports simplifiés » <sup>28</sup>. Pourquoi pas, dès lors que l'orientation vers ce circuit est faite par des conseillers expérimentés ? Les avocats aux conseils ne s'y opposent d'ailleurs pas ; ils ont même proposé que la décision puisse être prise à juge unique <sup>29</sup>, par le seul rapporteur ou le président de chambre, avec renvoi à la formation restreinte sur demande d'un avocat ou de l'avocat général. Le défi est

d'harmoniser les pratiques, c'est pourquoi le rapport propose en annexe un modèle standardisé de rapport simplifié dans le cadre de l'article 1014 <sup>30</sup>. Les affaires simples pourraient ainsi être jugées plus rapidement (il est question d'un délai de trois mois à compter de leur distribution) et, parallèlement, les juges disposeraient de davantage de temps pour exercer la fonction normative de la Cour ;

- un *circuit approfondi* <sup>31</sup> pour les affaires importantes (désignées comme telles lors de l'étape préalable de repérage, par signalement du SDER <sup>32</sup>, d'un avocat aux conseils <sup>33</sup> ou du parquet général). Ces affaires phares seraient repérées au stade du pré-tirage (à la lecture du seul mémoire ampliatif). Une expérimentation a été conduite au SDER pour faciliter ce repérage au regard des affaires relevant des trois premières chambres civiles ; le but est que les avocats généraux se voient distribuer ces affaires plus tôt et que l'audience soit « mieux ciblée ». Ces pourvois bénéficieraient d'une attention et de moyens de traitement soutenus, et la voie de traitement qui leur est réservée permettrait de mettre en exergue la mission normative de la Cour ;
- enfin, un *circuit ordinaire* pour tous les pourvois qui n'auront pas été orientés vers les deux circuits précédents <sup>34</sup>.

De façon judicieuse, le rapport propose des passerelles pour le cas où l'orientation initiale se révélerait erronée. Il ne faut, en effet, pas figer le processus. Le pragmatisme impose des possibilités de redirection.

Le traitement différencié en trois circuits aurait permis de concilier valorisation de la mission normative de la Cour, contrôle de l'application uniforme de la loi et traitement rapide des affaires simples sans métamorphose du modèle français de cassation <sup>35</sup>. Il a donné lieu à expérimentation par une partie de la deuxième chambre civile, que sa présidente n'a pas jugée concluante <sup>36</sup>. Les inconvénients seraient la surcharge de travail des conseillers expérimentés chargés du tri, l'accroissement des

(15) Rapp., p. 78. (16) Prop. n<sup>o</sup> 2. (17) V. L. n<sup>o</sup> 2016-1090, 8 août 2016. (18) Prop. n<sup>os</sup> 2 à 5. (19) Mais le Tribunal fédéral suisse est une vraie cour suprême compétente en matière civile, pénale, administrative et constitutionnelle. (20) Un circuit simplifié à juge unique (art. 108 de la loi sur le Tribunal fédéral) en cas de refus de traiter le pourvoi notamment manifestement irrecevable, un circuit simplifié à trois juges (art. 109) pour certains refus d'examiner le pourvoi, ou des indications manifestes de rejet ou annulation, un circuit ordinaire à trois juges, et deux circuits renforcés (cinq juges en cas de question juridique de principe ou si un juge en fait la demande ; cours réunies en cas de revirement par rapport à la jurisprudence d'une autre cour - au sens de chambre), V. Rapp., p. 80 s. V. aussi, sur l'expérience italienne, Rapp., p. 83 s. (21) Une procédure de non-admission (section spéciale au sein de la Cour, une civile et une pénale), une procédure simplifiée pour les affaires civiles à caractère disciplinaire (ordonnance ou arrêt à motivation sommaire) et une procédure ordinaire pour les affaires soulevant une question de principe. (22) V. C. Chainais, préc. (23) Comp. les *overriding objectives des Civil Procedure Rules* anglaises, CPR 1.1. : « *overriding objective of enabling the court to deal with cases justly and at proportionate cost* », ce qui signifie not. « (c) *dealing with the case in ways which are proportionate - (i) to the amount of money involved; (ii) to the importance of the case; (iii) to the complexity of the issues* ». (24) Prop. n<sup>os</sup> 12 à 16. (25) Comme cela était pratiqué initialement lors de la mise en œuvre de la L. n<sup>o</sup> 2001-539, 25 juin 2001. (26) Rapp., p. 92. Depuis le Décr. n<sup>o</sup> 2014-1338, 6 nov. 2014, les textes ne parlent plus de non-admission mais permettent à la formation de trois juges de décider qu'il n'y a « pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée lorsque le pourvoi est irrecevable ou lorsqu'il n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ». (27) Ce que n'interdit pas la jurisprudence de la CEDH, V., par ex., 11 juin 2013, n<sup>o</sup> 65542/12, *Stichting Mothers of Srebrenica et autres c/ Pays-Bas*, § 173 (motivation sommaire du *Hoge Raad*), RSC 2013. 659, obs. J.-P. Marguénaud. (28) Rapp., p. 94. (29) Comp. art. R. 822-5 CJA. (30) Prop. n<sup>o</sup> 13. (31) Prop. n<sup>os</sup> 17 à 23. (32) V. Prop. n<sup>o</sup> 17. (33) V. déjà, la convention de 2012 entre le parquet général et les avocats aux conseils aux fins de signalement des pourvois importants, mécanisme dont l'usage a été jusque-là très réduit, V. Rapp., p. 104, Prop. n<sup>o</sup> 18 de réactivation de la convention et Prop. n<sup>o</sup> 19. (34) La Prop. n<sup>o</sup> 59 vise l'établissement d'un instrument de pilotage (tableau de bord afin de suivre et d'analyser le traitement des pourvois par type d'affaires et modes procéduraux de traitement, ainsi que les délais et stocks par type de dossiers et circuits utilisés). (35) L. Cadiet et C. Chainais, Présentation des parcours différenciés, annexe aux Lignes directrices pour une modernisation des missions de la Cour de cassation, déc. 2016, consultable sur le site internet de la Cour. (36) « Le tri initial des pourvois demeure complexe et l'examen des affaires les plus simples selon une procédure qui demeure contradictoire ne permet pas de réaliser d'économies de temps vraiment substantielles », V. Rapp., p. 68.

charges du greffe, la complexification des tâches du doyen et l'absence d'intérêt du traitement différencié lorsque le délai d'audiencement est bref (ce qui est le cas de la deuxième chambre civile, qui n'a pas de stocks). C'est ainsi que, lors de leur réunion de février 2017, les présidents de chambre ont estimé que le rejet non spécialement motivé suffisait, « sans qu'il soit nécessaire d'imposer la création de circuits différenciés nouveaux ». Et pourtant, n'est-il pas hâtif de conclure à partir d'une expérimentation singulière, d'autant que les circuits présentent de nombreux avantages (même s'ils nécessitent dans un premier temps une révision des habitudes et des innovations techniques) : concentration de la chambre sur son activité normative, gain de temps en cas de rapport abrégé, jugement rapide des affaires simples ? Il reste à espérer que ce refus ne signera pas l'arrêt de mort définitif de ces circuits, qui constituent une voie intelligente et démocratique de gestion des pourvois selon le principe de proportionnalité, tout en donnant à la Cour les moyens de sa mission normative, et qui auraient pu constituer une étape test avant une véritable sélection des pourvois ou même rendre celle-ci inutile.

## 2 - Une meilleure interaction entre siège et parquet général : la revalorisation du rôle des membres du parquet général

S'il est une chose que la réflexion interne à la Cour aura permis de réaliser, c'est l'amélioration des échanges entre siège et parquet général. Le dialogue est renoué, un consensus se dégage sur l'association du parquet général<sup>37</sup> à l'orientation des dossiers en lui permettant l'accès aux dossiers dès leur réception par le greffe de la chambre (Prop. nos 5 et 6). Une instance permanente de concertation serait créée dans chaque chambre (siège, parquet, greffe, Prop. n° 8).

Dans le cadre du circuit approfondi, les échanges entre rapporteurs, avocats généraux et avocats aux conseils seraient particulièrement utiles<sup>38</sup> ; l'avocat général verrait son rôle renforcé (Prop. n° 45), rédigerait systématiquement un avis motivé (Prop. n° 49) et pourrait être amené à rédiger des études d'impact<sup>39</sup>, sur suggestion du rapporteur ou dans le cadre de l'instruction préparatoire du dossier (Prop. n° 21), ce qui, pour certains membres du parquet général, serait discutable, l'avocat général n'étant, selon eux, pas forcément le mieux placé pour recueillir les informations de l'extérieur<sup>40</sup>.

De nombreuses propositions (not. nos 45 à 53) concernent le parquet général, qu'il s'agisse d'envoyer systématiquement l'avis de l'avocat général au président, au doyen et au rapporteur dès son versement sur le bureau virtuel (Prop. n° 48), de

prévoir auprès de chaque chambre des avocats généraux référents dans certaines matières (Prop. n° 50) ou encore d'harmoniser les pratiques des chambres en matière de retour de conférence aux membres du parquet général, tout en respectant le secret du délibéré. Tout au long du rapport, il apparaît que chaque chambre a ses propres pratiques, si bien que l'harmonisation devient maître-mot. S'il n'est sans doute pas impérieux qu'elle se fasse en toutes matières (spécificités de certains contentieux...), elle doit, en revanche, être un objectif, notamment en termes d'orientation des pourvois et d'implication du parquet général.

La question des rapports institutionnels demeure difficile, ce qui se traduit par des propositions distinctes du procureur général (Prop. n° 54) et des magistrats du siège (Prop. n° 55) : alors que le premier souhaite que l'avocat général participe à la conférence et assiste au délibéré, les seconds proposent d'instaurer - sur le modèle du Conseil d'État - un statut de réviseur qui serait confié à un conseiller, avec transfert d'effectifs du parquet général vers le siège pour exercer cette nouvelle mission. On a le sentiment que, sur ce point, les choses ne vont pas changer de sitôt, d'autant que cela nécessiterait de nouveaux textes, ce qui serait également le cas si un traitement spécifique des affaires urgentes était instauré.

## B - Le traitement spécifique de l'urgence manifeste

Les affaires urgentes ne bénéficient pas, sauf exceptions<sup>41</sup>, d'un traitement spécifique devant la Cour de cassation. Divers textes permettent une certaine accélération de la procédure : les délais de dépôt de mémoire et de pièces peuvent être réduits par le premier président ou son délégué (art. 1009 c. pr. civ.) et le président de la formation à laquelle l'affaire est distribuée peut fixer immédiatement la date d'audience (art. 1012 c. pr. civ.).

Hormis ces dispositions, la pratique a développé un signalement à la première présidence, par le greffe des pourvois et le bureau d'aide juridictionnelle, des pourvois en matière de déplacement illicite d'enfant, ainsi que de soins sans consentement<sup>42</sup>, domaines dans lesquels l'obtention rapide d'un arrêt est essentielle<sup>43</sup>. Ces domaines ne sont pas les seuls à être marqués par l'urgence. C'est pourquoi, fort judicieusement, le rapport suggère de « traiter l'urgence de manière plus globale », en priorisant tous pourvois contestant des décisions rendues dans le cadre de procédures accélérées provisoires (référé, requête) ou définitives (injonction de payer...), par exemple par fixation d'une audience à bref délai, comme cela est prévu dans l'instance d'appel (art. 905 c. pr. civ., mod. par Décr. n° 2017-891, 6 mai 2017). En harmonie avec la Cour

(37) V. la définition du rôle du parquet général dans l'art. L. 432-1 COJ (mod. par la loi « J 21 »). (38) V. Prop. n° 20. L'avocat général peut déposer son avis sans attendre le rapport du conseiller rapporteur. (39) Par ex. sur les questions éthiques, celles mettant en cause une possible inadaptation du droit positif à l'évolution de la société ou celles ayant un enjeu important en raison des conséquences pratiques prévisibles (Rapp., p. 108). (40) Rapp., p. 107. (41) V. art. 996 s. c. pr. civ. pour le contentieux électoral ; art. 126-8 s. c. pr. civ. en matière de QPC. (42) En droit allemand, les pourvois en matière de protection des majeurs (*Betreuung*), de placement en hôpital ou de privation de liberté sont recevables sans nécessité d'une autorisation de la juridiction dont la décision est attaquée par le recours, § 70 FamFG. (43) Il est fait application de l'art. 1009 c. pr. civ. par la première présidence, un avis en urgence est sollicité du parquet général, et le président de la chambre est informé de la réduction des délais. Ce signalement est parfois fait par le SDER après le dépôt du mémoire ampliatif.

européenne des droits de l'homme (CEDH) <sup>44</sup>, la haute juridiction appliquerait ainsi aux affaires provisoires et/ou urgentes la règle du délai raisonnable, et même du traitement accéléré. On ne peut que souscrire à l'argument <sup>45</sup> selon lequel une décision rapide des juges de cassation doit permettre un règlement rapide et effectif de l'affaire, que ce soit par un arrêt de rejet ou par une cassation avec renvoi permettant la saisine prompte des juges du fond et leur décision tout aussi prompte. On aurait pu envisager une procédure spécifique de l'urgence (délai de pourvoi réduit, fixation anticipée de la date d'audience), tout en ne changeant rien à la formation susceptible de statuer. En raison de la crainte des magistrats d'un afflux de procédures relevant de la notion d'urgence manifeste, le rapport propose plus modestement d'étendre le traitement de l'urgence des articles 1009 et 1012 du code de procédure civile au-delà des cas pour lesquels il est actuellement pratiqué au sein de la Cour (Prop. n° 9).

Très intéressante est également la proposition n° 10 de créer une procédure de « référé-liberté » sur le modèle du Conseil d'État <sup>46</sup>. Ce pourvoi-liberté serait jugé par le président de chambre ou son délégué <sup>47</sup> dans le cadre d'une procédure accélérée, par exemple en matière d'enlèvements internationaux d'enfants, d'assistance éducative.

