



HAL
open science

Le visa en cassation civile

Adrienne Callejas

► **To cite this version:**

Adrienne Callejas. Le visa en cassation civile. Droit. Aix Marseille Université, 2017. Français. NNT : . tel-02536159

HAL Id: tel-02536159

<https://hal.science/tel-02536159>

Submitted on 7 Apr 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE
ÉCOLE DOCTORALE SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

LE VISA EN CASSATION CIVILE

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue publiquement le 15 mai 2017 par

Adrienne CALLEJAS

- Directeurs de recherches :** **M. Jean-Louis BERGEL**
Professeur émérite à l'Université d'Aix-Marseille
- M. Jean-Yves CHÉROT**
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille
- Rapporteurs :** **M. Nicolas MOLFESSIS**
Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas
- M. Patrick MORVAN**
Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas
- Examineurs :** **M. Jean-Pierre GRIDEL**
*Agrégé des facultés de droit, Conseiller doyen
honoraire à la Cour de cassation*
- M. Frédéric ROUVIÈRE**
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

*La faculté n'entend donner ni approbation ni improbation
aux opinions émises dans les thèses.
Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs
auteurs.*

Mes remerciements sincères vont à mes directeurs de thèse, les professeurs Jean-Louis Bergel et Jean-Yves Chérot, pour leurs conseils, leur soutien et leur disponibilité.

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE

LE VISA : FONDEMENT LOGIQUE DE LA CASSATION

TITRE 1 – LA PRÉSENTATION DU VISA COMME FONDEMENT LOGIQUE DE LA CASSATION

Chapitre 1 – Analyse de la déduction dans les cassations sanction de l'utilisation d'une mauvaise prémisse

Chapitre 2 – Analyse de la déduction dans les cassations sanction d'une atteinte à la logique

TITRE 2 – L'IRRÉDUCTIBILITÉ DE LA CASSATION À UNE DÉDUCTION FORMELLE

Chapitre 1 – Les obstacles théoriques à une conception du visa comme fondement logique de la cassation

Chapitre 2 – Visas et détermination des prémisses de la cassation

DEUXIÈME PARTIE

LE VISA : JUSTIFICATION DE LA CASSATION

TITRE 1 – LA JUSTIFICATION PAR LA RÉFÉRENCE À UN TEXTE

Chapitre 1 – La nature de la justification opérée par la référence textuelle

Chapitre 2 – Le type de texte susceptible de justifier une cassation

TITRE 2 – LA JUSTIFICATION PAR RÉFÉRENCE NON TEXTUELLE

Chapitre 1 – La nature de la justification opérée par la référence non textuelle

Chapitre 2 – Le type de référence non textuelle susceptible de justifier une cassation

TROISIÈME PARTIE

LE VISA : MESSAGE DE LA COUR DE CASSATION

TITRE 1 – LA NATURE DE L'INFORMATION RECHERCHÉE DANS LE VISA

Chapitre 1 – L'information sur les règles de droit

Chapitre 2 – L'information sur les sources du droit

TITRE 2 – LES PROBLÈMES DE RÉCEPTION DU MESSAGE

Chapitre 1 – Les causes des problèmes de réception

Chapitre 2 – Les techniques de résolution des problèmes de réception

LISTE DES ABRÉVIATIONS

1 ^{ère} civ.	1 ^{ère} chambre civile de la Cour de cassation
2 ^{ème} civ.	2 ^{ème} chambre civile de la Cour de cassation
3 ^{ème} civ.	3 ^{ème} chambre civile de la Cour de cassation
Actu. proc. coll.	Actualité des procédures collectives
AJ Fam.	Actualité juridique famille
Art.	Article
Ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation
Bull.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
Bull. Joly	Bulletin Joly sociétés
c/	Contre
C. com.	Code de commerce
CA	Cour d'appel
CC	Conseil constitutionnel
CCC	Contrats Concurrence Consommation
CCE	Communication Commerce Électronique
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CEDS	Comité européen des droits sociaux
CESDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme
Ch.	Chambre
Ch. mixte	Chambre mixte, Cour de cassation
Chron.	Chronique
CIVI	Commission d'indemnisation des victimes d'infractions
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union Européenne
CMF	Code monétaire et financier
Coll.	Collection
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
comm.	Commentaire
<i>contra</i>	Contraire
cpc	Code de procédure civile
cpu	Code de la propriété intellectuelle
cpp	Code de procédure pénale
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
D.	Recueil Dalloz
D. actu	Dalloz actualité
DH	Recueil Dalloz hebdomadaire
dir.	Sous la direction de
DP	Recueil Dalloz périodique

Dr. et proc.	Revue droit et procédures
Dr. fam.	Revue Droit de la famille
Dr. soc.	Droit social
Dr. sociétés	Droit des sociétés
éd.	Edition
Fasc.	Fascicule
FIFA	Fédération internationale de football association
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
<i>Ibid.</i>	Ibidem
<i>Infra</i>	Ci-dessous
IR	Informations rapides
IRJS	Institut de recherche juridique de la Sorbonne
J.-Cl.	Juris-Classeur
JCP G, E, N, S	Semaine juridique, édition Générale, Entreprise, Notariale, Sociale
JORF	Journal officiel de la République française
JS Lamy	Jurisprudence sociale Lamy
jur.	Jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
obs.	Observations
<i>op. cit.</i>	<i>Opere citato</i> , cité précédemment
pan.	Panorama
pp.	Page à page
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RCA	Responsabilité civile et assurance
RDC	Revue des contrats
RDP	Revue du droit public et de la science politique
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
RDT	Revue de droit du travail
RUU	Règles et usances uniformes
Rec. CJUE	Recueil des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne
Rec. CE	Recueil des arrêts du Conseil d'État
Rép. Civ.	Répertoire civil Dalloz
Rép. proc. civ.	Répertoire de de procédure civile
Req.	Requête
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
Rev. proc. coll.	Revue des procédures collectives
Rev. sociétés	Revue des sociétés (Dalloz)
Rev. trav.	Revue du travail
RFDA	Revue française de droit administratif

RGDA	Revue générale du droit des assurances
R.I.E.J.	Revue interdisciplinaire d'études juridiques
RJFP	Revue juridique personne et famille
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RLDC	Revue Lamy Droit civil
RLDA	Revue Lamy Droit des affaires
RRJ	Revue de recherche juridique et de droit prospectif
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
S.	Recueil Sirey
s.	Suivant(s)
SARL	Société à responsabilité limitée
sect.	Section
Sem. soc. Lamy	Semaine sociale Lamy
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
Spéc.	Spécialement
suppl.	Supplément
<i>supra</i>	Ci-dessus
Trib. Cass.	Tribunal de cassation
v.	Voir
vol.	Volume

INTRODUCTION

1. Toujours « vu » mais pas systématiquement remarqué, le visa introduit tous les arrêts de cassation. Désignant la règle qui a été méconnue par la juridiction du fond, le visa justifie l'annulation de la décision attaquée, et constitue la marque du contrôle de légalité opéré par la Cour de cassation. Conçu à l'origine comme le début et la fin du pouvoir de la Cour de cassation, le visa doit, en obligeant le juge à préciser le texte de loi qui a été violé, permettre de s'assurer qu'il se contente d'annuler les jugements qui ont enfreint la loi, et ainsi éviter que la Cour gardienne de la légalité ne s'arroge le pouvoir de créer du droit.

2. La conception de la cassation ayant fortement évolué, il est possible de se demander si le visa est resté un outil adapté. En effet, la Cour de cassation n'est plus seulement la gardienne de la loi au sens formel, mais la garante de l'unité de l'application du droit¹. Son pouvoir normatif fait aujourd'hui quasiment l'unanimité². En atteste la possibilité qu'elle a de viser une règle de droit ou un principe pour appuyer la cassation³. Dès lors, quel est le sens de l'obligation pour la Cour de cassation de viser la règle de droit sur laquelle la cassation est fondée⁴ ? Pour bien saisir les enjeux d'une telle question, il est nécessaire de remonter aux origines du visa.

I. L'origine légaliste du visa

3. **La création du Tribunal de cassation.** Une grande défiance à l'égard du pouvoir judiciaire a présidé à la création du Tribunal de cassation. Sous l'Ancien Régime les cours souveraines s'étaient non seulement arrogé le pouvoir de créer des règles, mais aussi de ne pas se sentir liées par celles-ci lorsque l'équité le commandait⁵. C'est pour éviter une telle dérive, qui

¹ L. CADIET, « Observations conclusives », *in* (dir.) Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, *Le juge de cassation en Europe*, éditions Dalloz, 2012, p. 105 s., spéc. p. 110.

² L'évoquant, par exemple : C. CHARRUAULT, « Remarques sur la mission disciplinaire du juge de cassation », *in* (dir.) Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, *Le juge de cassation en Europe*, éditions Dalloz, 2012, p. 87 s. ; D. LORIFERNE, « La technique de cassation en matière judiciaire », *in* (dir.) Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, *Le juge de cassation en Europe*, éditions Dalloz, 2012, p. 73 s., spéc. p. 77 ; L. CADIET, « Observations conclusives », *in* (dir.) Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, *Le juge de cassation en Europe*, éditions Dalloz, 2012, p. 105 s., spéc. p. 110.

³ P. MORVAN, « Les visas de principes dans la jurisprudence de la Cour de cassation : inventaire d'un droit « hors-la-loi », *LPA*, 08 juin 2005, n°113 p. 5.

⁴ Article 1020 du code de procédure civile.

⁵ Y-L HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, PUF, 1965, p. 9 à 25.

aurait risqué de réduire à néant les lois révolutionnaires⁶, que les membres de l'Assemblée nationale constituante ont décidé d'instituer le Tribunal de cassation. Mais la méfiance existait aussi à l'égard du juge de cassation que l'on allait instituer. Pour s'assurer que cette « sentinelle établie pour le maintien des lois »⁷ n'outrepasse pas elle-même la loi, les constituants ont estimé nécessaire de limiter ses pouvoirs. L'idée était de soumettre autant que possible le Tribunal au pouvoir législatif, de façon à empêcher la naissance d'une jurisprudence de cette juridiction⁸. Ainsi, il a été décidé que le renouvellement des juges se ferait en son entier tous les quatre ans⁹. De même, le Tribunal a été soumis à un référé législatif lorsque, à la suite de deux cassations intervenant dans une même affaire, la juridiction du fond ne se serait pas rangée derrière la solution du Tribunal de cassation¹⁰. Ensuite, les constituants ont souhaité limiter strictement les cas d'ouverture à cassation¹¹ à la seule violation des formes des procédures, et à « la contravention expresse au texte de la loi »¹². Enfin, et c'était une réelle nouveauté par rapport à l'Ancien Régime, les constituants ont eu la volonté de « rendre l'opinion publique juge des juges [de façon à] les renfermer plus strictement dans leurs devoirs »¹³. C'est dans cet objectif que l'article 17 du décret-loi des 17 novembre et 1^{er} décembre 1790 fut adopté, aux termes duquel « l'intitulé du jugement de cassation portera toujours, avec les noms des parties, l'objet de leurs demandes, et le dispositif

⁶ Par exemple : GOUPIL, *Le moniteur universel, Réimpression de l'ancien Moniteur, seule histoire authentique et inaltérée de la révolution française depuis la réunion des États-généraux jusqu'au Consulat (mai 1789-novembre 1799) avec des notes explicatives*, Plon, Paris, Volume 6, discussion du 12 novembre 1790, p. 343 : « La législation est inutile si l'exécution des lois n'est pas assurée. » ; PRIEUR, *Moniteur universel* p. 344 : « la question me paraît si importante que sans elle il serait inutile de faire des lois, puisque rien n'en garantirait l'exécution » et il donne un exemple où l'assemblée nationale a permis de rétablir l'application de la loi.

⁷ PRIEUR, *Moniteur universel, op. cit.*, Volume 6, p. 344.

⁸ Ainsi, à propos de la durée du mandat des juges de cassation, Chapelier a pu dire, et fut applaudi pour cela : « Le Tribunal de cassation, pas plus que les tribunaux de districts, ne doit avoir de jurisprudence à lui. Si cette jurisprudence des tribunaux, la plus détestable de toutes les institutions, existait dans le Tribunal de cassation, il faudrait la détruire. L'unique but des dispositions sur lesquelles vous allez délibérer est d'empêcher qu'elle ne s'introduise. », Discussion du samedi 20 novembre 1790, *Moniteur universel, op. cit.* Volume 6, p.415.

⁹ Article 1^{er} de la loi du 1^{er} décembre 1790, in *Lois annotées ou lois, décrets, ordonnances, etc...*, 1^{ère} série, 1789-1830 par A. A. CARETTE, Pouleur, Paris, Volume 2 p. 81.

¹⁰ Article 21 loi 27 novembre-1^{er} décembre 1790 : « Mais lorsque le jugement aura été cassé deux fois, et qu'un troisième tribunal aura jugé en dernier ressort, de la même manière que les deux premiers, la question ne pourra plus être agitée au Tribunal de cassation qu'elle n'ait été soumise au Corps législatif, qui, en ce cas, portera un décret déclaratoire de la loi ; et lorsque ce décret aura été sanctionné par le Roi, le Tribunal de cassation s'y conformera dans son jugement ». Cette disposition est adoptée sans difficulté : Voir débats du 19 novembre 1790, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, tome XX, p. 538.

¹¹ *Le moniteur universel*, Volume 6, 12 novembre 1790, p. 343 et s.

¹² Art. 3 du décret des 27 novembre et 1^{er} décembre 1790, portant institution d'un Tribunal de cassation, et réglant sa composition, son organisation et ses attributions, in *Lois, décrets, ordonnances, etc...*, *op. cit.* p. 79 : « Il annulera toutes procédures dans lesquelles les formes auront été violées, et tout jugement qui contiendra une contravention *expresse* au texte de la loi ».

¹³ PRUGNON, *Le moniteur universel, op. cit.*, Volume 6, p. 335.

contiendra le texte de la loi ou des lois sur lesquelles la décision sera appuyée »¹⁴. Cette disposition, qui était la seule prévoyant une obligation de motivation, est directement à l'origine de l'institution du visa.

4. Le visa, garantie contre l'arbitraire. L'obligation pour le Tribunal de cassation de se référer au texte de loi auquel il a été expressément contrevenu est alors conçue comme une véritable limitation au pouvoir de celui-ci. En effet, en l'obligeant à citer la loi qui a été violée par la juridiction du fond, on s'assure que celui-ci ne fait qu'appliquer la loi. La contravention au texte de la loi devant être *expresse*¹⁵, nulle place n'est laissée pour l'interprétation de la loi, qui est une prérogative du pouvoir législatif. Le rôle du Tribunal de cassation se limite à sanctionner les contrariétés évidentes entre le texte de la loi et le jugement qui lui est déféré. Dans une telle situation, le visa est véritablement le fondement de la cassation en même temps qu'il est le titre de la cassation. Il n'est rien de plus que le texte qui a été manifestement violé.

Le visa est alors la seule motivation nécessaire à l'arrêt, puisque qu'il suffit qu'un texte ait été expressément violé pour que la cassation intervienne. La contrariété entre le texte et la décision cassée devant apparaître de façon évidente, il n'est nul besoin d'autres motifs à l'arrêt. Mais, plus encore, le visa est la seule motivation possible de l'arrêt. Le visa se présente ainsi comme l'élément central des arrêts de cassation, tant par sa fonction, que par la place qu'il occupe.

Les premiers jugements du Tribunal de cassation sont à cet égard significatifs. Ils commençaient en général par ce qui constitue aujourd'hui leur conclusion, puisqu'ils débutaient par la déclaration selon laquelle « le tribunal (...) casse et annule l'arrêt (...) »¹⁶. Suivait l'énoncé des textes auxquels le jugement attaqué avait « contrevenu »¹⁷ ou été « contraire »¹⁸ et, enfin, le prononcé du renvoi de l'affaire et de la condamnation aux dépens s'il y avait lieu. Rares étaient les jugements qui ne suivaient pas ce schéma. La référence à la loi se situait donc au milieu de l'arrêt et occupait sa majeure partie, chaque disposition visée étant citée ou résumée.

¹⁴ Art. 17 du Décret des 27 novembre et 1^{er} décembre 1790, portant institution d'un Tribunal de cassation, et réglant sa composition, son organisation et ses attributions, in *Lois annotées ou lois, décrets, ordonnances, etc...*, op. cit., volume 2 p. 79.

¹⁵ Art. 3 du Décret des 27 novembre et 1^{er} décembre 1790, portant institution d'un Tribunal de cassation, et réglant sa composition, son organisation et ses attributions, in *Lois, décrets, ordonnances, etc...* par A.-A. CARETTE, volume 2 p. 79.

¹⁶ Par exemple : Trib. cass., 4 juillet 1791, *Journal du palais* 1791 p. 2 ; Trib. cass., 26 août 1791, *Journal du palais* 1791, Tome 1 p. 3. ; Trib. cass., 17 septembre 1791, *Journal du palais*, Tome 1 p. 5 ; Trib. cass., 24 septembre 1791, *Journal du palais* 1791, Tome 1 p. 6 ; 1 octobre 1791, ; 24 décembre 1791 ; 17 février 1792 ; 1^{er} mars 1792 ; 22 mars 1792 ; 19 avril 1792 ; 3 mai 1792 ; 31 mai 1792 ; 2 juin 1792 ; 8 juin 1792 ; 21 juin 1792, *Journal du palais*.

¹⁷ Trib. cass., 29 juillet 1791 ; 24 septembre 1791, *Journal du palais*.

¹⁸ Trib. cass., 4 juillet 1791 ; 17 septembre 1791 ; 1^{er} octobre 1791 ; 24 septembre 1791, *Journal du palais*.

5. Cassation et interprétation de la loi. Dans les premiers temps, le Tribunal de cassation, devenu Cour de cassation en 1804¹⁹ a appliqué les textes à la lettre. Le décret des 27 novembre et 1^{er} décembre 1790 exigeant une contravention expresse au texte de loi, la juridiction refusait de procéder à une quelconque interprétation des textes. Les juges du Tribunal de cassation étaient les « organes de la loi »²⁰. La loi était censée être suffisamment complète et univoque pour que toute interprétation de celle-ci soit superflue. De plus, c'était désormais au pouvoir législatif que revenait le pouvoir d'interpréter la loi. Lorsque le roi était souverain législateur, il était titulaire du droit d'interprétation. En 1789, c'est l'Assemblée constituante qui est devenue titulaire du pouvoir législatif et donc du droit d'interpréter les textes. C'est pourquoi, tant les juges du fond que les juges de cassation ont été soumis à un référé législatif²¹.

Si la loi était obscure ou ambiguë, nulle raison de casser une décision des juges du fond l'appliquant dans un sens raisonnable. Ainsi, la Cour de cassation a pu rejeter deux pourvois qui pourtant résolvaient de manière diamétralement opposée une même question. Dans ces arrêts, elle s'est bornée « à reconnaître que la jurisprudence était controversée sur la question, et que par conséquent, les deux arrêts attaqués qui l'avaient résolue de deux manières différentes, n'avaient pu, ni l'un ni l'autre, violer une loi »²². Par exemple, dans un arrêt du 1^{er} septembre 1808, la motivation d'un arrêt de rejet est la suivante : « Attendu que sur le point de droit, il n'existait ni la série de décisions conformes, ni l'unanimité de l'opinion des jurisconsultes qui pourraient constituer une jurisprudence constante ; ce qui suffit pour éloigner les reproches de contravention à une loi précise, seule base légitime d'une ouverture à cassation »²³.

Une telle fonction du visa et de la cassation révèle certains présupposés épistémologiques qu'il est nécessaire d'élucider.

¹⁹ Le 18 mai 1804, « le Tribunal de cassation prend la dénomination de Cour de cassation » : Art. 136 du sénatus-consulte du 28 floréal an XII.

²⁰ Discours de Pastorel lors de l'installation du Tribunal de cassation, *Le Moniteur universel, Réimpression de l'ancien Moniteur, seule histoire authentique et inaltérée de la révolution française depuis la réunion des États-généraux jusqu'au Consulat (mai 1789-novembre 1799) avec des notes explicatives*, Volume 6, n° 113, samedi 23 avril 1971, p. 194 : « Vous allez, messieurs, exercer la plus importante des fonctions judiciaires ; vous ne serez pas seulement les organes de la loi, vous serez aussi les juges des tribunaux ; et si quelquefois la probité méconnue ou flétrie espère trouver en vous un asile contre l'oubli des principes et des lois, plus souvent encore la mauvaise foi découverte osera se promettre un succès en attaquant le monument même de sa condamnation. C'est à vous à régler la juridiction contestée des tribunaux, et à poser entre eux les bornes de leur pouvoir mutuel. C'est à vous, dans l'empire entier, car l'empire entier a besoin de vos vertus, à devenir l'appui des magistrats contre les efforts insultants de la méchanceté vaincue, et les appuis de l'opprimé contre l'ignorance profonde et la partialité des magistrats ».

²¹ Y.-L. HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, PUF, 1965.

²² A.-P. TARDÉ, *Cour de cassation, lois et règlements à l'usage de la Cour de cassation*, Librairie encyclopédique de Roret, Paris, 1840, p. 266.

²³ Cass. 1^{er} septembre 1808, *Recueil général des lois et des arrêts*, Volume 2, 1808, p. 576.

6. Filiation rationaliste. On peut faire remonter les origines du légalisme à la naissance de la civilisation chrétienne, puisqu'elle a eu pour effet de mettre en avant l'écriture comme source de droit. Mais il ne s'agit pas de la même loi : c'est la loi divine²⁴, alors que la loi dont les révolutionnaires vont affirmer la suprématie est la loi humaine, la loi du peuple. Il a donc fallu un passage de la conception de la loi comme étant le reflet de l'ordre de la Création²⁵ à une conception de la loi comme étant l'expression d'un pouvoir. Ce passage correspond à l'essor du volontarisme, qui a été la cause du légicentrisme révolutionnaire : d'un droit dont la fonction est de réaliser la justice en restituant l'ordre naturel des choses, on passe à un droit qui doit créer un ordre²⁶.

La théologie chrétienne niait à l'homme toute possibilité de connaître ou de découvrir le droit naturel, en raison du caractère transcendant de Dieu²⁷. C'est dans les textes révélés uniquement que l'on pouvait trouver le droit naturel. C'est pourquoi les juristes de l'époque s'intéressaient davantage à l'interprétation des écritures qu'au fonctionnement effectif de la justice. Saint Thomas d'Aquin (1225-1274) a été l'un des premiers à réintroduire les lumières humaines dans la connaissance du droit naturel. Il considérait en effet que certaines connaissances peuvent être acquises sans l'aide de la révélation.

L'ambition des humanistes a été de simplifier le droit, de le rendre accessible aux hommes²⁸. Le droit devait se puiser dans la raison, ce qui devait aboutir à des constructions systématiques²⁹, comme l'œuvre de Jean Bodin en France³⁰, puis celle de Grotius, qui se présente comme le système le plus achevé³¹.

Ainsi, le droit change de forme. On passe d'une science du droit mettant la dialectique et la casuistique au centre, à une science du droit se proposant d'ordonner le droit de façon logique³². Pour l'école du droit naturel, l'ensemble du droit doit se déduire des principes fondamentaux du droit naturel³³, par l'utilisation du syllogisme heuristique³⁴. Une fois les règles du droit naturel découverte, il faut les rendre positives. La loi va alors être un moyen privilégié

²⁴ Voir J.-C. BÉCANE, M. COUDERC, J.-L. HÉRIN, *La Loi*, Les méthodes du droit, 2^{ème} édition, Paris, 2010 p. 5.

²⁵ Les conceptions aristotélicienne et platonicienne sont en accord sur ce point-là.

²⁶ J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, PUF, 1998, 1^{ère} édition, p. 283.

²⁷ M. VILLEY, *Leçons d'Histoire de la philosophie du droit*, 1962, réédition, bibliothèque Dalloz, 2002, p. 38 et s.

²⁸ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Quadrige manuels, PUF, 2^{ème} édition, 2013, Paris, p. 460.

²⁹ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Quadrige manuels, PUF, 2^{ème} édition, 2013, Paris, p. 467.

³⁰ J. BODIN, *Exposé du droit universel*, PUF, 1985.

³¹ H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. J. BARBEYRAC, publications de l'université de Caen, 1984.

³² M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Quadrige manuels, PUF, 2^{ème} édition, 2013, Paris, p. 468.

³³ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Méthodes du droit, Dalloz, Paris, 2014, p. 61.

³⁴ B. FRYDMAN, *Le sens des lois, Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruylant, 2011, p. 255.

de parvenir à l'idéalité du système juridique³⁵, dont les propriétés sont univocité, cohérence et complétude³⁶. Le traité du délit et des peines de Beccaria constitue un aboutissement de ces idées³⁷. Il y décrit le syllogisme judiciaire tel qu'il sera envisagé pendant les siècles suivants. Cesare Beccaria (1738-1794) critique fortement la prise en compte de l'esprit des lois. Les rapports entre l'esprit des lois et la lettre des textes s'inversent ainsi. Au même titre que l'on rejette le caractère subjectif des lois, on rejette l'esprit des textes.

7. Le rôle de l'évidence. La nouveauté de la méthode des sciences modernes³⁸, est ce qui rend possible l'institution d'un visa comme seul fondement d'une décision. Pour Descartes, l'obscur, le douteux et le discutabile doivent être rejetés³⁹. Seule la déduction permet, à partir de principes innés, de découvrir d'autres vérités. La raison, pour Descartes, est égale en chaque homme⁴⁰, et elle doit permettre de découvrir des vérités pour peu que l'on suive les préceptes de sa méthode⁴¹. C'est l'évidence qui est le critère de la vérité chez Descartes. Dans cette optique, on comprend que l'obligation de citer le texte fondant la cassation ait pu être conçue comme le seul fondement nécessaire à la cassation. En effet, pour considérer que le visa doit être la seule motivation possible et nécessaire à l'arrêt de cassation, il faut que la contrariété à la loi puisse apparaître, au moins dans certains arrêts, comme évidente. Nulle place alors pour l'argumentation, puisqu'il n'y a de discussion qu'au sujet de ce qui est discutabile⁴².

³⁵ Ainsi, J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, n° 134 : « La grande fin que se proposent ceux qui entrent dans une société, étant de jouir de leurs propriétés, en sûreté et en repos; et le meilleur moyen qu'on puisse employer, par rapport à cette fin, étant d'établir des lois dans cette société, la première et fondamentale loi positive de tous les États, c'est celle qui établit le pouvoir législatif, lequel, aussi bien que les lois fondamentales de la nature, doit tendre à conserver la société; et, autant que le bien public le peut permettre, chaque membre et chaque personne qui la compose. »

³⁶ B. FRYDMAN, *Le sens des lois, Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruylant, 2011, p. 272.

³⁷ B. FRYDMAN, *Le sens des lois, Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruylant, 2011, p. 284.

³⁸ A. KOYRÉ, *Du monde clos à l'univers infini*, Gallimard, 1973, spé p. 119 : « [...] avec l'invention de Galilée, non seulement l'astronomie, mais la science en tant que telle entrèrent dans une nouvelle phase de son évolution, la phase que l'on pourrait qualifier d'expérimentale » ; p. 127 : « Quoiqu'il en soit, ce fut Descartes qui formula clairement et distinctement les principes de la science nouvelle et de la nouvelle cosmologie mathématique, son rêve de *reductione scientia ad geometriam*. »

³⁹ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Quadrige manuels, PUF, 2^{ème} édition, 2013, Paris, p. 504.

⁴⁰ R. DESCARTES, *Discours de la méthode*, Librairie classique d'Eugène Belin, Paris, 1861, p. 2.

⁴¹ R. DESCARTES, *Discours de la méthode*, Librairie classique d'Eugène Belin, Paris, 1861, p. 47.

⁴² Ch. PERELMAN, *Logique et argumentation*, Presses universitaires de Bruxelles, Bruxelles, 1968, p. 90.

II. Évolution de la cassation et rôle du visa

8. **L'acquisition d'un pouvoir d'interprétation.** La Cour de cassation a acquis peu à peu une certaine indépendance vis-à-vis des pouvoirs législatif et exécutif⁴³, la suppression du référé législatif en 1837 en constituant l'aboutissement⁴⁴. Le 1^{er} avril 1837, le référé législatif obligatoire est en effet remplacé par la procédure des chambres réunies de la Cour de cassation⁴⁵. Ce changement permet aux arrêts de la Cour de cassation de gagner toute leur autorité, puisque désormais, l'arrêt rendu par les chambres réunies après deux pourvois doit être suivi par la juridiction de renvoi alors que jusque là seul le pouvoir législatif avait le pouvoir de faire plier les juridictions inférieures en cas de résistance⁴⁶.

La cassation pour fausse interprétation, d'abord possible uniquement quand la fausseté de l'interprétation est évidente⁴⁷, intervient de plus en plus souvent après 1837⁴⁸. Ainsi, en 1870, Aubert écrit que « la contravention à la loi est expresse et doit donner ouverture à cassation, toutes les fois qu'elle est certaine et prouvée »⁴⁹ et Chénon que « la contravention est expresse, quand elle est certaine et prouvée, et non seulement quand elle est claire et littérale »⁵⁰.

9. **Interprétation et motivation.** L'extension de la motivation des arrêts de cassation est directement liée à la possibilité de sanctionner une fausse interprétation de la loi. Au départ, la

⁴³ À partir de 1804, les juges sont nommés à vie sauf révocation (Art. 135 Sénatus-consulte du 28 floréal an XII), et la Cour de cassation se hiérarchise, avec l'institution d'un premier président et de présidents (Art. 136 Sénatus-consulte du 28 floréal an XII.). Enfin, Louis XVIII proclame l'inamovibilité des magistrats qu'il institue (Article 58 de la Charte octroyée du 4 juin 1814). Ils acquièrent donc une certaine indépendance, bien que nommés dans leur intégralité par le roi.

⁴⁴ LEDRU ROLLIN, « Coup d'œil sur les praticiens, les arrêtistes et la jurisprudence », in *Journal du Palais, recueil le plus ancien et le plus complet de la jurisprudence française*, troisième édition, tome 1^{er}, 1841, p. IX et s. : il constate l'œuvre de la jurisprudence accomplie par la Cour.

⁴⁵ Art. 136 Sénatus-consulte du 28 floréal an XII.

⁴⁶ Article 21 loi 27 novembre-1^{er} décembre 1790 : « Mais lorsque le jugement aura été cassé deux fois, et qu'un troisième tribunal aura jugé en dernier ressort, de la même manière que les deux premiers, la question ne pourra plus être agitée au Tribunal de cassation qu'elle n'ait été soumise au Corps législatif, qui, en ce cas, portera un décret déclaratoire de la loi ; et lorsque ce décret aura été sanctionné par le Roi, le Tribunal de cassation s'y conformera dans son jugement ».

⁴⁷ Par exemple : Cour de cassation, 9 nivôse an XIV, *Jurisprudence de la Cour de cassation, ou précis de tous les arrêts de rejet et de cassation*, an XIV—1806, Chez M. Laporte, p. 223 : « la Cour de cassation sanctionne une cour d'appel qui a déduit d'un texte de loi sur l'appel prévoyant que « les témoins peuvent être entendus de nouveau » que les témoins qui n'ont pas été entendu en première instance ne peuvent pas l'être. La Cour s'explique ensuite longuement sur les raisons qui font que cette interprétation est impensable, et en conclut « qu'en entendant ainsi cet article, [la cour d'appel] en a fait **évidemment** une fausse interprétation ».

⁴⁸ M. LEMOSSE, « La Cour de cassation au dix-neuvième siècle », in *Le Tribunal et la Cour de cassation 1790-1990*, Volume Jubilaire, Paris, Litec, 1990, p. 53-95, spéc. p. 86.

⁴⁹ H. AUBERT, *Des causes d'ouverture à cassation*, 1884, Paris, p. 224.

⁵⁰ E. CHÉNON, *Origines, conditions et effets de la cassation*, Paris L. Larose et Forcel, Mémoire, 1882, p. 160.

cassation n'ayant lieu qu'en cas de *contravention expresse au texte de la loi*, nul besoin de motiver l'arrêt. La contravention relève de l'évidence. Ce n'est que lorsque la règle de droit appliquée n'est pas évidente au regard du texte visé que la motivation est nécessaire. Ainsi, la motivation des arrêts de la Cour de cassation naît directement de l'obligation de viser le texte de loi fondement de la cassation : elle consiste en l'explication du lien entre le texte visé et la cassation lorsque celui-ci n'est pas évident. Les arrêts explicitent alors l'interprétation qui est faite du champ d'application de deux articles⁵¹, les raisons pour lesquelles telle ou telle interprétation est choisie, notamment en raison de l'esprit des lois, ou de leur cohérence⁵². Pour déceler l'intention du législateur, ils se réfèrent explicitement aux travaux préparatoires des lois⁵³. Lorsqu'un texte est utilisé aux fins d'interprétation d'un autre, il n'est pas reproduit au visa, mais seulement cité dans l'arrêt. Le visa ne contient que les textes auxquels il a été contrevenu⁵⁴.

10. Pouvoir créateur et visas. Aujourd'hui, la justification de l'interprétation des textes n'est plus aussi détaillée au sein des arrêts. Cette diminution de la motivation est certainement due pour partie au nombre de pourvois auxquels la Cour est tenue de répondre⁵⁵. L'assurance de son pouvoir normatif y est sûrement aussi pour beaucoup⁵⁶. La Cour de cassation a tellement conscience de son rôle normatif qu'elle prévoit maintenant de s'auto-réformer pour mener à bien ce rôle⁵⁷.

Le rôle créateur du juge de cassation se traduit par « des visas en trompe-l'œil, qui lui permettent [...] d'affirmer des conceptions propres sous des apparences vénérables »⁵⁸. Autrement dit, la distance entre le texte visé et la décision est parfois si grande, qu'aucune motivation ne permettrait de la combler. Il serait alors tentant de considérer que le visa n'est qu'une façon de feindre de rattacher une solution à un texte de loi, de façon à dissimuler le pouvoir de la Cour de cassation. Dans ce cas, il faudrait admettre que l'attitude des auteurs qui se penchent sur le visa pour comprendre le sens des arrêts de la Cour de cassation est tout à fait irrationnelle, le visa n'étant qu'un masque. Cependant, il ne faudrait pas écarter trop rapidement l'hypothèse que le visa puisse avoir une fonction plus complexe que celle que l'on a l'habitude

⁵¹ Cass. 16 avril 1850, *Bull.* 1850 n°38 p. 92.

⁵² F. BÉRENGER, *La motivation des arrêts de la Cour de cassation*, PUAM, 2003, p. 30 s.

⁵³ F. BÉRENGER, *Ibid.*, p. 34.

⁵⁴ Ainsi, Cass. 13 août 1850, *Bull.* 1850 n° 96 p. 240.

⁵⁵ En ce sens, M. GOBERT, « La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée », *RTD civ.* 1992 p. 344.

⁵⁶ En ce sens, F. ZÉNATI, « La nature de la Cour de cassation », *BICC* 15 avril 2003 p. 3 s.

⁵⁷ B. LOUVEL, Discours d'ouverture de la commission de réflexion sur la motivation, 14 septembre 2015.

⁵⁸ R. LIBCHABER, « Une doctrine de la Cour de cassation ? », *RTD civ.* 2000 p. 197.

d'entrevoir, et qu'il serait alors nécessaire de la mettre en lumière, de façon à apporter les outils permettant une bonne compréhension du visa.

En 1841, Ledru-Rollin écrivait que « la jurisprudence, [n'est] pas seulement, comme on le répète chaque jour, le commentaire et le complément de la loi existante : car alors elle aurait pour objet unique de maintenir et de consolider la loi, tandis qu'elle exerce contre elle une action dissolvante, et, en l'élargissant sans cesse, aspire à la remplacer. C'est ce que peint cette locution usuelle : « Il est de principe en *droit*, *mais la jurisprudence* a décidé que, etc., » opposition de mots qui rend une opposition de choses et nous montre deux puissances rivales traitant sur un pied de parfaite égalité »⁵⁹. Le visa pourrait alors être vu comme le lieu de l'affrontement entre ces deux puissances.

Cependant, outre l'attitude de la Cour de cassation, consistant à s'affranchir par moments de la lettre de la loi, il existe une autre raison pour ne plus voir dans le visa une arme au service du légalisme. C'est la pratique du visa de principes ou de règles de droit⁶⁰ qui a débuté dans les années cinquante, s'est accélérée dans les années 1990 et qui est officialisée depuis 2008⁶¹. La Cour de cassation n'ayant plus l'obligation de fonder sa décision sur un texte de loi, la fonction du visa doit être recherchée en dehors de la protection de la loi contre le juge de cassation.

III. L'éclairage de la pratique d'autres juridictions

La Cour de cassation n'est pas la seule juridiction pratiquant le visa. Les décisions du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel contiennent elles aussi des visas. Les arrêts de la Cour de cassation belge ont, eux aussi, contenu des visas dans le passé.

11. Le visa dans les décisions du Conseil d'État. Les décisions du Conseil d'État comportent des visas, que ce soit dans le cadre du contentieux de la légalité ou dans le cadre du plein contentieux, qu'il statue en premier et dernier ressort, en tant que juge d'appel ou en tant que juge de cassation. Ces visas ne présentent pas de spécificité lorsque le Conseil d'État statue en tant que juge de cassation. Ce qu'on appelle « visas », dans les décisions des juridictions administratives, est constitué par la mention des écritures des parties (mention des mémoires produits, et rappel des moyens des parties), la procédure et les textes dont il est fait application.

⁵⁹ LEDRU ROLLIN, « Coup d'œil sur les praticiens, les arrétistes et la jurisprudence », in *Journal du Palais, recueil le plus ancien et le plus complet de la jurisprudence française*, troisième édition, tome 1^{er}, 1841, p. IX et s., spé P. XVII.

⁶⁰ P. MORVAN, « Les visas de principes dans la jurisprudence de la Cour de cassation : inventaire d'un droit « hors-la-loi », *LPA*, 08 juin 2005, n°113 p. 5.

⁶¹ Décret n° 2008-484 du 22 mai 2008, art. 14.

Il ne s'agit donc pas uniquement du fondement de la décision. Concernant les visas de textes, devant le Conseil d'État, le visa d'un texte n'est pas la marque de la cassation, celui-ci faisant précéder aussi ses décisions de rejet de visas⁶². Le groupe de travail sur la rédaction des décisions des juridictions administratives a proposé, en 2012, de ne mentionner les moyens des parties et les textes dont il est fait application plus que dans les motifs de la décision. En effet, « dès lors que les dispositions normatives dont la décision fait application sont mentionnées dans les motifs, il n'apparaît pas nécessaire de les viser avant les motifs »⁶³. Si, ainsi que l'a affirmé Jean-Marc Sauvé dans son allocution lors de la réunion annuelle des présidents des juridictions administratives du 31 mars 2015, « une rédaction plus lisible et plus claire des visas a été généralisée à toutes les sous-sections et à tous les types d'affaires », en revanche, la proposition de déplacer la référence aux textes dont il est fait application et la référence aux moyens des parties dans les motifs de la décision n'a pas été suivie, celles-ci figurant toujours dans les visas⁶⁴. La simplification des visas a consisté en une mise en évidence claire de la distinction entre les trois types de visas : on n'a plus que trois « vus », permettant une identification claire du contenu de chaque visa, alors qu'auparavant il y avait autant de vus que de textes visés.

12. Cependant, le gain en clarté est limité. En effet, « c'est l'ensemble des textes applicables au litige qui se trouve cité »⁶⁵. La référence est souvent vague, et, lorsque le Conseil d'État ne renvoie pas l'affaire pour qu'elle soit jugée sur le fond, il ne distingue pas entre les textes qui ont été méconnus par la juridiction et ceux dont il est fait une application au fond⁶⁶. De même, lorsqu'une question de recevabilité est soulevée, les textes relatifs à cette question sont visés aux côtés des autres sans les distinguer. Le sens des visas devant le Conseil d'État est donc beaucoup plus diffus que devant la Cour de cassation. Lorsque celle-ci doit résoudre une question de recevabilité, elle le fait en visant elle aussi les textes au regard desquels la recevabilité est examinée, mais au sein d'un moyen séparé⁶⁷. Pour le reste, les textes visés sont censés être ceux fondant la cassation. Cette différence de pratique entre la Cour de cassation et le Conseil d'État provient sûrement de leurs histoires et de leurs fonctions respectives. Nulle méfiance envers le Conseil d'État ne semble s'être manifestée lors de la généralisation de son rôle de juge de cassation. Dès lors, aucune disposition n'est venue enserrer son contrôle⁶⁸.

⁶² L. TERESI, « Remarques sur la lecture des arrêts de cassation du Conseil d'État », *RFDA* 2010 p. 99.

⁶³ Rapport du Groupe de travail sur la rédaction des décisions des juridictions administratives, avril 2012, p. 23.

⁶⁴ Par exemple, CE, 28 septembre 2016, 10ème - 9ème chambres réunies, n° 384465.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ Par exemple, 2^e civ., 15 décembre 2016, n° 15-28.512.

⁶⁸ S. BOUSSARD, *L'étendue du contrôle de cassation devant le Conseil d'état un contrôle tributaire de l'excès de pouvoir*, 2002, Y. GAUDEMET (dir.), Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2002, spéc. p. 4.

13. Le visa dans les décisions du Conseil constitutionnel. La modernisation annoncée du mode de rédaction des décisions du Conseil constitutionnel⁶⁹ a entraîné, de la même façon que pour le Conseil d'État, une rédaction plus claire des visas : Il fait désormais précéder les textes auquel il souhaite se référer de l'expression « au vu des textes suivants » et « au vu des pièces suivantes »⁷⁰, alors qu'auparavant, chaque texte visé était précédé d'un « vu », sans qu'il soit distingué selon la nature du texte visé. Cette nouvelle présentation de la décision n'est pas de nature à changer la fonction du visa dans les décisions du Conseil constitutionnel, le changement étant un changement de la forme et non du fond⁷¹ : les visas n'ont pas été supprimés⁷², mais seulement clarifiés.

14. Dans les divers règlements intérieurs portant sur la procédure applicable devant le Conseil constitutionnel il est prévu que « les décisions du Conseil constitutionnel comportent les visas des textes applicables »⁷³. Le Conseil constitutionnel, à l'instar du Conseil d'État, vise un grand nombre de textes, de façon souvent peu précise⁷⁴. Il ne se contente pas de viser la norme constitutionnelle à l'aune de laquelle la constitutionnalité de la norme contrôlée est vérifiée⁷⁵. Il vise aussi des textes qui constituent le contexte de la norme contrôlée, c'est-à-dire les textes qui ont vocation à être modifiés par celle-ci, mais aussi ceux qui, demeurant en vigueur, permettent de l'interpréter et d'apprécier sa portée⁷⁶. Certains visas ont une portée purement argumentative. Il peut viser une de ses propres décisions pour, dans le corps de la décision, faire référence aux motifs de celle-ci. Il se réfère alors à l'argumentation qu'il avait mis en œuvre à l'occasion de la décision citée⁷⁷.

La pratique actuelle du visa par la Cour de cassation tend à la rapprocher du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel. En effet, dans certaines décisions, elle ne se contente pas de

⁶⁹ Communiqué du Président du Conseil constitutionnel du 10 mai 2016.

⁷⁰ Décision n° 2016-540 QPC du 10 mai 2016 ; Décision n° 2016-539 QPC du 10 mai 2016.

⁷¹ Constatant que l'abandon des considérants et des subordonnées « ne change pas, en tant que tel, la lisibilité de l'argumentation pour les juristes rompus aux manèges de cet art littéraire si particulier », P.-Y. GAHDOUN, « Chronique de droit public », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 01/10/2016, n° 53, p. 157.

⁷² Contrairement à ce qui a pu être affirmé, certains auteurs évoquant une « disparition des visas » : P. JAN, « Chronique QPC (Janvier – juin 2016)(1^{ère} partie) », *LPA*, 27/02/2017, n° 041, p. 15.

⁷³ Art. 18 al 1 du Règlement applicable à la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour le contentieux de l'élection des députés et des sénateurs ; Art. 12, al. 1 du Règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité.

⁷⁴ Ainsi, le Conseil constitutionnel peut viser la Constitution : Décision n° 2017-641 QPC du 30 juin 2017.

⁷⁵ A. VIDAL-NAQUET, « Les visas dans les décisions du Conseil constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel*, 2006/3, n° 67 p. 535 à 570, spéc. p. 546.

⁷⁶ A. VIDAL-NAQUET, « Les visas dans les décisions du Conseil constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel*, 2006/3, n° 67 p. 535 à 570, spéc. p. 553.

⁷⁷ A. VIDAL-NAQUET, « Les visas dans les décisions du Conseil constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel*, 2006/3, n° 67 p. 535 à 570, spéc. p. 554.

faire référence au texte qui a été méconnu. Certains visas mobilisent un nombre important de textes, dont certains ont une visée argumentative nette. Cependant le visa non textuel est une pratique spécifique à la Cour de cassation. En effet, même si le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel se fondent explicitement sur des principes dans leurs décisions, ceux-ci n'apparaissent jamais au sein de visas⁷⁸. Plus, qu'une obligation s'imposant au juge, le visa, dans les décisions du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État, semble être un outil au service de la légitimité de leurs décisions.

15. La Cour de cassation belge et le visa. La Cour de cassation belge est fortement inspirée de l'exemple français⁷⁹. Cependant, dans les arrêts de la Cour de cassation belge, le visa, s'il a bien été présent dans les premières années de fonctionnement, n'a jamais eu le même rôle que dans les arrêts de la Cour de cassation française. En effet, le contexte est totalement différent lors de la création de la Cour de cassation belge. On ne retrouve pas la défiance à l'égard du judiciaire qui était si présente lors de la création de la Cour de cassation française.

Ainsi, les députés du Congrès National, organe chargé de rédiger la Constitution, cherchaient davantage à assurer l'effectivité des libertés constitutionnelles qu'à limiter le pouvoir judiciaire. C'est pourquoi le judiciaire a été élevé au rang de pouvoir constitué, et entouré de garanties particulièrement importantes⁸⁰. Il résulte de la Constitution du 7 février 1831 une égalité entre les trois pouvoirs, puisqu'ils émanent tous de la nation⁸¹, alors que lors de la création du Tribunal de cassation en France, celui-ci avait été placé *auprès du pouvoir législatif*⁸². Cela explique que la Cour de cassation belge, bien que créée sur le modèle français, n'ait pas été soumise à l'obligation formelle de citer le texte de loi appuyant la cassation.

Certaines institutions destinées à limiter les pouvoirs de la Cour de cassation ont tout de même été transposées en droit belge. Il en est ainsi du système du référé législatif, qui ne

⁷⁸ Aucun visa de principes ni de coutumes n'a été trouvé dans les décisions du Conseil d'État.

Notant l'absence de visas de principes dans les décisions du Conseil constitutionnel, A. VIDAL-NAQUET, « Les visas dans les décisions du Conseil constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel*, 2006/3, n° 67 p. 535 à 570.

⁷⁹ J. RUTSAERT, A. MEEUS, « La Cour de cassation de Belgique » in RIDC, vol. 30 b°1, Janvier-mars 1978. pp. 247-274.

⁸⁰ F. MULLER, *La Cour de cassation belge à l'aune des rapports entre pouvoirs, De sa naissance dans le modèle classique de la séparation des pouvoirs à l'aube d'une extension de la fonction juridictionnelle, 1832-1914/1936*, Justice et société, La charte, Brugge, 2011, spéc. p. 38.

⁸¹ Art. 25 de la constitution du 7 février 1831 : « Tous les pouvoirs émanent de la nation ».

Art. 30 : « Le pouvoir judiciaire est exercé par les cours et tribunaux.

Les arrêts et jugements sont exécutés au nom du roi ».

⁸² Art. 1^{er} du décret des 27 novembre et 1^{er} décembre 1790, portant institution d'un Tribunal de cassation, et réglant sa composition, son organisation et ses attributions, in *Lois, décrets, ordonnances, etc...*, *op. cit.*, p. 79 : « Il y aura un tribunal de cassation établi auprès du pouvoir législatif ».

disparaîtra du système belge qu'en 1865, alors qu'en France il disparaît en 1837⁸³. De même, les cas d'ouvertures ont été limités, puisqu'il est exigé dans la loi organique du 4 août 1832 une contravention expresse à la loi ou une violation des formes de la procédure pour que la cassation soit prononcée⁸⁴.

Cette exigence d'une contravention expresse à la loi et l'influence de la pratique française expliquent sans doute que, dans un premier temps, la pratique du visa ait été adoptée en Belgique. Cependant, cette pratique n'a jamais été systématique.

Dans les premières années de fonctionnement de la Cour de cassation belge, tous les arrêts de cassation ne comportaient pas de visa, alors que certains arrêts de rejet en comportaient. Le visa n'était donc pas la marque de la cassation. Le visa, comme en France devant le Conseil d'État et devant le Conseil constitutionnel, permettait simplement de faire référence simplement au droit applicable. Les dispositions légales violées par la juridiction du fond étaient cependant précisées dans le dispositif de l'arrêt. La référence au fondement textuel de la cassation pouvait avoir lieu par le biais de la référence au moyen⁸⁵, ou par une incise en début d'arrêt⁸⁶. Dans certains arrêts, le visa ne correspondait pas au texte violé⁸⁷. Par la suite, la pratique du visa a totalement disparu des arrêts de la Cour de cassation belge. Aujourd'hui, la référence aux textes s'effectue en début d'arrêt, chaque texte étant suivi d'un exposé de son contenu, voire d'une explication de celui-ci⁸⁸. L'explication de la règle applicable à partir de l'analyse des dispositions textuelles peut prendre la majeure partie de l'arrêt⁸⁹, ou être absente, lorsque notamment la cassation intervient pour non-respect d'une règle de procédure⁹⁰. Les cassations ne sont cependant pas toujours fondées sur des textes. On trouve alors simplement, en début d'arrêt, l'énoncé d'une règle de droit⁹¹.

16. La pratique de la Cour de cassation belge semble être assez proche de celle de la Cour de cassation française, dans la mesure où c'est bien le fondement de la cassation qui est énoncé en

⁸³ F. MULLER, *Ibid.*, p. 65 et s.

⁸⁴ Art. 17 de la loi organique du 4 août 1832 al. 2 : « Elle casse les arrêts et jugements qui contiennent quelque contravention expresse à la loi ou qui sont rendus sur des procédures dans lesquelles les formes, soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, ont été violées (...) ».

⁸⁵ Cass. Belg. 25 novembre 1839, *Pasicrisie Belge* 1839 p. 240 ; Cass. Belg. 19 décembre 1840, *Pasicrisie Belge* 1840 p. 83.

⁸⁶ Cass. Belg. 17 avril 1840, *Pasicrisie Belge* 1840 p. 370 ; 31 juillet 1841, *Pasicrisie Belge* 1841 p. 347.

⁸⁷ Cass. Belg. 8 juillet 1844, *Pasicrisie Belge* 1840 p. 296.

⁸⁸ Ainsi, Cass. Belg. 27 avril 2007, N° C.06.0123.N ; Cass. Belg., 17 octobre 2014, C.13.0452.N/1 ; Cass. Belg. 30 septembre 2013, C.12.0303.F/1.

⁸⁹ Ainsi, Cass. Belg., 7 mai 2012, N° S.10.0085.N.

⁹⁰ Ainsi, Cass. Belg., 18 septembre 2014, C.12.0237.F/5.

⁹¹ Cass. Belg. 10 février 2014, C.13.0381.N/1.

début d'arrêt. Se pose alors la question de la pertinence et de la nécessité du formalisme actuel du visa. La présence d'éléments analogues au visa dans les décisions de juridictions dont l'établissement ne s'est pas fait dans le même contexte que celui de la Cour de cassation invite à renouveler la réflexion autour du visa dans des termes qui dépassent le spectre du légalisme.

IV. Objet de la thèse : définir le rôle du visa dans les arrêts de cassation

17. Un sujet d'étude peu exploité. Le visa dans les arrêts de cassation est un sujet d'étude qui existe depuis plus de deux cents ans. Pourtant, peu d'écrits sont consacrés à ce sujet⁹². Les raisons d'un tel manque pourraient résider dans le caractère futile d'une telle étude. Cependant, l'attention portée par les auteurs au visa, lorsqu'ils analysent un arrêt⁹³, porte à croire qu'une telle étude n'est pas dénuée d'intérêt. Le fait même qu'ils remarquent parfois que le texte visé n'est pas adapté montre que le visa a un rôle à jouer au sein de l'arrêt et invite à rechercher quel peut être ce rôle.

Une autre raison du peu d'écrits sur les visas pourrait être le caractère démesuré d'une telle étude. En effet, la Cour de cassation rend environ six mille décisions de cassation par an. L'ampleur des données à analyser rendrait vaine toute recherche sur les visas. Cependant les techniques de recherches actuelles, ont pour effet bénéfique de rendre une telle entreprise possible. L'informatique permet de classer de façon plus rapide les arrêts et les bases de données permettent, à partir de mots clefs, des recherches spécifiques par visa.

18. Méthode suivie. Une étude exhaustive des visas et arrêts n'aurait pas été possible. Il a donc été nécessaire de circonscrire le champ de cette recherche. Il aurait été envisageable de n'étudier la pratique du visa qu'au sein d'une chambre ou sur une seule année. Mais le risque aurait alors été de n'avoir qu'une vision tronquée du phénomène, certains instruments n'étant pas utilisés dans tous les contentieux, d'autres n'apparaissant qu'occasionnellement. Pour avoir un champ suffisamment vaste sans devenir pour autant démesuré, le choix a été fait de prendre

⁹² A. BRETON, « L'arrêt de la Cour de cassation », *Annales de l'université de Toulouse*, 1975.5. p. 19. ; PERDRIAU (A.), « Visas, « chapeaux » et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile », *JCP* 1986, I, 3257 ; PERDRIAU (A.), « Plaidoyer pour un visa dans chaque arrêt de la Cour de cassation », *JCP G.* 6 Septembre 1995, n° 36, I, 3866 ; MORVAN (P.), « Les visas de principes dans la jurisprudence de la Cour de cassation : inventaire d'un droit « hors-la-loi », *LPA*, 08 juin 2005, n° 113 p. 5.

⁹³ Par exemple, K. AHIKU, « Propriété littéraire et artistique » *JCP E*, n° 5, 29 Janvier 2009, 1108, §4 : « Le visa de l'article L. 113-5 qui règle spécialement la titularité des droits sur l'œuvre collective est, on le savait déjà, un pis-aller utilisé par la Haute juridiction pour fonder la construction. Or, en l'espèce, l'exploitation litigieuse portait sur une œuvre audiovisuelle, réputée œuvre de collaboration par la loi. Aussi le visa de l'article L. 113-5 apparaît-il plus que jamais inapproprié et incohérent : la référence à l'œuvre collective entre, en effet, en collision avec un régime différent d'œuvre plurale ».

pour référence une seule chambre sur dix ans, et les autres chambres sur une année à titre de comparaison. Les arrêts en chambre mixte et en assemblée plénière étant relativement peu nombreux, leur analyse a, elle aussi, pu être systématique. Ainsi, la base des arrêts est constituée par les arrêts de chambre mixte, d'assemblée plénière, et de la première chambre civile publiés au bulletin des années 2005 à 2014, ainsi que des arrêts de la deuxième chambre civile, la troisième chambre civile, la chambre sociale et la chambre commerciale publiés au bulletin de l'année 2008. Cette base d'arrêts a permis d'offrir des pistes à explorer. L'analyse s'est alors poursuivie, à chaque fois que cela a paru nécessaire, au-delà de cette base, dans les années postérieures et antérieures, ainsi que dans les arrêts non publiés.

V. Problématique et plan

19. Aux termes de l'article 604 du code de procédure civile, « le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit ». Le terme de *conformité* n'est pas neutre. La conformité est « l'état, la qualité de deux ou plusieurs choses identiques entre elles »⁹⁴. La cassation sanctionne donc une absence d'accord entre un jugement et une règle de droit. Aux termes de l'article 1020 du code de procédure civile, « l'arrêt vise la règle de droit sur laquelle la cassation est fondée ». C'est donc le visa qui est censé être, dans les textes, l'unique moteur de la cassation. C'est pourquoi le visa est en général présenté comme la majeure de l'arrêt de cassation⁹⁵. Dans le même temps, la présentation syllogistique des arrêts de cassation est critiquée en raison de son caractère réducteur⁹⁶. Sous les apparences d'un syllogisme, c'est un raisonnement autrement plus complexe qui serait masqué. Il apparaît alors nécessaire de déterminer dans quelle mesure le visa peut être vu comme la majeure d'un raisonnement syllogistique. C'est ce que s'attachera à effectuer la première partie de la thèse, en testant l'hypothèse selon laquelle le visa constitue le *fondement logique de la cassation*. Ce test permettra de mettre en évidence trois types de rôles différents du visa selon le type de cassation. Mais il mettra aussi en évidence toutes les limites de la logique dans l'explication de la fonction du visa.

⁹⁴ Cnrtl, Trésor de la langue française.

⁹⁵ Ainsi, M.-N. JOBARD-BACHELLIER et X. BACHELLIER, *La technique de cassation, pourvois et arrêts en matière civile*, Méthodes du droit, Dalloz, Paris, 8^{ème} édition, 2013, p. 41 ; R. CABRILLAC, *Introduction générale au droit*, Dalloz Cours, 10^{ème} édition, 2013, p. 31.

⁹⁶ Par exemple, C. JAMIN, « Juger et motiver », *RTD civ.* 2015 p. 263 ; F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bibliothèque de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain, Bruxelles, 1966, spéc. p. 71s.

20. La présentation du visa comme fondement logique de la cassation n'épuisant pas le rôle du visa au sein des arrêts de cassation, un changement de perspective s'imposera, dans une deuxième partie, pour analyser le visa comme un élément de *justification de la cassation*. L'objet de cette partie sera de démontrer en quoi le visa peut être vu comme un élément de justification externe de la cassation : le visa ne constitue pas la prémisse de la cassation mais la justification de la règle fondant la cassation. Une telle conception, plus englobante, permettra d'appréhender le rôle complexe du visa au sein de l'arrêt de cassation.

21. Dès lors, il faudra se demander, dans une troisième partie, si le *message* qu'est le visa est effectivement reçu par les personnes auxquelles il s'adresse, le caractère crypté de celui-ci pouvant être un obstacle à sa compréhension. Les critiques récurrentes de la doctrine à l'encontre de la motivation des arrêts de la Cour de cassation peuvent faire douter de l'aptitude du visa à justifier suffisamment l'arrêt. Ces critiques ne doivent cependant pas masquer le fait que dans la majeure partie des arrêts la réception semble bien fonctionner. Une réforme de la rédaction des arrêts étant envisagée, la question se posera de savoir si le visa doit ou non être conservé.

Ainsi, l'étude se déroulera en trois mouvements. Le visa sera d'abord analysé comme fondement logique de la cassation (Partie I), puis comme justification de la cassation (Partie II) et enfin comme message de la Cour de cassation (Partie III).

PARTIE I. LE VISA : FONDEMENT LOGIQUE DE LA CASSATION

22. La présentation du visa comme le fondement logique de l'arrêt de cassation. La déduction, en logique, est le fait, à partir d'une ou plusieurs propositions, d'aboutir de façon nécessaire à une autre proposition également vraie. La conclusion est la conséquence nécessaire des propositions prises pour prémisses⁹⁷. Réduire le raisonnement judiciaire à une déduction logique constitue une garantie contre l'arbitraire, en raison de la certitude et de la vérifiabilité apportée par celle-ci. La présentation du raisonnement judiciaire comme le fruit d'une déduction le prémunit contre les critiques. La seule discussion, en présence un raisonnement déductif valide, pourra porter sur le choix des prémisses.

Le visa est souvent présenté comme la prémisse majeure de la cassation⁹⁸. Cela signifie que l'on considère que de la conjonction entre le visa et la décision de la juridiction du fond, on peut déduire la cassation. Certains auteurs, sans parler spécifiquement du visa, considèrent que la soumission du juge à la loi implique nécessairement l'utilisation de la méthode syllogistique par celui-ci⁹⁹. C'est l'utilisation du syllogisme qui permet « d'aboutir à une solution juridique, logique et fiable »¹⁰⁰.

Selon l'article 1020 du code de procédure civile, « l'arrêt vise la règle de droit sur laquelle la cassation est fondée » et selon l'article 604 du code de procédure civile, « le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit ». L'arrêt vise donc la règle de droit à laquelle la décision attaquée par le pourvoi n'est pas conforme. Par le visa, la Cour de cassation montre qu'elle est fondée à censurer la décision de la juridiction du fond. Le visa constitue donc la preuve de l'existence du droit pour la Cour de cassation de casser, par la mise en évidence du texte qui a été méconnu par la juridiction du fond. La démonstration de la contrariété de la décision attaquée à la loi, s'effectue alors par un raisonnement déductif qui part du visa pour arriver à la conclusion. La place du visa,

⁹⁷ G. TUNÈS et A. LEMPEREUR, *Dictionnaire général des sciences humaines*, CIACO Éditeur, Paris, 1984 (entrée déduction p. 254).

⁹⁸ Ainsi, M.-N. JOBARD-BACHELLIER et Xavier BACHELLIER, *La technique de cassation, pourvois et arrêts en matière civile*, Méthodes du droit, Dalloz, Paris, 8^{ème} édition, 2013, p. 41 ; Rémy CABRILLAC, *Introduction générale au droit*, Dalloz Cours, 10^{ème} édition, 2013, p. 31.

⁹⁹ Ainsi, F. GRUA et N. CAYROL, *Méthode des études du droit*, 3^{ème} édition, Méthodes du droit, Dalloz, 2014, p. 8 : « De la soumission du juge à la règle de droit se déduit la méthode de règlement des litiges. Elle consiste en un syllogisme avec une majeure, une mineure et une conclusion. La majeure est la règle applicable. La mineure confronte cette règle aux données de fait du litige. La conclusion déduit si la règle s'applique ».

¹⁰⁰ F. DARGIROLLE et E. DAMETTE, *Méthode de français juridique*, Méthodes du droit, Dalloz, 1^{ère} édition, 2012, p. 16.

en tête de l'arrêt, atteste de cette conception du visa comme prémisse de la cassation. La nature de l'arrêt de cassation fait du visa l'élément central de l'arrêt, à la fois en raison de sa structure, et en raison de l'élimination du débat quant au fait au stade de la cassation, la Cour de cassation ne contrôlant en principe que les erreurs de droit¹⁰¹.

La conception du raisonnement judiciaire comme étant le résultat d'une déduction a subi des critiques¹⁰². Pour autant, même les auteurs critiquant cette conception s'accordent à dire que les solutions sont présentées, en raison du mode de rédaction des décisions, comme étant déduites directement « de prémisses données au juge par le droit positif »¹⁰³. Ce n'est donc pas l'idée selon laquelle le jugement serait présenté comme issu d'une déduction qui est critiquée, mais cette présentation du jugement elle-même. Il semble alors nécessaire de déterminer dans quelle mesure on peut considérer que la cassation est effectivement présentée comme une déduction à partir des prémisses, données au juge, que seraient le visa et la décision de la juridiction du fond contrôlée (Titre I). Il ressort d'une telle vérification que le visa semble bien toujours entretenir un lien avec une des prémisses de la cassation. Cependant, on ne peut pas dire qu'il fournisse directement cette prémisse. La cassation est en effet irréductible à une déduction (Titre II).

¹⁰¹ Art. 604 cpc ; art. L. 411-2 COJ ; art. L.311-1 al. 2.

Sur la distinction du droit et du fait, cf. G. MARTY, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait, thèse de droit*, Toulouse, Paris, Sirey, 1929 ; F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bibliothèque de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain, Bruxelles, 1966, spéc. p. 79 s. ; T. IVAINER, *L'interprétation des faits en droit, Essai de mise en perspective cybernétique des « lumières du magistrat »*, Bibliothèque de philosophie du droit, Tome 30, LGDJ, Paris, 1988. ; F. RIGAUX, « L'opacité du fait face à l'illusoire limpidité du droit », *Droit et société* n° 41-1999, p. 85 ; A. BOURREL, « L'étendue du contrôle de cassation : faut-il séparer « appréciation souveraine » et « qualification juridique des faits » ? », *RFDA* 1999 p. 124 ; J.-L. AUBERT, « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile », *D.* 2005 p. 1115 ; C. ATIAS, « La fonction d'appréciation souveraine des faits », *D.* 2009 p. 744.

¹⁰² Sur ces critiques, cf. *infra* n° 63 s.

¹⁰³ Ainsi, F. MALHIÈRE, *La brièveté des décisions de justices*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, avril 2013, p. 100.

TITRE I. LA PRÉSENTATION DU VISA COMME LE FONDEMENT LOGIQUE DE LA CASSATION

23. Objet du titre. Il ne s'agit pas ici de dire que les règles juridiques peuvent être mises sous la forme d'un système logique qui permettrait, à partir de ses axiomes, de découvrir de nouvelles règles. La déduction de nouvelles règles à partir de règles existantes, si elle semble possible¹⁰⁴, nécessiterait que les termes employés en droit aient toujours rigoureusement la même signification. Or, en plus de dépendre du contexte d'énonciation, certains termes juridiques renvoient à plusieurs concepts. Une axiomatisation du système juridique impliquerait donc d'identifier les diverses significations des termes dans chacun des textes de lois et de les classer. Il faudrait donc réécrire l'intégralité du droit sous forme logique. Le rédacteur aurait alors pour tâche de déterminer le champ d'application et la signification de chaque règle. Une telle œuvre, en plus de son caractère démesuré, aurait pour conséquence de priver le droit de sa nécessaire flexibilité.

L'objet de ce titre est, de façon beaucoup plus modeste, de montrer, en formalisant les arrêts de cassation, le lien entre le visa et la cassation, de façon à vérifier si le visa se présente comme le fondement logique de la cassation. Pour ce faire, il est nécessaire d'effectuer des choix qui concernent la méthode de formalisation, puis la classification retenue pour les cas d'ouverture à cassation.

- ***Choix de la formalisation des arrêts***

Il existe plusieurs façons possibles de formaliser une décision de justice. Les outils de la logique déontique pourraient sembler les mieux adaptés à la formalisation des décisions de justice. Cependant, à l'emploi de la logique déontique sera préféré celui de la logique aristotélicienne et celui de la logique des propositions, plus simples et plus habituels pour le juriste.

24. Inutilité de l'emploi de la logique déontique. On pourrait s'attendre à ce que la formalisation du raisonnement de la Cour de cassation doive être effectué à partir de la logique déontique, puisque la Cour de cassation appliquant des normes, son raisonnement devrait être conforme à la logique des normes. Mais en réalité, beaucoup de problèmes concernant la formalisation du raisonnement du juge sont évacués dès lors qu'il s'agit du raisonnement de la

¹⁰⁴ F. SILPA, « Contribution d'un modèle logique pour la construction d'ontologies juridiques », *Lidil*, 38, 2008, 125-137.

Cour de cassation en particulier. En effet, la décision de la Cour de cassation aboutit soit à la cassation, soit n'y aboutit pas, contrairement à la décision du juge du fond, qui n'est pas binaire. En effet, pour un litige concernant, par exemple, la responsabilité civile délictuelle, le juge du fond devrait déterminer d'une part s'il y a responsabilité, mais aussi, le cas échéant, le montant des dommages-intérêts à attribuer. Il dispose ainsi d'un nombre de choix beaucoup plus vaste que la Cour de cassation, qui décide soit de la conformité, soit de la non-conformité des différents points de la décision au droit : soit la juridiction du fond a commis une erreur, soit elle ne l'a pas fait. Il n'y a pas d'entre-deux possible. Il ne s'agit pas de dire ce qui est permis, interdit, obligatoire ou facultatif, mais de dire si les décisions des juridictions du fond sont ou non valides. Nul besoin, dès lors, d'utiliser une logique modale. L'utilisation de la logique déontique, en plus d'être inutile, compliquerait largement l'approche. En effet, il existe une grande diversité des systèmes de logique déontique à l'heure actuelle, tous plus compliqués les uns que les autres. Le raisonnement que l'on souhaite formaliser étant relativement simple, les outils de la logique classique sont suffisants.

25. Logique formelle classique et syllogisme. L'utilisation du syllogisme ou de la logique formelle classique sont toutes deux possibles et présentent chacune des avantages. L'intérêt de la méthode syllogistique est son aspect naturel pour le praticien du droit qui y est habitué, son inconvénient étant que cette formalisation présente certaines limites, seuls certains types de raisonnements pouvant être formalisés de la sorte. L'intérêt de la logique formelle est de mettre en évidence de façon encore plus claire le raisonnement suivi, mais nécessite quelques bases de logique¹⁰⁵. Du point de vue de la logique, les deux méthodes sont équivalentes si l'on reste dans les limites de ce que permet la logique aristotélicienne : les deux systèmes formels aboutissent aux mêmes résultats, et la validité des syllogismes peut être démontrée à l'aide de la logique classique¹⁰⁶. Le seul intérêt qu'il y a à utiliser les deux méthodes de présentation est de laisser le choix au lecteur de lire les démonstrations avec lesquelles il est le plus à l'aise.

▪ ***Choix de la classification des cas d'ouverture à cassation***

26. Classification traditionnelle des cas d'ouverture à cassation. Tous les arrêts de cassation ne suivent pas le même raisonnement. En effet, selon le cas d'ouverture à cassation dont il est question, ce n'est pas le même problème qui se pose, et sa résolution ne suit pas le même schéma. La classification classique des cas d'ouverture à cassation n'est pas satisfaisante, car certains cas d'ouverture recouvrent une même réalité, et les auteurs ne s'entendent pas quant à la classification à adopter.

¹⁰⁵ Pour un exposé des méthodes, voir Annexe n°1 p. 408 et suivantes.

¹⁰⁶ Le syllogisme correspond en effet à une tautologie en logique classique : $[(p \rightarrow q) \wedge (q \rightarrow r)] \rightarrow (p \rightarrow r)$.

On distingue toujours entre la violation de la loi, le manque de base légale, le défaut de réponse à conclusion et la dénaturation¹⁰⁷. Certains auteurs distinguent « la violation de la loi, le manque de base légale, les vices de motivation, la dénaturation et éventuellement la contrariété de décisions dans un cas très particulier »¹⁰⁸. D'autres effectuent une longue liste constituée de la « violation de la règle de droit, de l'incompétence et de l'excès de pouvoir, de la contrariété de jugements, de la perte de fondement juridique, du défaut de motifs, du défaut de base légale et de la dénaturation » et de la violation des formes de la procédure¹⁰⁹. A ces classifications vient s'ajouter la possibilité d'une catégorisation supplémentaire, en regroupant certaines ouvertures à cassation. Partant de la distinction entre la *fonction juridique* et la *fonction disciplinaire* de la Cour de cassation¹¹⁰, des auteurs s'attachent à distinguer entre le contrôle *normatif* et le contrôle *disciplinaire* de la Cour de cassation. Ici encore, nulle homogénéité dans les classifications¹¹¹, certains auteurs ajoutant à ces deux catégories celle du *contrôle formel ou procédural*¹¹² ou le *contrôle de motivation*¹¹³, ce qui conduit d'autres auteurs à renoncer à tout regroupement des cas d'ouverture¹¹⁴.

Il peut sembler étonnant qu'il existe une telle diversité dans la définition des cas d'ouverture. Mais cela s'explique par l'absence de définition légale de ceux-ci malgré le fait que l'article 978 du code de procédure civile impose au demandeur de mettre en évidence dans le mémoire ampliatif, pour chaque moyen, le cas d'ouverture invoqué.

¹⁰⁷ Ainsi, J.-Y. FROUIN, « La construction formelle et intellectuelle d'un arrêt », *LPA*, 25 janvier 2007, n° 19 p. 15 s.

¹⁰⁸ A. BÉNABENT, « Les moyens de cassation », in *Le juge de cassation en Europe*, Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation (dir.), Dalloz, 2012, p. 69.

¹⁰⁹ L. CADIET, « La légalité procédurale en matière civile », *BICC* 15 mars 2006, n° 636, p. 3-19, n° 2.

¹¹⁰ G. MARTY, *La distinction du droit et du fait, Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les Juges du fait*, Sirey, Paris, 1929.

¹¹¹ Le désaccord porte avant tout sur le défaut de base légale, qui selon certains relève d'un contrôle normatif (V. REBEYROL, « Une réforme pour la Cour de cassation ? », *JCP G*, n° 37, 7 septembre 2015, doctr. 954) alors qu'il semble ressortir que d'autres y voient un contrôle disciplinaire (S. GJIDARA, « La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles », *LPA*, 26 mai 2004, n° 105, p. 3). En réalité, s'il y a distinction entre la mission normative et la mission disciplinaire de la Cour de cassation, il n'est pas certain que ce soit dans une classification des cas d'ouverture à cassation qu'elle puisse opérer.

¹¹² Ainsi, A. PERDRIAU, « Le rôle disciplinaire du juge de cassation » *JCP G* n° 28, 10 juillet 2002, doctr. 150 ; A. PERDRIAU, « Réflexions désabusées sur le contrôle de la Cour de cassation en matière civile », *JCP G* 1991, n° 3538 p. 361.

¹¹³ Ainsi, distinguant entre contrôle normatif, contrôle normatif de motivation (manque de base légale) et contrôle disciplinaire, J.-F. WEBER, « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », *BICC* n° 702, 15 mai 2009.

¹¹⁴ Ainsi, J. et L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, Dalloz action 2015 /2016, p. 352.

Noter qu'un auteur classe les cas d'ouverture entre *cas usuel* et *cas exceptionnels*. Cependant, il n'explique pas les raisons de cette classification : J. BUFFET, *Droit et pratique de la cassation en matière civile*, LexisNexis, 3^{ème} édition, 2012, p. 189 et s. De même, classant les cas d'ouverture en cas *exceptionnels* et en cas *usuels*, A. PERDRIAU, *La pratique des arrêts civil de la Cour de cassation, principes et méthodes de rédaction*, Litec, 1993, p. 6.

Tous les auteurs s'accordent à dire que la frontière entre cas d'ouverture est poreuse¹¹⁵. Violation de la loi et manque de base légale peuvent sanctionner un même type d'erreur de la part de la juridiction du fond selon le point de vue que l'on adopte sur l'affaire ; un défaut de réponse à conclusions peut engendrer un défaut de base légale ; une motivation insuffisante est difficile à distinguer d'une violation de la loi ou d'un défaut de base légale.

27. Justification de la classification. Comment justifier la persistance de cette typologie des cas d'ouverture, imparfaite conceptuellement ? Une des réponses apportées est que le type de cas d'ouverture invoqué est censé induire, « de la part de la Cour de cassation, des réponses de portée doctrinale variable et même, pour certains des cas d'ouverture, des réponses sans aucune portée doctrinale »¹¹⁶. Cependant, pour ce qui est de notre étude, qui concerne le lien entre le visa et la cassation, une telle justification est dépourvue de valeur. La présentation des cas de cassation doit se faire non pas en fonction d'une hypothétique portée doctrinale des arrêts étudiés, mais en fonction d'un critère susceptible d'avoir un véritable lien avec le mode de raisonnement de la Cour.

28. Propositions de réforme de la classification. Quelques auteurs ont proposé une réforme des cas d'ouverture à cassation. Certains suggèrent une simplification qui irait jusqu'à la suppression de tous les cas d'ouverture hormis celui de la violation de la loi, dans une optique de réduction des pourvois¹¹⁷. D'autres, s'attaquant à la distinction entre contrôle disciplinaire et contrôle normatif, proposent une distinction entre contrôle de légalité procédurale et contrôle de légalité substantielle¹¹⁸. Cette dernière distinction semble rejoindre la distinction entre l'annulation des procédures dans lesquelles les formes ont été violées et l'annulation pour contravention expresse au texte de la loi, du décret des 27 novembre et 1^{er} décembre 1790¹¹⁹. Si elle était intéressante lors de la création du Tribunal de cassation, elle ne semble plus aujourd'hui d'un grand intérêt. Elle permettait à l'époque d'ouvrir à la cassation la violation des règles de procédure qui n'étaient pas codifiées et relevaient de la coutume judiciaire, alors que la cassation était en principe ouverte seulement en cas de violation expresse du texte de la loi. Aujourd'hui, la violation des règles de procédure correspond en général à la violation de dispositions précises,

¹¹⁵ Ainsi, A. BÉNABENT, « Les moyens de cassation », in *Le juge de cassation en Europe*, Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation (dir.), Dalloz, 2012, p. 69.

¹¹⁶ J.-Y. FROUIN, « La construction formelle et intellectuelle d'un arrêt », *LPA*, 25 janvier 2007, n° 19 p. 15 s.

¹¹⁷ J.-F. BURGELIN, « La Cour de cassation en question », *D.* 2001, Point de vue, p. 932 s., spéc. p. 934.

¹¹⁸ L. CADIET, « La légalité procédurale en matière civile », *BICC* 15 mars 2006, n° 636, p. 3-19, n° 30.

¹¹⁹ Art. 3 du Décret des 27 novembre et 1^{er} décembre 1790, portant institution d'un Tribunal de cassation, et réglant sa composition, son organisation et ses attributions, in *Lois, décrets, ordonnances, etc...* par Antoine Auguste Carette, volume 2 p. 79 : « : « [Le Tribunal de cassation] annulera toutes les procédures dans lesquelles les formes auront été violées, et tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi ».

et la cassation est ouverte en cas de méconnaissance des règles de droit et non plus seulement du texte de la loi.

Si on regarde l'article 604 du code de procédure civile, un seul cas d'ouverture semble exister, c'est celui de la non-conformité du jugement attaqué à une règle de droit. La Cour de cassation sanctionnerait donc toujours un problème de conformité à une règle de droit. La violation de la règle de droit serait alors le seul cas d'ouverture à la cassation. Mais on ne peut pas nier que les arrêts de cassation ne se ressemblent pas tous, et ne sanctionnent pas le même type d'erreur. Motulsky a distingué entre la sanction de l'inexactitude et la sanction de l'insuffisance des décisions judiciaires¹²⁰. Cette distinction recouvre une réalité, qui est la différence de nature de l'erreur sanctionnée par la Cour de cassation selon qu'elle reproche à la juridiction du fond d'avoir mal appliqué la loi, ou de ne pas l'avoir mise en mesure d'exercer son contrôle.