Un traitement spécifique de l'urgence par la Cour de cassation est souhaitable. La Cour constitutionnelle allemande, par exemple, connaît de procédures accélérées et peut même ordonner des mesures provisoires ou conservatoires (*einstweiliger Rechtsschutz, Eilverfahren*) <sup>48</sup>; les affaires urgentes bénéficient d'un traitement prioritaire à délai plus bref que les autres. La CEDH peut également (art. 39 de son règlement) recourir à des mesures provisoires, mesures d'urgence qui, selon la pratique constante de la Cour, ne s'appliquent que lorsqu'il y a un risque imminent de dommage irréparable, et surtout en matière d'extradition ou d'expulsion <sup>49</sup>, mais aussi d'arrêt de soins médicaux <sup>50</sup>. En outre, depuis 2009, la CEDH applique une politique de priorisation en vue d'accélérer le traitement et la résolution des affaires les plus importantes, graves et urgentes. Elle a établi

sept catégories allant des affaires urgentes concernant des requérants vulnérables (catégorie I) aux affaires manifestement irrecevables, qui sont traitées par un juge unique (catégorie VII) <sup>51</sup>. Rappelons, enfin, que la Cour de justice est, elle aussi, dotée d'une procédure préjudicielle d'urgence (art. 107 s. règlement de procédure de la Cour) qui peut être sollicitée par la juridiction de renvoi dans les affaires touchant à l'espace de liberté, de sécurité et de justice (ELSJ). La Cour a notamment utilisé cette procédure dans des cas de déplacement illicite d'enfant ou de mandat d'arrêt européen. Un traitement temporellement adapté de l'urgence est l'apanage de toute juridiction moderne soucieuse de protection juridique effective. Cette dernière risque en outre d'être ébranlée si un filtrage rigoureux des pourvois devait voir le jour.

## II - Une révolution moins convaincante : le filtrage des pourvois

Ce n'est pas d'une révolution de velours qu'il s'agirait là, mais bel et bien d'un considérable changement de paradigme. Introduire un filtrage « lourd » des pourvois, c'est afficher clairement - sous couvert de « tirer les leçons des expériences étrangères » <sup>52</sup> - sorties de leur contexte spécifique <sup>53</sup> - l'exclusivité, ou en tout cas la priorité, d'une mission purement normative étrangère à la tradition judiciaire française. C'est faire un pas vers une restriction considérable de l'assise du contrôle <sup>54</sup> de la Cour de cassation.

Pour cela, il faut des motifs impératifs <sup>55</sup>. Le rapport fait état d'un « encombrement structurel et de délais de jugement trop longs » <sup>56</sup>; il formule des objectifs qualitatifs <sup>57</sup>, mais aussi mécaniques (quantitatifs) au filtrage. Ainsi sera en outre rendue plus « lisible » la production normative de la Cour, ce qui renforcera son autorité.

Deux hypothèses sont envisagées : un filtrage externe (A), ou bien un filtrage interne à la haute juridiction (B), un sort spécifique étant dans les deux cas réservé au contentieux disciplinaire dit « léger » (C).

(44) Cette dernière décide désormais que les exigences du procès équitable sont applicables aux procédures provisoires, V. CEDH, gde ch., 15 oct. 2009, n° 17056/06, *Micallef c/ Malte*, AJDA 2010. 997, chron. J.-F. Flauss; RTD civ. 2010. 285, obs. J.-P. Marguénaud. (45) V. L. Cadiet et C. Chainais, préc.; Rapp., p. 89. (46) Art. L. 521-2 CJA (les critères sont l'urgence et l'existence d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale). Les mêmes critères sont proposés pour le pourvoi-liberté, V. Rapp., p. 91. (47) Il pourrait rejeter par ordonnance, sans rapport préalable et sans audience, les recours manifestement infondés. (48) V. § 31 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale (BVerfGG): la mesure doit être nécessaire dans l'intérêt général afin d'empêcher de lourdes conséquences, une menace de violence ou pour tout autre motif grave. (49) V., par ex., CEDH 2 sept. 2010, n° 32476/06, *Y.P. et L.P. c/ France*, D. 2010. 2868, obs. S. Corneloup; AJDA 2010. 1621; gde ch., 23 mai 2016, n° 43611/11, *F.G. c/ Suède*. (50) V. l'aff. *Charlie Gard*, CEDH 27 juin 2017, n° 39793/17, AJ fam. 2017. 379, obs. A. Dionisi-Peyrusse: à la suite de la décision de la *High Court* autorisant l'arrêt de la mise sous respiration artificielle de l'enfant Charlie Gard et anticipant la décision de la Cour suprême rejetant leur recours, les parents de Charlie Gard avaient saisi la CEDH d'une demande de mesure provisoire urgente qui fut prononcée par le juge de permanence. (51) La catégorie I comprend les affaires urgentes (not. risque pour la vie ou la santé du requérant, privation de liberté en conséquence directe de la violation alléguée de droits consacrés par la Convention, autres circonstances liées à la situation personnelle ou familiale du requérant, en particulier lorsque le bien-être des enfants est en jeu), V. CEDH, La politique de priorisation de la Cour, www.echr.coe.int. (52) Rapp., p. 241. (53) Pour des études comparées, V. C.H. van Rhee et Y. Fu (eds), *Supreme Courts in transition in China and the West: Adjudication at the service of public goals*, Springer International Publishing, 2017; F. Ferrand, préc. (54) V. déjà, F. Ferrand, Cassation française et Révision allemande, Paris, PUF 1993, n°s 21 s. (55) Surtout au regard des 25 % de cassations prononcées en moyenne par les chambres civiles de la Cour de cassation, ce qui n'est pas négligeable (16,4 % pour la Cour fédérale de justice allemande, V. SDER, Tableau comparatif d'activité des cours suprêmes), mars 2015, sur le site de la Cour. (56) P. 241. (57) Une meilleure sélection des affaires importantes afin de garantir l'exercice correct des missions traditionnelles de la Cour: « dire le droit, unifier la jurisprudence, contrôler les arrêts des cours d'appel sur le plan dit disciplinaire, mais aussi assumer pleinement la fonction normative » (*ibid.*).

## A - L'hypothèse d'un filtrage externe : le « modèle allemand adapté »

« Dans le cadre d'une réforme globale de la procédure d'appel conçue comme voie de réformation, en concertation avec la conférence des premiers présidents, instaurer un système d'autorisation de pourvoi donnée par les cours d'appel avec recours devant une composition spécifique de la Cour de cassation, suivant le schéma existant en Allemagne, adapté aux particularités du système juridique français », telle est la teneur de la proposition n° 64 du rapport. Ce dernier suggère de créer un nouvel article dans la partie législative du code de l'organisation judiciaire, ouvrant l'admission du pourvoi dans cinq cas :

- violation d'un droit ou d'un principe fondamental<sup>58</sup> ;
- existence d'une question juridique de principe ;
- intérêt pour le développement du droit ;
- intérêt pour l'unification de la jurisprudence ;
- erreurs manifestes de jugement conduisant à un déni de justice<sup>59</sup>. Le premier cas est inspiré du droit espagnol<sup>60</sup>, les trois suivants sont une retranscription fidèle des trois cas admis en matière civile devant la Cour fédérale de justice allemande (§ 543 ZPO) et l'on relèvera que la Cour de cassation n'hésite plus à s'affirmer ouvertement actrice et auteur du « développement du droit ».

Le cinquième cas sert de « voiture-balai » destinée à sanctionner les dénis de justice (vices de nature disciplinaire et décisions contenant une appréciation manifestement erronée), ce qui se rapproche de l'usage que fait la jurisprudence allemande de la notion d'« arbitraire » (*Willkür*)<sup>61</sup>. Ce serait une commission de la cour d'appel qui délivrerait l'autorisation de pourvoi au vu de ces critères (légaux). Afin d'éviter les pratiques restrictives des cours d'appel (qui a envie de déclencher contre soi une potentielle cassation ?) qui étaient apparues en Allemagne avant la réforme du 27 juillet 2001<sup>62</sup>, un recours serait ouvert devant une commission de la Cour de cassation contre la décision

refusant d'autoriser le pourvoi. Voilà une mutation profonde du fonctionnement judiciaire français !

Il ne faut en outre pas sous-estimer les difficultés dans la pratique de délivrance des autorisations de pourvoi, ni croire que le modèle allemand, manifestement prisé des auteurs du rapport comme de ceux d'un amendement gouvernemental (non adopté) dans le cadre de la loi « J 21 »<sup>63</sup>, soit la panacée. En 2016, plusieurs auteurs (not. avocats auprès de la Cour fédérale de justice<sup>64</sup>) ont publié des articles très critiques sur le filtrage des pourvois tel que pratiqué (très restrictivement)<sup>65</sup> par cette dernière<sup>66</sup>. Les critiques sont les suivantes, dont devrait se garder la Cour de cassation si elle retenait ce modèle :

- manque de transparence des critères de sélection des pourvois, ceux-ci conférant aux juges « une considérable marge d'appréciation »<sup>67</sup> ;
- pratique variable et donc imprévisible d'autorisation ou de refus d'autorisation de pourvoi (entre les chambres ou au sein de la même chambre), entraînant une atteinte à la sécurité juridique. Les juges procèdent souvent à une interprétation restrictive des cas d'ouverture et sont encore plus sévères quand la chambre est déjà surchargée<sup>68</sup> (tentation d'utiliser le filtrage comme variable d'ajustement du rôle). Dans les premières années d'application de la réforme du 27 juillet 2001, la jurisprudence peu claire et contradictoire des chambres civiles de la Cour fédérale de justice en matière d'interprétation des cas d'accès au pourvoi<sup>69</sup> a mis en danger la sécurité juridique et la prévisibilité pour les parties de la recevabilité de leur pourvoi, à tel point que la Cour constitutionnelle fédérale, le 8 janvier 2004<sup>70</sup>, a certes considéré le nouveau droit de l'accès au pourvoi comme constitutionnel mais exigé que la Cour fédérale de justice définisse les cas d'ouverture au pourvoi de façon telle que « les conditions légales de recevabilité du pourvoi deviennent reconnaissables pour le justiciable » (idée de *Rechtsmittelklarheit*). Peu à peu, celle-ci s'est donc efforcée

(58) Ce cas est en général couvert en jurisprudence allemande par la nécessité d'unifier la jurisprudence. (59) Pour l'introduction d'un tel cas d'ouverture en Allemagne (*grobe Fehlerhaftigkeit*), V. E. Waclawik, *Aufbruch im Auenland: Was wird aus der Nichtzulassungsbeschwerde?*, NJW 23/2016, p. 1639. (60) Art. 477 de la *Ley de enjuiciamiento civil* (LEC), qui ouvre notamment le pourvoi lorsqu'il tend à la protection des droits fondamentaux. Comp. § 72 de la loi allemande sur la juridiction du travail (ArbGG): devant la Cour fédérale du travail (*Bundesarbeitsgericht*), outre la question juridique de principe et la divergence de jurisprudence, les textes prévoient l'existence d'un « motif absolu de pourvoi (en général grave vice de procédure) ou une violation du droit d'être entendu (*rechtliches Gehör*) ayant eu une influence sur la décision rendue » (*rechtliches Gehör*). (61) Au sens de décision « *sachlich unvertretbar* » (objectivement injustifiable, C. const. féd., 2<sup>e</sup> sénat, 28 févr. 1973, BVerfGE 34, p. 325 et not. p. 328 s.) ou encore « *unhaltbar* » (indéfendable, C. const. féd., 2<sup>e</sup> sénat, 28 févr. 1973, BVerfGE 34, p. 325 et not. p. 328 s.). (62) Il n'existait alors aucun recours contre le refus de la cour d'appel d'autoriser le pourvoi et le taux d'autorisation était très faible, V. H. Prütting, *Die Zulassung der Revision*, Carl Heymanns éd., 1977, p. 164 s. (63) L'amendement visant à créer un nouv. art. L. 411-2-1 COJ reprenait mot pour mot les trois critères allemands. (64) T. Winter, *Die Nichtzulassungsbeschwerde - ein Scheinrechtsmittel*, NJW 13/2016, p. 922; E. Waclawik, préc. (65) 7,4 % des recours pour refus d'autorisation de pourvoi (soit 266 sur les 3593 traités) furent jugés fondés par la Cour fédérale de justice en 2016 (7 % en 2015), BGH, *Tätigkeitsbericht 2016*, www.bundesgerichtshof.de. Devant la Cour fédérale du travail (*Bundesarbeitsgericht*), ce pourcentage fut en 2016 de 9,3 % et en 2015 de 6,1 % (www.bundesarbeitsgericht.de/statistik.html). (66) E. Reinelt, *Nichtzulassungsbeschwerde: abgewiesen* (consultable sur le site internet www.lto.de) souligne que le système a de « considérables faiblesses » (*erhebliche Schwächen*). (67) E. Waclawik, préc. Le danger serait encore plus grand en France car en Allemagne, lorsque les voies de recours sont épuisées, le requérant peut, en cas de refus illégal d'autorisation du pourvoi, saisir le juge constitutionnel d'un recours pour violation du droit constitutionnel au juge naturel (art. 101, al. 1<sup>er</sup>, GG). (68) Ainsi, pour le cas d'ouverture fondé sur l'unité de la jurisprudence, les juges de la Cour fédérale de justice exigent du requérant qu'il établisse en quoi il existe un risque de répétition de la divergence (*Wiederholungsgefahr*). (69) Sur les positions contradictoires de chambres de la Cour fédérale de justice quant aux critères légaux d'autorisation de pourvoi, V. W. Nassal, *Irwege. Wege - Die Rechtsmittelzulassung durch den BGH*, NJW 2003, p. 1345; C. von Gierke et F. Seiler, *Revisionszulassung und Rechtsbeschwerdezulässigkeit - Tendenzen in der neueren Rechtsprechung des BGH*, NJW 2004, p. 1497. (70) C. const. féd., 1<sup>er</sup> ch. du 1<sup>er</sup> sénat, 8 janv. 2004, NJW 2004, p. 1371, qui juge ces nouvelles règles conformes à l'exigence constitutionnelle de protection juridique effective et au principe d'égalité.

d'éclaircir ces conditions et de retenir des solutions unitaires pour toutes ses chambres civiles<sup>71</sup>. On voit ainsi apparaître un contentieux parasite non pas de la jurisprudence au fond de la cour régulatrice, mais de son interprétation des cas d'accès au pourvoi! Le 20 avril 2016<sup>72</sup>, les juges constitutionnels allemands ont affirmé que le principe de protection juridictionnelle effective (art. 2, al. 1<sup>er</sup>, et 20, al. 3, de la loi fondamentale) est violé lorsque la juridiction de cassation rejette un recours contestant le refus d'autorisation de pourvoi en faisant une application arbitraire des critères légaux d'autorisation;

- l'impression d'arbitraire dans les décisions d'autoriser ou non le pourvoi est confortée par la faiblesse et même l'inexistence de la motivation de la décision refusant d'admettre le pourvoi. En Allemagne, la décision doit en principe être « brièvement motivée » et peut même ne pas l'être du tout si « la motivation ne serait pas de nature à clarifier les conditions d'accès au pourvoi » (§ 544, al. 4, ZPO), formule qui ne laisse d'interroger. Si la motivation des décisions de refus d'examen du pourvoi est limitée à des formules creuses (et la tentation en ce sens est grande pour la haute juridiction qui souhaite ainsi garder un pouvoir d'appréciation le plus large possible), elle n'a aucun effet pédagogique et pas davantage d'effet sur les demandes de pourvoi;
- enfin, ne donne-t-on pas la fausse impression aux juges du fond, par une pratique restrictive des autorisations de pourvoi, que leurs décisions sont correctes et résistent à la critique alors que ce n'est pas forcément le cas<sup>73</sup>? C'est la question du message envoyé par la pratique de sélection.