29. Classification choisie pour l'étude. Une dernière analyse doit alors retenir notre attention. C'est celle de Marie-Laure Mathieu-Izorche, qui analyse la cassation comme la sanction d'une atteinte à la logique¹²¹. Par une très belle analyse, elle en vient à distinguer selon que la juridiction du fond a porté atteinte aux règles d'inférence, ou au principe de cohérence. Cette attention centrée sur le type d'erreur commise par la juridiction du fond est ce qui va guider notre analyse, car, si le visa est bien une prémisses de la cassation, il devrait y avoir un lien entre le rôle du visa et le type d'erreur commise.

Cependant, à côté des cassations qui seraient la sanction d'une atteinte à la logique, un autre type de cassation est à ajouter : les cassations qui sanctionnent un mauvais choix de prémisses de la part de la juridiction du fond. En effet, on ne peut pas considérer qu'un mauvais choix de prémisses est une erreur de logique, puisqu'il intervient en amont de l'opération de déduction.

Ainsi, la Cour de cassation sanctionne tantôt le choix de la prémisses opéré par la juridiction du fond (Chapitre 1), tantôt une atteinte à la logique de la part de celle-ci (Chapitre 2).

¹²⁰ H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Dalloz, Paris, 2002, p. 151.

¹²¹ M.-L., IZORCHE, « La cassation, sanction d'une atteinte à la logique » in *La sanction du droit, Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, Paris, Puf, 2001, p. 131 s.

Cette distinction a par ailleurs été reprise dans la dernière édition du manuel de procédure de L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Paris, LexisNexis, 9^e éd., 2016, p. 716 s.

Chapitre I. Analyse de la déduction dans les cassations sanction de l'utilisation d'une mauvaise prémisse

30. L'utilisation d'une mauvaise prémisse par une juridiction recouvre plusieurs situations. La juridiction peut avoir fondé sa décision sur un texte ou une règle alors que la situation n'entraîne pas dans son champ d'application. Elle peut avoir fondé sa solution sur le bon texte, mais en avoir fait une mauvaise interprétation. Elle peut avoir mal qualifié juridiquement les faits. Elle peut aussi avoir omis de faire application d'une règle de droit qui aurait dû recevoir application. Notons tout de suite que du point de vue de l'erreur commise, la cassation pour excès de pouvoir n'est qu'un cas particulier de cassation pour utilisation d'une mauvaise prémisse¹²². C'est pourquoi elle ne sera pas traitée indépendamment. Plus exceptionnellement la Cour de cassation sanctionne une erreur de fait. Il s'agit du contrôle de dénaturation. Quelle que soit l'erreur commise, il en résulte toujours l'application d'une règle de droit autre que celle qui aurait dû être appliquée. Cependant, dans le cadre de la dénaturation, le raisonnement est différent : ce n'est pas directement l'application d'une règle de droit autre que celle qui était applicable qui justifie la cassation, mais l'altération du sens clair et précis d'un acte.

31. Ainsi, la cassation peut intervenir lorsque la Cour de cassation estime que la juridiction du fond a utilisé une mauvaise prémisse, soit qu'elle ait appliqué une règle autre que celle qui était applicable (Section 1), soit qu'il y ait dénaturation (Section 2).

Section I. L'application par la juridiction du fond d'une règle autre que celle qui était applicable

32. Refus d'application et fausse application. L'application par une juridiction d'une règle différente de celle qui était applicable constitue un refus d'application ou une fausse application de la loi. Refus d'application de la loi et fausse application de la loi sont des cas de cassation qui ne sont pas intrinsèquement différents. En effet, en général la fausse application d'une règle de droit aboutit au refus d'application d'une autre et *vice versa*¹²³. Refus d'application de la loi et fausse application de la loi procèdent toutes deux d'une erreur de qualification des faits. Mais le

¹²² Pour plus de précisions, cf. *infra* n° 292.

¹²³ Ainsi, 2^{ème} civ., 2 avril 2009, pourvoi n° 08-60.544, *Bull.* 2009, II, n° 83.

raisonnement suivi n'est pas identique, en raison de la différence tenant au texte visé, puisque dans le cas d'une fausse application c'est le texte faussement appliqué qui est visé (§1), alors que dans le cas d'un refus d'application c'est le texte qui aurait dû être appliqué qui est visé (§2). La fausse interprétation de la loi ne constitue pas en revanche pas un cas d'ouverture distinct, car il s'agit de sanctionner tantôt une fausse application de la loi, tantôt un refus d'application (§3).

§1. La fausse application de la loi

33. L'application d'une règle non applicable. En matière de fausse application, c'est le texte qui a été appliqué à tort par la juridiction du fond qui est visé¹²⁴. Un arrêt de la première chambre civile en date du 16 septembre 2010 permet d'en apporter une illustration¹²⁵ :

Vu l'article 1341 du code civil ;

Attendu que la preuve du paiement, qui est un fait, peut être rapportée par tous moyens ;

Attendu que se fondant sur une reconnaissance de dette, M. X... a assigné Mme Y... en paiement de la somme de 37 350 euros en remboursement d'un prêt ;

Attendu que pour accueillir cette demande, l'arrêt attaqué, statuant sur renvoi après cassation (1^{re} Civ., 20 mars 2007, pourvoi n° X 05-15. 427) retient que la demande d'enquête faite par Mme Y... n'était pas recevable, celle-ci, qui ne versait aux débats que des attestations, ne produisait aucune quittance constatant qu'elle s'était effectivement libérée de sa dette envers M. X..., ni aucun commencement de preuve par écrit émanant de ce dernier ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé, par fausse application, le texte susvisé »

L'ancien article 1341 dispose que :

« Il doit être passé acte devant notaires ou sous signatures privées de toutes choses excédant une somme ou une valeur fixée par décret, même pour dépôts volontaires, et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre.

Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce. »

¹²⁴ J.-F. WEBER, « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », *BICC* n° 702 : « Si la cassation intervient pour fausse application, le visa et le chapeau correspondront au texte que l'arrêt attaqué a appliqué inexactement, et c'est le conclusif qui permettra de savoir la raison pour laquelle le texte visé n'était pas applicable. Dans ce cas également, le conclusif sera souvent complété d'une précision introduite par « *alors que...* » (Soc., 3 mars 2009, pourvoi n° 07-44.794). »

¹²⁵ 1^{ère} civ. 16 septembre 2010, pourvoi n° 09-13.947, *Bull.* 2010, I, n° 173, *Dalloz actu.*, 22 sept. 2010, obs. DELPECH ; *D.* 2010, pan. 2671, obs. DELEBECQUE ; *ibid.* 2011. Chron. C. cass. 622, obs. CRETON ; *JCP* 2010, no 940, note DEHARO ; *ibid.*, n° 1040, obs. LOISEAU ; *CCC* 2010, no 266, note LEVENEUR ; *RLDC* 2010/76, n° 3992, obs. PAULIN-HOCQUET-BERG ; *RCA* 2010, Étude 12 ; *RDC* 2011 p. 103, obs. LIBCHABER.

C'est la deuxième partie de l'alinéa 1^{er} de ce texte que la cour d'appel a appliqué (« il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes »), car, selon elle, le paiement intervenant en remboursement d'un prêt est un acte juridique. Or, la Cour de cassation considère dans cet arrêt que le paiement est un fait juridique, raison pour laquelle l'article 1341 n'est pas applicable, cet article ne concernant que les actes juridiques. La règle selon laquelle il n'est reçu aucune preuve par témoins est donc sans application dans le cas présent.

Le chapeau est obtenu par le biais d'un raisonnement *a contrario* : La preuve par témoin n'est pas admise contre les actes sous-seing privé ou passés devant notaires. *A contrario* elle l'est contre les faits juridiques. Ce chapeau ne peut être déduit grâce à la logique classique, puisqu'on ne peut rien conclure de deux prémisses négatives (règle n°6)¹²⁶. Cependant, il faut remarquer que ce chapeau est ici non nécessaire au prononcé de la solution, puisqu'il suffisait de constater que la preuve du paiement est un fait et non un acte, et que l'article 1341 du code civil était donc inapplicable¹²⁷.

A. Analyse syllogistique¹²⁸

Le syllogisme de la cour d'appel est ici ainsi constitué :

Majeure (issue du visa) : La preuve par témoin n'est pas admise contre les actes juridiques.

(Aucun acte juridique n'est prouvé par témoin : aucun A n'est B : négative universelle, **E**) MP

Mineure : Le paiement est acte juridique. (Tout paiement est un acte juridique : Tous les C sont

A : affirmative universelle, **A**) SM

Conclusion : La preuve testimoniale ne peut être admise contre un paiement. (Aucun paiement n'est prouvé par témoin : aucun C n'est B, négative universelle, **E**) SP

Ce syllogisme du type E-A-E, de la première figure, est parfaitement valide. C'est une des prémisses de la cour d'appel qui est fautive. En effet, pour la Cour de cassation :

La majeure (issue du visa) : La preuve par témoin n'est pas admise contre les actes juridiques.

(Aucun acte juridique n'est prouvé par témoin : aucun A n'est B : négative universelle, **E**) MP

La mineure : Un paiement n'est pas un acte juridique. (Aucun paiement n'est un acte juridique,

E : aucun C n'est A)

¹²⁶ Cf. Annexe n° 1, 6), p. 410.

Ici, les deux prémisses négatives sont : *Majeure* : La preuve par témoin n'est pas admise contre les actes sous-seing privé ou passés devant notaires. *Mineure* : Le paiement n'est pas un acte juridique.

¹²⁷ Le chapeau est ici un *obiter dictum*, cf. n° 364.

¹²⁸ Pour des précisions sur le syllogisme, voir annexe n°1, p. 408 s.

Or on ne peut tirer aucune conclusion valide de deux propositions négatives (règle n°6). Le texte visé ne permettait donc pas d'aboutir à la conclusion à laquelle la cour d'appel a abouti.

Ce qui est sanctionné, dans la cassation pour fausse application, est la mauvaise qualification des faits. Le texte visé est alors le texte qui a été appliqué alors que les conditions nécessaires à son application n'étaient pas réunies.

B. Analyse en logique des propositions¹²⁹

Dans l'arrêt de la première chambre civile du 16 septembre 2010¹³⁰, ce qui est reproché à la cour d'appel était d'avoir appliqué l'ancien article 1341 du code civil à un paiement alors que cet article n'est applicable qu'aux actes juridiques. Pour traduire formellement ce raisonnement, il faut dénicher les axiomes qui le sous-tendent, c'est-à-dire relever les prémisses originales :

- 1) L'article 1341 n'est applicable qu'aux actes juridiques
- 2) Un paiement n'est pas un acte juridique
- 3) La non-conformité d'un jugement aux règles de droit engendre la cassation
- 4) L'application d'un texte hors son champ d'application n'est pas conforme aux règles de droit.

Pour être traduites en termes de logique formelle, ces prémisses nécessitent un léger traitement. Il faut tout d'abord assigner une lettre à chacune des propositions :

T étant l'ensemble des textes en vigueur

p_t : application d'un texte, avec t un texte $\in T$

En particulier, p_a : application de l'article 1341

p'_t : applicabilité d'un texte, $t \in T$

En particulier, p'_a : applicabilité de l'article 1341

q : acte juridique

x : le fait qualifié est un paiement

s : conformité à la loi

r : cassation

Il faut ensuite reformuler les six prémisses dont nous disposons :

- 1) L'applicabilité de l'article 1341 implique que l'on est en présence d'un acte juridique : $p'_a \rightarrow q$
- 2) Un paiement n'est pas un acte juridique : $x \rightarrow \neg q$

¹²⁹ Pour des précisions sur la logique des propositions, cf. Annexe n°1, spéc. p. 411 s.

¹³⁰ 1^{ère} civ. 16 septembre 2010, pourvoi n° 09-13.947, *Bull.* 2010, I, n° 173.

- 3) Si le jugement de la juridiction du fond n'est pas conforme à la loi, alors la cassation est encourue : $\neg s \rightarrow r$
- 4) La conformité à la loi implique que pour tout texte appliqué celui-ci était applicable : $(\forall t \in T) [s \rightarrow (p_t \rightarrow p'_t)]$
- 5) p_a : l'article 1341 a été appliqué
- 6) x : le fait qualifié est un paiement

Une fois ces opérations effectuées, on peut formaliser le raisonnement de la Cour de la cassation lui ayant permis d'aboutir à la cassation :

Si $(\forall t \in T) [s \rightarrow (p_t \rightarrow p'_t)]$ on a en particulier $s \rightarrow (p_a \rightarrow p'_a)$

Si pour tout texte de loi, si la conformité à la loi a lieu, on a application de ce texte seulement lorsqu'il est applicable, on a, en particulier, la conformité à la loi nécessite que l'article 1341 du code civil ne soit appliqué que s'il est applicable.

Or, $p_a \wedge x$.

La cour d'appel a appliqué l'article 1341 du code civil à un paiement. On a donc application de l'article 1341 et le fait qualifié est un paiement.

D'après (2) : $x \rightarrow \neg q$. Or, x , donc $\neg q$

D'après (2), un paiement n'est pas un acte juridique. Or le fait qualifié est un paiement, donc le fait qualifié n'est pas un acte juridique.

D'après (1) $p'_a \rightarrow q$. Or $\neg q$. Donc $\neg p'_a$

D'après (1), l'applicabilité de l'article 1341 implique que l'on est en présence d'un acte juridique. Or on n'est pas en présence d'un acte juridique, donc l'article 1341 est inapplicable.

Or, d'après (5), p_a . On a donc $p_a \wedge \neg p'_a$

Or, d'après l'axiome n°5, l'article 1341 a été appliqué (axiome n°5). On a donc à la fois application de l'article 1341 et absence d'applicabilité de l'article 1341 du code civil.

Donc, (loi de contraposition)¹³¹ $\neg (p_a \rightarrow p'_a)$

Donc l'application de l'article 1341 n'implique pas son applicabilité. Autrement dit, il peut y avoir application de l'article 1341 alors qu'il n'est pas applicable.

Or, $s \rightarrow (p_a \rightarrow p'_a)$, donc en l'espèce, $\neg s$.

Or, si conformité à la loi alors il n'y a application de l'article 1341 que lorsqu'il est applicable. Or ce n'est pas le cas, donc il n'y a pas conformité à la loi.

$\neg s \rightarrow r$, or $\neg s$, donc r .

Si non-conformité à la loi, alors cassation. Il n'y a pas conformité à la loi, donc, cassation.

On se rend compte que la cassation pour fausse application de la loi est difficilement formalisable. Cela s'explique par le fait qu'elle porte sur le choix des prémisses par la cour d'appel.

¹³¹ Voir n° 5 p. 413.

En matière de refus d'application de la loi, il en sera autrement, car le texte qui aurait dû être appliqué est identifié, et source de la cassation.

L'intérêt de la formalisation est qu'elle met en lumière les prémisses irréductibles que sont (1) et (2) :

- 1) L'applicabilité de l'article 1341 implique que l'on est en présence d'un acte juridique : $p'_a \rightarrow q$
- 2) Un paiement n'est pas un acte juridique : $x \rightarrow \neg q$

Ces prémisses correspondent d'une part à la détermination du champ d'application du texte, et d'autre part à la qualification juridique des faits. Elles ont bien un lien avec le visa, mais on ne peut pas pour autant dire que le texte visé permet de les déduire directement¹³². Il en va différemment en matière de refus d'application.

§2. Le refus d'application de la loi

34. L'absence d'application d'une règle de droit applicable. Lorsque la cassation intervient pour refus d'application, c'est que la juridiction du fond n'a pas appliqué une règle de droit pourtant applicable. Le texte visé est alors celui que la juridiction aurait dû appliquer¹³³. Le refus d'application peut résulter d'une méconnaissance du champ d'application du texte ou des conséquences de l'applicabilité du texte¹³⁴ : la juridiction du fond a refusé d'appliquer le texte soit parce qu'elle considérait qu'il était inapplicable¹³⁵, soit parce qu'elle a mal interprété les conséquences attachées à l'applicabilité du texte. Quoi qu'il en soit, il s'en suit une inapplication du texte visé. Il en est ainsi dans un arrêt de la première chambre civile du 3 mai 2006¹³⁶ :

Vu l'article 1334 du code civil ;

¹³² Sur ce point, cf. n° 102 s.

¹³³ En ce sens, J.-F. WEBER, « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », *BICC* n° 702, 15 mai 2009 : « - Si la cassation correspond à un refus d'application d'un texte, le visa et le chapeau correspondront au texte qui aurait dû être appliqué et qui ne l'a pas été. Le conclusif indiquera, lorsque la formule traditionnelle « *qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé* » ne suffit pas à la compréhension de la cassation, pourquoi le texte aurait dû être appliqué, grâce à une incidente introduite par « *alors que...* » ».

¹³⁴ H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Sirey, 1948, n° 16 ; N. MACCORMICK, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, PUF, 1^{ère} édition, Paris, 1996, p. 51 : « On a souvent fait valoir, et il n'y a pas de raison d'en douter, que toutes les règles de droit, quelles que soit leur formulation dans les lois ou les précédents, peuvent sans altération aucune, épouser la forme : si certains faits ou événements sont avérés, une certaine conséquence juridique doit s'en suivre ».

¹³⁵ Pour un exemple de cassation pour refus d'application engendré par une mauvaise interprétation du champ d'application du texte visé, 2^{ème} civ., 24 novembre 2016, pourvoi n° 15-17.178, *publication en cours*.

¹³⁶ 1^{ère} civ. 3 mai 2006, pourvoi n° 04-12.009, *Bull.* 2006, I, n° 186.

Attendu qu'aux termes de ce texte, les copies, lorsque le titre original subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu au titre, dont la représentation peut toujours être exigée ;

Attendu que, par acte authentique du 9 août 1988, la Caisse régionale de Crédit agricole mutuel Centre Est (le Crédit agricole) s'est portée caution solidaire du remboursement d'un prêt consenti à Mme X... par le Crédit suisse ; qu'à l'occasion d'un litige l'opposant au Crédit agricole relativement au paiement de diverses sommes d'argent dont celui-ci se prétendait créancier à son égard, notamment au titre du cautionnement constaté par l'acte authentique du 9 août 1988, Mme X... a formé contre cet acte une inscription de faux incidente ;

Attendu qu'après avoir constaté qu'étaient produites deux copies de l'acte litigieux, dont l'une comportait des mentions, relatives au taux effectif global et à la Constitution d'une garantie, qui étaient absentes de l'autre, la cour d'appel, estimant que cette dernière était une copie provisoire, a rejeté l'incident de faux au motif que Mme X... n'apportait pas la preuve que lesdites mentions auraient été portées postérieurement à l'apposition de sa signature ;

Qu'en se déterminant ainsi, alors qu'en raison des discordances affectant les copies produites, elle ne pouvait se prononcer sur l'incident de faux sans ordonner la représentation de l'original de l'acte qui en était l'objet, la cour d'appel a violé, par refus d'application, le texte susvisé ;

Dans cet arrêt, la cour d'appel a rejeté un incident de faux sans avoir ordonné la représentation de l'original de l'acte qui en était l'objet. Or, selon le texte visé, l'ancien article 1334 du code civil, « les copies, lorsque le titre original subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu au titre, dont la représentation peut toujours être exigée ». La cour d'appel aurait donc dû, en application de ce texte, ordonner la représentation de l'original, et a violé ce texte par refus d'application. Ce qui est sanctionné par la Cour de cassation est d'avoir ignoré le texte visé, et donc d'avoir refusé de l'utiliser en tant que prémisse.

A. Analyse syllogistique

Pour la cour d'appel, le demandeur n'apporte pas la preuve du faux, donc sa demande est rejetée. Elle se fonde probablement sur l'ancien article 1315 du code civil, combiné à l'article 9 du code de procédure civile. Ainsi, en termes syllogistiques et à supposer qu'elle se fonde bien sur ces textes, son raisonnement est le suivant :

Majeure : L'accueil d'un incident de faux nécessite l'apport de la preuve du caractère faux. (Tout A est B, **A**) PM

Mineure : En l'espèce, la preuve du caractère faux de la preuve n'est pas apportée. (C n'est pas B, **O**) SM

Conclusion : L'incident de faux n'est pas accueilli. (C n'est pas A, **O**) SP
(Syllogisme de la 2^{ème} figure du type AOO).

Comme en matière de cassation pour fausse qualification, le raisonnement de la cour d'appel est logiquement valide. Ce qui justifie la cassation est le fait que la cour d'appel ait omis

d'appliquer un texte pourtant applicable. Le raisonnement de la Cour de cassation, partant d'une prémisse différente de celle de la cour d'appel est différent :

Majeure : Pour se prononcer sur un incident de faux, le juge doit ordonner la production de l'acte dès lors que les copies produites sont discordantes. (Tout A est B)

Mineure : En l'espèce, les copies produites sont discordantes. (C est A)

Conclusion : En l'espèce le juge doit ordonner la production de l'acte pour se prononcer sur l'incident de faux. (C est B)

Le texte visé est alors le texte qui aurait dû être appliqué, et qui aurait entraîné une conclusion différente de celle à laquelle la juridiction a abouti.

B. Analyse en logique formelle

Dans l'arrêt du 3 mai 2006, ce qui était reproché à la cour d'appel était d'avoir rejeté un incident de faux sans avoir ordonné la représentation de l'original de l'acte qui en était l'objet.

Définition des propositions :

R étant l'ensemble des règles de droit applicables.

s_n : conformité d'une décision avec la règle de droit n , sachant que $n \in R$

En particulier s_x : respect de la règle issue l'article 1334 du code civil

s : conformité aux règles de droit

r : cassation

p : incident de faux

q : ordre de représentation de l'original de l'acte

Définition des prémisses :

1) $(\forall n \in R) (s \rightarrow s_n)$: La conformité aux règles de droit implique la non contrariété de la décision avec toute règle de droit en vigueur.

2) $\neg s \rightarrow r$: Si la décision de la juridiction du fond n'est pas conforme aux règles de droit, alors la cassation est encourue. (Art. 604 CPC)

3) $s_x \rightarrow (p \rightarrow q)$: Le respect de la règle issue de l'article 1334 du code civil implique qu'un incident de faux entraîne l'ordre de représentation de l'original de l'acte.

4) p : on est en présence d'un incident de faux

5) $\neg q$: il n'a pas été ordonné de représenter l'original de l'acte

Résolution du problème :

(3) $s_x \rightarrow (p \rightarrow q)$, donc $\neg (p \rightarrow q) \rightarrow \neg s_x$ (loi de contraposition¹³⁷)

Le respect de la règle issue de l'article 1334 du code civil implique qu'un incident de faux entraîne l'ordre de représentation de l'original de l'acte, donc si en présence d'un incident de faux, on n'a pas l'ordre de représentation de l'original de l'acte, alors la règle issue de l'article 1334 du code civil n'est pas respectée.

Or, (1) $(\forall n \in \mathbb{R}) (s \rightarrow s_n)$, donc en particulier $s \rightarrow s_x$, donc $\neg s_x \rightarrow \neg s$

Or, (1) pour toute règle de droit appartenant au système juridique, la conformité aux règles de droit implique la non contrariété de la décision avec toute règle de droit en vigueur.

En l'espèce, on donc $p \wedge \neg q$, donc $\neg (p \rightarrow q)$. Or $\neg (p \rightarrow q) \rightarrow \neg s_x$ et $\neg s_x \rightarrow \neg s$, donc $\neg s$

En l'espèce, la cour d'appel n'a pas, en présence d'un incident de faux, ordonné la représentation de l'original de l'acte. Donc la règle issue de l'article 1334 n'a pas été respectée. Donc, la décision n'est pas conforme aux règles de droit.

Or, (2) $\neg s \rightarrow r$. On a $\neg s$, donc r .

Or, (2) si la décision de la juridiction du fond n'est pas conforme aux règles de droit, alors la cassation est encourue. La décision de la cour d'appel n'est pas conforme aux règles de droit. Elle doit donc être cassée.

Si le raisonnement permettant d'aboutir à la cassation à partir de la prémisse issue du chapeau est aisément formalisable, le raisonnement nécessaire pour décider de l'applicabilité ou de l'inapplicabilité d'un texte n'est en revanche pas formalisable. Pour la cour d'appel, l'article 1334 n'impliquait pas une obligation d'ordonner la représentation de l'acte pour tout incident de faux. Cette obligation n'avait rien d'évident à la lecture de l'article, qui ne semble impliquer une obligation pour le juge qu'en cas de demande des parties¹³⁸.

Que ce soit sous la forme syllogistique ou sous la forme formelle, le raisonnement nécessaire pour aboutir à la cassation pour refus d'application de la loi est beaucoup plus rapide qu'en cas de fausse application de la loi. De plus, une des majeures est issue d'une interprétation du visa (la prémisse n° 3), alors qu'en matière de fausse application de la loi, c'est le champ d'application du texte visé qui constitue la majeure.

Il peut arriver que la Cour de cassation vise à la fois le texte faussement appliqué et le texte qui aurait dû l'être¹³⁹. On est alors en présence de deux raisonnements simultanés, l'un correspondant à la fausse application, l'autre au refus d'application.

¹³⁷ Voir n° 5 p. 413.

¹³⁸ J. MESTRE, B. FAGES, « Sur la copie », *RTD civ.* 2006 p. 769.

¹³⁹ Ainsi, 1^{ère} civ., 22 novembre 2005, pourvoi n° 02-17.708, *Bull.* 2005, I, n° 437 ; 1^{ère} civ., 13 décembre 2005, pourvoi n° 04-17.386, *Bull.* 2005, I, n° 486 ; 1^{ère} civ., 28 février 2006, pourvoi n° 03-20.281, *Bull.* 2006, I, n° 129 ; 1^{ère} civ., 16 mai 2006, pourvoi n° 02-17.762, *Bull.* 2006, I, n° 239 ; 1^{ère} civ. 13 juin 2006, pourvoi n° 04-19.665, *Bull.* 2006, I, n° 309.

§3. La cassation pour fausse interprétation de la loi

35. Dans le cas d'une fausse interprétation de la loi, le texte qui est visé est celui qui a été mal interprété, parfois accompagné d'un ou plusieurs textes permettant de justifier l'interprétation à en donner¹⁴⁰. Ce cas de cassation n'est pas différent des cas de fausse application ou de refus d'application, puisqu'il s'agit toujours de sanctionner la juridiction qui, en interprétant mal un texte, a soit refusé de l'appliquer, soit l'a appliqué à tort. Pour s'en convaincre, une cassation pour fausse interprétation correspondant à une fausse application (A) et une cassation pour fausse interprétation correspondant à un refus d'application (B) seront prises pour exemple.

A. La fausse interprétation engendrant une fausse application

36. Une fausse interprétation est constitutive d'une fausse application dans un arrêt du 17 janvier 2006, rendu par la première chambre civile¹⁴¹ :

Vu l'article 1415 du code civil ;

Attendu, aux termes de ce texte, que chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres ;

Attendu qu'à la suite de la défaillance de la SCI Roc à rembourser un emprunt, un jugement du 26 janvier 1999 a, en application des dispositions de l'article 1857 du code civil, condamné M. X..., associé de la SCI, à payer une certaine somme au Crédit industriel et commercial (la banque) ; qu'en exécution de cette décision, la banque a engagé une procédure de saisie d'un bien immobilier dépendant de la communauté existant entre les époux X... ;

Attendu que, pour annuler la procédure de saisie immobilière à la requête des époux X..., l'arrêt attaqué énonce que la participation à une société, acte contractuel, a des conséquences d'une telle gravité qu'il peut être considéré que la situation est semblable à celle qui résulte d'un cautionnement ou d'un emprunt et que, par application à la situation de l'article 1415 du code civil qui tend à protéger le patrimoine conjugal, une telle extension de garantie aux biens communs ne saurait être admise sans accord du conjoint explicitement exprimé ou qui, averti, n'a pas manifesté d'opposition, ce qui est le cas en l'espèce ;

Qu'en se déterminant ainsi, alors que le contrat de société civile, qui fait naître à la charge de l'associé une obligation subsidiaire de répondre indéfiniment des dettes sociales à proportion de sa part dans le capital, ne saurait être assimilé à un acte de cautionnement, la cour d'appel a violé le texte susvisé, par fausse interprétation ;

¹⁴⁰ Sur ce point, cf. *infra* n° 152 s.

¹⁴¹ 1^{ère} civ. 17 janvier 2006, pourvoi n° 02-16.595, *Bull.* 2006, I, n° 15.

Ce qui est reproché à la cour d'appel est d'avoir assimilé un contrat de société civile à un cautionnement, dans le but de protéger les époux. Selon l'article 1415 du code civil, « Chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres ». Pour la cour d'appel, la raison d'être de ce texte est la nécessaire protection du patrimoine conjugal dans certaines situations. La situation résultant de la participation à une société ayant des conséquences graves, elle est semblable à celle résultant d'un cautionnement ou d'un emprunt. Dès lors, il n'y a pas de raison d'exclure l'application de l'article 1415 du code civil.

La Cour de cassation refuse cette interprétation, et casse l'arrêt. L'article visé est celui qui a été appliqué à tort par la cour d'appel, par le biais d'un raisonnement par analogie. Le schéma est identique à celui que l'on observe en matière de cassation pour fausse application, la seule différence étant que l'accent est mis sur l'erreur d'interprétation commise par la cour d'appel.

1) Analyse syllogistique

Raisonnement de la cour d'appel :

La majeure (issue d'une interprétation du visa) : Tous les actes contractuels graves pour le patrimoine conjugal nécessitent le consentement du conjoint pour engager les biens communs. (Tout A est B)

La mineure : Un contrat de société civile est un acte grave pour le patrimoine conjugal (Tout C et B).

Conclusion : Un contrat de société civile nécessite le consentement du conjoint pour engager les biens communs (Tout C est B).

Ce raisonnement de la cour d'appel est parfaitement valide. C'est la majeure qui est fausse.

Raisonnement de la Cour de cassation :

La majeure : Tous les cautionnements et emprunts nécessitent le consentement du conjoint pour engager les biens communs (Tout A est B).

La mineure : Aucun contrat de société civile n'est un cautionnement ou un emprunt. (Aucun C n'est A)

Aucune conclusion ne peut être tirée. Le texte visé ne permettait donc pas d'aboutir à la conclusion à laquelle la cour d'appel a abouti.

2) Analyse en logique formelle

L'identité de structure de la cassation pour fausse interprétation aux deux autres cassations pour utilisation d'une mauvaise prémisse se vérifie aussi en logique formelle :

Définition des propositions :

T étant l'ensemble des textes applicables de textes applicables

p_t : application d'un texte, $t \in T$

p_a : application de l'article 1415

p'_t : applicabilité d'un texte, $t \in T$

p'_a : applicabilité de l'article 1415

q : le fait qualifié est un cautionnement

u : le fait qualifié est un emprunt

x : le fait qualifié (ici, un contrat de société civile)

s : conformité à la loi

r : cassation

Définition des prémisses :

- 1) L'article 1415 n'est applicable qu'aux cautionnements et emprunts : $p'_a \rightarrow (q \vee u)$
- 2) Un contrat de société civile n'est ni un cautionnement ni un emprunt. $x \rightarrow (\neg q \wedge \neg u)$
- 3) Si la décision de la juridiction du fond n'est pas conforme à la loi, alors la cassation est encourue : $\neg s \rightarrow r$
- 4) La conformité à la loi a lieu si pour tout texte appliqué celui-ci était applicable : $(\forall t \in T) [s \rightarrow (p_t \rightarrow p'_t)]$
- 5) p_a : l'article 1415 du code civil a été appliqué
- 6) x : le fait qualifié est un contrat de société civile

Résolution du problème :

(4) $(\forall t \in T) (p_t \rightarrow p'_t)$. On a donc en particulier $s \rightarrow (p_a \rightarrow p'_a)$

(4) *La conformité à la loi a lieu si pour tout texte appliqué celui-ci était applicable. En particulier, la conformité à la loi a lieu si l'application de l'article 1415 du code civil implique son applicabilité.*

En l'espèce, on a $p_a \wedge x$.

En l'espèce, on a application de l'article 1415 du code civil et le fait qualifié est un contrat de société civile.

Or, d'après (2) on a $x \rightarrow (\neg q \wedge \neg u)$.

Or, d'après (2), un contrat de société civile n'est ni un cautionnement ni un emprunt.

$(\neg q \wedge \neg u) \equiv \neg (q \vee u)$ (loi de de Morgan)

Selon la loi de Morgan, non cautionnement et non emprunt est équivalent à non cautionnement ou emprunt.

Or, d'après (1) on a $p'_a \rightarrow (q \vee u)$ donc, par l'application de la règle n°6¹⁴², $\vdash p'_a$, puisque $\vdash (q \vee u)$.

Or, d'après (1) l'article 1415 n'est applicable qu'aux cautionnements et emprunts, donc en l'espèce l'article 1415 n'est pas applicable, puisque le fait qualifié n'est ni un cautionnement ni un emprunt.

On a donc $p_a \wedge \vdash p'_a$.

On a donc application de l'article 1415 du code civil et absence d'applicabilité de l'article 1415 du code civil.

Donc, $\vdash (p_a \rightarrow p'_a)$, par l'application de la règle n°6.

Donc, par application de la règle n° 6, l'application de l'article 1415 n'implique pas son applicabilité.

Or, $s \rightarrow (p_a \rightarrow p'_a)$, donc en l'espèce, $\vdash s$.

Or, la conformité à la loi a lieu si l'application de l'article 1415 du code civil implique son applicabilité. Donc en l'espèce il n'y a pas conformité à la loi.

Selon (3) $\vdash s \rightarrow r$, or $\vdash s$, donc r .

Selon (3) si la décision de la juridiction du fond n'est pas conforme à la loi, alors la cassation est encourue. Or la décision de la juridiction du fond n'est pas conforme à la loi. Donc la cassation est encourue.

Et tout comme le précédent arrêt pour fausse application, il peut être formalisé en mettant l'accent sur le mauvais choix de prémisse :

Définition des propositions :

R étant l'ensemble des règles de droit de notre système juridique.

s_n : conformité d'une décision avec la règle de droit $n \in R$

En particulier s_x : Le respect de la règle issue de l'article 1415 du code civil.

s : conformité à la loi

r : cassation

q : absence de solidarité entre époux

p : cautionnement

p' : contrat de société civile

Définition des prémisses :

1) $(\forall n \in R) (s \rightarrow s_n)$: Pour toute règle de droit, la conformité à la loi implique la non contrariété (conformité) de la décision avec cette règle de droit.

2) $\vdash s \rightarrow r$: Si le jugement de la juridiction du fond n'est pas conforme à la loi, alors la cassation est encourue. (Art. 604 CPC)

3) $s_x \rightarrow (q \rightarrow p)$: Le respect de l'article 1415 du code civil nécessite que l'absence de solidarité entre époux n'ait lieu qu'en matière de cautionnement.

4) $p' \rightarrow \vdash p$: Un contrat de société civile n'est pas assimilable à un cautionnement.

¹⁴² Cf. annexe n° 1 p. 413.

Résolution du problème :

Selon (3) $s_x \rightarrow (q \rightarrow p)$. Or, $p' \rightarrow \neg p$, donc $\neg p$.

Selon (3) le respect de l'article 1415 du code civil nécessite que l'absence de solidarité entre époux n'ait lieu qu'en matière de cautionnement. Le fait qualifié est un contrat de société civile. Or un contrat de société civile n'est pas assimilable à un cautionnement. Donc le fait qualifié n'est pas un cautionnement.

$\neg p$ mais q , donc $\neg (q \rightarrow p)$ donc $\neg s_x$.

Le fait qualifié n'est pas un cautionnement, mais on n'a pas de solidarité entre les époux. Donc l'absence de solidarité entre époux n'implique pas que l'on soit face à un cautionnement. Donc l'article 1415 du code civil n'est pas respecté.

Or, (1) $(\forall n \in \mathbb{R}) (s \rightarrow s_n)$, donc en particulier $s \rightarrow s_x$. Or $\neg s_x$, donc $\neg s$.

Or, (1) pour toute règle de droit, la conformité à la loi implique la non contrariété de la décision avec cette règle de droit. En particulier la conformité à la loi implique la non contrariété de la décision avec la règle issue de l'article 1415 du code civil. Or, la décision n'est pas conforme à l'article 1415 du code civil, donc elle n'est pas conforme à la loi.

Or (2) $\neg s \rightarrow r$, donc r . La décision doit être cassée.

Or (2) si le jugement de la juridiction du fond n'est pas conforme à la loi, alors la cassation est encourue. Donc la cassation est encourue.

B. La fausse interprétation engendrant un refus d'application

En général, lorsqu'une fausse interprétation engendre une violation de la loi par refus d'application, la cassation intervient pour refus d'application. Un tel constat est naturel, car la juridiction du fond qui n'a pas appliqué un texte pourtant applicable ne va pas forcément préciser pour quelle raison elle a écarté le texte en question, ce qui empêche de rendre visible l'erreur d'interprétation. Quelques cassations pour fausse interprétation correspondant à un refus d'application ont cependant été trouvées. Il en est ainsi d'un arrêt du 12 février 2009 rendu par la deuxième chambre civile¹⁴³ :

Vu l'article 5 du décret n° 70-1277 modifié portant création d'un régime de retraite complémentaire des assurances sociales en faveur des agents non titulaires de l'Etat et des collectivités publiques ;

Attendu qu'il résulte de ce texte qu'un agent d'une collectivité territoriale bénéficie du régime de retraite complémentaire qu'il institue, dès lors qu'il n'est pas affilié pour les mêmes services, au régime spécial de la Caisse nationale de retraites des agents des collectivités locales ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. X... a été affilié, de 1967 à 2000, au régime complémentaire géré par l'Institution de retraite complémentaire des agents non titulaires de

¹⁴³ 2^{ème} civ., 12 février 2009, pourvoi n° 08-11.762, Bull. 2009, II, n° 46.

l'Etat et des collectivités publiques (l'IRCANTEC) à raison de son activité de musicien au sein de l'Orchestre de Paris ; qu'il a été parallèlement recruté et titularisé en 1982 en qualité de professeur au sein de l'école nationale de musique de la commune du Raincy et affilié de ce chef auprès de la Caisse nationale de retraites des agents des collectivités locales ; qu'ayant demandé en 2000 la liquidation de ses droits à pension auprès de l'IRCANTEC, celle-ci lui a refusé le bénéfice des droits correspondant à la période courant de 1982 à 2000 ; que M. X... a saisi la juridiction civile d'un recours ;

Attendu que, pour rejeter la demande de M. X..., l'arrêt, après avoir rappelé que celui-ci avait exercé parallèlement deux activités distinctes de 1982 à 2000, retient que les dispositions combinées de l'article 59 du décret n° 65-773 du 9 septembre 1965 modifié relatif au régime de la CNRACL, L. 87 du code des pensions civiles et militaires de retraite et 5 du décret susvisé s'opposent à ce que celui-ci puisse percevoir une pension de l'IRCANTEC au titre des années pendant lesquelles il était également affilié à la CNRACL ;

Qu'en statuant ainsi alors que les services au titre desquels M. X... était affilié auprès de l'IRCANTEC ne donnaient pas lieu à affiliation auprès de la CNRACL, la cour d'appel a violé par fausse interprétation le texte susvisé ;

Un extrait du texte visé :

« 1° Pour bénéficier du régime institué par le présent décret, les personnels des collectivités visées à l'article 3 doivent remplir les conditions suivantes : (...) Ne pas être affilié, pour les mêmes services, à l'un des régimes légaux de retraite institué en faveur des agents de l'Etat ou à un régime de retraite institué en faveur des agents des collectivités locales ou à l'un des autres régimes spéciaux de retraite fonctionnant en application des dispositions des dispositions des articles 61 ou 65 du décret n° 46-1378 du 8 juin 1946 modifié ; (...) »

Interprétant le texte visé, la cour d'appel a retenu qu'un agent d'une collectivité territoriale bénéficie du régime de retraite complémentaire qu'il institue, dès lors qu'il n'est pas affilié au régime spécial de la Caisse nationale de retraites des agents des collectivités locales. Il semble qu'elle considère que les termes « pour les mêmes services » ne concernent que les régimes légaux de retraite institué en faveur des agents de l'Etat. C'est cette interprétation que la Cour de cassation sanctionne, en ce qu'elle entraîne un refus d'application du texte en question. En effet, pour la Cour de cassation, « un agent d'une collectivité territoriale bénéficie du régime de retraite complémentaire qu'il institue, dès lors qu'il n'est pas affilié pour les mêmes services, au régime spécial de la Caisse nationale de retraites des agents des collectivités locales ».

1) Analyse syllogistique

Le syllogisme effectué par cour d'appel est parfaitement valide :

Majeure : Un agent d'une collectivité territoriale ne peut bénéficier du régime de retraite complémentaire de l'IRENTEC s'il est déjà affilié au régime spécial de la CNRACL

Mineure : L'agent est déjà affilié au régime spécial de la CNRACL

Conclusion : L'agent ne peut pas être affilié au régime de retraite complémentaire de l'IRENTEC

C'est la prémisse majeure qui est fautive dans le raisonnement de la cour d'appel.

2) Analyse en logique formelle

Définition des propositions :

R étant l'ensemble des règles de droit applicables.

s_n : conformité d'une décision avec la règle de droit n , sachant que $n \in R$

En particulier s_x : respect de la règle issue de l'article 5 du décret n° 70-1277 modifié

s : conformité aux règles de droit

r : cassation

p : absence d'affiliation pour les mêmes services au régime spécial de la Caisse nationale de retraites des agents des collectivités locales

q : bénéficie pour un agent d'une collectivité territoriale du régime de retraite complémentaire de l'IRCANTEC

Définition des prémisses :

1) $(\forall n \in R) (s \rightarrow s_n)$: La conformité aux règles de droit implique la non contrariété de la décision avec toute règle de droit en vigueur.

2) $\neg s \rightarrow r$: Si la décision de la juridiction du fond n'est pas conforme aux règles de droit, alors la cassation est encourue. (Art. 604 CPC)

3) $s_x \rightarrow (p \rightarrow q)$: Le respect de la règle issue de l'article 5 du décret n° 70-1277 modifié implique qu'un agent d'une collectivité territoriale bénéficie du régime de retraite complémentaire de l'IRCANTEC, dès lors qu'il n'est pas affilié au régime spécial de la Caisse nationale de retraites des agents des collectivités locales pour les mêmes services.

4) p : L'agent en question n'était pas affilié au régime spécial de la Caisse nationale de retraites des agents des collectivités locales pour les mêmes services.

5) $\neg q$: La cour d'appel n'a pas accordé à l'agent le bénéfice du régime de retraite complémentaire de l'IRCANTEC.

Résolution du problème :

(3) $s_x \rightarrow (p \rightarrow q)$, donc $\neg (p \rightarrow q) \rightarrow \neg s_x$ (loi de contraposition¹⁴⁴)

Le respect de la règle issue de l'article 5 du décret n° 70-127 modifié implique qu'un agent d'une collectivité territoriale bénéficie du régime de retraite complémentaire de l'IRCANTEC, dès lors qu'il n'est pas affilié au régime spécial de la Caisse nationale de retraites des agents des collectivités locales pour les mêmes services.

¹⁴⁴ Voir n° 5 p. 413.

Donc si en présence d'un agent qui n'était pas affilié au régime spécial de la Caisse nationale de retraites des agents des collectivités locales pour les mêmes services on n'a pas l'ordre d'accorder le bénéfice du régime de retraite complémentaire de l'IRCANTEX, alors la règle issue de l'article 5 du décret n'est pas respectée.

Or, (1) $(\forall n \in \mathbb{R}) (s \rightarrow s_n)$, donc en particulier $s \rightarrow s_x$, donc $\vdash_{s_x} \rightarrow \vdash_s$

Or, (1) pour toute règle de droit appartenant au système juridique, la conformité aux règles de droit implique la non contrariété de la décision avec toute règle de droit en vigueur.

En l'espèce, on donc $p \wedge \vdash q$, donc $\vdash (p \rightarrow q)$. Or $\vdash (p \rightarrow q) \rightarrow \vdash_{s_x}$ et $\vdash_{s_x} \rightarrow \vdash_s$, donc \vdash_s

En l'espèce, la cour d'appel n'a pas, en présence d'un agent qui n'était pas affilié au régime spécial de la Caisse nationale de retraites des agents des collectivités locales pour les mêmes services, accordé le bénéfice du régime de retraite complémentaire de l'IRCANTEX. Donc la règle issue de l'article 5 du décret n'a pas été respectée.

Donc, la décision n'est pas conforme aux règles de droit.

Or, (2) $\vdash_s \rightarrow r$. On a \vdash_s , donc r .

Or, (2) si la décision de la juridiction du fond n'est pas conforme aux règles de droit, alors la cassation est encourue. La décision de la cour d'appel n'est pas conforme aux règles de droit. Elle doit donc être cassée.

Le texte visé, tout comme pour toute cassation pour refus d'application, est le texte qui aurait dû être appliqué, et une des prémisses (la prémisses n° 3) de la cassation est directement issue du texte visé.

La cassation pour fausse interprétation de la loi n'a donc rien de différent des autres types de cassation pour utilisation d'une mauvaise prémisses. Ce qui est sanctionné par la Cour de cassation n'est pas une erreur de logique dans le raisonnement effectué par la juridiction du fond, mais une erreur dans le choix des prémisses.

Un refus d'application peut être dû soit à une erreur sur le champ d'application du texte visé, soit à une erreur sur le contenu de la règle à mettre en œuvre. Quelle que soit la nature de l'erreur commise, elle engendre une absence d'application du texte visé. Dans la fausse application en revanche, c'est l'application à tort du texte visé qui est sanctionné.

Section II. La dénaturation

37. La dénaturation sanctionne l'altération manifeste du sens clair et précis d'un texte dont la Cour de cassation ne contrôlerait pas en temps normal l'interprétation¹⁴⁵. Pour certains auteurs,

¹⁴⁵ M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, J. BUK LAMENT, *La technique de cassation*, Dalloz, Les méthodes du droit, 8^{ème} édition, Paris, 2013, p. 94 s. ; SDER, *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2012 p. 137 : « Le grief de dénaturation sera retenu si le juge du fond a, pour se prononcer, fait d'un écrit une lecture contraire aux termes clairs et précis qu'il contient ».

la dénaturation sanctionne une contradiction entre un élément du dossier et l'interprétation qui en est faite par les juges du fond¹⁴⁶. C'est donc un vice de la motivation. Pour d'autres, la dénaturation sanctionne un abus dans l'interprétation¹⁴⁷. Cela explique qu'elle n'intervienne que contre un acte clair¹⁴⁸. Ces deux analyses ne sont pas si éloignées l'une de l'autre. En effet, si la dénaturation est la sanction d'un abus dans l'interprétation d'un contrat, la Cour de cassation ne découvre cet abus qu'à travers la motivation de la décision attaquée.

38. Lorsque la cassation intervient pour dénaturation, la Cour de cassation sanctionne une mauvaise interprétation d'un élément de fait. La juridiction du fond a appliqué une règle de droit qui aurait été applicable à la qualification des faits qu'elle a choisie. La qualification des faits est elle aussi exacte. C'est l'interprétation des faits qui est erronée. Ce type de cassation, ne peut être confondue avec la cassation pour fausse application, car ce n'est pas le texte appliqué à tort par la juridiction du fond qui est visé, mais l'ancien article 1134 du code civil¹⁴⁹, ou l'article 4 du code de procédure civile s'il s'agit d'un acte de procédure¹⁵⁰, l'article 3 du code civil s'il s'agit d'une question de droit international privé¹⁵¹, et, plus exceptionnellement, « les principes régissant la litispendance internationale » s'il s'agit d'une question de pluralité de juridictions saisies d'un même litige au sein d'États différents¹⁵². Depuis quelques temps, le visa de « l'obligation pour le juge de pas dénaturer l'écrit qui lui est soumis¹⁵³, ou « l'obligation pour le juge de ne pas

¹⁴⁶ G. MARTY, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, thèse de droit, Toulouse, Paris, Sirey, 1929, p. 318 : « On voit par là que le contrôle de la dénaturation, que la Cour suprême rattache ordinairement à l'article 1134 du Code civil s'analyse en réalité en un examen du caractère sérieux et suffisant de la motivation. L'existence de motifs sérieux lève la contradiction apparente entre l'interprétation donnée par l'arrêt et le sens normal de la clause, et justifie la décision ».

¹⁴⁷ C. MARRAUD, *La notion de dénaturation en droit privé français*, Université de Nancy, 1974, p. 35.

¹⁴⁸ Étant précisé que l'auteur met en évidence deux définitions différentes de la clarté, l'une reposant sur le sens de l'acte, l'autre sur la nécessité d'une interprétation. *Ibid*, p. 196 s.

¹⁴⁹ Dénaturation d'un contrat : 2^{ème} civ. 14 juin 2007, pourvoi n° 06-15.670, *Bull.* 2008, II, n° 154 ; D'un acte de donation : 1^{ère} civ. 23 janvier 2007, pourvoi n° 06-16.062, *Bull.* 2007, I, n° 41 et 1^{ère} civ., 6 juin 2009, pourvoi n° 08-16.584, *Bull.* 2009, I, n° 120 ; D'un acte de donation-partage : 1^{ère} civ. 3 décembre 2008, pourvoi n° 07-19.348, *Bull.* 2008, I, n° 281 ; Dénaturation du règlement gouvernant les activités des agents de joueurs de la Fédération internationale de football association (FIFA) : 1^{ère} civ., 4 novembre 2010, pourvoi n° 09-14.607, *Bull.* 2010, I, n° 217 ; d'un rapport d'expertise : 2^{ème} civ. 15 mai 2008, pourvoi n° 06-22.171, *Bull.* 2008, II, n° 108 ; D'une police d'assurance : 2^{ème} civ. 15 mai 2007, pourvoi n° 06-14543, *Bull.* 2007, II, n° 125.

¹⁵⁰ 1^{ère} civ., 23 mai 2006, pourvoi n° 05-11.512, *Bull.* 2006, I, n° 259 ; 2^{ème} civ. 30 avril 2009, pourvoi n° 07-15.582, *Bull.* 2009, II, n°108 ; 1^{ère} civ., 28 octobre 2009, pourvoi n° 08-11.245, *Bull.* 2009, I, n° 213 : dénaturation de conclusions ; dénaturation des pièces de la procédure : 1^{ère} civ., 20 mai 2009, pourvoi n° 08-12.523, *Bull.* 2009, I, n° 98.

¹⁵¹ C'est alors un texte de droit étranger qui est visé : 1^{ère} civ. 14 février 2006, pourvoi n° 03-11.604, *Bull.* 2006, I, n° 67 : « Vu l'article 3 du code civil, ensemble l'article 410-19 du code civil monégasque ».

¹⁵² 1^{ère} civ., 6 décembre 2005, pourvoi n° 02-19.208, *Bull.* 2005, I, n° 467.

¹⁵³ 2^{ème} civ., 24 novembre 2016, 15-26.187, *publication en cours*.

dénaturer les documents de la cause »¹⁵⁴ tend à remplacer le visa de ces textes¹⁵⁵. Ces visas sont parfois accompagnés du visa du texte ayant subi la dénaturation le cas échéant. Ce changement de visa met en évidence le fait que du point de vue de la structure, la cassation pour dénaturation s'analyse en une cassation pour refus d'application de la règle selon laquelle le juge ne doit pas dénaturer l'écrit qui lui est soumis.

Dans un arrêt du 8 mars 2005¹⁵⁶, la Cour de cassation casse une décision d'une cour d'appel ayant refusé de faire droit à une requête en adoption plénière. La décision de la cour d'appel était motivée par l'absence de certitude quant au caractère éclairé du consentement de la mère de l'enfant à l'adoption. Pour la Cour de cassation, le caractère éclairé du consentement découlait clairement de l'acte d'abandon volontaire versé au débat, et la cour d'appel a dénaturé l'acte en question :

Vu l'article 1134 du code civil ;

Attendu que pour refuser de faire droit à la requête en adoption plénière de l'enfant My Linh Le Y..., l'arrêt attaqué énonce que rien parmi les pièces versées par des époux X... ne permet d'affirmer qu'au moment où l'enfant leur était remise, la mère de l'enfant se trouvait éclairée sur la nature et les conséquences précises d'une mesure d'adoption plénière telle qu'elle est prévue et organisée en droit français, notamment sur le caractère complet et irrévocable de la rupture des liens l'unissant à l'enfant et que la mère avait accepté cette mesure et ses conséquences de façon définitive, certaine et sans réserves ;

Qu'en statuant ainsi alors qu'il était versé aux débats un acte d'abandon volontaire du 7 octobre 1998 aux termes duquel la mère de l'enfant My Linh déclarait qu'elle avait décidé de « donner définitivement » aux époux X... son enfant et s'engageait « à ne pas la réclamer ou créer de difficulté de quelque nature que ce soit » pour lui permettre de bénéficier du « régime d'adoption plénière suivant la loi française » et que son acte d'abandon était « totalement volontaire », la cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis du consentement de la mère de l'adoptée ;

§1. Analyse syllogistique

Le raisonnement de la cour d'appel était ainsi constitué :

Majeure (issue de l'article 347 du code civil) : Toute adoption nécessite le consentement des père et mère ou du conseil de famille (Tout A est B, PM) **A**

Mineure : En l'espèce consentement de la mère n'est pas certain. (C est non B, SM) **O**

Conclusion : En l'espèce l'adoption ne peut avoir lieu. (C est non A, SP) **O**

¹⁵⁴ Soc., 9 novembre 2016, 15-21.236, *publication en cours*.

¹⁵⁵ Cf. *infra* n° 405.

¹⁵⁶ 1^{ère} civ., 8 mars 2005, pourvoi n° 02-12.740, *Bull.* 2005, I, n° 119.

Il s'agit d'un syllogisme de la deuxième figure parfaitement valide. C'est bien la mineure ici qui a mal été choisie par la cour d'appel, puisque pour la Cour de cassation, le consentement de la mère était certain. Le raisonnement de la Cour de cassation est ainsi constitué :

Majeure (issue du visa) : Toute adoption nécessite le consentement des père et mère ou du conseil de famille (Tout A est B, **A**) PM

Mineure : En l'espèce, le consentement de la mère est certain (Quelque C est B, **A**) SM

Conclusion : On ne peut tirer une conclusion ferme de l'alliance de la majeure et de la mineure, les syllogismes de la deuxième figure n'ayant aucune forme valide commençant par AA. Tout ce que l'on peut déduire c'est qu'il est possible que C soit A, c'est-à-dire qu'il est possible qu'en l'espèce, l'adoption puisse avoir lieu.

Ce qui est sanctionné n'est pas l'application d'une règle autre que celle qui aurait été applicable ou le refus d'application d'un texte pourtant applicable. C'est le caractère erroné de la mineure du syllogisme effectué qui est sanctionné. Pour autant, la cassation intervient sur le fondement de l'ancien article 1134 du code civil qui concerne la force obligatoire des conventions, la Cour de cassation n'ayant pas en son pouvoir le contrôle des faits. Par ce truchement, la cassation devient une cassation pour refus d'application de l'article 1134 du code civil, ce qui apparaît nettement avec l'analyse formelle du raisonnement suivi.

§2. Analyse formelle

Définition des propositions :

R étant l'ensemble des règles de droit en vigueur.

s_n : conformité d'une décision avec la règle de droit n , avec $n \in R$

En particulier s_x : respect de la règle de droit issue de l'ancien article 1134 du code civil

s : conformité à la loi

r : cassation

p : absence de dénaturation

Définition des prémisses :

1) $(\forall n \in R) (s \rightarrow s_n)$: Pour toute règle de droit, la conformité aux règles de droit implique la non contrariété (conformité) de la décision avec cette règle de droit.

2) $\neg s \rightarrow r$: Si le jugement de la juridiction du fond n'est pas conforme à la loi, alors la cassation est encourue. (Art. 604 CPC)

3) $s_x \rightarrow p$: Le respect de la règle issue l'ancien article 1134 du code civil implique l'absence de dénaturation.

4) $\neg p$: En l'espèce, il y a eu dénaturation.

Résolution du problème :

Or $s_x \rightarrow p$, donc $\neg p \rightarrow \neg s_x$ (loi de contraposition)

Le respect de la règle issue l'ancien article 1134 du code civil implique l'absence de dénaturation. Donc la dénaturation implique l'absence de respect de la règle issue de l'ancien article 1134 du code civil.

Or, $(\forall n \in \mathbb{R}) (s \rightarrow s_n)$, donc en particulier $s \rightarrow s_x$, donc par contraposition $\neg s_x \rightarrow \neg s$

Or, pour toute règle de droit, la conformité aux règles de droit implique la non contrariété (conformité) de la décision avec cette règle de droit. Donc en particulier, la conformité aux règles de droit implique la conformité à l'article 1134 du code civil. Donc par contraposition, la non-conformité à la règle issue de l'article 1134 du code civil implique la non-conformité aux règles de droit.

En l'espèce, la cour d'appel a altéré le sens clair et précis d'un acte : On a $\neg p$.

En l'espèce, la cour d'appel a altéré le sens clair et précis d'un acte. On a dénaturation.

Or $\neg p \rightarrow \neg s_x$ et $\neg s_x \rightarrow \neg s$, donc $\neg s$

Or la dénaturation implique l'absence de respect de la règle issue de l'ancien article 1134 du code civil. Et la non-conformité à la règle issue de l'article 1134 du code civil implique la non-conformité aux règles de droit.

Donc en l'espèce, la décision n'est pas conforme aux règles de droit.

Or, $\neg s \rightarrow r$ et on a $\neg s$, donc r .

Or, si le jugement de la juridiction du fond n'est pas conforme à la loi, alors la cassation est encourue. Donc la cassation est encourue.

La dénaturation s'analyse formellement en une cassation pour refus d'application, ce qui masque l'originalité de ce cas d'ouverture à cassation.

Ainsi, dans les cassations pour erreur dans le choix d'une prémisse, soit le visa constitue le texte violé, soit il constitue le texte appliqué à tort. À côté des cassations qui sanctionnent un mauvais choix de prémisses, certaines cassations sont la sanction d'une atteinte à la logique¹⁵⁷, et la structure du raisonnement est quelque peu différente.

¹⁵⁷ M.-L. IZORCHE, « La cassation, sanction d'une atteinte à la logique » in, *La sanction du droit, Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, PUF, Paris, 2001, p. 131.

Chapitre II. Analyse de la déduction dans les cassations sanction d'une atteinte à la logique

39. Les cassations pour atteinte à la logique correspondent soit à la sanction de la violation par la juridiction du fond d'une règle d'inférence (Section 1), soit à la sanction de la violation par celle-ci du principe élémentaire de cohérence (Section 2)¹⁵⁸.

Section 1. La sanction de la violation d'une règle d'inférence

40. La violation par une juridiction du fond d'une règle d'inférence survient lorsque celle-ci opère une déduction alors que cette déduction n'était pas possible, soit que les raisons permettant de l'effectuer étaient insuffisantes, il y a alors atteinte à la nécessité de l'antécédent (§1), soit qu'elles étaient incertaines, il y a alors atteinte à la preuve de l'antécédent (§2).

§1. L'atteinte à la nécessité de l'antécédent

41. L'atteinte à la nécessité de l'antécédent correspond aux cas dans lesquels la juridiction du fond a appliqué une règle de droit sans préciser que ses conditions d'application étaient réunies : une inférence a été effectuée sans que la prémisse n'ait été posée. Il peut s'agir de cas où les motifs exprimés dans la décision étaient absents (A), insuffisants (B) ou impropres (C) pour aboutir à la solution.

A. Le défaut de motifs

Dans le cas où une juridiction n'a pas motivé sa décision, l'inférence opérée par la juridiction du fond est dénuée de prémisse, ce qui la rend invalide. D'un point de vue logique, l'hypothèse du défaut de motifs correspond à la formulation d'une conclusion sans majeure ni mineure. Mais lorsque la cassation intervient, c'est au visa de l'article 455 du code de procédure

¹⁵⁸ Sur cette distinction, cf. M.-L. IZORCHE, « La cassation, sanction d'une atteinte à la logique », in *La sanction du droit, Mélanges offerts à Pierre COUV RAT*, PUF, Paris, 2001, p. 131.

civile, qui prévoit l'obligation pour le juge de motiver ses décisions. La cassation pour absence de motifs est en général très brève, puisqu'il suffit à la Cour de cassation de constater cette absence pour prononcer la cassation. C'est le cas dans un arrêt de la première chambre civile du 25 mai 2005¹⁵⁹ :

Vu l'article 455 du nouveau code de procédure civile ;

Attendu que la cour d'appel a rejeté les demandes en paiement de dommages-intérêts et de déchéance du droit aux intérêts formées par M. X... contre le Crédit du Nord, sans énoncer aucun motif à l'appui de sa décision ;

En quoi elle a méconnu les exigences du texte susvisé.

1) Analyse syllogistique

L'article visé prévoit que « Le jugement doit être motivé ». Le raisonnement suivi, dans une cassation pour défaut de motif, nécessite l'enchaînement de seulement deux syllogismes, du type AOO deuxième figure, puis AII première figure, et le texte visé fournit la prémisse de façon directe pour l'un des syllogismes :

Majeure (issue du texte visé) : Tout jugement conforme à l'article 455 est motivé (Tout A est B : **A** : PM)

Mineure : L'arrêt de la cour d'appel n'est pas motivé. (Quelque C n'est pas B : **O** : SM)

Conclusion : L'arrêt de la cour d'appel n'est pas conforme à l'article 455. (Quelque C n'est pas A : **O** : SP)

Et :

Majeure (issue de l'article 604 du code de procédure civile) : La non-conformité d'un jugement aux règles de loi engendre la cassation. (Tout A est B, **A**, MP)

Mineure : L'arrêt de la cour d'appel n'est pas conforme à une règle de droit (Quelque C est A, **I**, SM)

Conclusion : L'arrêt de la cour d'appel sera cassé. (Quelque C est B, **I**, SP)

2) Analyse formelle

La représentation en logique formelle du raisonnement suivi par la Cour de cassation dans les cassations pour défaut de motifs est elle aussi extrêmement brève.

¹⁵⁹ 1^{ère} civ. 25 mai 2005, pourvoi n° 04-11.622, *Bull.* 2005, n° 225.

Définition des propositions :

R étant l'ensemble des règles de droit

s_n : conformité d'une décision avec la disposition législative $n \in R$

En particulier s_x : respect de la règle de droit issue de l'article 455 du code de procédure civile.

s : conformité à la loi

r : cassation

m : motivation du jugement

Définition des prémisses :

1) $(\forall n \in R) (s \rightarrow s_n)$: Pour toute règle de droit, la conformité à la loi implique la non contrariété (conformité) de la décision avec cette disposition législative.

2) $\neg s \rightarrow r$: Si le jugement de la juridiction du fond n'est pas conforme à la loi, alors la cassation est encourue. (Art. 604 CPC)

3) $s_x \rightarrow m$: Le respect de l'article 455 du code de procédure civile nécessite que le jugement soit motivé.

4) m : le jugement n'a pas été motivé.

Résolution du problème :

$s_x \rightarrow m$, donc $\neg m \rightarrow \neg s_x$ (loi de contraposition)

Le respect de l'article 455 du code de procédure civile nécessite que le jugement soit motivé. Donc si le jugement n'est pas motivé, l'article 455 du code de procédure civile n'est pas respecté.

Or, $(\forall n \in R) (s \rightarrow s_n)$, donc en particulier $s \rightarrow s_x$, donc $\neg s_x \rightarrow \neg s$.

Pour toute règle de droit, la conformité à la loi implique la non contrariété (conformité) de la décision avec cette disposition législative. Donc en particulier, la conformité à la loi implique la conformité à la règle issue de l'article 455 du code civil. Donc l'absence de respect de la règle issue de l'article 455 du code de procédure civile implique l'absence de conformité à la loi.

On a en l'espèce : $\neg m$. Or $\neg m \rightarrow \neg s_x$, donc $\neg s_x$.

En l'espèce le jugement n'est pas motivé, donc l'article 455 du code de procédure civile n'est pas respecté.

Or $\neg s_x \rightarrow \neg s$, donc $\neg s$.

Or l'absence de respect de la règle issue de l'article 455 du code de procédure civile implique l'absence de conformité à la loi. Donc la décision de la cour d'appel n'est pas conforme à la loi.

$\neg s \rightarrow r$, or $\neg s$, donc r .

La non-conformité à la loi implique la cassation (2), donc la cassation est encourue.

Du visa de l'article 455 du code de procédure civile découle une absence de spécificité de la cassation pour défaut de motifs, celle-ci obéissant au même schéma que la cassation pour refus d'application. On pourrait regretter que la cassation pour défaut de motifs n'apparaisse ainsi que comme un cas spécial de cassation pour refus d'application, sa nature spéciale étant niée. Cependant, on peut aussi soutenir qu'une fois l'absence de motifs relevée il n'y a rien d'autre à

dire. Le visa de l'article 455 du code de procédure civile présente l'intérêt de pointer directement sur le type d'erreur commise.

B. L'insuffisance des motifs

42. Il y a insuffisance des motifs, ou manque de base légale¹⁶⁰, « lorsque les juges du fond, tout en ayant motivé leur décision (sinon il y aurait cassation pour défaut de motifs), ont donné des motifs insuffisants pour que la Cour de cassation puisse exercer son droit de contrôle et constater si cette décision est conforme à la loi (...). Alors qu'en cas de défaut de motifs la Cour de cassation se borne à constater que tel jugement n'est pas motivé, en cas de cassation pour défaut de base légale, la Cour aborde au contraire l'examen de la question de droit en indiquant quels sont les points qui auraient dû être examinés pour que la décision dût fondée »¹⁶¹. La cassation pour manque de base légale vient sanctionner une insuffisance de la motivation relative à une qualification juridique¹⁶². Lorsque la juridiction du fond a motivé sa décision mais de façon insuffisante, la cassation intervient non pas sur le fondement de l'article 455 du code de procédure civile, mais sur le fondement du texte de loi qui a été appliqué. Les arrêts utilisant la formulation « la cour d'appel n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle »¹⁶³, ou bien « la cour d'appel, qui n'a pas constaté (...) » correspondent à ce type de cassation. Dans ces arrêts, la majeure du raisonnement de la juridiction du fond est bien présente, mais pas la mineure.

43. L'élément manquant dans les motifs de la décision de la juridiction du fond peut être une exigence issue du texte visé (1) ou seulement du chapeau (2).

1) La cassation pour manque de base légale avec critère explicite issu du visa

Lorsque l'élément manquant est une exigence prévue dans le texte visé, le lien entre la cassation et le visa est net. Pour se convaincre de l'identité de nature entre insuffisance des motifs et manque de base légale, deux arrêts seront analysés, l'un ne précisant pas le cas d'ouverture concerné (a) l'autre précisant bien que la cassation intervient pour défaut de base légale (b).

¹⁶⁰ Montrant que le manque de base légale est une insuffisance des motifs, J.-P. ANCEL, « Le manque de base légale », Cycle Droit et technique de cassation 2009, *BICC* n° 719 du 1^{er} avril 2010.

¹⁶¹ J. VOULET, « L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation », *JCP G* 1970 15 204, 2305.

¹⁶² J.-L. AUBERT, « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile », *D.* 2005 p. 1115.

¹⁶³ Ainsi, 1^{ère} civ., 25 avril 2006, pourvoi n° 05-1.8540, *Bull.* 2006, I, n° 200.

a) Cassation sans précision du cas d'ouverture concerné

Dans un arrêt de la troisième chambre civile du 29 octobre 2008¹⁶⁴, la cassation est prononcée pour manque de base légale sans que cela ne soit signalé, si ce n'est par l'incise « la cour d'appel, qui n'a pas constaté » :

« (...) Vu l'article 15-I, alinéa 2, de la loi du 6 juillet 1989 ;

Attendu que le délai de préavis applicable au congé est de six mois quand il émane du bailleur ; que le congé doit être notifié par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou signifié par acte d'huissier ; que le délai court à compter du jour de la réception de la lettre recommandée ou de la signification de l'acte d'huissier ;

Attendu que pour déclarer Mme Y... occupante sans droit ni titre du logement et ordonner son expulsion, la cour d'appel retient, par motifs propres et adoptés, que si l'avis de réception du congé n'est pas versé aux débats, Mme Y... a, dans une lettre du 20 avril 2000, accusé réception du congé pour vendre délivré par M. X... le 28 mars 2000 avec effet au 30 septembre 2000, qu'elle n'a jamais manifesté son intention d'acheter le logement, qu'elle ne justifie d'aucun grief et que les moyens de nullité du congé qu'elle invoque doivent être rejetés ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel, qui n'a pas constaté que la notification du congé à Mme Y... était intervenue six mois avant l'expiration du bail, a violé le texte sus-visé ; »

Le chapeau, petit paragraphe situé juste après le visa, est une copie partielle du texte visé. C'est la copie de ce qui est nécessaire à la Cour de cassation pour prononcer la cassation. Si l'on résume l'arrêt de la Cour de cassation, on obtient ceci : Le congé doit être notifié 6 mois avant l'expiration du bail. La cour d'appel a considéré que le congé était valide sans constater que la notification du congé était intervenue 6 mois avant l'expiration du bail. La cour d'appel a donc violé la loi.

▪ *Analyse syllogistique*

Le raisonnement de la cour d'appel présente une faille évidente :

Majeure : Tout congé doit être notifié 6 mois avant l'expiration du bail pour être valide.

Mineure : Le congé en l'espèce a été délivré avant l'expiration du bail.

Conclusion : Le congé est valide.

On voit qu'il manque, dans la mineure, un élément nécessaire à la validité de la conclusion, à savoir la date à laquelle le congé a été notifié. C'est en cela que l'on peut dire qu'il y a atteinte à la nécessité de l'antécédent. A la différence de la cassation pour fausse application de la loi, qui sanctionne l'utilisation par une juridiction d'une prémisse fausse, dans la cassation pour

¹⁶⁴ 3^{ème} civ., 29 octobre 2008, pourvoi n° 04-14.895, *Bull.* 2008, III, n° 162.

insuffisance de motifs, ce qui est sanctionné est le caractère incomplet d'une prémisse. L'inférence ne peut aboutir, car l'antécédent ne permet pas d'aboutir à la conclusion.

Le raisonnement de la Cour de cassation, quant à lui, suit un syllogisme du type **AOO**, de la deuxième figure :

Majeure (Prémisse issue du visa) : Toute décision qui déclare un congé valide, doit constater que la notification est intervenue 6 mois avant l'expiration du bail pour être suffisamment motivée. (Toute décision suffisamment motivée déclarant un congé valide, constate que la notification est intervenue 6 mois avant l'expiration du bail : Tout A est B, **A**, PM)

Mineure : L'arrêt de la cour d'appel déclarant le congé valide, n'a pas constaté que la notification était intervenue 6 mois avant l'expiration du bail. (Quelque C n'est pas B, **O**, SM)

Conclusion : L'arrêt de la cour d'appel n'est donc pas suffisamment motivé. (Quelque C n'est pas A, **O**, SP)

Les prémisses implicites de la cassation pour insuffisance des motifs sont les suivantes :

Majeure : Toute décision conforme à l'article 455 est suffisamment motivée (Tout A est B, **A**, PM)

Mineure : L'arrêt de la cour d'appel n'est pas suffisamment motivé. (Quelque C n'est pas B, **O**, SM)

Conclusion : L'arrêt de la cour d'appel n'est pas conforme à l'article 455 CPC. (Quelque C n'est pas A, **O**, SP)

Il s'agit d'un syllogisme de la deuxième figure, du mode **AOO**.

Majeure (issue de l'article 604 du code de procédure civile) : La non-conformité d'un jugement aux règles de loi engendre la cassation. (Tout A est B, **A**, MP)

Mineure : L'arrêt de la cour d'appel n'est pas conforme à une règle de droit (Quelque C est A, **I**, SM)

Conclusion : L'arrêt de la cour d'appel sera cassé. (Quelque C est B, **I**, SP)

Le syllogisme est du mode AII de la première figure.

▪ *Analyse formelle*

Ce qu'on va analyser ici est le raisonnement de la cour d'appel, pour montrer qu'elle était en réalité face à un cas d'indécidabilité, ce que la Cour de cassation sanctionne :

Définition des propositions :

q : validité du congé

p : la notification 6 mois avant le congé

p' : notification avant le congé

Prémisses de la cour d'appel :

- 1) $p \rightarrow q$: Si la notification a eu lieu 6 mois avant le congé, celui-ci est valide
- 2) p' : notification avant le congé

Résolution du problème :

Ce que la cour d'appel conclu de ces deux prémisses, est q . Or, on ne peut pas savoir si q , puisqu'aucun des axiomes ne mène à q . Seul p aurait pu mener à q , mais on ne sait pas si p .

Nous sommes donc face à un cas d'indécidabilité, et c'est le fait que la cour d'appel ait décidé dans un cas d'indécidabilité que la Cour de cassation sanctionne. Le texte visé est celui qui a été appliqué alors que l'on ne sait pas s'il est applicable. L'élément nécessaire à l'application du texte qui n'a pas été caractérisé par la juridiction du fond, ici la nécessité d'une notification 6 mois avant le congé, est un élément présent dans le texte visé.

b) Cassation explicitement pour manque de base légale

44. La cassation pour manque de base légale avec critère explicite issu du visa fonctionne à l'identique de la cassation pour motifs insuffisants. C'est le cas dans un arrêt de la première chambre civile du 8 février 2005 :

Vu l'article 1949 du code civil ;

Attendu que Mme X... s'est rendue au salon de coiffure à l'enseigne Lucie Saint-Clair pour des soins capillaires et de manucure ;

Qu'elle a constaté, à l'issue des soins qui lui ont été dispensés sur les deux étages du salon, la disparition des trois bagues qu'elle avait déposées sur le plateau de la manucure ; qu'elle a assigné la société Lucie Saint-Clair en réparation de son préjudice ;

Attendu que pour condamner la société Lucie Saint-Clair à payer à Mme X... la somme de 141 700 francs, l'arrêt retient que Mme X... a déposé les bagues sur un plateau réservé à cet effet assorti d'un coussin destiné, pour des raisons de discrétion vis à vis des tiers, à dissimuler les bijoux qui y sont déposés ; qu'une telle remise de bijoux, d'un usage sinon systématique, du moins courant dans le salon Lucie Saint-Clair, s'assimile dans ces conditions à un dépôt nécessaire au sens de l'article 1949 du code civil et engendre une double obligation de surveillance et de restitution à laquelle la société Lucie Saint-Clair a failli ;

Qu'en statuant ainsi, sans caractériser le dépôt nécessaire ni rechercher l'existence éventuelle, à la charge de la société Lucie Saint-Clair, d'une obligation accessoire de surveillance, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

Dans cet arrêt, la cour d'appel qualifie le dépôt de ses bagues par la cliente d'un salon de coiffure sur un plateau réservé à cet effet, de dépôt nécessaire au sens de l'article 1949 du code civil. La Cour de cassation reproche à la cour d'appel d'avoir ainsi statué sans caractériser le dépôt nécessaire.

L'article 1949 du code civil prévoit que « le dépôt nécessaire est celui qui a été forcé par quelque accident, tel qu'un incendie, une ruine, un pillage, un naufrage ou autre événement imprévu ». Pour que l'arrêt de la cour d'appel soit correctement motivé, il aurait donc été nécessaire qu'elle fasse état d'un événement imprévu, ce qu'elle n'a pas fait, puisqu'elle a seulement relevé le caractère courant du dépôt en question.

▪ **Analyse syllogistique**

Le raisonnement de la cour d'appel est ainsi constitué :

Majeure : Le dépôt nécessaire est celui qui a été forcé par quelque accident, tel qu'un incendie, une ruine, un pillage, un naufrage ou autre événement imprévu.

Mineure : Le dépôt de la bague dans le salon de coiffure correspond à un usage courant.

Conclusion : Le dépôt de la bague dans le salon de coiffure est un dépôt nécessaire.

Ce raisonnement n'est pas un syllogisme, car il est dénué de moyen terme. On ne peut rien déduire de l'alliance de la majeure avec la mineure. Le raisonnement de la Cour de cassation, quant à lui, suit, comme précédemment, un syllogisme du type **AOO**, de la deuxième figure :

Majeure (issue du visa) : Le jugement qui qualifie un acte de dépôt nécessaire doit relever que celui-ci a été forcé par quelque accident, tel qu'un incendie, une ruine, un pillage, un naufrage ou autre événement imprévu, pour être suffisamment motivé. (Tout jugement suffisamment motivé qui qualifie (...), relève (...)) : Tout A est B, **A**, PM)

Mineure : La cour d'appel, a qualifié le dépôt de dépôt nécessaire sans relever (...) (quelque C n'est pas B, **O**, SM).

Conclusion : La décision de la cour d'appel n'est pas suffisamment motivée (quelque C n'est pas A, **O**, SP).

Ici encore, on retrouve les syllogismes implicites habituels permettant d'aboutir à la cassation, respectivement syllogisme AOO de la deuxième figure et AII de la première :

Majeure : Toute décision conforme à l'article 455 est suffisamment motivée (Tout A est B, **A**, PM)

Mineure : L'arrêt de la cour d'appel n'est pas suffisamment motivé. (Quelque C n'est pas B, **O**, SM)

Conclusion : L'arrêt de la cour d'appel n'est pas conforme à l'article 455 CPC. (Quelque C n'est pas A, **O**, SP)

Et :

Majeure (issue de l'article 604 du code de procédure civile) : La non-conformité d'un jugement aux règles de loi engendre la cassation. (Tout A est B, **A**, MP)

Mineure : L'arrêt de la cour d'appel n'est pas conforme à une règle de droit (Quelque C est A, I, SM)

Conclusion : L'arrêt de la cour d'appel sera cassé. (Quelque C est B, I, SP)

▪ **Analyse en logique formelle**

L'identité de structure se retrouve si on formalise l'arrêt de la Cour de cassation :

Définition des propositions :

q : caractérisation du dépôt nécessaire

p : un des critères mentionnés dans la loi

p' : remise d'usage courant

Définition des prémisses :

1) $p \rightarrow q$: Le respect de l'article 1949 du code civil nécessite que la caractérisation du dépôt nécessaire soit impliquée par l'un des éléments mentionnés dans l'article.

2) p' .

Résolution du problème

La cour d'appel déduit p de ces deux axiomes. Or rien ne permet de déduire p de ces deux axiomes. Elle a donc décidé alors que les prémisses étaient insuffisantes pour effectuer une telle décision.

Tout comme dans l'exemple précédent, la cassation intervient au visa du texte qui a été appliqué alors que la Cour de cassation n'est pas en mesure de déterminer s'il était applicable, et l'élément dont la caractérisation est manquante est un élément précisé dans le texte visé. Parfois, cependant, la cassation pour manque de base légale intervient en raison de l'absence de caractérisation d'un critère non prévu par le texte visé.

2) La cassation pour manque de base légale avec critère explicite dans le chapeau

45. Lorsque le critère est issu du chapeau, le chapeau fonctionne comme une excroissance du visa. Il vient le compléter. Il en est ainsi dans un arrêt du 14 octobre 2010 de la première chambre civile¹⁶⁵ :

« Vu les articles 1148, 1927 et 1933 du code civil ;

¹⁶⁵ 1^{ère} civ., 14 octobre 2010, pourvoi n° 09-16.967, *Bull.* 2010, I, n° 198.

Attendu que, si le dépositaire n'est tenu que d'une obligation de moyens, il lui incombe, en cas de perte ou détérioration de la chose déposée, de prouver qu'il y est étranger, en établissant qu'il a donné à cette chose les mêmes soins que ceux qu'il aurait apportés à la garde de celles qui lui appartiennent ou en démontrant que la détérioration est due à la force majeure ; que, par principe, le fait du débiteur ou de son préposé ou substitué ne peut constituer la force majeure ;

Attendu que des marchandises appartenant aux sociétés l'Oréal, Gemey Paris-Maybelline New-York, Gemey Maybelline Garnier, stockées dans l'entrepôt de la société Giraud logistique, aux droits de qui se trouve la société Premium logistics France, ont été détruites par un incendie criminel ; qu'en qualifiant le fait en force majeure exonératoire de la responsabilité du dépositaire, sans relever, malgré les conclusions dont elle était saisie, qu'il fût dû à une personne étrangère à l'entreprise, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés. »

Ce qui est reproché dans cet arrêt à la cour d'appel, est d'avoir qualifié de force majeure un incendie criminel survenu dans un entrepôt, sans en avoir caractérisé la condition d'extranéité. Cette condition d'extranéité ne figure pas dans les textes visés au sein de l'arrêt. Elle est cependant expressément dégagée dans le chapeau, qui fournit ici la prémisse permettant d'aboutir à la cassation.

a) Analyse syllogistique

Majeure : Tout jugement correctement motivé faisant application de l'article 1148, doit relever la condition d'extranéité (Tout a est B, **A**, PM)

Mineure : L'arrêt de la cour d'appel a fait application de l'article 1148 sans relever la condition d'extranéité (quelque C n'est pas A, **O**, SM)

Conclusion : L'arrêt de la cour d'appel n'est pas suffisamment motivé (Quelque C n'est pas B, **O**, SP).

On retrouve à nouveau un syllogisme de la deuxième figure du mode AOO, qu'il faut compléter avec les deux syllogismes implicites habituels. On remarque cependant, que le visa ne fournit pas le matériau permettant de formuler la majeure du syllogisme.

b) Analyse en logique formelle

Définition des propositions :

q : force majeure

p : condition d'extranéité

u : autres conditions de la force majeure

Définition des prémisses :

- 1) $(p \wedge u) \rightarrow q$: S'il y a extranéité et les autres conditions de la force majeure, alors il y a force majeure
- 2) u : En l'espèce, il y a les autres conditions de la force majeure.

Résolution du problème :

Pour conclure q il est nécessaire d'avoir à la fois p et u . Or on a seulement u , et on ne sait pas si p , donc on ne peut pas en déduire q .

La structure du raisonnement est encore une fois identique à celle de la cassation pour motifs insuffisants avec critère issu du visa. Lorsque le critère explicite figure dans l'attendu, le schéma est le même¹⁶⁶. Il s'agit toujours de mettre en évidence la ou les conditions d'application du texte dont la juridiction n'a pas recherché ou vérifié la réalisation.

46. Pour conclure, les cassations pour insuffisance des motifs peuvent toute être ramenées à une succession de trois syllogismes obéissant au même schéma. Ce qui change entre les différents cas est le rôle du visa dans la formulation des prémisses. En effet, soit le visa fournit une des prémisses, soit une règle vient s'ajouter à celle fournie par le visa.

C. La cassation pour motifs impropres ou inopérants

47. Lorsqu'il y a cassation pour motifs impropres, c'est l'absence de validité de la déduction opérée par la juridiction du fond qui est en cause. Ce type d'arrêt nécessite des développements plus longs, puisque la Cour de cassation doit montrer en quoi les éléments retenus par la juridiction du fond ne permettaient pas d'arriver à la conclusion à laquelle elle est parvenue. Là encore, la cassation peut intervenir sans précision du cas d'ouverture concerné (1) ou pour manque de base légale (2) sans qu'il n'en résulte une différence dans le raisonnement.

1) Cassation sans précision du cas d'ouverture concerné

48. Un arrêt rendu par la 1^{ère} chambre civile le 28 novembre 2006¹⁶⁷, intervient pour motifs impropres sans préciser qu'il s'agit d'un manque de base légale :

¹⁶⁶ Ainsi, 1^{ère} civ., 18 octobre 2005, pourvoi n° 03-12.064, *Bull.* 2005, I, n° 372.

¹⁶⁷ 1^{ère} civ., 28 novembre 2006, pourvoi n° 04-10.384, *Bull.* 2006, I, n° 513.

Vu le principe compétence-compétence selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence ;

Attendu qu'ayant indemnisé son assuré des dommages subis par la marchandise achetée, au cours de son transport maritime, la société Generali France assurances, devenue Generali assurances, a assigné la société hollandaise Steinweg Handelsweem BV (Steinweg), qu'elle considérait comme commissionnaire, devant la chambre commerciale d'un tribunal de grande instance, en remboursement des sommes versées ; que le tribunal a rejeté l'exception d'incompétence de la juridiction étatique soulevée par la société Steinweg, se disant transitaire, en l'état d'une convention d'arbitrage à laquelle ses conditions générales faisaient référence ; que la société Steinweg a formé contredit contre cette décision ;

Attendu que, pour dire la clause nulle et inapplicable et confirmer le jugement, l'arrêt retient d'abord, par motifs adoptés, que, la société Steinweg pouvant, en cas de doute, décider des conditions applicables, la clause est purement potestative et ensuite, par motifs propres, qu'en l'état de la position de la clause sur les factures et des caractères dans lesquels elle est rédigée, l'acceptation de la société Alcatel n'est pas établie alors surtout que les conditions Fenex ne lui ont pas été communiquées ;

Qu'en se déterminant ainsi, par des motifs impropres à établir le caractère manifeste de la nullité ou de l'inapplicabilité de la clause, seule de nature à faire obstacle au principe susvisé, la cour d'appel a violé ce principe ;

Le problème est ici le suivant : le tribunal de grande instance s'était déclaré compétent pour statuer dans un litige opposant deux sociétés, malgré l'existence d'une convention d'arbitrage conclue entre elles. La cour d'appel avait confirmé ce jugement, considérant que la clause d'arbitrage était nulle et inapplicable car purement potestative.

Or, selon le principe compétence-compétence, c'est l'arbitre qui doit statuer en premier sur sa propre compétence, seul un contrôle *a posteriori* pouvant exister de la part des juridictions étatiques. Le juge étatique saisi doit donc se déclarer incompétent, sauf nullité manifeste de la convention d'arbitrage¹⁶⁸. C'est justement le caractère manifeste de la nullité que la cour d'appel n'avait pas caractérisé, caractérisant seulement une simple nullité.

a) Analyse syllogistique

La faille dans le raisonnement de la cour d'appel est facile à mettre en évidence :

Majeure : La nullité manifeste de la clause arbitrale permet au juge étatique de se déclarer compétent.

Mineure : La clause arbitrale est nulle en l'espèce

Conclusion : Le juge étatique a donc pu en l'espèce se déclarer compétent dans le cas qui nous intéresse.

¹⁶⁸ Article 1448, al. 2 cpc.

On a dit que pour qu'un syllogisme soit valable, il est nécessaire que le moyen terme soit distribué au moins une fois (règle n°4). Or, ici, le moyen terme, qui était la nullité manifeste de la clause, n'est pas présent dans la mineure, puisque dans la mineure, il ne figure que la simple nullité. Le syllogisme de l'arrêt d'appel n'était donc pas valable, et c'est ce qui est sanctionné par la Cour de cassation. Si on met en évidence à son tour la structure du raisonnement opéré par la Cour de cassation, on est en présence d'un syllogisme du type AOO de la deuxième figure :

Majeure (issue du principe compétence-compétence.) : Le jugement du tribunal qui se déclare compétent, en présence d'une clause d'arbitrage, doit caractériser sa nullité manifeste pour être correctement motivé. (Toute décision correctement motivée d'un tribunal se déclarant incompétent en présence d'une clause d'arbitrage, caractérise la nullité manifeste de la clause d'arbitrage : tout A est B, **A**, PM)

Mineure : La cour d'appel, en présence d'une clause d'arbitrage, n'a pas relevé le caractère manifeste de la nullité. (Quelque C n'est pas B, **O**, SM)

Conclusion : La cour d'appel n'a pas motivé correctement sa décision. (Quelque C n'est pas A, **O**, SP)

Ici encore, on retrouve les mêmes syllogismes implicites que pour la cassation pour insuffisance de motifs, respectivement AOO de la deuxième figure et AII de la première :

Majeure : Toute décision conforme à l'article 455 est suffisamment motivée (Tout A est B, **A**, PM)

Mineure : L'arrêt de la cour d'appel n'est pas suffisamment motivé. (Quelque C n'est pas B, **O**, SM)

Conclusion : L'arrêt de la cour d'appel n'est pas conforme à l'article 455 CPC. (Quelque C n'est pas A, **O**, SP)

Et :

Majeure (issue de l'article 604 du code de procédure civile) : La non-conformité d'un jugement aux règles de loi engendre la cassation. (Tout A est B, **A**, MP)

Mineure : L'arrêt de la cour d'appel n'est pas conforme à une règle de droit (Quelque C est A, **I**, SM)

Conclusion : L'arrêt de la cour d'appel sera cassé. (Quelque C est B, **I**, SP)

La cassation pour motif impropre, peut donc elle aussi être ramenée à la succession de plusieurs syllogismes, qui ont la même structure que celle de la cassation pour insuffisance de motifs (AOO, AOO et AII), c'est pourquoi cette distinction est inopérante.

b) Analyse formelle

Définition des propositions :

p : nullité manifeste de la clause arbitrale

p' : nullité de la clause arbitrale

q : possibilité pour le juge de se déclarer compétent

Définition des prémisses :

1) $p \rightarrow q$: Si la clause est manifestement nulle, alors le juge peut se déclarer compétent.

2) p' : Nullité de la clause arbitrale

Résolution du problème :

On a p' . La cour d'appel en déduit q . Or seul p permettait d'en déduire q . Or p' n'implique rien. On ne sait donc pas si p . De ce fait, on ne sait pas si q .

C'est l'insuffisance des prémisses de la décision de la Cour d'appel qui justifie la cassation. La cassation explicitement pour manque de base légale obéit aux mêmes règles.

2) Cassation explicitement pour manque de base légale

49. Dans un arrêt du 14 mars 2006¹⁶⁹, la première chambre civile censure l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour caractériser la réalité de la collaboration entre les époux, seule de nature à reporter l'effet du jugement de divorce, a retenu trois éléments : une donation au dernier vivant qu'ils se sont mutuellement consentie, le maintien en fonctionnement d'un compte bancaire joint, et le versement d'une somme mensuelle par l'époux à son épouse :

Vu l'article 262-1, alinéa 2, du Code civil dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 ;

Attendu que, pour rejeter la demande de M. X... tendant à voir reporter le point de départ des effets pécuniaires du divorce prononcé entre lui-même et Mme Y... au 4 septembre 1990, date marquant la cessation de toute collaboration entre les époux, l'arrêt énonce qu'ils ont poursuivi leur collaboration ainsi que cela ressort de la donation au dernier vivant qu'ils s'étaient mutuellement consentis, le 28 juin 1990, du maintien en fonctionnement d'un compte bancaire joint et du versement par M. X... à son épouse d'une somme mensuelle ;

Qu'en se déterminant ainsi, par des motifs impropres à caractériser la réalité de la collaboration des époux après la cessation de la cohabitation, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

¹⁶⁹ 1^{ère} civ., 14 mars 2006, pourvoi n° 05-14.476, *Bull.* 2006, I, n° 153.

La Cour de cassation casse cet arrêt pour manque de base légale, considérant que ces éléments ne permettaient pas de caractériser la réalité de la collaboration entre eux. L'article visé est l'article 262 alinéa 2 du code civil, aux termes duquel « les époux peuvent, l'un ou l'autre, demander s'il y a lieu, que l'effet du jugement soit reporté à la date où ils ont cessé de cohabiter et de collaborer [...] ». La règle issue du visa est donc la règle selon laquelle l'effet du jugement, s'il est reporté, doit l'être à la date à laquelle ils ont cessé de cohabiter et de collaborer¹⁷⁰. Mais la règle implicite de l'arrêt, qui sert de fondement à la cassation est légèrement différente, puisqu'il s'agit d'affirmer que le cumul des trois éléments relevés par la cour d'appel, à savoir une donation au dernier vivant, le maintien du fonctionnement d'un compte bancaire et le versement d'une somme mensuelle, n'est pas suffisant pour caractériser la collaboration.

Or, la logique déductive ne permet pas d'expliquer le passage de la majeure issue du visa à la majeure implicite de l'arrêt. En effet, rien dans l'article 262 du code civil ne permet de savoir ce qui constitue une collaboration entre époux. Pour comprendre la décision, des considérations extérieures à l'arrêt sont nécessaires.

a) Analyse syllogistique

50. Il reste possible de mettre sous forme de syllogisme cet arrêt de cassation pour manque de base légale. Mais le visa ne sera pas une des prémisses du raisonnement, puisqu'on ne peut déduire de l'article 262 du code civil que la collaboration entre époux n'est pas caractérisée par le cumul d'une donation au dernier vivant, du maintien du fonctionnement d'un compte bancaire et du versement d'une somme mensuelle, n'est pas suffisant pour caractériser la collaboration :

Majeure : Le cumul des trois éléments n'est pas suffisant pour caractériser une collaboration entre époux

Mineure : Il y a cumul des trois éléments.

Conclusion : On ne peut rien en déduire.

La seule façon de représenter le raisonnement de la Cour de cassation sous une forme syllogistique qui inclue le visa, est alors de faire abstraction du cumul des trois éléments, et de calquer cette cassation pour manque de base légale sur le modèle des autres cassations pour insuffisance des motifs avec les syllogismes implicites habituels de la cassation pour motifs

¹⁷⁰ En effet, en application de l'article 262-1 ancien, le jugement de divorce prenait effet dans les rapports entre époux en ce qui concerne leurs biens, dès la date d'assignation.

insuffisants¹⁷¹. C'est-à-dire, qu'une fois qu'on a décidé qu'on ne pouvait rien déduire des trois éléments, l'antécédent de l'article 262 du code civil est absent de l'arrêt de la cour d'appel :

Majeure : Toute décision reportant l'effet du divorce, doit caractériser une collaboration entre époux pour être suffisamment motivée (toute décision reportant l'effet du divorce suffisamment motivée caractérise une collaboration entre époux : tout A est B, **A**, PM)

Mineure : La cour d'appel, dans sa décision reportant l'effet du divorce, n'a pas caractérisé une collaboration entre époux. (Quelque C n'est pas B, **O**, SM)

Conclusion : La décision de la cour d'appel n'est pas suffisamment motivée. (Quelque C n'est pas A, **O**, SP)

Dans les arrêts de cassation pour motifs impropres, le visa peut donc être vu comme une des prémisses du syllogisme. Cependant l'insuffisance de la caractérisation cause de la cassation n'est pas formalisable. Si elle l'était, la cassation interviendrait pour insuffisance des motifs.

b) Analyse formelle

Définition des propositions :

p : poursuite de la collaboration entre époux.

p' : cumul des trois éléments

q : possibilité de reporter les effets du divorce

Définition des prémisses :

1) $(p \rightarrow q)$: S'il y a poursuite de la collaboration entre époux, alors le juge a la possibilité de reporter les effets du divorce.

2) p' : Le cumul des trois éléments.

Résolution du problème :

La cour d'appel a caractérisé la réunion des trois éléments. On a donc p' . Elle en déduit q , alors que seul p permettait d'en déduire q . Or p' n'implique rien. On ne sait donc pas si p . De ce fait, on ne sait pas si q .

Le raisonnement n'est donc pas différent de celui pour insuffisance de motifs. Ce qui change, c'est qu'on ne sait pas ce qui manque à l'arrêt de la cour d'appel pour être valide. En

¹⁷¹ Cf. *supra* n° 42 s.

effet, on ne sait pas quels éléments auraient dû être pris en compte pour caractériser une poursuite de la collaboration entre les époux.

Les cassations pour atteinte à la nécessité de l'antécédent obéissent toutes au même schéma à l'exception de la cassation pour défaut de motifs, qui possède une structure plus simple. En effet, dans le cadre d'une cassation pour défaut de motifs, le texte visé, l'article 455 du code de procédure civile fournit le support direct d'une cassation possédant la même structure que la cassation pour refus d'application. Dans les autres cas, c'est le constat de l'absence de caractérisation d'un élément nécessaire à la mise en œuvre de la règle appliquée issue du visa qui justifie la cassation. Cet élément peut être prévu expressément dans le texte visé, ou bien être issu d'une interprétation de ce texte.

§2. L'atteinte à la preuve de l'antécédent

51. La cassation pour motifs dubitatifs ou hypothétiques. La cassation pour motifs dubitatifs ou hypothétique vient clairement sanctionner une erreur de logique de la juridiction du fond : La juridiction a fondé sa décision par des motifs laissant supposer qu'il subsiste un doute. Or, un raisonnement, pour être correct, doit s'appuyer sur des prémisses vraies, et non seulement hypothétiques. Ce type d'arrêt n'étant en général pas publié, il a été nécessaire de sortir du champ initial de recherche pour en trouver quelques-uns, dont un arrêt de la deuxième chambre civile du 3 novembre 1993¹⁷² :

Vu l'article 455 du nouveau code de procédure civile ;

Attendu que, pour confirmer un jugement qui, sur l'opposition à un commandement de saisie immobilière formée par M. Henri Y... et son épouse à l'encontre de la Mutuelle française accidents, et l'intervention de Mme Y..., née X..., mère de M. Henri Y..., a déclaré les époux Y... non fondés en leur opposition et Mme Y... recevable, mais non fondée en son intervention, l'arrêt attaqué retient qu'« il semblerait » que les lots 2, 4, 5 et 6 d'un immeuble sis ... aient été la propriété de Mme veuve Y... avant de les donner à ses enfants, affectés d'une clause de retour conventionnel et d'une interdiction d'aliéner, et qu'« en conséquence, les lots n° 1, 3 et 7, biens recueillis par M. Y... Henri dans la succession de son père, pouvaient faire l'objet de la saisie immobilière » ;

Qu'en se déterminant ainsi par un motif dubitatif, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Dans cet arrêt, la cour d'appel a fondé sa décision de confirmer un jugement rejetant l'intervention d'un tiers dans une opposition à un commandement de saisie immobilière sur le fait qu'il semblerait que les biens en question ne soient pas sa propriété.

¹⁷² 2^{ème} civ., 3 novembre 1993, pourvoi n° 91-21973, *Bull.* 1993, II, n° 303.

a) Analyse syllogistique

L'erreur dans la logique du raisonnement de la cour d'appel est facile à mettre en évidence :

Majeure : Aucune opposition à un commandement de saisie immobilière ne peut être fondée si elle n'émane pas du propriétaire du bien.

Mineure : Peut-être que le commandement de saisie immobilière n'émane pas du propriétaire du bien (de l'ordre du possible-contingent).

Conclusion : Le commandement de saisie immobilière ne peut être fondé.

Or, on ne peut tirer une conclusion catégorique d'une proposition contingente. Le contingent indéterminé se convertit en possible¹⁷³. La conclusion n'aurait donc pas dû être déduite, ce que la Cour de cassation sanctionne. La cour d'appel pouvait seulement en déduire que le commandement de saisie immobilière était peut-être infondé. En ce qui concerne le syllogisme de la Cour de cassation, on peut le représenter ainsi :

Majeure (art. 455 CPC) : Tout arrêt présentant une erreur de logique est mal motivé. (Tout A est B, **A**, MP)

Mineure : L'arrêt de la cour d'appel présente une erreur de logique. (Quelque C est A, **I**, SM)

Conclusion : L'arrêt de la cour d'appel est mal motivé. (Quelque C est B, **I**, SP)

Et :

Majeure : Toute décision conforme à l'article 455 est correctement motivée (Tout A est B, **A**, PM)

Mineure : L'arrêt de la cour d'appel n'est pas correctement motivé. (Quelque C n'est pas B, **O**, SM)

Conclusion : L'arrêt de la cour d'appel n'est pas conforme à l'article 455 CPC. (Quelque C n'est pas A, **O**, SP)

Majeure (issue de l'article 604 du code de procédure civile) : La non-conformité d'un jugement aux règles de loi engendre la cassation. (Tout A est B, **A**, MP)

Mineure : L'arrêt de la cour d'appel n'est pas conforme à une règle de droit (Quelque C est A, **I**, SM)

Conclusion : L'arrêt de la cour d'appel sera cassé. (Quelque C est B, **I**, SP)

¹⁷³ ARISTOTE, *Premiers analytiques*, Livre I chapitre XIII, §6, trad. J. BARTHÉLEMY-SAINT-HILAIRE, Librairie de Ladrangue, Ladrangue, 1839, p. 57.

b) Analyse en logique formelle

La cassation pour motifs dubitatifs ou hypothétiques se conçoit aisément en logique classique, puisque selon le principe de bivalence, une proposition ne peut avoir qu'une valeur de vérité : elle est soit vraie, soit fausse. En ce qui concerne l'arrêt pris pour exemple¹⁷⁴, soit le commandement de saisie immobilière émane du propriétaire, soit il n'en émane pas. Mais on ne peut rien déduire de la considération selon laquelle il en émane peut-être.

Définition des propositions :

R étant l'ensemble des règles de droit

s_n : conformité d'une décision avec la règle de droit $n \in R$

En particulier s_x : Le respect de la règle de droit issue de l'article 455 CPC

s : conformité à la loi

r : cassation

q : validité de l'opposition au commandement de saisie immobilière

p : certitude de ce que le commandement n'émane pas du propriétaire

Définition des prémisses :

1) $(\forall n \in R) (s \rightarrow s_n)$: Pour toute disposition législative, la conformité aux règles de droit implique la non contrariété (conformité) de la décision avec règle de droit applicable.

2) $\neg s \rightarrow r$: Si le jugement de la juridiction du fond n'est pas conforme à la loi, alors la cassation est encourue. (Art. 604 CPC)

3) $s_x \rightarrow (q \rightarrow p)$: Le respect de l'article 455 CPC nécessite que la validité de l'opposition au commandement de saisie immobilière implique la certitude de ce qu'il n'émane pas du propriétaire

Résolution du problème

$s_x \rightarrow (q \rightarrow p)$. Or, absence de certitude, donc $\neg p$, mais q , donc $\neg s_x$.

Or, $(n \in R) (s \rightarrow s_n)$, donc en particulier $s \rightarrow s_x$ puis par contraposition $\neg s_x \rightarrow \neg s$, et comme $\neg s_x$, donc $\neg s$.

Or $\neg s \rightarrow r$, donc r . La décision doit être cassée.

52. La cassation pour atteinte à la preuve de l'antécédent supporte mal la formalisation avec une des prémisses étant issue du visa, car la règle qui est méconnue par la cour d'appel est avant tout la règle de la bivalence. Il est donc nécessaire de considérer que l'article 455 du code de procédure civile renvoie à la règle selon laquelle le jugement, pour être motivé, doit respecter les

¹⁷⁴ 2^{ème} civ., 3 novembre 1993, pourvoi n° 91-21973, *Bull.* 1993, II, n° 303.

règles élémentaires de logique. Pour autant, si les motifs hypothétiques ou dubitatifs concernaient un élément non nécessaire à la mise en œuvre de la règle de droit appliquée par la juridiction du fond, la cassation ne serait pas encourue. Une cassation fondée sur le texte énonçant la règle de droit en question serait donc envisageable. La structure du raisonnement serait alors similaire à celle de la cassation pour insuffisance de motifs, puisque serait visé le texte qui a été appliqué sans que la Cour de cassation ne soit en mesure de déterminer s'il était applicable.

Section II. La sanction de la violation du principe de cohérence

53. La cohérence d'un système logique implique à la fois l'absence de contradiction en son sein, et le respect des règles d'inférences. Ainsi, une cassation peut intervenir dès lors qu'il y a violation du principe de non contradiction (§1) ou de la règle d'implication (§2).

§1. Violation du principe de non contradiction

54. Plusieurs types de violations du principe de non contradiction par une juridiction sont envisageables. Il peut y avoir contradiction entre les motifs de droit, entre les motifs de fait et les affirmations de droit, ou encore entre les motifs de fait. La contradiction entre les motifs de fait et les affirmations de droit, correspond en réalité à une erreur de qualification, qui est sanctionnée par une cassation pour fausse application ou pour refus d'application.

55. Lorsque la cassation a lieu pour violation du principe de non contradiction, sa mise sous forme syllogistique avec le visa pour prémisse est possible, mais c'est le raisonnement nécessaire pour aboutir à la constatation de l'incohérence du raisonnement des juges du fond qui ne peut être représentée sous cette forme, qu'il s'agisse d'une cassation pour motifs contradictoires (A) ou d'une cassation pour une contradiction entre les motifs et le dispositif (B).

A. La cassation pour motifs contradictoires : prémisses contradictoires

56. La cassation pour motifs contradictoires sanctionne le fait pour une juridiction, à propos d'un élément nécessaire à la décision, d'affirmer une chose puis son contraire. Un arrêt de la première chambre civile du 19 septembre 2007 nous fournit un exemple¹⁷⁵ :

Vu l'article 455 du nouveau code de procédure civile ;

Attendu que, d'une part, en rappelant qu'en l'état de la procédure pénale, il n'était pas établi que M. X..., entendu sur ces faits comme témoin assisté, serait l'auteur de la contrefaçon de signature et se serait rendu coupable de faux et usage de faux, et, d'autre part, en énonçant que M. X... a, en connaissance nécessaire, eu égard à sa longue pratique au sein de la chambre, de la suspicion pesant sur l'authenticité des signatures apposées sur les états, présenté les dits états et commis ainsi un manquement à ses obligations professionnelles, la cour d'appel s'est contredite et n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé ;

La partie utile du texte visé est « Le jugement doit être motivé ». On peut mettre sous forme syllogistique la partie finale du raisonnement de la Cour de cassation :

1) Analyse syllogistique

Majeure : Toute décision doit être motivée pour être conforme à l'article 455 CPC.

Mineure : L'arrêt de la cour d'appel n'est pas motivé.

Conclusion : L'arrêt de la cour d'appel n'est pas conforme à l'article 455 CPC.

Pour obtenir la mineure, il a fallu un syllogisme préalable :

Majeure : La contradiction dans les motifs équivaut à une absence de motifs.

Mineure : L'arrêt de la cour d'appel contient une contradiction dans les motifs

Conclusion : L'arrêt de la cour d'appel n'est pas motivé.

Et pour aboutir à la cassation, un dernier syllogisme est nécessaire :

Majeure (issue de l'article 604 du code de procédure civile) : La non-conformité d'un jugement aux règles de loi engendre la cassation

Mineure : L'arrêt de la cour d'appel n'est pas conforme à une règle de droit

Conclusion : L'arrêt de la cour d'appel sera cassé.

Le raisonnement nécessaire pour parvenir à la constatation que l'arrêt de la cour d'appel contient une contradiction dans les motifs est en revanche beaucoup plus complexe. Ce qui est

¹⁷⁵ 1^{ère} civ., 19 septembre 2007, *Bull.* 2007, pourvoi n° 05-15.787, I, n° 288 ; pour un autre exemple, 1^{ère} civ., 19 mars 2008, pourvoi n° 06-21.250, *Bull.* 2008, I, n° 80.

reproché à la cour d'appel, est d'avoir à la fois considéré qu'il n'était pas établi que le demandeur était l'auteur de la contrefaçon de signature, et d'avoir considéré qu'il avait commis un manquement à ses obligations professionnelles par la remise d'états dont il avait nécessairement soupçonné le caractère de faux. En effet, l'infraction d'usage de faux, est constituée par la remise d'un faux en connaissance de cause. La cour d'appel, qui constate à la fois un usage de faux et que l'infraction n'est pas constituée, se contredit donc.

Le raisonnement de la cour d'appel contient deux prémisses contradictoires, ce qui empêche toute conclusion.

2) Analyse formelle

Définition des propositions :

R étant l'ensemble des règles de droit

s_n : conformité d'une décision avec la règle $n \in R$

En particulier s_x : Le respect de la règle issue de l'article 455 CPC

s : conformité à la loi

r : cassation

p : infraction usage de faux

p' : usage d'un faux en connaissance du caractère de faux

Définition des prémisses :

1) $(\forall n \in R) (s \rightarrow s_n)$: Pour toute disposition législative, la conformité à la loi implique la non contrariété (conformité) de la décision avec cette disposition législative.

2) $\neg s \rightarrow r$: Si le jugement de la juridiction du fond n'est pas conforme à la loi, alors la cassation est encourue. (Art. 604 CPC)

3) $s_x \rightarrow (p \equiv p')$: Le respect de l'article 455 CPC nécessite que l'infraction d'usage de faux soit considérée comme établie dès lors qu'il y a usage d'un faux en connaissance du caractère de faux.

Résolution du problème :

$s_x \rightarrow (p \equiv p')$. Or, p' , mais $\neg p$, donc $\neg s_x$

Or, $(\forall n \in R) (s \rightarrow s_n)$, donc en particulier $s \rightarrow s_x$ puis par contraposition $\neg s_x \rightarrow \neg s$, et comme $\neg s_x$, donc $\neg s$.

Or $\neg s \rightarrow r$, donc r . La décision doit être cassée.

En d'autres termes, le problème de l'arrêt de la cour d'appel est qu'il décide p et non p , alors que selon le principe d'identité, $p \rightarrow p$, on ne peut donc pas avoir à la fois p et non p (principe de non-contradiction).

B. La cassation pour contradiction entre motifs et dispositif

57. La cassation pour contradiction entre motifs et dispositif est rare, car elle correspond à une erreur très grossière de la part de la juridiction du fond. Il ne s'agit pas, comme c'est le cas pour le refus d'application de la loi, de sanctionner la violation d'une règle d'inférence. Il s'agit de sanctionner, encore une fois, une juridiction qui affirme quelque chose dans les motifs du jugement, puis son contraire dans le dispositif, comme c'est le cas dans un arrêt de la première chambre civile du 30 mai 2006¹⁷⁶ :

Vu l'article 455 du nouveau code de procédure civile ;

Attendu qu'après avoir relevé que la demande de dommages-intérêts de M. Y... dirigée contre l'huissier et contre la Chambre départementale des huissiers devait être rejetée, l'arrêt a cependant maintenu la condamnation à dommages-intérêts prononcée à l'encontre de la Chambre départementale des huissiers de justice de la Gironde au profit de M. Y... ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a entaché sa décision d'une contradiction entre les motifs et le dispositif ;

Ici, l'erreur de logique est grossière, et constitue sûrement une erreur matérielle de la juridiction, tant il semble absurde pour un juge de décider qu'une demande de dommages-intérêts doit être rejetée tout en maintenant cette même condamnation à des dommages intérêts.

1) Analyse syllogistique

La mise sous forme de syllogisme ne permet de pas mettre en lumière cette erreur de logique :

Majeure : Les jugements mal motivés s'exposent à la cassation. (Art. 455 CPC)

Mineure : La cour d'appel a mal motivé sa décision.

Conclusion : L'arrêt de la cour d'appel doit être cassé.

¹⁷⁶ 1^{ère} civ., 30 mai 2006, pourvoi n° 04-16.030, *Bull.* 2006, I, n° 276.

2) Analyse formelle

Il est en revanche possible, à l'aide de la logique formelle, de mettre en évidence ce type d'erreur, puisqu'il s'agit pour la cour d'appel d'affirmer à la fois q et non q ¹⁷⁷. Cela explique que la contradiction ne soit pas sanctionnée au visa de la règle de droit qui était applicable, puisque la juridiction l'a à la fois appliquée et non appliquée.

Soit q : « la demande de dommages intérêts doit être rejetée »

On ne peut avoir à la fois q et $\neg q$, selon le principe de contradiction.

La décision de la cour d'appel qui décide que q et *non* q est donc invalide.

On voit qu'ici la contradiction n'est pas entre une prémisse et la conclusion, mais entre la conclusion telle qu'exposée dans les motifs et la conclusion telle qu'exposée dans le dispositif. Qu'il s'agisse de la cassation pour contradiction entre motifs ou de la cassation pour contradiction entre les motifs et le dispositif, pour que le visa constitue le fondement de la cassation, il est nécessaire de considérer que l'article 455 du code de procédure civile renvoie à une règle selon laquelle la juridiction du fond doit respecter le principe de non contradiction.

§2. La violation de la règle d'implication

58. Les cas de violation de la règle d'implication correspondent aux cas dans lesquels, la règle applicable ayant été identifiée par la juridiction du fond, et déclarée applicable par celle-ci, elle l'a pourtant mal appliquée : si une disposition législative prévoit que p implique q , reconnaître p sans prononcer q constitue une violation de cette disposition législative. Ainsi, dans un arrêt du 5 juillet 2005, la première chambre civile sanctionne la cour d'appel qui, tout en prononçant la résolution du contrat sur le fondement de l'ancien article 1184 du code civil, ordonne son exécution¹⁷⁸ :

Vu l'article 1184, alinéa 2, du code civil ;

Attendu qu'à la suite de l'inexécution par M. X... d'une convention que celui-ci avait conclue avec M. Y..., ce dernier l'a assigné afin notamment d'obtenir la résolution du contrat litigieux ;

¹⁷⁷ Cf. Annexe n° 1, p. 413

¹⁷⁸ 1^{ère} civ, 5 juillet 2005, pourvoi n° 04-15.808, *Bull.* 2005, I, n° 292.

Attendu que pour faire droit à ses demandes, l'arrêt attaqué énonce que la décision des premiers juges doit être confirmée en ce qu'elle a prononcé la résolution de la convention et condamné M. X... à payer à M. Y... les échéances contractuelles restant dues ;

Qu'en statuant par des dispositions tendant à l'exécution de la convention dont elle prononçait la résolution, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

L'ancien article 1184 alinéa 2 du code civil prévoit que lorsqu'une des parties ne satisfait pas son engagement « la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts ». Il y a donc une alternative entre l'exécution de la convention et la résolution de celle-ci, le cumul des deux étant impossible.

A. Analyse syllogistique

Majeure (issue du visa) : Toute décision conforme aux règles de droit ordonne, en présence d'une inexécution contractuelle, la résolution du contrat ou son exécution forcée (tout A est B, **A**) PM

Mineure : La cour d'appel n'a pas, en présence d'une inexécution contractuelle, ordonné la résolution du contrat ou son exécution forcée (quelque C n'est pas B, **O**) SM

Conclusion : La décision de la cour d'appel n'est pas conforme aux règles de droit. (Quelque C n'est pas A, **O**) SP

On a ici un syllogisme du type AOO, de la deuxième figure, qui est un mode de syllogisme valide. Pour parvenir à la cassation, un dernier syllogisme est nécessaire :

Majeure (issue de l'article 604 du code de procédure civile) : La non-conformité d'un jugement aux règles de loi engendre la cassation. (Tout A est B, **A**) MP

Mineure : L'arrêt de la cour d'appel n'est pas conforme à une règle de droit. (Quelque C est A, **I**) SM

Conclusion : L'arrêt de la cour d'appel sera cassé. (Quelque C est B, **I**) SP

Il s'agit d'un syllogisme AII de la première figure, mode valide.

B. Analyse formelle

Définition des propositions :

D étant l'ensemble des règles de droit

s_n : conformité d'une décision avec la disposition législative de numéro $n \in R$

En particulier s_x : Le respect de la règle de droit issue de l'article 1184

- s : conformité à la loi
 r : cassation
 p : absence d'exécution de la convention
 q : exécution forcée
 q' : résolution de la convention

Définition des prémisses :

- 1) $(n \in R) (s \rightarrow s_n)$: Pour toute disposition législative, la conformité à la loi implique la non contrariété (conformité) de la décision avec cette disposition législative.
- 2) $\neg s \rightarrow r$: Si le jugement de la juridiction du fond n'est pas conforme à la loi, alors la cassation est encourue. (Art. 604 CPC)
- 3) $s_x \rightarrow (p \rightarrow ((q \wedge \neg q') \vee (\neg p \wedge q)))$: Le respect de l'article 1184 du code civil implique que l'absence d'exécution d'une convention par une partie entraîne soit une exécution forcée, soit la résolution de la convention.

Résolution du problème :

Comme $(n \in R) (s \rightarrow s_n)$ on a en particulier $s \rightarrow s_x$ et par contraposition $\neg s_x \rightarrow \neg s$

De plus $s_x \rightarrow (p \rightarrow ((q \wedge \neg q') \vee (\neg p \wedge q)))$, donc $\neg (p \rightarrow ((q \wedge \neg q') \vee (\neg p \wedge q))) \rightarrow \neg s_x$ (loi de contraposition)

En l'espèce, la cour d'appel a décidé, face à une inexécution contractuelle, d'ordonner la résolution de la convention, tout en ordonnant son exécution forcée : On a donc $p \wedge q \wedge q'$.

$q \wedge \neg q'$ et $\neg p \wedge q'$ sont donc faux donc $((q \wedge \neg q') \vee (\neg p \wedge q'))$ est faux.

Donc $\neg (p \rightarrow ((q \wedge \neg q') \vee (\neg p \wedge q)))$

Or $\neg (p \rightarrow ((q \wedge \neg q') \vee (\neg p \wedge q))) \rightarrow \neg s_x$ et $\neg s_x \rightarrow \neg s$, donc $\neg s$

Or, $\neg s \rightarrow r$ et $\neg s$, donc r . La décision doit être cassée.

Lorsque la Cour de cassation décide que la cour d'appel « n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations »¹⁷⁹, il s'agit aussi d'une violation de la règle d'implication.

59. On remarque que sur le plan du raisonnement permettant d'aboutir à la cassation, violation de la règle d'implication et refus d'application de la loi obéissent au même schéma. En effet, il s'agit toujours de dire que, telle règle étant applicable, telle conséquence aurait dû s'en suivre, ce qui n'est pas le cas. La différence entre ces deux cas est que dans le cadre d'un refus d'application de la loi la juridiction du fond n'a pas qualifié adéquatement les faits, alors que dans

¹⁷⁹ Ainsi, Com. 8 avril 2008, pourvoi n° 06-22.152, *Bull.* 2008, IV, n° 81.

le cadre d'une violation de la règle d'implication, la juridiction a qualifié adéquatement les faits, mais n'en a pas tiré les bonnes conséquences. Il s'agit donc d'un vice dans la déduction.

Conclusion du chapitre et du titre

60. Au terme de cette étude, il apparaît que le visa peut entretenir différents liens avec la cassation :

1) Il désigne **le texte qui aurait dû être appliqué**

- Le texte n'a pas été appliqué (refus d'application)

Structurellement parlant, la dénaturation ainsi que les cassations pour défaut de motifs ou bien violation du principe de cohérence correspondent à des cassations pour refus d'application. À chaque fois, la juridiction du fond n'a pas appliqué une règle de droit pourtant applicable.

- Le texte a mal été appliqué (violation de la règle d'implication)

2) Il désigne **le texte qui a été appliqué à tort** (fausse application)

3) Il désigne **le texte qui a été appliqué sans que l'on ne sache s'il était applicable** (insuffisance des motifs / manque de base légale)

61. La mise sous forme logique a permis de montrer que le visa entretient à chaque fois un lien avec l'une des prémisses de la cassation. La nature de ce lien n'est cependant pas toujours évidente. Comment passe-t-on du visa à la prémisse de la cassation ?

Cette étape est précisément celle qui pose des problèmes : si le syllogisme et la logique formelle permettent d'expliquer la déduction d'une solution à partir d'une règle et de la qualification juridique des faits, ils ne permettent pas d'expliquer le passage du visa à la cassation.

TITRE II. L'IRRÉDUCTIBILITÉ DE LA CASSATION À UNE DÉDUCTION FORMELLE

62. De nombreuses critiques ont été portées contre le syllogisme judiciaire et l'utilisation de la logique en droit depuis la fin du XIX^e siècle. La critique a d'abord été celle des courants pragmatistes. Elle portait sur l'application mécanique des règles par les juges, comme empêchant toute prise en compte des nécessités sociales. Il s'agissait alors d'éveiller à une pratique du droit qui ne serait pas aveugle aux finalités des règles et aux conséquences des décisions.

Le début du XX^e siècle a été marqué par le renouveau de la logique avec la mise en évidence du caractère inapproprié de l'application de la logique classique aux normes. La critique contre l'utilisation de la logique en droit s'est alors portée sur son absence de validité.

Les avancées de la logique des normes ayant calmé ces critiques, pendant le courant de la seconde moitié du XX^e siècle c'est la présentation de la décision comme le résultat d'une déduction logique qui a été décriée en ce qu'elle masque ce qui est le cœur du rôle du juge, à savoir le choix des prémisses. Perelman et Hart ont chacun à leur manière mis en lumière l'importance de cette opération. Et si la critique de Perelman se rapproche de celle des courants pragmatistes par certains points, elle ne peut être confondue avec elle, en ce qu'elle ne parvient pas aux mêmes conclusions. En effet, les auteurs pragmatiques dénie toute valeur pratique à la logique, ce qui les rapproche des auteurs s'étant attachés à tenter de démontrer l'absence de validité de la logique appliquée aux normes.

Ainsi, il existe des obstacles théoriques à l'idée que la cassation puisse trouver sa source dans le texte visé (Chapitre I). En réalité la remise en cause n'est pas si profonde qu'il n'y paraît et invite à porter une attention sur le choix des prémisses. En effet, la cassation peut bien être présentée sous la forme d'un enchaînement de syllogismes, cependant, une telle présentation ne dit rien sur la façon dont le choix des prémisses s'opère (Chapitre II).

Chapitre 1. Les obstacles théoriques à une conception du visa comme fondement logique de la cassation

63. Les nombreuses critiques qui ont été portées contre le syllogisme judiciaire et l'utilisation de la logique en droit invitent à remettre en cause l'idée que la cassation puisse trouver sa source dans le texte visé. Pour pouvoir considérer que le visa est la prémisse logique de la cassation, plusieurs conditions doivent être réunies. Ces conditions ne sont pas les mêmes selon que l'on considère que la démonstration logique de la validité de la solution doit prendre une forme qui épouse le raisonnement ayant conduit à la solution ou bien que la forme du raisonnement ayant conduit à la solution est indifférente relativement à la forme de la justification. En effet, ce n'est pas la même chose que de considérer que la cassation est présentée comme le résultat d'un raisonnement déductif ou qu'elle est justifiée par le biais d'une démonstration déductive.

64. Des conditions supplémentaires doivent être réunies si on considère que le visa constitue la prémisse du raisonnement menant à la cassation (Section 1) par rapport à si on considère que le visa constitue la prémisse de la démonstration de la nécessité de la cassation (Section 2).

Section 1. Les obstacles à une conception du visa comme prémisse du raisonnement menant à la cassation

65. Si l'on considère que la motivation des décisions de justice doit reproduire fidèlement le raisonnement menant à la cassation, il est nécessaire que ce qui est affiché comme étant la prémisse dans la décision, soit premier dans le raisonnement. Ainsi, dans cette optique, le visa doit être, chronologiquement, ce qui apparaît en premier dans l'esprit du juge.

66. Cette conception, si elle semble correspondre à l'idée que se faisaient les constituants de la cassation, est très rapidement mise en défaut par certains éléments, qui empêchent de considérer que la règle appliquée préexiste systématiquement à son application. La mise en évidence de la prise en compte des conséquences de sa décision par le juge (§1) ainsi que de l'importance de l'argumentation dans la détermination des prémisses (§2) militent contre une conception dans laquelle le visa serait l'unique moteur de la cassation.

§1. La prise en compte des conséquences des décisions

67. Les courants du pragmatisme puis du réalisme sont ceux qui ont eu la plus virulente critique à l'encontre de l'idée selon laquelle il est possible de faire dériver une solution d'un axiome juridique. En effet, l'accent mis sur l'expérience par ces courants est incompatible avec l'idée d'une solution déduite directement d'une règle¹⁸⁰.

Le pragmatisme est à l'origine une méthode qui a vu le jour aux États-Unis à la fin du XIXe siècle¹⁸¹. Le terme regroupe plusieurs auteurs dont le point commun est de pratiquer la philosophie en étant résolument tournés vers le futur. Il s'agit pour eux de penser la signification en termes de conséquences.

C'est le juge Holmes qui est considéré comme étant le père du pragmatisme juridique. Sa célèbre phrase « The life of the law has not been logic : it has been experience » ne doit pas être prise comme une condamnation de toute utilisation de la logique en droit. Il s'agit pour lui de mettre en évidence que ce n'est pas la logique qui fonde les règles mais des facteurs sociaux, moraux et politiques¹⁸².

Pour lui, la certitude est en général une illusion, et derrière la forme logique de la décision se cache un jugement portant sur l'importance relative de fondements légaux concurrents. Et si ce jugement n'est pas forcément conscient pour le juge, il n'en demeure pas moins la partie la plus importante de l'opération de juger¹⁸³. On ne peut pas considérer qu'une solution se déduit d'une prémisse unique. C'est un ensemble de facteurs qui détermine la solution à adopter, mais cet ensemble de facteurs est parfois inconscient pour le juge. Il considère alors que les juges

¹⁸⁰ S. HAACK, « On legal pragmatism : Where does 'the path of the law' lead us? », *American Journal of Jurisprudence*, Vol. 50, 2005, p. 71-105, spéc. p. 82.

¹⁸¹ S. HAACK, « On legal pragmatism : Where does 'the path of the law' lead us? », *American Journal of Jurisprudence*, Vol. 50, 2005, p. 71-105, spéc. p. 76.

¹⁸² O. W. HOLMES, Jr., « The Common Law » (1881), in *The essential Holmes*, The University of Chicago Press, Chicago, 1992, spéc p. 237: « The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than syllogism in determining the rules by which we should be governed ».

¹⁸³ O.W. HOLMES, Jr., « The Path of Law », *Harvard Law review*, 1897, p. 457, in *The essential Holmes*, The University of Chicago Press, Chicago, 1992, spéc p. 167 : « The language of judicial decision is manly the language of logic. And the logical method and form flatter that longing for certainty and fore repose which is in every human mind. But certainty generally is illusion, and repose is not the destiny of man. Behind the logical form lies a judgment as to the relative worth and importance of competing legislative grounds, often an inarticulate and unconscious judgment, it is true, and yet the very root and nerve of the whole proceeding ».

devraient être mieux entraînés à percevoir l'intérêt social sur lequel les règles qu'ils mettent en œuvre sont fondées, de façon à mieux prendre en compte celui-ci¹⁸⁴.

Ce que Holmes met en évidence, c'est l'attention qui doit être apportée au choix des prémisses. Mais au-delà de ça, il milite pour que le juge prenne une certaine liberté vis-à-vis des règles, grâce à l'étude historique des règles en vigueur, permettant d'identifier le but de ces règles, et d'adapter les moyens mis en œuvre à ces fins. Il considère que les règles dont la justification première a disparu ne devraient pas être maintenues sans raison.

Dans *The path of law*, sa position évolue. Il montre comment les raisons premières qui ont conduit à l'adoption d'une règle sont obscurcies par leur application mécanique. Il critique alors l'emprise de la tradition sur le droit. Sa critique porte finalement sur la généralisation rationnelle¹⁸⁵, et en cela, il ne s'agit pas seulement d'une mise en évidence de l'importance du choix des prémisses, mais d'une opposition à l'enferment du juge dans l'application de règles trop rigides. Il s'agit donc avant tout de plaider pour un droit flexible et adaptable¹⁸⁶.

Les auteurs qui ont suivi, qui appartiennent autant au courant de la *sociological jurisprudence* qu'au *réalisme* classique, ont perpétué cette critique du caractère mécanique du syllogisme (A). Certains sont allés plus loin, en excluant toute valeur heuristique du syllogisme (B).

A. La critique du caractère mécanique du syllogisme judiciaire

68. Le refus de la prédominance de la forme sur le contenu est partagé par tous les successeurs de Holmes, mais les raisons de ce refus sont diverses. Cette diversité des raisons du refus trouve sans doute sa source dans une diversité des causes de la révolte de ces auteurs contre les *formalismes*. Ainsi, lorsque Holmes écrit que la vie du droit n'a pas été logique mais a été expérience, c'est d'abord en réponse à la conceptualisation du droit effectuée par Langdell dans son ouvrage de droit des contrats¹⁸⁷. C'est aussi le décalage entre le droit de son époque et la société qui, semble-t-il, motive ses critiques.

¹⁸⁴ O.W. HOLMES, « The Path of Law », *Harvard Law Review*, 1897, p. 457, in *The essential Holmes*, The University of Chicago Press, Chicago, 1992, spéc. p. 169 : « I cannot but believe that if the training of lawyers led them habitually to consider more definitely and explicitly the social advantage on which the rule they lay down must be justified, they sometimes would hesitate where now they are confident, and see that really they were taking sides upon debatable and often burning questions ».

¹⁸⁵ O. W. HOLMES, « The Path of the Law », in *Harvard Law Review*, Vol. X, 1897, p.457-478 § 32.

¹⁸⁶ En ce sens, S. HAACK, « On logic in law », *Ratio juris* 2007, vol. 20, n° 1, spéc. p. 8.

¹⁸⁷ S. HAACK, « On logic in law », *Ratio juris* 2007, vol. 20, n° 1, spéc. p. 1.

69. Pound est à cet égard très proche de Holmes. Il distingue *the law in the books* du *law in action*, montrant les distorsions fréquentes qui existent entre le droit tel qu'il est présenté dans les livres et le droit tel qu'il est appliqué¹⁸⁸. Ces critiques doivent se lire sous le prisme du contexte de l'époque d'un droit qui peine à s'adapter aux fortes mutations sociales. Il donne en effet l'exemple des lois qui limitent la possibilité de divorcer. Il montre que ces lois sont largement contournées par une collusion entre les époux désireux de se séparer, collusion que le juge feint de ne pas remarquer¹⁸⁹.

70. Il met aussi en évidence le fait que l'application rigide de certaines règles aboutit à des résultats inadaptés aux besoins sociaux et légaux¹⁹⁰. Il considère, cependant, que ce n'est pas au juge de changer la loi mais au législateur¹⁹¹.

Pound, comme Holmes, considère que la volonté d'une démarche logique aboutit à une application trop rigide des règles¹⁹². Il atténue cependant cette critique pour certains domaines du droit, dans lesquels il considère que l'application mécanique des règles est adaptée¹⁹³. Mais, même quand la logique intervient dans la prise de décision, certains moments de la prise de décision sont, selon lui, irréductibles à une simple démarche logique¹⁹⁴. En effet, le choix, parmi les règles ou principes existants nécessite l'intuition du juge, de même que l'élaboration d'une justification et l'application des principes dégagés aux faits. Pour les autres matières, dans lesquelles chaque cas est unique, les circonstances doivent être prises en compte, et ce sont des *standards* qui sont mis en œuvre. C'est alors le bon sens qui doit mener l'action du juge, et ce bon

¹⁸⁸ R. POUND, « Law in Books and Law in Action », *American Law Review*, 1910, vol. 44, p. 15-40.

¹⁸⁹ R. POUND, « Law in Books and Law in Action », *American Law Review*, 1910, vol. 44, p. 15-40.

¹⁹⁰ R. POUND, « Mechanical jurisprudence », *Columbia Law Review*, Vol. 8, n° 8, 1908, pp 605-623, spec. p. 615-616.

¹⁹¹ R. POUND, « Mechanical jurisprudence », *Columbia Law Review*, Vol. 8, n° 8, 1908, pp 605-623, spéc. p. 621.

¹⁹² R. POUND, « Law in Books and Law in Action », *American Law Review*, 1910, vol. 44, p. 15-40. (Traduction par Françoise Michaut) : « La loi qui tente d'adapter le cas aux règles et non les règles au cas n'y parviendra pas plus que la jurisprudence qui tenterait la même expérience ».

R. POUND « La place et la finalité de la théorie du droit sociologique » (1911), traduction par Françoise Michaut : « Inutile de dire que cet idéal est hors d'atteinte. Néanmoins la tentative même d'y parvenir, que ce soit sur la base d'un code ou sur celle d'un corps de jurisprudence, entraîne une administration mécanique de la justice qui, à la longue, doit s'effondrer ».

¹⁹³ R. POUND, « Theory of Judicial Decision », *Harvard Law Review*, Vol. 36, 1922-1923, Issue 8, pp. 940-959, spec. p. 952 : « The method of intelligence is admirably adapted to the law of property and to commercial law, where one fee simple is like every other and no individuality of judicial product is called for as between one promissory note and another ».

¹⁹⁴ R. POUND, « Theory of Judicial Decision », *Harvard Law Review*, Vol. 36, 1922-1923, Issue 8, pp. 940-959, spec. p. 951 : « we cannot conceal from ourselves that in at least three respects the trained intuition of the judge plays an important role in the judicial process. One is in the selection of grounds of decision (...). Another place where the judge's intuition comes into play is in development of the grounds of decision, or interpretation. (...) A third is in application of the developed grounds decision to the facts ».

sens ne peut prendre la forme d'un syllogisme¹⁹⁵. Il met l'accent sur l'importance pour le juge d'avoir conscience de ce qu'il fait, de façon à pouvoir mieux le faire¹⁹⁶. En effet, il considère que « le rôle d'un juge est de faire vivre un principe, non pas en en déduisant des règles (...) mais en réalisant minutieusement le travail moins ambitieux mais plus utile de donner une illustration nouvelle de l'application intelligente du principe à une cause concrète, produisant un résultat viable et juste ». ¹⁹⁷

71. Contemporain de Pound, Cardozo distingue entre les cas simples et les cas difficiles, le pouvoir normatif du juge n'entrant en jeu que dans les cas difficiles¹⁹⁸. Ainsi, il considère qu'il est nécessaire de respecter la logique, mais jusqu'à un certain point seulement : Le juge qui rend une décision ne peut se contenter de prendre en compte les précédents. Il doit nécessairement prendre en compte le contexte historique et social ainsi que les répercussions de la décision¹⁹⁹.

Pour Llewellyn, les règles juridiques sont avant tout des guides pour l'action du juge, et il ne les applique que si elles sont compatibles avec le bon sens²⁰⁰. Dans le cas contraire, les lois ne fournissent pas la matière première de l'action du juge. S'il applique des règles, ce sont d'autres règles, qui ne se trouvent pas dans les codes. De plus, chaque disposition peut être interprétée d'au moins deux manières différentes²⁰¹, ce qui exclut que le raisonnement du juge se trouve sous la forme d'un syllogisme.

En France, c'est GénY qui représente la demande de rénovation de la science juridique à la fin du XIXème siècle²⁰². Dans un contexte d'une société ayant fortement évolué, et face à des textes du vieillissants, cet auteur cherche à trouver le moyen de réadapter les méthodes

¹⁹⁵ R. POUND, «Theory of Judicial Decision», *Harvard Law Review*, Vol. 36, 1922-1923, Issue 8, pp. 940-959, spéc. p. 952 : «Nor may this common sense be put in the form of a syllogism ».

¹⁹⁶ R. POUND, «Theory of Judicial Decision», *Harvard Law Review*, Vol. 36, 1922-1923, Issue 8, pp. 940-959, spéc. p. 959 : «Much will be gained when courts have perceived what it is that they are doing, and are thus enabled to address themselves consciously to doing it the best that they may ».

¹⁹⁷ R. POUND, « Mechanical jurisprudence », *Columbia Law Review*, Vol. 8, n° 8, 1908, pp 605-623, spéc. p. 622 : « But the task of a judge is to make a principle living, not by deducing from it rules, to be, like the Freshman's hero, "immortal for a great many years," but by achieving thoroughly the less ambitious but more useful labor of giving a fresh illustration of the intelligent application of the principle to a concrete cause, producing a workable and a just result. »

¹⁹⁸ B. N. CARDOZO, *La nature de la décision judiciaire* (1922), trad. G. CALVÈS, Rivages du droit, Dalloz, 2011, p. 103 et 104.

¹⁹⁹ B. N. CARDOZO, *La nature de la décision judiciaire* (1922), trad. G. CALVÈS, Rivages du droit, Dalloz, 2011, spéc. p. 40.

²⁰⁰ K. LLEWELLYN, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*, Little Brown, Boston, 1960, spec p. 179-180.

²⁰¹ K. LLEWELLYN, «Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons about How Statutes Are to Be Construed», *Vanderbilt Law Review* 1950, p. 395, spéc. p. 401 s.

²⁰² En ce sens, J.-P. CHAZAL, « Léon Duguit et François GénY, Controverse sur la rénovation de la science juridique », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2010/2 Volume 65, p. 85-133.

doctrinales et la pratique juridique à la société. Gény propose alors une méthode de libre recherche scientifique pour trancher les cas dans les situations où la loi est insuffisante ou silencieuse²⁰³. La mise à l'écart des textes se situe donc dans un espace laissé par ceux-ci, soit en raison de leur incomplétude, soit en raison de leur caractère dépassé.

72. Finalement, tous ces auteurs insistent sur la nécessité d'apporter des correctifs et de prendre en compte les conséquences des décisions, ce qui implique, au moins parfois une mise à l'écart des règles.

B. La critique de l'absence de valeur heuristique du syllogisme

73. L'accent mis sur l'expérience a mené certains auteurs à nier toute valeur heuristique au syllogisme. Le syllogisme n'a selon eux qu'une vertu démonstrative et ne permet pas d'aboutir à une solution : il n'a pas de rôle à jouer dans la prise de décision, il n'intervient qu'après coup pour mettre en forme la solution. La justification syllogistique n'est donc que la rationalisation d'une décision prise sur d'autres fondements²⁰⁴.

74. **Le droit est son application**²⁰⁵. Pour Dewey, la valeur de vérité du syllogisme ne peut pas être contestée²⁰⁶. Le problème est que le syllogisme présente les résultats d'une réflexion, mais n'a rien à voir avec l'opération elle-même de la réflexion²⁰⁷. Ainsi, la conception selon laquelle le syllogisme permettrait de découvrir la solution d'un cas ne correspond pas à la réalité, la quête des prémisses adéquates à un cas n'étant jamais détachée de la conclusion qui y est attachée : le choix d'une prémisse se fait en ayant à l'idée la conclusion qui va en découler²⁰⁸, et plus encore,

²⁰³ F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, LGDJ, 1919, tome 2, n° 156, p. 77.

²⁰⁴ P. BRUNET, « Analyse réaliste du jugement juridique », *Cahiers philosophiques*, 4/2016 n° 147, p. 9-25.

²⁰⁵ L. ISRAËL, J. GROSDIDIER, « John Dewey et l'expérience du droit. La philosophie juridique à l'épreuve du pragmatisme », *Tracés* 2/2014 (n° 27), p. 163-180.

²⁰⁶ J. DEWEY, « Logical Method and Law », *Cornell Law Review*, Vol. 10 (1924), p. 17 s., spéc. p. 22 : «In a certain sense it is foolish to criticise the model supplied by the syllogism. The statements made about men and Socrates are obviously true, and the connection between them is undoubted ».

²⁰⁷ J. DEWEY, « Logical Method and Law », *Cornell Law Review*, Vol. 10 (1924), p. 17 s., spéc. p. 22 : «The trouble is that while the syllogism sets forth the *results* of thinking, it has nothing to do with the *operation* of thinking ».

²⁰⁸ J. DEWEY, « Logical Method and Law », *Cornell Law Review*, Vol. 10 (1924), p. 17 s., spéc. p. 23 : « as matter of actual fact, we generally begin with some vague anticipation of a conclusion (or at least of alternate conclusions) and then we look around for principles and data which will substantiate it or which will enable us to choose intelligently between rival conclusions ».

doit prendre en compte la solution qui va en découler²⁰⁹. Finalement, les prémisses et la conclusion ne sont que deux manières de constater la même chose²¹⁰.

Il critique cependant par moments l'utilisation qui est faite par les juges du syllogisme en ce que cette méthode est trop rigide²¹¹. Ce qu'il lui reproche est l'absence de prise en compte des circonstances particulières du cas, en raison de son caractère trop mécanique. L'idée est qu'une application du syllogisme peut mener à des solutions non raisonnables, allant à l'encontre du bon sens. Il peut paraître contradictoire qu'il prétende à la fois que le syllogisme ne représente pas la réalité, et qu'il critique sa mise en œuvre. C'est que la critique normative est souvent difficile à distinguer de la critique descriptive, surtout lorsqu'elle porte sur un processus interne : les auteurs qui s'attachent à critiquer la présentation du raisonnement du juge comme étant erronée se heurtent à l'impossibilité d'étudier leur objet d'étude. Cette étude, selon Dewey doit passer par la méthode expérimentale qui est la condition de toute théorie : « il faut conclure à la suppression du dualisme entre théorie et pratique »²¹².

Il s'agit donc pour lui de mettre en évidence que la plupart du temps, les juges ne se contentent pas d'opérer un simple syllogisme, et qu'un juge qui croit ne faire que déduire une solution de ses prémisses juridiques se leurre. Pour autant, il y a bien des juges qui pensent procéder de la sorte, ce qui aboutit à une application mécanique des règles.

75. Actualité de la critique. Cette conception, selon laquelle la solution précède en général la règle²¹³ est encore d'actualité. Elle se traduit par une attention tournée vers le raisonnement du juge, dont la justification juridique ne serait que la partie émergée de l'iceberg²¹⁴. Le refus de considérer que le juge puisse être guidé par des règles juridiques combiné à la volonté d'expliquer le processus de décision aboutit à une présentation du raisonnement juridique en termes de contraintes internes et externes au juge. Ainsi, les règles juridiques sont présentées comme des contraintes pour le juge, qui doit, une fois sa décision arrêtée, la faire rentrer dans le moule du

²⁰⁹ J. DEWEY, « Logical Method and Law », *Cornell Law Review*, Vol. 10 (1924), p. 17 s., spéc. p. 26 : « For the purposes of a logic of inquiry into probable consequences, general principles can only be tools justified by the work they do. They are means of intellectual survey, analysis, and insight into the factors of the situation to be dealt with. Like other tools they must be modified when they are applied to new conditions and new results have to be achieved ».

²¹⁰ J. DEWEY, « Logical Method and Law », *Cornell Law Review*, Vol. 10 (1924), p. 17 s., spéc. p. 23 : « In strict logic, the conclusion does not follow from premises; conclusions and premises are two ways of stating the same thing ».

²¹¹ G. P. SORENSON, « John Dewey's Philosophy of Law: A Democratic Vision », in *Educational Theory*, Vol. 30, 1980, p. 53–65, spec. p. 60.

²¹² Y. KREPLAK, C. LAVERGNE, « Les pragmatiques à l'épreuve du pragmatisme. Esquisse d'un « air de famille », *Tracés* 2008 n° 15, p. 127 s., spéc. n° 14.

²¹³ J. FRANK, *Law and the Modern Mind* (1930), Transaction publishers, New Brunswick, 2009, p. 109 : « Judicial judgments, like other judgments, doubtless, in most cases are worked out backward from conclusion tentatively formulated ».

²¹⁴ Ainsî, P. BRUNET, « Analyse réaliste du jugement juridique », *Cahiers philosophiques*, 4/2016 (n° 147), p. 9-25.

sylogisme²¹⁵. L'influence des règles sur la solution est alors minime, puisqu'il s'agit d'un simple habillage.

76. Même si une telle conception semble excessive, il faut admettre que des éléments autres que les règles de droit entrant en compte, au moins parfois, dans la décision du juge (conséquences de la décision et contexte)²¹⁶. On ne peut donc pas considérer que le visa constitue toujours le point de départ du raisonnement du juge. L'importance de l'argumentation dans la détermination des prémisses conforte cette conclusion.

§2. L'importance de l'argumentation dans la détermination des prémisses

77. Chez les auteurs qui ont réhabilité le raisonnement dialectique, la critique contre le formalisme juridique s'est soldée par une relégation des règles juridiques au second plan, en tant que porteuses d'une solution unique²¹⁷. Perelman montre que seule l'argumentation permet une décision, une même règle juridique pouvant mener à différentes solutions, et pour une même situation, différentes règles pouvant être applicables. C'est donc l'argumentation qui a la place première, par rapport aux règles auxquelles elle se réfère. Ainsi, selon lui, « le droit, tel qu'il est déterminé dans des textes légaux, promulgués et formellement valables, ne reflète pas nécessairement la réalité juridique »²¹⁸. Cette mise en avant de l'importance de l'argumentation passe par une critique multiforme du syllogisme, dont il faut mesurer les divers arguments.

78. Argument de l'existence d'un désaccord. Pour Perelman, l'utilisation du syllogisme est nocive à la fonction judiciaire, car il s'agit d'un travestissement de l'office du juge, qui est avant tout de régler un conflit : « ce syllogisme ne s'impose qu'à condition qu'aucun de ces éléments ne fasse l'objet de controverse, ce qui est contredit par l'existence même du procès. Du

²¹⁵ P. BRUNET, « Analyse réaliste du jugement juridique », *Cahiers philosophiques*, 4/2016 (n° 147), p. 9-25 : « on peut présumer qu'en même temps qu'ils habillent leurs préférences morales en arguments juridiques, l'indétermination du droit leur fournit toute latitude pour faire l'inverse. C'est aussi ce qui explique qu'il soit tout simplement impossible d'affirmer qu'une décision est juridiquement « erronée » et qu'une question juridique peut ne recevoir qu'une seule – et bonne – réponse ».

²¹⁶ F. MALHIÈRE, *La brièveté des décisions de justices*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, avril 2013, p. 106 s.

²¹⁷ Ainsi, M. VILLEY, « Questions de la logique juridique dans l'histoire de la philosophie du droit », in *Études de logique juridique*, Vol. II, Travaux du centre national de recherches de logique, 1967, p. 3 et s. : qui considère que pour aboutir à des solutions justes, une procédure de la controverse est plus efficace qu'une logique déductiviste, et que la dialectique doit être au cœur de l'étude de la logique juridique.

²¹⁸ Ch. PERELMAN, *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, 1979, p. 137 s., spéc. p. 139.

fait que le juge doit trancher une controverse, une motivation qui ferait semblant que les éléments litigieux sont évidents relève de la fiction »²¹⁹.

Il faut tout de suite tempérer cette critique, car elle part du postulat que l'existence d'un litige entre les parties traduit nécessairement l'existence d'un désaccord en droit. Or il est de nombreux cas dans lesquels l'existence d'un procès n'implique pas l'existence d'un tel désaccord, ce que traduisent les techniques judiciaires accélérant le procès ou simplifiant la procédure de rejet fondées sur l'absence de moyen sérieux²²⁰. Cependant, il est vrai que toutes les cassations ne résultent pas d'une évidence contrariété de la décision déférée à la règle issue du visa.

79. Argument de la collégialité. Un second argument tient au fait que les décisions de justice sont en principe rendues de façon collégiale. Selon Perelman, « la collégialité [...] serait tout à fait incompréhensible si la logique juridique n'était qu'une logique formelle appliquée au droit, se proposant de démontrer une conclusion à partir de prémisses supposées vraies »²²¹. La collégialité a pour fonction de diminuer les risques d'une décision subjective du juge, dont « c'est le rôle d'apprécier la valeur de chacun de ces arguments – qui dans la mesure où ils sont avancés par les parties mèneront à des solutions opposées »²²².

Cependant, lorsqu'en 1791 la collégialité du juge de cassation a été instituée, il semble qu'il s'agissait plus de prévenir la corruption du juge, que de prendre en compte l'impuissance de la logique à gouverner le droit²²³. La collégialité peut être vue comme un outil au service de l'indépendance du juge, le mettant à l'abris des pressions externes, et de son impartialité, les juges se contrôlant les uns les autres²²⁴.

80. Critique du caractère nuisible du syllogisme en argumentation. Perelman souhaite montrer que la transformation d'un argument non contraignant sous la forme syllogistique a pour conséquence de faire passer un argument non contraignant pour un argument contraignant, ce

²¹⁹ Ch. PERELMAN, *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, 1979, p. 162.

²²⁰ En ce sens, C. CALLET, « La question soulève-t-elle une difficulté sérieuse ? Désaccord et argumentation raisonnable », *RRJ, Cahiers de méthodologie juridique*, septembre 2015, p. 2097.

²²¹ Ch. PERELMAN, *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, 1979, p. 173.

²²² Ch. PERELMAN, *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, 1979, p. 173.

²²³ En tous cas cela ne ressort pas des débats qui ont présidé à sa mise en place. *Prugnon, Réimpression de l'ancien Moniteur, seule histoire authentique et ...*, Vol. 6, séance du 10 novembre 1790, p. 334 : « Il y a souvent plusieurs demandes en cassation, ces demandes pourraient être portées à plusieurs sections l'une casserait un jugement que l'autre confirmerait. Les sections jugeront au nombre de cinq juges il suffira aux ministres d'en acheter trois pour réussir en exerçant sa funeste influence. Un tribunal d'un grand nombre de juges déjouerait plus facilement l'intrigue et diminuerait les chances de la séduction. Les petites proportions blessent l'œil, ce qui n'est pas grand est ignoble et quand il s'agit de venger la loi violée il faut un tribunal digne d'elle ».

²²⁴ R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et T. REVET, *Droits et libertés fondamentaux*, 11^e éd., 2011, Dalloz, n° 541-545.

qui fausserait la réalité du discours dont il s'agit. Pour le montrer, il prend l'exemple de l'argument suivant : « cet homme est courageux, parce que, dans telle situation, il s'est conduit d'une façon courageuse ». Il transforme l'argument en cette prémisse : « tout homme possède la qualité que l'on n'hésite pas à attribuer à tel de ses actes »²²⁵. On a alors ce syllogisme :

Majeure : Tout homme qui se conduit de façon courageuse est courageux.

Mineure : Cet homme s'est conduit de façon courageuse dans telle situation.

Conclusion : Cet homme est donc courageux.

Il montre alors qu'un tel syllogisme aboutit à des solutions contradictoires, « car quelqu'un qui se conduirait une fois d'une façon courageuse et une autre fois d'une façon lâche devrait être qualifié de courageux et de lâche »²²⁶. C'est donc la prémisse du syllogisme qui doit être accusée de fausseté, celle-ci menant à des solutions contradictoires. Car dire qu'un homme est courageux s'il se conduit toujours de façon courageuse n'est pas la même chose que de dire qu'un homme est courageux s'il s'est une fois conduit de façon courageuse. On peut ainsi démontrer, en révélant les prémisses implicites d'un argument son caractère bancal : tout le monde adhère à la prémisse implicite de l'argument que l'on a mentionné plus haut, mais c'est la déduction opérée à partir de celle-ci qui est erronée. Le fait qu'un homme se soit comporté de façon courageuse dans une situation n'en fait pas quelqu'un d'absolument courageux.

L'utilisation du syllogisme a ainsi l'intérêt de montrer les faiblesses d'un argument. Pour autant, du point de vue de l'argumentation, un tel argument, s'il est insuffisant seul à démontrer le caractère courageux d'un homme, pourra, s'il est étayé par d'autres arguments, emporter la conviction que l'homme est courageux. La mise sous forme syllogistique a seulement permis de montrer les limites de l'argument.

Il faut donc comprendre que ce que Perelman reproche à l'utilisation du syllogisme en argumentation est le réductionnisme auquel elle aboutit. On ne peut réduire le raisonnement du juge à un simple syllogisme. En effet, des éléments extérieurs à la logique doivent permettre d'aboutir aux prémisses : « La preuve démonstrative (...) est plus que persuasive, elle est convaincante, mais ceci à condition d'admettre la vérité des prémisses dont elle part »²²⁷.

Ce que Perelman critique, ce n'est donc pas la valeur du syllogisme, mais son utilisation dans l'argumentation, qui en réduirait la subtilité. Sa conclusion va d'ailleurs en ce sens : « Rien ne s'oppose à ce que le raisonnement judiciaire soit présenté, en fin de compte, sous la forme

²²⁵ Ch. PERELMAN, *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, 1979, p. 2 et 3.

²²⁶ Ch. PERELMAN, *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, 1979, p. 3.

²²⁷ Ch. PERELMAN, *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, 1979, p. 106.

d'un syllogisme, mais cette forme ne garantit nullement la valeur de la conclusion. Si celle-ci est socialement inacceptable, c'est que les prémisses ont été acceptées à la légère : or, ne l'oublions pas, tout le débat judiciaire et toute la logique juridique ne concernent que le choix des prémisses qui seront le mieux motivées et qui soulèvent le moins d'objections. C'est le rôle de la logique formelle de rendre la conclusion solidaire des prémisses, mais c'est celui de la logique juridique de montrer l'acceptabilité des prémisses. Celle-ci résulte de la confrontation des moyens de preuve, des arguments et des valeurs qui s'opposent dans le litige ; le juge doit en effectuer l'arbitrage pour prendre sa décision et motiver le jugement »²²⁸.

Cette critique du syllogisme est une critique du déductivisme en tant que déformant la réalité judiciaire. Il s'agit de dire que la présentation du raisonnement du juge sous la forme d'un syllogisme est dangereuse en ce qu'elle masque une partie de la réalité : « Ce qu'il y a de spécifiquement juridique dans le raisonnement du juge, ce n'est nullement la déduction formellement correcte d'une conclusion à partir de prémisses – en cela la déduction en droit n'a rien de particulier – mais ce sont les raisonnements qui conduisent à l'établissement de ces prémisses »²²⁹.

Cette critique, selon laquelle le syllogisme est insuffisant pour aboutir à une décision est tout à fait pertinente. Le syllogisme a bien un rôle à jouer dans la prise de décision, mais d'autres éléments doivent intervenir. Perelman met en lumière toute l'importance de l'étape qui est celle de la détermination des prémisses.

81. Conclusion de la section. Pour que le visa soit la prémisse du raisonnement menant à la cassation, il serait nécessaire que la règle précède la décision, et que la juge de cassation n'ait absolument aucun pouvoir créateur. Toute preuve de création d'une règle par un juge est donc de nature à réfuter l'idée selon laquelle le visa est la majeure du raisonnement. Or, à l'heure actuelle, le rôle de la jurisprudence dans la création du droit n'est plus à démontrer. La mise en évidence de ce que le juge, au moins dans certains cas prend en compte les conséquences de ses décisions et peut créer du droit, invite certains auteurs à parler de *syllogisme régressif*²³⁰ ou d'inversion *du syllogisme judiciaire*²³¹ en ce que « le juge construit lui-même le syllogisme, en

²²⁸ Ch. PERELMAN, *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, 1979, p. 176.

²²⁹ Ch. PERELMAN, « Le raisonnement juridique », 1965, in *Droit, morale et philosophie*, Paris, LGDJ, 2^{ème} édition, 1976, p. 93, republié dans *Ethique et droit*, Bruxelles, ULibre, 2^{ème} édition, 2012, p. 577.

²³⁰ J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 3e éd., 1990, n° 55 s ; Carbonnier utilisait cette expression, mais à propos des avocats : J. Carbonnier, *Droit civil - Introduction*, PUF, 1re éd., Quadrige, 2004, n° 9, p. 24.

²³¹ F. MALHIÈRE, *La brièveté des décisions de justices*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, avril 2013, p. 123 s.

choisissant la majeure et la mineure en fonction de la solution à donner au litige »²³². Ce reproche, qui est fait notamment aux arrêts de la Cour de cassation en ce qu'ils se présentent sous forme syllogistique alors qu'en réalité le raisonnement du juge suivrait le cheminement inverse, pour être fondé, nécessite de considérer que la motivation doit être la reproduction fidèle du raisonnement du juge. Or, il est tout à fait possible de considérer que la motivation n'a pas à être une reproduction des raisons intimes pour lesquelles le juge décide, ces raisons étant de toutes façons inaccessibles pour l'observateur. On considèrera alors que ce qui compte, ce sont les raisons officielles pour lesquelles le juge décide : le juge ayant l'obligation de motiver sa décision en respectant certains canons, ces raisons opèrent une réelle contrainte sur lui et finalement, peu importe quelles sont les raisons cachées qui ont poussé le juge à rendre sa décision. Dans une telle conception, la motivation est une démonstration de la nécessité de la cassation.

Section 2. Les obstacles à une conception du visa comme prémisse de la démonstration de la nécessité de la cassation

82. Une démonstration est « une déduction destinée à prouver la vérité de sa conclusion en s'appuyant sur des prémisses reconnues ou admises comme vraies ». En ce qui concerne les arrêts de cassation, il s'agit de déduire, à partir des prémisses de l'arrêt, que la cassation est encourue. Le visa est censé être une des prémisses permettant d'établir la nécessité de la cassation.