Enfin, le risque que la Cour de cassation soit inondée de recours contre le refus d'autorisation de pourvoi n'est pas négligeable<sup>74</sup>. C'est d'ailleurs ce qui a conduit le législateur allemand, en 2001, à n'ouvrir ce recours qu'en cas de grief supérieur à 20 000 €<sup>75</sup> du fait de la décision contestée<sup>76</sup>. Des voix<sup>77</sup> s'élèvent en Allemagne (dont celle de la présidente de la Cour fédérale de justice<sup>78</sup>) pour porter cette somme à 40 000 €.

En quoi pourtant ce critère financier est-il pertinent au regard de la concentration de la Cour sur sa mission normative?

## B - L'hypothèse d'un filtrage interne

La proposition n° 65, conçue comme alternative ou comme ajout à la précédente, envisage une procédure d'admission au sein de la Cour de cassation<sup>79</sup> (« proche de l'ancienne chambre des requêtes »)<sup>80</sup>, par création d'un article dans la partie législative du code de l'organisation judiciaire: « Lorsque le pourvoi est irrecevable, lorsqu'il ne soulève aucune violation d'un droit ou d'un principe fondamental, aucune question juridique de principe ou ne présente d'intérêt ni pour le développement du droit ni pour l'unification de la jurisprudence, la formation d'admission peut<sup>81</sup> rendre une décision de refus d'admission. Cette décision peut être cantonnée à une partie du pourvoi. Elle n'a pas à être spécialement motivée. Elle n'est pas susceptible de recours »<sup>82</sup>.

Ce modèle est plus fréquent en droit étranger<sup>83</sup> que l'autorisation de pourvoi par la cour d'appel. Le rapport l'envisage comme antérieur à l'examen du mémoire ampliatif et souligne la nécessité de l'accompagner d'une « réorganisation complète » de la procédure de traitement des pourvois au sein de la Cour. Logiquement, une première phase d'admission (mise en œuvre *au sein de chaque chambre* et non pas, comme dans le modèle italien, par instauration d'une chambre spéciale)<sup>84</sup> serait suivie, le cas échéant, d'une procédure de cassation. Le rapport note à juste titre que le filtrage interne est « le plus simple à finaliser ». Et, surtout, il a le grand mérite de donner à la Cour de cassation la maîtrise des affaires qu'elle entend traiter, sans filtre éventuellement déformant des cours d'appel<sup>85</sup> (encore que l'existence d'un recours contre le refus d'autorisation de pourvoi mette des garde-fous). Si l'objectif est de permettre une valorisation de la fonction normative, la haute juridiction n'est-elle pas la mieux placée pour déterminer ce qui relève de la lumière et ce qui peut rester dans l'ombre de la

(71) Ainsi, dans un arrêt du 8 sept. 2004, la Cour (5<sup>e</sup> civ.) a étendu la notion de garantie d'une jurisprudence unitaire (*Wahrung der Rechtsprechungseinheit*) au cas de « mauvaise compréhension fondamentale de la jurisprudence suprême » (*grundlegendes Missverständnis der höchstrichterlichen Rechtsprechung*), qui crée un risque de répétition de l'erreur; BGHZ 152, p. 186 s. V. aussi, C. féd. justice, 11<sup>e</sup> civ., 11 mai 2004, NJW 2004, p. 2222 (nécessité pour la Cour de révision d'intervenir dans l'intérêt d'une jurisprudence unitaire lorsque l'arrêt d'appel est objectivement arbitraire et repose sur la violation d'un droit fondamental de procédure). (72) C. const. féd., 1<sup>er</sup> sénat, 20 avr. 2016, 1 BvR 2405/14, FamRZ 13/2016, p. VII. (73) V. T. Winter, préc.; H. Raeschke-Kessler, *Die Rechtsmittelreform im Zivilprozess 2001 - Ein Fortschritt?*, p. 16, www.uni-trier.de. (74) En 2016, la Cour fédérale de justice a reçu 679 pourvois autorisés par la cour d'appel et 3866 recours pour refus d'autorisation soit un total de 4545 affaires. La Cour fédérale du travail a reçu 964 pourvois et 1282 recours pour refus d'autorisation (total de 2376 affaires). (75) § 26, n° 8 de la loi introductive au c. pr. civ. (EGZPO). (76) Cette disposition devait être provisoire, mais est régulièrement prorogée, par ex. par la loi du 22 déc. 2016 (jusqu'au 30 juin 2018), mais les débats au sein du parlement ont été vifs. (77) B. Brückner, H. Guhling et E. Menges, *Die Nichtzulassungsbeschwerde in Zivilsachen - eine Dauerbaustelle?*, DRiZ 06/2017, p. 200 s. (les auteurs sont juges à la Cour fédérale de justice). (78) B. Limperg, ZRP 3/2016. (79) Tel était également le souhait de la Cour fédérale de justice allemande, que le législateur n'a pas exaucé, V. H. Raeschke-Kessler, préc., p. 19. (80) Rapp., p. 274. (81) Le refus d'admission n'est donc pas une obligation même si les conditions légales en sont remplies. *Quid de l'égalité de traitement des plaideurs et de la prévisibilité des solutions?* (82) Comp. l'amendement gouvernemental CL 166 présenté dans le cadre de la future loi « J 21 » puis retiré, art. L. 431-1 COJ: « Les affaires soumises à une chambre civile sont examinées par une formation restreinte de la chambre à laquelle elles ont été distribuées qui se prononce, après avis du procureur général, sur la recevabilité du pourvoi et sur son admission au regard des cas prévus à l'article L. 411-2-1 ». (83) Sur sa conventionnalité, V. CEDH 21 janv. 2014, n° 47450/11, *Valchev et autres c/ Bulgarie*. (84) V. Rapp., p. 277: le requérant devrait déposer un énoncé des motifs d'admission du pourvoi et proposer une orientation vers une chambre; l'affaire serait distribuée, un rapporteur et un avocat général désignés; se tiendrait alors l'instance d'admission (sans instruction de l'affaire au fond). Alors, ou la procédure se termine là car le pourvoi n'est pas admis, ou bien s'engage l'étape d'examen au fond des mémoires (reprise de la procédure actuelle de dépôt des mémoires, instruction, etc.). (85) V. déjà, F. Ferrand, *op. cit.*, n°s 111 et 122.

non-admission ? Les risques exposés précédemment quant au maniement des critères de sélection ne sont pas pour autant moins sérieux <sup>86</sup>.

### C - Un sort spécifique fait à une partie du contentieux disciplinaire <sup>87</sup>

Le rapport suggère, enfin, ce qu'on pourrait dénommer une « exfiltration du contentieux disciplinaire léger » : il s'agirait de renforcer le « contrôle de la régularité de la qualité procédurale de la décision » par les cours d'appel elles-mêmes <sup>88</sup>, en leur demandant de balayer devant leur porte <sup>89</sup>. Une expérimentation <sup>90</sup> - précédée d'une étude d'impact et prévue par la loi - pourrait être faite pendant trois ans par trois cours d'appel.

Il en découle un constat rassurant : les vices procéduraux devront (encore) pouvoir être sanctionnés. Si un pourvoi contient des griefs relevant pour certains de la compétence de la cour d'appel, pour d'autres de celle de la Cour de cassation, c'est logiquement cette dernière qui devrait connaître de l'ensemble.

Les contours de la notion de contrôle disciplinaire *léger* <sup>91</sup> constituent toutefois le nœud gordien de la répartition du contrôle entre juges d'appel et juges de cassation. Selon le rapport, le contentieux disciplinaire comprend les vices de procédure (débat et décision), les vices de motivation, la violation des principes fondamentaux de procédure (contradictoire, impartialité, modification de l'objet du litige), le défaut de réponse à conclusions et la dénaturation <sup>92</sup>. Mais il ne précise pas quelle est dans cette liste la part du contrôle disciplinaire « léger » pouvant être confié aux cours d'appel. Certainement les vices touchant aux débats et décisions (art. 458 c. pr. civ. avec renvoi aux art. 447, 451, 454 et 456 ; absence de publicité ; intervention du ministère public), le défaut <sup>93</sup> de motifs <sup>94</sup>, la dénaturation d'un écrit. En revanche, le défaut de réponse à conclusions - qui n'est pas toujours purement formel et peut être en lien avec le manque de base légale, vice de fond - devrait en principe rester du ressort de la Cour de cassation, de même que la violation de principes fondamentaux de procédure, tels qu'impartialité et contradiction <sup>95</sup>. Les droits étrangers montrent que

les vices sérieux de procédure justifient assez souvent l'admission du pourvoi sur le fondement de la protection de l'unité de la jurisprudence <sup>96</sup>, des droits fondamentaux, ou constituent même un motif spécifique d'accès au pourvoi <sup>97</sup>.

On le voit, la difficulté de cette division des vices de procédure entre contrôle léger (des cours d'appel) et contrôle lourd (réservé à la Cour de cassation) pose un problème de frontière. Il faudrait des textes très clairs pour que cette dichotomie ne conduise pas à des incertitudes et ne brouille pas la prévisibilité de l'accessibilité du recours.

En outre, à l'heure où les cours d'appel disent ployer sous un encombrement ne leur permettant pas d'audier dans des délais aussi brefs que voulus par les réformes récentes de l'appel civil, on peut s'interroger sur l'opportunité de les charger encore davantage. On comprend que cette proposition est un moindre mal visant à maintenir la sanction de vices procéduraux en les sortant du giron de la Cour de cassation. Mais à quel prix ?

En conclusion, il ne saurait trop être souligné le lien nécessaire entre l'éventuelle réforme de la Cour de cassation et l'architecture judiciaire d'ensemble (organisation de la première instance comme accès à l'instance d'appel et champ de cette dernière). Si le rapport en est conscient <sup>98</sup>, il se contente de reproduire la position de la conférence des premiers présidents de cours d'appel, qui souhaite le renforcement des juridictions de première instance (collégialité, exécution provisoire de principe, généralisation des modes alternatifs de règlement des différends - MARD), retour à l'appel réformation et création dans chaque cour d'appel d'une commission d'autorisation des pourvois. Ne conviendrait-il pas de commencer à la base de la pyramide (première instance) le travail de refondation ? Tout architecte sait en effet que la stabilité d'une construction résulte de ses fondations, de ses proportions et d'un équilibre indispensable. Est-il conforme aux règles de l'art de débiter par le haut de la pyramide ? Une maîtrise du chantier *dans sa globalité* est primordiale, sauf à déséquilibrer encore plus notre justice déjà fragilisée.

(86) Devant la crainte exprimée par des juges du fond de ne plus disposer de « rappels périodiques » de la jurisprudence de la Cour, le Rapp. (p. 276) précise que l'interprétation des critères de sélection « offrira toujours la possibilité aux magistrats de la Cour de retenir un pourvoi permettant à la Cour de réaffirmer une position constante ou de confirmer un revirement récent ». Mais cela renforce la crainte du manque de prévisibilité de l'admission du pourvoi. (87) Rapp., p. 236 s. (88) Ce n'était pas la solution proposée par l'amendement (retiré) CL 166 dans le cadre de la loi « J 21 », selon lequel l'art. L. 431-1, al. 2, COJ aurait disposé : « Hors les cas prévus à cet article, lorsque la décision attaquée encourt un grief disciplinaire défini par décret en Conseil d'État, la formation restreinte, après avis du procureur général, casse cette décision et renvoie l'affaire devant une autre juridiction de même nature que celle dont émane la décision ou devant la même juridiction composée d'autres magistrats ». (89) La procédure de « requête sur grief disciplinaire » serait semblable à ce que prévoit le code en matière d'interprétation d'une décision, de réparation des erreurs et omissions matérielles ou encore de l'omission de statuer, V. art. 461 s. c. pr. civ. (90) V. art. 37-1 Const. (91) V. B. Pireyre, Esquisse d'une répartition des compétences entre Cour de cassation et cours d'appel pour connaître du contrôle « disciplinaire » exercé à l'encontre des arrêts des cours d'appel, nov. 2016, sur le site de la Cour ; Rapp., p. 237. (92) Dont le Rapp. (p. 237) recommande une définition (confortant la jurisprudence constante) dans le c. pr. civ. : cas où « le juge du fond a, pour se prononcer, donné à un document une signification contraire à son sens clair et précis ». (93) Ce qui englobe les motifs généraux et abstraits, ainsi que les motifs dubitatifs ou hypothétiques. (94) La contradiction de motifs doit sans doute être réservée à l'examen des juges de cassation, car elle est souvent en lien avec une violation ou la loi par fausse application ou erreur de qualification des faits, V. B. Pireyre, préc. (95) B. Pireyre (préc.) propose de confier en revanche aux cours d'appel la sanction de la méconnaissance de l'objet du litige et de l'effet dévolutif de l'appel. (96) V. réf. note 71. (97) V., par ex., § 72, al. 2, 3°, ArbGG qui permet l'accès à la Cour fédérale du travail en cas de grave vice de procédure ou de violation du droit d'être entendu (*rechtliches Gehör*) ayant eu une influence sur la décision rendue. (98) P. 267.



# Contrôle de conventionnalité et Cour de cassation : de la méthode avant toute chose

par Peggy Ducoulombier, Professeur à l'Université de Strasbourg, IRCM (EA 3399),  
Lecturer honoraire de l'Université d'Aberdeen

**L'essentiel >** Le rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation consacre peu de développements au contrôle de conventionnalité, malgré d'importants débats doctrinaux relatifs à l'impact du contrôle de proportionnalité sur le rôle de la haute juridiction. S'il faut saluer la volonté de la Cour de cassation de systématiser l'analyse du contrôle de conventionnalité afin de construire une doctrine propre de la proportionnalité, le rapport reste toutefois à la surface des choses et plusieurs questions importantes, dont celle de l'intensité du contrôle du juge de cassation, demandent à être précisées.

D'éminents spécialistes de droit privé le soulignaient fort justement : en matière de contrôle de proportionnalité, il est avant tout question de méthode<sup>1</sup>. Alors que la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation a rendu son rapport sur l'évolution de la haute institution<sup>2</sup>, cette contribution se propose d'étudier la manière dont celle-ci s'approprie la méthode du contrôle de conventionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après « CEDH »), et, plus précisément, son élément de proportionnalité. Avant d'en venir au cœur du sujet, il convient de rappeler brièvement le contexte de cette réflexion.