La démonstration, à partir du visa, de ce que la cassation est encourue, requiert un lien de nécessité entre le visa et la cassation (§2), ainsi que la possibilité d'établir la vérité des prémisses (§1).

§1. L'établissement de la vérité des prémisses

83. Le dilemme de Jørgensen. En 1937, Jørgensen met en évidence le fait qu'il est fréquent que l'on arrive à une conclusion sous la forme impérative à partir de prémisses dont l'une au moins est sous la forme impérative, alors qu'il est généralement accepté que seules les prémisses susceptibles d'être vraies ou fausses peuvent faire l'objet d'une inférence²³³. L'alternative est alors la suivante : soit il faut considérer que ces inférences à partir d'impératifs ne sont pas de nature

²³² F. MALHIÈRE, *Ibid.*, p. 124.

²³³ J. JØRGENSEN, « Imperative and Logic » (1937-8), *Erkenntnis* 7, p. 288 s.

logique, ce qui va à l'encontre de l'intuition communément partagée selon laquelle de telles inférences semblent pertinentes ; soit il faut revoir la conception de la logique pour y intégrer les inférences faites à partir d'*impératifs*. Certains auteurs, comme les réalistes français, ont choisi la première solution (B), d'autres ont choisi la seconde solution, ce qui a mené à la naissance de la logique déontique²³⁴ (A).

A. La position de Ross

84. Dans *Imperatives and logic*, reprenant le dilemme de Jørgensen, Ross part du constat qu'il est impossible d'inférer un *impératif* particulier à partir d'un *impératif* général²³⁵. Ainsi, de l'ordre « apportez toutes les boîtes à cet endroit », on ne peut déduire, concernant une boîte en particulier l'ordre « apportez cette boîte à cet endroit »²³⁶. La raison en est qu'un ordre ne peut être tenu pour vrai ou faux. Or, la logique classique permet seulement une conservation de la valeur de vérité des prémisses à la conclusion. Dès lors, soit il faut admettre une définition de la logique plus large, qui permette d'englober les impératifs, soit il faut considérer que les syllogismes obtenus à partir d'impératifs ne sont que pseudo-logiques.

Explorant d'abord la première possibilité, Ross propose de considérer que les impératifs ont une valeur de validité analogue à la valeur de vérité, ce qui permettrait de leur appliquer la logique classique. Cependant, il écarte immédiatement cette possibilité, en considérant que l'impossibilité de vérifier de façon objective la validité d'un impératif est un obstacle infranchissable. Selon lui, « s'il y a quelque sens à imputer une validité ou une invalidité objective à des impératifs, ou à un certain groupe d'impératifs, alors il est possible d'interpréter le système déductif logique comme applicable à ces impératifs ». Or, il ne peut y avoir de sens à imputer une validité ou une invalidité objective à des impératifs, car on ne peut démontrer de manière irréfutable la validité d'un impératif.

Il propose alors d'interpréter les inférences faites à partir d'impératifs en termes de satisfaction de l'énoncé. C'est le point de vue empirique : un impératif est satisfait à partir du moment où l'énoncé indicatif correspondant à la description de la satisfaction de l'impératif est vrai. Ainsi, l'énoncé « ferme la porte » est satisfait si la porte est fermée. Le problème d'une telle interprétation d'une logique des impératifs est qu'elle ne dit rien sur les relations entre impératifs.

²³⁴ G. H. VON WRIGHT, « Deontic Logic » *Mind*, 60, 1951, p. 1 s.

²³⁵ A. ROSS, « Les impératifs de la logique » (1941), in *Introduction à l'empirisme juridique*, trad. E. MILLARD et E. MATZNER, Bruylant, LGDJ, Paris, 2004, p. 39 et s., spéc. p. 40.

²³⁶ A. ROSS, *Directives and norms*, New-York humanities press, 1968, p. 140 s.

Il explore alors une troisième interprétation des inférences faites à partir d'impératifs, en termes de validité subjective de l'impératif. Cette troisième voie est explorée plus en avant dans *Directives and norms*. En effet, dans son article *Imperatives and Logic* de 1941, il ferme la voie d'une validité subjective des impératifs, affirmant que la logique des normes n'est qu'une pseudo-logique, alors que dans *Directives and norms*, il distingue entre les propositions normatives et la description de ces propositions normatives par la science juridique, les premières ne pouvant être ni vraies ni fausses²³⁷, les secondes le pouvant. La logique classique est donc impuissante à s'appliquer aux premières selon lui. C'est ce qu'il s'attache à démontrer en mettant en évidence les spécificités de la logique déontique²³⁸.

85. Portée de la critique. L'objection de Ross met l'accent sur une question fondamentale, qui est celle de savoir comment il est possible de transformer une proposition prescriptive en une proposition indicative.

Le raisonnement de la Cour de cassation ne nécessite cependant pas nécessairement l'utilisation de la logique déontique. Par exemple, lorsqu'elle applique la règle selon laquelle le juge fait respecter le principe du contradictoire, il s'agit en effet de la vérification de ce que le juge s'est bien conformé à son obligation qui est de faire respecter en toutes circonstances le principe du contradictoire. Mais à partir du moment où cette obligation a été identifiée, ce que fait la Cour de cassation ne nécessite plus le concept de *devoir*. En effet, tout ce qu'elle fait est vérifier s'il y a eu ou s'il n'y a pas eu respect du principe du contradictoire. Elle analyse ce qui est, et retombe donc dans une optique descriptive et non prescriptive, et les propositions qu'elle met en œuvre peuvent donc être traitées par la logique exactement comme n'importe quelle proposition indicative²³⁹.

La proposition selon laquelle « la cour d'appel doit faire respecter le principe du contradictoire » sera transformée en la proposition selon laquelle « tout jugement dans lequel le principe de contradiction n'a pas été respecté est cassé ». Ainsi l'obligation pour un juge de respecter le principe du contradictoire, est transformé en une proposition descriptive à partir du moment où c'est la Cour de cassation qui s'y intéresse :

Soit p le respect du principe du contradictoire et r la cassation :

$\lceil p \rightarrow r$.

²³⁷ A. ROSS, *Directives and norms*, (1968), rééd. Clarck, Lawbook exchange, 2009, §22 f, p. 102.

²³⁸ A. ROSS, *Directives and norms*, (1968), rééd. Clarck, Lawbook exchange, 2009, p. 139 et s.

²³⁹ A. ROSS, *Directives and norms*, (1968), rééd. Clarck, Lawbook exchange, 2009, p. 150 : « indicative utterances (...) must (...) be treated in logic exactly like any other indicative ».

De même, le respect du principe du contradictoire implique divers éléments :

$$p \rightarrow q \wedge s \wedge \dots$$

Nul besoin dès lors d'avoir recours à une logique déontique pour expliquer le raisonnement de la Cour de cassation. Là où elle pourrait s'avérer nécessaire en revanche, c'est pour expliquer le passage du texte du visa aux différentes propositions que l'on en extrait. Il n'est en effet pas possible de déduire, à partir du visa, les prémisses de la cassation : La logique classique ne trouve à s'appliquer qu'une fois ces propositions mises en forme. L'objection de Ross est donc fondamentale en ce qu'elle met en évidence que les textes formulés sous la forme prescriptive nécessitent un traitement pour pouvoir se voir appliquer la logique classique.

La logique déontique serait alors utile pour traduire les normes en propositions descriptives. Une telle traduction, si elle semble possible, n'est cependant pas souhaitable. Étendre l'utilisation de la logique à l'interprétation des énoncés normatifs aboutirait soit à un système excessivement rigide, soit à un système excessivement complexe.

B. La norme comme expression d'un acte de volonté

86. Une position plus radicale que celle de Ross est celle des tenants de la conception des normes comme expression d'un acte de volonté. Le point de départ est la pensée du dernier Kelsen :

« Kelsen, à la fin de sa vie, faisait valoir notamment qu'une norme exprime la volonté de celui qui l'énonce. Or, la volonté est un fait et les relations entre les faits ne sont pas des relations logiques. D'un autre côté, il est impossible de transposer aux normes les relations entre propositions qu'on trouve dans le syllogisme pratique. Dire que tous les hommes sont mortels, c'est parler de tous les hommes, y compris de Socrate. Donc, la proposition Socrate est mortel est vraie parce qu'elle est déjà contenue dans la proposition générale tous les hommes sont mortels. En revanche, la norme tous les voleurs doivent être punis exprime la volonté du législateur. Or, celui-ci ne veut que pour l'avenir. Lorsqu'il forme un énoncé général et abstrait, il ne peut englober le voleur Dupont, qu'il ne connaît pas. Vouloir que tous les voleurs soient punis n'est pas vouloir que le voleur Dupont soit puni. »²⁴⁰

« Dès lors que les normes ne sont que la signification d'actes de volonté et non des entités idéales purement conceptuelles, elles ne doivent leur existence qu'à ces mêmes actes de volonté. Et si leur existence est déterminée par ces actes, il apparaît impossible de déduire les normes les unes des autres comme on pourrait déduire une proposition d'une autre proposition. Par conséquent, non seulement la logique n'est pas applicable au droit mais une

²⁴⁰ M. TROPER, *La philosophie du droit*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 2015, spé. p. 114.

logique qui s'occuperait proprement des normes, une logique en un mot déontique, n'est même pas concevable. »²⁴¹

Selon cette conception, il est impossible de déduire une norme d'une autre norme, car toute norme trouve sa source dans un acte de volonté. Or, on ne peut déduire un acte de volonté d'un autre acte de volonté. Toute décision émanant d'une autorité habilitée étant vue comme une norme, la décision judiciaire ne peut pas non plus être déduite d'une norme. Il faut donc conclure que « les inférences logiques entre normes ne sont jamais valides, ni logiquement ni juridiquement »²⁴².

Une telle position semble excessive, et repose peut-être sur une mauvaise compréhension de ce qu'est le syllogisme. L'exemple rapporté par Pierre Brunet n'est en effet pas très convaincant :

« Soit la norme générale « tous les propriétaires d'un bois doivent payer une taxe Z », on ne peut subsumer aucune norme individuelle du type « X doit payer la taxe Z » en se fondant sur la prémisse mineure selon laquelle « X est propriétaire d'un bois » car cette seconde prémisse est une décision qui, en tant que telle, ne peut pas être logiquement inférée de la norme générale. »

Or, dans un syllogisme la prémisse mineure n'a pas à être inférée de la prémisse majeure pour que la conclusion soit valide, bien au contraire. Ce qu'il critique ici n'est pas en réalité l'absence de validité du syllogisme, mais le fait que d'autres types de raisonnements soient nécessaires pour parvenir aux prémisses. Dans l'exemple qui est donné, « X est propriétaire d'un bois » constitue la mineure du syllogisme. En réalité, pour déterminer que X est propriétaire d'un bois, d'autres syllogismes seraient nécessaires. En effet, tout dépend du mode de preuve qui est choisi. Certains critères permettent de déterminer si une personne est propriétaire d'un bois. La *décision* dont il pourrait être question ici se situe alors à un autre niveau : la qualification juridique des faits répond à des règles. Et si, il y a une étape au-delà de laquelle il n'est pas possible de remonter, elle se situe en amont de celle qui consiste à dire que « X est propriétaire d'un bois ».

Il semble que l'idée, derrière le raisonnement de l'auteur, est que la détermination de la mineure, dans un syllogisme juridique, est un acte de volonté car on ne peut pas la prouver empiriquement. Dès lors, on ne peut pas considérer que le syllogisme est un raisonnement valide. Le problème ici est la circularité du raisonnement mis en œuvre : c'est le postulat selon lequel la

²⁴¹ P. BRUNET, « Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif », *Droits* 2004, pp.197-217, spéc. p. 202.

²⁴² *Ibid.*, spéc. p. 203.

qualification serait toujours un acte de volonté qui permet d'aboutir à la conclusion que tout jugement est un acte de volonté²⁴³.

Pour conclure, il semble bien que la critique des réalistes français à l'égard du syllogisme et de la logique juridique soit moins forte que ce qu'ils ne prétendent. Ils prétendent montrer que le syllogisme est un mode de raisonnement juridiquement non valide quand ils démontrent seulement qu'il est insuffisant, notamment pour établir le sens des énoncés normatifs²⁴⁴. La critique réaliste porte sur l'incapacité de syllogisme à réaliser ce qui le fonde, c'est-à-dire, une décision juridique dépouillée de tout arbitraire : « Si l'on assigne à la science du droit la tâche d'énoncer les normes qui, parce qu'elles sont logiquement valides, doivent être juridiquement consacrées, on court le risque d'une cruelle déception »²⁴⁵. La critique réaliste est alors celle d'un positivisme logique déçu car il avait de trop grandes espérances en la mécanicité du droit²⁴⁶. Pour autant, cette critique est intéressante en ce qu'elle met en évidence l'importance de la détermination des prémisses.

§2. Le lien de nécessité entre le visa et la cassation

87. Le lien de nécessité entre le visa et la cassation est remis en cause par la reconnaissance du caractère ouvert du sens des textes. En effet, la liberté du juge dans l'interprétation des textes rompt le lien de nécessité entre le texte visé et la cassation²⁴⁷. Dans sa version extrême, qui est celle de certains réalistes, le caractère ouvert du sens des textes entraîne une liberté totale du juge dans son office (A). Le texte auquel le juge de cassation fait référence dans l'arrêt serait alors totalement étranger au raisonnement de celui-ci. Il est cependant possible de reconnaître une texture ouverte au langage juridique sans pour autant adhérer à un scepticisme radical à l'égard des règles (B).

²⁴³ F. HAMON, « Quelques réflexions sur la théorie réaliste de l'interprétation », in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, p. 489.

²⁴⁴ P. BRUNET, *Ibid.*, spéc. p. 205 et 207.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 206.

²⁴⁶ En ce sens, H.L.A. HART, *Le concept de Droit*, Faculté universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2^{ème} édition, 2005, p. 157-158.

²⁴⁷ En ce sens, F. MALHIÈRE, *La brièveté des décisions de justices*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, avril 2013, p. 135 s.

A. La thèse réaliste de l'indétermination du sens des textes

88. Les théories réalistes se fondent sur une distinction nette entre norme et disposition légale²⁴⁸. Ainsi, un juge ne peut pas appliquer un texte, mais seulement une norme qui est la signification du texte. Or, selon ces théories, tout texte est affecté d'un certain degré d'indétermination²⁴⁹. Un choix est donc à effectuer entre plusieurs significations possibles du texte²⁵⁰. Et ce choix exercé par le juge est libre²⁵¹. Cependant, la nécessité d'une justification des décisions de justice limite la liberté du juge²⁵², qui doit s'efforcer de réutiliser les normes qu'il a créées dans le passé, et ne peut utiliser tout type de justification²⁵³. Dans une telle conception, le visa constitue une contrainte pour le juge, qui doit s'efforcer de présenter sa décision sous la forme syllogistique. Il ne constituera alors pas le moteur du raisonnement du juge, mais seulement une limite à sa volonté.

Cependant, la contrainte exercée par la nécessité d'une justification n'enlève pas le pouvoir discrétionnaire de l'interprète du droit²⁵⁴. Il est difficile de comprendre, comment le juge, limité par différents facteurs, conserve un pouvoir discrétionnaire. Pour ce faire, il faut bien avoir présent à l'esprit que dans les théories de l'interprétation, la volonté est première. Le raisonnement des auteurs réaliste part de la liberté pour admettre ensuite que le juge puisse être soumis à quelques contraintes, de façon à expliquer la constance des solutions rendues par les juges.

²⁴⁸ R. GUASTINI, « Interprétation et description de normes », in (dir.) P. AMSELEK, *Interprétation et droit*, Bruylant-PUAM, 1995, p. 89 s.

²⁴⁹ R. GUASTINI, « Théorie de l'interprétation : réalisme et anti-réalisme », in *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, 2005, p. 431 s.

²⁵⁰ M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Puf, 1994, p. 99 : « ce qui préexiste au jugement n'est pas une norme, mais un texte, un texte législatif par exemple. La norme n'est pas ce texte, mais seulement sa signification. Avant d'énoncer un jugement, il appartient au tribunal d'interpréter le texte, c'est-à-dire d'en déterminer la signification. Tout texte étant susceptible de comporter plusieurs significations, il appartient au juge de choisir entre elles. Ce choix, couramment appelé « interprétation », consiste donc dans la détermination de la signification du texte, c'est-à-dire la norme applicable. Or, de nombreux auteurs l'ont démontré, l'interprétation n'est pas un acte de connaissance, mais de volonté ».

p. 295 : « Tout texte est affecté d'un certain degré d'indétermination et est porteur de plusieurs sens entre lesquels l'organe d'application doit choisir et c'est dans ce choix que consiste l'interprétation ».

²⁵¹ *Ibid.* p. 100.

²⁵² *Ibid.* p. 101.

²⁵³ *Ibid.* p. 102.

²⁵⁴ R. GUASTINI, « Théorie de l'interprétation : réalisme et anti-réalisme », in *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, 2005, p. 431 s.

Cette position a été critiquée en ce qu'elle succombe à la bipolarité des erreurs²⁵⁵. Du constat de l'irréductibilité du raisonnement du juge à une simple déduction à partir du texte de la loi, on en déduit une liberté totale du juge, réduisant le droit à la volonté du juge.

Les courants herméneutiques procèdent à l'inverse : Le juge, au moment de la recherche de la bonne solution est soumis à des règles de diverses nature, qui enferment son raisonnement dans un nombre limité de choix.

B. Le refus d'un scepticisme radical à l'égard des règles

Tout en reconnaissant la nécessité d'une interprétation des textes, de nombreux auteurs refusent d'en conclure à une réduction de la décision judiciaire à une décision politique.

89. La polysémie du langage juridique, un obstacle surmontable. Tout langage possède une certaine polysémie. Le langage juridique n'y échappe pas. Bien que le droit soit un langage technique, un même terme peut avoir plusieurs sens différents selon le texte ou la règle de droit dans lequel il est employé. Dans ce type d'hypothèses, c'est le concept lui-même qui n'est pas le même selon la branche du droit où il est utilisé.

Il en est ainsi par exemple de la bonne foi, qui est un concept polysémique. Dans un premier sens, il s'agit de « la croyance erronée en l'existence d'une situation juridique régulière », alors que dans son second sens, il s'agit d'un « comportement loyal »²⁵⁶. La première acception du terme joue un rôle exonératoire²⁵⁷ : une situation juridique pourtant imparfaite va avoir des effets juridiques en raison de la bonne foi de l'errans (mariage putatif, héritiers apparents, répétition de l'indu (action abusive), droit des biens, redressement fiscal). Dans sa deuxième acception, le terme joue un rôle directeur des comportements, principalement en matière d'exécution des conventions, mais aussi lors de la formation des contrats, et en procédure civile.

De même, le terme de cause fait référence à une multitude de concepts selon qu'il s'agit de la « cause d'une demande ou d'une défense, la cause d'une obligation, la cause de la mort ou d'un accident, une bonne ou une mauvaise cause, une juste cause... »²⁵⁸. Le terme de personne

²⁵⁵ F. OST, « Retour sur l'interprétation » in *Dire le droit, faire justice*, Bruylant, 2007, p. 79 s. spéc. p. 83 ; F. Ost et M. VAN DE KERCHOVE, « De 'la bipolarité des erreurs' ou de quelques paradigmes de la science du droit », in *Archives de philosophie du droit*, 1988, t. 33, p. 177.

²⁵⁶ G. CORNU, ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, PUF, 10^{ème} éd., 2014.

²⁵⁷ P. LE TOURNEAU, M. POUMARÈDE, « Bonne foi », *Rép. civ. Dalloz*, n° 3.

²⁵⁸ F. RIGAUX, « L'opacité du fait face à l'illusoire limpidité du droit », *Droit et société* n° 41-1999, p. 85, spéc. p. 93 s.

correspond lui aussi à une pluralité de notions²⁵⁹. En effet de nombreuses dispositions de textes de loi emploient ce terme, sans préciser s'ils font référence à la *personne juridique*, ou à la *personne humaine*. Or ces deux notions ne recouvrent pas la même réalité, certaines personnes juridiques ne pouvant être des personnes humaines.

Les termes polysémiques, extrêmement nombreux en droit²⁶⁰, ne semblent pas être un obstacle insurmontable pour la détermination du sens des textes. En effet, le contexte du texte permet en règle générale de connaître lequel des sens est le bon. Ils peuvent tout au plus engendrer un risque de confusion pour le non-spécialiste²⁶¹. Ils interdisent seulement toute réduction de l'application du droit à un phénomène logique purement mécanique. En revanche, la mise en évidence d'une *texture ouverte* du langage constitue un obstacle bien supérieur à la détermination du sens des textes juridiques.

90. La texture ouverte du droit. La qualification juridique est une opération de rattachement d'une situation à une catégorie juridique. Or les catégories possèdent, selon la célèbre expression de Hart, une *texture ouverte*²⁶². C'est-à-dire qu'en dehors des cas familiers « qui reviennent constamment dans des contextes semblables et pour lesquels il existe un accord général entre les jugements relatifs à l'applicabilité des termes qualificateurs »²⁶³, un choix est à faire pour décider de faire entrer le cas sous la qualification juridique, excluant ainsi tout aspect mécanique de la décision. Selon que l'on est en présence d'une législation plus ou moins technique, l'espace laissé pour l'interprétation est plus ou moins grand. Mais « la règle ne peut pas non plus aller jusqu'à énoncer ses propres cas d'application. Dans tous les champs de l'expérience, et non pas seulement celui des règles, il existe une limite, inhérente à la nature du langage, au pouvoir de nous guider que possèdent les formes générales d'expression du langage »²⁶⁴. Hart reproche au *formalisme* ou au *conceptualisme*²⁶⁵ de minimiser le choix qui est à l'œuvre dans le processus de qualification juridique. Il s'agit alors à nouveau de mettre en lumière l'absence de mécanicité de l'application des règles de droit, mais cette fois-ci en raison du caractère ouvert du langage.

²⁵⁹ X. BIOY, « L'usage du concept de « personne » en droit », *RRJ cahiers de méthodologie juridique* n°26, 2012-5, numéro spécial, p. 2171 et s., spéc. p. 2173-2175.

²⁶⁰ Pour des exemples de termes polysémiques, cf. G. CORNU, *Linguistique juridique*, Montchrestien, Paris, 2005, p. 92 s.

²⁶¹ Sur ce point, cf. G. CORNU, *Linguistique juridique*, Montchrestien, Paris, 2005, p. 102.

²⁶² H.L.A. HART, *Le concept de Droit*, Faculté universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2^{ème} édition, 2005, p. 143 s.

²⁶³ *Ibid* p. 145.

²⁶⁴ *Ibid* p. 145.

²⁶⁵ *Ibid* p. 148

91. Il ne faut pas croire qu'il s'agit là d'un phénomène lié à l'obscurité des textes. Même lorsqu'un texte est *clair*, une difficulté peut surgir relativement à son application à un cas spécial, dans la mesure où un cas imprévu peut surgir qui ne correspond pas aux hypothèses pour lesquelles il est certain que le texte doit recevoir application.

Le contexte peut permettre de réduire le champ de l'interprétation, tout comme il peut être lui-même à l'origine de l'ouverture celui-ci. Le contexte comprend en effet trois dimensions : le contexte sémantique, le contexte syntaxique et le contexte pragmatique²⁶⁶. Autrement dit, le juge prend en compte le sens des termes du texte à interpréter, tout en tenant compte du système au sein duquel ce texte s'inscrit, et des conséquences de la décision pour laquelle l'interprétation est effectuée.

La dialectique ou l'argumentation a un rôle à jouer pour déterminer quelle est la meilleure solution, ou au moins écarter les solutions qui apparaîtraient déraisonnables. Il est possible de considérer que les trois contextes des textes constituent des arguments permettant d'emporter l'adhésion au choix des prémisses, rejoignant ainsi l'analyse de Perelman. Il est possible aussi de considérer que ces contextes constituent des contraintes discursives et juridiques dans la recherche de signification des énoncés²⁶⁷. Le juge est alors vu soit comme un Hercule, prenant en compte l'ensemble de ces données pour parvenir à la bonne solution²⁶⁸, soit comme un Hermès, assurant la médiation dans un droit en réseau²⁶⁹.

Que l'on adhère au courant argumentatif ou au courant interprétatif²⁷⁰, la cassation ne peut s'entendre seulement comme la déduction d'une solution à partir d'un visa, pas plus qu'on ne peut considérer que le visa est extérieur au raisonnement permettant d'aboutir à la cassation.

Conclusion du chapitre

92. Les critiques réalistes et pragmatistes sont excessives en ce qu'elles dénie au syllogisme toute valeur. Elles présentent cependant l'intérêt de montrer qu'il n'est pas possible de réduire le

²⁶⁶ F. OST, « Retour sur l'interprétation », in *Dire le droit, faire justice*, Bruylant, 2008, p. 79 s., spéc. p. 90.

²⁶⁷ Ainsi, F. OST, « Retour sur l'interprétation », in *Dire le droit, faire justice*, Bruylant, 2008, p. 79 s., spéc. p. 95-101.

²⁶⁸ R. DWORKIN, *L'empire du droit*, traduction française de *Law's empire* (1986), PUF, 1994.

²⁶⁹ F. OST, « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », in *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, (dir.) P. BOURETZ, Paris, Éditions Esprit, 1991, p. 241 s. ; F. OST, « Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés ? » in *Le rôle du juge dans la cité*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 15 s.

²⁷⁰ Mettant en évidence les nombreux points de rapprochement de ces courants, C. LEBEN, « L'argumentation des juristes et ses contraintes chez Perelman et les auteurs du courant rhétorico-herméneutique », *Droits*, 2/2011, n° 54, p. 49 s.

raisonnement judiciaire à un syllogisme, et qu'une décision judiciaire n'est pas une simple application mécanique de règles.

Elles rejoignent en cela la lutte de Perelman contre l'assimilation du raisonnement judiciaire à un syllogisme. Cependant, là où les pragmatistes voient dans la décision le commencement du raisonnement juridique, déniaient ainsi aux règles toute influence, Perelman porte une grande attention aux règles²⁷¹, plaidant pour une application raisonnable de celles-ci par les juges²⁷². Il ne nie pas la validité du syllogisme, mais considère que le plus important, dans le raisonnement juridique est l'établissement prémisses.

Cet établissement des prémisses pose la question de l'interprétation des textes. Si on considère que l'attribution de sens à un énoncé est un pur acte de volonté, alors on ne peut plus dire grand-chose sur le droit, et une étude sur les visas apparaît vaine, en ce qu'elle ne concerne que l'étude de la dissimulation du pouvoir du juge. Si au contraire on considère que la détermination du sens des texte dans un cas d'application donné n'est pas une pratique libre, mais une pratique contrainte par divers éléments, il devient à nouveau possible de s'intéresser au visa, malgré le fait qu'on ne puisse pas considérer que la Cour de cassation se contente de déduire d'un texte la nécessité d'une cassation. Les courants herméneutiques et rhétoriques mettent en évidence l'importance des textes dans la décision judiciaire sans pour autant réduire celle-ci à une simple application d'un texte à un cas. Une telle perspective rend d'autant plus intéressante une analyse des visas, dans la mesure où le rôle du juge de cassation ne se borne pas à une application mécanique des textes.

L'importance du choix des prémisses étant mise en lumière, il est nécessaire d'analyser plus concrètement, dans le cas de la Cour de cassation, en quoi il consiste.

²⁷¹ Ch. PERELMAN, « A propos de la règle de droit, réflexions de méthode », in *La règle de Droit*, dir. Ch. PERELMAN, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 313 s.

²⁷² Ch. PERELMAN, « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », in *Archives de philosophie du droit*, 1978, Tome 23, p. 35.

Chapitre 2. Visas et détermination des prémisses de la cassation en pratique

Toute cassation nécessite d'avoir déterminé des prémisses. Selon le cas d'ouverture concerné, ce ne sont pas les mêmes prémisses qui sont en jeu, et les questions qui se posent quant à la façon de les établir sont différentes.

93. Dans les cassations pour erreur sur les prémisses²⁷³. Dans les cassations pour fausse application, ce peut être la fausseté de la prémisse mineure employée par la juridiction du fond qui est sanctionnée. Se pose alors la question de savoir comment on peut déterminer que cette prémisse est erronée : comment établit-on l'erreur de qualification ? Mais la fausse application peut aussi être due à une mauvaise interprétation du texte visé. C'est alors la prémisse majeure qui est fautive, et se pose la question de savoir comment l'on est passé du texte visé à la prémisse majeure.

Les cassations pour refus d'application nécessitent quant à elles d'avoir déterminé les conséquences attachées par le texte visé à la réunion de certaines conditions, d'avoir relevé que ces conditions étaient réunies, et que les conséquences ne se sont pas réalisées. Se pose alors question du lien entre le visa et la prémisse majeure. Comment détermine-t-on que ce texte était applicable et qu'il prime sur celui appliqué par la juridiction du fond ?

La cassation pour dénaturation pose la question de la façon dont on établit qu'il y a eu une altération manifeste du sens d'un acte.

94. Dans les cassations pour atteinte à la logique. Dans les cassations pour atteinte à l'antécédent, il s'agit de relever l'inconsistance de la qualification opérée par la juridiction du fond. À moins que la cassation n'intervienne en raison d'une absence totale de motifs, ou pour motifs hypothétiques ou dubitatifs, une détermination de la signification des énoncés normatifs est nécessaire. En effet, pour dire que la juridiction du fond a échoué à démontrer que la qualification opérée était la bonne, encore faut-il avoir une idée des conditions nécessaires à une telle qualification. En ce qui concerne la cassation pour défaut de motifs, on peut se demander à partir de quand on considère qu'il n'y a aucun motif.

Dans les cassations pour violation du principe de non-contradiction, qu'il s'agisse d'une contradiction entre les motifs ou entre les motifs et le dispositif, il est nécessaire de relever une

²⁷³ Sur la classification des cas d'ouverture à cassation, cf. *supra* n° 29.

contradiction. La qualification porte alors sur le caractère contradictoire des éléments de l'arrêt. Elle nécessite une appréciation de ce qui doit être considéré comme étant incompatible.

Enfin, dans les cassations pour violation de la règle d'implication, c'est le sens de la règle d'implication qui nécessite d'être déterminé.

95. Toute cassation nécessite donc une opération de qualification, qui porte tantôt sur les faits, tantôt sur la décision de la juridiction du fond, et une interprétation des règles de qualification ou d'implication. Pour la clarté de l'étude, seront séparées l'analyse du rôle du visa dans la qualification (Section II) de l'analyse du rôle du visa dans la détermination du sens des règles de droit (Section I).

Section I. Visas et règles de droit

96. La question rôle du visa dans la détermination du sens des règles de droit implique à la fois celle du choix des visas (§1) et celle du lien entre les visas et les règles de droit appliquées (§2).

§1. Choix des visas et choix des règles de droit

97. La Cour de cassation, dans son choix du visa, est limitée en principe par les moyens proposés par les avocats. Cependant, ceux-ci sont en général assez nombreux, et la Cour de cassation reste libre d'en soulever d'autres d'office, à condition que ceux-ci soient de pur droit²⁷⁴ et d'en avoir préalablement informé les parties²⁷⁵. La véritable limitation de la Cour de cassation dans le choix des visas serait donc dans la nature du texte visé. Mais depuis 2008²⁷⁶, la Cour de cassation peut viser une règle de droit, ce qui semble rendre le réservoir dans lequel elle a la possibilité de puiser un visa sinon illimité, au moins extrêmement vaste.

Cette liberté dans le choix des visas s'exprime particulièrement dans les revirements de jurisprudence. Lors d'un changement d'interprétation, le visa change en général lui aussi. Ainsi, après avoir considéré en 2007²⁷⁷ que « le seul préjudice indemnisable à la suite du non-respect de

²⁷⁴ Art. 620 al 2 cpc.

²⁷⁵ Art. 1012 cpc.

²⁷⁶ Décret n° 2008-484 du 22 mai 2008, art. 14.

²⁷⁷ 1^{ère} civ. 6 décembre 2007, pourvoi n° 06-19.301, *Bull.* 2007, I, n° 380.

L'obligation d'information du médecin, laquelle a pour objet d'obtenir le consentement éclairé du patient, est la perte de chance d'échapper au risque qui s'est finalement réalisé », refusant toute indemnisation du préjudice moral, la première chambre civile revient sur sa position en 2010²⁷⁸, déclarant que « le non-respect du devoir d'information [du médecin], cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice, qu'en vertu du dernier des textes susvisés, le juge ne peut laisser sans réparation ». Il s'agit là sans conteste d'un revirement de jurisprudence, puisque l'on passe d'une situation dans laquelle le seul préjudice indemnisable en cas de non-respect de l'obligation d'information par le médecin était la perte de chance d'échapper au risque réalisé, à une situation où la violation de l'obligation d'information entraîne forcément un préjudice indemnisable. C'est dire que le préjudice moral pourra désormais être indemnisé.

Mais ce deuxième arrêt, qui pose une solution jurisprudentielle nouvelle sans changement législatif, fonde sa solution sur un visa différent. Alors que le premier arrêt se fondait sur les articles R. 4127-36 du code de la santé publique et 1382 du code civil, le second prend appui quant à lui sur les articles 16, 16-3, alinéa 2, et 1382 du code civil. L'article R. 4127-36 du code de la santé publique concerne l'obligation pour le médecin de rechercher le consentement du patient. Les articles 16 et 16-3 du code civil concernent le respect de la dignité de la personne humaine, et l'interdiction de porter atteinte à l'intégrité du corps humain sauf cas de nécessité thérapeutique, le consentement de l'intéressé étant toujours nécessaire, sauf dans le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir.

En ce qui concerne la nature du consentement du patient à rechercher, les textes visés sont similaires, et impliquent une obligation d'information de la part du médecin de la même intensité. Ce qui change est la référence, dans les articles 16 et 16-3, au respect de la dignité de la personne humaine et à l'intégrité du corps humain. Le choix du visa de ces textes permet alors de justifier l'évolution de jurisprudence, en fondant le préjudice du patient sur le non-respect de la dignité humaine.

Un changement d'une partie des textes visés, sans évolution législative permettant une évolution des règles appliquées, on ne peut pas considérer que le raisonnement de la Cour de cassation se borne à une application mécanique des textes visés. Il y a une liberté dans l'action du juge qui est mise en évidence ici.

²⁷⁸ 1^{ère} civ. 3 juin 2010, pourvoi n° 09-13.591, *Bull.* 2010, I, n° 128.

§2. Le lien entre visas et règles de droit

Une grande distance entre la formulation du texte visé et celle de la règle de droit appliquée semble remettre en cause la nécessité du lien entre le visa et la règle appliquée (A). Il en est de même des hypothèses dans lesquelles une solution peut évoluer sans évolution du visa (B).

A. La distance entre le visa et la règle appliquée

98. La Cour de cassation a visé à plusieurs reprises l'article 605 du code civil pour énoncer que l'usufruitier ne peut contraindre le nu-propiétaire à effectuer les réparations nécessaires à la conservation de l'immeuble soumis à indivision²⁷⁹. Ce texte dispose, en son deuxième alinéa, que « les grosses réparations demeurent à la charge du propriétaire, à moins qu'elles n'aient été occasionnées par le défaut de réparations d'entretien, depuis l'ouverture de l'usufruit ; auquel cas l'usufruitier en est aussi tenu ». Ce texte semble donc bien induire une obligation pour le nu-propiétaire de procéder aux grosses réparations. Pour justifier la solution jurisprudentielle, qui semble contraire au texte de la loi, la doctrine, unanime sur le sujet, explique que contraindre le nu-propiétaire, qui ne retire aucun bénéfice du bien, serait une charge excessive pour celui-ci²⁸⁰. D'un point de vue théorique, la justification tiendrait à ce que le droit réel est un droit direct sur la chose, et non contre autrui. Le sujet n'est pas ici de discuter de la pertinence d'une telle solution d'un point de vue théorique. Il s'agit ici de mettre en lumière le fait que la règle appliquée par la Cour de cassation n'est pas issue du visa, et qu'il serait vain de chercher un lien logique qui les unirait.

99. De même, quand la Cour de cassation casse des décisions de juridictions de fond ayant retenu qu'une prestation compensatoire ne prenait effet qu'à la date à laquelle elle statuait, elle le fait au motif, figurant dans un chapeau, que « la prestation compensatoire judiciairement révisée, fixée en fonction du changement important dans les ressources du débiteur, prend effet à la date de la demande de révision »²⁸¹. Or, nulle trace dans le texte visé servant de fondement à la cassation d'une précision quant à la date à laquelle la révision de la prestation compensatoire doit

²⁷⁹ Ainsi, 1^{ère} civ. 28 octobre 2009, pourvois n° 07-12.488, 07-12.795 (inédit) ; 1^{ère} civ., 18 décembre 2013, pourvoi n° 12-18.537, *Bull.* 2013, I, n° 243.

²⁸⁰ Ainsi, W. DROSS « L'usufruitier peut-il contraindre le nu-propiétaire à effectuer les grosses réparations ? », *RTD civ.* 2014 p. 149.

²⁸¹ 1^{ère} civ., 19 avril 2005, pourvoi n° 02-19.898, *Bull.* 2005, I, n° 243 ; 1^{ère} civ., 19 juin 2007, pourvoi n° 06-13.086, *Bull.* 2007, I, n° 243.

prendre effet. L'article 276-3 du code civil concerne en effet seulement les conditions de révision de la prestation et l'interdiction faite au juge de porter la rente à un montant supérieur à celui fixé initialement.

Les exemples d'arrêts appliquant une règle qui ne peut être déduite du texte visé sont nombreux, et l'exhaustivité n'est pas de mise. Un dernier exemple viendra cependant appuyer ce propos. Il s'agit d'un arrêt de la première chambre civile du 13 juin 2006²⁸², dans lequel elle énonce au visa de l'ancien article 1371 du code civil, aux termes duquel « les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties », que « l'organisateur d'une loterie qui annonce un gain à une personne dénommée sans mettre en évidence l'existence d'un aléa s'oblige, par ce fait purement volontaire, à le délivrer ». Aucun syllogisme, aucune déduction formelle ne pourrait permettre de parvenir à un tel résultat. Comment déduire d'un texte introductif des quasi-contrats une quelconque conséquence ? Ici, seules des considérations d'opportunité relatives à la protection du consommateur permettent d'expliquer une telle solution²⁸³.

Ces quelques exemples démontrent que le lien entre le visa et la règle appliquée n'est pas forcément d'ordre déductif. Ce constat est renforcé en raison de la possibilité d'une évolution d'une règle de droit sans changement de visa.

B. L'évolution d'une règle de droit sans changement de visa

100. Un revirement de jurisprudence implique en général un changement de visa. Cependant, il peut arriver qu'une évolution des solutions juridiques sur une question ait lieu sans modification des textes visés. La jurisprudence relative à l'article 1384 alinéa 1^{er} du code civil constitue un exemple marquant d'évolution de la signification d'un texte, en ce qui concerne l'incidence de la faute de la victime sur son droit à réparation. Trois significations se sont succédé, toujours au visa de l'article 1384 alinéa 1^{er}. La deuxième chambre civile a d'abord considéré que « le gardien d'une chose qui a été l'instrument du dommage peut être partiellement déchargé de la responsabilité de plein droit par lui encourue, s'il prouve que le fait de la victime ou d'un tiers, quoique non imprévisible, ni irrésistible n'a pas été étranger à la production du dommage »²⁸⁴. Le

²⁸² 1^{ère} civ. 13 juin 2006, pourvoi n° 05-18.469, *Bull.* 2006, I, n° 308, précédé de ch. Mixte, 6 septembre 2002, pourvoi n° 98-22.981, *Bull.* 2002, mixte, n° 4 et 1^{ère} civ. 18 mars 2003, pourvoi n° 00-19.934, *Bull.* 2003, I, n° 85.

²⁸³ D. MAZEAUD, « D'une source, l'autre... », *D.* 2002 p. 2963 et s.

²⁸⁴ 2^{ème} civ. 5 décembre 1968, *Bull.* 1968, II, n° 298.

simple fait d'un tiers permet donc d'exonérer partiellement le gardien d'une chose de sa responsabilité.

Par la suite, elle a décidé que « seul un événement constituant un cas de force majeure exonère le gardien de la chose, instrument du dommage, de la responsabilité par lui encourue par application de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du code civil ; Que, dès lors, le comportement de la victime, s'il n'a pas été pour le gardien imprévisible et irrésistible, ne peut l'en exonérer même partiellement »²⁸⁵. C'est dire que l'exonération partielle de la responsabilité du gardien n'est plus possible, seul le fait constitutif d'un cas de force majeure permettant une exonération, alors totale de celui-ci.

Et enfin elle a adopté une position médiane en considérant que « le gardien de la chose instrument du dommage est partiellement exonéré de sa responsabilité s'il prouve que la faute de la victime a contribué au dommage »²⁸⁶. Le simple fait de la victime, contrairement à la jurisprudence de 1968 n'est donc plus partiellement exonératoire. Il faut démontrer une faute de celle-ci.

101. Conclusion. Cette variation des solutions sur un même fondement montre bien que le raisonnement de la Cour de cassation ne se réduit pas à une simple opération de déduction à partir d'un visa. L'interprétation du texte rompt le lien de nécessité entre le texte et la règle, remettant en cause l'idée selon laquelle le raisonnement juridique serait purement déductif.

Section II. Visas et qualification juridique

102. Devant la Cour de cassation, la qualification juridique a deux aspects. Il y a les qualifications auxquelles elle peut procéder elle-même et les qualifications pour lesquelles elle assure un contrôle indirect. Malgré les injonctions de la doctrine à un contrôle généralisé des qualifications juridiques²⁸⁷, et même si ce contrôle s'est progressivement élargi²⁸⁸, certaines

²⁸⁵ 2^{ème} civ., 10 mars 1983, pourvoi n° 81-13.327, *Bull.* 1983, II, n° 76, dans le même sens que 2^e civ., 21 juillet 1982, pourvoi n° 81-12.850, *Bull.* 1982, II, n° 111 (rejet).

²⁸⁶ 2^{ème} civ., 6 avril 1987, pourvoi n° 85-16387, *Bull.* 1987, II, n° 86.

²⁸⁷ G. MARTY, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, thèse de droit, Toulouse, Paris, Sirey, 1929, p. 225 s.

²⁸⁸ En ce sens J. et L. BORÉ, *La cassation en matière civile 2015/2016*, Dalloz action, 5^{ème} édition, 2015, p. 302.

qualifications échappent encore aujourd'hui au contrôle de la Cour de cassation²⁸⁹. Cependant, même lorsqu'une qualification juridique relève de la souveraineté des juges du fond, un contrôle indirect de celle-ci reste possible, par le biais des cassations pour manque de base légale²⁹⁰, pour motifs contradictoires et pour dénaturation²⁹¹.

Dans le contrôle de qualification se révèle toute l'impuissance du visa à constituer le fondement logique de la cassation. L'opération de rattachement d'un objet à une catégorie juridique aux fins de lui appliquer le régime correspondant²⁹² nécessite interprétation et appréciation²⁹³. Ces éléments se retrouvent dans le contrôle des qualifications par la Cour de cassation : pour contrôler les qualifications, la Cour de cassation interprète le champ d'application des textes (§1), et détermine des critères d'appréciation (§2).

§1. Détermination du champ d'application et rôle du visa

103. Lorsque la cassation intervient en raison d'une erreur de la cour d'appel quant à l'interprétation du champ d'application d'un texte, la règle appliquée n'est en général pas la règle issue du visa, mais une règle secondaire, déterminant le champ d'application du texte. Il est très rare que ce soit bien le texte prévoyant le champ d'application d'un autre texte qui soit visé, car il est très rare qu'un tel texte²⁹⁴.

²⁸⁹ Par exemple : Qualification de notable pour des travaux d'amélioration : 3^{ème} civ., 5 février 2013, pourvoi n° 11-28.829, Inédit ; 3^{ème} civ., 18 décembre 2012, pourvoi n° 11-25.302, Inédit ; 3^{ème} civ., 14 novembre 2012, pourvoi n° 11-25.017, Inédit ; 3^{ème} civ., 8 décembre 2010, pourvoi n° 09-17.294, Inédit ; 3^{ème} civ., 10 janvier 2006, pourvoi n° 04-20.443, Inédit ; 3^{ème} civ., 24 mars 2004, pourvoi n° 02-16.933, *Bull.* 2004, III, n° 61 ; 3^{ème} civ., 3 avril 2001, pourvoi n° 99-15.111, Inédit ; 3^{ème} civ., 19 juillet 2000, pourvoi n° 98-21.403, Inédit ; 3^{ème} civ., 16 mai 2000, pourvoi n° 98-20.174, Inédit ; 3^{ème} civ., 26 novembre 1997, 96-10.962, *Bull.* 1997, III, n° 208 ; Qualification d'un engagement de garantie : Com., 27 septembre 2011, pourvoi n° 10-17.467, Inédit ; Qualification souveraine d'un document : 1^{ère} civ. 25 janvier 2000, pourvoi n° 98-12.252, Inédit ; Qualification d'instruments de fabrication : 1^{ère} civ., 6 juillet 1999, 97-12.215, Inédit.

²⁹⁰ En ce sens, J.-P. ANCEL, « Le manque de base légale », Cycle Droit et technique de cassation 2009, *BICC* n° 719 du 1^{er} avril 2010 ; J. et L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, Dalloz action 2015 /2016, n° 78-91 p. 435 et n° 78.111 et s, p. 436 s ; T. LE BARS, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, L.G.D.J, 1997, p. 163 et s.

²⁹¹ En ce sens, mais à propos seulement des cassations pour dénaturation et pour motifs contradictoires, celui-ci estimant que la cassation pour manque de base légale ne devrait intervenir que si la qualification est contrôlée (p. 287 s.), G. MARTY, *La distinction du droit et du fait, Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les Juges du fait*, Sirey, Paris, 1929.

²⁹² J.-L. Bergel, « Différence de nature = différence de régime », *RTD civ.* 1984 p. 255 s. spéc. p. 260.

²⁹³ En ce sens, Th. JANVILLE, *La qualification juridique des faits*, PUAM, 2004, p. 129 s.

²⁹⁴ Exemples de cas où l'on vise l'article déterminant le champ d'application du texte : 1^{ère} civ. 23 mai 2006, pourvoi n° 05-14.860, *Bull.* 2006, I, n° 261 ; 1^{ère} civ. 19 septembre 2007, pourvoi n° 06-17.408, *Bull.* 2007, I, n° 274.

Le texte visé énonce une règle. Or ce n'est pas la violation de cette règle qui justifie la cassation : ce qui justifie la cassation est que ce texte a été appliqué alors qu'il n'était pas applicable. Ce sont des éléments extérieurs au visa qui constituent alors la véritable prémisse de la cassation.

Par exemple, aux termes de l'article 1622 du code civil, « l'action en supplément de prix de la part du vendeur, et celle en diminution de prix ou en résiliation du contrat de la part de l'acquéreur, doivent être intentées dans l'année, à compter du jour du contrat, à peine de déchéance ». Dans un arrêt du 11 janvier 2005, la première chambre civile censure l'arrêt d'une Cour d'appel qui a appliqué ce texte à une vente de meubles²⁹⁵. Or il n'est pas précisé dans le texte visé à quelles ventes il s'applique. La première chambre civile donne, dans cet arrêt, des raisons au soutien de son interprétation du champ d'application du texte : « attendu qu'il résulte de l'ensemble des dispositions contenues aux articles 1617 à 1623 du Code civil que l'article 1622 régit exclusivement les actions fondées sur une erreur de contenance en matière de ventes d'immeubles ». C'est donc l'environnement législatif du texte appliqué qui fournit le matériau pour la détermination de son champ d'application.

La détermination du champ d'application du texte visé peut aussi avoir lieu grâce à un texte plus éloigné, comme c'est le cas lorsque la Cour de cassation vise l'ancien article 1382 du code civil pour fausse application, quand c'est la loi sur la presse qui était applicable²⁹⁶. C'est par un élément extérieur au visa que s'effectue la détermination du texte applicable. La loi sur la liberté de la presse ne détermine pas les cas qui entrent dans son champ d'application²⁹⁷. C'est la règle selon laquelle la loi spéciale prime sur la loi générale qui est ici appliquée. Mais cette règle n'est pas toujours applicable dans la détermination du champ d'application des textes²⁹⁸.

Lorsque la cassation a lieu pour refus d'application, le problème du champ d'application est masqué, car c'est le texte qui aurait dû être appliqué qui est visé. Tout se passe comme s'il n'y

²⁹⁵ Ainsi, 1^{ère} civ. 11 janvier 2005, pourvoi n° 01-17.736, *Bull.* 2005, I, n°25.

²⁹⁶ Ainsi, 1^{ère} civ., 27 septembre 2005, pourvoi n° 03-13.622, *Bull.* 2005, I, n° 348.

²⁹⁷ Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

²⁹⁸ Ainsi, Com. 15 avril 2008, pourvoi n° 03-15.969, *Bull.* 2008, IV, n° 88 : « la circonstance que la cession des créances litigieuses se réalise au profit d'un fonds commun de créances, aux conditions prévues par la loi n° 88-1201 du 23 décembre 1988, codifiées aux articles L. 214-43 et suivants du code monétaire et financier, ne fait pas obstacle à l'exercice du droit au retrait litigieux prévu à l'article 1699 du code civil ».

avait pas de problème de champ d'application. Pourtant, le simple visa du texte applicable ne permet pas d'expliquer que celui appliqué par la cour d'appel ne l'était pas²⁹⁹.

La détermination du champ d'application des textes peut aussi avoir lieu par le biais de la technique de la distinction. Par ce biais, sont introduites des exceptions aux qualifications, ce qui fait sortir certaines situations juridiques du champ d'application du texte dont il est question. Une distinction peut être fondée sur une interprétation littérale des termes de la loi, comme c'est le cas dans un arrêt du 6 juillet 2005, où il est distingué entre la notion de torts à l'origine de la séparation et la notion de torts cause du divorce³⁰⁰. Ainsi, même dans un divorce prononcé aux torts partagés, les juges peuvent considérer pour l'application de l'ancien article 262-1 code civil que les torts de la séparation incombent à titre principal à un des époux. La distinction ici opérée permet d'élargir le champ d'application du texte à des cas qu'il n'aurait pas recouverts si on avait assimilé torts cause du divorce et torts cause de la séparation.

104. Le lien entre le visa et la cassation est donc rare dans les cassations sanctionnant une méprise quant au champ d'application d'un texte. La logique ne permet pas d'appréhender les qualifications qui apparaissent pourtant comme évidentes. Lorsque la Cour de cassation sanctionne une juridiction du fond qui a effectué une mauvaise qualification, la logique n'est en général d'aucun secours pour expliquer cette erreur commise par la juridiction du fond. En effet, la qualification intervient en amont de toute utilisation de la logique. Pour utiliser la logique aristotélicienne ou la logique formelle, nous devons en effet disposer de prémisses. Or, si une des prémisses est constituée par la règle à laquelle le visa fait référence, l'autre est obtenue par qualification. Même quand l'erreur de qualification semble évidente, il y a quelque chose d' inexplicable par la logique. On pourra en revanche avancer des arguments au soutien de telle ou telle qualification.

§2. Précision des critères de qualifications et rôle du visa

105. Dans la qualification juridique se révèle toute la texture ouverte du langage. Pour contrer cette texture ouverte, une attitude de la Cour de cassation est de créer des règles de qualification

²⁹⁹ Ainsi, 1^{ère} civ. 1 mars 2005, pourvoi n° 02-10.903, *Bull.* 2005, I, n° 107.

³⁰⁰ 1^{ère} civ. 6 juillet 2005, pourvoi n° 03-11.685, *Bull.* 2005, I, n° 309.

intermédiaires, de façon à enserrer plus précisément la qualification³⁰¹. Mais malgré tous ses efforts, la qualification juridique est rétive à un enferment : on peut diminuer la liberté du juge dans la qualification, mais il y aura toujours une situation, un point, un argument qui n'aura pas été prévu. En ce qui concerne le lien entre le visa et la cassation, la précision de critères déplace la prémisse de la cassation : ce n'est pas une règle issue du visa qui a été méconnue, mais une règle extérieure à celui-ci.

106. La détermination de critères de qualification. Au visa, notamment, de l'ancien article 1148 du code civil, la première chambre civile censure l'arrêt d'une cour d'appel qui a qualifié un fait en force majeure exonératoire sans avoir caractérisé son extranéité³⁰². Aux termes de ce texte, « il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit ». Rien n'est précisé dans ce texte concernant le critère de l'extranéité. C'est donc un ajout par rapport à la lettre du texte qui justifie la cassation.

107. La précision de la méthode de qualification. Au visa des articles 1134 (ancien) et 1604 du code civil, la première chambre civile décide que « le défaut de conformité doit s'apprécier au regard des données techniques connues ou prévisibles au jour de la vente et ne peut résulter d'une inadéquation de la chose vendue à des normes ultérieurement mises au point et découlant de l'évolution de la technique »³⁰³. Or, selon l'article 1604 du code civil, « la délivrance est le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur ». Rien n'est indiqué dans ce texte, concernant la façon dont le défaut de conformité doit s'apprécier.

108. La précision de la date à laquelle doivent s'apprécier les critères de qualification. Au visa des articles 832, 6^{ème} alinéa (ancien), et 1476 du code civil, la première chambre civile décide que « la condition de résidence requise pour l'attribution préférentielle d'un local d'habitation doit s'apprécier, non seulement au moment de la dissolution de la communauté, mais également à la date à laquelle le juge statue »³⁰⁴. Aux termes du premier de ces textes, le conjoint survivant ou tout héritier copropriétaire peut demander l'attribution préférentielle « de la propriété ou du droit au bail du local qui lui sert effectivement d'habitation, s'il y avait sa résidence à l'époque du décès, et du mobilier le garnissant ». Aux termes du second, « le partage

³⁰¹ Une telle attitude va dans le sens de H.L.A. HART, *Le concept de Droit*, Faculté universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2^{ème} édition, 2005, p. 168 : « la texture ouverte de la règle de droit signifie qu'il existe des domaines de la conduite pour lesquels on laisse aux tribunaux ou à l'administration le soin de développer de nombreux points en établissant une balance à la lumière des circonstances entre des critères concurrents dont le poids varie d'une espèce à l'autre ».

³⁰² 1^{ère} civ., 14 octobre 2010, pourvoi n° 09-16.967, *Bull.* 2010, I, n° 198.

³⁰³ 1^{ère} civ. 7 mai 2008, pourvoi n° 06-20.408, *Bull.* 2008, I, n° 128 (violation de la loi).

³⁰⁴ 1^{ère} civ., 22 nov. 2005, pourvoi n° 02-19.283, *Bull.* 2005, I, n° 426 (violation de la loi).

de la communauté, pour tout ce qui concerne ses formes, le maintien de l'indivision et l'attribution préférentielle, la licitation des biens, les effets du partage, la garantie et les soultes, est soumis à toutes les règles qui sont établies au titre " Des successions " pour les partages entre cohéritiers. Toutefois, pour les communautés dissoutes par divorce, séparation de corps ou séparation de biens, l'attribution préférentielle n'est jamais de droit, et il peut toujours être décidé que la totalité de la soulte éventuellement due sera payable comptant ». Aucun élément ne figure, concernant la date à laquelle la condition de résidence doit être remplie pour que le local d'habitation puisse être attribué préférentiellement. Une stricte application de l'article 832 du code civil au cas du divorce conduirait d'ailleurs à considérer que c'est seulement au moment de la dissolution de la communauté que la condition de résidence doit s'apprécier. Des éléments extérieurs aux visas entrent donc en jeu dans la détermination des critères de qualification.

Il en va de même en ce qui concerne la date à laquelle le recel de communauté peut être commis : la première chambre civile précise qu'il « peut être commis avant ou après la dissolution de la communauté jusqu'au jour du partage »³⁰⁵. Or, le texte visé, l'article 1477 du code civil ne donne aucune précision concernant la date à laquelle le recel de communauté peut être commis.

La Cour de cassation justifie le contrôle de la qualification qu'elle opère d'une façon générale et abstraite, si bien que cette justification prend la forme d'une règle de droit. C'est comme si la Cour de cassation était démunie pour justifier le contrôle de qualification : elle semble ne pas disposer d'autres outils que la justification par le recours à une règle de droit. Or une telle justification est inadaptée dès lors qu'il s'agit de qualification. Il y aura toujours à la fin une qualification à opérer qui ne pourra pas être expliquée par une règle.

109. L'impossible saisie de la qualification juridique par la logique classique. Il y a toujours une étape précédant celle de l'utilisation de la logique, quelle que soit cette logique. Le terme de décision met en évidence de problème : « exercer une compétence liée, n'est pas décider, même si l'acte qui procède de cette compétence a toutes les apparences extérieures d'une décision ». Pour qu'il y ait décision, il faut que « dans le processus qui conduit à l'acte exécutoire, (...) son auteur ait eu à se livrer à des appréciations, à des estimations non réductibles à l'arithmétique, non plus qu'à la mathématique la plus savante, à prendre des risques dans l'incertain et, surtout, à procéder à des arbitrages entre des valeurs éthico-politiques »³⁰⁶.

³⁰⁵ 1^{ère} civ. 16 avril 2008, pourvoi n° 07-12.224, *Bull.* 2008, I, n° 122 (manque de base légale).

³⁰⁶ D. BOURCIER, *La décision artificielle, le droit, la machine et l'humain*, Les voies du droit, PUF, 1995, 1^{ère} édition, préface de Lucien MEHL, p. 12.

Conclusion du chapitre et du titre

110. Les visas n'épuisent pas la question de la détermination des prémisses. En effet, lorsque la cassation intervient pour une erreur de qualification, le visa ne permet pas d'expliquer cette erreur, car c'est souvent une règle extérieure au texte visé qui permet d'opérer la qualification juridique. La détermination du champ d'application des textes et de leur applicabilité dans un cas précis nécessite la mise en œuvre de raisonnements différents de la simple déduction. De même, le choix des visas et la détermination de leur signification sont des opérations qui dépassent la logique déductive. Il ne faut pas pour autant conclure à une indétermination radicale des règles de droit ou à une absence de rôle du visa dans la détermination de celles-ci.

111. La permanence des visas pour une même solution permet au contraire de réduire l'indétermination de la règle. Qu'une règle ne puisse se déduire logiquement d'un visa n'empêche pas son identification par le biais du visa en raison d'une certaine continuité dans le sens des visas. Ainsi, le fait que l'application d'une règle ne soit pas mécanique n'implique pas son indétermination. Le visa est à cet égard une contrainte dans l'interprétation³⁰⁷, ce qui explique qu'un revirement de jurisprudence implique en principe un changement de visa.

Ainsi, et bien qu'on ne puisse pas dire que le visa constitue la prémisse de la cassation, le fait que la Cour de cassation s'efforce d'enserrer son raisonnement dans un syllogisme ayant la règle signifiée par le visa pour prémisse, a une grande vertu explicative, et ce d'autant plus que le choix de ce visa apparaît comme libre. Ne pas obéir à ce schéma conduirait à priver le lecteur d'une clef de compréhension de l'arrêt, dont la motivation réside souvent essentiellement dans le visa.

³⁰⁷ P. Coppens, *Normes et fonction de juger*, La pensée juridique, Bruylant LGDJ, Paris 1998, p. 211 ; F. Ost, « Retour sur l'interprétation », in *Dire le droit, faire justice*, Bruylant, 2007, p. 79 s., spéc. p. 100.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

112. La logique a quelque chose à enseigner sur la décision, même si elle ne dit pas tout³⁰⁸. La formalisation permet à la fois de mettre en valeur clairement la structure du raisonnement de la Cour de cassation et de vérifier celui de la cour d'appel. Elle permet de déceler certaines erreurs ou, au contraire, de clarifier un raisonnement de la Cour de cassation, qui aurait pu paraître critiquable dans un premier temps.

Le formalisme présente donc un intérêt certain, mais il est insuffisant à expliquer les décisions de justice. La présentation du visa comme la prémisse de l'arrêt de cassation se heurte à des limites à la fois pratiques et théoriques. Une analyse des arrêts permet en effet de constater qu'il existe de nombreux cas dans lesquels on ne peut réduire la cassation au simple constat de la violation d'une règle qui serait présente au visa de l'arrêt. La règle effectivement appliquée par la Cour de cassation est souvent étrangère au visa. De plus, le rattachement des faits de l'espèce à une règle est une opération qui ne peut être appréhendée par la logique déductive. La texture ouverte du langage juridique laisse toujours une place à l'appréciation du juge.

Il apparaît alors nécessaire d'être prudent dans l'utilisation des mots, et de ne pas parler du visa comme de la prémisse de l'arrêt de cassation, mais de parler du visa comme de la référence à la prémisse de l'arrêt, de façon à bien distinguer entre le texte et sa signification. Il faut en effet se garder de confondre textes et règles de droit³⁰⁹. Il faut distinguer « le texte normatif, qui fait l'objet de l'interprétation, de la signification de ce texte, qui est le produit, le résultat de l'interprétation »³¹⁰. Le juge de cassation ne contrôle pas la conformité des jugements aux textes de lois, mais aux règles de droit exprimées dans ces textes³¹¹.

Cependant, la formalisation des arrêts garde tout son intérêt à partir du moment où on voit dans le visa une justification de la solution, qui, en tant que telle, opère une limitation dans la mesure où « le juge renoncera normalement à la solution initialement retenue s'il lui apparaît impossible d'établir de façon satisfaisante les prémisses des syllogismes qui lui auraient permis

³⁰⁸ En ce sens, S. HAACK, « On logic in the law », *Ratio Juris*. Vol. 20, n° 1, 2007p. 1 à 31, spec. p. 21 : « And it would tell us *something* about real-life legal shifts and changes : something; but certainly not all ».

³⁰⁹ En ce sens, P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3e éd., Montréal, Thémis p. 314.

³¹⁰ R. GUASTINI, « Interprétation et description de normes », in (dir.) P. AMSELEK, *Interprétation et droit*, Bruylant-PUAM, 1995, p. 89 s., spéc. p. 93.

³¹¹ Art. 604 cpc.

de la justifier de façon rationnelle »³¹². Exiger d'une décision qu'elle soit logiquement valide ne revient pas à faire primer la logique sur le droit. Des éléments extérieurs à la logique déductive entrent en jeu dans le raisonnement judiciaire. Cependant, une décision qui serait non valide logiquement serait injustifiée, elle n'entraînerait l'adhésion de personne. Il apparaît alors nécessaire d'établir comment cette justification opère, en prenant le visa comme le contexte de l'interprétation à laquelle se livre le juge ou bien comme un argument au service de la règle appliquée.

³¹² J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4^{ème} édition, 1994, p. 43.

PARTIE II. LE VISA : JUSTIFICATION DE LA CASSATION

113. Définition de la justification. Qu'est-ce que justifier une décision ? Dans une première acception, justifier signifie montrer qu'un énoncé est vrai, montrer qu'il est « dérivable de lois ou de propositions générales et tenues pour vraies »³¹³. Dans cette conception, c'est la logique déductive qui permet de justifier une décision. C'est en montrant la possibilité de subsumer la solution sous une règle générale que l'on démontre sa valeur de vérité. Mais une telle conception est beaucoup trop restrictive en droit notamment. Il faut admettre une autre signification de la justification, plus accueillante. Justifier est alors donner les raisons en faveur et en défaveur d'une solution, ainsi que donner la relation entre ces deux ensembles de raisons³¹⁴.

Le terme de justification est assez peu employé en ce qui concerne les décisions de justice chez les auteurs français³¹⁵. La motivation des arrêts de la Cour de cassation est en revanche un thème florissant dans la doctrine française. La motivation se définit comme l'action de motiver, d'alléguer les considérations qui servent de motifs avant l'acte et de justification à cet acte, *a posteriori*³¹⁶. En droit, on peut définir celle-ci comme les « motifs de droit et de fait commandant le sens de la solution »³¹⁷. La motivation d'une décision est une condition du contrôle de sa légalité³¹⁸. En effet, sans motifs, il est impossible de vérifier s'il existe un lien entre la décision et le droit, et donc si elle est rationnelle³¹⁹. Il y a cependant dans le terme de motivation une ambiguïté en ce qu'il semble pouvoir désigner les raisons intimes ayant mené la décision. Or il n'est pas question, dans le cadre de cette étude, de s'intéresser à de tels motifs, mais seulement aux raisons officielles et publiques permettant d'appuyer une solution. Suivant la distinction utilisée par Philippe Coppens, il ne s'agit pas d'analyser les mobiles du juge, mais ses raisons

³¹³ M. COHEN, « L'unité de la justification à l'épreuve de la justification juridique », in *L'unité des sciences, Nouvelles perspectives*, Vuibert, 2009, pp.91-102, spéc. p. 92.

³¹⁴ M. COHEN, *Ibid.*, p. 100.

³¹⁵ À part chez les universitaires du centre de théorie et d'analyse du droit de l'Université Paris Nanterre qui l'utilisent plus volontiers : ainsi, C. CHAMPEIL DESPLATS, « La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français », *D.* 1995 p. 323.

³¹⁶ Dictionnaire *Trésor de la langue Française informatisé*, <http://www.atilf.fr/tlfi>, ATILF - CNRS & Université de Lorraine.

³¹⁷ F. DESCORPS DECLERE, « Les motivations exogènes des décisions de la Cour de cassation », *D.* 2007, p. 2822.

³¹⁸ H. CROZE, « Pour une motivation pas trop explicite des arrêts de la Cour de cassation », in *Mélanges Ph. Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 181 s., spéc. p. 184.

³¹⁹ J. WROBLEWSKI, « Legal decision and its justification », in *Le raisonnement juridique*, actes du congrès mondial de philosophie du droit et de philosophie sociale, Hubert Hubien, Bruxelles, 1971, p. 410 s. spé p. 417 n° 10.

d'agir, entendues comme les raisons officielles d'agir³²⁰. C'est pourquoi le terme de justification sera préféré à celui de motivation.

On peut distinguer entre la justification interne de la décision, qui concerne la validité des inférences faites à partir des prémisses et menant à la conclusion, et la justification externe, qui concerne la justification du choix des prémisses³²¹. La distinction est empruntée à Alexy, qui l'emprunte lui-même à Wroblewski, étant précisé que leur sens diffère sensiblement. En effet, Wroblewski fait entrer dans la justification interne la justification des décisions interprétatives³²², ce que ne fait pas Alexy. Wroblewski a une conception de la justification externe qui englobe la justification interne, alors qu'elles ont bien des objets différents chez Alexy, qui parle de justification externe seulement en ce qui concerne la justification des prémisses³²³. L'intérêt de la distinction, telle que définie par Alexy, est qu'elle met l'accent sur la coexistence dans le processus de justification de l'argument déductif, qui est celui « qui se propose d'établir qu'une proposition, appelée conclusion, est impliquée par une ou plusieurs autres propositions appelées « prémisses » »³²⁴, et d'autres types d'arguments, qui ont pour rôle de justifier ces prémisses. La force de l'argument déductif provient de son indéfaisabilité³²⁵, la seule discussion possible, en présence d'un raisonnement déductif valide, concernant le choix des prémisses. C'est l'objet de la justification externe que d'appuyer le choix des prémisses. La justification externe est donc d'une grande importance si on considère que le choix des prémisses constitue le cœur du travail du juge³²⁶.

114. Le visa comme justification externe. Une façon pertinente d'appréhender la pratique du visa par la Cour de cassation est de voir dans les visas de textes de loi non pas la désignation directe de la règle appliquée par la référence à un texte, mais la référence implicite à une règle de droit issue de ce texte, que l'on nommera règle de décision³²⁷. Dans cette optique, le visa constitue presque toujours une justification du choix de la prémisse de l'arrêt : il s'agit de dire que telle

³²⁰ P. COPPENS, *Normes et fonction de juger*, La pensée juridique, Bruylant L.G.D.J., Paris 1998.

³²¹ R. ALEXY, *A theory of Legal Argumentation*, Oxford university press, 1989, p. 221. Sur la distinction, voir aussi M. CARPENTIER, *Norme et exception, Essai sur la défaisabilité en droit*, Institut universitaire Varenne, 2014 p. 159 et 160.

³²² cf. J. WROBLEWSKI, « Legal decision and its justification », in *Le raisonnement juridique*, actes du congrès mondial de philosophie du droit et de philosophie sociale, Hubert Hubien, Bruxelles, 1971, p. 410 s. spé p. 412 ; J. WROBLEWSKI, « Motivation de la décision judiciaire », in (dir.) Ch. PERELMAN, P. FORIERS, *La motivation des décisions de justice*, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 111 s., spéc. p. 120.

³²³ R. ALEXY, *A theory of Legal Argumentation*, Oxford university press, 1989, p. 221.

³²⁴ N. MACCORMICK, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, PUF, 1^{ère} édition, Paris, 1996, p. 22.

³²⁵ Sur la notion d'indéfaisabilité, S. GOLTZBERG, *Théorie bidimensionnelle de l'argumentation juridique, présomption et argument a fortiori*, Bruylant, Bruxelles, 2012.

³²⁶ Sur ce point, cf. supra n° 63 s, spéc. n° 77.

³²⁷ Sur la règle de décision, J. WROBLEWSKI, « La règle de décision », in Ch. PERELMAN (dir.) *La règle de droit*, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 69 s.

règle doit être respectée parce que l'interprétation de tel texte de loi mène à cette règle. De ce point de vue, le visa est un élément de justification externe de la solution.

Cette façon de concevoir le visa, si elle peut paraître évidente, est loin de faire l'unanimité. En effet, il semble inenvisageable pour certains auteurs de voir le visa autrement que comme la justification interne de la décision. Ils considèrent que les juridictions qui, comme la Cour de cassation, présentent leur raisonnement sous la forme d'un syllogisme, n'opèrent aucune justification externe de leurs décisions³²⁸. En effet, comment le visa pourrait-il venir justifier les prémisses de la décision, alors qu'il est justement censé être la référence à ces prémisses ?

Il ne s'agit pas en réalité de considérer que le visa est la prémisse du raisonnement de la Cour de cassation, mais qu'il est la justification de cette prémisse, et de montrer comment cette justification s'opère. En cela, un bon visa est une condition nécessaire à l'adhésion à la justification interne de la décision. En effet, pour que l'argument déductif conserve toute sa force, il est nécessaire que les prémisses soient non controversées. Se pose alors la question de savoir quand et s'il est possible de disposer de prémisses non controversées. Le visa est justement l'instrument qui permet de réduire la controverse relative aux prémisses. Il fonde la règle de droit appliquée par la référence qu'il opère à un instrument dont la légitimité est censée ne faire aucun doute. Le visa vient donc justifier la règle de droit appliquée qui, elle, justifie de façon interne la décision³²⁹.

Cette analyse ne peut cependant être transposée telle quelle au visa non textuel. En effet, lorsque la Cour de cassation vise directement la règle dont la violation justifie la cassation, le visa semble n'être qu'un élément de la justification interne de l'arrêt. Cette impuissance du visa non textuel à apporter une justification externe pourrait alors être la cause de l'insuccès relatif de ce type de visa. En effet, malgré la lettre de l'article 1020 du code de procédure civile qui prévoit depuis 2008 que la Cour de cassation vise la règle de droit sur laquelle la cassation est fondée, ce sont en général des textes de loi qui figurent au visa³³⁰.

³²⁸ Ainsi, P. BRUNET, « Le style déductif du Conseil d'État et la ligne de partage des mots », *Droit et société* 91/2015 p. 545 s., spéc. p. 555-556 : « si on s'interroge sur les raisons pour lesquelles les prémisses ont été choisies et mériteraient d'être acceptées, si donc on cherche à justifier les prémisses de la justification interne (ou du syllogisme), on entre dans la sphère de la justification externe. Cette justification joue un rôle considérable mais elle consiste en raisonnements le plus souvent persuasifs et non déductifs et ne peut pas être expliquée à l'aide d'instruments logico-formels. On comprend alors que les juridictions qui adhèrent avec force à l'idéal syllogistique cherchent à masquer ou du moins à ne pas inclure cet aspect de la justification de leurs décisions ».

³²⁹ Ainsi qu'on l'a montré au titre 1 : pour aboutir à la règle que l'on utilisait comme prémisse, une interprétation du texte est nécessaire. Même quand la formulation de la règle est identique à la formulation du texte, la justification opérée par le visa est, au moins en partie externe : il s'agit de dire : telle règle de droit existe, donc il faut l'appliquer.

³³⁰ Sur ce point, cf. *infra* n° 260.

Cependant, le visa textuel ne correspond pas à la seule hypothèse de la référence à une règle précise fondant directement la cassation, et peut parfois opérer aussi une justification externe. Pour autant, la justification non textuelle opère de façon fondamentalement différente. C'est pourquoi elle ne peut être analysée en même temps que la justification textuelle.

Ainsi, sera d'abord mise en évidence la façon dont la justification par la référence à un texte opère (Titre I), avant d'analyser la justification par référence non textuelle (Titre II).

TITRE I. LA JUSTIFICATION PAR LA RÉFÉRENCE À UN TEXTE

115. La référence à un texte permet de justifier la règle appliquée dans la cassation. Se pose alors la question de savoir comment cette justification opère. Le lien entre le texte et la règle est plus ou moins distant. Certains visas ne comportent qu'un seul texte, d'autres font au contraire référence à une multitude de textes. Les diverses articulations entre textes et les divers liens entre règles et textes sont des facteurs qui influent sur la nature de la justification.

116. En même temps se pose la question du type de texte pouvant venir justifier une cassation. Tout texte ne peut constituer un argument au service d'une cassation. Cependant, les conditions de l'accession du texte au visa ne sont pas les mêmes selon la nature de la justification opérée par celui-ci. Ainsi, l'analyse de la nature de la justification opérée par le visa textuel (Chapitre 1) est un préalable nécessaire à l'analyse du type de texte susceptible de justifier une cassation (Chapitre 2).

Chapitre I. La nature de la justification opérée par la référence textuelle

117. Même si elle est toujours externe³³¹, la justification opérée par la référence à un texte n'est pas uniforme. Les textes qui ont été méconnus par la juridiction du fond sont toujours visés. À côté de ces textes, certains textes peuvent être visés en tant que constituants du contexte d'interprétation. Ces textes viennent justifier l'interprétation qui a été faite du texte violé. La nature de la justification opérée est différente, dans la mesure où ce n'est pas le texte directement à l'origine de la cassation qui est visé. On aura alors, aux côtés du visa traditionnel marqueur de l'atteinte à la légalité, un visa justifiant l'interprétation du premier texte.

Pour autant, même en l'absence de visa interprétatif, la justification opérée à partir du visa référant à la règle qui a été violée, est riche. De multiples arguments implicites permettent de dégager, à partir du texte, la règle appuyant la cassation. Il peut aussi arriver que des éléments du corps de l'arrêt donnent des pistes, voire explicitent, les raisons de l'interprétation.

³³¹ Sur la notion de justification externe, cf. *supra* n° 113.

118. En tant qu'élément de la justification externe de la solution, le visa constitue donc tantôt la référence au texte dont l'interprétation permet de dégager la règle appliquée, justifiant ainsi de l'existence de la règle (Section 1), tantôt la justification de l'interprétation du texte contenant la règle appliquée (Section 2).

Section I. Le visa comme justification de l'existence de la règle appliquée

119. La signification des visas. Historiquement, la fonction première des visas est de prouver l'existence de la règle appliquée³³². Il s'agit de renvoyer à la source de la règle appliquée pour montrer qu'elle n'est pas arbitraire, mais provient bien d'une autorité légitime. Cette référence n'est cependant pas toujours explicite ni directe. On ne peut pas forcément déduire du visa la règle de droit appliquée dans le cas analysé³³³. La compréhension de la règle appliquée à partir du visa se fait donc de façon plus ou moins médiate. La règle appliquée est souvent explicitée dans un chapeau. En revanche le lien entre le visa et la règle appliquée est en général implicite.

Il est nécessaire de distinguer justification opérée par le visa, et signification du visa. Il y a application d'une règle R justifiée par un visa renvoyant à un texte T. Le passage de T à R est rarement explicité dans un arrêt de cassation, et R est parfois elle-même implicite. Ce passage d'un texte à sa signification doit donc être retracé par le lecteur de l'arrêt³³⁴. Entre le texte visé et la règle se situe un argument implicite constitué en général par une méthode d'interprétation. Ce lien entre le texte et la règle est ce qui permet au visa d'opérer une justification externe de façon convaincante.

120. Méthodes d'interprétation. On distingue classiquement les textes clairs des textes obscurs, les premiers devant être appliqués directement, alors que les seconds nécessiteraient une interprétation préalable à toute application³³⁵. En effet, pour les auteurs se réclamant de l'exégèse,

³³² En ce sens, T. SAUVEL, « Histoire du jugement motivé », *Rev. dr. publ. et sc. pol.* 1955, p. 5 et s., p. 15.

³³³ En ce sens, J. WROBLEWSKI, « La règle de décision », in *La règle de droit*, dir. Ch. PERELMAN, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 69 s. : il fait une distinction entre le fondement normatif de la décision de la Cour suprême polonaise, que l'on peut assimiler au visa, et la règle de décision, qui est la règle effectivement appliquée par le juge pour aboutir à la solution juridique. C'est la « règle qui dans la motivation de la décision implique cette décision ».

³³⁴ Sur la distinction entre le texte et sa signification, R. GUASTINI, « Interprétation et description de normes », in *Interprétation et droit* (dir. Paul Amselek), Bruylant-PUAM, 1995, p. 89 s.

³³⁵ Sur ce point, J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, 2^{ème} édition, Thémis, 2016 p. 249 s. ; M. VAN DE KERCHOVE, « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », in M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'interprétation en droit - Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, pp. 13 et s.

il n'y a lieu d'interpréter que les textes obscurs ou ambigus, et les textes clairs lorsque se présentent des « cas que le législateur n'a pas embrassés dans sa prévoyance »³³⁶. L'interprétation a alors pour horizon la volonté du législateur, dans laquelle réside le véritable sens des textes, et qui permet de trancher lorsque plusieurs sens littéraux sont possibles. Cette quête de l'intention du législateur se traduit par des règles d'interprétation destinées à respecter le mieux possible l'intention du législateur³³⁷. Cette méthode exégétique a été critiquée par Gény en ce qu'elle avait d'extrême. Il prônait la prise en compte d'autres éléments que la littéralité des textes et l'intention du législateur³³⁸.