Depuis l'arrêt de la première chambre civile du 4 décembre 2013<sup>3</sup>, c'est un euphémisme que de dire que la doctrine privatiste est en ébullition<sup>4</sup>. Les opposants au contrôle de proportionnalité estiment que la Cour de cassation a ouvert la porte au jugement en équité, entraînant une évolution non souhaitable de son rôle, ce que la volonté du premier président d'entamer une réflexion sur la réforme de la Cour serait venue

confirmer<sup>5</sup>. Or le contrôle de proportionnalité, y compris le contrôle *in concreto* qui fait l'objet des attaques les plus virulentes<sup>6</sup>, ne date pas de 2013. Depuis plusieurs années, la Cour de cassation, face à un conflit entre droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après « la Convention européenne »), reconnaît la nécessité de balancer, au regard des circonstances de la cause, des droits méritant *a priori* un égal respect. Elle suit ainsi la méthode de la CEDH<sup>7</sup> à défaut d'en appliquer toujours correctement la jurisprudence<sup>8</sup>. Toutefois, le contrôle réalisé dans l'arrêt de 2013 diffère des précédents, en ce que la Cour de cassation estime que l'application d'une règle, pourtant jugée conventionnelle dans l'abstrait, peut être, dans le cas concret, inconventionnelle. C'est une chose de combler le silence de la loi afin d'arbitrer un conflit de droits lorsqu'aucune hiérarchie entre eux n'existe ou n'est acceptée, c'en est une autre d'écarter pour le cas d'espèce l'application d'un texte alors que sa conventionnalité abstraite n'est pas abordée ou est acceptée<sup>9</sup>. Toutefois, dans un cas comme dans l'autre, l'évolution des méthodes de la Cour de

1778

(1) P. Deumier, Contrôle concret de proportionnalité : l'esprit et la méthode, RTD civ. 2016. 578; H. Fulchiron, Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode, D. 2017. 656. (2) Rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, avr. 2017, disponible sur [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr). (3) Civ. 1<sup>re</sup>, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, D. 2014. 179, note F. Chénéde, 153, point de vue H. Fulchiron, 1342, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau, et 2017. 123, chron. V. Vigneau; AJ fam. 2014. 124, obs. S. Thouret, et 2013. 663, point de vue F. Chénéde; RTD civ. 2014. 88, obs. J. Hauser, et 307, obs. J.-P. Marguénaud. (4) Pour la doctrine favorable à cette évolution, V. P. Jestaz, C. Jamin et J.-P. Marguénaud, Révolution tranquille à la Cour de cassation, D. 2014. 2061. Parmi de très nombreux articles s'inquiétant de cette évolution, V. F. Chénéde, Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation?, D. 2016. 796. (5) Le président Louvel estimant, quant à lui, que cette évolution est parfaitement conciliable avec la technique de cassation. V. B. Louvel, Réflexions à la Cour de cassation, D. 2015. 1326. (6) Le contrôle de la CEDH ne se limite pas au contrôle concret et celle-ci est assez coutumière d'un contrôle abstrait qui ignore largement les conséquences concrètes sur le requérant du constat de conventionnalité de la norme générale régissant sa situation particulière (V., par ex., gde ch., 10 avr. 2007, n° 6339/05, *Evans c/ Royaume-Uni*, D. 2007. 1202, obs. C. Delaporte-Carré, et 2008. 1435, obs. J.-C. Galloux; RDSS 2007. 810, note D. Roman; RTD civ. 2007. 295, obs. J.-P. Marguénaud, et 545, obs. J. Hauser; 22 avr. 2013, n° 48876/08, *Animal Defenders International c/ Royaume-Uni*, AJDA 2013. 1794, chron. L. Burgorgue-Larsen; 1<sup>er</sup> juill. 2014, n° 43835/11, *S.A.S. c/ France*, D. 2014. 1451, 1701, chron. C. Chassang, et 2015. 1007, obs. O. Buy-Xuan; AJDA 2014. 1348, 1763, chron. L. Burgorgue-Larsen, et 1866, étude P. Gervier; Constitutions 2014. 483, chron. M. Afroukh; RSC 2014. 626, obs. J.-P. Marguénaud; RTD civ. 2014. 620, obs. J. Hauser; RTD eur. 2015. 95, chron. P. Ducoulombier). Par ailleurs, les litiges dans lesquels la Cour s'attache à la situation des victimes potentielles relèvent par définition d'un contrôle abstrait (V. 22 oct. 1981, n° 7525/76, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*). (7) V., par ex., en matière de conflit entre liberté d'expression et respect de la vie privée, Civ. 1<sup>re</sup>, 9 juill. 2003, n° 00-20.289, D. 2004. 1633, obs. C. Caron; RTD civ. 2003. 680, obs. J. Hauser; 24 oct. 2006, n° 04-16.706, D. 2006. 2754, et 2007. 2771, obs. A. Lepage, L. Marino et C. Bigot. (8) Le conflit entre liberté d'expression et vie privée illustre la distance entre application de la méthode et de la jurisprudence européenne. À la décharge de la Cour de cassation, la jurisprudence de la CEDH sur cette question n'est pas des plus prévisibles. Pour un exemple récent de dissonance entre les deux juridictions, V. gde ch., 10 nov. 2015, n° 40454/07, *Couderc et Hachette Filipacchi c/ France*, D. 2016. 116, note J.-F. Renucci; AJDA 2016. 143, chron. L. Burgorgue-Larsen; Constitutions 2016. 476, chron. D. de Bellescize; RTD civ. 2016. 81, obs. J. Hauser, et 297, obs. J.-P. Marguénaud. Pour un ex. d'harmonie, malgré une remarque sur l'amélioration possible de la motivation de l'arrêt de la Cour de cassation, V. 1<sup>er</sup> juin 2017, n° 68974/11, *Giesbert et autres c/ France*. (9) En l'espèce, il aurait peut-être été plus pertinent de remettre en cause la conventionnalité abstraite de la règle contestée plutôt que de s'engager dans un contrôle concret.

cassation peut se prévaloir de la nécessité de se conformer à la jurisprudence européenne, ce que met en exergue le rapport <sup>10</sup>.

Si le rapport consacre des développements limités à cette question <sup>11</sup>, le Service de documentation, des études et du rapport (SDER) a recensé un nombre grandissant d'arrêts dans lesquels le contrôle de proportionnalité apparaît <sup>12</sup>. Or, si le rapport propose d'appliquer plus systématiquement les étapes du contrôle de conventionnalité, la manière dont le contrôle de proportionnalité est présenté reste superficielle, malgré la référence à l'application d'une « note méthodologique » <sup>13</sup>. Celle-ci semble, en effet, se résumer à la mention des cinq étapes du contrôle de conventionnalité: la vérification de l'applicabilité du droit invoqué, de l'existence d'une ingérence dans ce droit, de sa légalité, de la légitimité du but poursuivi par l'ingérence et, enfin, la question de savoir si celle-ci est un moyen proportionné pour atteindre ce but.

Si le fait de signifier que les juridictions du fond <sup>14</sup> et la Cour de cassation devraient suivre et faire apparaître les cinq étapes du test de conventionnalité dans leurs jugements et arrêts est un premier pas important, cela ne garantit pas l'application précise de la méthode de la CEDH, laquelle, comme le rappelait récemment le professeur Sudre, est flexible <sup>15</sup>. En effet, lorsque l'on a appelé et même « contrôlé » la réalisation des cinq étapes mentionnées, on est loin d'avoir réalisé un véritable test de proportionnalité ou contrôlé que celui-ci a été correctement effectué. La « note méthodologique » présentée demeure ainsi à la surface des choses <sup>16</sup>, même si la brièveté du rapport sur ce point peut être compensée par les enseignements de la jurisprudence.

Par ailleurs, si une amélioration méthodologique est nécessaire, elle ne se fera qu'en lien avec la réflexion relative à la motivation car on ne peut convaincre la CEDH - et d'autres auditoires - de la réalité du contrôle de proportionnalité qu'en le nommant, ce que propose de faire le rapport, mais plus encore en le donnant à voir <sup>17</sup>.

Ainsi, dans le contrôle de proportionnalité, le fait de dire que le juge doit vérifier que la mesure constitutive d'une ingérence dans un droit conventionnel est proportionnée au but légitime poursuivi n'est qu'une affirmation globale qui cache une réalité

plus complexe sur laquelle le rapport ne s'étend guère. Si l'identification des étapes du contrôle de conventionnalité est une amélioration importante mais perfectible (I), la question de l'intensité du contrôle exercé par la Cour de cassation demeure sensible (II). Ces questions devront être résolues pour que celle-ci puisse construire, comme c'est son souhait, une véritable « doctrine de la proportionnalité ».

## I - L'amélioration perfectible de l'identification des étapes du contrôle de conventionnalité

Si le rapport doit être salué en ce qu'il confirme la volonté de systématisation des étapes du contrôle de conventionnalité dans la jurisprudence judiciaire (A), il n'entre pas suffisamment dans la complexité du test de proportionnalité (B).

### A - La volonté louable de systématiser l'analyse du contrôle de conventionnalité

Le rapport de la Cour de cassation se fonde sur l'entretien réalisé avec le juge élu au titre de la France comme socle de la note méthodologique visant à améliorer le contrôle de conventionnalité réalisé par le juge judiciaire <sup>18</sup>. Il recommande ainsi, pour faciliter la construction de la « doctrine de la proportionnalité » de la Cour de cassation, de « systématiser l'utilisation » de ces étapes <sup>19</sup>. Les quatre premières étapes consistent à identifier de manière expresse le droit en cause et à s'interroger sur son applicabilité, puis à caractériser l'existence d'une ingérence dans ce droit et déterminer sa base légale et, enfin, à vérifier que le but poursuivi par cette ingérence est légitime.

Concernant l'identification du droit, la Cour de cassation souligne, tout d'abord, la différence entre droits absolus et conditionnels, rappelant justement que les droits absolus échappent, en principe <sup>20</sup>, à l'application de la proportionnalité, tout en mentionnant de manière discutable comme exemple de droit absolu l'article 2 de la Convention européenne. Bien qu'étant un droit prééminent et indérogeable, qualifié de « valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme » par la CEDH <sup>21</sup>, le droit à la vie n'est pas, au sens strict, un droit absolu <sup>22</sup>, en ce qu'il admet de manière limitée des cas dans lesquels la privation de la vie n'est pas considérée comme une violation de l'article 2. À ce titre, la

(10) V. Rapp., p. 165. (11) 13 pages sur plus de 350, ce qui apparaît minime au regard de la controverse suscitée. (12) V. Rapp., p. 161-162. Qu'il nous soit permis de remercier le SDER pour la transmission du Tableau d'analyse des arrêts ayant développé, depuis le 1<sup>er</sup> janv. 2013, un contrôle de conventionnalité comportant un contrôle de proportionnalité, mars 2017. (13) V. Rapp., Prop. n° 36, p. 170. (14) C'est en réalité sur elles que l'effort d'intégration de la méthode européenne repose, comme l'a rappelé le professeur Fulchiron. Pour autant, des difficultés se posent en ce qui concerne l'office du juge de cassation et l'exercice du contrôle de proportionnalité, en cas d'absence de contrôle au niveau inférieur, d'« erreur manifeste » dans le contrôle réalisé ou de divergences de jurisprudence nécessitant l'intervention de la Cour de cassation. (15) F. Sudre, Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question?, JCP 2017. 289. (16) Le rapport précise toutefois que la construction de la doctrine de la proportionnalité de la Cour de cassation est « progressive » et que les présents développements n'en sont que le « socle », un groupe de travail devant être constitué pour « réaliser un guide des bonnes pratiques ». V. Rapp., p. 170. (17) V. Rapp., p. 145-149. Sur ce sujet, V. P. Deumier, Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation? Raisons, identification, réalisation, D. 2015. 2022. (18) V. l'annexe Compte rendu de la réunion du 27 nov. 2015 avec A. Potocki, juge à la CEDH, nov. 2015, disponible sur [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr). (19) V. Rapp., p. 167. (20) Le rapport fait écho aux réserves de la doctrine concernant l'ingérence de la proportionnalité dans l'analyse des atteintes subies par les droits absolus. V. S. Van Drooghenbroeck, La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme, prendre l'idée simple au sérieux, Bruxelles, Bruylant, 2001, spéc. p. 119-132. (21) CEDH, gde ch., 22 mars 2001, n° 34044/96, *Streletz, Kessler et Krenz c/ Allemagne*, § 72, RSC 2001. 639, obs. F. Massias. (22) À l'exception de l'interdiction de la peine de mort en vertu des Protocoles 6 et 13 à la Conv. EDH.

CEDH exerce un contrôle très strict de la proportionnalité de l'ingérence subie, dont l'intensité apparaît à la simple lecture de l'article et a été confirmée par la jurisprudence <sup>23</sup>. Au contraire, l'article 3 interdisant la torture et autres traitements inhumains et dégradants, dès lors que le seuil de gravité permettant son application est atteint, n'admet aucune justification de l'atteinte subie <sup>24</sup>. Ainsi, par l'identification expresse des droits impliqués, le cadre général du contrôle à exercer pourra être correctement posé. À ce titre, la Cour de cassation a été amenée à vérifier la juste application d'un contrôle strict de la proportionnalité de l'emploi de la force létale <sup>25</sup>. Par ailleurs, le rapport fait état de la diversité des domaines concernés par le contrôle de proportionnalité. En effet, en dehors des droits absolus, la mise en balance des droits conventionnels et des impératifs d'intérêt général, caractéristique du contrôle de proportionnalité, est inhérente à la Convention européenne <sup>26</sup> et il n'y a, *a priori*, pas de raison qu'il soit exclu de certains domaines contrôlés par le juge judiciaire <sup>27</sup>.

Après l'identification du droit en cause, la Cour de cassation souligne qu'il faut déterminer si le droit est applicable et si la mesure contestée constitue une ingérence dans ce droit. Ces étapes ne posent pas de problèmes particuliers, mais leur contrôle n'est pas inexistant dans la jurisprudence de la Cour de cassation <sup>28</sup>. La troisième étape consiste dans la mention expresse de la base légale de l'ingérence, la Cour de cassation intégrant directement à ce contrôle la définition donnée par la CEDH relative à la clarté et l'accessibilité de la base légale <sup>29</sup>. L'étape suivante consiste dans l'identification du but légitime poursuivi. Cette analyse, trop souvent superficielle de la part de la CEDH elle-même, est pourtant une étape importante du contrôle, particulièrement en cas de conflits de droits, car elle influe sur l'intensité du contrôle de proportionnalité. À ce titre, la légitimité du but poursuivi par l'ingérence apparaît régulièrement dans le raisonnement du juge judiciaire. Toutefois, les buts relevés ne

correspondent pas nécessairement à la liste exhaustive des buts mentionnés par les articles conditionnels de la Convention européenne <sup>30</sup>. Pour autant, cette différence n'est pas problématique au regard du fait que les buts des clauses d'ordre public de ladite Convention sont vagues, pouvant accueillir facilement les motifs invoqués par les autorités nationales, et que le contrôle de la Cour sur cette question est peu sévère <sup>31</sup>.