Le fait même de qualifier un texte comme étant clair nécessite d'en avoir déterminé le sens, détermination qui a lieu en prenant en compte à la fois le sens des termes utilisés et leur contexte d'énonciation et d'application³³⁹. La qualification de texte clair ne doit donc pas être perçue comme s'imposant avec évidence à l'interprète, mais comme étant le fruit d'un raisonnement dialectique. La reconnaissance du caractère obscur d'un texte n'est donc pas le début de l'interprétation, mais la fin d'une première phase de celle-ci³⁴⁰.

De ce fait, le lien entre le visa et la règle appliquée n'est pas une relation d'identité, et ce même lorsque le contenu du texte visé est reproduit au chapeau. Entre le visa et la règle il y a la prise en compte d'arguments implicites, qui permettent de la justifier.

121. Classifications des méthodes d'interprétation. Les classifications des méthodes d'interprétation semblent être aussi diverses que les auteurs qui se sont penchés sur le sujet. Certains distinguent les méthodes exégétique, téléologique, historique, structuraliste, et celle de la libre recherche scientifique³⁴¹, d'autres distinguent interprétation linguistique, systémique et

³³⁶ Ainsi, DEMANTE, *Droit civil français*, Tome I, 3^{ème} édition, Paris, 1840, p. 14 : « quand il existe une disposition formelle, quoique le motif ne nous apparaisse pas, il ne faut pas moins s'y soumettre ; nous devons supposer que le législateur a eu ses vues, qu'il ne nous appartient pas de contrarier ».

³³⁷ DEMANTE, *ibid.*, p. 14 à 18.

³³⁸ F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, LGDJ, 1919, T. II.

³³⁹ M. VAN DE KERCHOVE, « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique, in M. Van De Kerchove (dir.), *L'interprétation en droit - Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, pp. 13 et s.

³⁴⁰ M. VAN DE KERCHOVE, « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique, in M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'interprétation en droit - Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, pp. 13, spéc. p. 27.

Pour Perelman, ce n'est que lorsque « toutes les interprétations raisonnables qu'on pourrait en donner conduisent à la même solution » que l'on peut alors considérer qu'un texte est clair, C. PERELMAN, « L'interprétation juridique », *Archives de philosophie du droit*, tome XVII, 1973, Paris, p. 30.

³⁴¹ J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, PUF, Paris, 27^{ème} édition, 2002, p. 309-310.

fonctionnelle³⁴², d'autres encore distinguent interprétation littérale et grammaticale, interprétation historique, interprétation logique et systématique, interprétation téléologique³⁴³.

122. Lien entre interprétation et argumentation. D'autres auteurs, plutôt que de procéder à une classification des méthodes d'interprétation classent celles-ci en fonction des arguments permettant d'aboutir à l'interprétation. Il y a en effet un fort lien entre interprétation et argumentation³⁴⁴. « Nombreux sont les arguments qui en appellent au sens qu'il convient de donner à telle disposition légale. Les arguments en sens contraire tantôt donneront une autre interprétation, tantôt invoqueront le fait que la présente situation n'autorise pas l'opérateur juridique à procéder à une interprétation – par exemple parce que la formulation de la règle est claire (doctrine du sens clair) »³⁴⁵. Mais, en même temps, la controverse peut porter sur le sens des mots d'un textes, sur l'intention du législateur, sur la *ratio legis*. Autrement dit, une méthode d'interprétation peut constituer un argument au soutien d'une thèse aussi bien qu'elle peut être l'objet même de l'argumentation. De plus, le choix entre les différentes méthodes d'interprétation concurrentes nécessite une délibération dans laquelle l'argumentation a un rôle à jouer.

Pour les besoins de l'exposé, il est possible de retenir une classification du lien entre le texte et sa signification fondée sur la nature de ce lien. Ce lien peut en effet être d'ordre sémantique (§1), finaliste (§2) ou traditionnel (§3). Toute interprétation prend à la fois en compte le sens des mots, la finalité de la règle et les précédents jurisprudentiels, mais on peut déceler dans le sens de la référence opérée par le visa un argument fondé plutôt sur l'un ou l'autre de ces impératifs.

§1. Lien d'ordre sémantique

123. Certains marqueurs, présents non pas dans le visa mais dans le chapeau de l'arrêt ou dans un attendu, permettent de considérer que l'on est en présence d'un argument fondé sur le sens des mots, qu'il s'agisse d'interprétation littérale (A), d'usage de la définition (B) ou d'interprétation *a contrario* (C).

³⁴² J. WROBLEWSKI, « Interprétation », *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2^{ème} édition 1993, p. 315.

³⁴³ F. Ost, M. VAN DE KERCHOVE, « Interprétation », *Archives de philosophie du droit* 1990, p. 165 s., spéc. p. 172.

³⁴⁴ En ce sens, P. RICŒUR, « Le problème de la liberté de l'interprète en herméneutique générale et en herméneutique juridique », in (dir.) P. AMSELEK, *Interprétation et droit*, 1995 Bruylant-PUAM, p. 177 s., spéc. p. 187 : « c'est au niveau de ce qu'Alexy appelle « justification externe », c'est-à-dire justification des prémisses, que l'entrecroisement de l'argumentation et de l'interprétation me paraît indiscutable ».

³⁴⁵ S. GOLTZBERG, *L'argumentation juridique*, Paris, Dalloz connaissance du droit, 2^{ème} édition, 2015, p. 6.

A. L'interprétation littérale

124. L'interprétation littérale. L'interprétation littérale est l'interprétation qui se fonde sur le sens des mots du texte pour en déceler le sens³⁴⁶. Quand il n'y a aucune raison de s'écarter d'une telle interprétation, c'est en général elle qui prévaut³⁴⁷. L'argument littéral n'a de force qu'en cas de certitude concernant l'interprétation du texte qui doit prévaloir. Il revient à affirmer l'absence de doute quant à la solution à appliquer.

125. Les marqueurs de l'interprétation littérale. Certaines expressions utilisées par la Cour de cassation sont révélatrices d'une interprétation littérale du texte visé. Ainsi, lorsqu'elle se réfère aux termes de la loi, une interprétation littérale est souvent à l'œuvre. La sanction des ajouts et suppressions, est, elle aussi, le marqueur d'une interprétation littérale. La référence à l'effet utile d'un texte procède elle aussi d'un argument littéral : il s'agit de donner un sens au texte plutôt qu'aucun³⁴⁸.

126. Interprétation littérale, visas et chapeaux. Lorsque l'interprétation est fondée sur l'argument de la littéralité, le chapeau de l'arrêt constitue souvent une simple reproduction du texte visé. Ainsi, dans un arrêt du 26 juin 2013, la Cour de cassation, reprenant dans un chapeau le texte figurant au visa de l'arrêt, sanctionne une cour d'appel ayant ajouté une condition à ce texte³⁴⁹. De même, c'est en copiant le texte visé dans le chapeau de l'arrêt qu'elle refuse une distinction qu'une cour d'appel avait fondé sur la volonté du législateur, choisissant de s'en tenir à une interprétation littérale des textes, dans un arrêt du 13 mai 2010³⁵⁰.

127. Le refus de distinguer selon que l'attributaire préférentiel a ou non payé la soulte pour le bénéficiaire du droit à attribution préférentiel procède d'une interprétation littérale de l'article 1476, alinéa 2, du code civil, qui ne prévoit pas une telle distinction³⁵¹. La justification opérée par la

³⁴⁶ Sur l'interprétation littérale, J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, op. cit., p. 255 s.

³⁴⁷ En ce sens, S. GOLTZBERG, « La définition comme procédé stratégique », in Lefebvre (dir.), *DICODÉX. Réflexions sur les définitions juridiques codifiées*, Ceprisca, Coll. « Colloques », pp. 141-155 : « Nous pensons au contraire qu'une présomption profite au principe du respect du sens littéral – et donc de la définition. Cette présomption peut être renversée, à l'aide du second principe, mais ce renversement doit se justifier ».

³⁴⁸ S. GOLTZBERG, *L'argumentation juridique*, Dalloz connaissance du droit, Paris, 2^{ème} édition, 2015, p. 38.

³⁴⁹ 1^{ère} civ., 26 juin 2013, pourvoi n° 11-25.946, *Bull.* 2013, I, n° 137 ; qualifiant une telle interprétation de littérale, R. MÉSA, « Conditions du recours à la clause d'exclusion de l'administration légale », *Dalloz actu.*, 23 juin 2015.

³⁵⁰ 1^{ère} civ., 13 mars 2008, pourvoi n° 06-19.599, *Bull.* 2008, I, n° 75.

³⁵¹ 1^{ère} civ., 5 avril 2005, pourvoi n° 02-17.718, *Bull.* 2005, I, n° 163 ; 1^{ère} civ., 11 juin 2008, pourvoi n° 07-16.184, inédit.

Cour de cassation, dans le chapeau, consiste en la mise en évidence de l'absence de distinction opérée par le texte³⁵².

Lorsque la première chambre civile considère que, contrairement à ce qui était soutenu par la cour d'appel³⁵³, la méconnaissance d'une obligation de ne pas faire ouvre droit à des dommages-intérêts sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'existence d'un préjudice, elle choisit une interprétation littérale³⁵⁴ de l'article 1145 du code civil aux termes duquel « Si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des dommages et intérêts par le seul fait de la contravention »³⁵⁵. Il faut noter qu'un autre argument était à l'œuvre ici, qui est celui de l'effet utile des textes : considérer, comme c'était le cas jusqu'alors, que l'article 1145 ne dispensait pas de la preuve d'un préjudice vidait considérablement son contenu, puisqu'il n'avait plus que pour fonction de dispenser d'une mise en demeure préalable à la demande de dommages intérêts.

Ces interprétations littérales sont particulièrement visibles parce que la juridiction du fond ou le demandeur avait proposé une interprétation autre que celle retenue par la Cour de cassation. C'est le refus des autres types d'arguments accueillis par la juridiction du fond qui met en évidence l'interprétation littérale. Dans ces arrêts, la signification du visa est alors le renvoi à une règle dont la formulation est identique à celle formulée dans le texte visé.

B. L'usage de la définition

128. Le lien entre le visa et la règle de droit appliquée peut résider dans une définition. La définition est soit dans un texte, soit posée par la Cour, mais il s'agit toujours d'une règle de droit. C'est une règle de qualification. L'argument sémantique est souvent présent de façon explicite dans les arrêts de cassation. La Cour va préciser dans un chapeau la façon dont doit se comprendre l'un des termes du texte visé.

Ainsi, dans un arrêt du 15 novembre 2005, la première chambre civile précise, à propos de l'article 3 du décret n° 81-255 du 3 mars 1981, « qu'au sens de ce texte, l'auteur effectif s'entend de celui qui réalise ou exécute personnellement l'œuvre ou l'objet »³⁵⁶. L'argument sémantique,

³⁵² « Attendu que ce texte ne prévoit aucune cause de déchéance du droit à l'attribution préférentielle qu'il institue au profit d'un époux lorsque la communauté a été dissoute par divorce, séparation de corps ou séparation de biens ».

³⁵³ Et qu'elle avait elle-même soutenu précédemment : 1^{ère} civ., 26 févr. 2002, pourvoi n° 99-19.053, Bull. 2002, I, n° 68.

³⁵⁴ En ce sens, J. MARROCHELLA, « Inexécution d'une obligation de ne pas faire et attribution de dommages-intérêts : preuve non exigée du préjudice » *Dalloz Actualité*, 29 octobre 2010, n° 29.

³⁵⁵ 1^{ère} civ., 14 octobre 2010, pourvoi n° 09-69.928, Bull. 2010, I, n° 197.

³⁵⁶ 1^{ère} civ. 15 novembre 2005, pourvoi n° 03-20.597, Bull. 2005, I, n° 412.

présent dans le chapeau, est extérieur au visa. Il vient justifier le lien entre le visa et la cassation. En effet, le problème juridique portait ici sur la définition de l'auteur effectif d'une œuvre, puisque la cour d'appel avait considéré que l'exécution personnelle n'était pas une condition de la reconnaissance de la qualité d'auteur. La précision de ce que la définition donnée par la Cour de cassation ne concernait que le texte visé était nécessaire, car en matière de droit d'auteur, l'exécution manuelle de l'œuvre n'est pas une condition de l'attribution de la qualité d'auteur³⁵⁷. Préciser le sens du terme d'auteur effectif, mais seulement pour un texte isolé, concernant les transactions d'œuvres d'art et d'objets de collection, permet ainsi de ne pas revenir sur la solution qu'elle a retenue dans le domaine de la propriété intellectuelle.

De même, pour censurer une cour d'appel qui subordonne la caractérisation de l'implication d'un véhicule dans un accident de la circulation à un rôle perturbateur de celui-ci dans la circulation, la première chambre civile fait usage d'un argument sémantique. En effet, elle énonce qu'au sens de l'article 1^{er} de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985, « un véhicule terrestre à moteur est impliqué dans un accident de la circulation dès lors qu'il a joué un rôle quelconque dans sa réalisation »³⁵⁸. L'implication étant le fait de jouer un rôle quelconque dans la réalisation d'un accident, exiger une perturbation de la circulation est ajouter une condition non prévue par la loi.

La précision du sens des termes de la loi peut engendrer la création de règles de droit extrêmement précises, comme c'est le cas de la précision du sens du terme de profit subsistant, qui, selon la première chambre civile, et ce depuis les années 80³⁵⁹, « représente l'avantage réellement procuré au fonds emprunteur, au jour du règlement de la récompense » au sens de l'article 1469 alinéa 3 du code civil. Le visa de l'article 1469 peut alors faire référence à cette définition qui elle-même fait référence à l'ensemble des règles précises de calcul de l'avantage réellement procuré au fonds emprunteur.

129. La précision du sens des termes de la loi peut ainsi mener à la création de véritables règles de droit. L'argument sémantique a un potentiel normatif bien plus grand que celui qu'on lui prête au premier abord. La définition vient s'ajouter au visa pour justifier la règle appliquée.

³⁵⁷ 1^{ère} civ., 13 nov. 1973, *D.* 1974. Jur. 533, obs. C. COLOMBET.

³⁵⁸ 2^{ème} civ., 15 janvier 2015, pourvoi n° 13-27.448, Inédit.

³⁵⁹ 1^{ère} civ., 6 novembre 1984, pourvoi n° 83-15.231, *Bull.* 1984, I, n° 293 et de nombreux autres arrêts. Pour une application récente, 1^{ère} civ., 6 mars 2013, pourvoi n° 12-13.779, Inédit.

C. Le raisonnement *a contrario*

130. Interprétation *a contrario*. Le lien entre le visa et la règle de droit appliquée résulte parfois d'un raisonnement *a contrario*. L'interprétation *a contrario* permet de déduire de l'absence de réunion des conditions d'application d'une règle la nécessité d'appliquer la règle opposée³⁶⁰. La signification du visa est alors le renvoi à la règle opposée à celle formulée dans le texte.

Ainsi, selon l'ancien article 1341 du code civil, « il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes [sous-seing privé ou passés devant notaires] ». *A contrario*, la preuve par témoin est recevable contre les faits juridiques³⁶¹. L'article 1341 peut alors être visé pour faire référence à la règle selon laquelle la preuve des faits juridiques peut être rapportée par tous moyens³⁶².

Un exemple fort connu d'interprétation *a contrario* réside dans celle qui a été faite de l'ancien article 322 du code civil aux termes duquel « nul ne peut réclamer un état contraire à celui que lui donnent son titre de naissance et la possession conforme à ce titre ». La Cour de cassation en a inféré une règle selon laquelle celui qui a le titre mais pas la possession d'état peut contester ce titre. Le visa de l'article 322 du code civil pouvait alors exprimer la règle selon laquelle « en l'absence de possession d'état conforme au titre, la contestation de la paternité comme de la maternité légitime est recevable »³⁶³.

L'interprétation *a contrario* de l'article 1643 du code civil selon lequel le vendeur n'est pas tenu des vices cachés dans le cas où, ignorant l'existence de ces vices, il a été stipulé qu'il ne sera obligé à aucune garantie, permet de conclure qu'il est tenu de ces mêmes vices dans le cas où il les aurait connus³⁶⁴.

Enfin, comme il a été très justement remarqué³⁶⁵, lorsque la chambre commerciale vise l'article 1844-10 du code civil au soutien de la règle selon laquelle « les statuts d'une société d'exercice libéral de pharmacien d'officine peuvent déroger aux dispositions légales non impératives »³⁶⁶, c'est un raisonnement *a contrario* qui permet de justifier cette règle. En effet, aux

³⁶⁰ J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique, op.cit.* p. 265.

³⁶¹ Cf. *supra* n° 33.

³⁶² 1^{ère} civ., 16 septembre 2010, pourvoi n° 09-13.947, *Bull.* 2010, I, n° 173.

³⁶³ 1^{ère} civ., 14 mai 1985, pourvoi n° 84-11.304, *Bull.* 1985, I, n° 152.

³⁶⁴ 3^{ème} civ., 16 décembre 2009, pourvoi n° 09-10.540, *Bull.* 2009, III, n° 288.

³⁶⁵ M. BUCHBERGER, « Chronique Cessions de droits sociaux », *JCP E*, n° 15, 14 Avril 2016, p. 1217, spéc. §18 : « Comme le rappelle la Cour de cassation il est possible de déroger aux règles non impératives, ce que reconnaît *a contrario* l'alinéa 2 de l'article 1844-10 du code civil (d'où son visa) ».

³⁶⁶ Com., 8 décembre 2015, pourvois n° 14-19.261 et 14-22.244, *publication en cours*.

termes de l'article 1844-10 alinéa 2 « Toute clause statutaire contraire à une disposition impérative du présent titre dont la violation n'est pas sanctionnée par la nullité de la société, est réputée non écrite ».

131. Lien d'ordre sémantique et signification du visa. Dans tous ces cas, c'est le sens des mots du texte visé qui fournit un argument implicite au soutien de la règle appliquée. La justification par le visa passe par le sens des mots employés. Il faut cependant garder à l'esprit que même lorsqu'il est procédé à une interprétation littérale, d'autres arguments systémiques et extra-système ont pu être pris en compte, puisque la détermination du sens des mots dépend du contexte d'énonciation. Même quand le lien entre le visa et la règle de décision est d'ordre littéral, le visa d'un texte ne peut être compris comme la simple référence à ce texte. En effet, ce texte doit être compris dans son environnement juridique qui englobe en premier lieu les textes l'entourant, mais aussi l'ensemble des règles et principes du domaine³⁶⁷. Le lien entre le visa et la règle de décision réside alors bien souvent dans une interprétation de celui-ci qui se veut cohérente avec le reste du système juridique. Mais surtout, la finalité du texte visé est un élément très important pour son interprétation³⁶⁸.

§2. Lien d'ordre finaliste

132. Distinction entre volonté du législateur et finalité de la règle. Lorsque le lien entre le visa et la règle appliquée est d'ordre finaliste, c'est la raison d'être du texte qui justifie la règle de décision. Cette raison d'être du texte peut être constituée par l'intention du législateur, ou par le but poursuivi par la règle en rapport avec les finalités que l'on attribue au système juridique. Que l'on s'attache à l'intention du législateur ou au but poursuivi par la règle, la recherche de la finalité a égard à l'élément systématique. Ainsi, pour la recherche de l'intention du législateur, la prise en compte des autres règles entourant le texte à interpréter s'explique par le « postulat de rationalité du législateur »³⁶⁹. Cependant, cette prise en compte de l'état du système juridique doit

³⁶⁷ En ce sens, F. HAID, « L'apparente simplicité de l'argument littéral », in *Le droit entre autonomie et ouverture, Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, 2013, p. 271 s., spéc. p. 281.

³⁶⁸ En ce sens, P. DEUMIER, « Les « motifs des motifs » des arrêts de la Cour de cassation Étude des travaux préparatoires », in *Mélanges offerts à J.-F. Burgelin*, Paris, Dalloz, 2008, p. 125 : « Les motifs des motifs identifient donc quasi systématiquement l'objectif poursuivi par le texte applicable (...). L'objectif du législateur est donc au centre de toutes les préoccupations : il est recherché dans (...) ».

³⁶⁹ F. OST, « l'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », in M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'interprétation en droit - Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, pp. 13 et s.

se faire au moment de l'adoption du texte à interpréter³⁷⁰ pour les tenants de l'école de l'exégèse. Pour ceux-ci, la volonté du législateur, bien plus qu'un argument, est ce qui constitue la loi³⁷¹. Volonté du législateur et finalité de la règle sont donc confondus dans une telle optique. L'intention du législateur peut désigner à la fois le but qu'il a entendu poursuivre en édictant la règle et le sens qu'il a voulu donner à la règle ainsi formulée, ce qui correspond à la distinction entre l'intention-but et l'intention-sens³⁷². La méthode téléologique est celle qui met l'accent sur les objectifs du texte législatif³⁷³. Elle concerne donc avant tout la finalité poursuivie par le texte, et donc l'intention-but.

133. En dehors d'une exégèse du sens des textes, l'intention du législateur a un rôle à jouer dans la recherche de la finalité de la règle, mais sans constituer l'unique horizon de l'interprétation. Plus le texte est ancien, moins l'intention du législateur sera un argument légitime pour l'interprétation du texte, le contexte d'application et le contexte d'adoption n'étant plus forcément en adéquation.

134. Références à l'intention du législateur. Il peut arriver que la Cour de cassation fasse expressément référence à l'intention du législateur. Il en est ainsi dans un arrêt de la première chambre civile du 18 mai 2005³⁷⁴, dans lequel elle estime, au visa de l'ancien article 832 alinéa 3 du code civil, « qu'en prévoyant le cas où le demandeur à l'attribution préférentielle était déjà propriétaire ou copropriétaire avant le décès d'une partie des biens formant une unité économique, le législateur n'a pas entendu exclure l'hypothèse où il bénéficierait d'un bail rural ». L'ancien article 832 alinéa 3 ne prévoyait en effet une attribution préférentielle que pour le cas où le demandeur à l'attribution serait propriétaire ou copropriétaire. La référence à l'intention du législateur permet, dans cet arrêt, d'étendre l'application de ce texte au cas du bail rural, alors même qu'elle avait décidé auparavant le contraire³⁷⁵. Une application par analogie de la règle à des cas qui n'entraient pas dans sa prévision si on avait procédé à une interprétation restrictive du texte est rendue ainsi possible.

³⁷⁰ En ce sens, B. FRYDMAN, *Le sens des lois, Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruylant, 2011, p. 390.

³⁷¹ En ce sens, J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique, op. cit.*, p. 258.

³⁷² P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, Éditions Thémis, 3^{ème} édition, 1999, p. 476.

³⁷³ P.-A. CÔTÉ, *ibid.*, p. 475.

³⁷⁴ 1^{ère} civ., 18 mai 2005, pourvoi n° 02-13.502, *Bull.* 2005, I, n° 221.

³⁷⁵ C. BRENNER, « Partage (modes d'attribution spécifiques) », *Rép. civ. Dalloz*, n° 103.

La référence à l'intention du législateur peut aussi fournir un argument pour déterminer la *ratio legis*, elle-même servant à justifier une lecture coopérative du texte³⁷⁶. C'est le cas dans un arrêt du 10 septembre 2004³⁷⁷, dans lequel était en cause l'application de la majoration de 15% de l'indemnité versée à L'ONIAM, prévue par l'article L. 1142-15, alinéa 5, du code de la santé publique, dans l'hypothèse où l'ONIAM a été subrogé dans les droits de l'assureur à la suite de son refus explicite de faire une offre à une victime d'un dysfonctionnement du système de santé. Il se posait la question de savoir si l'assureur pouvait être condamné *in solidum* avec l'assuré au versement de cette indemnité. En effet, aux termes de l'article L. 1142-15 alinéa 5, c'est « l'assureur ou le responsable » qui est condamné au paiement de la somme. Une lecture non coopérative du texte pouvait permettre de considérer que le juge avait la possibilité de condamner les deux solidairement. Mais c'était sortir ces mots de leur contexte. En effet, selon ce texte, « En cas de silence ou de refus explicite de la part de l'assureur de faire une offre, **ou** lorsque le responsable des dommages n'est pas assuré, le juge, saisi dans le cadre de la subrogation, condamne, le cas échéant, l'assureur **ou** le responsable à verser à l'office une somme au plus égale à 15 % de l'indemnité qu'il alloue. » Le second « ou » doit être regardé comme le parallèle du troisième « ou ». La condamnation de l'assureur intervient donc en cas de refus de sa part de faire une offre, et celle du responsable des dommages lorsqu'il n'est pas assuré. Pour justifier cette interprétation du texte, la Cour de cassation retient que « dans la première de ces hypothèses, le législateur a entendu sanctionner l'assureur qui s'est abstenu, par négligence ou délibérément, d'exécuter les obligations auxquelles il était tenu par le contrat ».

La référence à l'intention du législateur peut aussi servir à rectifier des erreurs matérielles, lever des incertitudes quant au sens d'une disposition, ou encore restreindre le sens d'une disposition³⁷⁸. La prise en compte du texte qui a été remplacé pour interpréter le nouveau texte révèle, elle aussi en général, une prise en compte de l'intention du législateur.

³⁷⁶ L'attitude coopérative est celle dans laquelle on fait « un effort pour saisir ce que notre interlocuteur *a voulu dire* ». Elle s'oppose à une attitude stratégique. S. GOLTZBERG « Chaïm Perelman : de la logique juridique à la lecture stratégique », *Le Nouvel Endroit, La revue du Collège Juridique Franco-Roumain d'Etudes Européennes* n° 1/2015, p. 19 s., spéc. p. 22. Voir aussi S. GOLTZBERG, « Cooperation in Legal Discourse », in D. MOHAMMED, M. LEWIŃSKI (dir.), *Argumentation and Reasoned Action : Proceedings of the 1st European Conference on Argumentation*, Lisbon, 2015. Vol. I, Londres, College Publications, 2016, pp. 113 s.

³⁷⁷ 1^{ère} civ., 10 septembre 2014, pourvoi n° 13-22.535, *Bull.* 2014, I, n° 145.

³⁷⁸ P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, p. 494 s.

Cependant, la référence à l'intention du législateur se trouve surtout dans les motifs exogènes des arrêts³⁷⁹. Ainsi, même quand cet argument a été pris en compte pour déterminer la *ratio legis*, il n'est pas forcément décelable dans les arrêts.

La *ratio legis*, qu'elle soit utilisée de façon implicite ou explicite, qu'elle soit constituée par l'intention du législateur ou pas, guide en réalité l'utilisation de la majeure partie des procédés *logiques* d'interprétation (A) et est un préalable nécessaire à tout argument de type pragmatique (B).

A. Finalité de la règle et procédés *logiques* d'interprétation

135. L'analogie. L'analogie en droit est un « raisonnement fondé sur le principe d'égalité (...) qui tire parti de la parité entre les cas réglés et ceux qui ne le sont pas, non seulement sur le plan de leurs traits constitutifs essentiels envisagés à un certain degré de généralité, mais surtout de la raison qu'il y a de traiter de la même manière tous les cas considérés »³⁸⁰. C'est dire que l'analogie se fonde sur une ressemblance entre plusieurs objets ou ensembles d'objets. Mais cette simple ressemblance n'est pas suffisante pour justifier d'étirer « d'une situation à une autre, une solution de droit »³⁸¹. Il est nécessaire de dégager un principe commun aux deux situations pour en déduire ensuite de nouvelles applications³⁸². On peut considérer que ce principe commun réside dans la *ratio legis*, qui ne doit pas ici être entendue seulement comme l'intention du législateur historique, sinon l'analogie se « recroqueville sur une référence trop étroite »³⁸³ : la raison d'appliquer la règle dans la situation prévue, doit se retrouver dans celle qui n'est pas explicitement prévue. Il s'agit

³⁷⁹ Ainsi, *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2008 p. 271, à propos de 3^{ème} civ., 26 novembre 2008, pourvoi no 07-17.728, *Bull.* 2008, III, n° 186 : « L'arrêt commenté marque une évolution de cette conception sans que soit toutefois remise en cause l'exclusion du départ concerté. La troisième chambre civile introduit en effet ici deux nouveaux critères pour caractériser l'abandon : le caractère définitif du départ et le fait qu'il soit imposé à celui qui demeure. Elle a tenu compte de ce que l'analyse traditionnelle, en termes de brusquerie et d'imprévisibilité, ne répondait pas au souci du législateur de protéger les intérêts des proches qui cohabitent depuis longtemps avec le locataire et qui, loin d'avoir consenti à son départ et moins encore de l'avoir provoqué, le subissent entièrement, comme d'ailleurs le locataire lui-même lorsque, comme en l'espèce, ce départ est impérativement commandé par l'âge et l'inéluctable fragilité physique qui en découle ».

Rapport annuel de la Cour de cassation 2008 p. 295, à propos de 1^{ère} civ., 28 mars 2008, pourvoi no 07-10186, *Bull.* n° 91 : « La volonté clairement affirmée du législateur se trouve ainsi respectée ».

³⁸⁰ P. DELNOY, « En quel sens le juriste raisonne-t-il aujourd'hui par analogie », in *Analogie et méthodologie juridique, Cahiers de méthodologie juridique*, RRJ, 10, 1995 p. 1023 s, spéc. p. 1036.

³⁸¹ G. CORNU, « Le règle discret de l'analogie », in *Analogie et méthodologie juridique, Cahiers de méthodologie juridique*, RRJ, 10, 1995p. 1067 s, spéc. p. 1069.

³⁸² J.-L. BERGEL, « Les fonctions de l'analogie en méthodologie juridique », in *Analogie et méthodologie juridique, Cahiers de méthodologie juridique*, RRJ 1995, 10, p. 1079 s, spéc. p. 1084.

³⁸³ G. CORNU, « Le règle discret de l'analogie », in *Analogie et méthodologie juridique, Cahiers de méthodologie juridique*, RRJ 1995, 10, p. 1067 s, spéc. p. 1073.

donc de considérer, en déterminant la *ratio legis* de la règle, qu'elle devrait s'appliquer dans une situation, qui, bien que ne correspondant pas au champ d'application de celle-ci, correspond à sa *ratio legis*³⁸⁴.

136. Dans le cadre du visa, il s'agit de considérer qu'une situation, qui sort de prime abord du champ d'application du texte visé, doit en relever. Dans ces hypothèses-là, soit la Cour de cassation vise seulement le texte exprimant la règle appliquée, passant sous silence l'analogie à laquelle il est procédé, soit elle vise à la fois le texte exprimant la règle, et un autre texte qui permet de justifier le raisonnement par analogie. Ce peut être un texte qui va faire ressortir la similitude existant entre les deux situations par exemple, justifiant que l'on raisonne par analogie. Ce second texte constitue alors un visa interprétatif³⁸⁵.

Par exemple, l'ancien article 1134 alinéa 1^{er} du code civil, aux termes duquel « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » et sur lequel la Cour de cassation a fondé la cassation pour dénaturation est appliqué par analogie à des actes juridiques qui ne sont pas des conventions. Il est ainsi appliqué à des testaments au visa des articles 895 et 1134 du code civil³⁸⁶. La fonction du visa de l'ancien article 1134 est alors de faire référence à la règle appliquée³⁸⁷, et celle du visa de l'article 895 est de rattacher la règle aux dispositions sur le legs.

De même, c'est un raisonnement par analogie qui permet, dans un arrêt rendu le 3 juin 2015, de faire le lien entre le visa de l'ancien article 1184 du code civil et la règle énoncée au chapeau³⁸⁸. En effet, dans cet arrêt, la première chambre civile énonce que « si le contrat de prêt d'une somme d'argent peut prévoir que la défaillance de l'emprunteur non commerçant entraînera la déchéance du terme, celle-ci ne peut, sauf disposition expresse et non équivoque, être déclarée acquise au créancier sans la délivrance d'une mise en demeure restée sans effet, précisant le délai dont dispose le débiteur pour y faire obstacle ». Le visa de l'ancien article 1184 du code civil, texte relatif à la résolution du contrat, peut surprendre s'agissant de préciser les modalités de mise en œuvre d'une clause prévoyant la déchéance du terme d'un prêt. Il peut par ailleurs sembler peu adapté pour fonder l'exigence d'une mise en demeure restée sans effet,

³⁸⁴ P. DELNOY, « En quel sens le juriste raisonne-t-il aujourd'hui par analogie », in *Analogie et méthodologie juridique, Cahiers de méthodologie juridique*, RRJ 1995, 10, p. 1023 s, spéc. p. 1026 ; S. GOLTZBERG, *L'argumentation juridique*, Dalloz, 2015, spéc. p. 41.

³⁸⁵ Cf. *infra* n° 152 s.

³⁸⁶ 1^{ère} civ., 8 novembre 2005, pourvoi n° 02-21.177, *Bull.* 2005, I, n° 411.

³⁸⁷ Pour la nature de la référence opérée par le visa de l'ancien article 1134 lorsqu'il justifie une cassation pour dénaturation, cf. *infra* n° 405.

³⁸⁸ 1^{ère} civ., 3 juin 2015, pourvoi n° 14-15.655, *publication en cours*.

aucune mise en demeure n'étant exigée dans la lettre du texte³⁸⁹. Les visas de l'ancien article 1146 du code civil ou de l'ancien article 1230 du code civil auraient pu sembler plus appropriés puisqu'ils prévoyaient la nécessité d'une mise en demeure respectivement pour que puissent être dus des dommages-intérêts résultant d'une inexécution contractuelle et pour la mise en œuvre de la clause pénale. En réalité, le visa de l'ancien article 1184 du code civil s'explique. La dispense de mise en demeure prévue à l'ancien article 1139 du code civil était interprétée libéralement par la jurisprudence³⁹⁰. Aux termes de ce texte, « le débiteur [d'une obligation de donner] est constitué en demeure [...] par l'effet de la convention lorsqu'elle porte que, sans qu'il soit besoin d'acte et par la seule échéance du terme, le débiteur sera en demeure ». Certaines décisions ont même pu retenir une renonciation tacite à la mise en demeure³⁹¹. Il faut toutefois noter que l'interprétation du contrat relevant du pouvoir souverain des juges du fond, la Cour de cassation contrôle seulement la consistance de la motivation de la juridiction du fond en la matière³⁹². Quoiqu'il en soit, en matière de clauses résolutoires, une dispense tacite de mise en demeure n'a jamais été admise³⁹³. On comprend ainsi l'intérêt de viser l'article 1184 du code civil pour sanctionner une cour d'appel qui a considéré qu'une mise en demeure n'était pas nécessaire dès lors que « qu'il ne résulte pas des stipulations contractuelles que le prêteur soit tenu de mettre en demeure l'emprunteur préalablement au constat de la déchéance du terme »³⁹⁴. Il s'agit de faire application des solutions retenues en matière de clauses résolutoires aux clauses de déchéance du terme. L'analogie est sûrement fondée sur la gravité de la mesure pour le débiteur. L'analogie est confirmée par le chainage qui est effectué : est cité en tant que précédent l'arrêt de la première chambre civile du 3 février 2004³⁹⁵ dans lequel la Cour de cassation approuvait une cour d'appel d'avoir refusé de considérer qu'une clause résolutoire était acquise en l'absence de délivrance d'une mise en demeure restée sans effet. La solution, nouvelle à l'époque³⁹⁶, a été réitérée depuis³⁹⁷. Depuis 2016, l'article 1225 alinéa 2 du code civil prévoit que « la résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, s'il n'a pas été convenu que celle-ci résulterait du seul fait de l'inexécution. La mise en demeure ne produit effet que si elle mentionne

³⁸⁹ G. POISSONNIER, « Crédit à la consommation : vers une déchéance du terme mieux encadrée sur le plan procédural », *D.* 2015 p. 1677.

³⁹⁰ F.-J. CRÉDOT et T. SAMIN, « Prêt - Déchéance du terme : nécessité d'une mise en demeure en l'absence d'une disposition expresse contraire », *Revue de Droit bancaire et financier* n° 6, Novembre 2015, comm. 183.

³⁹¹ B. GRIMONPREZ, « Mise en demeure », *Répertoire de Droit civil Dalloz*, 2017, § 36.

³⁹² Ainsi, 3^{ème} civ., 9 juin 1999, pourvoi n° 97-20.977, *Bull.* 1999, III, n° 131.

³⁹³ C. CHABAS, « Résolution – Résiliation, *Rep. Civ. Dalloz*, octobre 2010 (actualisation : septembre 2017), § 130.

³⁹⁴ 1^{ère} civ., 3 juin 2015, pourvoi n° 14-15.655, *publication en cours*.

³⁹⁵ 1^{ère} Civ., 3 février 2004, pourvoi n° 01-02.020, *Bull.* 2004, I, n° 27.

³⁹⁶ G. POISSONNIER, « Crédit à la consommation : vers une déchéance du terme mieux encadrée sur le plan procédural », *D.* 2015 p. 1677.

³⁹⁷ 1^{ère} civ., 22 juin 2017, pourvoi n° 16-18.418, *publication en cours*.

expressément la clause résolutoire ». En revanche, rien n'est précisé concernant les clauses de déchéances du terme. On peut donc supposer que l'analogie entre résolution et déchéance du terme pourrait perdurer.

137. Raisonnement *a fortiori*. L'argument *a fortiori* peut être conçu comme une forme renforcée de l'analogie³⁹⁸. L'utilisation du raisonnement *a fortiori* nécessite d'avoir déterminé au préalable la *ratio legis* de la règle³⁹⁹. En effet, il est nécessaire de connaître le but poursuivi par la règle de droit pour pouvoir considérer qu'elle s'applique à plus forte raison dans un cas autre que celui pour lequel elle est prévue⁴⁰⁰. La raison d'être de la règle peut résider dans l'intention du législateur, mais ce n'est pas forcément le cas. Ainsi, si une règle proscriit un certain type de comportement en raison de sa gravité, on pourra en déduire que, toutes choses égales par ailleurs, cette règle proscriit les comportements plus graves. De même, un acte qui serait valable en l'absence de toute formalités requises serait valable s'il a été rédigé par écrit. Ainsi, une vente, bien que ne nécessitant aucun formalisme particulier pour être formée, peut tout à fait être formée par acte authentique.

Au visa de l'ancien article 1134 du code civil, la première chambre civile a décidé que « si dès lors qu'aucune instance en divorce n'est engagée, les époux ne peuvent valablement transiger sur leur droit futur à une prestation compensatoire, ils peuvent renoncer en tout ou partie aux effets de celle qui a été fixée judiciairement »⁴⁰¹. Il s'agit ici d'une interprétation *a fortiori* de l'alinéa 2 : si les parties peuvent révoquer par leur consentement mutuel une convention, elles peuvent *a fortiori* les modifier. Une telle interprétation semble indéfaisable à bien des égards⁴⁰². Tout d'abord, il semble juste d'affirmer que la révocation d'une convention est une atteinte plus forte à la force obligatoire des contrats. Toutes choses égales par ailleurs, il n'y a donc pas lieu de refuser une telle atteinte, alors qu'une atteinte plus forte est par ailleurs autorisée. D'autre part, dans l'hypothèse où une modification des conventions serait refusée, les parties en viendraient à devoir révoquer d'abord leurs conventions avant d'en repasser une permettant d'inclure la modification

³⁹⁸ J.-L. BERGEL, « Les fonctions de l'analogie en méthodologie juridique », *Analogie et méthodologie juridique, Cahiers de méthodologie juridique*, RRJ 1995, 10, p. 1079 s., spéc. p. 1081.

³⁹⁹ S. GOLTZBERG, *L'argumentation juridique*, Paris, Dalloz connaissance du droit, 2^{ème} édition, 2015, spéc. p. 47.

⁴⁰⁰ Sur l'argument *a fortiori*, S. GOLTZBERG, *Théorie bidimensionnelle de l'argumentation juridique*, Bruylant, 2012.

⁴⁰¹ 1^{ère} civ., 8 février 2005, pourvoi n° 03-17.923, *Bull.* 2005, I, n° 70.

⁴⁰² Sur la notion d'indéfaisabilité, S. Goltzberg, *Théorie bidimensionnelle de l'argumentation juridique, présomption et argument a fortiori*, Bruylant, Bruxelles, 2012, spéc. p. 2 : « Un argument est dit indéfaisable s'il n'est pas réfutable, si on ne peut pas le renverser ».

souhaitée, ce qui aurait un résultat identique à celui d'une modification de la convention, mais pour un coût bien supérieur⁴⁰³.

138. Plus simples sont les hypothèses dans lesquelles le raisonnement *a fortiori* permet de justifier, l'élargissement du champ d'application d'un texte. C'est le cas de l'article 815-13 du code civil, qui concerne le cas de l'amélioration d'un bien indivis, et que la Cour de cassation applique au cas de l'acquisition d'un bien indivis⁴⁰⁴. Aucun texte ne règle le problème de l'acquisition d'un bien par l'indivision à partir des deniers d'un seul des époux. On peut ici considérer que l'application de ce texte a lieu grâce à un argument *a fortiori* : si l'amélioration d'un bien indivis donne droit à récompense, *a fortiori*, l'acquisition d'un bien indivis donne elle aussi droit à récompense.

139. Procédés logiques d'interprétation finalistes et signification du visa. Dans les exemples qui précèdent, il y a toujours un visa qui constitue le point de départ du raisonnement par analogie ou du raisonnement *a fortiori*, un autre visa pouvant venir s'adjoindre et constituer un visa interprétatif⁴⁰⁵. La justification de la règle présuppose une adhésion à la *ratio legis* implicitement retenue dans l'arrêt, qui permet de rendre valide l'analogie opérée. L'efficacité de la justification opérée par un argument de type pragmatique dépend quant à elle de l'adhésion à la finalité de la règle, mais dans un sens plus large, voire une adhésion à une conception de la finalité du système juridique. Elle est de ce fait plus difficile à obtenir, ce qui pourrait expliquer que l'argument pragmatique n'apparaisse que rarement explicitement dans les arrêts.

B. Finalité de la règle et argument de type pragmatique

140. Rareté de l'argument pragmatique dans le corps des arrêts. Les considérations d'opportunité apparaissent rarement dans le corps même de l'arrêt. C'est en général la doctrine qui révèle la possibilité d'une influence de celles-ci sur la décision. Elles peuvent aussi figurer au sein des avis et rapport des conseillers et avocats généraux à la Cour de cassation. Les arguments

⁴⁰³ Mais ici la justification est alors pragmatique. Noter qu'en réalité, la situation était un peu plus compliquée, puisque la convention en question n'était pas simple convention, mais une convention définitive homologuée par le juge, ce qui aurait pu laisser penser que la modification d'une telle convention par un simple accord des parties était impossible. En réalité, il suffit que le nouvel accord des parties prenne la même forme que le premier, à savoir une nouvelle convention homologuée par le juge (Article 279 al 2 c. civ.). En l'espèce, il ne semble pas que cet accord avait pris la forme requise, mais aucune des parties n'ayant invoqué cette absence de parallélisme des formes, l'acte avait pu perdurer, et il ne restait à la Cour de cassation plus que l'ancien article 1134 du code civil à viser.

⁴⁰⁴ 1^{ère} civ. 10 mai 2006, pourvoi n° 03-19.001, *Bull.* 2006, I, n° 228.

⁴⁰⁵ Sur ce point, voir *infra* n° 152 s.

extra-systémiques permettent soit de faire primer une certaine interprétation de la règle, soit de créer une règle de qualification. De même, la prise en compte de l'environnement législatif d'un texte va permettre de déterminer l'intention du législateur ou la finalité du texte.

141. Argument sociologique. L'argument sociologique peut être pris en compte dans l'interprétation des normes en tant qu'élément du contexte⁴⁰⁶. Une telle prise en compte nécessite forcément d'avoir au préalable pris parti sur la finalité de la règle ou de la matière dont il est question. En effet, « l'argument sociologique puise son fondement dans une conception plus générale du droit développée par le courant du positivisme sociologique pour qui le droit étant le reflet des mœurs, la règle juridique doit suivre ces mœurs »⁴⁰⁷.

Mais de telles justifications n'ont pas droit de cité dans les arrêts de la Cour de cassation, et se retrouvent plus volontiers dans les rapports et avis⁴⁰⁸. Lorsque des arguments sociologiques apparaissent dans des arrêts de la Cour de cassation, il s'agit en général d'arrêts de rejet reprenant les motifs des juges du fond⁴⁰⁹. Lorsqu'une cassation intervient pour violation d'un texte qui pourrait avoir été interprété en prenant en considération un argument sociologique, nulle trace de cet argument dans l'arrêt, si ce n'est dans les moyens annexés. Ainsi, lorsque la première chambre civile décide en 1999, au visa des articles 1131 et 1133 du code civil que « n'est pas contraire aux bonnes mœurs la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire »⁴¹⁰, l'évolution de ces mœurs a été prise en compte, mais n'apparaît pas dans les motifs de l'arrêt. Pourtant, l'argument sociologique est évoqué dans le rapport de la Cour de cassation, par la référence à la critique doctrinale de la solution antérieure, en ce qu'elle ne prenait pas en compte la réalité des situations⁴¹¹. Cette prise en compte de l'argument sociologique est encore plus prégnante dans le rapport de 2004 concernant l'arrêt de l'assemblée plénière qui est venu confirmer cette évolution de l'interprétation de la notion de bonnes mœurs⁴¹² : « Tenant compte de l'évolution actuelle des mœurs, en particulier dans le domaine de la fidélité conjugale, sur laquelle le contrôle social a quasiment disparu, l'assemblée plénière a préféré soustraire ces modes de transmission des patrimoines que sont les libéralités

⁴⁰⁶ En ce sens, P. DEUMIER, « L'utilisation de l'argument sociologique par le juge judiciaire », in P. DEUMIER (dir.), *L'argument sociologique en Droit*, Dalloz, 2015, p. 225 s., spéc. p. 227.

⁴⁰⁷ R. CABRILLAC, « L'argument sociologique : diversité des cas, unité d'inspiration », in P. DEUMIER (dir.), *L'argument sociologique en Droit*, Dalloz, 2015, p. 21 s., spéc. p. 23.

⁴⁰⁸ É. RUBI-CAVAGNA, « Les arguments d'opportunité », in P. DEUMIER (dir.), *Le raisonnement juridique*, Les méthodes du droit, Dalloz, 2013, p. 217 s., spéc. p. 223.

⁴⁰⁹ Tous les exemples d'arrêts de la Cour de cassation fournis par Pascale Deumier sont en effet des arrêts de rejet.

⁴¹⁰ 1^{ère} civ., 3 février 1999, pourvoi n° 96-11.946, *Bull.* 1999, I, n° 43.

⁴¹¹ *Rapport annuel de la Cour de cassation* 1999, 1^{ère} civ., 3 février 1999, pourvoi n° 96-11.946, *Bull.* 1999, I, n° 43.

⁴¹² Ass. plén., 29 octobre 2004, pourvoi n° 03-11.238, *Bull.* 2004, A.P., n° 12.

entre vifs ou à cause de mort à la surveillance “moralisatrice” des juges. L’adultère, tenu pour un événement purement privé, n’est donc plus en soi susceptible d’altérer la validité des libéralités consenties à cette occasion »⁴¹³.

La prise en compte de l’argument sociologique est donc passée sous silence, et pourtant l’évolution de l’interprétation de l’article 1133 du code civil, aux termes duquel « la cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l’ordre public », pour aboutir à la règle selon laquelle « n’est pas nulle comme ayant une cause contraire aux bonnes mœurs la libéralité consentie à l’occasion d’une relation adultère » nécessite bien une évaluation de ce qui est conforme aux bonnes mœurs, évaluation qui semble être faite par le biais d’une prise en compte de la réalité sociale.

142. Données économiques. Les travaux préparatoires des arrêts peuvent faire référence à des données économiques en tant qu’argument pour déterminer la *ratio legis* de la loi, ou bien en tant qu’argument conséquentialiste⁴¹⁴. L’utilisation d’un argument conséquentialiste⁴¹⁵ implique forcément d’avoir une conception de ce à quoi le droit aspire, puisqu’il s’agit d’éviter une certaine conséquence fâcheuse.

Le rapport annuel peut aussi faire référence aux données économiques pour justifier une évolution de la jurisprudence, comme c’est le cas pour un arrêt de la deuxième chambre civile : « Cette décision est cassée au visa des articles 9 du code civil et R. 4127-4 du code de la santé publique, au motif que ni l’accord de la victime de l’accident du travail ni son absence d’opposition à la levée du secret médical ne peuvent résulter de la simple sollicitation de prestations. Cet arrêt marque une évolution par rapport à la doctrine de l’arrêt rendu par la même chambre de notre Cour le 22 novembre 2007 (*Bull.* 2007, II, n° 261, pourvoi n° 06-18 250). Il intervient alors que de nombreux litiges opposent des employeurs aux caisses primaires et à la CNAMTS sur ce point précis où sont en jeu des intérêts tous légitimes, à savoir : – l’intérêt pour l’employeur de pouvoir contester les conséquences corporelles d’un accident du travail dont il est appelé à supporter les conséquences financières; – l’intérêt des médecins tenus de respecter le secret professionnel, qui peuvent craindre de se voir reprocher un manquement à cette obligation et de perdre la confiance des personnes qu’ils examinent; – l’intérêt de la justice de

⁴¹³ *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2004, p. 175.

⁴¹⁴ É. RUBI-CAVAGNA, « Les arguments d’opportunité », in P. DEUMIER (dir.), *Le raisonnement juridique*, Dalloz, Les méthodes du droit, 2013, p. 217 s, spéc. p. 219 et s.

⁴¹⁵ Pour l’utilisation de ce terme, N. MACCORMICK, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, PUF, 1^{ère} édition, Paris, 1996, spéc. p. 122 s. ; P.-A. CÔTE parle d’arguments pragmatiques, *op. cit.*, p. 557 s.

pouvoir mener à bien la mesure d’instruction qui a été ordonnée, dans le respect du principe de la contradiction et des impératifs de la recherche de la vérité ; – et l’intérêt de la victime de l’accident, non présente au procès, de voir respecter sa vie privée dans ce qu’elle a de plus intime, son état de santé »⁴¹⁶. C’est donc une mise en balance des divers intérêts qui justifie l’évolution de l’interprétation du texte.

143. Absence d’argument, si ce n’est la nécessité de créer une règle. Certaines règles ne sont justifiées que par la nécessité de l’existence d’une règle. C’est la seule nécessité d’une règle qui justifie sa création. Ainsi, à la question de savoir comment on doit mesurer la distance séparant les arbres plantés dans une propriété de la propriété voisine, l’article 671 du code civil, qui prévoit qu’il « n’est permis d’avoir des arbres, arbrisseaux et arbustes près de la limite de la propriété voisine qu’à la distance prescrite par les règlements particuliers actuellement existants » ne donne aucune réponse. La Cour de cassation considère cependant que « la distance existant entre les arbres et la ligne séparative des héritages doit être déterminée depuis cette ligne jusqu’à l’axe médian des troncs des arbres »⁴¹⁷ au visa de ce même article. C’est le vide laissé par le texte qui justifie la règle de décision. Considérer que la règle est nécessaire implique une prise de position sur la finalité du droit. Ce sont ici les impératifs de sécurité juridique et de justice qui rendent nécessaires la création d’une telle règle.

144. Dans tous ces cas dans lesquels c’est la raison d’être de la règle qui constitue la ligne directrice de l’interprétation, l’aptitude du visa à justifier la solution dépend de l’adhésion de l’auditoire à la conception sous-jacente concernant la finalité de la règle et du système juridique.

§3. Lien d’ordre traditionnel

145. Le visa comme référence aux précédentes applications d’un texte ou principe. Le sens d’un visa dépasse infiniment celui que l’on pourrait déduire de sa lecture. Le visa ne réfère pas qu’à un texte. Il se réfère de façon implicite à l’ensemble des applications qui ont pu en être faites, soit par la Cour de cassation elle-même (A), soit par d’autres juridictions (B).

⁴¹⁶ *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2008 p. 264, à propos de 2^{ème} civ., 13 novembre 2008, pourvoi n° 07-18.364, *Bull.* 2008, II, n° 240.

⁴¹⁷ 3^{ème} civ., 1^{er} avril 2009, pourvoi n° 08-11.876, *Bull.* 2009, III, n° 78.

A. La justification par l'autoréférence implicite

146. Visa et processus de sédimentation⁴¹⁸. Carbonnier affirmait : « on a beau, dans une jurisprudence, entasser les jugements couche par couche, on n'aura jamais que des solutions particulières sans rayonnement au dehors, des accommodements, des arrangements de conflits individuels »⁴¹⁹. Se référer au processus de sédimentation revient à affirmer le contraire. La sédimentation est le phénomène d'accumulation de sens autour d'un terme au gré des nouvelles significations qu'il acquiert. L'idée est que même les acceptions désuètes d'un terme continuent d'avoir une influence sur la perception du sens du terme en question. C'est un des mérites de la phénoménologie que d'avoir mis l'accent sur ce phénomène de sédimentation du sens⁴²⁰.

Cependant, il ne s'agit pas ici d'évoquer la sédimentation du sens des mots, mais de sédimentation du sens d'un visa : toutes les applications qui en sont faites rajoutent du sens à celui-ci, si bien qu'il se retrouve chargé d'une signification bien plus importante que ce que sa simple lecture pourrait laisser penser. Il ne s'agit pas d'analyser les mots utilisés dans un texte déterminé, qui, bien évidemment, subissent ce phénomène d'adjonction de sens. Il s'agit d'analyser le sens d'un visa : que signifie viser l'article 3 du code civil ? Que signifie viser l'ancien article 1382 du code civil ?

C'est un acte de justification qui ne passe pas forcément par le sens des mots employés au sein de ces textes. Ces visas ont une signification en tant que telle. Il s'agit alors de traiter le visa comme unité sémantique, pour en analyser le phénomène de sédimentation. On utilisera à cette fin quelques exemples particulièrement parlants.

147. Le sens de la référence à l'article 3 du code civil. L'article 3 du code civil est un des textes les plus polysémiques de notre système juridique. Lorsqu'il est visé seul, il peut fonder une cassation pour non-respect d'une quantité de règles différentes :

D'abord, des règles substantielles de droit international privé :

- La règle selon laquelle la loi du régime matrimonial détermine les règles de liquidation⁴²¹,
- La loi applicable à l'état et la capacité des personnes est la loi nationale⁴²²,

⁴¹⁸ Sur la sédimentation en droit, ATIAS, *Questions et réponses en droit*, Puf, 2009, p. 172 s. et 233 s. ; J.-L. BERGEL, « Le processus de transformation de décisions de justice en normes juridiques », *RRJ* 1993 p. 1055 s.

⁴¹⁹ J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, Paris, Puf, 27^{ème} édition, 2002, n° 144, p. 284.

⁴²⁰ J.-F. LYOTARD, *La phénoménologie*, Puf, Que sais-je, 2004 spéc. p. 34.

⁴²¹ 1^{ère} civ., 25 janvier 2005, pourvoi n° 02-15.648, *Bull.* 2005, I, n°33.

⁴²² 1^{ère} civ., 18 janvier 2007, pourvoi n° 05-20.529, *Bull.* 2007, I, n° 26.

- Règles de détermination de la loi applicable en matière de responsabilité délictuelle : contrôle de ce qui constitue le fait générateur du dommage⁴²³,
- La règle selon laquelle « les lois nouvelles du pays d'origine sont sans incidence sur le régime matrimonial d'époux qui, ayant eu le statut de réfugiés, ont ensuite acquis une autre nationalité »⁴²⁴,
- La règle selon laquelle la loi applicable aux meubles est la loi du dernier domicile du défunt⁴²⁵.

Ensuite, les règles concernant l'office du juge en droit international privé :

- La règle selon laquelle « il incombe au juge français qui reconnaît applicable un droit étranger, d'en rechercher, soit d'office soit à la demande d'une partie qui l'invoque, la teneur, avec le concours des parties et personnellement s'il y a lieu, et de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger »⁴²⁶,
- La règle selon laquelle « il incombe au juge français saisi d'une demande d'application d'un droit étranger de rechercher avec les parties et de mettre en œuvre le droit désigné par la règle de conflit de lois »⁴²⁷,
- La règle selon laquelle « en matière de droits indisponibles, il incombe au juge français de mettre en œuvre, même d'office, la règle de conflits de lois, de rechercher la teneur du droit étranger et de l'appliquer sous réserve qu'il ne soit pas contraire à l'ordre public international français »⁴²⁸,
- L'obligation pour le juge de soulever d'office l'application de la loi étrangère en matière de succession immobilière⁴²⁹,
- L'obligation pour le juge de déterminer la loi applicable face à un conflit de droit international privé avant de faire application de la loi étrangère potentiellement applicable⁴³⁰,
- L'obligation pour le juge qui applique une loi étrangère de préciser les règles de droit sur lesquelles il se fonde⁴³¹.

⁴²³ 1^{ère} civ., 23 janvier 2007, pourvoi n° 03-13.422, *Bull.* 2007, I, n° 32.

⁴²⁴ 1^{ère} civ., 28 novembre 2006, pourvoi n° 04-20.621, *Bull.* 2006, I, n° 523.

⁴²⁵ 1^{ère} civ., 20 octobre 2010, pourvoi n° 08-17.033, *Bull.* 2010, I, n° 207.

⁴²⁶ 1^{ère} civ., 28 juin 2005, pourvoi n° 00-15.734, *Bull.* 2005 I n° 289 ; 1^{ère} civ., 23 janvier 2007, pourvoi n° 04-16.018, *Bull.* 2007, n° 31.

⁴²⁷ 1^{ère} civ. 22 novembre 2005, pourvoi n° 02-20.122, *Bull.* I, 2005, n° 425.

⁴²⁸ 1^{ère} civ. 06 décembre 2005, *Bull.* 2005, I, n° 468, pourvoi n° 03-16.675 ; dans le même sens : 1^{ère} civ., 19 septembre 2007, pourvoi n° 06-20.208, *Bull.* 2007, n° 281 ; 11 février 2009, pourvoi n° 08-10.387, *Bull.* 2009, n° 27 ; 1^{ère} civ., 1^{er} juin 2011, pourvois n° 09-71.992 et 10-16.482, *Bull.* 2011, I, n° 100 et 101.

⁴²⁹ 1^{ère} civ., 20 juin 2006, pourvoi n° 05-14.281, *Bull.* 2006, I, n° 321.

⁴³⁰ 1^{ère} civ. 31 janvier 2006, pourvoi n° 03-12.731, *Bull.* 2006, I, n° 40.

⁴³¹ 1^{ère} civ., 14 février 2006, pourvoi n° 05-11.914, *Bull.* 2006, I, n° 68 ; 1^{ère} civ. 06 février 2006, pourvoi n° 05-19.333, *Bull.* 2006, n° 50 ; de même, 1^{ère} civ. 20 février 2008, pourvoi n° 06-19.936, *Bull.* 2006, I, n° 54.

L'article 3 fonde aussi le contrôle de l'ordre public international :

- Cassation pour application d'une loi étrangère contraire à l'ordre public international français,
- Pour refus d'application d'une loi étrangère non contraire à l'ordre public international français⁴³².

Enfin, l'article 3 fonde les cassations pour dénaturation de la loi étrangère⁴³³.

Il est pourtant relativement bref, et ne contient pas une grande quantité d'informations :

Article 3 du code civil

Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire.

Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française.

Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger.

Cette polysémie extrême pose problème si on raisonne en termes de justification purement déductive. L'attention portée au phénomène de sédimentation permet au contraire de voir dans le visa de l'article 3 du code civil une justification convenable. En effet, le sens du visa de cet article s'est étoffé au fil des arrêts de la Cour de cassation.

Dans un premier temps, l'article 3 a été interprété de façon littérale par la Cour de cassation. L'alinéa 2 est d'abord interprété comme octroyant à la loi française une exclusivité d'application dès lors que le litige porte sur les immeubles situés en France. On considère alors qu'il est méconnu si les juridictions du fond prennent en compte la loi étrangère⁴³⁴.

L'alinéa 3 est quant à lui interprété de façon stricte, la Cour de cassation refusant de contrôler les décisions des juges du fond portant sur la loi applicable à la capacité des étrangers vivant en France⁴³⁵. Mais avec l'arrêt *Bulkley*, la Cour de cassation change de cap et vise l'article 3 alinéa 3 au soutien de la règle selon laquelle les lois personnelles « régissent l'état et la capacité des personnes, suivent les Français, même résidant en pays étranger, et suivent également en France l'étranger qui y réside »⁴³⁶. C'est ce qu'on a nommé la bilatéralisation de l'article 3 du code civil. Cette bilatéralisation se poursuit avec l'alinéa 2, qui est utilisé à partir de 1941 pour fonder

⁴³² 1^{ère} civ. 22 novembre 2005, pourvoi n° 03-14.961, *Bull.* 2005, n° 430.

⁴³³ 1^{ère} civ. 22 novembre 2008, pourvoi n° 07-14.934, *Bull.* 2008, n° 235.

⁴³⁴ Ainsi, Cass. Civ. 14 mars 1837, *Stewart, S.* 1837, I, 95, *D. P.* 1837, I, 275.

⁴³⁵ Ainsi, Cass. Req., 17 juillet 1833, *Bonar c. d'Hervas, DP* 1883, I, 303, *S.*1833, I, 407.

⁴³⁶ Cass. Civ., 28 février 1860, *Bulkley, S.* 1860, I, 210, *D.P.* 1860, I, 57.

la solution du conflit de loi en matière mobilière alors que ce texte ne concerne que les immeubles⁴³⁷.

En 1948 un nouveau pas est franchi quand la Cour de cassation vient sanctionner dans l'arrêt *Lautour*, au visa de l'article 3 une violation de la règle selon laquelle « en droit international privé la loi territoriale compétente pour régir la responsabilité civile extracontractuelle de la personne qui a l'usage, le contrôle et la direction d'une chose, en cas de dommage causé par cette chose à un tiers, est la loi du lieu où le délit a été commis »⁴³⁸. La règle alors consacrée ne provient plus d'une interprétation *a contrario*, mais d'une interprétation par analogie de l'alinéa premier.

Par la suite, l'article 3 va servir de fondement à la détermination de la loi applicable au divorce en cas de nationalités différentes des époux⁴³⁹, au régime matrimonial des époux⁴⁴⁰, au cautionnement⁴⁴¹, au contrat⁴⁴².

S'extrayant de la lettre du texte, l'article 3 est devenu le siège des règles de conflits de lois. « Mieux encore, il déborde le conflit de lois proprement dit pour couvrir toutes les hypothèses où la loi étrangère intervient dans la résolution du litige. L'article 3 s'est ainsi mué en une disposition purement emblématique que la Cour de cassation sollicite pour fonder ses censures dans le domaine de l'autorité de la règle de conflit de lois à l'égard du juge et de la condition procédurale de la loi étrangère. »⁴⁴³

Il a absorbé le contentieux fondé à l'origine sur l'article 12 du nouveau code de procédure civile, concernant l'office du juge dans l'application de la loi étrangère. Ainsi, c'est sur l'article 12 du code de procédure civile que se fonde la 1^{ère} chambre civile en 1988 dans l'arrêt *Schule*⁴⁴⁴ pour décider que le juge a l'obligation de relever d'office l'applicabilité de la loi étrangère en matière

⁴³⁷ Crim. 4 juin 1941, arrêt *Szlapka*, *S.* 1944, I, 133, note BATIFFOL, *JCP* 1942, II, 2017, note MAURY : « attendu qu'en matière de succession mobilière, la dévolution des meubles héréditaires, et les institutions qui se rattachent à la dévolution, sont régies par la loi du lieu de l'ouverture de la succession ».

⁴³⁸ Cass. Civ., 25 mai 1948, *Lautour*, *Rev. crit.* 1949, 89, note BATIFFOL, *D.* 1948, 357, *S.* 1949 I, 21, note NIBOYET, *JCP* 1948, II, 4532, note VASSEUR.

⁴³⁹ 1^{ère} civ., 15 mars 1955, *Levandowski*, *Rev. Crit. DIP* 1955. 320, note BATIFFOL.

⁴⁴⁰ 1^{ère} civ., 12 novembre 1986, pourvoi n° 84-17500, *Bull.* 1986, I, n° 257 (arrêt *Andalafî*) : « Attendu que le régime matrimonial des époux mariés sans contrat est déterminé selon la volonté qu'ils ont eue, lors du mariage, de localiser leurs intérêts pécuniaires, cette volonté devant être recherchée d'après les circonstances concomitantes ou postérieures à leur union, et en tenant compte, notamment, du premier domicile par eux fixé ».

⁴⁴¹ 1^{ère} civ., 3 décembre 1996, pourvoi n° 94-18.281, *Bull.* 1996, I, n° 428 : « Attendu que si le contrat de cautionnement est soumis à sa loi propre, il y a lieu de présumer, dans le silence des parties à cet égard, qu'il est régi par la loi de l'obligation qu'il garantit ».

⁴⁴² 1^{ère} civ., 9 décembre 2003, pourvoi n° 01-11.387, Inédit.

⁴⁴³ B. ANCEL, « Destinées de l'article 3 du code civil », in *Le droit international privé : esprit et méthode*, p. 1-17.

⁴⁴⁴ 1^{ère} civ. 18 octobre 1988, pourvoi n° 86-16.63, *Bull.* 1988, I, n° 293.

de successions. En effet, selon l'article 12 du code de procédure civile, le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Mais si, à l'époque, la Cour de cassation en avait déduit la possibilité pour les juges de relever d'office le fondement juridique adéquat⁴⁴⁵, elle n'en avait pas fait une obligation pour celui-ci⁴⁴⁶. Le visa de l'article 12 était donc particulièrement inadapté en raison de la controverse qui régnait à l'époque en droit judiciaire privé général concernant l'interprétation à donner de cet article⁴⁴⁷. La plupart des auteurs s'entendaient en effet pour considérer que celui-ci impliquait l'obligation pour le juge de restituer aux demandes leur fondement juridique adéquat⁴⁴⁸, quand les différentes chambres de la Cour de cassation optaient pour des solutions diverses⁴⁴⁹. La Cour de cassation est revenue par la suite sur cette jurisprudence⁴⁵⁰, consacrant toujours le principe de la faculté pour le juge de relever d'office l'applicabilité de la loi étrangère, mais en l'assortissant d'une exception qu'elle fonde alors sur l'article 3 du code civil : l'obligation pour le juge de relever d'office l'application de la loi étrangère en matière de droits indisponibles⁴⁵¹.

⁴⁴⁵ 2^{ème} civ., 18 mars 1975, *Bull.* 1975, II, n° 96, 1^{ère} civ., 29 novembre 1978, *D.* 1979, 381, note BÉNABENT, *RTD civ.* 1979 p. 420 ; 1^{ère} civ., 29 novembre 1978 ; 3^{ème} civ., 18 mars 1975, *Bull.* 1975, III, n° 112 ; 1^{ère} civ., 16 févr. 1994, *Bull.* 1994, I, n° 66.

2^{ème} civ., 16 octobre 1974, *Bull.* 1974, II, n° 269 ; 1^{ère} civ., 4 novembre 1984, *Bull.* 1984, I, n° 130 ; 1^{ère} civ., 17 mars 1987, *JCP* 1987, IV, 183 ; 1^{ère} civ., 8 octobre 1980, *Gaz. Pal.* 1981, 1, Somm. 86 ; *RTD civ.* 1981, p. 201, obs. NORMAND ; 3^{ème} civ., 25 janvier 1984, *D.* 1985, 118, note HÉRON ; 2^{ème} civ., 3 mars 1981, *JCP* 1981, IV, 181.

⁴⁴⁶ 2^{ème} civ., 30 novembre 1985, *Bull.* 1985, II, n° 23 : Les juges, s'ils peuvent rechercher eux-mêmes la règle de droit applicable au litige, n'en ont pas l'obligation dès lors que le demandeur a précisé le fondement juridique de sa prétention. ; 1^{ère} civ., 22 février 1978, *Bull.* 1978, I, n° 76 ; 2^{ème} civ., 8 juin 1995, *Bull.* 1995, II, n° 168 ; 2^{ème} civ., 4 novembre 1988, *D.* 1989, 609, note FRISON-ROCHE ; *RTD civ.* 1991 p. 152, obs. NORMAND ; 2^{ème} civ., 29 octobre 1990 : *Bull.* 1990, II, n° 221 ; 1^{ère} civ., 21 février 2006, *Bull.* 2006, I, n° 86 ; 3^{ème} civ., 8 novembre 2006, *Bull.* 2006, III, n° 217 ; 1^{ère} civ., 30 janvier 2007, *Bull.* 2007, I, n° 42 ; Com. 28 avril 2009, *Bull.* 2009, IV, n° 56.

⁴⁴⁷ V. sur ce débat, J. VINCENT, S. GUINCHARD, *Procédure civile*, Précis Dalloz, 25^{ème} édition, n° 603 s. ; L. CADIET, *Droit judiciaire privé*, Litec, 3^{ème} édition, n° 1133.

⁴⁴⁸ Ainsi, F. EUDIER, « La nature du pouvoir du juge de rectifier un fondement juridique inadéquat invoqué par le demandeur », *D.* 1996 p. 247 : « C'est pourquoi il faut obliger le juge à relever le moyen de droit idoine qui trouve son assise dans les faits spécialement invoqués par les parties. Le juge remplit ainsi la mission de dire le droit qui lui est impartie par l'al. 1^{er} de l'art. 12 ».

⁴⁴⁹ Sur ce point, voir notamment, O. DESHAYES, « L'office du juge à la recherche de sens », *D.* 2008 p. 1102 ; G. BOLARD, « L'office du juge et le rôle des parties : entre arbitraire et laxisme », *JCP* 2008, I, 156. ; J. BORÉ, « *Da mihi factum, dabo tibi jus* : une philosophie du procès toujours d'actualité ? », *JCP* 2009 p. 319.

⁴⁵⁰ 1^{ère} civ., 4 décembre 1990, *Sté Coveco*, *JDI* 1991, p. 373, note D. BUREAU ; *Rev. crit. DIP* 1991, p. 558, note M.-L. NIBOYET-HOEGY.

⁴⁵¹ 1^{ère} civ. 26 mai 1999, *Mme Elkbbizj*, *Bull. civ.* I, n° 174 ; 1^{ère} civ., 21 mars 2000, pourvoi n° 98-15.650, *Bull.* 2000, I, n° 96.

Le juge, une fois qu'il a déclaré la loi étrangère applicable, a l'obligation d'en rechercher la teneur. Là aussi, le fondement de la solution est en principe l'article 3 du code civil⁴⁵², même s'il a pu arriver que la Cour de cassation vise l'article 12 du code de procédure civile⁴⁵³.

De même, le contrôle de la dénaturation de la loi étrangère, autrefois fondé sur l'ancien article 1134 du code civil, est désormais fondé sur l'article 3 du code civil⁴⁵⁴.

L'article 3, une fois que sa signification s'est émancipée de sa lettre, a opéré comme un aimant sur l'ensemble des règles du droit international privé. Ainsi qu'il a été très justement relevé, l'article 3 du code civil « s'écrit avec des mots, mais se lit avec l'histoire »⁴⁵⁵. Comme dans la vie, en matière de visas, c'est l'habitude qui semble permettre l'action⁴⁵⁶.

Aujourd'hui, l'article 3 du code civil a perdu de sa splendeur. Il n'apparaît plus que rarement aux visas des arrêts de cassation, remplacé tantôt par les principes régissant le droit international privé, tantôt par les conventions bilatérales et multilatérales toujours plus nombreuses à régir les conflits de loi.

148. Sédimentation de sens et besoin de justification. L'acquisition de sens par un texte rend moins nécessaire l'usage des chapeaux. Ainsi, avant que la solution ne soit consacrée par la réforme du droit des obligations, l'ancien article 2044 du code civil aux termes duquel « la transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître », ne prévoyait pas la nécessité de concessions réciproques entre les parties pour qu'il y ait transaction. Pour autant, la condition de concession réciproques était si connue, qu'elle n'était que rarement rappelée dans les arrêts sanctionnant leur absence : tout se

⁴⁵² 1^{ère} civ., 5 octobre 1994, pourvoi n° 91-21.073, *Bull.* 1994, I, n° 267 ; 1^{ère} civ., 1 juillet 1997, pourvoi n° 95-17.925, *Bull.* 1997, I, n° 222 ; 1^{ère} civ., 18 septembre 2002, pourvoi n° 00-14.785, *Bull.* 2002, I, n° 202 ; 1^{ère} civ., 13 novembre 2003, pourvoi n° 01-17.180, *Bull.* 2003, I, n° 225.

⁴⁵³ 1^{ère} civ., 27 janvier 1998, pourvoi n° 95-20.600, *Bull.* 1998, I, n° 27.

⁴⁵⁴ Le 1^{er} juillet 1997 (pourvoi n° 95-15.262, *Bull.* 1997, I, n° 221), la première chambre civile vise pour la première fois l'article 3 pour fonder une cassation pour dénaturation. Ce visa a été analysé comme un élargissement du contrôle de dénaturation par B. FILLION-DUFOULEUR, « L'application de la loi étrangère et le contrôle de dénaturation », *JCP G.*, n°43, 21 Octobre 1998, II 10170.

Le 14 février 2006 (pourvoi n° 03-11.604, *Bull.* 2006, I, n° 67), la première chambre civile vise pour la première fois une loi étrangère conjointement avec l'article 3 du code civil pour fonder une dénaturation.

⁴⁵⁵ B. ANCEL, « Destinées de l'article 3 du code civil », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul LAGARDE*, Dalloz, 2005 p. 1 et s, spéc. p. 18.

⁴⁵⁶ En ce sens, H. BERGSON, *Matière et mémoire. Essai sur la relation du corps à l'esprit.* (1996), Puf quadrige, 1990 p. 280 : « Non seulement, par sa mémoire des expériences déjà anciennes, cette conscience retient de mieux en mieux le passé pour l'organiser avec le présent dans une décision plus riche et plus neuve, mais vivant d'une vie plus intense, contractant, par sa mémoire de l'expérience immédiate, un nombre croissant de moments extérieurs dans sa durée présente, elle devient plus capable de créer des actes dont l'indétermination interne, devant se répartir sur une multiplicité aussi grande qu'on voudra des moments de la matière, passera d'autant plus facilement à travers les mailles de la nécessité. Ainsi, qu'on l'envisage dans le temps ou dans l'espace, la liberté paraît toujours pousser dans la nécessité des racines profondes et s'organiser intimement avec elle ».

passait comme si cette condition était explicitement prévue dans le texte⁴⁵⁷. On observe ainsi une dégradation de la motivation par l'acquisition de sens par le visa⁴⁵⁸.

Ce phénomène de diminution de la motivation par l'acquisition de sens des visas est général. Lorsqu'une règle nouvelle est formulée, que cette formulation soit le résultat d'un lent processus de maturation⁴⁵⁹, ou d'une évolution rapide⁴⁶⁰ elle l'est en général dans un attendu de principe⁴⁶¹. Puis, une fois que la règle est intégrée, le visa suffit à référer à cette règle. La référence implicite peut aussi être effectuée en direction de la jurisprudence d'autres juridictions.

B. La justification par la référence implicite à la jurisprudence d'autres juridictions

Certains visas de textes permettent d'opérer efficacement une référence implicite à la jurisprudence d'autres juridictions. Cette référence est par ailleurs parfois explicitée dans le corps de l'arrêt, mais ce n'est pas toujours le cas.

149. Le sens de la référence à la Convention européenne des droits de l'homme.

Lorsqu'un texte comme un article de la Convention européenne des droits de l'homme est visé, la référence est souvent faite non pas à la lettre du texte mais de façon implicite à une décision en particulier de la Cour européenne, que les commentateurs de l'arrêt ne manquent pas de repérer. D'ailleurs, dans les textes préparatoires des arrêts, les textes du Conseil de l'Europe sont « souvent évoqués mais généralement éclipsés par la jurisprudence de la Cour »⁴⁶², et l'analyse des arrêts rendus au visa d'articles de la Convention européenne des droits de l'homme dans le

⁴⁵⁷ Par exemple, 1^{ère} civ., 3 mai 2000, pourvoi n° 98-12.819, *Bull.* 2000, I, n° 130 :

« Vu l'article 2044 du Code civil ;

Attendu que, pour condamner M. X... à payer à M. Y... la somme de 11 350 000 CFP, l'arrêt attaqué retient que cette somme est due en vertu d'une transaction qui résulterait d'un procès-verbal de conciliation du 25 novembre 1991, intervenu entre les parties en présence du président de la section locale de l'Ordre national des médecins ;
Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans avoir relevé l'existence de concessions réciproques des parties à l'acte, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

⁴⁵⁸ Cela n'empêche pas un rappel dans un chapeau de la règle de temps en temps. Ainsi, Soc. 5 janvier 1994, pourvoi n° 89-40.961, *Bull.* 1994, V, n° 1.

⁴⁵⁹ A. BRETON, « L'arrêt de la Cour de cassation », *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, t. XXIII, Toulouse, 1975, p. 5 s., spéc. p. 15, évoquant une évolution à « petits pas ».

⁴⁶⁰ Parlant d'une jurisprudence « à grands bonds », P. DEUMIER, « La formation de la jurisprudence vue par elle-même », *RTD Civ.* 2006 p. 521.

⁴⁶¹ En ce sens, D. LANZARA, *Les méthodes de la Cour de cassation dans la création du droit : étude à la lumière du droit des obligations*, Thèse, Nice, 2014 : Lorsqu'une règle est créée ou généralisée progressivement, son explicitation est l'étape qui marque la fin du processus de création (spéc. p. 97 et 100). Lorsqu'une règle est créée de façon accélérée, l'attendu de principe est d'autant plus nécessaire (p. 129 s.).