Enfin, la note méthodologique se termine par la mention du test de nécessité de l'ingérence dans une société démocratique. Cependant, à ce stade, le rapport se limite à énoncer qu'il convient de vérifier que l'ingérence dans le droit conventionnel est un moyen proportionné pour atteindre le but légitime poursuivi. Or cet énoncé est loin d'être suffisant à traduire la complexité du test de proportionnalité réalisé par la CEDH. Si la Cour de cassation distingue le contrôle *in abstracto* du contrôle *in concreto*, elle n'entre pas dans le détail du contenu du test de proportionnalité. Par ailleurs, la jurisprudence révèle en de nombreuses occasions que la référence à la légitimité du but poursuivi se confond souvent avec le contrôle de proportionnalité, particulièrement lors d'un contrôle *in abstracto* <sup>32</sup>. Dans ce cas, la mention de la légitimité du but poursuivi amène fréquemment la Cour de cassation à conclure à la proportionnalité de l'ingérence. L'arbitrage réalisé par le législateur ne semble pas contrôlé. Or, s'il est vrai que dans la jurisprudence récente de la CEDH le contrôle de mesures générales est souvent un contrôle restreint de proportionnalité - se rapprochant d'un contrôle *in abstracto* dans lequel les circonstances de l'espèce ne sont pas réellement prises en compte <sup>33</sup> -, l'exercice d'un contrôle abstrait n'implique pas, en principe, de faire l'économie d'un réel contrôle de proportionnalité, comme le démontre, par exemple, l'arrêt *Dudgeon contre Royaume-Uni* <sup>34</sup>. À ce titre, la recommandation du rapport de différencier de manière systématique les cinq étapes pourrait

(23) V. CEDH 27 sept. 1995, n° 18984/91, *MacCann et autres c/ Royaume-Uni*, RSC 1996. 184, obs. L.-E. Pettiti, et 461, obs. R. Koering-Joulin.  
 (24) V., par ex., le rappel très clair de ce principe dans CEDH, gde ch., 1<sup>er</sup> juin 2010, n° 22978/05, *Gäfgen c/ Allemagne*, D. 2010. 2850, point de vue D. Guérin; RSC 2010. 678, obs. J.-P. Marguénaud. (25) V. Crim. 21 oct. 2014, n° 13-85.519, D. 2015. 110, chron. G. Guého. (26) V., pour un ex. malvenu car concernant l'art. 3 Conv. EDH, CEDH, gde ch., 27 mai 2008, n° 26565/05, *N. c/ Royaume-Uni*, § 44, RTD civ. 2008. 643, obs. J.-P. Marguénaud. (27) La référence à des domaines dans lesquels le contrôle ferait « l'objet de refus réitérés » (V. Rapp., p. 166) amène à s'interroger sur la conventionnalité de ces refus et sur le rôle de la Cour de cassation dans l'application du contrôle qui ne serait pas réalisé par les juges du fond. (28) V., par ex., la correction apportée par la Cour de cassation (Crim. 21 juin 2016, n° 15-84.172, AJ pénal 2016. 543, obs. G. Roussel) à la qualification erronée d'un retrait d'habilitation d'officier de police judiciaire comme mesure d'administration à laquelle l'art. 6 Conv. EDH ne s'appliquerait pas. (29) La jurisprudence de la Cour de cassation est assez précise sur ce sujet. V., par ex., Civ. 1<sup>re</sup>, 30 nov. 2016, n° 15-21.946, D. 2016. 2469, qui mentionne qu'en vertu de la jurisprudence de la CEDH constitue une loi « toute norme de droit interne suffisamment accessible, précise et prévisible ». (30) V., par ex., la stabilité du lien de filiation et la protection des enfants des conflits de filiation (Civ. 1<sup>re</sup>, 5 oct. 2016, n° 15-25.507, D. 2016. 2062, obs. I. Gallmeister, 2496, note H. Fulchiron, 2017. 470, obs. M. Douchy-Oudot, 729, obs. F. Granet-Lambrechts, et 781, obs. H. Gaumont-Prat; AJ fam. 2016. 543, obs. J. Houssier; RTD civ. 2016. 831, obs. J. Hauser, concernant la reconnaissance de paternité), qui ne correspondent pas formellement à l'un des buts énumérés par l'art. 8 Conv. EDH, tout en pouvant être acceptée au titre de la protection des droits et libertés d'autrui. Pour d'autres droits conditionnels ne mentionnant pas expressément les buts légitimes de restriction (comme l'art. 12 Conv. EDH), la difficulté est encore moindre. V., par ex., la concordance entre la Cour de cassation et la CEDH concernant le but légitime poursuivi par l'interdiction du mariage entre alliés, à savoir l'intégrité de la famille. Comp. Civ. 1<sup>re</sup>, 8 déc. 2016, n° 15-27.201, D. 2016. 2568, obs. I. Gallmeister, 2017. 953, note F. Chénéde, 470, obs. M. Douchy-Oudot, et 1082, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau; AJ fam. 2017. 71, obs. J. Houssier; RTD civ. 2017. 102, obs. J. Hauser, avec CEDH 13 sept. 2005, n° 36536/02, *B. et L. c/ Royaume-Uni*, § 37, RTD civ. 2005. 735, obs. J.-P. Marguénaud, et 758, obs. J. Hauser. (31) V., par ex., *S.A.S. c/ France*, préc. (32) V., par ex., Civ. 1<sup>re</sup>, 8 déc. 2016, n° 15-27.201, préc., où le contrôle *in abstracto* des art. 161 et 184 c. civ. se limite à l'énoncé du but légitime que ces dispositions poursuivent. (33) V., par ex., *Evans c/ Royaume-Uni*, préc., concernant l'interdiction d'implantation d'embryons après le retrait du consentement du partenaire de la requérante ou *Animal Defenders International c/ Royaume-Uni*, préc., sur l'interdiction de la publicité politique à la télévision. (34) L'arrêt *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, préc., en ce qu'il implique une victime potentielle d'une loi tombée en désuétude, est un exemple pertinent de contrôle doublement abstrait. Il concerne une norme générale et abstraite, non appliquée et dont l'analyse de la conventionnalité ne peut être influencée par les circonstances de l'espèce. On y retrouve pourtant les étapes classiques de l'analyse de la nécessité de l'ingérence dans

permettre d'éviter cet écueil. Les silences de la note méthodologique concernant le contrôle de proportionnalité demandent toutefois à être comblés par la pratique du juge.

## B - Les silences du rapport sur le contenu du contrôle de proportionnalité

Comme l'a rappelé récemment Frédéric Sudre<sup>35</sup>, le contrôle européen de la nécessité dans une société démocratique s'articule autour de différents éléments : contrôle de la pertinence et de la suffisance des motifs de l'ingérence et de la proportionnalité au sens strict (mise en balance des droits et intérêts en conflit)<sup>36</sup>. Or l'analyse de ces éléments n'est pas expressément mentionnée par la note méthodologique. Sont-ils pour autant ignorés de la jurisprudence judiciaire ? La réponse doit être nuancée. Il apparaît que, lorsque la Cour de cassation réalise un contrôle de proportionnalité, sa motivation souvent elliptique ne permet pas de faire apparaître clairement cette recherche. Le premier défaut dont souffre la jurisprudence de la Cour de cassation est donc un défaut de motivation. Le raisonnement de la Cour de cassation apparaît souvent plus comme une affirmation du caractère proportionné ou disproportionné d'une ingérence que comme une démonstration<sup>37</sup> et, de plus, ce raisonnement ne reprend pas précisément les étapes du contrôle européen. Des exceptions se retrouvent toutefois dans la jurisprudence, pour lesquelles on constate une appropriation de la méthode et des critères de la jurisprudence européenne<sup>38</sup>. On peut ainsi trouver trace dans la jurisprudence judiciaire de l'analyse de la pertinence et de la suffisance des motifs de l'ingérence<sup>39</sup>, mais il serait opportun que soit ajoutées à la note méthodologique cette analyse de manière expresse, ainsi que celle de la proportionnalité au sens strict. À ce titre, le rapport mentionne simplement que « la réflexion devra être poursuivie s'agissant de la motivation des décisions »<sup>40</sup>. Cependant, la volonté de réaliser une meilleure systématisation des étapes du contrôle de proportionnalité laisse encore en suspens la question délicate de l'intensité de ce contrôle.

## II - La délicate question de l'intensité du contrôle de proportionnalité

La question de l'intensité du contrôle de proportionnalité revêt deux dimensions difficilement séparables. La première est institutionnelle et questionne le rôle de la Cour de cassation face aux juges du fond. La seconde est substantielle et renvoie au problème de l'intensité du contrôle liée aux critères établis par la CEDH quant à la variation de la marge d'appréciation. Si les méthodes de la Cour de cassation peuvent se concilier avec la philosophie du contrôle européen (A), l'adaptation du contrôle de proportionnalité au rôle de la Cour de cassation demande encore réflexion (B).

### A - La relecture des méthodes de la Cour de cassation à l'aune de l'idée de subsidiarité

La diversité des contrôles opérés par la Cour de cassation est soulignée par le rapport. À ce stade, le non-spécialiste se trouve face à une terminologie qui peut apparaître déroutante par rapport à celle utilisée par la CEDH<sup>41</sup>. Le contrôle normatif de la Cour de cassation est qualifié de lourd ou de léger sans que cela semble signifier qu'elle exerce un contrôle d'une intensité plus forte dans le premier cas que dans le second<sup>42</sup>, alors qu'au niveau européen, un tel qualificatif serait attaché sans aucun doute au degré de sévérité du contrôle exercé par la CEDH sur les mesures nationales. Ainsi, un contrôle qualifié de lourd par la Cour de cassation peut être considéré comme léger par la doctrine, notamment au regard des défauts de la motivation des arrêts de la Cour de cassation<sup>43</sup>. Pour autant, le contrôle lourd est lié à une évolution du rôle de la Cour de cassation, en ce qu'il l'entraîne vers la substitution de son appréciation à celle des juges du fond, y compris quand ceux-ci ont effectué un contrôle de proportionnalité<sup>44</sup>. Malgré ces différences, des passerelles peuvent être construites entre ces deux champs lexicaux autour de la « nationalisation » de l'idée de subsidiarité qui ordonne les rapports entre les niveaux européen et national.

la vie privée que représente l'existence d'une loi criminalisant les relations homosexuelles entre adultes consentants. C'est donc l'arbitrage législatif entre les différents droits et intérêts qui est analysé par la CEDH, laquelle conclut à l'absence de suffisance des motifs invoqués par le gouvernement, malgré leur pertinence, et à l'existence d'une ingérence disproportionnée dans l'art. 8 Conv. EDH. (35) F. Sudre, préc. (36) Toutefois, la variabilité du raisonnement de la CEDH dans l'application du test de proportionnalité ne facilite pas la tâche des juridictions nationales. (37) V., par ex., Soc. 9 nov. 2016, n° 15-10.203, D. 2017. 37, note G. Lardeux; Just. & cass. 2017. 170, rapp. A. David, et 188, avis H. Liffra; Dr. soc. 2017. 89, obs. J. Mouly; RDT 2017. 134, obs. B. Géniaut; RTD civ. 2017. 96, obs. J. Hauser, où la Cour affirme que la production de documents recueillis dans l'exercice de ses fonctions par un délégué du personnel, afin de prouver l'existence de travail le dimanche, ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie personnelle des salariés concernés. (38) Il faut relever avec intérêt les arrêts où la Cour de cassation cite les arrêts de la CEDH au soutien de son raisonnement. V., par ex., Civ. 1<sup>re</sup>, 30 nov. 2016, n° 15-21.946, D. 2016. 2469. (39) V., par ex., Soc. 14 janv. 2014, n° 12-27.284, D. 2014. 215; RDT 2014. 179, obs. C. Mathieu; RTD civ. 2014. 360, obs. H. Barbier, et 400, obs. P.-Y. Gautier, concernant une clause interdisant à un salarié de critiquer son ancien employeur et qui révèle la prise en compte de différents éléments (contexte et durée de la clause, existence d'un conflit de droits) permettant de considérer cette ingérence dans la liberté d'expression du salarié comme « justifiée et proportionnée » à la protection de la réputation de l'employeur. (40) V. Rapp., p. 167. (41) Contrôle normatif léger et lourd, contrôle disciplinaire sanctionnant un vice de motivation, etc. V. J. Betoulle, La distinction contrôle lourd/contrôle léger de la Cour de cassation - Mythe ou réalité?, JCP 2002. 171. (42) Il nous semble que l'intensité du contrôle, léger ou lourd, ne relèverait pas tant de la profondeur avec laquelle la Cour de cassation analyse le contrôle de proportionnalité réalisé par les juges du fond que de la question de savoir s'ils disposaient ou non d'une marge de manœuvre pour aboutir à la solution retenue. (43) Civ. 2<sup>e</sup>, 15 oct. 2015, n° 14-17.792, concernant l'art. 908 c. pr. civ. (44) V. Rapp., p. 169.

Ainsi, le lien entre les types de contrôle exercés par la Cour de cassation et le contrôle de la CEDH peut se réaliser autour de l'idée de marge d'appréciation. Certes, la marge d'appréciation européenne n'a pas à être transposée comme telle au niveau interne, qu'il s'agisse de la relation entre les pouvoirs<sup>45</sup> ou des relations entre acteurs d'un même pouvoir. Il s'agit d'une doctrine qui permet de reconnaître les autorités nationales comme les premières responsables de la protection des droits de l'homme tout en garantissant un contrôle, plus ou moins strict, de la CEDH sur les restrictions qu'ils subissent. Toutefois, l'idée de subsidiarité qui la sous-tend peut, selon nous, éclairer le contrôle de la Cour de cassation. Ainsi, le contrôle léger révèle que la Cour de cassation laisse aux juges du fond une « marge d'appréciation » dans la qualification juridique des faits dès lors que « la décision des juges du fond rattache les faits de la cause à des notions légales relativement vagues et imprécises ». Alors, « la Cour de cassation fera bénéficier l'appréciation des juges d'une présomption d'exactitude et évitera d'élever une critique contre la qualification adoptée par des magistrats qui ont eu des faits une connaissance directe dont elle-même est privée »<sup>46</sup>. Seules seront sanctionnées les erreurs manifestes d'appréciation. *Mutatis mutandis*, on ne peut manquer de relever la proximité de cette explication doctrinale du contrôle léger avec la justification donnée par la CEDH de la doctrine de la marge d'appréciation<sup>47</sup>. Cette variation de l'intensité du contrôle de la Cour de cassation ne peut toutefois être réconciliée avec la méthode de la CEDH que si elle est reliée à sa jurisprudence relative à la variation de l'étendue de la marge d'appréciation. En effet, si la distinction française rappelle le cadre du contrôle européen, elle ne dit rien de la manière dont ce contrôle de proportionnalité est réalisé au niveau national, par les juges du fond ou la Cour de cassation, ni des critères qui doivent être appliqués en fonction des domaines dans lesquels il s'exerce.

## B - Les interrogations relatives à la « doctrine de la proportionnalité » de la Cour de cassation

Le rapport, dans ses derniers développements sur le sujet, rappelle la suggestion du président Lacabarats de recourir à

l'erreur manifeste d'appréciation au niveau de la Cour de cassation, liant ce contrôle d'une intensité légère à la marge d'appréciation allouée par la CEDH aux autorités nationales. Les choses ne sont toutefois pas si simples. En effet, il semble être suggéré que le contrôle de la Cour de cassation pourrait demeurer d'une intensité toujours égale, dès lors que le contrôle aurait été effectué par les juges du fond, réconciliant ainsi les exigences du contrôle de proportionnalité avec le rôle de la Cour de cassation. Le rapport pose l'hypothèse d'une « marge d'appréciation présumée importante »<sup>48</sup>, qui permettrait de supposer que le contrôle européen serait restreint, laissant ainsi une plus grande marge de manœuvre aux juridictions nationales, et à la Cour de cassation, dans l'exercice du contrôle de proportionnalité. Toutefois, cette suggestion passe sous silence le fait que le propre de la marge d'appréciation est de varier dans son étendue, faisant fluctuer dans son intensité son corollaire, le contrôle de proportionnalité<sup>49</sup>, y compris en cas de mise en « balance des droits fondamentaux »<sup>50</sup>. Ainsi, l'étendue de la marge d'appréciation accordée aux autorités nationales n'est pas immuable, influençant la manière dont le juge doit analyser les restrictions subies par les droits conventionnels. Nous l'avons déjà mentionné en ce qui concerne la protection du droit à la vie, soumise à un contrôle strict de proportionnalité<sup>51</sup>, comme le sont les restrictions à la liberté d'expression sur les questions d'intérêt général<sup>52</sup>. Au contraire, pour des questions dites « de société » ou techniques, sur lesquelles l'appréciation du législateur ou de l'exécutif doit dûment être prise en compte, le juge pourra légitimement exercer un contrôle restreint des ingérences subies par les droits conventionnels, rendant plus exceptionnels les constats de disproportion<sup>53</sup>.

Certes, l'erreur manifeste d'appréciation à laquelle il est fait référence ne renvoie pas de manière générale au contrôle juridictionnel des ingérences réalisées par les autres pouvoirs ou par une personne privée, mais « au contrôle du contrôle » exercé par la Cour de cassation sur les juges du fond<sup>54</sup>. Elle ne concerne que le juge de cassation et non le juge du fond. Toutefois, cette idée suppose que le problème examiné puisse accepter plusieurs solutions sans encourir la censure. Or, si

(45) V. CEDH, gde ch., 19 févr. 2009, n° 3455/05, *A. et autres c/ Royaume-Uni*, § 184 : « La théorie de la marge d'appréciation est depuis toujours perçue comme un moyen de définir les rapports entre les autorités internes et la Cour. Cette théorie ne trouve pas à s'appliquer de la même manière aux rapports entre les organes de l'État au niveau interne », AJDA 2009. 872, chron. J.-F. Flauss ; RSC 2009. 672, obs. J.-P. Marguénaud. Pour autant, les juges nationaux ont développé différents concepts afin de respecter la compétence des autres pouvoirs. (46) Au contraire, le contrôle lourd interviendrait « face à une notion légale précise » imposant que « le moindre écart soit sanctionné ». Les citations reproduisent les termes utilisés par J. Betoulle dans son art. préc. (47) CEDH 7 déc. 1976, n° 5493/72, *Handyside c/ Royaume-Uni*, § 48 : « Grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer (...) sur la "nécessité" d'une "restriction" (...) ». (48) V. Rapp., p. 170. (49) Différents critères sont utilisés par la CEDH pour déterminer l'étendue de la marge d'appréciation : nature du droit, caractère sensible ou technique des activités, existence d'un consensus européen, présence d'un conflit entre droits, etc. La difficulté provient, outre de l'absence d'accord sur la détermination du consensus, de l'absence de hiérarchisation de ces critères entraînant une insécurité dans la manière dont ils sont utilisés par la CEDH. (50) Dans le rapport, l'allocation d'une importante marge d'appréciation est liée à ce cas précis. Pour une critique de la réalité et de la pertinence de l'élargissement de la marge d'appréciation dans ce cas, V. P. Ducoulombier, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2011, spéc. p. 411-421. (51) V., par ex., Crim. 21 oct. 2014, n° 13-85.519, préc., concernant l'utilisation de la force létale par un gendarme. (52) V., par ex., Crim. 26 oct. 2016, n° 15-83.774, D. 2016. 2216 ; AJ pénal 2017. 38, obs. N. Verly ; RSC 2016. 767, obs. H. Matsopoulou, concernant le refus de considérer comme proportionnée l'incrimination pour escroquerie et usage de faux nom d'une journaliste ayant enquêté sous couverture au sein du Front national. (53) V., par ex., Crim. 5 oct. 2013, n° 12-80.891, D. 2013. 710, et 2713, obs. G. Roujou de Boubée ; AJ pénal 2013. 400, note P. de Combes de Nayves, concernant les poursuites pour infraction à la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public qui fait l'économie du contrôle de nécessité, en assimilant proportionnalité et légitimité. (54) H. Fulchiron, préc.

cela est vrai de certaines questions marquées au niveau international du sceau d'une large marge d'appréciation, ce n'est pas le cas d'autres pour lesquelles il ne semble y avoir qu'une seule solution correcte et qui, par conséquent, se concilient mal avec l'idée d'un contrôle restreint. La CEDH, dans les années récentes, a certes essayé de limiter son contrôle sur les décisions des juridictions nationales au nom de la subsidiarité, y compris dans des domaines où, traditionnellement, la marge d'appréciation des États était réduite. Toutefois, la juridiction européenne a des difficultés à respecter ses propres principes, illustrant la part de mythe que comportent la subsidiarité et le fait que, dans certains domaines, il est difficile, pour ne pas dire impossible, à la CEDH de ne pas substituer son propre raisonnement à celui des juridictions nationales<sup>55</sup>. La fondamentalisation du contentieux et le contrôle de proportionnalité entraînent indéniablement les juridictions vers le contrôle entier. Ainsi, et même si la Cour de cassation n'est pas la CEDH, il est difficile de savoir si un contrôle limité à l'erreur manifeste d'appréciation puisse toujours être « tenable » dans ses rapports avec les juridictions du fond. Par ailleurs, on peut se demander si ce contrôle sera considéré comme satisfaisant

aux exigences de la CEDH, même s'il est probable qu'il le soit dans la plupart des cas dès lors que le contrôle aura été correctement réalisé au niveau inférieur.

On en revient ainsi au rôle primordial des juges du fond dans la maîtrise de la méthode et de la jurisprudence de la CEDH. Par ailleurs, quand le contrôle n'a pas été réalisé par les juges du fond, le contrôle de la Cour de cassation ne peut être qu'un contrôle de proportionnalité non restreint, dont l'intensité devra varier en fonction des éléments de la jurisprudence européenne. Or la question de l'intensité du contrôle par rapport à la substance de la cause n'est pas abordée par le rapport, si ce n'est à travers la référence rapide à la nature du droit. Toutefois, cette question relève plus du fond du droit européen que de la méthode. Et l'adhésion à la méthode ne préjuge pas de l'adhésion au fond. Il s'agit ici de l'étape suivante de la correcte application du contrôle de conventionnalité. En ce sens, si la Cour de cassation peut construire une « doctrine de la proportionnalité » qui lui soit propre, afin de prendre en compte son rôle particulier dans l'organisation judiciaire, cette particularité ne pourra lui servir à se départir de la jurisprudence de la CEDH.

(55) V., en matière de liberté d'expression les principes posés par CEDH, gde ch., 7 févr. 2012, n° 40660/08, *Von Hannover* (n° 2), D. 2012. 1040, note J.-F. Renucci, et 2013. 457, obs. E. Dreyer; AJDA 2012. 1726, chron. L. Burgorgue-Larsen; RTD civ. 2012. 279, obs. J.-P. Marguénaud; n° 39954/08, *Axel Springer AG c/ Allemagne*, Constitutions 2012. 645, obs. D. de Bellescize; RTD civ. 2012. 279, obs. J.-P. Marguénaud. Toutefois, la Cour n'a pas réussi à limiter son contrôle dans l'arrêt *Axel Springer* démontrant qu'il est difficile de respecter l'appréciation faite par les juridictions nationales, y compris quand elles ont appliqué les critères européens. Cela pose la question de savoir si, dans certains domaines, un contrôle limité à l'erreur manifeste d'appréciation est véritablement possible. D'ailleurs, la Cour revient partiellement sur ce principe dans gde ch., 15 mars 2012, n° 4149/04, *Aksu c/ Turquie*, en précisant que « lorsque la mise en balance opérée par les autorités nationales n'était pas satisfaisante, en particulier parce que l'importance ou la portée de l'un des droits en jeu n'avait pas été dûment prise en considération, la marge d'appréciation qui leur était reconnue était étroite » (§ 67). Le fait que la Cour exerce un contrôle approfondi ne signifie pas nécessairement qu'elle va déjuger les autorités nationales mais elle ne constate l'absence de violation qu'après un examen scrupuleux de l'affaire.

## Motivation enrichie: bilan et perspectives

par Pascale Deumier, Professeur à l'Université Jean Moulin (Lyon 3), Équipe Louis Josserand

**L'essentiel >** En matière de motivation, la réflexion s'est accompagnée d'une expérimentation. Plusieurs dizaines d'arrêts à motivation enrichie ont déjà été rendus, ce qui permet d'en proposer un bilan, en les mettant notamment en perspective avec les arrêts publiés au *Rapport annuel* et avec les réactions doctrinales. Les pistes d'évolution dégagées de ce bilan s'ajoutent à celles qui sont envisagées par le rapport de la commission de réflexion sans avoir encore été expérimentées.

La question de la motivation est moins sensible que celle du filtrage ou de la proportionnalité: en effet, il ne s'agit pas ici de modifier les méthodes de raisonnement ou les missions de la Cour de cassation, mais de rendre visibles certains éléments de la prise de décision jusque-là cachés ou exprimés hors des

arrêts. Cette volonté d'une plus grande intelligibilité des décisions ne s'inscrit pas seulement dans la réflexion plus globale menée par la Cour de cassation: elle participe également d'une préoccupation contemporaine partagée par le Conseil d'État<sup>1</sup> et le Conseil constitutionnel<sup>2</sup>. Le rapport de la commission de

(1) P. Martin (dir.), Rapport sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, avr. 2012 (2) V. le communiqué du président du 10 mai 2016.

réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, sous la direction de Jean-Paul Jean<sup>3</sup>, consacre à la question une trentaine de pages (p. 129 s.), d'une tournure souvent doctrinale quand les autres sujets sont abordés sous un angle plus concret et organisationnel. Il ne s'agira pas de reprendre ici les arguments du débat opposant la préférence pour le maintien de la tradition de concision à la faveur pour une évolution vers l'explicitation<sup>4</sup>, mais de se concentrer sur les évolutions déjà réalisées et encore proposées. En effet, la façon de motiver étant sous la dépendance des choix des juges, sa modification est possible « à droit constant ». Pour ce faire, la Cour de cassation a choisi la voie de l'expérimentation, à l'instar du Conseil d'État<sup>5</sup> et à l'inverse du Conseil constitutionnel<sup>6</sup>. Au sein du groupe de travail de la Cour de cassation animé par le président Lacabarats, l'expérimentation a, d'abord, été menée sur des décisions déjà rendues, réécrites en plusieurs versions et autant de degrés possibles d'enrichissement, permettant de juger du meilleur rapport surcroît de clarté/difficulté de rédaction/modification des habitudes. L'expérimentation a, ensuite, été pratiquée sur les nouvelles décisions et tous les lecteurs auront probablement déjà croisé l'un de ces arrêts « à motivation enrichie ». Le rapport expose ces évolutions déjà réalisées, mais aussi celles restant à expérimenter. Son étude<sup>7</sup> suivra un cheminement proche en dressant le bilan des arrêts à motivation enrichie (I) et celui des éléments d'enrichissement (II), avant d'interroger les perspectives d'enrichissement (III).

## I - Les arrêts enrichis

La « motivation enrichie » des arrêts de la Cour de cassation n'est pas sa « nouvelle motivation ». En effet, les évolutions ne visent pas à modifier le style de l'ensemble des arrêts, mais seulement celui des arrêts les plus importants, restant à savoir lesquels.

**La position du rapport.** Le rapport propose une typologie de ces cas : « revirements de jurisprudence ; questions de principe ; intérêt pour l'unification de la jurisprudence ; application de normes européennes ou constitutionnelles ; réponses apportées à un moyen de conventionnalité ; questions préjudicielles » (p. 152, Prop. n° 33). La typologie n'est pas sans

rappeler, formulée autrement, celle envisagée pour le circuit approfondi ou le filtrage<sup>8</sup> : la motivation enrichie concerne donc les affaires qui sont au cœur de la mission normative de la Cour de cassation. On relativisera toutefois cette énumération. D'un côté, le rapport envisage à certains endroits des modifications à plus large échelle, susceptibles de concerner les arrêts du circuit simplifié, voire tous les arrêts, comme nous le verrons en troisième partie. De l'autre, l'énumération ne semble pas arrêtée, puisque le premier président Louvel a confié au président Pireyre l'animation de deux nouveaux groupes de travail, dont l'un doit « proposer des méthodes d'harmonisation des motivations enrichies dans les cas à définir où il conviendrait de recourir à cette technique ». Cette mission s'inscrit dans le prolongement des conclusions d'étape des réunions des présidents de chambre des 6 et 20 février 2017, selon lesquelles « une motivation enrichie doit être adoptée dans des hypothèses à déterminer avec précision, notamment en cas de revirement de jurisprudence et de contrôle de proportionnalité ». On n'en saura pas plus sur le besoin exprimé de déterminer ces hypothèses avec précision, ce qui semblait avoir été fait par le rapport. Le traitement englobant de la motivation enrichie *stricto sensu* et de celle qui n'est que la conséquence d'un nouveau contrôle de conventionnalité rend difficile la tentative d'analyse. Il reste toutefois possible d'estimer que, conformément à la logique d'expérimentation qui anime la réforme, le bilan des arrêts enrichis servira à dessiner ces cas types.