⁴⁶² P. DEUMIER, « Les « motifs des motifs » des arrêts de la Cour de cassation Étude des travaux préparatoires », *in Mélanges offerts à J.-F. Burgelin*, Paris, Dalloz, 2008, p.125 s., spéc. p. 131.

rapport annuel de la Cour de cassation contient toujours une analyse de la jurisprudence de la Cour européenne⁴⁶³.

Par exemple, quand la Cour de cassation décide que la simple indication du nom de la mère dans l'acte de naissance suffit à établir la filiation maternelle au visa des articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme⁴⁶⁴, on reconnaît la référence implicite à la solution de l'arrêt *Marckx contre Belgique*⁴⁶⁵. En effet, par cette décision, la Cour européenne avait, entre autres, reconnu la violation de l'article 14 combiné à l'article 8 en raison de la différence de traitement non justifiée entre mères célibataires et mère mariées, quant au mode d'établissement de la filiation de leur enfant. L'article 337 du code civil français alors en vigueur, prévoyait que « L'acte de naissance portant l'indication de la mère vaut reconnaissance, lorsqu'il est corroboré par la possession d'état », alors qu'aux termes de l'article 319 du code civil, l'indication de la mère suffisait à établir cette filiation. Il s'agissait donc d'une différence de traitement concernant le mode d'établissement de la filiation de l'enfant naturel, par rapport à l'enfant légitime.

Cependant, la référence à la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas forcément la référence à un arrêt rendu par la Cour européenne. En effet, il peut arriver que la Cour de cassation aille plus loin que la solution d'une décision précise de la Cour européenne. Ce fut le cas par exemple en matière de répudiations unilatérales⁴⁶⁶. La référence à la Convention européenne constitue alors vraiment une référence à la Convention européenne justifiant la cassation en raison d'une violation d'un droit.

La référence à la Convention européenne des droits de l'homme peut aussi permettre de justifier l'interprétation qui est faite d'un texte national⁴⁶⁷, ou une évolution de la jurisprudence par le biais de l'adjonction d'un visa⁴⁶⁸.

150. La référence implicite à la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne. De la même manière que le visa de la Convention européenne des droits de l'homme fait souvent référence de façon implicite à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, les visas de textes européens font aussi souvent référence de façon implicite

⁴⁶³ Ainsi, *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2008 p. 247, à propos de Soc., 5 mars 2008, *Bull.* n° 55, pourvoi n° 06-18907.

⁴⁶⁴ Ainsi, 1^{ère} civ., 14 février 2006, pourvoi n° 05-13.006, *Bull.* 2006, I, n° 73.

⁴⁶⁵ CEDH, *Marckx contre Belgique*, 13 juin 1979, requête n° 6833/74.

⁴⁶⁶ 1^{re} civ., 5 janvier 1999, n° 96-14.535, *Bull.* 1999, n° 7.

⁴⁶⁷ Cf. *infra* n° 183.

⁴⁶⁸ Cf. *infra* n° 164 s.

à la jurisprudence de la Cour de justice⁴⁶⁹. Il s'agit de textes de l'Union directement applicables à l'échelle nationale, mais pour lesquels la Cour de justice de l'Union européenne a donné une interprétation, qui, en tant que telle, est obligatoire dans les États membres⁴⁷⁰. Le texte visé est alors bien celui qui a été transgressé par la juridiction du fond, mais la justification du lien entre le texte et la règle de décision réside dans la décision de la Cour de justice, qui figure alors souvent dans un attendu de l'arrêt de cassation⁴⁷¹.

151. Sédimentation du sens et permanence des visas. La permanence des visas pour une même question présente l'intérêt de référer de façon implicite à l'ensemble des décisions antérieures ayant eu le même fondement textuel. On peut alors considérer que la Cour de cassation, par le seul biais du visa, se réfère à sa propre jurisprudence ou à celle d'autres juridictions. Ceci explique qu'un changement dans l'interprétation d'un texte engendre un changement dans la façon de le viser : s'il était jusque-là visé seul, on pourra lui adjoindre un nouveau visa qui viendra justifier le changement dans l'interprétation opérée. Le visa ainsi adjoint joue alors un rôle de justification de l'interprétation du texte fondant la cassation.

Section II. Le visa comme élément de justification de l'interprétation

152. Dans les exemples vus précédemment, le véritable fondement de l'arrêt réside souvent dans le chapeau, ou même dans une règle implicite que la Cour de cassation vient appliquer, mais le texte visé est toujours le lieu censé contenir la règle en question. Dans les cas qui vont suivre, au moins un des visas n'est pas le texte support de l'interprétation aboutissant à la règle de décision, mais un texte permettant de justifier cette interprétation.

Il arrive régulièrement que la Cour de cassation vise un texte « tel qu'interprété par... » ou « interprété à la lumière de... ». Si, en règle générale, l'ordre de la citation des textes dépend

⁴⁶⁹ 1^{ère} civ., 22 janvier 2014, pourvoi n° 10-15.890, *Bull.* 2014, I, n° 9 ; 1^{ère} civ., 6 juin 2012, pourvoi n° 10-25.233, *Bull.* 2012, I, n° 119 ; Soc., 9 juillet 2014, pourvoi n° 11-21.609, *Bull.* 2014, V, n° 193.

⁴⁷⁰ Il n'est pas question ici du visa de directives, qui sont des visas interprétatifs.

Par exemple, pour l'interprétation de article 19, paragraphe 2, a), du Règlement (CE) n° 44/ 2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, reprenant directement CJCE, 3 juill. 1993, aff. C-125/92, *Mulox* et CJCE, 9 janv. 1997, aff. C-383/95, *Rütten*, Soc., 28 septembre 2016, pourvoi n° 15-17.288, *publication en cours*. En ce sens, V. LACOSTE-MARY, « Règles de conflit de juridictions et succession de CDD », *Droit social* 2016, 1068.

⁴⁷¹ Ainsi, 1^{ère} civ., 7 octobre 2015, pourvoi n° 14-16.896, *publication en cours* ; 1^{ère} civ., 25 mars 2015, pourvoi n° 13-24.796, *Bull.* 2015, I, n° 71 ; 1^{ère} civ., 15 janvier 2015, pourvoi n° 13-25.351, *Bull.* 2015, I, n° 17.

« de leur nature, les articles de loi passant avant ceux des décrets, et après ceux des codes »⁴⁷², dès lors qu'un texte est visé aux fins d'interprétation d'un autre, sa place naturelle se situe à la suite du texte qu'il a pour fonction d'interpréter. En général, c'est à la lumière de directives européennes⁴⁷³ et par des décisions⁴⁷⁴ que les textes sont interprétés. Cependant, l'interprétation d'un texte à la lumière d'un autre texte peut très bien avoir lieu de façon implicite, les deux textes étant simplement juxtaposés.

153. Le visa peut être un élément de justification du choix des prémisses de l'arrêt de cassation soit en ce qu'il sert à justifier du choix du visa, soit en ce qu'il sert de justification à l'interprétation qui a été faite du visa. Certains visas permettent en effet de montrer que le texte de loi violé était bien applicable. D'autres renvoient de façon implicite à des arguments au soutien d'une interprétation. Une méthode de justification d'une interprétation consiste à viser plusieurs textes, qui, combinés, peuvent mener à l'interprétation choisie par la Cour de cassation. Il y a une réelle diversité dans ces méthodes de justification. On peut cependant les regrouper en deux catégories, certaines se fondant sur la cohérence du système juridique (§1), d'autres sur l'autorité d'une interprétation (§2).

§1. La justification par la cohérence

154. Combinaisons de visas. Différents types de combinaisons de visas permettent de justifier l'interprétation qui est faite d'un texte. D'abord, on peut avoir un visa interprétatif qui suit le texte dont il vient justifier l'interprétation (A). Ensuite, les différents textes visés peuvent se combiner pour aboutir à une règle (B). Enfin, une place spéciale doit être réservée au visa interprétatif qui permet de justifier un revirement de jurisprudence (C).

⁴⁷² A. PERDRIAU, « Visas, « chapeaux » et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile », *JCP* 1986, I, 3257.

⁴⁷³ 1^{ère} civ., 5 avril 2005, pourvois n° 02-11.947 et 02-12.065, *Bull.* 2005, I, n° 173 ; 1^{ère} civ., 21 juin 2005, pourvoi n° 02-18.815, *Bull.* 2005, I, n° 275 ; 1^{ère} civ., 24 janvier 2006, pourvoi n° 03-19.534, *Bull.* 2006, I, n° 33 ; 1^{ère} civ., 22 mai 2008, *Bull.* 2008, I, n° 147, 148 et 149, respectivement pourvois n° 06-14.952, 05-20.317 et 06-10.967 ; 1^{ère} civ., 25 juin 2009, pourvoi n° 08-12.781, *Bull.* 2009, I, n° 141 (directive CEE n° 85-374 du 24 juillet 1985) ; 1^{ère} civ., 28 février 2006, pourvoi n° 05-15.824, *Bull.* 2006, I, n° 126 (directive n° 2001/29/CE du 22 mai 2001) ; 1^{ère} civ., 27 février 2007, pourvoi n° 05-21.962, *Bull.* 2007, I, n° 87 (Directive 93/98 CEE du Conseil du 29 octobre 1993) ; 1^{ère} civ., 15 novembre 2010, pourvoi n° 09-11.161, *Bull.* 2010, I, n° 232 ; 1^{ère} civ., 6 octobre 2011, pourvoi n° 10-10.800, *Bull.* 2011, I, n° 161 ; 1^{ère} civ., 17 juillet 2012, pourvoi n° 11-18.807, *Bull.* 2012, I, n° 170 ; 1^{ère} civ., 11 février 2014, pourvoi n° 12-25.748, *Bull.* 2014, I, n° 19 (directive 2005/29/CE du 11 mai 2005).

⁴⁷⁴ Ainsi, 1^{ère} civ., 6 juillet 2005, pourvoi n° 04-50.055, *Bull.* 2005, I, n° 204.

A. L'interprétation d'un texte grâce à un second

155. D'abord, la Cour de cassation peut viser des textes s'ils ont été mal utilisés par une juridiction aux fins d'interprétation d'un autre texte. Il ne s'agit pas à proprement parler de visas interprétatifs. La cassation intervient pour fausse utilisation à des fins d'interprétation. Ainsi, elle a visé les articles 6 du préambule de 1946 et 11 de la Convention européenne des droits de l'homme qu'une juridiction a utilisé à tort pour créer une exception aux règles générales relatives au prêt à commodat⁴⁷⁵ : la Cour d'appel s'était fondée sur protection de la liberté syndicale pour soustraire une association à son obligation de rendre la chose prêtée. Les textes avaient bien été utilisés pour interpréter les textes relatifs au commodat, mais la Cour de cassation refuse une telle utilisation. Il ne s'agit donc pas à proprement parler de visas interprétatifs.

156. L'interprétation d'un texte grâce à un second texte peut permettre de justifier l'interprétation d'une règle (1), l'interprétation du champ d'application (2) ou la neutralisation du texte interprété (3).

1) La justification de l'interprétation de l'implication

157. Le visa de la constitution justifiant la sanction applicable à la méconnaissance d'un texte. L'article 66 de la Constitution, aux termes duquel le juge est le gardien de la liberté individuelle, est apparu au visa de plusieurs arrêts pour interpréter l'article L. 552-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. Ce dernier texte prévoit, en matière de rétention d'un étranger dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire, que le juge saisi aux fins de prolongation de la détention doit s'assurer que l'étranger « a été, au moment de la notification de la décision de placement, pleinement informé de ses droits et placé en état de les faire valoir ». La Cour de cassation a considéré que la méconnaissance de ces dispositions doit entraîner la nullité de la procédure et que le juge doit s'assurer par tout moyen de son respect⁴⁷⁶. La référence à la Constitution semble permettre de déterminer la sanction attachée au non-respect d'une disposition législative : le juge, en tant que gardien des libertés individuelles, doit sanctionner une atteinte aux droits.

⁴⁷⁵ 1^{ère} civ., 3 juin 2010, pourvoi n° 09-14.633, *Bull.* 2010, I, n° 127 : visa du préambule de la Constitution de 1946 aux côtés à la fois des autres textes sur lesquels était fondée l'interprétation erronée, et des textes sur lesquels portait l'interprétation.

⁴⁷⁶ 1^{ère} civ., 31 janvier 2006, (3 arrêts), pourvois n° 04-50.128, 04-50.121, 04-50.093, *Bull.* 2006, I, n° 45 p. 46.

2) La justification de l'applicabilité du visa

158. La justification de la qualification juridique par le visa. Le visa de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme aux côtés de l'ancien article 1382 permet de justifier la cassation de l'arrêt d'une cour d'appel qui a retenu la responsabilité d'une association pour des faits qui, selon la Cour de cassation relevaient de la liberté d'expression⁴⁷⁷. Il s'agit, par le biais de l'article 10 de justifier que les faits en question ne soient pas qualifiés de fautes.

159. Dans un arrêt du 22 mai 2003, l'article 7 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui concerne le droit à la liberté et à la sûreté, a été visé sans être nécessaire au fondement de la cassation, la cour d'appel ayant violé le second des textes visés⁴⁷⁸. En effet, c'est l'article 63-1 du code de procédure pénale, aux termes duquel « toute personne placée en garde à vue est immédiatement informée par un officier de police judiciaire, ou, sous le contrôle de celui-ci, par un agent de police judiciaire, de la nature de l'infraction sur laquelle porte l'enquête » qui a été méconnu par la juridiction du fond. Celle-ci a considéré que l'intéressé était suffisamment informé des raisons de son placement en garde à vue, dès lors que son interpellation faisait suite à sa tentative de se soustraire à un contrôle d'identité. Il semble qu'elle ait considéré que l'information de l'étranger quant à l'infraction qu'il est suspecté d'avoir commise puisse être entendue de façon objective : l'action d'informer ne serait nécessaire que s'il est susceptible d'être dans l'ignorance. Aux termes de l'article 63-1 du code de procédure pénale, « toute personne placée en garde à vue est immédiatement informée par un officier de police judiciaire, ou, sous le contrôle de celui-ci, par un agent de police judiciaire, de la nature de l'infraction sur laquelle porte l'enquête ». Le terme de « nature de l'infraction » pouvait porter à débat, et on aurait pu imaginer que le fait que le suspect ait tenté de s'enfuir démontrait qu'il avait pleinement conscience de l'infraction qu'il était suspecté d'avoir commis. La référence à l'article 7 de la déclaration des droits de l'homme permet alors de justifier une interprétation stricte de la disposition en question, puisqu'il prévoit : « Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites ».

160. Justification de la création d'une distinction. Le visa d'un texte peut venir justifier la création d'une distinction. Ainsi, dans un arrêt du 10 mai 2005⁴⁷⁹, la première chambre civile vise l'article 1875 du code civil, aux termes duquel « le prêt à usage ou commodat est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la

⁴⁷⁷ 1^{ère} civ., 8 avril 2008, pourvoi n° 07-11.251, *Bull.* 2008, I, n° 104 : « Vu les articles 1382 du code civil, ensemble l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme ».

⁴⁷⁸ 2^{ème} civ., 22 mai 2003, pourvoi n° 02-50.008, *Bull.* 2003, II, n° 152.

⁴⁷⁹ 1^{ère} civ., 10 mai 2005, pourvoi n° 02-17.256, *Bull.* 2005, I, n° 204.

rendre après s'en être servi », pour énoncer que « l'obligation pour le preneur de rendre la chose prêtée après s'en être servie est de l'essence du commodat » ce qui lui permet de justifier l'interprétation qu'elle fait de l'article 1888, aux termes duquel « le prêteur ne peut retirer la chose prêtée qu'après le terme convenu, ou, à défaut de convention, qu'après qu'elle a servi à l'usage pour lequel elle a été empruntée. » En effet, une interprétation littérale de cet article aurait conduit à considérer que, tant que la chose servait à l'usage pour lequel elle avait été empruntée, le prêteur ne pouvait retirer la chose prêtée en l'absence de terme prévu dans la convention de prêt à usage. Dans les faits de l'espèce, la chose objet du prêt était un immeuble, qui servait de façon continue à l'emprunteuse, celle-ci se trouvant dans une situation financière délicate. Or, une telle interprétation aurait pour conséquence de rendre le prêt à usage potentiellement perpétuel, ce qui irait à l'encontre de l'essence du commodat, qui est un contrat qui implique une obligation de restitution à la charge de l'emprunteur. Il apparaît alors nécessaire d'ajouter une troisième hypothèse dans laquelle le prêteur peut retirer la chose prêtée, à savoir le cas où « aucun terme n'a été convenu pour le prêt d'une chose d'un usage permanent, sans qu'aucun terme naturel soit prévisible ». La Cour de cassation décide que, dans une telle hypothèse, « le prêteur est en droit d'y mettre fin à tout moment, en respectant un délai de préavis raisonnable ».

Le visa d'un texte peut donc permettre de dégager un principe à l'encontre duquel une interprétation littérale d'un autre texte irait, rendant indispensable l'adoption d'une nouvelle règle. La justification ainsi opérée est alors très puissante.

161. Justification du champ d'application dans le temps d'un texte. Un visa peut venir justifier de l'applicabilité du texte qui a été méconnu. Par exemple, la Cour de cassation vise l'article 2 du code civil aux côtés du texte dont on veut déterminer s'il était applicable devant la juridiction du fond. Aux termes de ce texte, « la loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif ». Ainsi, le visa de ce texte permet de justifier une cassation pour violation du texte qu'il permet d'interpréter quand la juridiction du fond a refusé de l'appliquer alors qu'il était applicable de façon immédiate⁴⁸⁰, ou bien une cassation pour fausse application d'un texte alors qu'il n'était pas encore applicable⁴⁸¹.

3) La neutralisation du texte interprété

162. Le visa concomitant d'un texte aux côtés du texte permettant de le neutraliser est rare. En effet, l'interprétation conforme est préférée lorsqu'elle est possible, à tel point que lorsqu'elle

⁴⁸⁰ 2^{ème} civ., 8 décembre 2005, pourvoi n° 04-04.068, *Bull.* 2005, II, n° 315.

⁴⁸¹ 2^{ème} civ., 30 avril 2003, pourvoi n° 00-14.333, *Bull.* 2003, II, n° 123.

n'est pas possible, il peut sembler préférable de taire l'existence du texte dont l'application est neutralisée, pour n'appliquer que celui qui est applicable⁴⁸². Pour autant, la situation n'est pas inédite. Ainsi, l'article 1^{er} du protocole n°1 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales a été visé pour justifier la neutralisation de la loi anti-perruche⁴⁸³. Ici, le visa neutralisateur précédait le visa du texte neutralisé.

B. L'action réciproque de plusieurs textes

Parfois, il n'est pas possible de dire quel texte sert à interpréter l'autre, et il semble que l'on soit en présence d'une réelle combinaison des textes visés aboutissant à l'énoncé d'une règle.

163. Ainsi, la Cour de cassation vise fréquemment l'ancien article 1315 du code civil⁴⁸⁴ qui régit la charge de la preuve conjointement avec le texte prévoyant l'obligation à prouver⁴⁸⁵. Le texte en question peut être celui prévoyant les conditions de mise en œuvre de la règle dont on cherche à déterminer sur laquelle des parties repose la charge de la preuve⁴⁸⁶. La combinaison de l'ancien article 1315 et du texte permet alors de sanctionner la cour d'appel qui a inversé la charge de la preuve en ce qui concerne la réunion de ces conditions. Le texte conjointement visé avec l'article 1315 peut aussi être un texte prévoyant une présomption⁴⁸⁷, ou une règle de preuve plus spéciale⁴⁸⁸.

Dans un arrêt du 26 mai 2011⁴⁸⁹, la première chambre civile s'est fondée sur les articles 21 de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 et R. 6212-86 et R. 6212-87 du code de la santé publique pour déterminer la date à laquelle l'exclusion d'un associé prenait effet. Le premier de ces textes est visé ici car la cour d'appel, en s'en servant pour interpréter les dispositions des articles R. 6212-86 et R. 6212-87 d'une façon protectrice des droits des associés, en a fait une mauvaise application. En effet, l'article R 6212-86 concerne les causes d'exclusion d'un associé

⁴⁸² Ainsi, écartant l'application de l'article 161 du code civil, mais passant ce texte sous silence, seul l'article 8 de la CESDH étant visé : 1^{ère} civ., 4 décembre 2013, pourvoi n° 12-26.066, *Bull.* 2013, I, n°234.

⁴⁸³ 1^{ère} civ. 24 janvier 2006, pourvoi n° 02-13.775, *Bull.* 2006, I, n° 31.

⁴⁸⁴ Devenu l'article 1353 du code civil.

⁴⁸⁵ 1^{ère} civ., 14 février 2006, pourvoi n° 05-11.001, *Bull.* 2006, I, n° 64 : « Vu les articles 1315 et 373-2-5 du code civil ; Attendu qu'il appartient à celui qui demande la suppression d'une contribution à l'entretien d'un enfant de rapporter la preuve des circonstances permettant de l'en décharger ».

⁴⁸⁶ Ainsi, 1^{ère} civ. 28 février 2006, pourvoi n° 03-12.540, *Bull.* 2006, I, n° 122 ; 1^{ère} civ. 10 mai 2006, pourvoi n° 03-16.593, *Bull.* 2006, I, n° 235.

⁴⁸⁷ 1^{ère} civ. 3 mai 2006, pourvoi n° 04-20.423, *Bull.* 2006, I, n° 210.

⁴⁸⁸ 1^{ère} civ. 7 juin 2006, pourvoi n° 03-18.807, *Bull.* 2006, I, n° 293 ; 1^{ère} civ. 8 avril 2010, pourvoi n° 09-10.977, *Bull.* 2010, I, n° 89.

⁴⁸⁹ 1^{ère} civ., 26 mai 2011, pourvoi n° 10-16.894, *Bull.* 2011, I, n° 99.

d'une société d'exercice libéral exploitant un laboratoire d'analyses médicales, et l'article R. 6212-87, quant à lui prévoit que l'associé sous le coup d'une interdiction temporaire d'exercer conserve ses droits et obligations à l'exception de la rémunération liée à son activité professionnelle, à moins qu'il ne soit exclu par les associés dans les conditions de l'article R. 6212-86. La référence à ce dernier texte, dans l'espèce présente, peut sembler étrange, puisque l'associé en question n'était pas frappé d'une interdiction temporaire d'exercer. Il était exclu de la société pour avoir contrevenu aux règles de fonctionnement de la société. En réalité, la référence à ce texte procède à la fois d'une interprétation à contrario de celui-ci et d'une application par analogie. En effet, il résulte de l'article R 6212-87 que l'associé qui est frappé d'une interdiction conserve, le temps de l'interdiction, sa qualité d'associé, sauf s'il est exclu par les autres associés. On peut en déduire que l'exclusion par les autres associés, dans ce cas, entraîne la perte immédiate de la qualité d'associé.

Par une application par analogie de cette solution au cas où l'associé est simplement exclu par les autres associés sans avoir été frappé au préalable d'une interdiction temporaire d'exercer, la Cour de cassation en conclut que la perte de la qualité d'associé fondée sur l'article R. 6212-86 opère de façon immédiate⁴⁹⁰. L'idée est que si, dans le cadre de l'application de l'article R. 6212-87, la mise en œuvre de l'article R. 6212-86 entraîne une perte immédiate de la qualité d'associé, il n'y a pas de raison qu'en dehors de l'application de l'article R. 6212-87, la mise en œuvre de l'article R. 6212-86 entraîne des conséquences différentes. On voit ainsi que l'action réciproque des visas entre eux peut être complexe.

C. La justification d'un revirement de jurisprudence par l'adjonction d'un nouveau visa

164. L'adjonction d'un nouveau visa permet souvent de justifier un changement de la règle appliquée par la Cour de cassation. C'est comme si l'interprétation des textes antérieurement visés à la lumière du nouveau visa engendrait une solution différente. Le texte nouvellement visé n'est pas forcément nouveau, mais sa découverte, ou plutôt la découverte de son lien avec les autres textes justifie un changement de la règle de décision.

Ainsi, la première chambre civile a pu adjoindre l'article 6§1 au visa des articles 1214, 1215 et 1243 du code civil pour élargir la notion de personnes dont les droits sont modifiés au sens de ces articles. En effet, elle avait d'abord décidé qu'aux termes des articles 1214, 1315 et 1243 du code civil, le recours contre les décisions portant mainlevée de la tutelle ou de la curatelle

⁴⁹⁰ B. VASSALLO et C. CRETON, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2011 p. 2140.

n'étant ouvert qu'aux personnes dont la décision modifie les droits ou les charges, la notion de droit devait s'entendre ici exclusivement de ceux qui résultent de l'organisation de la tutelle ou de la curatelle⁴⁹¹. Le beau-frère et la sœur de la personne placée sous curatelle n'étaient alors pas recevables dans leur action. Quand en 2008, la première chambre civile décide que le gendre est une personne dont la déclaration de tutelle vacante modifie les droits et charges au sens des articles 1214 et 1215 du code de procédure civile⁴⁹², c'est par l'adjonction du visa de l'article 6§1 de la CESDH qu'elle justifie ce changement de position. On comprend alors que c'est le droit à un juge qui a décidé la Cour de cassation à se départir de sa conception trop restrictive de la notion de personne dont la décision modifie les droits ou les charges. Il faut dire qu'une censure de la CEDH sur ce point apparaissait probable au vu de ses dernières décisions concernant la tutelle des mineurs, ce que n'avait pas manqué de remarquer la doctrine⁴⁹³.

De même, c'est un changement de visa qui a permis de justifier le revirement de jurisprudence intervenu en matière de mandat apparent. Quand la Cour de cassation admettait le jeu de la théorie du mandat apparent en matière de vente par l'entremise d'un agent immobilier, elle se fondait sur l'article 1998 du code civil pour casser les jugements d'appel qui refusaient le jeu du mandat apparent⁴⁹⁴. Le jour où elle change radicalement de cap et décide que les dispositions de la loi Hoquet ne peuvent être contournées par le biais de la théorie de l'apparence, c'est sur les dispositions de cette même loi qu'elle se fonde⁴⁹⁵.

Cependant, un changement de jurisprudence n'implique pas forcément un changement de visa, tout simplement parce qu'en l'état de la jurisprudence antérieure, aucune cassation n'était parfois possible. C'est le cas pour le changement d'interprétation de l'application de l'article 455 du code de procédure civile en dehors de toute condamnation de la CEDH⁴⁹⁶ qui a été justifié par

⁴⁹¹ 1^{ère} civ. 15 juillet 1993, pourvoi n° 91-18.461, *Bull.* 1993, I, n° 258.

⁴⁹² 1^{re} civ. 23 janv. 2008, pourvoi n° 05-20.068, *Bull.* 2008, I, n° 25 ; J. HAUSER, « Une précision bienvenue : les titulaires des recours contre les décisions organisant la tutelle » *RTD civ.* 2008 p. 275.

⁴⁹³ J. HAUSER, « Toujours la définition des droits et charges de l'article 1215 du nouveau code de procédure civile », *RTD civ.* 2007 p. 754.

⁴⁹⁴ Ainsi, 1^{ère} civ., 12 mai 2004, pourvoi n° 03-13.977, Inédit.

⁴⁹⁵ 1^{ère} civ. 31 janvier 2008, pourvoi n° 05-15.774, *Bull.* I, 2008, n° 30 : « Vu les articles 1^{er} et 6 de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 et l'article 72 du décret n° 72-678 du 20 juillet 1972 ; Attendu que, selon les dispositions des deux premiers de ces textes qui sont d'ordre public, les conventions conclues avec les personnes physiques ou morales se livrant ou prêtant leur concours, d'une manière habituelle, aux opérations portant sur les biens d'autrui et relatives, notamment, à la vente d'immeubles, doivent être rédigées par écrit ; que suivant le troisième, le titulaire de la carte professionnelle "transactions sur immeubles et fonds de commerce" doit détenir un mandat écrit précisant son objet et qui, lorsqu'il comporte l'autorisation de s'engager pour une opération déterminée, fait expressément mention de celle-ci ; que le mandat apparent ne peut tenir en échec ces règles impératives ».

⁴⁹⁶ Com. 23 mars 2010, pourvoi n° 09-11.029, Inédit ; 09-14.121 ; Com., 5 octobre 2010, pourvoi n° 09-71.679, Inédit ; 1^{ère} civ., 17 mars 2011, pourvoi n° 10-10.583, *Bull.* 2011, I, n° 56 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « L'influence sur l'impartialité du tribunal de la motivation réduite à la reproduction des conclusions de la partie victorieuse », *RTD civ.* 2010 p. 289.

le visa de l'article 6§1 de la CESDH. Selon l'article 455 du code de procédure civile, « le jugement doit exposer succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens. Cet exposé peut revêtir la forme d'un visa des conclusions des parties avec l'indication de leur date. » Jusqu'alors, il était admis que le juge reprenne dans son jugement les conclusions d'une seule des parties en guise de motivation⁴⁹⁷. La Cour de cassation est revenue sur cette jurisprudence au motif qu'il y a là une apparence de partialité du juge, puisqu'il ne pas avoir pris en compte l'argumentation de l'autre partie.

Que l'on soit en présence d'un visa interprétatif ou en présence d'une combinaison de visas, on est en présence d'une justification par la cohérence. En effet, il s'agit de mettre en évidence, par la juxtaposition de ces textes, les contraintes interprétatives auxquelles ils sont soumis. La mise en évidence de contraintes interprétatives peut aussi passer par la référence à la jurisprudence d'autres juridictions.

§2. La justification par référence à la jurisprudence d'autres juridictions

165. Le visa interprétatif peut constituer une référence implicite (A) ou explicite (B) à la jurisprudence d'autres juridictions.

A. La référence implicite à une autorité interprétative

166. Il a déjà été mis en évidence que certains visas permettent de faire référence, de façon implicite, à des décisions de justice. Ainsi, les visas de textes de droit de l'Union et de la Convention européenne des droits de l'homme renvoient, de façon naturelle, respectivement aux décisions de la Cour de justice et aux décisions de la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁹⁸. Mais ces visas constituent pour autant le fondement direct de la cassation. Dans les exemples qui vont suivre, c'est un visa interprétatif qui permet d'effectuer une référence implicite à une décision de justice. Ainsi, on a un texte interprété à la lumière d'un texte interprété implicitement à la lumière d'une décision. Différents visas de textes permettent d'effectuer une référence implicite à des décisions. Le visa de directives permet de renvoyer à la jurisprudence de la Cour

⁴⁹⁷ Com., 29 octobre 1991, pourvoi n° 90-13.368, *Bull.* 1991, IV, n° 322.

⁴⁹⁸ Cf. *infra* n° 149 et n° 150.

de justice de l'Union européenne (1). Le visa de la Constitution peut constituer une référence à une décision du Conseil constitutionnel (2). Et les visas de la Convention européenne des droits de l'homme peuvent correspondre à une référence à une décision de la Cour européenne des droits de l'homme (3).

1) Le visa de directives comme référence indirecte à la jurisprudence le Cour de justice

167. Le visa d'un texte interprété à la lumière d'une directive correspond à l'adaptation, par la juridiction, du texte aux exigences de la directive. Cela implique qu'un tel texte ne soit pas totalement incompatible avec celle-ci. Ce type de visa est plus ou moins précis. La Cour de cassation peut se référer aux lumières d'une directive entière⁴⁹⁹ ou bien seulement à une partie de celle-ci⁵⁰⁰. Il peut arriver que la Cour de cassation vise seulement le texte de droit interne en question, donnant son interprétation à la lumière de la directive dans un chapeau⁵⁰¹, mais une telle pratique est spécifique à la chambre sociale, et beaucoup plus rare que le visa direct du texte tel qu'interprété à la lumière de la directive⁵⁰².

a) L'apparition de la pratique du visa de directives

168. Historiquement, c'est la Cour de justice des Communautés européennes qui a enjoint les juridictions nationales à interpréter les textes nationaux à la lumière des directives en cas de défaillance de l'État dans la transposition de la directive à l'expiration du délai de transposition⁵⁰³.

Les premiers arrêts visant une directive remontent aux années quatre-vingt-dix. C'est la chambre sociale qui a décidé au double visa de l'article L. 122-12 et de la directive n° 77/187 du Conseil des Communautés européennes en date du 14 février 1977 que « l'existence d'un lien de droit n'est pas une condition de l'application des dispositions de l'article L. 122-12, alinéa 2, du

⁴⁹⁹ Par exemple 1^{ère} civ. 21 juin 2005, pourvoi n° 02-18.815, *Bull.* 2005, I, n° 275.

⁵⁰⁰ Par exemple, 1^{ère} civ, 5 avril 2005, pourvois n° 02-11.947 et 02-12.065, *Bull.* 2005, I, n° 173.

⁵⁰¹ Ainsi, Soc. 10 octobre 2000, pourvoi n° 99-60.235, *Bull.* 2000, V, n° 320.

⁵⁰² Sur une recherche effectuée sur la base de données de Légifrance, qui comprend les arrêts publiés au Bulletin des chambres civiles depuis 1960, ainsi que l'intégralité des décisions, publiées ou non, postérieures à 1987, sur l'ensemble des arrêts faisant référence à l'interprétation à la lumière d'une directive européenne, seuls 21 arrêts le font dans un chapeau, contre 110 dans un visa, 85 de ces arrêts ayant été rendus par la chambre sociale.

⁵⁰³ CJCE 10 avr. 1984, aff. C-14/83, *Von Colson et Kamann*, Rec. p.1891, point 29 p. 1909 ; CJCE 13 nov. 1990, aff. C-106/89, *Marleasing*, Rec., I, p.4135, spé. point 6 à 9, p. 4159 (concernant le droit antérieur à la directive pour un litige entre particuliers, peu important que la directive ne soit pas pourvue d'un effet direct).

code du travail »⁵⁰⁴. Aux termes de ce texte, « s'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ». Il s'agissait dans cette affaire de savoir s'il fallait interpréter cette liste non limitative de cas dans lesquels les contrats de travail sont poursuivis en cas de changement de l'employeur comme supposant l'existence d'un lien de droit entre l'ancien et le nouvel employeur.

La directive de 1977 sur le transfert d'entreprises n'avait nécessité aucun acte de transposition, les textes nationaux étant en accord avec cette dernière⁵⁰⁵. Cependant, la jurisprudence restrictive des dernières années avait réduit le champ d'application de ces textes en exigeant l'existence d'un lien de droit entre les employeurs successifs⁵⁰⁶, ce qui plaçait le droit français en contradiction avec la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes depuis un arrêt du 10 février 1988⁵⁰⁷. Dans cette affaire, le contrat de location gérance permettant à une société de restauration d'exploiter divers restaurants et bars ayant été résolu, elle avait licencié son personnel. Un nouveau contrat de location gérance avait été par la suite conclu avec une nouvelle société pour ces mêmes bars et restaurants. Celle-ci avait réembauché le même personnel, racheté les stocks des marchandises, le tout s'étant déroulé sans interruption des activités du fonds de commerce. Il se posait alors la question de savoir si, en l'absence de lien de droit entre les employeurs successifs, la directive de 1977 pouvait trouver application. En effet, une interprétation littérale de l'article 1§1 de la directive⁵⁰⁸ allait dans le sens d'une réponse négative, celui-ci prévoyant seulement le transfert d'entreprise par cession conventionnelle ou fusion⁵⁰⁹. La Cour de justice des Communautés européennes retient au contraire que l'on est ici en présence d'un transfert de l'entreprise en deux temps, celle-ci étant d'abord retransférée au propriétaire avant d'être transférée au nouveau locataire-gérant⁵¹⁰, permettant ainsi l'applicabilité de la directive à la condition que « l'entité économique en question garde son identité ». En l'espèce, les éléments ayant permis de considérer que l'entité économique

⁵⁰⁴ Soc. 7 novembre 1990, pourvoi n° 87-40.497, inédit.

⁵⁰⁵ H. DONTENWILLE, « L'article L. 122-12 du code du travail : la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation », *Droit social* 1990, p. 399.

⁵⁰⁶ Ainsi, Soc. 12 juin 1986, *Bull.* V, n° 299 ; *D.* 1986. 461, note KARAQUILLO ; *Dr. soc.* 1986. 608, concl. PICCA ; *JCP* 1986, II, 20705, note FLÉCHEUX et BAZEX.

⁵⁰⁷ CJCE, 10 février 1988, Affaire 324/86.

⁵⁰⁸ Article 1 §1 : La présente directive est applicable aux transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements à un autre chef d'entreprise, résultant d'une cession conventionnelle ou d'une fusion.

⁵⁰⁹ C'est d'ailleurs sûrement ce qui avait inspiré la jurisprudence restrictive de la Cour de cassation des années précédant l'arrêt de la CJCE de 1988. En ce sens, les conclusions de l'avocat général : H. DONTENWILLE, « L'article L. 122-12 du code du travail : la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation », *Dr. soc.* 1990 p. 399.

⁵¹⁰ CJCE, 10 février 1988, Affaire 324/86, §10.

conservait son identité étaient la poursuite de l'activité sans interruption avec le même personnel. Elle en conclut que « l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive 77/187 du Conseil, du 14 février 1977, doit être interprété en ce sens que la directive s'applique dans une situation où, au terme d'une concession non transférable, le propriétaire de l'entreprise cède celle-ci à un nouveau concessionnaire qui en poursuit l'exploitation sans interruption avec le même personnel antérieurement licencié à l'expiration de la première concession »⁵¹¹.

Cette solution a été suivie par l'Assemblée plénière dans un arrêt de rejet du 16 mars 1990, dans lequel elle considère que la directive de 1977 et l'ancien article L. 122-12 al 2 s'appliquent « à tout transfert d'une entité économique conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise »⁵¹², sans pour autant faire référence à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes ayant directement inspiré sa décision⁵¹³.

Cette reprise de la jurisprudence de la Cour de justice était alors particulièrement novatrice, la juridiction européenne n'ayant à l'époque enjoint les juridictions nationales qu'à interpréter le texte pris pour l'exécution d'une directive en tenant compte de la finalité de celles-ci⁵¹⁴. Ce n'est que quelques mois plus tard que la Cour de justice a affirmé « qu'en appliquant le droit national, qu'il s'agisse de dispositions antérieures ou postérieures à la directive, la juridiction nationale appelée à l'interpréter est tenue de le faire dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par celle-ci et se conformer ainsi à l'article 189 troisième alinéa, du traité »⁵¹⁵.

169. Le sens de la référence à la directive. La chambre sociale, dans l'arrêt du 7 novembre 1990, reprend donc la solution dégagée par l'assemblée plénière, en se fondant conjointement sur les articles 1 et 3 de la directive et l'article L. 122-12 du code du travail. Ce visa, peu important sa formulation, est alors une référence implicite à la jurisprudence de la Cour de justice. Il s'agit

⁵¹¹ CJCE, 10 février 1988, Affaire 324/86.

⁵¹² Ass. plén., 16 mars 1990, deux arrêts, n° 86-40.686 et n° 89-45.730, *Bull.* 1990, A.P., n° 4 : « Attendu que les articles 1 et 3 de la directive du 14 février 1977 du Conseil des Communautés européennes et L. 122-12, alinéa 2, du code du travail s'appliquent, même en l'absence d'un lien de droit entre les employeurs successifs, à tout transfert d'une entité économique conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise ».

⁵¹³ En ce sens les conclusions de l'avocat général : H. DONTENWILLE, « L'article L. 122-12 du code du travail : la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation », *Dr. soc.* 1990, p. 399.

Et les commentaires de la doctrine : G. COUTURIER, « L'article L. 122-12 du code du travail : la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation », *Dr. soc.* 1990 p. 412 ; X. PRÉTOT, « L'article L. 122-12 du code du travail : la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation », *Dr. soc.*, 1990 p. 416.

⁵¹⁴ CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson et autres*, aff. n° 14/83 et 79/183, *Rec. CJCE* p. 1891 et 1921.

⁵¹⁵ CJCE, 13 nov. 1990, *Marleasing SA*, pt 8, affaire C-106/89, *Rec. CJCE* 1990, I, p. 4135. Un arrêt précédent de la CJCE avait déjà dégagé le critère du maintien de l'identité de l'entreprise, mais dans une affaire où il existait un lien de droit entre les employeurs successifs, ce qui laissait planer le doute quant au caractère pertinent du critère de ce lien de droit : CJUE, 18 mars 1986, *Spijkers*, C-24/85.

de justifier le changement d'interprétation de l'article L. 122-12 du code du travail, en se référant à l'interprétation qui a été faite de la directive par la CJCE⁵¹⁶.

170. Inconstance des visas et caractère facultatif du visa de la directive. Par la suite, pour cette même solution, c'est-à-dire l'application de l'article L. 122-12 du code du travail à tout transfert d'une entité économique conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise, différents types de visas ont été adoptés. Il faut d'abord remarquer que la directive de 1977 n'est pas réapparue tout de suite au visa des arrêts de la chambre sociale. Il faut en effet attendre l'année 2000 pour que la Cour de cassation vise à nouveau les articles 1 et 3 de la directive, accompagnés de l'article L. 122-12 du code du travail⁵¹⁷. Entre temps pourtant, cette règle selon laquelle « les articles 1 et 3 de la directive n° 77/187 du Conseil des Communautés européennes en date du 14 février 1977 et L. 122-12, alinéa 2, du code du travail s'appliquent même en l'absence d'un lien de droit entre les employeurs successifs, à tout transfert d'une entité économique conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise » a bien été appliquée par la Cour de cassation.

171. Reprise des critères de la CJCE et inconstance des visas. De nombreux arrêts se fondent sur l'article L. 122-12 du code du travail seul pour sanctionner une cour d'appel qui a fait application dudit article sans relever la réunion des critères dégagés par la Cour de justice⁵¹⁸, ou, inversement pour sanctionner une cour d'appel qui n'a pas fait application de l'article L122-12 alors que les dits critères étaient réunis⁵¹⁹. D'autres viennent sanctionner pour manque de base

⁵¹⁶ De même, Soc. 27 mars 1991, pourvoi n° 89-42.973, inédit.

⁵¹⁷ Soc., 7 juin 2000, pourvoi n° 97-45.941, Inédit et Soc., 17 octobre 2000, pourvoi n° 98-45.257, inédit : « les articles 1 et 3 de la directive n° 77/187 du Conseil des Communautés européennes en date du 14 février 1977 et L. 122-12, alinéa 2, du code du travail s'appliquent, même en l'absence d'un lien de droit entre les employeurs successifs, à tout transfert d'une entité économique conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise » (cassation pour manque de base légale, la cour d'appel s'étant fondée sur l'absence de lien de droit au lieu de rechercher si les critères d'application de L122-12 étaient réunis).

⁵¹⁸ Soc. 12 décembre 1990, pourvois n° 85-41.924 et 85-41.926, *Bull.* 1990, V, n° 652 ; Soc., 12 décembre 1990, pourvoi n° 87-40.639, inédit ; Soc., 19 décembre 1990, pourvoi n° 87-42.081, *Bull.* 1990, V, n° 679 ; Soc., 19 décembre 1990, pourvoi n° 87-44.576, Inédit ; Soc., 19 décembre 1990, pourvoi n° 87-42.081, *Bull.* 1990, V, n° 679 ; Soc., 6 novembre 1991, pourvoi n° 90-21437, *Bull.* 1991, V, n° 473 ; Soc. 9 février 1994, pourvoi n° 91-43.233, *Bull.* 1994, V, n° 47 ; Soc., 11 mars 1992, pourvoi n° 88-43.595, Inédit ; Soc., 3 mars 1993, pourvoi n° 89-40.846, Inédit ; Soc., 8 février 1994, pourvoi n° 91-43.596, Inédit ; Soc., 19 octobre 1994, pourvoi n° 93-41.987, Inédit ; Soc., 7 janvier 1998, pourvoi n° 95-43.989, Inédit.

⁵¹⁹ Soc., 27 juin 1990, pourvoi n° 88-42.539, Inédit ; Soc., 27 juin 1990, pourvoi n° 87-40.224, *Bull.* 1990, V, n° 318 ; Soc., 10 avril 1991, pourvoi n° 88-43.222, Inédit ; Soc., 7 mai 1991, pourvoi n° 89-42.384, Inédit ; Soc., 4 décembre 1991, pourvoi n° 88-45.302, Inédit ; Soc., 22 janvier 1992, pourvoi n° 89-42.668, Inédit ; Soc., 26 février 1992, pourvoi n° 88-44.078, Inédit ; Soc., 2 juin 1992, pourvoi n° 88-43.289, Inédit ; Soc., 4 nov. 1992, pourvoi n° 91-41.633, inédit ; Soc., 20 janvier 1993, pourvoi n° 89-43.037, Inédit ; Soc., 30 mars 1993, pourvoi n° 90-40.144, Inédit ; Soc., 16 novembre 1993, pourvoi n° 91-43.314, *Bull.* 1993, V, n° 271 ; Soc., 1 décembre 1993, pourvoi n° 89-43.291, Inédit ; Soc., 9 février 1994, pourvoi n° 91-43.040, Inédit ; Soc., 11 juillet 1994, pourvoi n° 93-41.414, n° 93-41.415, 93-41.416 inédit ; Soc., 28 mai 1997, pourvoi n° 94-43.561, Inédit ; Soc., 7 mars 2001, pourvoi n° 99-40.994, Inédit.

légale des décisions qui n'ont pas recherché si l'on était en présence une entité économique autonome dont l'activité a été poursuivie ou reprise⁵²⁰. Un arrêt rendu au visa de l'article L122-12 du code du travail fait toutefois référence à la directive dans un chapeau⁵²¹. C'est dire que la référence à la directive, loin d'être indispensable à la cassation, n'est qu'une justification de l'interprétation qui est faite de l'article L. 122-12 du code du travail.

172. Reprise de la définition européenne et inconstance des visas. Certains arrêts de la Cour de cassation sont venus reprendre la définition de l'entité économique autonome telle que dégagée à partir de 1997 par la Cour de justice des Communautés européennes comme « un ensemble organisé de personnes et d'éléments permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre »⁵²². Le premier vise l'article L. 122-12 du code du travail seul, pour l'interpréter à la lumière de la directive de 1977 dans un chapeau qui reprend la solution dégagée par la Cour de justice des Communautés européennes⁵²³. D'autres sont rendus au visa de l'article L. 122-12 du code du travail, alinéa 2, du code du travail, tel qu'interprété au regard⁵²⁴ ou à la lumière⁵²⁵ de la directive du 14 février 1977⁵²⁶. D'autres encore visent l'article L. 122-12

⁵²⁰ Soc., 19 décembre 1990, pourvoi n° 88-42.107, inédit ; Soc., 12 décembre 1991, pourvoi n° 89-40.133, Inédit ; Soc., 7 octobre 1992, pourvoi n° 88-44.038, Inédit ; Soc., 24 novembre 1992, pourvoi n° 89-41.694, 89-41.695 Inédits ; Soc. 17 mars 1993 pourvoi n° 90-44374 ; Soc., 21 juillet 1993, pourvoi n° 91-43.543, Inédit ; Soc., 17 décembre 1992, pourvoi n° 91-45.456, Inédit ; Soc., 24 février 1993, pourvoi n° 90-45.179, Inédit ; Soc., 17 mars 1993, 90-44.374, Inédit ; Soc., 16 juin 1993, 92-41.187, Inédit ; Soc., 22 juin 1993, 90-44.639, Inédit ; Soc., 21 juillet 1993, pourvoi n° 91-43.543, Inédit ; Soc., 19 octobre 1993, pourvoi n° 92-60.579, Inédit (mais ici la cassation intervient pour violation de la loi car la cour d'appel qui n'a pas recherché si les critères étaient réunis l'a fait au motif qu'il n'y avait pas de lien de droit entre les employeurs successifs) ; Soc., 9 février 1994, pourvoi n° 91-43.233, *Bull.* 1994, V, n° 47 ; Soc., 9 février 1994, pourvoi n° 91-43.318, Inédit ; Soc., 31 mai 1994, pourvoi n° 92-43.980, Inédit ; Soc., 19 octobre 1994, pourvoi n° 93-41.407, Inédit ; Soc., 15 juin 1995, pourvoi n° 93-44.909, Inédit ; Soc., 26 novembre 1997, pourvoi n° 95-41.452, Inédit ; Soc., 7 janvier 1998, pourvoi n° 95-43.989, Inédit ; Soc., 12 mai 1998, pourvoi n° 95-45.043, *Bull.* 1998, V, n° 241 ; Soc., 16 mars 1999, pourvoi n° 97-42.826 et 97-42.838, Inédit ; Soc., 17 novembre 1999, pourvois n° 97-44.659 et 97-44.660, Inédit ; Soc., 15 décembre 1999, pourvoi n° 97-44.240, Inédit ; Soc., 25 octobre 2000, pourvoi n° 98-44.582, Inédit ; Soc., 11 juillet 2001, pourvoi n° 99-43.462, Inédit ; Soc., 8 février 2005, pourvoi n° 02-46.673, Inédit ; Soc., 5 avril 2005, pourvoi n° 03-40.588, Inédit.

⁵²¹ Soc., 20 février 1991, pourvoi n° 88-43.465, Inédit.

⁵²² CJCE, 11 mars 1997, *Süzen*, aff. C-13/95, *Rec.* I, p. 1259.

⁵²³ Soc., 7 juillet 1998, pourvoi n° 96-21.451, *Bull.* 1998, V, n° 363 : « constitue une entité économique un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre » (cassation pour manque de base légale pour avoir refusé d'appliquer L122-12 sans avoir recherché si critères réunis) ; Soc., 23 février 2005, pourvoi n° 02-45.527, Inédit : cassation pour violation de la loi car application de L122-12 alors qu'absence de conservation de l'identité.

⁵²⁴ Soc., 11 juin 2002, pourvoi n° 01-43.051, *Bull.* 2002, V, n° 197 : violation de la loi car refus d'application de L122-12 alors que critères réunis en plus de reprendre la définition de l'entité autonome de la CJCE, elle décide qu'un changement de concessionnaire exclusif entraîne le transfert d'une entité économique autonome.

⁵²⁵ Soc., 10 juillet 2001, pourvoi n° 99-45.062, *Bull.* 2001, V, n° 250 : « un mandat de gestion ne constitue pas à lui seul une entité économique autonome » ; Soc., 10 octobre 2006, pourvoi n° 04-43.453, *Bull.* 2006, V, n° 296 : précision que son existence est indépendante des règles d'organisation et de gestion du service au sein duquel s'exerce l'activité économique (manque de base légale pour n'avoir pas recherché si les critères dégagés étaient réunis).

⁵²⁶ Directive n° 77/187/CEE du Conseil du 14 février 1977.

seul, mais ils sont beaucoup plus rares⁵²⁷. Il y donc une grande variété dans les pratiques du visa sur une même question.

Plus exceptionnellement, on retrouve le visa l'article L. 122-12 conjointement avec la directive⁵²⁸. Par la suite, le visa direct de la directive disparaît avant de réapparaître dans un arrêt du 28 mars 2006⁵²⁹, mais ce visa est expliqué dans le rapport annuel de la Cour par le fait que le transfert comporte un élément d'extranéité, l'entreprise cédante étant allemande⁵³⁰. Cette explication, bien que convaincante, ne vaut pas pour les arrêts précédemment cités, qui, quant à eux, ne comportaient pas d'élément d'extranéité. Il faut par ailleurs noter que d'autres directives apparaissent fréquemment au visa des arrêts de la chambre sociale sans qu'il n'y ait pour autant la présence d'un élément d'extranéité⁵³¹. D'autres raisons doivent alors être recherchées pour expliquer cette présence, comme, par exemple, l'absence de texte national pouvant permettre une interprétation à la lumière de la directive.

La directive du 29 juin 1998⁵³² puis celle du 12 mars 2001⁵³³ ayant remplacé celle de 1977⁵³⁴, l'article 122-12 alinéa 2 du code du travail est visé interprété à la lumière ou au regard des directive du 14 février 1977⁵³⁵, du 29 juin 1998⁵³⁶ ou du 12 mars 2001⁵³⁷ selon la date des faits. En 2008, l'article L. 122-12 est devenu sans modification l'article L. 1224-1 du code du travail.

⁵²⁷ Soc., 9 février 2000, pourvoi n° 97-44.896, Inédit ; Soc., 3 avril 2002, pourvoi n° 00-40.299, *Bull.* 2002, V, n° 114 ; Soc., 24 novembre 2004, pourvoi n° 02-44.880, Inédit ; Soc., 10 juillet 2007, pourvoi n° 06-41.158, Inédit.

⁵²⁸ Soc., 21 novembre 2000, pourvoi n° 98-45.837, *Bull.* 2000 V N° 380 ; Soc., 17 décembre 2002 pourvoi n° 00-44.019 : violation de la loi pour application de L 122-12 alors que critères non réunis.

⁵²⁹ Soc. QPC, 28 mars 2006, pourvoi n° 03-43.995, *Bull.* 2006, V, n° 124.

⁵³⁰ *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2006, p. 266.

⁵³¹ Ainsi, l'article 6 § 1 de la directive n° 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail apparaît fréquemment au visa dans les arrêts récents.

⁵³² Directive n° 98/50/CE du 29 juin 1998.

⁵³³ Directive n° 2001/23/CE du 12 mars 2001.

⁵³⁴ Directive n° 77/187/CEE, du 14 février 1977.

⁵³⁵ Soc., 22 mars 2007, pourvoi n° 05-44.975, Inédit ; Soc., 23 mai 2007, pourvoi n° 06-40.721, Inédit.

⁵³⁶ Soc., 17 décembre 2003, pourvois n° 02-44.358 et 02-44.442, Publié au bulletin ; Soc., 14 décembre 2005, pourvoi n° 03-48.404, Inédit : « Vu l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail, interprété au regard de la directive du Conseil n° 98/50/CE du 29 juin 1998 » ; Soc., 21 février 2006, pourvoi n° 03-46.652, Inédit ; Soc., 13 novembre 2007, pourvoi n° 06-41.512, Inédit.

⁵³⁷ Soc., 30 janvier 2007, pourvoi n° 05-43.447, Inédit ; Soc., 12 juin 2007, pourvoi n° 06-41.988, Inédit : « Attendu, cependant, que ni la perte d'un marché ni la poursuite de l'activité s'y rapportant par le donneur d'ordre, à la suite de la résiliation du marché, ne peuvent suffire, en l'absence de tout transfert d'éléments d'exploitation corporels ou incorporels significatifs à entraîner un changement d'employeur » violation de la loi pour application de L122-12 alors qu'il n'y a pas de transfert d'éléments ; Soc., 25 septembre 2007, pourvoi n° 06-41.892, Inédit ; Soc., 22 janvier 2008, pourvoi n° 06-44.033, Inédit ; Soc., 12 mars 2008, pourvoi n° 06-46.090, Inédit.

C'est donc désormais lui qui est visé interprété à la lumière de la directive⁵³⁸, ou seul pour l'interpréter à la lumière de la directive dans un attendu⁵³⁹ ou dans un chapeau⁵⁴⁰.

Le visa de L. 1224-1 sans référence à la directive reste toutefois fréquent, que ce soit pour sanctionner une cour d'appel qui a fait application de L. 1224-1 sans qu'il n'y ait eu transfert⁵⁴¹ d'une entité économique autonome⁵⁴² ayant conservé son identité⁵⁴³, ou inversement n'en fait pas application alors que les critères sont réunis⁵⁴⁴. On retrouve aussi des cassations pour manque de

⁵³⁸ Soc., 29 septembre 2009, pourvoi n° 08-40.649, Inédit ; Soc., 8 juillet 2009, pourvoi n° 08-43.092, Inédit ; Soc., 13 mai 2009, pourvoi n° 08-40.368, Inédit, rectifié par un arrêt du 7 juillet 2009 : « Attendu que ce texte est applicable en cas de transfert d'une entité économique autonome qui conserve son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise ; que constitue une entité économique autonome un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels qui poursuit un objectif économique propre ; que la perte d'un marché ne peut suffire, en l'absence de transfert d'éléments d'exploitation corporels ou incorporels significatifs, à entraîner un changement d'employeur relevant de ce texte » (contrôle de l'existence d'un transfert).

⁵³⁹ Soc., 14 mars 2012, pourvoi n° 10-27.809, Inédit ; Soc., 10 mai 2012, pourvoi n° 10-15.151, Inédit : « Attendu, cependant, que l'article L. 1224-1 du code du travail, interprété à la lumière de la Directive n° 2001/ 23/ CE du 12 mars 2001, ne s'applique qu'en cas de transfert d'une entité économique autonome qui conserve son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise ; que constitue une entité économique autonome un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels poursuivant un objectif économique propre ; que le transfert d'une telle entité ne s'opère que si des moyens corporels ou incorporels significatifs et nécessaires à l'exploitation de l'entité sont repris, directement ou indirectement, par un autre exploitant » ; Soc., 10 décembre 2014, pourvoi n° 13-21.304, Inédit (avec la précision que « s'applique en cas de procédure collective de l'entreprise objet d'une modification dans sa situation juridique »).

⁵⁴⁰ Soc., 27 février 2013, pourvois n° 12-12.305 et autres ; Soc., 12 décembre 2013, pourvoi n° 12-20.081 et autres, Inédit ; Soc., 9 avril 2014, pourvois n° 12-29.037 et autres, inédit ; Soc., 7 mai 2014, pourvois n° 12-29.041 et 13-14.291, Inédit ; Soc., 7 mai 2014, pourvoi n° 12-29.027 et autres, Inédit ; Soc., 7 mai 2014, pourvois 12-29.047 et 13-14.290, Inédit ; Soc., 7 mai 2014, pourvoi n° 12-29.038, Inédit ; Soc., 5 novembre 2015, pourvoi n° 14-18.622, Inédit.

⁵⁴¹ Soc., 13 octobre 2015, pourvoi n° 13-28.261, Inédit ; Soc., 12 mars 2014, pourvoi n° 12-29.192, Inédit ; Soc., 28 septembre 2011, pourvois n° 10-16.057 et 10-19.850, Inédit ; Soc., 31 mars 2010, pourvois n° 09-40.849, 09-40.850 et suivants.

⁵⁴² Soc., 9 décembre 2015, pourvoi n° 14-18.947, Inédit ; Soc., 21 mai 2014, pourvoi n° 13-18.539, Inédit.

⁵⁴³ Soc., 12 janvier 2016, pourvoi n° 14-22.217, Inédit ; Soc., 12 janvier 2016, pourvoi n° 14-22.216, *publication en cours* ; Soc., 4 juillet 2012, pourvoi n° 10-28.229 et 10-28.230, Inédit.

⁵⁴⁴ Soc., 16 septembre 2015, pourvoi n° 13-24.265, Inédit ; Soc., 16 septembre 2015, pourvoi n° 13-24.264, Inédit ; Soc., 27 novembre 2013, pourvoi n° 12-19.071 ; Soc., 24 avril 2013, pourvoi n° 11-26.388, Inédit ; Soc., 10 mai 2012, pourvoi n° 11-14.068, Inédit ; Soc., 19 mai 2010, pourvoi n° 09-40.901 et 09-40.903, Inédit ; Soc., 19 mai 2010, pourvoi n° 09-40.902, Inédit ; Soc., 16 décembre 2009, pourvois n° 08-41.196, 08-41.197, 08-41.677, 08-41.678, Inédit.

base légale des arrêts qui n'ont pas appliqué L. 1224-1⁵⁴⁵ ou inversement en ont fait application sans avoir recherché si les conditions d'application étaient réunies⁵⁴⁶.

Le visa de la directive est donc plutôt sporadique. On ne peut pas considérer que cette inconstance est due aux moyens au pourvoi, car la Cour de cassation se réfère parfois la directive sans qu'elle n'ait figuré dans les moyens annexés⁵⁴⁷. Le visa de la directive aux côtés de l'article L. 1224-1 n'a rien d'indispensable, tout simplement parce qu'on ne considère pas que c'est la directive qui a été transgressée, mais le texte de droit interne tel qu'il aurait dû être interprété relativement à la directive. Il s'agit donc d'un supplément, qui survient de temps en temps, notamment lorsque la solution est nouvelle ou fait débat⁵⁴⁸.

173. Questions nouvelles et visa de la directive. Cependant, même quand la question est nouvelle, la Cour peut se passer de la référence à la directive. Ainsi, sur la question de savoir si les entreprises peuvent écarter l'application de l'article L.122-12 par un accord entre elles (n'incluant pas le salarié), la Cour de cassation a répondu négativement au visa de ce seul texte⁵⁴⁹, de même en ce qui concerne la possibilité pour les salariés de renoncer au bénéfice de ces dispositions⁵⁵⁰, alors qu'elle reprenait là la solution dégagée par la Cour de justice des

⁵⁴⁵ Soc., 8 décembre 2015, pourvoi n° 14-10.882, Inédit ; Soc., 29 septembre 2015, pourvoi n° 14-12.440, Inédit ; Soc., 24 juin 2015, pourvoi n° 14-10.179, Inédit ; Soc., 11 février 2015, pourvoi n° 13-27.518, Inédit ; Soc., 11 février 2015, pourvoi n° 13-27.517, Inédit ; Soc., 21 janvier 2015, pourvoi n° 13-24.206, Inédit ; Soc., 19 novembre 2014, pourvoi n° 13-14.688, Inédit ; Soc., 23 octobre 2014, pourvoi n° 13-19.727, Inédit ; Soc., 9 avril 2014, pourvoi n° 13-12.079, Inédit ; Soc., 26 mars 2014, pourvoi n° 12-29.397, Inédit ; Soc., 24 octobre 2012, pourvoi n° 11-22.206, 11-22.207 et suivants, Inédit : « en statuant ainsi, sans caractériser la reprise par la communauté de communes, d'éléments d'actifs corporels ou incorporels utilisés par l'association et nécessaires à la poursuite de son activité, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » ; Soc., 12 avril 2012, pourvoi n° 11-14.973, Inédit ; Soc., 28 mars 2012, pourvoi n° 10-28.627, Inédit ; Soc., 1 février 2011, pourvoi n° 09-67.444, Inédit ; Soc., 7 juillet 2010, pourvoi n° 09-66.471, Inédit ; Soc., 7 juillet 2010, pourvoi n° 09-66.472, Inédit.

⁵⁴⁶ Soc., 13 octobre 2015, pourvoi n° 14-15.328, Inédit ; Soc., 22 juin 2011, pourvoi n° 10-17.508, Inédit ; Soc., 22 juin 2011, pourvoi n° 10-17.985, Inédit.

⁵⁴⁷ Soc., 29 septembre 2009, pourvoi n° 08-40.649, Inédit.

⁵⁴⁸ Ainsi, visa de L. 122-12 seul pour Soc., 13 avril 1999, pourvoi n° 96-44.254, 96-44.255 et 96-45.338, *Bull.* 1999, V, n° 169, puis Soc., 9 février 2000, pourvoi n° 97-44.896, inédit : « la reprise de la représentation d'une marque en France et de la clientèle y afférente, par la société propriétaire de la marque ou sa filiale française, entraîne le transfert d'une entité économique » et Soc., 11 juin 2002, pourvoi n° 01-43.051, *Bull.* 2002, V, n° 197 : violation de la loi car refus d'application de L.122-12 alors que critères réunis en plus de reprendre la définition de l'entité autonome de la CJCE, elle décide qu'un changement de concessionnaire exclusif entraîne le transfert d'une entité économique autonome.

⁵⁴⁹ Soc., 22 juin 1993, pourvoi n° 90-44.705, *Bull.* 1993, V, n° 171.

⁵⁵⁰ Soc., 12 février 1991, pourvoi n° 88-41.373, *Bull.* 1991, V, n° 59 ; Soc., 28 mai 1997, pourvoi n° 94-43.561, Inédit ; Soc., 5 avril 1994, pourvoi n° 92-40.366, Inédit.

communautés européennes dans l'arrêt du 10 février 1988⁵⁵¹. Par la suite, la chambre sociale a cependant visé le texte interprété à la lumière de la directive⁵⁵².

b) Distinction entre visa d'une directive et visa de textes tels qu'interprétés à la lumière d'une directive

174. La question qui se pose ici est celle de savoir s'il y a, dans la pratique actuelle du visa, une différence entre l'interprétation d'un texte de droit national à la lumière d'une directive et le visa de la directive elle-même. Les proportions de ces deux types de visas sont en effet équivalentes⁵⁵³, même si la chambre commerciale a tendance à viser directement les directives alors que la chambre sociale vise préférentiellement les textes tels qu'interprétés à la lumière de ces directives.

Pour les années 2005 à 2014, dans les arrêts publiés au bulletin, la première chambre civile a interprété des textes à la lumière des directives n° 85/374⁵⁵⁴, 93/98⁵⁵⁵, n° 2001/29/CE du 22 mai 2001⁵⁵⁶ ; 2005/29/CE du 11 mai 2005⁵⁵⁷ et visé directement les directives 85/374/CEE⁵⁵⁸, 2000/29/CE du 22 mai 2000⁵⁵⁹, 2005/29/CE du 11 mai 2005⁵⁶⁰, et 2008/115/CE⁵⁶¹. On peut donc comparer ces deux types de façon de se référer aux textes pour les directives 85/374 et

⁵⁵¹ CJCE, 10 février 1988, *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark contre Daddy's Dance Hall A/S*. Rec. 1988 -00739 : « Un travailleur ne peut pas renoncer aux droits que lui confèrent les dispositions impératives de la directive 77/187/CEE, même si les inconvénients qui résultent pour lui de cette renonciation sont compensés par des avantages tels qu'il n'est pas placé, globalement, dans une situation moins favorable ».

⁵⁵² Soc., 10 octobre 2006, pourvoi n° 04-40.325, *Bull.* 2006, V, n° 295 (Vu l'article L. 122-12 du code du travail, interprété à la lumière de la directive 77/187/CEE du 14 février 1977, modifié par la directive 98/50 du 21 juin 1998) : le refus par un salarié de se voir appliquer les dispositions de l'article L122-12 produit les effets d'une démission ; Soc., 14 décembre 2004, pourvoi n° 03-41.713, *Bull.* 2004, V, n° 331.

⁵⁵³ On compte 110 arrêts visant un texte interprété à la lumière d'une directive et 101 arrêts visant directement une directive.

⁵⁵⁴ 1^{ère} civ., 5 avril 2005, pourvois n° 02-11.947, 02-12.065, *Bull.* 2005, I, n° 173 ; 1^{ère} civ., 21 juin 2005, pourvoi n° 02-18.815, *Bull.* 2005, I, n° 275 ; 1^{ère} civ., 24 janvier 2006, pourvoi n° 03-19.534, *Bull.* 2006, I, n° 33 ; 1^{ère} civ., 22 mai 2008, pourvoi n° 06-14.952, *Bull.* 2008, I, n° 147 ; 1^{ère} civ., 22 mai 2008, pourvoi n° 05-20.317, *Bull.* 2008, I, n° 148 ; 1^{ère} civ., 22 mai 2008, pourvoi n° 06-10.967, *Bull.* 2008, I, n° 149 ; 1^{ère} civ., 25 juin 2009, pourvoi n° 08-12.781, *Bull.* 2009, I, n° 141.

⁵⁵⁵ 1^{ère} civ. 27 février 2007, pourvoi n° 05-21.962, *Bull.* 2007, I, n° 87.

⁵⁵⁶ 1^{ère} civ. 28 février 2006, pourvoi n° 05-15.824, *Bull.* 2006, I, n° 126.

⁵⁵⁷ 1^{ère} civ. 5 février 2014, pourvoi n° 12-25.748, 2014, I, n° 19 ; 1^{ère} civ., 6 octobre 2011, pourvoi n° 10-10.800, *Bull.* 2011, I, n° 160 ; 1^{ère} civ., 12 juillet 2012, pourvoi n° 11-18.807, *Bull.* 2012, I, n° 170 ; 1^{ère} civ. 5 février 2014, pourvoi n° 12-25.748, *Bull.* 2014, I, n° 19.

⁵⁵⁸ 1^{ère} civ., 3 mai 2006, pourvoi n° 04-10.994, *Bull.* 2006, I, n° 208 ; 1^{ère} civ. 26 novembre 2014, pourvoi n° 13-18.819, *Bull.* 2014, I, n° 198.

⁵⁵⁹ 1^{ère} civ., 22 janvier 2009, 07-21.063, *Bull.* 2009, I, n° 8.

⁵⁶⁰ 1^{ère} civ., 5 février 2014, pourvoi n° 12-25.748, *Bull.* 2014, I, n° 19.

⁵⁶¹ 1^{ère} civ., 5 juillet 2012, pourvoi n° 11-19.250, *Bull.* 2012, I, n° 158 ; 1^{ère} civ. 24 octobre 2012, pourvoi n° 11-27.956, *Bull.* 2012, I, n° 211.

2005/29/CE. La comparaison permettra de mettre en évidence compte que la véritable distinction à opérer n'est pas entre le visa direct de la directive et l'interprétation à la lumière de la directive, mais entre application directe de la directive et interprétation du texte à la lumière de la directive, le visa direct de la directive ne signifiant pas forcément que la directive a été appliquée de façon directe. Très rares sont les cas où le visa de la directive ne correspond pas à une référence à un arrêt de la CJUE, mais cela peut arriver.

175. La référence à la directive 85/374. Ce sont d'abord les anciens articles 1147⁵⁶² et 1382⁵⁶³ qui ont été interprétés à la lumière de la directive 85/374, pour pallier le retard du législateur dans la transposition de celle-ci⁵⁶⁴. Dans ces arrêts, la Cour de cassation adapte diverses règles de la responsabilité civile pour les rendre compatibles avec la directive. Cette adaptation a eu lieu de façon progressive avant que la directive n'apparaisse au visa de ces arrêts⁵⁶⁵. L'interprétation de ces textes à la lumière de la directive précède donc le visa qui officialise cette méthode⁵⁶⁶.

176. Le visa direct de la directive. Le visa direct de la directive 85/374 sert dans une décision à sanctionner une décision qui, en application du droit interne, n'a pas appliqué la franchise prévue par ladite directive⁵⁶⁷. Il s'agit donc de la violation de certaines dispositions la directive⁵⁶⁸. La norme européenne est substituée à la norme nationale⁵⁶⁹. Dans un autre arrêt, le visa direct de la directive sert à sanctionner une cour d'appel qui n'a pas fait application des règles de droit interne là où la directive laissait une option aux États⁵⁷⁰. Ici, ce sont principalement les règles de droit commun en matière de responsabilité in solidum qui ont été méconnues, par une mauvaise interprétation de la directive. Le visa de la directive signifie donc dans ces arrêts soit qu'il y a eu violation de celle-ci, soit que l'interprétation conforme du droit national à la lumière de la directive a été mal effectuée.

⁵⁶² 1^{ère} civ. 5 avril 2005, pourvois n° 02-11.947, 02-12.065, *Bull.* 2005, I, n° 173 ; 1^{ère} civ. 24 janvier 2006, pourvoi n° 03-19.534, *Bull.* 2006, I, n° 33 ; 1^{ère} civ. 25 juin 2009, pourvoi n° 08-12.781, *Bull.* 2009, I, n° 141.

⁵⁶³ 1^{ère} civ., 21 juin 2005, pourvoi n° 02-18.815, *Bull.* 2005 I N° 275 ; 1^{ère} civ., 22 mai 2008, pourvoi n° 06-14.952 2008, I, N° 147 ; 1^{ère} civ., 22 mai 2008, 05-20.317 *Bull.* 2008, I, N° 148 ; 1^{ère} civ. 22 mai 2008, pourvoi n° 06-10.967, *Bull.* 2008, I, n° 149 ; 1^{ère} civ. 25 juin 2009, pourvoi n° 08-12.781, *Bull.* 2009, I, n° 141.

⁵⁶⁴ Les faits de ces arrêts sont en effet antérieurs à la transposition de la directive.

⁵⁶⁵ P. JOURDAIN, « Une loi pour rien ? », *RCA* 1^{er} juillet 1998, n°7, p. 4-5 ; P. JOURDAIN, « Responsabilité du fait des produits défectueux : la notion de défaut de sécurité (en droit commun) », *RTD civ.* 1998 p. 683.

⁵⁶⁶ Il faut garder à l'esprit qu'à l'époque, faire référence au droit communautaire n'était pas rentré dans les habitudes.

⁵⁶⁷ 1^{ère} civ., 3 mai 2006, pourvoi n° 04-10.994, *Bull.* 2006, I, n° 208.

⁵⁶⁸ À noter que les règles de droit interne que la juridiction aurait dû appliquer sont des règles de nature jurisprudentielle, pas si claires, mais là n'est pas notre propos... : J.-S. BORGHETTI, « Étendue des recours entre coresponsables : la responsabilité du fait des produits à la pointe de l'égalité », *D.* 2015 p. 405, spéc. n° 7.

⁵⁶⁹ Sur les notions de substitution et d'exclusions, voir notamment M. TRIENBACH, *Les normes non directement applicables en droit public français*, LGDJ, 2015, p. 231s.

⁵⁷⁰ 1^{ère} civ., 26 novembre 2014, pourvoi n° 13-18.819, *Bull.* 2014, I, n° 198.

177. Le visa d'un texte national à la lumière de la directive. Plus récemment, la première chambre civile est venue interpréter l'ancien article 1382 à la lumière de la directive, mais cette fois-ci pour en écarter l'application⁵⁷¹. Il était en effet violé par fausse application. Il s'agissait de faits antérieurs à la transposition de la directive et postérieurs à la date limite de transposition de celle-ci. La Cour de cassation refuse cette fois-ci une interprétation conforme des textes nationaux, en raison de l'existence d'un texte clair régissant la matière. Le visa de l'ancien article 1382 du code civil interprété à la lumière de la directive était ici superfétatoire puisque c'est l'article 2226, lui aussi visé, qui était violé par la juridiction du fond qui en avait écarté l'application sous prétexte d'en faire une interprétation conforme à la directive.

178. Référence à la directive 2005/29/CE. Si on s'attache maintenant à la directive 2005/29/CE, c'est presque à chaque fois l'article L. 122-1 du code de la consommation qui a été interprété à sa lumière, et pour des affaires concernant la subordination de la vente d'ordinateurs à l'achat de logiciels par le client. L'article en question a été jugé non conforme à la directive par la Cour de justice⁵⁷², en ce qu'il interdit de façon générale ce type de vente, et non en fonction de certains critères. La Cour de cassation casse indifféremment les arrêts qui retiennent la responsabilité du vendeur sans énoncer ces critères, et ceux qui refusent sa responsabilité sans vérifier si l'on n'était pas en présence d'une pratique anticoncurrentielle.

Selon l'article L. 122-1 du code de la consommation, « il est interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime, et de subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat concomitant d'un autre produit ou d'un autre service ainsi que de subordonner la prestation d'un service à celle d'un autre service ou à l'achat d'un produit. ». La directive, de son côté, n'interdit pas explicitement aux États contractants d'interdire ce type de pratiques. Cependant, dans son préambule, il est précisé que la directive a pour objectif de permettre une harmonisation totale de la réglementation des « pratiques commerciales déloyales altérant le comportement économique des consommateurs », et dans son article 4, que « les États membres ne restreignent ni la libre prestation de services, ni la libre circulation des marchandises pour des raisons relevant du domaine dans lequel la présente directive vise au rapprochement des dispositions en vigueur ». Toute la question était alors de savoir si les pratiques prévues par l'article L. 122-1 du code de la consommation entraient dans le champ d'application de cette directive. Le paragraphe 16 qui apporte une réponse : « Les dispositions sur les pratiques commerciales agressives devraient couvrir les pratiques qui altèrent de manière significative la liberté de choix du consommateur. Il

⁵⁷¹ 1^{ère} civ., 15 mai 2015, pourvoi n° 14-13.151, *Bull.* 2015, *publication en cours*.

⁵⁷² CJCE, 23 avril 2009, n° C-261/07, *VTB-VAB NV c/ Total Belgium NV*.

s'agit de pratiques incluant le harcèlement, la contrainte, y compris le recours à la force physique, ou une influence injustifiée ». En effet, aux termes de l'article 5-4, les pratiques commerciales peuvent être déloyales si elles sont agressives ou trompeuses.

L'interprétation de la directive dans le sens d'une interdiction pour les États membres de maintenir les interdictions concernant les offres conjointes n'avait rien d'évident. C'est pourquoi dans les motifs des décisions interprétant l'article L. 122-1 à la lumière de la directive précitée, la première chambre civile cite la décision de la Cour de justice des Communautés européennes qui a interprété en ce sens la directive. La Cour de justice, au demeurant, se contente de vérifier si la pratique interdite est une pratique commerciale. Il faut donc comprendre que seules les pratiques commerciales déloyales au sens de la directive peuvent désormais être interdite au niveau national.

C'est alors à un texte interprété à la lumière d'une directive telle qu'interprétée par la Cour de justice des Communautés européennes que la Cour de cassation fait référence. Une telle formulation étant très lourde, on comprend que la décision de la Cour de justice n'apparaisse pas au visa de l'arrêt.

La référence à l'arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 23 avril 2009⁵⁷³, si elle est présente dans l'arrêt du 15 novembre 2010⁵⁷⁴, disparaît dans les arrêts postérieurs⁵⁷⁵. Cette disparition s'explique simplement par le fait que par la suite, la Cour de cassation peut, en visant l'article L. 122-1 interprété à la lumière de la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005, se référer implicitement à sa propre jurisprudence du 15 novembre 2010.

179. Visa direct de la directive. Le visa direct de la directive apparaît dans un arrêt du 5 février 2014⁵⁷⁶. Cet arrêt concerne la même affaire que celui de 2010, mais le visa direct de la directive a ici lieu pour fonder une cassation pour fausse application. Il ne s'agit donc pas d'appliquer la directive de façon horizontale.

180. On peut conclure que le visa direct d'une directive ne préjuge par du mode de justification contrairement au visa du texte interprété à la lumière de la directive. Le visa direct de la directive peut avoir lieu pour exclure l'application d'un texte national ou de substituer la norme européenne au texte national⁵⁷⁷. Mais il peut aussi, sans que cela n'implique la reconnaissance

⁵⁷³ CJCE, 23 avril 2009, n° C-261/07, *VTB-VAB NV c/ Total Belgium NV*.

⁵⁷⁴ 1^{ère} civ., 5 février 2014, pourvoi n° 12-25.748, *Bull.* 2014, I, n° 19.

⁵⁷⁵ Ainsi, 1^{ère} civ., 12 juillet 2012, pourvoi n° 11-18.807, *Bull.* 2012, I, n° 170.

⁵⁷⁶ 1^{ère} civ., 5 février 2014, pourvoi n° 12-25.748, *Bull.* 2014, I, n° 19.

⁵⁷⁷ Ainsi, 1^{ère} civ., 9 novembre 2016, pourvoi n° 13-28.349, *publication en cours* ; Soc., 22 juin 2016, pourvoi n° 15-20.111, *publication en cours*.

d'un effet direct, venir sanctionner une juridiction qui en a fait une application directe là où elle n'était pas applicable⁵⁷⁸, ou une juridiction qui n'a pas effectué une interprétation conforme d'une disposition de transposition⁵⁷⁹. Le visa direct d'une directive ne signifie donc pas forcément que celle-ci est d'application directe. Le visa du texte national interprété à la lumière d'une directive a, quant à lui, toujours pour objet de justifier l'interprétation d'un texte par l'impératif de conformité au droit européen. L'interprétation d'un texte à la lumière d'une directive est possible lorsqu'elle aboutit à modifier l'interprétation jurisprudentielle de ce texte, mais pas quand elle aboutit à écarter le texte en question, auquel cas on est en présence d'une invocation d'exclusion, qui se traduit par un visa direct de la disposition en cause.

Il faut remarquer que la première chambre civile a tardé à viser des directives. En effet, son premier visa de directive remonte seulement à 2006⁵⁸⁰, alors que la chambre sociale et la chambre commerciale visent des directives respectivement depuis 1990 et 1996.

2) Le visa de la Constitution correspondant à une référence à la jurisprudence du Conseil constitutionnel

181. Le visa de la constitution. Le visa de textes constitutionnels permet souvent d'interpréter une disposition légale en conformité avec la Constitution. Il peut s'agir pour la Cour de cassation de contourner son impossibilité de contrôler la constitutionnalité des lois, en refusant une interprétation littérale d'un texte qui serait contraire à la Constitution⁵⁸¹. Une telle attitude est bénéfique en ce qu'elle prévient la loi d'une question prioritaire de constitutionnalité qui n'aurait abouti qu'à l'énoncé de réserves interprétatives⁵⁸². Une économie de temps et de moyens dans la mise en conformité de la loi à la Constitution est alors réalisée. La Cour de cassation ne peut pas écarter une disposition légale manifestement contraire à la Constitution, elle peut seulement interpréter les lois dans un sens conforme. Cette application de la Constitution peut être en accord avec l'interprétation effectuée par le Conseil constitutionnel, ou

⁵⁷⁸ Ainsi, Soc., 14 décembre 2016, pourvoi n° 14-26.236, 15-11.082, *publication en cours*.

⁵⁷⁹ Ainsi, Com., 5 janvier 2016, pourvoi n° 13-17.063, *publication en cours* ; Com., 12 mai 2015, pourvoi n° 14-14.648, Inédit.

⁵⁸⁰ 1^{ère} civ., 3 mai 2006, pourvoi n° 04-10.994, *Bull.* 2006, I, n° 208.

⁵⁸¹ O. DESAULNAY, *L'application de la Constitution par la Cour de cassation*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2009, p. 458 s.

⁵⁸² Dénonçant au contraire la pratique en ce la Cour de cassation tend ainsi à opérer un contrôle de constitutionnalité, outrepassant alors ses pouvoirs, G. HILGER, « Le recours à l'interprétation conforme implicite comme technique de non-renvoi dans les deux ordres juridictionnels », in *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Institut universitaire Varenne, Paris, 2015, p. 55, spéc. p. 67.

aller plus loin que celle-ci, voire être en désaccord avec elle⁵⁸³. Ainsi, il est possible de déceler une référence implicite à l'interprétation donnée par le Conseil constitutionnel dans beaucoup d'arrêts visant la Constitution, même si ce n'est pas toujours le cas.

182. Référence implicite aux motifs d'une décision du Conseil constitutionnel. Le visa direct de la Constitution peut correspondre à la référence implicite à une décision du Conseil constitutionnel. Cette analyse est corroborée par le commentaire du conseiller-doyen de la chambre sociale d'un de ses arrêts⁵⁸⁴. Analysant les normes mobilisées, c'est tout naturellement que, lorsque vient le tour du visa du préambule de la Constitution, il fait référence à une décision du Conseil constitutionnel :

« Aux termes du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, la nation « garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs... ». Opérant un contrôle de la loi en faveur des petites et moyennes entreprises, le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2005-523 DC du 29 juillet 2005, a jugé qu'« il était loisible au législateur d'étendre à certains salariés non cadres le régime des conventions de forfaits en jours défini par la loi no 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail sous réserve de ne pas priver de garanties légales les exigences constitutionnelles relatives au droit à la santé et au droit au repos de ces salariés résultant du Préambule de 1946 » Il a pris soin de rappeler ensuite que le système du forfait en jours doit répondre à des conditions de fond : les salariés concernés doivent jouir d'une certaine autonomie dans l'organisation de leur travail, être de ceux dont la durée du travail ne peut être prédéterminée et ils doivent donner leur accord par écrit. La décision rappelle expressément qu'ils doivent bénéficier des dispositions protectrices du code du travail en matière de repos journalier et hebdomadaire, et que le nombre de jours travaillés ne doit pas dépasser le plafond de deux cent dix-huit jours par an. Sous ces conditions, le système du forfait en jours a été validé comme ne portant pas atteinte à l'exigence posée par le onzième alinéa du Préambule de 1946 »⁵⁸⁵.

Le visa du préambule de la Constitution correspond donc à une référence aux motifs de la décision du Conseil constitutionnel ayant permis de déclarer le dispositif conforme à la Constitution. L'interprétation du texte relatif au système du forfait en jours doit alors se faire en respectant les conditions posées par le Conseil constitutionnel, ce qui justifie que la Cour de cassation renforce son contrôle du système. Une telle justification de la décision, bien que séduisante de prime abord, l'est moins quand on sait qu'il s'agit d'une évolution jurisprudentielle par rapport à un arrêt postérieur à la décision du Conseil constitutionnel⁵⁸⁶. L'apport de l'arrêt du 29 juin 2011, qui est de d'énoncer que « toute convention de forfait en jours doit être prévue par

⁵⁸³ Sur ce sujet, O. DESAULNAY, *L'application de la Constitution par la Cour de cassation*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2009, p. 206 à 239.

⁵⁸⁴ Soc., 29 juin 2011, pourvoi n° 09-71.107, *Bull.* 2011, V, n° 181.

⁵⁸⁵ M.-F. MAZARS et P. FLORES, « La Cour de cassation et le cadre juridique du forfait en jours », *Sem. soc. Lamy* 2011, p. 1499.

⁵⁸⁶ Soc., 13 janvier 2010, pourvoi n° 08-43.201, *Bull.* 2010, V, n° 14.

un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires » ne semble alors pas trouver sa justification première dans le visa du préambule, mais est à rechercher dans un élément qui serait intervenu entre la décision du Conseil constitutionnel et l'arrêt, à savoir une décision du comité européen des droits sociaux⁵⁸⁷.

Le visa de textes constitutionnels est donc bien souvent indissociable de l'interprétation qui en a été faite par le Conseil constitutionnel.

3) Le visa de la CESDH correspondant à une référence à une décision de la CEDH

183. Dans un arrêt du 29 janvier 2002⁵⁸⁸, la première chambre civile de la Cour de cassation décide, au visa de l'article 1527, alinéa 2, du code civil, tel qu'il doit être interprété au regard de l'article 1^{er} du Protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 14 de cette Convention, d'étendre aux enfants naturels l'application de l'article 1527, qui ne bénéficiait alors qu'aux enfants légitimes. Les commentateurs n'ont pas manqué de remarquer la référence implicite à l'arrêt *Mazurek contre France*⁵⁸⁹, par lequel la Cour européenne des droits de l'homme avait condamné la France pour sa législation discriminatoire à l'égard de l'enfant adultérin en matière de succession⁵⁹⁰.

⁵⁸⁷ Sur cet arrêt, cf. *infra* n° 401.

⁵⁸⁸ 1^{ère} civ., 29 janvier 2002, pourvois n° 99-21.134 et 99-21.135, *Bull.* 2002, I, n° 32.

⁵⁸⁹ CEDH, *Mazurek contre France*, 1^{er} février 2000, requête n° 34406/97.

⁵⁹⁰ Ainsi, B. VAREILLE, « Avantage matrimonial, revirement de jurisprudence ; l'action en retranchement est ouverte aux enfants naturels », *RTD civ.* 2002 p. 347 ; A. DEVERS, « L'enfant naturel, un enfant légitime comme les autres », *D.* 2002 p. 1938 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « La première chambre civile de la Cour de cassation invente l'art d'appliquer le code civil "tel qu'il doit être interprété" au regard de la Convention européenne des droits de l'Homme » *RTD civ.* 2002 p. 865 (l'auteur ici commente principalement le visa de cet arrêt) ; S. CHASSAGNARD, « L'enfant naturel, nouveau bénéficiaire de l'action en retranchement: Une interprétation nouvelle de l'ancien article 1527, alinéa 2 du code civil » *LPA*, 2002, n° 149, p. 22 (l'auteur ne cite pas l'arrêt de la CEDH mais y fait expressément référence) ; J. CASEY, « L'action en retranchement est rétroactivement ouverte aux enfants naturels ! », *RJPF* 2002, n° 5, 1^{er} mai 2002 ; J. MASSIP, « L'ouverture de l'action en retranchement aux enfants naturels », *LPA*, 2002, n° 156, p. 19 ; R. LE GUIDEC, « Successions et libéralités » *JCP, G*, 2002, I, 178.

Tous les commentateurs n'y font cependant pas explicitement référence : J. HAUSER, « L'enfant naturel rétroactif (suite) : relire Roubier, Nerson et Rubellin-Devichi avant de légiférer ! », *RTD civ.* 2002 p. 278.

Les visas interprétatifs qui réfèrent implicitement à des décisions de justice présentent l'intérêt de faire l'économie d'une justification. Ils courent cependant parfois le risque d'être ambigus, contrairement aux visas faisant référence explicitement à des décisions de justice.

B. La justification par référence explicite à la jurisprudence d'autres juridictions

184. Les visas de textes interprétés à la lumière de décisions se réfèrent tantôt à la solution donnée au dispositif (réserves d'interprétation par exemple), tantôt aux motifs de la décision. Mais il s'agit toujours de justifier l'interprétation que la Cour de cassation opère relativement à un autre texte par le biais de cette référence à une décision.

Ce mode de justification de l'interprétation de la règle de droit est relativement récent et la référence à une décision au sein d'un visa l'est encore plus. Ce ne sont pas n'importe quelles décisions qui sont visées, mais essentiellement celles du Conseil constitutionnel. Cependant, les décisions de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme ont pu apparaître au visa de façon tout à fait exceptionnelle.

Lorsque la Cour de cassation suit l'interprétation donnée par une autre juridiction, elle vise souvent cette décision dans un visa à part. Alors que d'ordinaire, ses arrêts ne contiennent qu'un seul « vu », elle fait volontiers précéder le visa correspondant au texte interprété par le visa de la décision guidant l'interprétation donnée (1). Mais la référence à la décision guidant l'interprétation peut aussi avoir lieu au sein du même visa (2).

1) Le visa isolé

185. La référence au dispositif d'une décision de la CJUE. Alors que la référence à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne est souvent implicite⁵⁹¹, la première chambre civile a, dans un arrêt du 10 mai 2006, visé un arrêt rendu par celle-ci pour interpréter certaines dispositions de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968⁵⁹². L'arrêt en question était la réponse à une question préjudicielle⁵⁹³ posée par la Cour de cassation, dans le cadre du pourvoi auquel l'arrêt étudié répond. La Cour de cassation suit l'interprétation donné par la Cour

⁵⁹¹ Sur ce point, cf. *supra* n° 150 et 167 s.

⁵⁹² 1^{ère} civ., 10 mai 2006, pourvoi n° 01-11.229, *Bull.* 2006, I, n° 222.

⁵⁹³ Pour le refus de la dénomination de question préjudicielle à de tels types de renvois, cf. G. CASU, « Qu'est-ce qu'une question préjudicielle ? », *Procédures* n° 8-9, Août 2016, étude 8.

de justice en ce qui concerne l'applicabilité de l'article 11 de la convention à des rapports entre assureurs, et les conditions requises pour que l'article 6 alinéa 2 soit applicable⁵⁹⁴. Le visa de la décision de la Cour de justice constitue donc bien une justification de l'interprétation des dispositions visées après lui.

Une telle justification de l'interprétation donnée à un texte européen, par le biais d'un visa d'une décision de la Cour de justice précédant le visa du texte interprété, semble bien fonctionner. Dès lors, on peut se demander pourquoi l'expérience n'a pas été réitérée. Ce visa exceptionnel n'a pas attiré l'attention de la doctrine, ce qui semble indiquer une bonne compréhension de la justification ainsi opérée⁵⁹⁵. La raison de la relégation des décisions de la Cour de justice en dehors de visas doit donc être recherchée ailleurs. Elles sont en effet régulièrement citées dans les chapeaux ou attendus au moment de l'énoncé de la règle appliquée⁵⁹⁶, après le visa du texte européen ou d'origine européenne. La référence à l'interprétation européenne peut aussi avoir lieu de façon vague, sans que soit mentionnée une décision précise⁵⁹⁷. Un tel emplacement peut aussi bien s'expliquer par un souci de clarté que par un refus de faire accéder à l'honneur des visas les décisions de la Cour de justice.

186. Le visa isolé de réserves d'interprétations ou de décisions du Conseil constitutionnel. La première chambre civile use aussi du visa isolé pour faire référence à des réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel ou à des déclarations d'inconstitutionnalité. Ce visa suit alors le visa du texte interprété. Cette pratique est spécifique à la première chambre

⁵⁹⁴ A. SINAY-CYTERMANN, « De la compétence pour connaître d'un appel en garantie entre assureurs, fondé sur un cumul d'assurances », *Rev. crit. DIP* 2006 p. 899.

⁵⁹⁵ I. GALLMEISTER, « Convention de Bruxelles et appel en garantie », *D.* 2006, IR, p. 1480 ; A. SINAY-CYTERMANN, « De la compétence pour connaître d'un appel en garantie entre assureurs, fondé sur un cumul d'assurances » *Rev. crit. DIP* 2006 p. 899 ; P. COURBE, F. JAULT-SESEKE, « Droit international privé », *D.* 2007 p. 1751 ; « Procédure civile, panorama de jurisprudence », *JCP G* n° 23, 7 Juin 2006, IV, 2239.

⁵⁹⁶ Ainsi, 1^{ère} civ., 14 décembre 2016, pourvoi n° 15-21.396, *Publication en cours* ; Ass. plén. 18 novembre 2016, pourvoi n° 15-21.438, *publication en cours* ; 1^{ère} civ., 16 novembre 2016, pourvoi n° 15-26.018, Inédit ; 1^{ère} civ., 9 novembre 2016, pourvoi n° 13-28.349, *publication en cours* ; 1^{ère} civ., 3 novembre 2016, pourvoi n° 15-20.621, *Publication en cours* ; Com., 2 novembre 2016, 14-25.410, Inédit ; Soc., 13 octobre 2016, pourvois n° 15-16.872, 15-16.873, 15-16.874, 15-16.875 (quatre arrêts), Inédit ; Soc., 28 septembre 2016, pourvoi n° 15-16.529, Inédit ; Soc., 22 juin 2016, pourvoi n° 15-20.111, *Publication en cours* ; Com., 21 juin 2016, pourvoi n° 14-25.344, *publication en cours* ; 1^{ère} civ., 15 juin 2016, pourvois n° 15-16.359, 16-16.358, 15-16.357 ; 15-16.356 (quatre arrêts inédits) ; Soc., 8 juin 2016, 15-12.862, Inédit ; 1^{ère} civ., 12 mai 2016, pourvoi n° 14-24.698, *publication en cours* ; Com., 3 mai 2016, 14-25.448, Inédit ; Com., 2 février 2016, pourvoi n° 14-15.095, Inédit ; Com., 2 février 2016, pourvoi n° 14-24.819, *publication en cours* ; Com., 5 janvier 2016, pourvoi n° 13-17.063, *publication en cours* ; Et 186 autres arrêts depuis 2006 (25 en 2015, 15 en 2014, 9 en 2013, 33 en 2012, 9 en 2011, 10 en 2010, 9 en 2009, 11 en 2008, 7 en 2007, 58 en 2006).

⁵⁹⁷ Ainsi, 2^{ème} civ., 6 octobre 2016, pourvoi n° 15-19.128, Inédit : « il découle des troisième et quatrième [textes visés], tels qu'interprétés par la Cour de justice de l'Union européenne... » ; 1^{ère} civ., 7 octobre 2015, pourvoi n° 14-20.370, *publication en cours* ; Soc., 18 décembre 2013, pourvois n° 12-25.686 à 12-25.734, *Bull.* 2013, V, n° 312 ; Soc., 30 septembre 2013, pourvois n° 12-14.752, 12-14.964, *Bull.* 2013, V, n° 222 ; 1^{ère} civ., 12 juillet 2012, pourvoi n° 11-17.510, *Bull.* 2012, I, n° 165 ; Com., 3 avril 2012, 11-14.631, Inédit ; 2^{ème} civ., 20 mai 2010, pourvois n° 09-12.215, 09-65.457, Inédit.

civile. Elle semble marquer la soumission de la Cour à l'autorité de la chose jugée par le Conseil constitutionnel. En effet, lorsque la première chambre civile se réfère non pas à un élément dont elle estime qu'il bénéficie de la chose jugée mais à un motif d'une décision du Conseil constitutionnel, la décision de celui-ci figure au sein du même visa que le texte qu'elle permet d'interpréter⁵⁹⁸.

187. Dans les hypothèses où c'est une réserve d'interprétation à laquelle il est fait référence, le visa permet simplement de justifier l'interprétation qui est faite du texte visé. Une telle référence est d'autant plus nécessaire que la décision du Conseil constitutionnel a pu rendre nécessaire un revirement de jurisprudence⁵⁹⁹, ou constitue une réécriture des textes⁶⁰⁰.

188. Dans un arrêt du 13 avril 2016, c'est à une déclaration d'inconstitutionnalité qu'il est fait référence⁶⁰¹. La première chambre civile vise « la décision du Conseil constitutionnel (n° 2013-360 QPC) du 9 janvier 2014 déclarant contraires à la Constitution les mots « du sexe masculin », figurant aux premier et troisième alinéas de l'article 9 de l'ordonnance n° 45-2441 du 19 octobre 1945 portant code de la nationalité française, dans sa rédaction résultant de la loi n° 54-395 du 9 avril 1954 modifiant l'article 9 de l'ordonnance n° 45-2441 du 19 octobre 1945 portant code de la nationalité française » après avoir visé les texte en questions. Ce texte prévoyait en effet, une exception à l'automaticité de la perte de la nationalité française par acquisition volontaire d'une nationalité étrangère pour les individus de sexe masculin de moins de cinquante ans, que le Conseil constitutionnel a considéré comme étant contraire au principe d'égalité entre hommes et femmes.

La cassation n'intervient pas en raison d'un refus de prise en compte de la déclaration d'inconstitutionnalité par les juges du fond, mais en raison d'une méprise quant à sa portée. En

⁵⁹⁸ Cf. *infra* n° 195.

⁵⁹⁹ Ainsi, 1^{ère} civ., 21 septembre 2016, pourvoi n° 15-24.054, Inédit ; 1^{ère} civ., 8 juin 2016, 14-29.630, Inédit ; 1^{ère} civ., 15 avril 2015, 14-11.575, *publication en cours* ; 1^{ère} civ., 5 novembre 2014, pourvoi n° 13-22.740, Inédit ; 1^{ère} civ., 28 mai 2014, pourvoi n° 13-15.760, *Bull.* 2014, I, n° 95 : « Vu l'article 274 du code civil ; Vu la réserve d'interprétation émise par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2011-151 QPC du 13 juillet 2011 ».

⁶⁰⁰ Ainsi, 1^{ère} civ., 7 novembre 2012, pourvoi n° 11-17.237 12-13.713, *Bull.* 2012, I, n° 234 ; 1^{ère} civ., 7 novembre 2012, 11-24.586, Inédit ; 1^{ère} civ., 19 décembre 2012, pourvoi n° 11-26.535, Inédit ; 1^{ère} civ., 15 mai 2013, 12-18.003, Inédit ; 1^{ère} civ., 4 décembre 2013, pourvoi n° 12-28.537, Inédit ; 1^{ère} civ., 15 avril 2015, 14-15.364 14-16.254, Inédit ; 1^{ère} civ., 9 septembre 2015, pourvoi n° 14-20.410, Inédit ; 1^{ère} civ., 19 décembre 2012, 11-27.840, Inédit ; 1^{ère} civ., 23 octobre 2013, 12-28.239, Inédit ; 1^{ère} civ., 20 novembre 2013, pourvoi n° 12-28.403, Inédit ; 1^{ère} civ., 28 mai 2014, pourvoi n° 13-11.457, Inédit : « Vu la décision du Conseil constitutionnel (n° 2012-227 QPC) du 30 mars 2012 déclarant conforme à la Constitution l'article 26-4 du code civil, sous la réserve du considérant 14, aux termes duquel, la présomption prévue par la seconde phrase du troisième alinéa de l'article 26-4 ne saurait s'appliquer que dans les instances engagées dans les deux années de la date de l'enregistrement de la déclaration et que dans les instances engagées postérieurement, il appartient au ministère public de rapporter la preuve du mensonge ou de la fraude invoqués ».

⁶⁰¹ 1^{ère} civ., 13 avril 2016, pourvoi n° 14-50.071, *publication en cours*.

effet, le Conseil constitutionnel a décidé, dans le considérant 12, que « que les descendants [des femmes ayant perdu la nationalité française sur ce fondement] peuvent également se prévaloir des décisions reconnaissant, compte tenu de cette inconstitutionnalité, que ces femmes ont conservé la nationalité française ». Il est donc nécessaire que la femme se soit prévaluée de l'inconstitutionnalité pour qu'elle puisse produire des effets à l'égard de ses descendants. Dans l'affaire qui était soumise à l'examen de la Cour de cassation, la mère ne s'était pas prévaluée de l'inconstitutionnalité, car elle avait pu réintégrer la nationalité française par un autre biais. La cour d'appel avait cru pouvoir néanmoins constater la nationalité française de son fils, ce que la Cour de cassation a sanctionné.

Le fondement de la cassation réside alors dans les dispositions transitoires édictées par le Conseil constitutionnel.

2) Le visa intégré

189. Lorsque la référence à la décision est intégrée au visa du texte interprété par celle-ci, cette référence peut renvoyer soit au dispositif (a), soit aux motifs (b) de la décision.

a) La référence au dispositif de la décision

190. La référence aux réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel. Le visa de l'article 66 de la Constitution a eu lieu conjointement avec une réserve d'interprétation émise par le Conseil constitutionnel fondée sur ce même texte, et au texte grevé de la réserve, pour annuler pour excès de pouvoir l'ordonnance du premier président d'une cour d'appel qui affirmait ne pas être tenu par cette réserve⁶⁰². Selon cette réserve d'interprétation, « l'autorité judiciaire conserve la possibilité d'interrompre à tout moment la prolongation du maintien en rétention, de sa propre initiative ou à la demande de l'étranger, lorsque les circonstances de droit ou de fait le justifient »⁶⁰³. Le premier président estimait que le juge des libertés et de la détention ne pouvait être compétent pour examiner la demande de mise en liberté d'un étranger placé ou maintenu en rétention à défaut de disposition légale prévoyant cette compétence. Il considère qu'il ne peut

⁶⁰² 1^{ère} civ., 22 mars 2005, pourvoi n° 04-50.024, *Bull.* 2005, I, n° 150 p. 128 : « Vu l'article 66 de la Constitution et l'article 35 bis VI de l'ordonnance du 2 novembre 1945 dans sa rédaction issue de la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003, devenu l'article L. 554-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, et ayant fait l'objet d'une réserve d'interprétation par la décision du Conseil constitutionnel n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003 ».

⁶⁰³ CC, 20 novembre 2003, n° 2003-484 DC, considérant n° 66.

pas mettre en œuvre la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel, car une telle mise en œuvre va au-delà de ses pouvoirs, seul législateur pouvant intervenir sur ce point. C'est en cela que la Cour de cassation considère que le premier président a méconnu l'étendue de ses pouvoirs.

Ce n'est pas alors l'article 66 qui est le fondement de la cassation, car cela impliquerait que la Cour de cassation soit investie du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des textes, mais bien la réserve d'interprétation que le Conseil constitutionnel avait fondé sur l'article 66 de la Constitution. La référence à la Constitution est ici superflue, et le seul visa de la réserve d'interprétation aurait été suffisant et plus clair. La réserve d'interprétation était fondée sur l'article 66 de la Constitution et permet de justifier l'interprétation qui est faite de la disposition légale.

Le visa du texte interprété à la lumière de la directive aurait été plus approprié. La maladresse de la rédaction du visa de cet arrêt s'explique par la nouveauté de la référence à la jurisprudence du Conseil constitutionnel pour les chambres civiles de la Cour de cassation. L'inclusion dans le raisonnement de cassation d'une décision du Conseil était à l'époque novateur. Seul un arrêt isolé de la chambre sociale en 1998, avait fondé une cassation sur la méconnaissance d'une décision du Conseil constitutionnel⁶⁰⁴. L'argument constitutionnel était peu habituel au soutien d'une cassation, et absolument inédit dans un visa d'une chambre civile. Désormais, outre le visa isolé que la première chambre civile est la seule à pratiquer⁶⁰⁵, c'est plus fréquemment par le biais de l'expression « tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel » qu'a lieu la référence à une réserve d'interprétation.

191. Cette référence, bien que souvent présente dans le chapeau, à la suite du texte interprété⁶⁰⁶, peut prendre place au sein du visa. L'intérêt de faire figurer la décision du Conseil constitutionnel semble être celui d'une économie dans la rédaction de l'arrêt, puisque cela permet à la Cour de ne pas rappeler à part dans le chapeau le contenu de la décision du Conseil constitutionnel⁶⁰⁷. La différence est parfois purement rédactionnelle, la référence à la décision du

⁶⁰⁴ Soc., 25 mars 1998, pourvoi n° 95-45.198, *Bull.* 1998, V, n° 175.

⁶⁰⁵ Cf. *supra* n° 186.

⁶⁰⁶ Ainsi, 2^{ème} civ., 12 juillet 2012, pourvoi n° 11-19.861, *Bull.* 2012, II, n° 134 ; Soc., 14 septembre 2012, pourvoi n° 11-21.307, *Bull.* 2012, V, n° 230 ; 2^{ème} civ., 20 septembre 2012, pourvoi n° 11-20.798, Inédit ; 2^{ème} civ., 19 septembre 2013, pourvoi n° 12-18.074, *Bull.* 2013, II, n° 170 ; 2^{ème} civ., 3 avril 2014, pourvoi n° 13-17.586, Inédit ; 2^{ème} civ., 20 juin 2013, pourvoi n° 12-17.503, Inédit ; Com., 9 octobre 2012, pourvoi n° 11-19.833, Inédit ; 2^{ème} civ., 12 février 2015, pourvoi n° 13-17.677, Inédit.

⁶⁰⁷ Ainsi, 2^{ème} civ., 22 septembre 2011, pourvoi n° 09-15.756, *Bull.* 2011, II, n° 171.

Conseil constitutionnel étant simplement déplacée sans qu'il n'en résulte un changement⁶⁰⁸. Quel que soit le mode de rédaction de la référence à la réserve, il s'agit toujours de justifier l'interprétation du texte par la conformité à la réserve.

192. Un récent arrêt est à signaler par la rédaction atypique de son visa, qui semble souligner la vigueur des déclarations d'inconstitutionnalité. La chambre sociale a en effet visé un article du code du travail « en sa rédaction résultant de la décision n° 2015-523 du Conseil constitutionnel en date du 2 mars 2016 »⁶⁰⁹. Il ne s'agit plus de faire référence à l'autorité interprétative du Conseil constitutionnel, mais de prendre acte de la modification rédactionnelle intervenue en raison de l'abrogation d'une partie du texte. Il a en effet déclaré non conforme une partie de l'article L. 3141-26 du code du travail. La référence à la décision du Conseil constitutionnel fonctionne ici de la même façon que la référence à la loi. Il s'agit simplement de préciser quelle est la version du texte qui est appliqué. L'abrogation intervenue ne changeait d'ailleurs rien pour l'affaire en question.

193. La référence à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme⁶¹⁰. Dans un arrêt du 13 juin 2007, la chambre sociale vise l'article 6 §1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales tel qu'interprété par l'arrêt X... et autres c. France du 9 janvier 2007 de la Cour européenne des droits de l'homme. Ici, la référence semble avoir pour rôle celui d'une prise de distance par rapport à sa propre décision : il s'agit pour la chambre sociale de montrer qu'elle n'est pas l'auteur intellectuel de la solution⁶¹¹. En effet, comment expliquer autrement un tel visa ? La référence à la Convention européenne des droits de l'homme permet en temps normal de faire référence efficacement bien qu'indirectement aux décisions de la Cour européenne des droits de l'homme. Les commentateurs sont habitués à cette référence implicite et repèrent, lorsqu'elle a lieu, la reprise de solutions dégagées par la CEDH. Ici, la référence directe opérée à l'arrêt de la Cour

⁶⁰⁸ Ainsi, comparer 2^{ème} civ., 30 juin 2011, pourvoi n° 10-19.475, *Bull.* 2011, II, n° 148 et 2^{ème} civ., 19 juin 2014, pourvoi n° 13-17.983, Inédit, qui visent la décision du Conseil constitutionnel, avec 2^{ème} civ., 20 juin 2013, pourvoi n° 12-17.503, Inédit, 2^{ème} civ., 19 septembre 2013, pourvoi n° 12-18.074, *Bull.* 2013, II, n° 170, 2^{ème} civ., 20 septembre 2012, 11-20.798, Inédit, 2^{ème} civ., 3 avril 2014, pourvoi n° 13-17.586, Inédit, 2^{ème} civ., 12 février 2015, pourvoi n° 13-17.677, Inédit, qui y font référence dans le chapeau.

⁶⁰⁹ Soc., 8 février 2017, pourvoi n° 15-21.064, *publication en cours*.

⁶¹⁰ Soc. 13 juin 2007, pourvoi n° 05-45.694, *Bull.* 2007, V, n° 99.

⁶¹¹ En ce sens, P. DEUMIER, « L'avènement des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme au visa des arrêts de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2007 p. 536 : « À moins que la référence ne dissimule une position exactement inverse et que la chambre sociale ne marque, par son visa, sa soumission, de mauvais gré, à une Cour européenne susceptible à défaut de réitérer sa condamnation. Le communiqué accompagnant les arrêts annonce sommairement qu'ils « tirent les conséquences de ces décisions » de la Cour européenne ».

européenne semble être, comme l'a très bien mis en évidence Pascale Deumier⁶¹², un message adressé à l'Assemblée plénière : la chambre sociale ne suivant pas la solution dégagée par celle-ci, il est nécessaire qu'elle apporte des arguments très forts pour justifier ce qui en temps normal aurait constitué une résistance de sa part. En effet, l'assemblée plénière avait décidé l'inverse dans une décision du 24 janvier 2003⁶¹³ qui venait à la suite d'une décision de la chambre sociale du 24 avril 2001⁶¹⁴.

194. Depuis, il n'y a plus eu de référence à des arrêts de la Cour européenne au sein des visas dans les décisions des chambres civiles de la Cour de cassation⁶¹⁵. De rares arrêts de cassation font référence à un arrêt⁶¹⁶ ou à la jurisprudence⁶¹⁷ de la Cour européenne dans des attendus ou chapeaux⁶¹⁸. La référence à aux décisions de la Cour européenne reste cependant marginale, la référence implicite⁶¹⁹ à celle-ci étant préférée. Lorsque la décision à laquelle la Cour de cassation fait référence est un arrêt concernant un autre État, il peut sembler normal qu'elle ne trouve pas sa place dans le visa⁶²⁰. Pourtant, rien n'empêche de faire figurer les décisions de la Cour européenne dans les visas, aux côtés du texte méconnu, à titre de visa interprétatif. La référence récente aux décisions de la Cour européenne dans les chapeaux⁶²¹, présente l'intérêt de préciser les éléments importants de celle-ci pour l'interprétation du texte visé. Mais, passées les premières cassations opérant la prise en compte d'un arrêt de la Cour européenne, il serait envisageable que la justification par la référence à celui-ci s'effectue au sein du visa.

⁶¹² P. DEUMIER, « L'avènement des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme au visa des arrêts de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2007 p. 536.

⁶¹³ Ass. plén. 24 janvier 2003, pourvoi n° 01-41.757, *Bull.* 2003, A.P., n° 3.

⁶¹⁴ Soc. 24 avril 2001, pourvoi n° 00-44.148, *Bull.* 2001, V, n° 130.

⁶¹⁵ Le visa de décisions de la Cour européenne des droits de l'homme est en effet plus fréquent en matière pénale en raison de la procédure de réexamen des décisions qui n'existait, jusqu'à la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016, qu'en matière pénale. L'article L. 452-1 du code de l'organisation judiciaire permettant désormais sous certaines conditions un réexamen des décisions en matière civile prononcées en violation de la CESDH, ce type de visas pourrait voir le jour devant les chambres civiles de la Cour de cassation. Ce type de visa ne semble cependant pas constituer une justification de l'interprétation effectuée par la Cour, mais plutôt un visa des pièces de la procédure, pratique analogue à celles du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État (cf. infra n° 11 s.). Ainsi, par exemple, Ass. Plén., 13 février 2009, pourvoi n° 01-85.826, *Bull.* 2009, A. P., n° 1.

⁶¹⁶ 1^{ère} civ., 4 novembre 2010, pourvoi n° 09-69.955, *Bull.* 2010, I, n° 219 ; 2^{ème} civ., 28 mai 2009, pourvoi n° 08-13.939, *Bull.* 2009, II, n° 135.

⁶¹⁷ Soc., 21 mars 2012, pourvoi n° 04-47.532, *Bull.* 2012, V, n° 101 ; Com., 23 septembre 2008, pourvoi n° 07-11.989, *Bull.* 2008, IV, n° 161 ; Soc., du 31 janvier 2002, pourvoi n° 00-18.365, *Bull.* 2002 V N° 44 ; Com., 22 février 2000, pourvoi n° 97-17.822, *Bull.* 2000, IV, n° 39 ; Soc., 14 janvier 1999, pourvoi n° 97-12.487, *Bull.* 1999, V, n° 24 ; Com., du 29 avril 1997, pourvoi n° 95-20.001, *Bull.* 1997, IV, n° 110.

⁶¹⁸ « Il résulte de la combinaison de ces textes, tels qu'interprétés par la Cour européenne des droits de l'homme » : 2^{ème} civ., 16 novembre 2004, pourvoi n° 03-30.170, inédit 13 juillet 2000, pourvoi n° 99-11.358, Inédit.

⁶¹⁹ Cf. *supra* n° 150.

⁶²⁰ Ainsi, 1^{ère} civ., 30 novembre 2016, 15-21.946, *publication en cours*.

⁶²¹ Ainsi, 1^{ère} civ., 30 novembre 2016, 15-21.946, *publication en cours*.

b) La référence aux arguments présents dans la décision

195. La référence à l'argumentation du Conseil constitutionnel. Dans plusieurs arrêts de 2008⁶²², la première chambre civile a visé, conjointement avec le texte de loi qu'elle interprète, une décision du Conseil constitutionnel⁶²³ ne comportant aucune réserve d'interprétation concernant ce texte, pour décider que « la proximité immédiate exigée par [l'article en question]⁶²⁴ est exclusive de l'aménagement spécial d'une salle d'audience dans l'enceinte d'un centre de rétention ». Si on se réfère aux motifs de la décision du Conseil constitutionnel, on peut comprendre que c'est l'impératif de publicité de l'audience, sur lequel il insiste au considérant 81, qui est en cause⁶²⁵. En effet, l'article L. 552-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile prévoyant la possibilité pour le juge des libertés et de la détention de statuer sur la prolongation de la rétention de l'étranger dans un salle située à proximité immédiate du lieu de rétention, on aurait pu penser qu'il était possible qu'une telle salle se situer au sein même du centre rétention. Cependant les centres de rétention étant des lieux fermés, l'impératif de publicité des audiences n'aurait pas pu être respecté. Ce sont donc les motifs de la décision du Conseil constitutionnel auxquels la Cour de cassation se réfère pour justifier l'interprétation restrictive d'un texte qu'elle opère. Or ces motifs, loin de constituer des réserves d'interprétation, constituent seulement une interprétation traditionnelle de la loi. En effet, l'utilisation des termes « il résulte des travaux parlementaires », « le législateur a entendu... », « le législateur a expressément prévu » montre bien que le Conseil constitutionnel n'entend pas émettre une réserve d'interprétation. La Cour de cassation justifie par le biais du visa d'une décision du Conseil constitutionnel sa décision grâce aux motifs de la décision du Conseil constitutionnel. À cet égard, le fait que la Cour de cassation ne précise pas dans son visa que la décision du Conseil constitutionnel a fait l'objet d'une réserve d'interprétation est révélateur, de même que l'absence de visa de l'article 62 de la Constitution. Le gouvernement a par la suite voulu mettre en échec cette jurisprudence, mais le Conseil constitutionnel, saisi à nouveau, est allé dans le sens de la

⁶²² 1^{ère} civ. 16 avril 2008, pourvoi n° 06-20.391, *Bull.* 2008, I, n° 117 ; 1^{ère} civ., 16 avril 2008, pourvoi n° 06-20.390, *Bull.* 2008, I, n° 116 ; 1^{ère} civ., 16 avril 2008, pourvoi n° 06-20.978, *Bull.* 2008, I, n° 118 ; 1^{ère} civ. 11 juin 2008, pourvoi n° 07-15.519, *Bull.* 2008, I, n° 166.

⁶²³ CC, 20 novembre 2003, n° 2003-484 DC.

⁶²⁴ Art. L. 552-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

⁶²⁵ Considérant 81 : « Considérant qu'il résulte des travaux parlementaires qu'en autorisant le recours à des salles d'audience spécialement aménagées à proximité immédiate des lieux de rétention ou à des moyens de télécommunication audiovisuelle, le législateur a entendu limiter des transferts contraires à la dignité des étrangers concernés, comme à une bonne administration de la justice ; que, par elle-même, la tenue d'une audience dans une salle à proximité immédiate d'un lieu de rétention n'est contraire à aucun principe constitutionnel ; qu'en l'espèce, le législateur a expressément prévu que ladite salle devra être « spécialement aménagée » pour assurer la clarté, la sécurité et la sincérité des débats et permettre au juge de « statuer publiquement » ».

Cour de cassation⁶²⁶. Il n'a par ailleurs pas fait référence à sa précédente décision sur laquelle la Cour de cassation s'appuyait, ce qui semble confirmer qu'il n'avait à l'époque pas entendu formuler une réserve d'interprétation. La prise en compte des motifs des décisions du constitutionnel par la Cour de cassation semble alors être une pratique pertinente en ce qu'elle permet, par la prise en compte des arguments et du raisonnement du juge constitutionnel, une interprétation conforme à la Constitution.

196. Dans un arrêt du 6 juillet 2005⁶²⁷, c'est à un argument présent dans le considérant 58, qui ne fait l'objet d'aucune réserve d'interprétation, que le visa de la décision du Conseil constitutionnel⁶²⁸ semble faire référence. Cependant, dans cet arrêt, l'article 62 de la Constitution est visé, ce qui pourrait faire pencher pour une référence à une réserve d'interprétation⁶²⁹. Pourtant, si on reprend les motifs de l'arrêt, ce sont bien les motifs de la décision du Conseil constitutionnel ayant permis de déclarer une disposition de la loi conforme à la constitution qui sont réutilisés ici par la Cour de cassation :

« Attendu, cependant, que le Conseil constitutionnel a énoncé dans la décision susvisée, d'une part, qu'en prévoyant qu'une demande d'asile sera irrecevable si elle est formulée plus de cinq jours après le placement de l'étranger dans un centre de rétention, le législateur a voulu concilier le respect du droit d'asile et, en évitant des demandes de caractère dilatoire, la nécessité de garantir l'exécution des mesures d'éloignement, qui participe de la sauvegarde de l'ordre public ; qu'il a prévu, à cet effet, que l'étranger sera pleinement informé du délai durant lequel une demande d'asile peut être formulée ; que ce délai ne saurait courir à défaut d'une telle information [copie du considérant 57] ; et, d'autre part, qu'il résulte de la référence spécialement faite par le législateur à la catégorie particulière des « centres » de rétention au V de l'article 35 bis que le délai de cinq jours mentionné par cette disposition ne couvre pas la période éventuellement passée en rétention par un étranger dans un local d'une autre nature [copie du considérant 58] ;

D'où il suit qu'en étendant en dehors des prévisions de la loi l'obligation de notification des droits que l'étranger est susceptible d'exercer en matière de demande d'asile et en sanctionnant, en outre, l'inobservation d'une telle formalité par une nullité de procédure qui n'est pas encourue, le premier président, à qui s'imposait la décision précitée du Conseil constitutionnel, a violé les textes susvisés »

⁶²⁶ CC, 10 mars 2011, n° 2011-625 DC, *AJDA* 2011 p. 532 ; V. TCHEN, « De la pratique des QPC en droit des étrangers à la réforme du 16 juin 2011 : la fin des illusions constitutionnelles ? (Bilan du premier semestre 2011) », *Constitutions* 2011 p. 581.

⁶²⁷ 1^{ère} civ., 6 juillet 2005, pourvoi n° 04-50.055, *Bull.* 2005, I, n° 304. N. GUIMEZANES, « L'absence de notification à un étranger de ses droits en matière de demande d'asile n'est pas sanctionnée par la nullité de la procédure de rétention », *Rev. crit. DIP* 2006 p. 361.

Aussi, 1^{ère} civ., 14 mars 2006, pourvoi n° 05-15.295, Inédit.

⁶²⁸ Décision du Conseil constitutionnel n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003.

⁶²⁹ Considérant ainsi que les considérants 57 et 58 faisaient l'objet d'une réserve d'interprétation, O. DESAULNAY, *L'application de la Constitution par la Cour de cassation*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2009, p. 163.

Mais voyant ici le signe d'une autorité de persuasion des décisions du Conseil constitutionnel, R. DE GOUTTES, « Le dialogue des juges », Colloque du Cinquantenaire, 3 novembre 2009, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, hors-série 2009.

Deux choses : d'une part, c'est bien à un considérant ne formulant pas de réserve d'interprétation que la Cour de cassation fait référence. D'autre part, le Conseil constitutionnel avait écarté l'idée d'une application du délai de 5 jours à des mesures de rétention exécutées dans des locaux autres que des centres de rétention. C'est sur cette considération que la Cour de cassation se fonde pour décider que la notification à l'étranger de ses droits ne s'applique pas pour les mesures de rétention exécutées dans des locaux autres que des centres de rétention. Il s'agit donc avant tout ici pour la Cour de cassation d'interpréter les dispositions concernées de façon cohérente : si le délai de 5 jour ne s'applique pas aux autres locaux, alors la notification des droits non plus. La notification à l'étranger des droits qu'il est susceptible d'exercer est en effet indissociable du délai de 5 jours suivant cette notification pour exercer les dits-droits. Formulées au sein du même article, ces deux dispositions devaient de façon naturelle recevoir le même champ d'application. Les motifs de la décision du Conseil constitutionnel ont donc été utilisés pour interpréter le champ d'application d'une disposition législative.

Permettant de comprendre un peu mieux la façon dont s'opère cette interprétation la note⁶³⁰ relative à cet arrêt ajoute, après avoir cité l'attendu précité :

« L'introduction de cette disposition législative nouvelle n'a donc pas été réalisée en faveur de l'étranger en situation irrégulière pour mieux l'informer de la possibilité - au demeurant largement connue - de former une demande de droit d'asile, mais, au contraire, dans un souci d'efficacité de l'action administrative, afin d'éviter des demandes dilatoires ayant pour effet de paralyser l'exécution des mesures d'éloignement. Il s'ensuit que la sanction du défaut de notification des droits relatifs à la demande d'asile ne peut être la nullité de la procédure de maintien en rétention administrative de l'étranger, mais seulement, le délai prévu ne courant pas, l'inopposabilité de la fin de non-recevoir tirée de la tardiveté de la demande d'asile. L'absence de notification ne saurait donc faire grief à l'étranger ni porter atteinte, bien au contraire, aux droits ou aux intérêts de l'intéressé, lequel pourra alors formuler à tout moment une demande d'asile empêchant temporairement l'exécution de la mesure d'éloignement (sous réserve, éventuellement, en cas d'abus de droit caractérisé, de la résurgence de la jurisprudence antérieure, sus-rappelée). Pour les mêmes raisons, il n'y a pas lieu d'étendre en dehors des prévisions de la loi l'obligation de notification des droits en matière de demande d'asile, spécialement à l'étranger qui se trouve momentanément retenu dans un « local » de rétention alors que le texte ne prévoit cette information que pour l'étranger retenu dans un « centre » de rétention : une telle extension serait, en réalité, défavorable aux intérêts de l'étranger dont elle abrègerait, sans texte, le délai d'exercice de la demande d'asile. Et c'est du reste en énonçant dans son considérant 58, « qu'il résulte de la référence spécialement faite par le législateur à la catégorie particulière des «centres» de rétention au V de l'article 35 bis que le délai de cinq jours mentionné par cette disposition ne couvre pas la période éventuellement passée en rétention par un étranger dans un local d'une autre nature », que le Conseil constitutionnel, par la 26 décision précitée, a pu juger que, dans ces conditions, la disposition législative nouvelle n'était pas contraire à la Constitution ».

Les choses sont claires, une fois expliquées par le communiqué. L'économie de moyens que constitue la référence aux motifs de la décision du Constitutionnel fait ici nettement perdre

⁶³⁰ BICC n° 628 du 01/11/2005, note n° 2018.

en clarté. Certes, il est possible, en se plongeant dans l'arrêt et en analysant les motifs de la décision du Conseil constitutionnel, de comprendre la justification de l'arrêt, mais au prix de sérieux efforts.

197. Signification de la référence aux motifs des décisions du Conseil constitutionnel.

On pourrait voir dans ces arrêts une prise en compte des motifs qui sont le *soutien nécessaire* de la décision du Conseil constitutionnel. La référence aux motifs des décisions du Conseil constitutionnel constituerait donc une acceptation, par la Cour de cassation, de l'autorité attachée aux motifs qui sont le soutien nécessaire des déclarations de conformité⁶³¹. La Cour de cassation a d'ailleurs expressément reconnu une autorité absolue attachée aux motifs constituant le soutien nécessaire du dispositif des décisions du Conseil constitutionnel⁶³². Cependant, dans les exemples qui viennent d'être analysés, il est difficile de déterminer si les motifs utilisés par la Cour de cassation sont effectivement des motifs qui sont le soutien nécessaire de la décision.

Néanmoins, une telle justification par le biais de la jurisprudence laisse à penser que la réception de la jurisprudence du juge constitutionnel par le juge judiciaire n'est pas aussi restreinte que l'on ne se plait à le penser⁶³³.

Conclusion du chapitre

198. La grande diversité des façons dont la justification opère à partir d'un visa en fait un outil adapté aux enjeux actuels en dépit de son apparente rigidité.

La justification d'une règle à partir du visa d'un texte ne passe pas que par la littéralité. De nombreux arguments implicites permettent le passage du texte à la règle. Si les premières

⁶³¹ Décision n° 62-18 L du 16 janvier 1962, considérant n° 1 ; Décision n° 89-258 DC du 8 juillet 1989, Loi portant amnistie, considérant 12 : Le Conseil constitutionnel a déclaré que ses décisions ont autorité de la chose jugée non seulement en ce qui concerne leur dispositif, mais aussi en ce qui concerne leur dispositif.

De même, Décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, considérants 4 et 5.

⁶³² 1^{ère} civ., 15 décembre 2011, 10-27.473, *Bull.* 2011, I, n° 216 : « si l'autorité absolue que la Constitution confère à la décision du Conseil constitutionnel s'attache non seulement à son dispositif mais aussi à ses motifs, c'est à la condition que ceux-ci soient le support nécessaire de celui-là ; que le dispositif de la décision 2010-2 QPC du 11 juin 2010 énonce que le 2 du paragraphe II de l'article 2 de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées est contraire à la Constitution ; que, dès lors, faute de mention d'une quelconque limitation du champ de cette abrogation, soit dans le dispositif, soit dans des motifs clairs et précis qui en seraient indissociables, il ne peut être affirmé qu'une telle déclaration d'inconstitutionnalité n'aurait effet que dans une mesure limitée ».

⁶³³ Ainsi, A. BASSET, *Pour en finir avec l'interprétation*, Institut Universitaire Varenne, 2015, spéc. p. 439 : « La réception des réserves d'interprétation par le juge ordinaire a d'une certaine manière un effet grossissant, et son étude confirme l'effet restreint qu'ont les décisions du Conseil : acceptation formelle pour le cas d'espèce, rejet lorsqu'il s'agit de diriger plus largement le travail du juge ».

formulations d'une règle à partir d'un visa nécessitent d'être explicitées, la permanence du sens des visas permet, par la suite, de faire référence aux dites règles sans les énoncer explicitement dans un chapeau. Le visa ne réfère pas seulement à un énoncé, mais aussi à une pratique. L'intérêt est celui d'une grande richesse de la justification ainsi opérée. L'inconvénient se situe dans l'accessibilité du sens des visas. Une maîtrise de la technique de cassation, des techniques d'interprétation, du domaine juridique en cause et de la jurisprudence afférente est indispensable à la saisie du sens des visas.

La pratique du visa interprétatif présente de nombreux intérêts. Elle permet la prise en compte de normes autres que celles correspondant aux sources traditionnelles du droit sans pour autant nécessiter une réelle modification de la technique de cassation. Elle permet aussi l'intégration dans la motivation des arrêts des *motifs des motifs*⁶³⁴. L'inconvénient se situe du point de vue de l'accessibilité de la justification. La compréhension des raisons de la décision nécessite de se référer à la décision ou au texte venant à l'appui de l'interprétation. Cette recherche peut s'avérer plus ou moins compliquée selon la précision de la référence. Le visa d'une décision ou d'un texte sans précision du considérant ou de l'article précis est regrettable à cet égard.

⁶³⁴ Terme employé d'abord par la Cour elle-même (Req. 16 mai 1838, *in* Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, Paris, t. XXIX, 1854, V° Jugement, n. 950) repris ensuite par divers auteurs. Ainsi, F. DESCORPS DECLERE, « Les motivations exogènes des décisions de la Cour de cassation », *D.* 2007 p. 2822 ; P. DEUMIER, « Les motifs des motifs » des arrêts de la Cour de cassation », *in* *Mélanges offerts à J.-F. Burgelin*, Dalloz, 2008, p. 125 s.

Chapitre II. Le type de texte susceptible de justifier une cassation

199. La grande diversité des textes susceptibles d'apparaître au visa d'un arrêt de la Cour de cassation transparaît déjà du chapitre précédent. Le temps où seules les lois pouvaient apparaître au visa des arrêts de cassation est aujourd'hui révolu. En effet, à côté des classiques visas de textes législatifs et réglementaires, on remarque des visas de textes n'émanant pas des organes traditionnels de production du droit, des visas de lois étrangères, de directives européennes, de décisions de justice, ou encore de circulaires administratives.

Il est nécessaire de distinguer le type de justification apportée par le visa pour savoir quels textes sont susceptibles d'y apparaître, car du type de justification mise en œuvre dépend le type de texte susceptible d'être visé. Les textes susceptibles de justifier de l'existence de la règle (Section I) doivent être distingués des textes susceptibles de justifier de l'interprétation d'un autre texte (Section II).

Section I. Le texte susceptible de justifier l'existence de la règle

200. Historiquement, seuls des textes de loi pouvaient apparaître au visa des arrêts de cassation. En effet, l'article 17 du décret des 27 novembre et 1^{er} décembre 1790 prévoyait que le dispositif des arrêts de cassation devait contenir le texte de loi ou des lois sur lequel la décision était appuyée, et aux termes de l'article 3 seule une violation des formes procédurales ou une contravention expresse au texte de la loi pouvait fonder une cassation⁶³⁵. Hormis l'article 17, le décret ne contenait aucune disposition obligeant le juge de cassation à motiver sa décision. Le visa était alors l'unique motivation nécessaire et possible de la cassation. Seul le visa d'un texte législatif pouvait remplir ce rôle justificatif, puisque seule la méconnaissance d'un texte législatif pouvait fonder une cassation. Se posait alors la question de savoir quels textes devaient être considérés comme étant des *textes de loi*.

⁶³⁵ Art. 3 du Décret des 27 novembre et 1^{er} décembre 1790, portant institution d'un Tribunal de cassation, et réglant sa composition, son organisation et ses attributions, *in Lois, décrets, ordonnances, etc...* par Antoine Auguste Carette, volume 2 p. 79 : « : « [Le Tribunal de cassation] annulera toutes les procédures dans lesquelles les formes auront été violées, et tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi ».

Il faut distinguer entre les textes antérieurs à 1789 et ceux postérieurs à cette date⁶³⁶. En effet, malgré la volonté révolutionnaire de faire table rase de l'Ancien Droit, celui-ci est demeuré applicable dans les domaines où le droit nouveau n'avait pas encore été adopté. L'ouvrage d'Aubert est précieux à cet égard, car il permet de savoir ce qui était considéré comme étant une loi à l'époque, et donc quels types d'actes pouvaient faire l'objet d'un visa.

201. Actes antérieurs à 1789. En ce qui concerne les actes antérieurs à 1789, Aubert cite les ordonnances⁶³⁷ (ce qui comprend les ordonnances proprement dites, les édits, chartes, déclarations du roi et lettres patentes) non abrogées par les lois nouvelles ; les coutumes⁶³⁸, à la condition qu'elles aient « été approuvées par le souverain, et enregistrées par les parlements »⁶³⁹ ; les lois romaines pour les pays de droit écrit, si elles ne se heurtent pas à une ordonnance ou à un usage local ; les anciens règlements⁶⁴⁰, les usages et la jurisprudence. Ainsi, écrit Aubert, « la contravention aux usages et à la jurisprudence, lorsque cette dernière était constante et bien établie, était autrefois une cause de cassation (...). Encore [à son époque], pour les cas qui s'y trouvent soumis, l'usage et la jurisprudence doivent être respectés. Mais il a été décidé que les Cours d'appel, substituées aux anciens parlements, apprécient souverainement la jurisprudence suivie dans le ressort du parlement qu'elles remplacent »⁶⁴¹. Il ne faut donc pas s'étonner de la présence de visas de jurisprudences dans les premiers arrêts de la Cour de cassation. Cette présence ne nuance en rien le légalisme de l'époque. Il s'agit uniquement d'un respect de la non-rétroactivité des lois.

202. Actes postérieurs à 1789. Pour les actes postérieurs à 1789, Aubert cite d'abord les lois proprement dites, qui comprennent les textes émanant du pouvoir législatif, y compris ceux ayant le nom de décret, mais aussi les Constitutions et lois générales. À côté de ces lois proprement dites, on trouve les actes ayant force de loi (décrets du premier empire, actes du gouvernement provisoire de 1848, décrets rendus pendant la période dictatoriale de 1852, décrets du gouvernement du 4 septembre⁶⁴² non annulés), et les actes émanant du pouvoir législatif. Mais la liste ne s'arrête pas là. Les traités internationaux et les tarifs des compagnies des chemins de fer s'ils sont dûment homologués par l'autorité compétente ainsi que l'usage homologué par une loi sont eux-aussi des textes dont la violation peut entraîner une cassation. L'usage non

⁶³⁶ H. AUBERT, *Des causes d'ouverture à cassation*, 1884, Paris, spéc. p. 200 s.

⁶³⁷ H. AUBERT, *op. cit.*, p. 200.

⁶³⁸ H. AUBERT, *op. cit.*, p. 201.

⁶³⁹ H. AUBERT, *op. cit.*, p. 202.

⁶⁴⁰ Les arrêts rendus par le conseil, et émanant donc du pouvoir législatif, même autorité que les lois et les arrêts de règlement émanant des cours souveraines n'avaient force obligatoire que moyennant le bon plaisir du roi.

⁶⁴¹ H. AUBERT, *op. cit.*, p. 204.

⁶⁴² Plus connu sous le nom de *gouvernement de la Défense nationale*.

homologué fait en revanche débat. Les lois étrangères, quant à elles, ne devraient pas constituer un cas d'ouverture à cassation, seule la loi française étant contrôlée par la Cour de cassation. Il est cependant arrivé dans de rares cas que celle-ci admette une violation de la loi française en raison de la violation de la loi étrangère, ce qui est vivement critiqué⁶⁴³. Mais la cassation intervient alors au visa d'un texte de loi français et non de la loi étrangère. La jurisprudence, quant à elle, aussi constante soit-elle, « ne peut plus être considérée comme ayant l'autorité d'une loi. »⁶⁴⁴

Ces textes assimilés à des textes de loi semblent donc assez variés. Cependant, on peut retenir deux caractéristiques qui leur sont communes : ils émanent tous du pouvoir législatif ou exécutif ou bien ont reçu l'aval ou une délégation de celui-ci.

Le terme de texte de loi est donc, dès l'origine, voué à accueillir nombre d'actes différents. Dans l'esprit des révolutionnaires, la loi était tout acte émanant du pouvoir législatif. À ce titre, les lois constitutionnelles pouvaient très bien figurer au visa d'un arrêt du Tribunal de cassation⁶⁴⁵. Il en est de même pour les traités internationaux. L'absence de contrôle de conventionalité et de constitutionnalité ne signifie pas une absence l'applicabilité de ces textes. En effet, alors même que la Cour de cassation refusait de contrôler la conventionalité du droit interne, elle pouvait viser un traité international : lorsqu'aucune disposition de droit interne n'était contraire à la convention internationale, ou si une disposition interne antérieure à la convention était en contradiction avec celle-ci, la convention trouvait à s'appliquer⁶⁴⁶. En revanche la pratique du visa de principes, aujourd'hui officialisée, était inimaginable lors de la création du Tribunal de cassation.

Si la source du texte pouvant être visé est aujourd'hui variée (§1), certaines conditions tenant au destinataire du texte (§2) et à ses qualités (§3) doivent être réunies pour qu'un texte soit apte à justifier une cassation.

⁶⁴³ Civ., 18 juillet 1876, *D. P.* 76, 1, 498.

⁶⁴⁴ H. AUBERT, *op. cit.*, p. 220.

⁶⁴⁵ Ainsi, Trib. Cass., 1^{er} octobre 1791, *Journal du Palais*, tome 1 : cassation d'un arrêt « comme contraire à l'art. 1 du chap. 5 de la loi constitutionnelle de l'état » pour non-respect du principe de séparation des pouvoirs en substance ; Trib. Cass., sections réunies, 6 octobre 1791, *Journal du Palais*, tome 1 : « Vu l'art. 27 du chap. 5 du tit. 3 de la loi constitutionnelle ; et attendu que le tribunal (...) a excédé les bornes de son pouvoir par sa déclaration et l'injonction faite au commissaire du roi, casse le dit jugement (...) ».

⁶⁴⁶ Ainsi, Civ. 4 févr. 1936, *S.* 1936, I, 257, note P. RAYNAUD ; Civ. 10 févr. 1948, *D.* 1948, 165.

§1. La source du texte

203. *A priori*, seuls des textes émanant de l'État devraient pouvoir justifier une cassation (A). Pourtant, nombre de textes non-étatique apparaissent fréquemment au visa des arrêts de la Cour de cassation (B).

A. Des sources étatiques

204. Les textes visés par la Cour de cassation sont aussi bien nationaux (1) qu'internationaux (2).

1) Les textes nationaux

205. Le visa de textes de loi est le type de visa le plus classique. « Les arrêts de la Cour de cassation laissent une place quasi exclusive à la loi, rarissimes étant les sources autres parvenant au visa »⁶⁴⁷. Le visa de textes codifiés domine d'un point de vue quantitatif⁶⁴⁸. Le visa de textes non codifiés comprend les lois organiques⁶⁴⁹, les lois ordinaires⁶⁵⁰, les ordonnances⁶⁵¹, les

⁶⁴⁷ P. DEUMIER, Les « motifs des motifs » des arrêts de la Cour de cassation Étude des travaux préparatoires », *in Mélanges Burgelin*, Paris, Dalloz, 2008, p. 125.

⁶⁴⁸ Sur 2862 arrêts de cassation étudiés, 2446 contiennent le visa d'un texte codifié, soit 85,5%. Comp. avec les statistiques en 1984 (portant sur le premier semestre de l'année 1984, toutes chambres civiles confondues) : A. PERDRIAU, « Visas, « chapeaux » et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile », *JCP* 1986, I. 3257 : sur 617 textes visés, 487 sont contenus dans un code (78,9%), dont 178 dans le code civil (28,8 %), 102 dans le code du travail (16,5%), et 66 dans le nouveau code de procédure civile, le code de l'organisation judiciaire ou l'ancien code de procédure civile (10,7%).

Pour l'année 2008, sur 695 arrêts de cassation, 247 arrêts visent un article du code civil (35,5%), 121 qui visent le code du travail (17,4%) et 145 le nouveau code de procédure civile, le code de l'organisation judiciaire ou l'ancien code de procédure civile (20,1%).

⁶⁴⁹ 3 visas de lois-organique (0,1%).

⁶⁵⁰ 387 arrêts visant des lois ordinaires (13,5%).

⁶⁵¹ 37 arrêts visant une ordonnance (1,3%).

décrets⁶⁵², arrêtés⁶⁵³ et même les délibérations⁶⁵⁴, ce type de visa étant cependant extrêmement rare. L'arrêté peut être visé aux côtés de la loi pour l'application de laquelle il est pris⁶⁵⁵.

206. Le visa de textes constitutionnels. Bien que la Cour de cassation ne contrôle pas la constitutionnalité des textes⁶⁵⁶, les textes constitutionnels peuvent apparaître au visa de ses arrêts⁶⁵⁷. En effet, leur application ne constitue pas forcément un contrôle de constitutionnalité⁶⁵⁸. Nombre de dispositions constitutionnelles sont appliquées par la Cour de cassation, et ce depuis l'origine. Ainsi, le Tribunal de cassation visait régulièrement l'article 27 du chapitre 5 de la Constitution de 1791, celui-ci étant le fondement de la cassation pour excès de pouvoir⁶⁵⁹. Seule l'idée d'un contrôle de constitutionnalité des lois était proscrite, en raison du principe de séparation des pouvoirs mais également en raison du légalisme révolutionnaire⁶⁶⁰. Après l'adoption de la Constitution de 1958, le fondement de l'impossibilité pour la Cour de cassation de procéder à un contrôle de constitutionnalité des actes législatifs est devenu l'existence d'une compétence exclusive du Conseil constitutionnel en la matière⁶⁶¹.

207. Pour les années étudiées dans cet ouvrage, on retrouve assez peu cassations pour violation de la Constitution. Les hypothèses dans lesquelles un texte constitutionnel peut constituer le support direct de la cassation sont réduites. En effet, le visa de texte constitutionnel constitue le plus souvent un visa interprétatif⁶⁶².

⁶⁵² 224 arrêts visant un décret (7,8%).

⁶⁵³ 24 arrêts visant un arrêté (0,8%).

1^{ère} civ., 15 novembre 2010, pourvoi n° 09-66.319, *Bull.* 2010, I, n° 230 ; 1^{ère} civ., 13 novembre 2008, pourvoi n° 06-16.453, *Bull.* 2008, I, n° 253 ; 1^{ère} civ., 2 octobre 2013, pourvoi n° 12-20.504, *Bull.* 2013, I, n° 194.

⁶⁵⁴ Aucun arrêt dans le contingent analysé, mais : 1^{ère} civ., 28 mars 1995, pourvoi n° 93-11.408, Inédit ; Soc., 24 mars 1993, pourvoi n° 90-11.593, Inédit.

⁶⁵⁵ 1^{ère} civ., 15 novembre 2010, pourvoi n° 09-66.319, *Bull.* 2010, I, n° 230.

⁶⁵⁶ Noter que dans le cadre des questions prioritaires de constitutionnalité, la Cour de cassation ne vise en principe aucun texte, ce qui est naturel, le visa étant la marque de la cassation. Il arrive cependant qu'elle vise « l'article 61-1 de la Constitution et l'article 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958, tel qu'il résulte de la loi organique du 10 décembre 2009 » pour déclarer une QPC irrecevable : 2^{ème} civ., 7 juillet 2011, pourvoi n° 11-40.050, Inédit ; 2^{ème} civ., 31 mai 2012, pourvoi n° 12-40.033, Inédit ; 2^{ème} civ., 10 mai 2012, pourvoi n° 12-40.019, Inédit ; 1^{ère} civ., 4 novembre 2011, pourvoi n° 11-60.240, Inédit ; 2^{ème} civ., 12 février 2015, pourvoi n° 14-22.208, Inédit ; 2^{ème} civ., 12 février 2015, pourvoi n° 14-22.173, Inédit.

⁶⁵⁷ 9 arrêts visant la Constitution (0,3%).

⁶⁵⁸ Pour les hypothèses d'interprétation conforme, cf. *infra* n° 241.

⁶⁵⁹ Ainsi Trib. Cass., 1^{er} octobre 1791 ; 6 octobre 1791.

⁶⁶⁰ O. DESAULNAY, *L'application de la Constitution par la Cour de cassation*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2009, p. 412 s.

⁶⁶¹ *Ibid.*, p. 421.

⁶⁶² Sur ce point, voir *supra* n° 181.

208. Visa de textes constitutionnels mal appliqués par les juridictions du fond. La Cour de cassation peut d'abord viser des textes constitutionnels lorsqu'ils sont mal appliqués par les juridictions du fond. Ainsi, l'article 55 de la Constitution est visé pour casser un arrêt qui a donné à tort un effet direct aux dispositions d'une résolution du Conseil de l'ONU faute de ratification ou de transposition de celles-ci en droit interne⁶⁶³. Inversement, il peut être visé pour sanctionner une juridiction qui n'a pas effectué un contrôle de conventionalité d'un texte interne pourtant demandé⁶⁶⁴. L'application de la Constitution est alors directe.

De même, le juge de cassation fait une application directe de la Constitution lorsqu'il vise l'article 75 de la Constitution, qui prévoit l'existence de statuts personnels en France pour casser l'arrêt d'une cour d'appel qui a appliqué le droit français sans avoir constaté que les intéressés, soumis au statut personnel, y avaient renoncé⁶⁶⁵.

209. Visas de la Constitution correspondant à une référence à l'autorité d'une décision du Conseil constitutionnel. L'article 62 de la Constitution vient régulièrement sanctionner une mauvaise réception des décisions du Conseil constitutionnel par les juridictions du fond, qu'il s'agisse des décisions rendues dans le cadre du contrôle *a priori* ou du contrôle *a posteriori*. En effet, aux termes de ce texte, les décisions du Conseil constitutionnel « s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles »⁶⁶⁶. Dès lors, un arrêt qui applique une disposition déclarée inconstitutionnelle encourt la cassation, au visa de l'article 62, ensemble la disposition appliquée à tort⁶⁶⁷.

En ce qui concerne le contrôle *a posteriori*, « Le Conseil constitutionnel [déterminant] les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause »⁶⁶⁸, une cassation peut intervenir sur le fondement de l'article 62 de la constitution si la juridiction du fond interprète mal le champ d'application dans le temps d'une décision du

⁶⁶³ 1^{ère} civ., 25 avril 2006, pourvoi n° 02-17.344, *Bull.* 2006, I, n° 202 p. 178.

⁶⁶⁴ 2^{ème} civ., 20 décembre 2007, pourvoi n° 06-20.563, *Bull.* 2007, II, n° 273.

⁶⁶⁵ Ainsi, 1^{ère} civ., 23 mai 2006, pourvoi n° 05-16.702, *Bull.* 2006, I, n° 257.

⁶⁶⁶ Article 62 de la Constitution, alinéa 3 : Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61 ne peut être (...) mise en application.

⁶⁶⁷ 1^{ère} civ., 6 juillet 2016, pourvois n° 15-17.346 et 15-19.341, *Publication en cours* ; 1^{ère} civ., 6 juillet 2016, pourvoi n° 15-19.340, Inédit ; 1^{ère} civ., 6 juillet 2016, pourvoi n° 15-19.768, Inédit ; 1^{ère} civ., 6 juillet 2016, pourvois n° 15-19.343 et 15-19.661, Inédit ; 1^{ère} civ., 6 juillet 2016, pourvois n° 15-18.656 et 15-19.342, Inédit (noter pour ces arrêts du 6 juillet 2016 le visa de l'article 1 du premier protocole additionnel de la CESDH qui laisse songeur, voir la note de P.-L. BOYER, « "Kelson c/ Equité" : la justice considérée comme souci », *Gaz. Pal.*, 26 juillet 2016, n° 28 p. 23).

⁶⁶⁸ Article 62 de la Constitution, anciennement alinéa 2, désormais alinéa 3.

Conseil constitutionnel. Les dispositions appliquées à tort ou déclarées inapplicables à tort⁶⁶⁹ sont alors visées à la suite du texte constitutionnel et relié à celui-ci par l'adverbe « ensemble ».

Certaines déclarations d'inconstitutionnalité étant d'application immédiate, il peut arriver qu'une décision d'une juridiction se trouve par là-même privée de fondement légal. Dans ces cas-là, c'est une annulation qui est prononcée, au visa des articles 61-1 et 62 de la Constitution combinés avec la décision du Conseil constitutionnel et la disposition abrogée⁶⁷⁰ ou simplement de l'article 62 de la Constitution⁶⁷¹ selon la chambre en cause, ou encore, pour les arrêts plus anciens, des articles 61-1 et 62⁶⁷² ou des articles 61-1 et 62 de la Constitution, combinés avec la décision du Conseil constitutionnel⁶⁷³.

210. La déclaration des droits de l'homme et du citoyen. La déclaration des droits de l'homme et du citoyen, quant à elle, n'apparaît pas au visa des arrêts faisant partie du contingent analysé. Elle est cependant présente dans certains arrêts non publiés de la période de référence et dans certains arrêts publiés antérieurs à celle-ci. Ainsi, la chambre commerciale a pu viser l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen pour faire application du principe de non rétroactivité⁶⁷⁴ ou du principe de rétroactivité *in mitius*⁶⁷⁵. La chambre criminelle,

⁶⁶⁹ Soc., 23 novembre 2016, pourvoi n° 15-24.489, Inédit ; Soc., 28 septembre 2016, pourvoi n° 15-14.810, Inédit ; Soc., 28 septembre 2016, pourvoi n° 15-15.309, Inédit ; Soc., 28 septembre 2016, pourvoi n° 15-14.816, Inédit ; Soc., 28 septembre 2016, pourvois n° 15-19.320 et autres ; Soc., 28 septembre 2016, pourvoi n° 15-14.811, Inédit ; Soc., 28 septembre 2016, pourvoi n° 15-16.529, Inédit ; Soc., 28 septembre 2016, pourvoi n° 15-15.681, Inédit ; Soc., 28 septembre 2016, pourvoi n° 15-19.319, Inédit ; Soc., 1 juin 2016, pourvoi n° 15-12.276 15-12.796, *Publication en cours* ; Soc., 15 mars 2016, pourvoi n° 14-16.242, *Publication en cours* ; Soc., 18 novembre 2015, pourvoi n° 14-23.625, Inédit ; Soc., 22 septembre 2015, pourvoi n° 14-21.811, Inédit ; Soc., 23 juin 2015, pourvoi n° 14-11.239, Inédit ; Soc., 11 février 2015, pourvoi n° 14-13.538, *Publication en cours*.

⁶⁷⁰ Ainsi, Soc., 1 juin 2016, pourvois n° 15-12.276 et 15-12.796, *Publication en cours* ; 1^{ère} civ., 11 février 2015, pourvois n° 14-11.547, Inédit ; 1^{ère} civ., 28 janvier 2015, 13-24.213, Inédit ; 1^{ère} civ., 28 janvier 2015, 13-20.701, *Bull.* 2015, I, n° 19.

⁶⁷¹ Com., 7 juillet 2015, 14-20.484, Inédit ; 3^{ème} civ., 12 mai 2015, 13-28.406, Inédit ; 3^{ème} civ., 11 février 2015, 14-10.266, *publication en cours* ; 3^{ème} civ., 27 janvier 2015, pourvoi n° 13-25.485, Inédit ; 3^{ème} civ., 27 janvier 2015, pourvoi n° 13-26.439, Inédit ; 3^{ème} civ., 27 janvier 2015, pourvoi n° 13-25.481, Inédit ; Com., 8 avril 2014, pourvoi n° 13-15.460, Inédit ; Com., 8 avril 2014, pourvoi n° 13-15.453, Inédit ; Com., 11 mars 2014, pourvoi n° 13-11.207, Inédit ; Com., 11 avril 2012, pourvoi n° 10-25.570, *Bull.* 2012, IV, n° 81.

⁶⁷² Soc., 24 septembre 2014, pourvoi n° 13-24.851, *Bull.* 2014, V, n° 205 ; Soc., 28 mai 2014, 12-21.977, *Bull.* 2014, V, n° 130 ; 2^{ème} civ., 6 décembre 2012, pourvoi n° 11-26.549, *Bull.* 2012, II, n° 202 ; 3^{ème} civ., 15 novembre 2011, pourvoi n° 10-20.410, Inédit ; 2^{ème} civ., 9 décembre 2010, pourvoi n° 10-60.206, *Bull.* 2010, II, n° 202.

⁶⁷³ 1^{ère} civ., 24 avril 2013, pourvoi n° 12-17.169, Inédit.

⁶⁷⁴ Com., 24 juin 1997, pourvoi n° 94-18.185, inédit ; Com., 27 mai 1997, pourvoi n° 93-10.553, Inédit ; Com., 25 février 1997, pourvoi n° 94-13.204, Inédit ; Com., 25 février 1997, pourvoi n° 94-18.312, Inédit ; Com., 25 février 1997, pourvoi n° 94-20.783, Inédit ; Com., 25 février 1997, pourvoi n° 94-16.777, Inédit ; Com., 26 mars 1996, pourvoi n° 95-11.592, Inédit.

⁶⁷⁵ Com., 13 janvier 2009, pourvoi n° 08-12.372, Inédit ; Com., 21 mars 2000, pourvoi n° 97-21.894, *Bull.* 2000, IV, n° 67 p. 56 ; Com., 1 décembre 1998, pourvoi n° 96-19.009, Inédit.

quant à elle, vise l'article L112-1 du code pénal⁶⁷⁶, tout comme la chambre commerciale dans un arrêt⁶⁷⁷.

Ici, le visa de la déclaration des droits de l'homme vient donc justifier de l'existence de la règle. Mais c'est là la seule hypothèse. En temps normal, la DDHC est utilisée pour interpréter d'autres textes⁶⁷⁸.

Au terme de cette étude, le visa de normes constitutionnelles en tant que justificatif de l'existence de la règle appliquée est tout à fait possible à condition que norme visée soit directement applicable au litige, ce qui reste cependant rare. Ainsi, la charte de l'environnement, n'apparaît dans aucun visa de la Cour de cassation.

2) Les textes internationaux

211. Textes en vigueur. Pour pouvoir apparaître au visa d'un arrêt de la Cour de cassation, il est en principe nécessaire que les textes internationaux soient régulièrement ratifiés ou approuvés et publiés, et appliqués par les autres parties au traité⁶⁷⁹.

Ainsi, la Déclaration universelle des droits de l'homme n'apparaît jamais au visa des arrêts de cassation faute de ratification de celle-ci par la France. Cependant, la convention de Vienne a pu apparaître au visa de certains arrêts alors qu'elle n'a jamais été signée par la France. La première chambre civile l'a en effet visée, mais « prise en tant que coutume internationale »⁶⁸⁰. Cependant, ce texte a été visé non pas pour lui attribuer une autorité supérieure à celle de la loi, mais seulement pour déterminer le sens des mots de la convention qui était conjointement visée. Il s'agit alors d'un visa interprétatif⁶⁸¹.

Les traités européens peuvent apparaître au visa des arrêts de cassation sous les mêmes conditions, à ceci près que la condition de réciprocité n'a pas vocation à jouer. Les règlements européens, quant à eux, étant directement applicables, ils sont susceptibles d'être visés dès leur entrée en vigueur.

⁶⁷⁶ Par exemple : Crim., 4 novembre 2015, pourvoi n° 15-80.310, *Bull. crim.* 2015, n° 244 ; Crim., 4 novembre 2015, 15-80.310, *Bull. crim.* 2012, n° 20.

⁶⁷⁷ Com., 15 septembre 2009, pourvoi n° 08-18.013, *Bull.* 2009, IV, n° 111.

⁶⁷⁸ Sur ce point, voir *infra* n° 159.

⁶⁷⁹ Article 55 de la Constitution.

⁶⁸⁰ 1^{ère} civ., 11 juillet 2006, pourvoi n° 02-20.389, *Bull.* 2006, I, n° 378.

⁶⁸¹ Sur ce visa, cf. *infra* n° 227.

212. La condition de l'effet direct. Pour être susceptible d'être visé en tant que texte justifiant de l'existence d'une règle, un texte international doit être pourvu en principe d'un effet direct⁶⁸². L'effet direct est reconnu aux traités qui ne se contentent pas de régler les relations entre les États parties, mais reconnaissent des droits aux particuliers, et dont les dispositions sont suffisamment précises pour que leur application ne nécessite pas l'édiction de normes supplémentaires.