**Des cas expérimentés mais non systématisés.** Le rapport fait état, entre le 1<sup>er</sup> janvier 2015 et le 31 mars 2017, de cinquante-neuf arrêts et cinq avis enrichis<sup>9</sup>. Les expérimentations ont souvent concerné, du fait des cas auxquels de telles motivations sont destinées, des arrêts de première importance. Plusieurs d'entre eux ont dès lors été publiés au *Rapport annuel 2016*<sup>10</sup>. Cependant, cette dizaine d'arrêts enrichis représente une très faible proportion sur les soixante-cinq arrêts des chambres civiles les plus normatifs<sup>11</sup>. Tous ces arrêts n'appelaient pas nécessairement un surplus de motivation<sup>12</sup> ; toutefois, certains semblaient s'y prêter particulièrement. Il est ainsi possible de noter l'absence de motivation enrichie des arrêts rendus en assemblée plénière, y compris celui « amendant

(3) Ci-après « le rapport », à ne pas confondre avec « le Rapport annuel », qui désignera le Rapport annuel de la Cour de cassation pour l'année 2016. (4) Outre le rapport, nous nous permettrons de renvoyer à notre contribution, faite dans le cadre des travaux de la Commission de réflexion (cette expérience est ici utilisée lorsque sont évoqués les tests du groupe de travail) : Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ?, site de la Cour de cassation ; D. 2015. 222 ; en réaction à la volonté de réforme, V. l'opposition de P. Malaurie, JCP 2016. 318 ; et D. 2017. 768. (5) V. la note du SDER, Les modifications de rédaction et de motivation des arrêts de la juridiction administrative, déc. 2016, site de la Cour de cassation. (6) « Ce mode de rédaction s'appliquera désormais à l'ensemble des décisions rendues par le Conseil constitutionnel », communiqué préc. (7) La chronique ne traitera pas de la proportionnalité, pour laquelle la modification de la motivation traduit celle de la méthode de raisonnement, V. *supra*, la contribution de P. Ducoulombier, Contrôle de conventionnalité et Cour de cassation : de la méthode avant toute chose, D. 2017. 1778 ; elle ne traitera pas non plus des arrêts de la chambre criminelle car, pour pouvoir percevoir et apprécier un changement de pratique de rédaction, il faut être familiarisé avec ses méthodes antérieures, ce qui n'est pas notre cas. (8) V. *supra*, la contribution de F. Ferrand, Des circuits différenciés au filtrage des pourvois, D. 2017. 1770. (9) Pour le détail de ce recensement, V. SDER, Travaux menés par la commission de réflexion s'agissant de la motivation enrichie, avr. 2017, site de la Cour de cassation. (10) V. Civ. 1<sup>re</sup>, 8 déc. 2016, n° 15-27.201 ; 28 sept. 2016, n° 15-21.823 ; n° 15-16.117 ; 6 juill. 2016, n° 15-17.346 ; 6 avr. 2016, n° 15-10.552 ; Soc. 22 juin 2016, n° 15-20.111 ; 15 mars 2016, n° 14-16.242 ; Civ. 2<sup>e</sup>, 19 mai 2016, n° 15-12.767 ; Com. 3 mai 2016, n° 14-23.950 ; 22 mars 2016, n° 14-14.218. (11) Hors avis et chambre criminelle. Cette publication n'est pas d'une fiabilité absolue : ainsi, un arrêt dont la motivation enrichie fait état d'une évolution ne figure pas au *Rapport annuel*, Com. 15 nov. 2016, n° 14-26.287. (12) Ex. Civ. 1<sup>re</sup>, 9 nov. 2016, n° 15-24.210, qui énonce clairement une nouvelle jurisprudence, sans que l'on voie quelles informations données par le *Rapport annuel* auraient pu utilement ajouter à la compréhension.

(une) jurisprudence »<sup>13</sup> - même si la chambre mixte aura inauguré l'arrêt solennel et enrichi dès 2017<sup>14</sup>. Sont également non enrichis des arrêts qui viennent clarifier des jurisprudences troubles, clarification dont on pourrait penser qu'elle gagnerait à un enrichissement pédagogique<sup>15</sup>. Sont enfin non enrichis plusieurs arrêts qui sont présentés dans le *Rapport annuel* comme procédant à un revirement ou une évolution de la jurisprudence : on soulignera particulièrement l'évolution de la jurisprudence à l'occasion de la très médiatisée affaire *Lambert*, ce qui dédoublait les raisons de rendre sa lecture la plus accessible possible<sup>16</sup>; celle par laquelle « la chambre sociale de la Cour de cassation revient à une application plus orthodoxe des règles de la responsabilité civile et commune à l'ensemble des chambres civiles de la Cour de cassation » par une motivation ultra-succincte, quand la plupart des revirements faits dans une logique analogue ont bénéficié d'une motivation enrichie<sup>17</sup>.

**Les perspectives de cohérence.** Cette absence de régularité dans le recours à la motivation enrichie suscite quelques troubles et la doctrine, constatant le développement de la motivation enrichie, n'a pas manqué de souhaiter son extension à d'autres hypothèses<sup>18</sup> ou de regretter le recours à la motivation traditionnelle pour des arrêts qui auraient mérité plus amples développements<sup>19</sup>. Pourtant, par nature, une expérimentation demande du temps, lequel est aussi le gage d'une motivation qui aura trouvé son équilibre par petits pas et qui aura infléchi les habitudes sans les bousculer : l'expérimentation des changements de rédaction au Conseil d'État est ainsi en cours depuis début 2013. Cette construction par l'expérimentation semble toutefois plus avancée pour certaines hypothèses que pour d'autres. La motivation enrichie a l'air acquise pour les avis (p. 155, Prop. n° 29) : elle se caractérise par le style direct (qui l'était déjà avant la réflexion), le sous-titre « Motifs » et la citation des précédents - si besoin. Si depuis la loi, dite « J 21 », n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 les avis sont rendus par les chambres compétentes, ce changement d'attribution ne semble pas avoir eu d'incidence sur la nouvelle motivation, signe d'une évolution qui paraît actée<sup>20</sup>. Une autre hypothèse n'est pas pour l'heure systématisée, mais semble appelée à l'être, celle des revirements de jurisprudence. Leur motivation enrichie a été multi-expérimentée<sup>21</sup>; le rapport estime qu'elle « doit s'imposer en tout état de cause » (p. 154); elle a la faveur des conclusions d'étape; elle peut en outre se prévaloir des attentes de la Cour

européenne des droits de l'homme (CEDH)<sup>22</sup>. C'est d'ailleurs en leur nom que l'un des revirements enrichi est présenté dans le *Rapport annuel*<sup>23</sup>. Ce n'est pas tant, selon nous, le risque de condamnation qui importe ici que la force de conviction de la logique de la CEDH, celle qui souligne l'importance de la stabilité de la jurisprudence et la nécessité corrélative de ne la faire évoluer que pour des raisons impérieuses. Les raisons se conjuguent donc pour qu'une expérimentation déjà bien éprouvée soit systématisée, si ce n'est une difficulté non négligeable, qui consistera à cerner la notion de revirement de jurisprudence dans le champ plus vaste de l'évolution de l'interprétation. Il risque d'être plus difficile encore de systématiser des catégories d'arrêts enrichis hors avis et revirements. Par exemple, toute application d'une norme constitutionnelle ou européenne n'implique pas des références aux jurisprudences dédiées, notamment en présence d'un point de droit européen dont l'interprétation ne fait pas difficulté; tel n'est pas, en revanche, le cas lorsque la question soumise met en jeu un « dialogue » entre les juridictions. L'identification des arrêts à enrichir semble plutôt dépendre du jeu de divers indices tels que l'importance de la question, sa difficulté, son contexte judiciaire<sup>24</sup> et sa portée normative (sur le modèle de la hiérarchisation du lettrage « P-B-R-I »). Il est plus facile de faire état du type d'enrichissement qui pourra être intégré, là aussi de façon graduée, selon les arrêts et les considérations ayant conduit à la décision.

## II - Les éléments d'enrichissement

Les enrichissements expérimentés sont, selon le rapport, variés : « (style libre, explications plus complètes, citation de précédents ou de décisions des cours européennes) » (p. 149). Se sont dégagées par ces expérimentations des « bonnes pratiques » dont l'application systématique est préconisée » (p. 150).

**Dialogue des juges apparent.** L'une des ambitions de la réforme, telle que formulée par le premier président Louvel, est de restaurer l'autorité de la Cour de cassation dans le concert des hautes juridictions. On sait que les rapports jurisprudentiels entre ces institutions reposent sur la figure passe-partout du « dialogue des juges ». On sait également que la Cour de cassation mentionnait déjà, et de plus en plus, des décisions européennes ou constitutionnelles. Elle pratiquait toutefois encore souvent un « dialogue sans paroles »<sup>25</sup>, figure au potentiel

(13) Cass., ass. plén., 8 avr. 2016, n° 14-18.821. (14) Cass., ch. mixte, 24 févr. 2017, n° 15-20.411; ce qui n'est pas le cas de 7 juill. 2017, n° 15-25.651. (15) Soc. 22 juin 2016, n° 14-29.246; 11 juill. 2016, n° 15-12.752. (16) Civ. 1<sup>re</sup>, 8 déc. 2016, n° 16-20.298. (17) Soc. 13 avr. 2016, n° 14-28.293. (18) Ex., Procédures 2016. Repère 6, obs. C. Nourissat, extension au contentieux de la CVIM; Gaz. Pal. 2016, n° 19, p. 51, obs. B. Dondero, extension au-delà des revirements; Dr. sociétés 2016. Étude 16, obs. M.-H. Monsérié-Bon, extension à une jurisprudence en matière de cession de droits sociaux (19) À propos de Civ. 3<sup>e</sup>, 9 févr. 2017, n° 16-10.350, D. 2017. 1107, note G. Casu; RDC 2017. 227, obs. Y.-M. Lathier; à propos de Civ. 2<sup>e</sup>, 12 mai 2016, n° 15-18.019, Gaz. Pal. 30 août 2016, p. 64, obs. C. Bléry; à propos de Civ. 1<sup>re</sup>, 4 mai 2017, n° 16-17.189, D. 2017. 1404, note B. Moron-Puech; à propos de Com. 11 mai 2017, n° 14-29.717, CCC 2017. Comm. 147, obs. N. Mathey. (20) Ex. Crim. 26 mai 2017, n° 17-70.006. (21) Com. 22 mars 2016, n° 14-14.218, préc.; Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avr. 2016, n° 15-10.552 (motivation reprise et enrichie par 1<sup>er</sup> mars 2017, n° 16-12.490, qui en fait application), préc.; Civ. 2<sup>e</sup>, 19 mai 2016, n° 15-12.767, préc.; Com. 15 nov. 2016, n° 14-26.287, préc.; 29 mars 2017, n° 15-17.659; Cass., ch. mixte, 24 févr. 2017, n° 15-20.411, préc. (22) CEDH 14 janv. 2010, n° 36815/03, *Atanasovski c/ ex-République yougoslave de Macédoine*, § 38. (23) Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avr. 2017, n° 15-10.552, préc. (24) Contexte qui peut trahir un besoin de pédagogie. A. Lacabarats énonçait ainsi certaines catégories : « la nécessité de dissiper des équivoques et des divergences d'appréciation dans l'application de la règle de droit »; « la volonté de faire preuve de pédagogie, notamment à l'égard des juges du fond », Synthèse sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation, nov. 2016, site de la Cour de cassation. (25) L'expression est d'O. Dutheillet de Lamothé.



communicationnel somme toute assez limité. Dans le cadre de la motivation enrichie, certains arrêts ont pratiqué des références plus nourries à la jurisprudence de la CEDH<sup>26</sup>, de la Cour de justice de l'Union européenne<sup>27</sup> ou du Conseil constitutionnel<sup>28</sup>. Cependant, le dialogue n'implique pas seulement d'écouter l'autre voix: il faut aussi rendre la sienne audible, ce qui implique de la part de la Cour de cassation un surcroît de pédagogie, ce qu'elle a fait par exemple pour justifier l'absence de tout doute raisonnable quant à l'interprétation d'une directive et donc le non-renvoi à la Cour de justice<sup>29</sup>.

**Explications et pédagogie.** Certains arrêts n'ont d'autre enrichissement qu'un supplément de pédagogie<sup>30</sup>. Plus discrets, moins facilement repérables, ces apports n'en sont pas moins d'une grande importance pour l'intelligibilité de la décision<sup>31</sup>. Tout en restant rigoureusement formulé, sans explication des raisons ou fioritures sur les implications, l'énoncé du droit applicable est plus détaillé, souvent par étapes déroulant les différentes composantes juridiques aboutissant à la règle pertinente. Ce souci didactique est souligné par le commentaire au *Rapport annuel* d'un arrêt qui « constitue une nouvelle illustration d'une motivation enrichie à laquelle se livre la Cour de cassation depuis quelque temps dans certaines de ses décisions, puisque, au lieu du paragraphe unique formulant la règle énoncée, l'arrêt explicite la règle en trois paragraphes constituant une argumentation »<sup>32</sup>. Il est possible de se demander si certains de ces efforts de pédagogie ne s'inspirent pas des méthodes pratiquées par le Conseil d'État depuis le début des années 2000, par exemple par un exposé plus précis et complet du droit applicable<sup>33</sup> ou par l'introduction de modes d'emploi, relevés par la doctrine<sup>34</sup>. L'enrichissement pédagogique est souvent suffisant pour exposer une règle de droit complexe ou inédite. En revanche, certains arrêts appellent d'autres ajouts, en ce que l'interprétation qu'ils retiennent rompt avec la lignée jurisprudentielle antérieure.

**La mention des précédents.** Si les arrêts pédagogiques ont été les plus discrets, ceux mentionnant les précédents de la Cour de cassation ont été les plus remarquables. Le rapport révèle

que cette mention « a divisé également les participants aux travaux de la commission » (p. 153), comme elle avait divisé les membres du groupe de travail du Conseil d'État<sup>35</sup> et comme elle divise la doctrine<sup>36</sup>. Elle a pourtant été très rapidement expérimentée, sous des formes variées: ainsi, un arrêt mentionne des précédents pour une question posée pour la première fois, afin de mieux expliquer son articulation avec une lignée jurisprudentielle proche<sup>37</sup>; sur la forme, des précédents ont été mentionnés dans l'exposé faits-procédure<sup>38</sup>, d'autres dans le sommaire d'un arrêt<sup>39</sup>. Cependant, et de très loin, les précédents le plus souvent mentionnés sont ceux qui sont abandonnés par l'arrêt, la Cour opérant ainsi des revirements explicites. Les commentateurs se sont peu offusqués du principe de cette apparition des précédents<sup>40</sup>, préférant souvent discuter de la façon dont les arrêts les utilisaient<sup>41</sup>. Il a ainsi été relevé l'avantage « de couper court à toute tentative de certains praticiens de faire survivre » l'ancienne jurisprudence en jouant sur les distinctions<sup>42</sup>. En revanche, la mention des précédents a été critiquée: parce qu'elle ne peut tenir lieu de raison déterminante<sup>43</sup>; parce qu'elle doit citer des décisions pertinentes<sup>44</sup>. Le rapport de la commission de réflexion fait état de cette dernière critique et en déduit la nécessité de poursuivre la réflexion sur « le bon usage du précédent » (p. 154).

**La révélation des raisons.** À partir du moment où la Cour de cassation admet qu'elle ne peut maintenir son précédent, elle doit donner les raisons qui justifient de malmenager la stabilité de sa jurisprudence. Les revirements enrichis ont tous pratiqué l'exercice, mettant par exemple en avant le souci de mettre fin à une divergence de jurisprudence<sup>45</sup> ou celui de s'adapter aux évolutions législatives connexes. Cet élément d'enrichissement est potentiellement susceptible d'éclairer aussi les « premières interprétations » les plus difficiles. Pourtant, si l'année 2017 a vu l'extension de la révélation des raisons, ce n'est pas dans le sens d'un élargissement des types d'arrêt en bénéficiant mais dans celui d'un allongement de leur exposé: les raisons deviennent raisonnablement<sup>46</sup>. Plusieurs commentateurs de l'arrêt de chambre mixte ont souligné que ces explications plus nombreuses aboutissaient finalement à opacifier le message

(26) Civ. 1<sup>re</sup>, 8 déc. 2016, n° 15-27.201, préc.; 30 nov. 2016, n° 15-21.946; 9 nov. 2016, n° 15-25.068; 6 juill. 2016, n° 15-17.346, préc.  
(27) Civ. 1<sup>re</sup>, 14 déc. 2016, n° 14-11.437; Soc. 22 juin 2016, n° 15-20.111, préc. (28) Soc. 15 mars 2016, n° 14-16.242, préc.; Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juill. 2016, n° 15-17.346, préc.; Com. 25 janv. 2017, n° 15-23.547. (29) Civ. 1<sup>re</sup>, 15 juin 2016, n° 15-20.022. (30) Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avr. 2017, n° 15-10.552, préc.; Civ. 3<sup>e</sup>, 20 oct. 2016, n° 15-19.091; 7 juill. 2016, n° 15-19.485; n° 15-10.278; Com. 3 mai 2016, n° 14-23.950, préc.; Soc. 3 mai 2016, n° 15-11.046; Crim. 17 févr. 2016, n° 15-85.363. (31) D. 2016. 2052, obs. J. Mattiussi, ss Civ. 1<sup>re</sup>, 15 juin 2016, n° 15-20.022: « L'effort explicatif dans cet arrêt n'en demeure pas moins appréciable: l'analyste n'a pas à recomposer lui-même les "motifs des motifs" de la solution ». (32) Soc. 8 juin 2016, n° 14-13.418; V. l'éclairante comparaison de deux arrêts rendus le même jour sur le même sujet, l'un en motivation classique, l'autre enrichie, par C. Frouin, Gaz. Pal., 14 juin 2016, p. 74. (33) Civ. 1<sup>re</sup>, 28 sept. 2016, n° 15-16.117, préc., pour une jurisprudence d'ailleurs revendiquée comme convergente avec celle du Conseil d'État. (34) Com. 29 mars 2017, n° 15-17.659, préc., V. Procédures 2017. Comm. 121, obs. H. Croze; 29 nov. 2016, n° 15-12.350, D. 2016. 2462, obs. A. Lienhard; RTD com. 2017. 192, obs. A. Martin-Serf. Notons toutefois que ces attendus sont très loin des précieux considérants mode d'emploi du Conseil d'État. (35) P. Martin (dir.), Rapp. préc., p. 31 s. (36) Comp. P.-Y. Gautier, Contre le visa des précédents dans les décisions de justice, D. 2017. 752; et RTD civ. 2016. 65, obs. P. Deumier. (37) Civ. 1<sup>re</sup>, 28 sept. 2016, n° 15-21.823, préc. (38) Soc. 2 mars 2016, n° 14.16.414. (39) Civ. 2<sup>e</sup>, 3 nov. 2016, n° 15-21.958. (40) Quand ils ne l'ont pas franchement approuvée, ex. JCP E 2017. 1164, n° 18, obs. P. Pétel. (41) Ex. RDC 2016. 435, obs. Y.-M. Laithier: « Les réserves que l'on peut exprimer ne tiennent pas à l'initiative de la Cour de cassation, qui est excellente en soi, mais à sa mise en œuvre en l'espèce ». (42) L. Mayaux obs. ss Civ. 2<sup>e</sup>, 19 mai 2016, n° 15-12.767, JCP 2016. 811. (43) Ex. RTD civ. 2016. 343, obs. H. Barbier; JCP E 2016. 1554, n° 5, obs. M. Caffin-Moi; JCP 2016. 522, obs. D. Mazeaud. (44) V. R. Libchaber, Une motivation en trompe-l'œil: les cailloux du Petit Poucet, JCP 2016. 632. (45) Selon nous, la cohérence comme la stabilité de la jurisprudence constituent de puissantes raisons de revirer. (46) Cass., ch. mixte, 24 févr. 2017, n° 15-20.411, préc.; Com. 29 mars 2017, n° 15-17.659, préc.

délicat : « Explications sur explications génèrent la confusion »<sup>47</sup>. Il est possible de se demander en outre si l'allongement est conforme au projet de rendre des arrêts qui, pour être enrichis, n'en restent pas moins rigoureux et concis. Il faut y ajouter que le caractère collégial du délibéré des motifs ne va pas nécessairement de pair avec une motivation trop étoffée. Avant d'en conclure que le surenrichissement de motivation nuit à l'enrichissement, il faut doublement relativiser ces appréciations. D'une part, l'accueil réservé au précédent de la chambre mixte peut être mis en balance avec celui reçu par les arrêts du 29 mars 2017 de la chambre commerciale, dont le développement semble avoir été apprécié<sup>48</sup>. D'autre part, les revirements « simplement enrichis » avaient déjà été diversement appréciés du point de vue du niveau de développement utile<sup>49</sup>. En définitive, là encore, le bon niveau d'enrichissement est relatif, et varie selon la complexité de la question juridique, la richesse du contexte normatif qui l'éclaire, la diversité (et l'« avouabilité ») des raisons ayant déterminé la solution. Cette relativité peut toutefois aller de pair avec une certaine harmonisation, justifiant de poursuivre l'expérimentation, afin de dégager un standard qui conserve la rigueur traditionnelle tout en donnant accès aux explications utiles à la compréhension - et à elles seules. La poursuite de l'expérimentation pourrait être l'occasion d'ouvrir les arrêts à des propositions encore non explorées.

### III - Vers d'autres enrichissements ?

**Structuration et style.** Un nombre non négligeable des « améliorations encore possibles » envisagées par le rapport concerne la forme des arrêts (p. 154-157). Afin d'augmenter leur lisibilité, le rapport propose une structuration valable pour tous les arrêts (et non la seule ultra-sélection bénéficiant d'une motivation enrichie), faisant apparaître les subdivisions « I. Faits et procédure », « II. Moyens du pourvoi », « III. Motifs de l'arrêt ». Dans le même souci, il est proposé, soit pour tous les arrêts, soit pour les seuls enrichis, une numérotation des paragraphes<sup>50</sup>. Enfin, sans longs développements pour une question pourtant sensible, le rapport propose de supprimer les attendus pour adopter le style direct ou, dans une proposition alternative, de ne les maintenir que pour la partie motifs, ce qui serait « conforme à une pratique de nombreuses juridictions du fond »<sup>51</sup>. Il est possible de comprendre que cette dernière proposition suscite des réticences tant la

phrase unique est une marque de la tradition de rédaction de la Cour de cassation - même si la tradition n'est pas intouchable : le rapport constate son abandon par nombre de juridictions étrangères, auxquelles il faut ajouter l'expérimentation désormais bien amortie par le Conseil d'État et la rupture déjà consommée par le Conseil constitutionnel. Les propositions de numérotation et de subdivisions heurtent moins frontalement cette tradition, tout en la faisant évoluer, les tests de réécriture réalisés au sein du groupe de travail ayant pu témoigner d'un important apport à la lecture et au maniement de la décision au prix d'une évolution légère. C'est pourtant l'ensemble de ces propositions que les conclusions d'étape des réunions des présidents de chambre semblent avoir voué à l'abandon, estimant qu'« une modification de la structure formelle des arrêts de la Cour de cassation, intimement liée à la technique de cassation, n'apparaît pas justifiée ». Le sort réservé à une ultime proposition, la plus importante selon nous, n'est pas aussi clairement scellé.

**L'autre mention des précédents.** Le revirement de jurisprudence n'est pas le seul cas pour lequel le rapport propose la mention des précédents : s'y ajoute le « non-respect par la cour d'appel d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation » (p. 154, Prop. n° 34). Comme les autres évolutions, cette modification ne ferait finalement que rendre transparent ce qui est déjà fait, et su, mais qui n'est pas dit ; plus que les autres évolutions, elle afficherait la stabilité de la jurisprudence de la Cour de cassation et son autorité réelle sur les juges du fond. Celle-ci repose, selon nous, sur une directive à suivre pour assurer l'uniformité de l'interprétation du droit, sauf à justifier des raisons de s'en écarter. Le précédent n'est pas obligatoire pour autant, et les juges du fond conservent la liberté de résister. Pour concilier ces deux affirmations apparemment contradictoires, il faut distinguer les cas de rébellions constructives des cas de méconnaissances illégitimes<sup>52</sup>. Les premières veulent amener la Cour de cassation à faire évoluer sa jurisprudence par une résistance solidement motivée. Cette figure de résistance est connue dans le cadre du second pourvoi, conçu pour cette hypothèse, mais elle peut également se pratiquer à l'occasion de litiges ultérieurs. À côté de ces résistances du fond qui participent à la construction de la jurisprudence se trouvent des cas récurrents de simple méconnaissance de celle-ci, qui appellent plus souvent des décisions « simples » et des cassations évidentes. Il est difficile de savoir laquelle de ces hypothèses est envisagée par la Commission de réflexion. En effet,

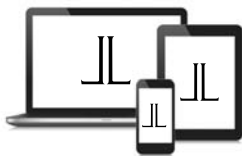
(47) D. 2017. 793, obs. B. Fauvarque-Cosson ; JCP 2017. 325, n° 5, obs. Y.-M. Serinet : « Mais à trop vouloir (se) justifier, ne risque-t-on pas de fragiliser une bonne solution ? » ; CCC 2017. Comm. 93, obs. L. Leveneur : « Mais il n'est pas certain que la motivation que la Cour de cassation s'efforce de développer plus que d'habitude donne quelque chose : le risque, lorsqu'elle n'est pas absolument convaincante, est même d'affaiblir l'autorité des décisions et de leur auteur ». (48) Com. 29 mars 2017, n° 15-17.659, préc. ; n° 15-24.241. V. CCC 2017. Comm. 98, obs. N. Mathey, not. : « Elle établit ainsi une forme de chaîne de décisions pour faire apparaître la difficulté qu'elle entend régler mais aussi pour préparer sa solution » ; égal., Procédures 2017. Comm. 121, obs. H. Croze, « la Cour recourt à la technique de la motivation élargie qu'elle a inaugurée en rappelant sa jurisprudence antérieure ; elle le fait avec sa clarté et sa fermeté habituelle, digne des proclamations napoléoniennes ; on est loin d'un quelconque contrôle de proportionnalité que l'on a pu qualifier de "bouillie pour les chats" ». (49) D. Noguéro, obs. ss Civ. 2<sup>e</sup>, 19 mai 2016, n° 15-12.767, JCP 2016. 916 : « Dans son actuelle ambition pédagogique de nourrir sa motivation (Com. 22 mars 2016, n° 14-14.218, préc.), on trouvera un peu courts les motifs de mai de la Cour de cassation simplement affirmatifs plutôt que véritablement didactiques quant aux ressorts de cette volte-face » ; à l'inverse, N. Dissaux, à propos de Com. 22 mars 2016, n° 14-14.218, JCP E 2016. 1251 : « Hélas, on peut être long et manquer l'essentiel. Le bavardage, pas plus que la concision, n'est gage de qualité ». (50) Crim. 30 mars 2016, n° 16-90.001 et n° 16-90.005. (51) A. Lacabarats, préc. (52) V. J.-L. Aubert, Pour des rébellions constructives, RTD civ. 1992. 338.

la proposition n° 34 est expressément formulée « pour les arrêts à motivation enrichie », ce qui évoque plutôt la mention de précédents pour la cassation de résistances certes constructives mais n'ayant pas pour autant convaincu. Cependant, l'explication qui précède la proposition évoque « une motivation - et un rapport du conseiller, l'un et l'autre allégés, pour le rappel d'une jurisprudence constante lors d'une cassation », ce qui renvoie plutôt nettement à la cassation évidente<sup>53</sup>. Quoiqu'il en soit, ces utilisations des précédents soulèvent toutes deux des questions fondamentales et centrales pour l'autorité que la

Cour de cassation cherche à retrouver ou assumer; elles risquent corrélativement de démultiplier les difficultés déjà rencontrées en matière de choix du précédent pertinent, de modifier les rapports avec les juges du fond et d'inciter des stratégies judiciaires plus ou moins bien déployées<sup>54</sup>: la réflexion mérite assurément d'être approfondie et jointe à la proposition du rapport d'élargir la réflexion à la rédaction des arrêts de cours d'appel et des mémoires (V. Prop. nos 58 et 28), pour affronter ce qui constitue peut-être le dernier véritable défi de la Cour de cassation en matière de motivation.

(53) La solution est aussi proposée par L. Cadet et C. Chainais dans le cadre du circuit simplifié, « ce qui serait du reste de nature à tarir un contentieux répétitif et à satisfaire les praticiens, si l'on se fonde sur l'expérience néerlandaise en ce domaine » (p. 101). (54) Sur ces craintes, V. P. Martin (dir.), préc., p. 30 s.

## INCLUS DANS VOTRE ABONNEMENT PAPIER : LA VERSION NUMÉRIQUE



### Les +

- L'accès aux revues 2 à 10 jours avant la parution papier ;
- Le confort de lecture et des fonctionnalités de recherche et de navigation avancées ;
- Les archives depuis 2009 ;
- Un accès 24 h/24 sur Internet et hors connexion via les applis iOS et Android.

Téléchargez gratuitement l'application



compatible smartphones et tablettes

et en version feuilletable  
sur [www.dalloz-revues.fr](http://www.dalloz-revues.fr)

Pour toute question, notre service Relations clientèle se tient à votre disposition au  **0 820 800 017** 0,12 € TTC/MN