Il y a là deux conditions, tenant d'une part à la qualité de la norme exprimée dans le texte et d'autre part au destinataire de la norme. Ces conditions sont en réalité les mêmes pour l'applicabilité de toute norme⁶⁸³. La particularité des textes internationaux est que les juridictions nationales peinent parfois à leur accorder un effet direct, là où elles l'auraient reconnu plus facilement pour un texte national. La prise en compte très nette de la volonté des États contractants pour déterminer s'ils ont voulu créer des obligations à leur charge est certainement la cause de cette moindre reconnaissance d'un effet direct⁶⁸⁴.

213. Visa et effet direct : l'exemple du visa d'un instrument nouveau, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁶⁸⁵. La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, depuis l'adoption du Traité de Lisbonne et à compter du 1^{er} décembre 2009, est un instrument dont l'applicabilité dans les litiges horizontaux fait débat⁶⁸⁶. Plusieurs éléments s'opposent en effet à une telle applicabilité. D'abord, la charte ne s'appliquant aux états membres que lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'union européenne, son domaine d'application est restreint⁶⁸⁷. Ensuite une distinction est faite au sein de la Charte entre les droits et les principes

⁶⁸² L. DUBOIS, « Droit international et juridiction administrative », *Répertoire de droit international Dalloz*, n° 32s.

⁶⁸³ En ce sens, M. TRIENBACH, *Les notions non directement applicables en droit public français*, LGDJ, 2015, p. 20 s.

Pour son application aux autres textes, cf. *infra* n° 220 s. et n° 228 s.

⁶⁸⁴ *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2009, p. 83 : « distinction entre les conventions internationales : celles dont les dispositions sont d'application directe dans les États signataires – en ce sens que toute personne peut les invoquer devant les tribunaux, avec l'autorité d'une norme supérieure au droit interne (article 55 de la Constitution française) –, et celles qui ne créent que des obligations à la charge des États signataires, qui s'engagent à intégrer dans leur droit national les principes et recommandations contenus dans le traité. Dans ce dernier cas, les dispositions ne peuvent pas être invoquées devant les tribunaux, seul l'État doit agir pour mettre le droit interne en conformité avec le traité. Pour placer un traité dans l'une ou l'autre catégorie, il faut procéder à l'interprétation de la volonté des États contractants, telle qu'elle résulte, spécialement, de la rédaction de la Convention ».

⁶⁸⁵ C. FLEURIOT, « La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne davantage citée par les juridictions », *Dalloz actu.* 24 avril 2012 ; C. FLEURIOT, « La charte des droits fondamentaux « gagne en importance » », *Dalloz actu.* 4 juin 2015.

⁶⁸⁶ J. CAVALLINI, « L'invocabilité des principes de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne » ? *JCP. S.* n° 23, 10 Juin 2014, p. 1232 ; P. CASSIA, « L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par le juge national », *JCP. G.* n° 10, 5 Mars 2012, doct. 298.

⁶⁸⁷ Article 51 de la Charte des droits fondamentaux.

qu'elle proclame, les principes n'étant invocables devant le juge national « que pour l'interprétation et le contrôle de la légalité de tels actes »⁶⁸⁸.

Ceci étant, la Charte apparaît de temps à autre au visa des arrêts de la Cour de cassation. Ainsi, la chambre sociale a visé l'article 11 qui consacre la liberté d'expression et d'information⁶⁸⁹ et l'article 28 de la charte des droits fondamentaux⁶⁹⁰ qui consacre le droit de négociation et d'actions collectives aux côtés d'autres textes européens et internationaux, pour décider que les normes nationales étaient compatibles avec ceux-ci, la cassation intervenant en raison de l'exclusion, à tort, de ces normes. Il semble dès lors que les articles 11 et 28 de la charte des droits fondamentaux jouissent au moins d'une invocabilité d'exclusion.

En effet, s'ils n'avaient pas été invocables aux fins d'exclusion, la chambre sociale aurait simplement refusé d'examiner la conformité des normes nationales à celles-ci.⁶⁹¹

Par la suite, la chambre sociale a visé l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux conjointement avec d'autres dispositions de droit interne, de droit constitutionnel et de droit international, pour décider que « l'employeur qui, bien qu'il y soit légalement tenu, n'accomplit pas les diligences nécessaires à la mise en place d'institutions représentatives du personnel, sans qu'un procès-verbal de carence n'ait été établi, commet une faute qui cause nécessairement un préjudice aux salariés⁶⁹². Aux termes de l'article 27 de la Charte, « Les travailleurs ou leurs représentants doivent se voir garantir, aux niveaux appropriés, une information et une consultation en temps utile, dans les cas et conditions prévus par le droit de l'Union et les législations et pratiques nationales ». C'est donc un *principe* et non un *droit* que proclame cet article. On pourrait voir dans ce visa de l'article 27 de la Charte une manifestation de son effet direct⁶⁹³, mais un nombre trop élevé de texte l'accompagnent pour que l'on puisse tirer une quelconque conclusion de ce visa.

Dans un arrêt du 9 juillet 2014, la charte des droits fondamentaux de l'Union apparaît en tête des visas, mais pour lui dénier tout effet horizontal⁶⁹⁴. Les juges du fond avaient en effet écarté une disposition du code du travail au motif qu'elle était incompatible avec l'article 27 de

⁶⁸⁸ Article 52§5 de la Charte des droits fondamentaux.

⁶⁸⁹ Soc., 16 février 2011, pourvois n° 10-60.189 et 10-60.191, Inédit.

⁶⁹⁰ Soc., 14 avril 2010, pourvoi n° 09-60.426 09-60.429, *Bull.* 2010, V, n° 100 ; Soc., 1 décembre 2010, pourvoi n° 10-60.117, Inédit ; Soc., 23 mars 2011, pourvoi n° 10-60.185, Inédit.

⁶⁹¹ Ainsi, 2^{ème} civ., 6 novembre 2014, 13-22.687, *Bull.* 2014, II, n° 226 ; Soc. 14 décembre 2016, pourvoi n° 14-26.236 15-11.082, *publication en cours*.

⁶⁹² Soc., 17 mai 2011, pourvoi n° 10-12.852, *Bull.* 2011, V, n° 108.

⁶⁹³ En ce sens, P. CASSIA, « L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par le juge national », *JCP. G.* n° 10, 5 Mars 2012, doct. 298, spéc. n° 10.

⁶⁹⁴ Soc., 9 juillet 2014, pourvoi n° 11-21.609, *Bull.* 2014, V, n° 193.

la charte des droits fondamentaux. Cependant la chambre sociale, suivant ainsi la Cour de justice de l'union européenne⁶⁹⁵, considère que cet article n'est pas de nature à produire un effet direct en raison de sa rédaction. Il faut donc considérer que l'article 27 de la charte des droits fondamentaux de l'union n'est pas en principe un visa permettant à lui seul de justifier une cassation. Ici, c'est son application par le juge national qui entraîne la cassation.

La dichotomie entre droits et principes semble donc être valide en ce qui concerne l'applicabilité directe de la Charte. En revanche visa et effet direct ne sont pas liés, seuls les visas constituant le fondement direct de la cassation nécessitant un effet direct, ou au moins une invocabilité d'exclusion.

Quant au visa de l'article 31 de la charte, présent dans de multiples arrêts de la chambre sociale dégageant les conditions de validité des conventions de forfait⁶⁹⁶, il est difficile de déterminer s'il révèle un effet direct de la norme en question, car il a eu lieu par le biais du renvoi des directives, à la lumière desquelles le droit national a été interprété, « aux principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé du travailleur ». Il semblerait donc que l'on soit en présence d'un visa interprétatif.

D'autres dispositions de la charte pourraient cependant être visées par la Cour de cassation, comme l'article 21, qui a été jugé par la Cour de justice de l'union d'applicabilité directe⁶⁹⁷.

On remarque cependant que le visa de la charte des droits fondamentaux de l'union est toujours accompagné d'autres dispositions, que ce soit pour fonder une solution résultant de la combinaison des textes ou pour écarter une disposition nationale. Cela pourrait être dû au fait qu'il y a toujours d'autres dispositions en vigueur concurrentes de la charte pour une même

⁶⁹⁵ CJUE, 15 janvier 2014, *AMF*, aff. C-176/12, § 45 : « Il ressort donc clairement du libellé de l'article 27 de la Charte, que, afin que cet article produise pleinement ses effets, il doit être précisé par des dispositions du droit de l'Union ou du droit national ».

⁶⁹⁶ Soc., 29 juin 2011, pourvoi n° 09-71.107, *Bull.* 2011, V, n° 181 ; Soc., 31 janvier 2012, pourvoi n° 10-19.807, *Bull.* 2012, V, n° 43 ; Soc., 13 juin 2012, pourvoi n° 11-10.854, Inédit ; Soc., 19 septembre 2012, pourvoi n° 11-19.016, Inédit ; Soc., 26 septembre 2012, pourvoi n° 11-14.540, *Bull.* 2012, V, n° 250 ; Soc., 24 avril 2013, pourvoi n° 11-28.398, *Bull.* 2013, V, n° 117 ; Soc., 2 avril 2014, pourvoi n° 12-22.054, Inédit ; Soc., 30 avril 2014, pourvoi n° 13-11.034, Inédit ; Soc., 14 mai 2014, pourvoi n° 12-35.033, *Bull.* 2014, V, n° 121 ; Soc., 14 mai 2014, pourvoi n° 13-10.637, Inédit ; Soc., 28 mai 2014, pourvoi n° 13-13.947, Inédit ; Soc., 11 juin 2014, pourvoi n° 11-20.985, *Bull.* 2014, V, n° 137 ; Soc., 2 juillet 2014, pourvoi n° 13-19.990, Inédit ; Soc., 13 novembre 2014, pourvoi n° 13-14.206, *Bull.* 2014, V, n° 262 ; Soc., 17 décembre 2014, pourvoi n° 13-22.890, *Bull.* 2014, V, n° 301 ; Soc., 4 février 2015, pourvoi n° 13-16.835, Inédit ; Soc., 25 juin 2015, 14-10.217, Inédit ; Soc., 7 juillet 2015, pourvoi n° 13-26.444, *publication en cours* ; Soc., 6 octobre 2015, pourvoi n° 13-17.250, Inédit ; Soc., 27 janvier 2016, pourvoi n° 14-14.293, Inédit.

⁶⁹⁷ CJCE, 19 janvier 2010, *Seda Küçükdeveci contre Swedex GmbH & Co. KG*, affaire C-555/07.

solution⁶⁹⁸. Le visa très fréquent de la Convention européenne des droits de l'homme aux côtés de la Charte peut en effet s'expliquer par la clause de concordance de l'article 52-3° de la Charte. Une autre explication tiendrait à une certaine prudence dans la reconnaissance explicite d'un effet direct aux dispositions de la Charte.

B. Des sources non-étatiques

214. Il est fréquent que des textes n'émanant pas du pouvoir central soient visés au sein des arrêts de la Cour de cassation. Cependant, ces textes sont liés au pouvoir législatif ou au pouvoir exécutif, soit qu'il y ait eu une délégation de la loi⁶⁹⁹, soit qu'il y ait eu intégration *a posteriori* du texte en question au système juridique⁷⁰⁰.

215. Le visa par délégation de la loi. Des textes n'émanant pas du pouvoir central peuvent figurer au visa des arrêts de la Cour de cassation en raison d'une délégation faite par la loi. Il en est ainsi lorsque la Cour de cassation vise le règlement intérieur du Barreau de Paris aux côtés de l'article 129 du décret du 27 novembre 1991, texte opérant cette délégation⁷⁰¹.

216. Le visa de textes intégrés *a posteriori* au système juridique. Il peut arriver aussi que la Cour de cassation vise des textes qui, bien que d'origines non étatique, ont été intégrés au droit étatique par la suite. Ce type de visa révèle la diversité des lieux de création du droit. Ont pu figurer au visa, par exemple, la nomenclature des actes professionnels⁷⁰², ou encore les statuts d'une caisse de retraite⁷⁰³. Si la Cour de cassation précise en général le texte ayant intégré au droit

⁶⁹⁸ En ce sens, remarquant que le Charte fait « doublon » des autres instruments de protection, P. CASSIA, « L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par le juge national » *JCP G*, n° 10, 5 Mars 2012, doct. 298.

⁶⁹⁹ Par exemple : 1^{ère} civ., 27 février 2007, pourvois n° 04-13.897 et 05-13.575, *Bull.* 2007, I, n° 82 : visa du règlement intérieur du barreau de Paris aux côtés de l'article 129 du décret du 27 novembre 1991, texte opérant cette délégation.

Article 129 du décret : « Les conditions de la collaboration sont convenues par les parties dans le cadre qui est déterminé par le règlement intérieur du barreau en ce qui concerne notamment la durée de la collaboration, les périodes d'activité ou de congé, les modalités de la rétrocession d'honoraires et celles dans lesquelles l'avocat collaborateur peut satisfaire à sa clientèle personnelle ainsi que les modalités de la cessation de la collaboration. Le règlement intérieur peut comporter un barème des rétrocessions d'honoraires minimales. »

⁷⁰⁰ Ainsi, Com., 24 juin 2008, pourvoi n° 06-21.798, *Bull.* 2008, IV, n° 127 : visa du règlement n° 89-02 de la Commission des opérations de bourse modifié par le règlement n° 98-04, alors applicable.

⁷⁰¹ 1^{ère} civ., 27 février 2007, pourvoi n° 04-13.897 et 05-13.575, *Bull.* 2007, I, n° 82.

⁷⁰² 2^{ème} civ., 17 janvier 2007, pourvoi n° 05-13.507, *Bull.* 2007, II, n° 7 ; 2^{ème} civ. 10 juin 2008, pourvoi n° 07-13.987, *Bull.* 2008, II, n° 149 ; 2^{ème} civ., 08 janvier 2009, pourvoi n° 07-21.870, *Bull.* 2009, II, n° 10.

⁷⁰³ 2^{ème} civ., 25 octobre 2007, pourvoi n° 05-21.417, *Bull.* 2007, II, n° 244, T. TAURAN, « Les textes non codifiés du droit de la sécurité sociale », *RDSS* 2013 p. 504.

positif le texte en question, il arrive qu'elle le passe sous silence⁷⁰⁴. Il faut noter que certains textes homologués par le pouvoir réglementaire sont élaborés à la suite d'une injonction législative⁷⁰⁵.

Le droit du travail est une matière dans laquelle les acteurs non étatiques ont un rôle important⁷⁰⁶. Il semble, cependant, que la Cour de cassation n'accepte de viser des conventions collectives que lorsqu'elles ont été « approuvées » ou « agréées » par un arrêté⁷⁰⁷ ou encore mises en œuvre par une directive⁷⁰⁸. De même, en présence d'un accord national interprofessionnel, la Cour de cassation précise son annexion à une loi pour l'utiliser au visa de son arrêt⁷⁰⁹. Elle ne précise toutefois pas toujours la loi étant venue prévoir la création de l'instrument⁷¹⁰, ou l'arrêté l'ayant étendu⁷¹¹.

Lorsque la loi n'est pas venue renforcer la force obligatoire de tels instruments, seule une cassation pour dénaturation est alors en principe possible.

217. Le cas de la dénaturation. La dénaturation est un cas d'ouverture à cassation spécifique, qui sanctionne l'altération manifeste du sens clair et précis d'un texte dont la Cour de cassation ne contrôlerait pas en temps normal l'interprétation⁷¹². Le texte est alors visé conjointement avec l'ancien article 1134 du code civil⁷¹³, ou avec l'article 3 du code civil si le texte

⁷⁰⁴ 3^{ème} civ., 25 juin 2009, pourvoi n° 08-13.845, *Bull.* 2009, III., n° 176.

⁷⁰⁵ Ainsi, le règlement général de l'ancien Conseil des marchés financiers, Com., 12 février 2008, 06-20.835, *Bull.* 2008, IV, n° 31 ; Le règlement général de l'Autorité des marchés financiers, Com., 4 novembre 2008, 07-21.481, *Bull.* 2008, IV, n° 185.

⁷⁰⁶ Sur ce point, voir notamment F. LARONZE, « Les sources du droit revisitées par la notion d'organisation juridique », *R.I.E.J.*, 2012, 68, p. 175 s.

⁷⁰⁷ 2^{ème} civ., 20 juin 2007, pourvoi n° 06-15.234, *Bull.* 2007, II, n° 167 ; 2^{ème} civ. 25 juin 2009, pourvoi n° 08-18.259, *Bull.* 2009, II, n° 175 ; 2^{ème} civ., 9 juillet 2009, pourvoi n° 08-15.076, *Bull.* 2009, II, n° 200.

⁷⁰⁸ Soc. 23 janvier 2008, pourvoi n° 06-43.040, *Bull.* 2008, IV, n° 16 ; Soc., 24 septembre 2008, pourvoi n° 06-46.292, *Bull.* 2008, IV, n° 189.

⁷⁰⁹ Soc., 16 janvier 2008, pourvoi n° 06-43.124, *Bull.* 2008, IV, n° 13.

⁷¹⁰ Ainsi, Soc. 27 mars 2008, pourvoi n° 06-44.612, *Bull.* 2008, IV, n° 75 ; 2^{ème} civ., 10 avril 2008, pourvoi n° 05-18.935, *Bull.* 2008, II, n° 81 ; Soc. 7 mai 2008, pourvoi n° 07-40.289, *Bull.* 2008, IV, n° 100.

⁷¹¹ Soc. 28 mai 2008, pourvois n° 06-46.009, 06-46.011, 06-46.013, *Bull.* 2008, IV, n° 116 ; Soc. 5 juin 2008, pourvoi n° 06-46.366, *Bull.* 2008, IV, n° 125 ; Soc. 9 juillet 2008, pourvoi n° 07-41.318, *Bull.* 2008, IV, n° 151 ; Soc. 24 septembre 2008, pourvoi n° 07-40.098, *Bull.* 2008, IV, n° 176 ; Soc. 22 octobre 2008, pourvoi n° 06-46.215, *Bull.* 2008, IV, n° 198 ; Soc. 28 octobre 2008, pourvoi n° 07-40.865, *Bull.* 2008, IV, n° 202 ; Soc. 2 décembre 2008, pourvoi n° 07-43.783, *Bull.* 2008, IV, n° 242.

⁷¹² M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER et J. BUK LAMENT, *La technique de cassation*, Dalloz, Les méthodes du droit, 8^{ème} édition, Paris, 2013, p. 94 s ; J. et L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, Dalloz action 2015/2016, p. 271.

⁷¹³ Soc. 20 février 2008, pourvoi n° 05-45.601, *Bull.* 2008, IV, n° 39 ; Soc. 19 mars 2008, pourvoi n° 06-45.990, *Bull.* 2008, IV, n° 70 ; Soc. 9 avril 2008, pourvoi n° 07-41.418, *Bull.* 2008, IV, n° 82 ; Soc. 5 juin 2008, pourvoi n° 06-41.203, *Bull.* 2008, IV, n° 126.

dénaturé est une loi étrangère applicable au litige⁷¹⁴, ou encore, plus exceptionnellement, avec les principes régissant la litispendance internationale s'il s'agit d'une question de pluralité de juridictions saisies d'un même litige au sein d'États différents⁷¹⁵. C'est la violation du texte ou du principe de droit français qui justifie la cassation et non celle du texte étranger ou du contrat conjointement visé.

Il ne faut cependant pas minimiser le caractère symbolique de la présence du texte en question au visa de l'arrêt, puisqu'il acquiert ainsi une force et une visibilité accrue. En effet, pendant de nombreuses années, la cassation pour dénaturation de la loi étrangère a eu lieu au seul visa de l'ancien article 1134 du code civil⁷¹⁶.

218. Le visa de normes non étatiques sans délégation ni dénaturation. Le visa de dispositions des règles et usances uniformes de la chambre de commerce internationale relatives aux crédits documentaires (RUU 500) apparaît très régulièrement. Parfois il précède l'ancien article 1134 du code civil⁷¹⁷, parfois il le suit⁷¹⁸, mais il s'agit toujours d'appliquer ces règles très précises en dehors de toute dénaturation. Le fait qu'il ne soit pas fait allusion à la dénaturation montre que l'on ne traite pas les normes en question comme des normes contractuelles. Elles n'ont pourtant été validées par aucune convention internationale ou loi⁷¹⁹. L'ancien article 1134 du code civil joue alors un rôle d'interface avec le droit spontané, en venant justifier l'application des règles et usances uniformes en raison de l'absence de prévision contraire dans le contrat⁷²⁰. La Cour de cassation ne se contente pas de sanctionner les juridictions méconnaissant les termes clairs et précis de ce texte. Elle n'hésite pas à préciser certaines définitions de notions présentes dans ces textes⁷²¹.

⁷¹⁴ C'est alors un texte de droit étranger qui est visé : 1^{ère} civ. 14 février 2006, pourvoi n° 03-11.604, *Bull.* 2006, I, n° 67 : « Vu l'article 3 du code civil, ensemble l'article 410-19 du code civil monégasque » ; 1^{ère} civ., 5 février 2009, pourvoi n° 07-17.525, *Bull.* 2009, I, n° 22 : « Vu l'article 3 du code civil et l'article 15 du code suisse de déontologie, ensemble l'article 9 du code de procédure civile ».

⁷¹⁵ C'est du moins ce que laisse penser l'arrêt suivant : 1^{ère} civ., 6 décembre 2005, pourvoi n° 02-19.208, *Bull.* 2005, I, n° 467. En ce sens aussi, É. PATAUT, « Il n'y a pas litispendance si le juge étranger est dessaisi du fait d'un désistement », *Rev. crit. DIP* 2006 p. 428.

⁷¹⁶ 1^{ère} civ., 13 avril 1976, pourvoi n° 74-14.509, *Bull.* 1976, I, n° 126.

⁷¹⁷ Com., 5 mai 2015, pourvois n° 13-20.502, n° 13-20.616, n° 13-22.682 et n° 13-27.995, *publication en cours*.

⁷¹⁸ Com., 16 décembre 2008, pourvoi n° 07-18.729, *Bull.* 2008, IV, n° 205. ; Com., 6 février 2007, pourvoi n° 05-10.214, *Bull.* 2007, IV, n° 17.

⁷¹⁹ P. REMY-CORLAY, « Applications des règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires ; pouvoirs respectifs du banquier et du donneur d'ordre », *RTD civ.* 2005 p. 357.

⁷²⁰ Montrant le caractère supplétif des règles spontanées, P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, 2002, spéc. p. 224 s. Et évoquant les RUU comme règles spontanées, *ibid.*, spéc. p. 253.

⁷²¹ Com., 6 février 2007, pourvoi n° 05-10.214, *Bull.* 2007, IV, n° 17, note X. DELPECH, « Précisions sur le critère de la « condition documentaire » en matière de crédit documentaire », *D.* 2007 p. 723.

Ce texte a même été visé aux côtés de l'ancien 1383⁷²² du code civil par le passé⁷²³ pour justifier la cassation d'un arrêt qui avait retenu la faute d'une banque qui avait pourtant suivi à la lettre les règles en question. C'est alors par le biais de l'appréciation de la faute de négligence que la Cour de cassation fait rentrer les règles d'usage dans son contrôle.

219. Conditions du visa d'instruments n'émanant pas du pouvoir législatif ou réglementaire. Les lieux de création des textes pouvant figurer au visa d'un arrêt de la Cour de cassation sont donc divers, mais pour qu'ils soient utilisés en tant que tel, il est nécessaire soit qu'ils aient été créés à la suite d'une initiative du pouvoir central ou bien validés ultérieurement par celui-ci, soit qu'ils bénéficient de l'interface de l'ancien article 1134 du code civil⁷²⁴. On peut tout de même y voir la preuve de la diversification des lieux de création du droit. Mais ce droit nécessite toujours un appui pour se concrétiser et devenir ainsi susceptible d'être visé par la Cour de cassation. C'est toujours par le biais d'un instrument traditionnel que ces normes privées ou étrangères acquièrent la force obligatoire nécessaire à leur utilisation au visa des arrêts de la Cour de cassation.

§2. Le destinataire du texte

220. Pour que la violation d'un texte justifie la cassation, il est nécessaire qu'il soit applicable dans le litige. Or, les litiges portés aux chambres civiles de la Cour de cassation sont avant tout des litiges entre particuliers. Dès lors, pour qu'un texte puisse apparaître au visa, il devrait être nécessaire qu'il ait pour destinataire les justiciables ou le juge.

Traditionnellement, on présente les directives et les circulaires comme des textes qui sont respectivement adressées à l'État (B) et à l'administration (A), et n'ont qu'un effet vertical. Elles ne peuvent ainsi en principe être invoquées devant le juge judiciaire. Il est difficile, dans de telles circonstances, de considérer que de tels textes pourraient justifier une cassation. Pourtant, on retrouve ces deux types d'instruments dans le visa des arrêts de la Cour de cassation. Cette présence invite à revoir l'idée selon laquelle ces normes ne présentent pas d'effet horizontal.

⁷²² Ancien article 1383 devenu 1241 du code civil : « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence. »

⁷²³ Com., 5 novembre 1991, pourvoi n° 89-21.114, *Bull.* 1991, IV, n° 328.

⁷²⁴ Ce pourrait être l'article 1103 du code civil qui joue ce rôle à l'avenir.

A. L'administration : le visa de circulaires

221. Le visa de circulaires. Si l'on analyse les circulaires interprétatives comme de simples conseils adressés à l'administration, ces circulaires ont un caractère normatif en ce qu'elles ont vocation à orienter l'action dans une certaine direction⁷²⁵. Mais il leur manque le caractère obligatoire caractéristique des règles de droit⁷²⁶ : aller à l'encontre d'un conseil n'engendre pas forcément une décision irrationnelle. Quant aux circulaires réglementaires, bien qu'invocables devant le juge administratif, elles ne le furent longtemps pas devant le juge judiciaire⁷²⁷. Ainsi, la Cour de cassation a pu considérer que la violation d'une circulaire administrative ne constituait pas un cas d'ouverture à la cassation⁷²⁸. Cette position a été critiquée, en raison de la *réalité normative* des circulaires, qui sont sources d'obligations à l'égard des administrés⁷²⁹.

Le Conseil d'État a sensiblement changé sa façon de traiter les circulaires en 2002. Il distinguait jusqu'alors entre les circulaires réglementaires et les circulaires non réglementaires. Avaient un caractère réglementaire les circulaires qui fixaient des règles nouvelles, opposables aux intéressés⁷³⁰. Les circulaires interprétatives qui se bornaient à interpréter les textes en vigueur, ne comportant pas de décisions faisant grief, ne pouvaient faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir⁷³¹. La difficulté résidait dans ce que, pour déterminer le caractère réglementaire ou non d'une directive, il était nécessaire de déterminer si celle-ci fixait des règles nouvelles ou au contraire se bornait à reprendre des règles existantes⁷³². Le Conseil d'État distingue désormais selon que les directives ont un caractère impératif ou non⁷³³. Seules sont dorénavant susceptibles

⁷²⁵ P. LIVET, *Les normes*, Armand Colin, Paris, 2006, spéc. p. 18.

⁷²⁶ En ce sens, G. KOUBI, *Les circulaires administratives*, Economica, Paris, 2003, spéc. p. 342. ; 2^{ème} civ. 14 mars 2007, pourvoi n° 06-12.139, *Bull.* 2007, II, n° 65 : refus du caractère obligatoire d'une circulaire interprétant des dispositions législatives ; 2^{ème} civ. 17 septembre 2009, pourvoi n° 08-12.071, *Bull.* 2009, II, n° 220 : refus de prendre en compte une circulaire interprétative.

⁷²⁷ P. COMBEAU, « Un oubli dans la réforme : l'invocabilité des circulaires et instructions administratives », *AJDA* 2000 p. 495.

⁷²⁸ 2^{ème} civ., 18 mai 1967, *Bull.* 1967, II, n° 282.

Elles ne le sont d'ailleurs toujours pas devant la Cour de cassation belge : F. BELLEFLAMME et M. DOUTREPONT, « Les circulaires en droit administratif général et en droit des étrangers : révision d'un « classique » des sources alternatives à l'aune de la théorie des sources du droit », in Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, P. GÉRARD et al. (dir.) *Les sources du droit revisitées, Vol. 2, Les normes internes infraconstitutionnelles*, Anthémis, Bruxelles, 2012, p. 443 s., spéc. p. 455-456.

⁷²⁹ Expression utilisée par P. COMBEAU, « Un oubli dans la réforme : l'invocabilité des circulaires et instructions administratives », *AJDA* 2000 p. 495.

⁷³⁰ CE, 29 janvier 1954, « Institution notre dame du Kreisker », *Lebon* 1954 p. 64.

⁷³¹ CE, 29 janvier 1954, « Institution notre dame du Kreisker », *Lebon* 1954 p. 64.

⁷³² D. CHABANOL, *La pratique du contentieux administratif*, LexisNexis, 12^{ème} édition, 2015, n° 688 p. 364.

⁷³³ CE, S, 18 décembre 2002, *GAJA* n° 108, GD p. 211.

de recours pour excès de pouvoir les « dispositions impératives à caractère général »⁷³⁴. Il faut ajouter à cela, depuis le 1^{er} mai 2009, et à la suite du décret du 8 décembre 2008⁷³⁵, la nécessité que la circulaire soit publiée sur un site internet pour être applicable⁷³⁶. Dans le cas contraire, les administrés peuvent toujours se prévaloir de la circulaire contre l'administration, mais pas l'administration contre l'administré⁷³⁷.

Que les circulaires soient créatrices de droit, cela ne fait plus de doute⁷³⁸. Cependant, il n'est pas possible d'appliquer le même critère que le Conseil d'État pour déterminer si elles sont invocables devant la Cour de cassation. En effet, ces critères ne sont utiles que pour déterminer si un recours pour excès de pouvoir est recevable contre celles-ci⁷³⁹. Or, devant la Cour de cassation il ne s'agit pas de demander l'annulation d'une circulaire. Au contraire, pour qu'une circulaire figure au visa d'un arrêt de la Cour de cassation, il semble nécessaire que celle-ci ne soit pas entachée d'illégalité⁷⁴⁰. Quoiqu'il en soit, certaines cassations interviennent au visa de circulaires pour manque de base légale⁷⁴¹, violation⁷⁴² ou fausse interprétation de celles-ci⁷⁴³. Il faut donc comprendre que certaines circulaires impératives sont invocables devant la Cour de cassation⁷⁴⁴, celles qui ne le sont pas pouvant toujours être utilisées comme arguments, ce que les

⁷³⁴ D. TRUCHET, *Droit administratif*, PUF, 6^{ème} édition, 2015, n° 877s. p. 276.

⁷³⁵ Décret n° 2008-1281 du 8 décembre 2008 relatif aux conditions de publication des instructions et circulaires.

⁷³⁶ <http://circulaires.legifrance.gouv.fr>.

⁷³⁷ Article 1^{er} du décret n° 2008-1281 du 8 décembre 2008 relatif aux conditions de publication des instructions et circulaires.

⁷³⁸ Certains auteurs persistent cependant à considérer que les circulaires n'ont aucune valeur normative. Ainsi, P. CHAUVIN et C. CRETON, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2008 p. 638 : « c'est une évidence, une circulaire n'a pas de valeur normative et n'engage pas une juridiction ».

⁷³⁹ En ce sens, M. TRIENBACH, *Les normes non directement applicables en droit public français*, LGDJ, 2015, p. 53.

⁷⁴⁰ Ainsi, sursoyant à statuer en attendant que les parties saisissent la juridiction administrative aux fins d'appréciation de la légalité de la circulaire Pers. 633 du 24 juin 1974 émanant de la direction du personnel d'Électricité de France et Gaz de France et de la note ERDF-GRDF NOI-RHM 08/ 23 du 3 novembre 2008, Soc., 8 février 2012, pourvoi n° 10-26.158, Inédit.

⁷⁴¹ Soc., 11 mars 2009, pourvoi n° 08-40.132 : circulaire PERS 793 du 11 août 1982.

⁷⁴² Soc., 9 novembre 2005, pourvoi n° 04-14.299, Inédit (qualifiant l'obligation figurant dans la circulaire d'*obligation réglementaire*) ; Soc., 24 juin 2008, pourvoi n° 07-11.411, *Bull.* 2008, IV, n° 140 : circulaire PERS n° 873 du 23 mars 1987 relative au conseil supérieur consultatif des comités mixtes à la production d'EDF ; Soc., 30 juin 2016, pourvoi n° 15-10.410, *Publication en cours*.

⁷⁴³ Soc., 1^{er} juin 1999, pourvoi n° 96-45.783, *Bull.* 1999, V, n° 252 : « Vu l'article 148 de la circulaire du service national d'EDF-GDF PERS 846 du 16 juillet 1985 ».

⁷⁴⁴ Pour un refus de prendre en compte des circulaires dépourvues de caractère obligatoire : 1^{ère} civ. 20 septembre 2012, pourvoi n° 11-16.402, *Bull.* 2012, I, n° 175 ; 2^{ème} civ., 11 juillet 2005, pourvoi n° 04-30.188, inédit ; Soc., 15 mai 1997, pourvoi n° 95-18.109, *Bull.* 1997, V, n° 180 : « Attendu qu'en se fondant sur les dispositions d'une circulaire sans valeur réglementaire (...) la cour d'appel a violé les textes susvisés » ; Soc., 20 décembre 1990, pourvoi n° 89-11.308, inédit.

demandeurs au pourvoi ne manquent pas de faire⁷⁴⁵, l'interprétation d'une disposition donnée par l'administration pouvant toujours être reprise par les juridictions judiciaires. Cependant, une juridiction qui se fonderait exclusivement sur une circulaire sans valeur réglementaire verrait sa décision cassée⁷⁴⁶. En revanche, les circulaires peuvent tout à fait être utilisées par les juges du fond pour apprécier les faits, notamment la présence ou l'absence d'une faute⁷⁴⁷.

Ces circulaires réglementaires sur lesquelles la Cour de cassation se fonde sont en général des circulaires applicables à EDF, dans le cadre d'un litige entre cette entreprise et ses salariés ou des syndicats. Les circulaires en matière fiscale peuvent elles aussi apparaître au visa, celles-ci liant forcément l'administration⁷⁴⁸.

B. L'État : le visa de directives européennes

222. Effet des directives. L'effet des directives européennes est un sujet des plus complexe, en raison à la fois des diverses évolutions qui ont eu lieu dans les décisions de la Cour de justice de l'Union européenne⁷⁴⁹, et de la façon dont les juridictions nationales ont reçu celles-ci. Il faut reconnaître que la question n'est, encore aujourd'hui, pas entièrement réglée.

À l'origine, il semble impossible de considérer que les directives européennes soient des règles de droit utilisables par la Cour de cassation, car elles indiquent un but à atteindre, laissant à l'État le choix des mesures⁷⁵⁰. Objet juridique dont la portée normative divise⁷⁵¹, les directives sont d'abord perçues comme des normes dépourvues d'applicabilité directe⁷⁵².

⁷⁴⁵ Ainsi, les pourvois en cassation invoquent régulièrement les circulaires au soutien de leur argumentation sans que celles-ci n'apparaissent dans le corps de l'arrêt : 2^{ème} civ, 10 juillet 2014, pourvoi n° 13-21.101, inédit ; Soc. 9 juillet 2014, pourvoi n° 12-20.864, *Bull.* 2014, V, n° 195.

⁷⁴⁶ Ainsi, 1^{ère} civ., 20 septembre 2012, pourvoi n° 11-16.402, *Bull.* 2012, I, n° 175 ; 1^{ère} civ., 1^{ère} décembre 2010, pourvoi n° 09-17.465, Inédit.

Cependant, absence de cassation de la décision d'une juridiction du fond s'étant fondée sur une circulaire, sans préciser si la directive en question possède un caractère réglementaire : 3^{ème} civ., du 2 novembre 2005, pourvoi n° 04-16.412, Inédit. Le moyen de cassation n'étant pas reproduit, il est difficile d'interpréter cet arrêt.

⁷⁴⁷ Ainsi, 1^{ère} civ., 14 novembre 1995, pourvoi n° 92-18.199, *Bull.* 1995 I N° 414 p. 289 : Prise en compte d'une circulaire pour caractériser l'imputabilité d'une faute par une juridiction du fond ; 1^{ère} civ., 25 mai 1987, pourvoi n° 85-12.541, *Bull.* 1987, I, n° 170.

⁷⁴⁸ Com. 6 décembre 2005, pourvoi n° 03-17.218, *Bull.* 2005, IV, n° 243.

⁷⁴⁹ Mettant en évidence la variation du fondement de l'effet direct des directives, L. COUTRON, « Retour fataliste aux fondements de l'invocabilité des directives », *RTD eur.* 2015 p. 39, spéc. p. 47.

⁷⁵⁰ Article 189 du Traité instituant la Communauté européenne : « la directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens ».

⁷⁵¹ R. KOVAR, « Observations sur l'intensité normative des directives », in *Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, p. 359.

⁷⁵² M. TRIENBACH, *Les notions non directement applicables en droit public français*, LGDJ, 2015, p. 44.

Cependant, la Cour de justice a rapidement affirmé que les directives étaient dotées d'un effet direct, et que les justiciables pouvaient se prévaloir contre les États des dispositions « précises et inconditionnelles » de celles-ci⁷⁵³. Le Conseil d'État a fini par suivre cette position, acceptant, passé le délai de transposition, la mise en cause de la responsabilité de l'État pour violation du droit européen⁷⁵⁴ et l'annulation des actes contraires à la directive⁷⁵⁵.

Mais si un effet direct est reconnu aux dispositions claires et précises des directives dont le délai de transposition est écoulé, et qui ne laissent pas de marge discrétionnaire aux États, cet effet n'est que vertical, et n'est donc pas opposable aux particuliers⁷⁵⁶.

223. Visa de directives et effet des directives. Pourtant, nombre d'arrêts de la Cour de cassation visent des dispositions de certaines directives européennes, ce qui pourrait laisser croire qu'elles ont un effet direct horizontal. Cependant, de la même manière que tout visa d'un instrument ne signifie pas qu'il est d'effet direct, tout visa d'une directive ne signifie pas qu'il a été appliqué horizontalement⁷⁵⁷.

L'effet direct horizontal permettrait à la juridiction nationale d'écarter le texte national contraire à la directive⁷⁵⁸, et de lui substituer les dispositions inconditionnelles et précises de la directive⁷⁵⁹ dans le cadre d'un litige entre particuliers. Or, comme le rappelle régulièrement la

⁷⁵³ CJCE 28 octobre 1975, « Roland Rutili c. Ministre de l'intérieur », 36/75, *Rec.* p. 1219 ; CJCE 5 avril 1979, « Ministère public c. Tullio Ratti », 148/78, *Rec.* p. 1629.

⁷⁵⁴ CE. Ass. 23 mars 1984, « Ministère du commerce extérieur c. Société Alivar », *Rec.*, p. 127.

⁷⁵⁵ Ainsi, CE, Ass., 28 févr. 1992, n° 87753, « Rothmans, Philip Morris, Arizona Tobacco » : actes réglementaires de mise en œuvre contraires à la directive.

Puis, supprimant la distinction, CE Ass. 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, *Rec.* p. 408.

⁷⁵⁶ D. SIMON, « Directive », *Répertoire de droit européen Dalloz*, n° 45 à 48 ; CJUE, 15 janvier 2014, AMF, affaire C-176/12 §36 : « il convient de rappeler que, selon une jurisprudence constante, même une disposition claire, précise et inconditionnelle d'une directive visant à conférer des droits ou à imposer des obligations aux particuliers ne saurait trouver application en tant que telle dans le cadre d'un litige qui oppose exclusivement des particuliers (voir arrêts *Pfeiffer e.a.*, précité, point 109, ainsi que du 19 janvier 2010, *Küçükdeveci*, C-555/07, *Rec.* p. I-365, point 46) » ; O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, Nouvelle Bibliothèque de thèses, Dalloz, 2001, p. 202 s.

⁷⁵⁷ En ce sens, mais à propos de la charte sociale européenne, M.-F. MAZARS et P. FLORES, « La Cour de cassation et le cadre juridique du forfait en jours », *Sem. Soc. Lamy* 2011, 1499 : « Certes, la chambre sociale a déjà rendu des décisions au visa des articles 5 et 6 de la Charte. Mais, en réalité, ces décisions n'ont pas tranché le problème de l'invocabilité en droit interne de la Charte sociale européenne ».

⁷⁵⁸ En ce sens, J. ICARD, « De l'impuissance du droit social européen », *Dr. soc.* 2014, 408.

⁷⁵⁹ L. COUTRON, « Retour fataliste aux fondements de l'invocabilité des directives », *RTD eur.* 2015 p. 39.

Cour de cassation⁷⁶⁰, suivant ainsi la jurisprudence de la Cour de justice⁷⁶¹, il n'est pas possible d'écarter dans un litige entre particuliers une norme nationale contraire.

Les chambres civiles de la Cour de cassation peuvent cependant être amenées à faire une application directe de directives européennes⁷⁶², dans le cadre, par exemple, de la rétention d'étrangers, l'invocation de la directive n'ayant pas lieu entre particuliers⁷⁶³. De même, le visa direct de directives peut intervenir dans le cadre d'une relation verticale ascendante dans le contentieux fiscal⁷⁶⁴.

Le visa d'une directive peut aussi intervenir pour préciser que la directive en question n'est pas directement applicable⁷⁶⁵, ou encore pour sanctionner la juridiction qui a interprété à tort un texte national à la lumière d'une disposition d'une directive pourtant facultative⁷⁶⁶. L'interprétation de la loi à la lumière des directives, qui doit être mise en œuvre même dans les litiges entre particuliers ne s'effectue en revanche pas en principe par le biais d'un visa direct, puisqu'il est précisé que le texte est « interprété à la lumière » de la directive⁷⁶⁷.

224. Visa de directives et application horizontale de la directive. Il est cependant un cas dans lequel les juges ont appliqué directement une directive de façon horizontale. C'est celui de la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux⁷⁶⁸. Dans un arrêt du 3 mai 2006⁷⁶⁹, la Cour de cassation reproche à la juridiction du fond de ne pas avoir fait application des dispositions de la directive prévoyant une franchise de 500 euros pour l'indemnisation⁷⁷⁰

⁷⁶⁰ Soc., 13 mars 2013, pourvoi n° 11-22.285, *Bull.* V, n° 73 : « Mais attendu que la directive n° 2003/88/CE ne pouvant permettre, dans un litige entre des particuliers, d'écarter les effets d'une disposition de droit national contraire » ; 2^{ème} civ., 10 avril 2014, pourvoi n° 13-16.670, Inédit : « Mais attendu qu'une directive ne peut pas, par elle-même, créer d'obligations dans le chef d'un particulier et ne peut donc être invoquée comme telle à son encontre, d'où il suit que le moyen, qui se borne à invoquer la violation des dispositions de la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006, n'est pas fondé ».

⁷⁶¹ CJCE, 5 octobre 2004, *Pfeiffer*, aff. C-397/01 à C-403/01.

⁷⁶² Pour d'autres exemples d'arrêts, B. LE BAUT-FERRARESE, « L'opposabilité du droit de l'Union européenne à l'État devant la Cour de cassation », in J.-S. BERGÉ, G. CANIVET (Dir.), *La pratique du droit de l'Union européenne par le juge judiciaire*, Dalloz, Edition thèses et commentaires, 2016, p. 9 et s., spéc. p. 20 et 21.

⁷⁶³ Ainsi, 1^{ère} civ., 9 novembre 2016, pourvoi n° 13-28.349, *publication en cours* ; 1^{ère} civ., 24 octobre 2012, pourvoi n° 11-27.956, *Bull.* 2012, I, n° 211 ; 1^{ère} civ., 5 juillet 2012, pourvoi n° 11-19.250, *Bull.* 2012, I, n° 158.

⁷⁶⁴ Com., 7 juin 2006, 04-15.281, *Bull.* 2006, IV, n° 133.

⁷⁶⁵ 1^{ère} civ., 22 janvier 2009, pourvoi n° 07-21.063, *Bull.* 2009, I, n° 9.

⁷⁶⁶ Ainsi, 1^{ère} civ. 22 janvier 2009, pourvoi n° 07-21.063, *Bull.* 2009, I, n° 8.

⁷⁶⁷ Sur ce point, voir *supra* n° 167 s. et *infra* n° 241.

⁷⁶⁸ Directive 85/374/CEE sur la responsabilité du fait des produits défectueux.

⁷⁶⁹ 1^{ère} civ. 3 mai 2006, pourvoi n° 04-10.994, *Bull.* 2006, I, n° 208.

⁷⁷⁰ Article 9, premier alinéa, sous b), de la directive 85/374/CEE sur la responsabilité du fait des produits défectueux : « Au sens de l'article 1^{er}, le terme « dommage » désigne : le dommage causé à une chose ou la destruction d'une chose, autre que le produit défectueux lui-même, sous déduction d'une franchise de 500 Écus (...) ».

L'explication donnée par la doctrine à ce moment-là était que le juge communautaire⁷⁷¹ ayant estimé que l'harmonisation totale introduite par la directive interdisait de maintenir un régime de responsabilité sans faute concurrent de celui institué par le droit européen et reposant sur un fondement analogue, la Cour de cassation était dans l'incapacité de viser l'article 1384 alinéa 1^{er} du code civil⁷⁷².

En réalité une telle explication n'est guère convaincante, et il semble patent que la Cour de cassation va ici bien plus loin que ce qui est exigé par le droit européen. En effet, même si la Cour de justice a, par une conception *débordante* de l'État et l'introduction d'une exception à l'horizontalité des litiges⁷⁷³, réduit le champ de l'impossibilité d'invoquer des directives dans des rapports entre particuliers, le principe reste celui de l'absence d'effet horizontal des directives.

Ici, la Cour de cassation substitue une norme nationale à la disposition d'une directive dans un litige opposant des particuliers. Aucune interprétation du droit national conforme n'étant possible, les principes de sécurité juridique et d'accessibilité de la loi voudraient que l'on continue à faire application du droit national contraire à la directive, seule une invocabilité de réparation à l'encontre de l'État demeurant possible⁷⁷⁴. Une solution, pour éviter de telles situations, serait que la Cour de justice admette un effet horizontal généralisé des directives.

225. Un autre cas d'application directe d'une directive dans un litige horizontal trouve son fondement dans la jurisprudence de la CJUE⁷⁷⁵. Dans deux arrêts du 11 mai 2010, c'est la chambre sociale qui a, au visa du seul article 6§1 de la Directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail appliqué de façon directe les dispositions de ladite directive à un litige entre particuliers⁷⁷⁶. Elle a ainsi sanctionné la cour d'appel, qui, pour appliquer un décret prévoyant une différence de traitement entre salariés, n'a pas vérifié si « la différence de traitement fondée sur l'âge était objectivement et raisonnablement justifiée par un objectif légitime et que les moyens pour réaliser cet objectif étaient appropriés et nécessaires », en précisant que « la cour d'appel (...) devait appliquer la directive communautaire consacrant un principe général du droit de

⁷⁷¹ CJCE, 25 avril 2002, « Commission c/ France », aff. C-52/00, *Rec. CJCE* p. I-3827 ; CJCE, 25 avril 2002, « Gonzalez Sanchez », aff. C-183/00, *Rec. CJCE* p. I-3901.

⁷⁷² J. PEIGNÉ, « La responsabilité du fait des médicaments défectueux : acquis et incertitudes », *RDSS* 2006 p. 495.

⁷⁷³ L. COUTRON, « Retour fataliste aux fondements de l'invocabilité des directives », *RTD eur.* 2015 p. 39.

⁷⁷⁴ L. COUTRON, « Retour fataliste aux fondements de l'invocabilité des directives », *RTD eur.* 2015 p. 39, spéc. p. 61 : « Faute de pouvoir solliciter les invocabilités d'interprétation conforme, d'exclusion ou de substitution (...) le justiciable n'aura plus d'autre choix que de chercher à engager la responsabilité de l'État pour violation du droit de l'Union ».

⁷⁷⁵ En ce sens, *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2010, p. 324-325.

⁷⁷⁶ Soc., 11 mai 2010, pourvoi n° 08-43.681, *Bull.* 2010, V, n° 105 ; Soc., 11 mai 2010, pourvoi n° 08-45.307, *Bull.* 2010, V, n° 105.

l'Union »⁷⁷⁷. Ces arrêts sont en résonance directe avec les décisions de la CJUE dans lesquelles elle a décidé que les dispositions en question de la directive n'étant qu'une concrétisation du principe général de droit communautaire de non-discrimination, le juge national doit « garantir le plein effet de celui-ci en laissant au besoin inappliquée toute disposition contraire à ce principe »⁷⁷⁸. C'est alors un principe général du droit qui permet à la directive d'acquérir un effet horizontal, l'effet direct étant octroyé par l'inconditionnalité des dispositions de la directive⁷⁷⁹. Le principe reste cependant l'absence d'effet direct horizontal des directives.

§3. La qualité du texte

226. Le texte visé, pour venir justifier de l'existence de la règle, doit être un texte applicable (A), exprimant une règle de droit (B).

A. Un texte applicable au jour de la décision

227. En principe, seuls peuvent apparaître au visa des arrêts de la Cour de cassation les textes en vigueur au jour où la cour inférieure a statué. En effet, le rôle de la Cour de cassation étant de s'assurer que les juridictions du fond n'ont pas violé la loi, il serait absurde de considérer qu'une telle violation de la loi intervienne pour une loi abrogée ou non encore applicable⁷⁸⁰. De même, une loi rétroactive ne devrait pas avoir d'influence sur le caractère régulier ou non de la décision attaquée.

La situation se complique lorsque des dispositions transitoires viennent préciser la date d'entrée en vigueur de la loi. Les dispositions précisant l'applicabilité de la loi nouvelle aux procès ou instances en cours, par leur caractère vague, laissent planer le doute quant à la question de savoir si elles doivent trouver application au stade de la cassation.

⁷⁷⁷ Soc., 11 mai 2010, pourvoi n° 08-43.681, *Bull.* 2010, V, n° 105.

De même, Soc., 16 février 2011, pourvoi n° 09-72.061, *Bull.* 2011, V, n° 52 ; Soc., 26 novembre 2013, 12-18.317, *Bull.* 2013, V, n° 284 ; Soc., 30 juin 2015, pourvoi n° 13-28.201, *publication en cours*.

⁷⁷⁸ CJUE, 19 janvier 2010, « Seda Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG », aff. n° C-555/07, § 50-53, spec. § 51 ; CJCE, 22 novembre 2005, « Werner Mangold c. Rüdiger Helm », aff. n° C-144/04.

CJCE, 16 octobre 2007, « Félix Palacios de la Villa c. Cortefiel Servicios SA », aff. n° C-411/05, § 45-46.

⁷⁷⁹ L. COUTRON, « Retour fataliste aux fondements de l'invocabilité des directives », *RTD eur.* 2015 p. 39, spéc. p. 53.

⁷⁸⁰ En ce sens, S. AMRANI-MEKKI, *Le temps et le procès civil*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des thèses, 2002, p. 381-382, n° 387.

Ainsi, dans un arrêt du 15 septembre 2005, la Cour de cassation a censuré une cour d'appel qui avait appliqué l'ancien article 125 du code de procédure civile alors applicable, en raison de la contrariété de la solution ainsi dégagée avec la règle issue de la nouvelle rédaction du texte de loi⁷⁸¹. Le décret ayant modifié le texte⁷⁸² prévoit en effet en son article 59, son applicabilité « aux procédures en cours », ce que la deuxième chambre civile a interprété comme entraînant son applicabilité immédiate. On remarquera l'absence au visa du texte justifiant l'applicabilité immédiate de l'article 125 dans sa version nouvelle. Cette absence est d'autant plus regrettable que la solution est contraire au principe selon lequel la Cour de cassation analyse la conformité du jugement aux règles de droit à la date à laquelle le juge a statué⁷⁸³.

Mais ce type de rétroactivité des textes est exceptionnel, et les dispositions transitoires prévoient souvent l'exclusion du pourvoi en cassation de l'application immédiate des lois nouvelles⁷⁸⁴.

Une difficulté peut à nouveau survenir pour déterminer quelles étaient les règles qui étaient applicables devant la cour d'appel. Dans ce cas-là, lorsque la cour d'appel a fait une mauvaise application des règles transitoires, ce sont les dispositions de la loi ou du décret prévoyant ces règles qui sont visées⁷⁸⁵.

B. Un texte exprimant une règle de droit

228. Aux termes de l'article 1020 du code de procédure civile, « l'arrêt vise la règle de droit sur laquelle la cassation est fondée ». Pour pouvoir fonder une cassation, le texte visé doit donc exprimer une règle de droit. Il est difficile de donner une définition convenable de la règle de droit. Les dictionnaires la définissent comme « règle de conduite dans les rapports sociaux, générale, abstraite et obligatoire, dont la sanction est assurée par la puissance publique »⁷⁸⁶, ou encore comme « toute norme juridiquement obligatoire, quels que soient sa source, son degré de

⁷⁸¹ 2^{ème} civ., 15 septembre 2005, pourvoi n° 01-16.762, *Bull.* 2005, II, n° 218.

⁷⁸² Décret n° 2004-836 du 20 août 2004 portant modification de la procédure civile.

⁷⁸³ R. PERROT, « Chose jugée : fin de non-recevoir relevée d'office », *RTD civ.* 2005 p. 824 ; C. MALPEL-BOUYJOU, « Conflits de lois dans le temps », *Rép. proc. civ. Dalloz*, n° 169 ; S. AMRANI-MEKKI, « chronique de droit judiciaire privé », *JCP G* n° 16, 19 Avril 2006, I, 133, spéc. n° 5.

⁷⁸⁴ Ainsi, l'article 33-IV de la loi du 26 mai 2004 relative au divorce : « l'appel et le pourvoi en cassation sont formés, instruits et jugés selon les règles applicables lors du prononcé de la décision de première instance ».

⁷⁸⁵ Ainsi, 1^{re} civ., 6 octobre 2010, pourvoi n° 09-16.450, inédit ; 2^{ème} civ. 17 décembre 1997, pourvoi n° 96-13.568, *Bull.* 1997, II, n° 319.

⁷⁸⁶ *Lexique des termes juridiques*, 2015-2016, p. 886.

généralité, sa portée »⁷⁸⁷. On remarque déjà un désaccord entre ces deux dictionnaires concernant la nécessité du caractère de généralité de la règle. En revanche, il existe un consensus sur la difficulté qu'il y a à définir la règle de droit⁷⁸⁸. Le caractère obligatoire de la règle de droit fait, lui aussi, l'objet d'un large accord⁷⁸⁹. Cette conception a été remise en cause par des auteurs proposant une conception élargie de la normativité⁷⁹⁰. Certains auteurs proposent de remplacer le critère de l'obligatorité par celui d'efficacité⁷⁹¹. Pour autant, ces mêmes auteurs n'utilisent pas le terme de règle de droit pour des instruments facultatifs, mais uniquement celui de norme⁷⁹². Cela indique à quel point il est difficile d'envisager une règle de droit non obligatoire. Un tel état de fait invite à se demander si, pour être visible, un texte de loi doit exprimer une règle obligatoire. Une telle question semble relever de la tautologie. En effet, « le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit »⁷⁹³, et « l'arrêt vise la règle de droit sur laquelle la cassation est fondée »⁷⁹⁴. Le visa d'un instrument juridique devrait donc révéler son obligatorité. En réalité, il n'en n'est rien, le visa de textes exprimant une règle octroyant une faculté ou un pouvoir discrétionnaire pour le juge étant possible (1). L'obligatorité n'étant pas une condition du visa d'un texte, il est possible de se demander si la formulation du texte visé doit obéir à la structure de la règle de droit telle qu'elle est traditionnellement enseignée, c'est-à-dire une présupposition suivie d'un effet juridique⁷⁹⁵ (2).

⁷⁸⁷ G. CORNU, ASSOCIATION HENRI CAPITANT, « Règle », *Vocabulaire juridique*, PUF, 11^{ème} éd., 2016, p. 882.

⁷⁸⁸ Ainsi, P. FORIERS, « Règles de droit, essai d'une problématique », in Ch. PERELMAN (Dir.), *La règle de Droit*, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 109 ; E. KRINGS, « La règle en droit judiciaire » in *La règle de droit, op. cit.* p. 227 ; F. DUMONT, « La formation des règles de droit dans les communautés européennes », in *La règle de droit, op. cit.* p. 159 s. spéc. p. 160.

⁷⁸⁹ En ce sens, M. EMANE MEYO, *La norme facultative*, Thèse, Orléans, 2016, p. 154 à 160.

⁷⁹⁰ Ainsi, C. THIBIERGE, « Le droit souple, réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003 p. 599 ;

⁷⁹¹ Ainsi, M. EMANE MEYO, *La norme facultative*, Thèse, Orléans, 2016, p. 165 s.

⁷⁹² Ainsi, tout au long de sa thèse, M. EMANE MEYO, *La norme facultative*, Thèse, Orléans, 2016 ; C. THIBIERGE, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure, Pour une distinction entre normes et règles de droit », *Arch. Phil. Dr.*, T. 51, p. 341 s.

⁷⁹³ Art. 604 cpc.

⁷⁹⁴ Art. 1020 cpc.

⁷⁹⁵ H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Sirey, 1948, n° 16 ; N. MACCORMICK, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, PUF, 1^{ère} édition, Paris, 1996, p. 51 : « On a souvent fait valoir, et il n'y a pas de raison d'en douter, que toutes les règles de droit, quelles que soit leur formulation dans les lois ou les précédents, peuvent sans altération aucune, épouser la forme : si certains faits ou événements sont avérés, une certaine conséquence juridique doit s'en suivre ».

1) La nature de la règle de droit exprimée

229. Le visa de textes exprimant une règle octroyant une faculté ou un pouvoir discrétionnaire pour le juge⁷⁹⁶. On pourrait penser *a priori* que le visa de textes octroyant une faculté ou un pouvoir discrétionnaire est impossible, un juge ne pouvant violer une règle facultative. Cependant, un juge qui s'estimerait lié par une règle alors qu'il ne l'est pas, violerait en réalité le texte lui octroyant le pouvoir. La cassation interviendrait alors pour violation de la loi en raison du refus, de la part du juge, d'user de son pouvoir discrétionnaire qu'il tient de celle-ci, de la même manière que la Cour de cassation peut viser un texte pour censurer une cour d'appel qui a refusé de faire usage de son pouvoir souverain d'appréciation⁷⁹⁷. Inversement, une cassation au visa du texte peut intervenir dans les hypothèses de l'usage de la faculté prévue par le texte en dehors des conditions prévues par la loi ou de l'usage d'une faculté autre que celle prévue par le texte⁷⁹⁸.

Un texte octroyant une faculté au juge peut aussi apparaître au visa d'un arrêt de la Cour de cassation si le juge du fond a méconnu son obligation de motiver sa décision.

En revanche, un texte octroyant un pouvoir discrétionnaire au juge ne pourra pas apparaître au visa d'un arrêt pour défaut de motifs, si le juge a refusé d'utiliser le pouvoir en question, mais seulement s'il l'a utilisé alors que ses conditions d'application n'étaient pas réunies. La distinction entre pouvoir discrétionnaire et faculté du juge tient en effet à l'absence d'obligation de motiver une décision discrétionnaire⁷⁹⁹. Ainsi, l'ancien article 1152 alinéa 2 du code civil, donnant au juge la faculté de réviser les clauses pénales lorsque certaines conditions sont réunies, est visé lorsque le juge a usé de ce pouvoir sans démontrer en quoi ces conditions étaient réunies⁸⁰⁰. Même les textes octroyant un pouvoir discrétionnaire au juge peuvent donc apparaître au visa des arrêts de la Cour de cassation.

⁷⁹⁶ Sur cette distinction, A. PERDRIAU, « Le pouvoir discrétionnaire des juges du fond », *LPA*, 15 novembre 2001, n° 228, p. 8 s.

⁷⁹⁷ 2^{ème} civ., 14 avril 2005, pourvoi n° 05-60.084, *Bull.* 2005, II, n° 93.

⁷⁹⁸ En ce sens, G. MARTY, *La distinction du droit et du fait, Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les Juges du fait*, Sirey, Paris, 1929, p. 270.

⁷⁹⁹ En ce sens, A. PERDRIAU, « Le pouvoir discrétionnaire des juges du fond », *LPA*, 15 novembre 2001, n° 228, p. 8 s.

⁸⁰⁰ La cassation intervient alors en principe pour manque de base légale : Ch. Mixte, 20 janvier 1978, pourvoi n° 76-11.611, *Bull.* 1978, Mixte, n°1 ; 3^{ème} civ., 14 novembre 1991, pourvoi n° 90-14.025, *Bull.* 1991, III, n° 274 ; 3^{ème} civ., 12 janvier 2011, pourvoi n° 09-70.262, *Bull.* 2011, III, n° 3 ; 1^{ère} civ., 14 novembre 1995, pourvoi n° 94-04.008, *Bull.* 1995, I, n° 412.

Mais certaines cassations interviennent pour violation de la loi : Soc., 16 octobre 1985, pourvoi n° 82-42.235, *Bull.* 1985 n° 459 ; Com., 10 juillet 2001, pourvoi n° 98-16.202, inédit.

230. La généralité et l'impersonnalité de la règle de droit exprimée. Les caractères de généralité et d'impersonnalité de la règle de droit exprimée par le texte semblent bien, en revanche, constituer des conditions pour qu'un texte soit visé comme fondant directement la règle de droit. En effet, on ne retrouve pas de décisions de justice fondant directement des cassations, alors qu'elles peuvent venir justifier l'interprétation d'un texte⁸⁰¹.

2) La formulation du texte visé

231. Textes introductifs. Certains textes, constituant simplement une introduction aux textes qui les suivent, ne sont jamais visés car des dispositions plus précises permettent d'obtenir le même résultat. Il en est ainsi de l'article 213 du code civil, « les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir » ou encore de l'article 216 selon lequel « chaque époux a la pleine capacité de droit ; mais ses droits et pouvoirs peuvent être limités par l'effet du régime matrimonial et des dispositions du présent chapitre ».

232. Signification du texte. Mais le fait qu'une disposition soit imprécise ou de nature introductive ne préjuge pas du sort qui lui sera réservé, l'interprétation de celle-ci pouvant toujours révéler un sens normatif⁸⁰². Il en est ainsi de l'article 1384 alinéa 1^{er} du code civil, qui bien qu'à l'origine perçu comme une simple introduction aux alinéas suivants, a acquis une force propre au gré des interprétations jurisprudentielles qui en ont été faites. Ce qui compte donc est que le texte de loi visé ait, une fois interprété, une signification telle que l'on puisse considérer qu'il contient une règle précise.

233. Conclusion sur les conditions du visa de textes justifiant directement la règle fondant la cassation. Il est nécessaire de distinguer selon le type de cassation pour déterminer les conditions du visa de texte fondant directement la cassation. Dans le cadre d'une cassation pour refus d'application, il est nécessaire que le texte soit doté d'un effet direct horizontal ou d'une invocabilité d'exclusion. Dans le cadre d'une cassation pour fausse application, en revanche, il est toujours possible que le texte visé ne soit pas d'applicabilité directe, puisque l'on vise un texte dont on n'aurait pas dû faire application. Dans tous les cas, le fait que le texte soit imprécis au premier abord n'est pas un obstacle insurmontable à son visa. Ce qui compte est

⁸⁰¹ Sur ce point, voir n° 246 s.

⁸⁰² En ce sens, C. ATIAS, « Normatif et non normatif », *RRJ* 1982 p. 219 s., spéc. p. 220.

qu'une fois interprété, le texte signifie une règle de droit. Le destinataire est un élément pertinent pour déterminer si un texte peut être visé. Mais si l'on est dans le cadre d'un litige vertical, le destinataire pourra être l'administration ou l'État. La source du texte est en principe étatique, mais des exceptions sont possibles par le biais d'un visa interface qui permet de considérer que le fondement de la cassation est bien constitué par un texte de droit interne.

Le visa de textes venant justifier l'interprétation d'un autre texte obéit, quant à lui, à des conditions plus souples.

Section II. Le texte susceptible de justifier l'interprétation d'un autre texte

234. Certains textes sont plus susceptibles que d'autres de constituer un visa interprétatif. Ainsi, le visa de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen correspond souvent à la sanction de la mauvaise interprétation d'un texte, interprétation qui aurait dû se faire en conformité à la DDHC. De même, les visas de directives et de décisions constituent en général des visas interprétatifs. Pour autant, des textes ordinaires aussi peuvent constituer des visas interprétatifs.

235. La justification de l'interprétation d'un texte ne répond cependant pas aux conditions habituelles du visa (§1). Une approche par faisceau d'indices est nécessaire pour déterminer quels types de textes sont susceptibles d'opérer une telle justification (§2).

§1. Absence d'applicabilité des conditions habituelles

236. Les conditions du visa support direct de la cassation ne peuvent être transposées telles quelles au visa interprétatif, puisqu'on peut retrouver dans de tels visas des textes dépourvus d'effet horizontal direct (A), des textes qui ne sont pas en vigueur (B) ainsi que des décisions de justice (C).

A. L'absence d'effet direct horizontal du texte

237. Peuvent être visés en tant que justification de l'interprétation des textes dénués d'effet direct horizontal, soit en raison de leur imprécision (1), soit en raison de leur inapplicabilité dans les relations entre particuliers (2).

1) L'imprécision de l'énoncé

238. Le visa de l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946. Le visa de l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946 est apparu notamment au visa d'un arrêt du 29 juin 2011⁸⁰³. Aux termes de ce texte « [la nation] garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence ».

L'imprécision des termes de ce texte devrait empêcher qu'il fonde une cassation, mais il est utilisé dans cet arrêt pour interpréter une disposition législative en conformité avec une décision du Conseil constitutionnel⁸⁰⁴.

239. Visa de l'article 8 de la Convention-cadre de l'organisation mondiale de la santé. On trouve cependant le visa d'un texte interprété à la lumière de l'article 8 de la Convention-cadre de l'Organisation mondiale de la santé pour la lutte anti-tabac du 21 mai 2003⁸⁰⁵, qui, étant donné sa formulation, n'est pas d'applicabilité directe :

1. Les Parties reconnaissent qu'il est clairement établi, sur des bases scientifiques, que l'exposition à la fumée du tabac entraîne la maladie, l'incapacité et la mort.
2. Chaque Partie adopte et applique, dans le domaine relevant de la compétence de l'État en vertu de la législation nationale, et encourage activement, dans les domaines où une autre compétence s'exerce, l'adoption et l'application des mesures législatives, exécutives, administratives et/ou autres mesures efficaces prévoyant une protection contre l'exposition à la fumée du tabac dans les lieux de travail intérieurs, les transports publics, les lieux publics intérieurs et, le cas échéant, d'autres lieux publics

Cet arrêt pourrait être l'indice d'une généralisation de l'utilisation de la technique de l'interprétation à la lumière de dispositions non directement applicables. Cependant, il faut remarquer qu'ici la convention-cadre semble instrumentalisée. En effet, rien ne semble, dans ce texte, permettre de guider l'interprétation à faire de l'article L. 3511-7 du code de la santé publique aux termes duquel « il est interdit de fumer dans les lieux affectés à un usage collectif, notamment scolaire, et dans les moyens de transport collectif, sauf dans les emplacements expressément réservés aux fumeurs », et qui s'applique, aux termes de l'article R 3511-1, « (...) dans tous les lieux fermés et couverts qui accueillent du public ou qui constituent des lieux de travail (...) ». Et

⁸⁰³ Soc., 29 juin 2011, pourvoi n° 09-71.107, *Bull.* 2011, V, n° 181.

⁸⁰⁴ Cf. *supra* n° 182.

⁸⁰⁵ 2^{ème} civ., 13 juin 2013, pourvoi n° 12-22.170, *Bull.* 2013, II, n° 124 ; 2^{ème} civ., 13 juin 2013, 12-22.178, Inédit ; 2^{ème} civ., 13 juin 2013, 12-22.173, Inédit ; 2^{ème} civ., 13 juin 2013, 12-22.177, Inédit ; 2^{ème} civ., 13 juin 2013, pourvoi n° 12-22.171, Inédit.

surtout, rien ne permet de considérer, comme le fait la deuxième chambre civile, « qu'il en résulte que la terrasse d'un établissement accueillant du public ne constitue pas un lieu fermé et couvert où s'impose l'interdiction totale de fumer, dès lors que close des trois côtés, elle n'a ni toit ni auvent, ou bien si, disposant d'un toit ou auvent, elle est intégralement ouverte en façade frontale ». Comme il a été remarqué⁸⁰⁶, ce sont les critères posés par la circulaire du 17 septembre 2008 qui sont ici repris⁸⁰⁷.

Sans aller jusqu'à considérer que la Cour de cassation enfreint ainsi la séparation des pouvoirs, en empiétant sur le pouvoir réglementaire⁸⁰⁸, on peut regretter une justification aussi peu adéquate. En effet, la Cour de cassation aurait pu s'abstenir de rechercher une justification de la création prétorienne à laquelle elle se livrait. Elle décide ici d'un critère pour la qualification de lieu « fermé et couvert ». Son intervention est donc justifiée par le seul besoin de sécurité juridique. Et si elle voulait absolument justifier l'interprétation qu'elle faisait du texte, elle aurait pu le viser tel qu'interprété à la lumière de la circulaire en cause. L'apparition d'une circulaire non publiée au visa d'un arrêt de la Cour de cassation aurait assurément fait grand bruit, mais rien ne s'oppose à ce que soient livrées, au sein du visa les raisons déterminantes et non obligatoires d'une interprétation.

240. Visa de la charte sociale européenne. La charte sociale européenne n'est apparue que très récemment au visa des arrêts de la Cour de cassation. Plusieurs raisons à cela. D'abord, c'est un instrument relativement récent. La Charte sociale européenne, bien qu'ouverte à la signature à Turin le 18 octobre 1961, n'a été adoptée qu'en 1996 et une loi du 10 mars 1999⁸⁰⁹ en a autorisé l'approbation et a été publiée par un décret n° 2000-111 du 4 février 2000. Ensuite, la présence de normes concurrentes pourrait rendre la référence à la Charte inutile.

La prolifération des normes internationales concurrentes en matière sociale entraîne un visa très complexe⁸¹⁰, avec, dans un arrêt du 14 avril 2010, les visas des articles 4 de la Convention n° 98 de l'organisation internationale du travail (OIT), 5 de la Convention n° 135 de l'OIT, 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 5 et 6 de la Charte sociale européenne, 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ainsi que celui des articles L. 2122-1 et L. 2122-2 du code du travail dont la

⁸⁰⁶ J.-H. ROBERT, « Un arrêt de règlement sur la santé publique », *JCP G* n° 46, 11 Novembre 2013, 1170.

⁸⁰⁷ Circulaire n° DGS/MC2/2008/292 du 17 septembre 2008 relative aux modalités d'application de la seconde phase de l'interdiction de fumer dans les lieux à usage collectif.

⁸⁰⁸ J.-H. ROBERT, « Un arrêt de règlement sur la santé publique », *JCP G* n° 46, 11 Novembre 2013, 1170.

⁸⁰⁹ Loi n° 99-174 du 10 mars 1999.

⁸¹⁰ En ce sens, J.-P. TRICOIT, « La chambre sociale de la Cour de cassation face à la prolifération des instruments internationaux de protection des droits fondamentaux », *Dr. soc.* 2012, 178, spéc. §8.

conformité aux normes précitées est contrôlée⁸¹¹. D'autres arrêts visant la charte sociale européenne ont suivi, toujours accompagnée d'une horde de textes internationaux protégeant les droits des travailleurs, et toujours pour constater la conformité des textes nationaux relatifs à la représentativité syndicale avec ceux-ci⁸¹².

Par la suite, c'est cependant « l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se référant à la Charte sociale européenne »⁸¹³ qui est visé, aux côtés d'autres dispositions conventionnelles de droit social, afin d'interpréter le dispositif des conventions en forfait-jour en conformité avec les droits sociaux des travailleurs, ce qui laisse planer un certain doute quant à la nature de la prise en compte de l'instrument en question. Il pourrait ne s'agir que d'une clause de style tant la référence est large, alors surtout que la référence de l'article 151 n'est pas de nature contraignante, puisqu'il s'agit seulement d'affirmer que les États membres sont « conscients des droits sociaux fondamentaux, tels que ceux énoncés dans la Charte sociale européenne ». Mais en réalité l'influence de la Charte sociale européenne et du comité européen des droits sociaux qui lui est attachée et bien plus grande qu'il n'y paraît sur ces décisions⁸¹⁴. Nul doute que les décisions du comité européen des droits sociaux qui ont déclaré le dispositif contraire à plusieurs articles de la Charte sociale européenne ont pesé dans la décision de chambre sociale.

Pourquoi alors un tel visa indirect de la Charte sociale européenne, quand dans des décisions précédentes la Cour l'avait visée directement ? Le problème est en réalité celui de l'applicabilité directe de la Charte, qui n'est toujours pas réglé malgré sa présence au visa des

⁸¹¹ Soc., 14 avril 2010, pourvois n° 09-60.426 et 09-60.429, *Bull.* 2010, V, n° 100 ; de même, avec l'ajout du visa de l'article L. 2123-3 du code du travail : Soc., 1 décembre 2010, pourvoi n° 10-60.117, Inédit.

⁸¹² Soc., 16 février 2011, pourvois n° 10-60.189 et 10-60.191, inédit (visa de l'article 6 de la charte sociale européenne) ; Soc., 23 mars 2011, pourvoi n° 10-60.185, Inédit (visa de l'article 5).

Voyant là le signe d'une application directe de la charte, J. CAVALLINI, « L'invocabilité des principes de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne » *JCP S* n° 23, 10 Juin 2014, 1232, spéc. n° 8.

⁸¹³ Soc., 29 juin 2011, 09-71.107, *Bull.* 2011, V, n° 181 ; Soc., 31 janvier 2012, pourvoi n° 10-19.807, *Bull.* 2012, V, n° 43 ; Soc., 13 juin 2012, pourvoi n° 11-10.854, Inédit ; Soc., 19 septembre 2012, pourvoi n° 11-19.016, Inédit ; Soc., 26 septembre 2012, pourvoi n° 11-14.540, *Bull.* 2012, V, n° 250 ; Soc., 24 avril 2013, pourvoi n° 11-28.398, *Bull.* 2013, V, n° 117 ; Soc., 2 avril 2014, pourvoi n° 12-22.054, Inédit ; Soc., 30 avril 2014, pourvoi n° 13-11.034, Inédit ; Soc., 14 mai 2014, pourvoi n° 12-35.033, *Bull.* 2014, V, n° 121 ; Soc., 14 mai 2014, pourvoi n° 13-10.637, Inédit ; Soc., 28 mai 2014, pourvoi n° 13-13.947, Inédit ; Soc., 11 juin 2014, pourvoi n° 11-20.985, *Bull.* 2014, V, n° 137 ; Soc., 2 juillet 2014, pourvoi n° 13-19.990, Inédit ; Soc., 13 novembre 2014, pourvoi n° 13-14.206, *Bull.* 2014, V, n° 262 ; Soc., 17 décembre 2014, pourvoi n° 13-22.890, *Bull.* 2014, V, n° 301 ; Soc., 4 février 2015, pourvoi n° 13-16.835, Inédit ; Soc., 25 juin 2015, pourvoi n° 14-10.217, Inédit ; Soc., 7 juillet 2015, 13-26.444, *publication en cours* ; Soc., 6 octobre 2015, pourvoi n° 13-17.250, Inédit ; Soc., 27 janvier 2016, pourvoi n° 14-14.293, Inédit ; Soc., 15 avril 2016, pourvoi n° 15-12.588, Inédit.

⁸¹⁴ S. LAULOM, « L'enchevêtrement des sources internationales du droit du travail : à propos des décisions du Comité européen des droits sociaux du 23 juin 2010 », *Rev. trav.* 2011 p. 298.

arrêts précédemment évoqués⁸¹⁵. L'affirmation de la possibilité de viser des textes non contraignants à titre interprétatif simplifierait ce type de visas. Ici, une interprétation à la lumière de la Charte aurait été plus honnête.

2) L'absence d'effet horizontal

241. L'interprétation conforme. Dans la plupart des cas, le visa de la directive permet d'interpréter une autre disposition interne à la lumière de cette directive⁸¹⁶. C'est alors le texte visé conjointement avec la directive qui est le fondement de la décision, tel qu'interprété à la lumière de la directive. Il n'est pas nécessaire, contrairement à ce qui est requis pour que la directive soit le fondement direct de la cassation, que l'on soit dans un litige vertical⁸¹⁷. On pourrait même imaginer, dans ce cadre, le visa d'une directive dont le délai de transposition n'est pas écoulé, la Cour de justice ayant enjoint les États à s'abstenir de prendre des dispositions de nature à compromettre sérieusement le résultat prescrit par les directives pendant ce délai⁸¹⁸.

L'interprétation conforme est un mécanisme particulièrement vif qui permet, de façon détournée, une application des directives dans les litiges horizontaux. En effet, l'interprétation d'une disposition nationale à la lumière d'une directive revient, dans la plupart des cas aux mêmes effets que ce qu'aurait produit une application directe de la directive⁸¹⁹.

242. L'absence de décisions-cadre au visa des arrêts de la Cour. On ne retrouve pas de décisions-cadre au visa des arrêts de la Cour de cassation. Pourtant, la Cour de justice a posé

⁸¹⁵ En ce sens, B. LE BAUT-FERRARESE, « Office du juge national et gestion de la contrainte normative », *RTD eur.* 2013 p. 292-28 ; M.-F. MAZARS et P. FLORES, « La Cour de cassation et le cadre juridique du forfait en jours », *Sem. soc. Lamy* 2011, 1499 : « Certes, la chambre sociale a déjà rendu des décisions au visa des articles 5 et 6 de la Charte. Mais, en réalité, ces décisions n'ont pas tranché le problème de l'invocabilité en droit interne de la Charte sociale européenne » ; *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2013 p. 171 : « (...) compte tenu des doutes existant quant à l'effet direct de la Charte sociale européenne. L'on remarquera d'ailleurs que l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se réfère également à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs dont il n'a jamais été soutenu jusqu'ici qu'elle était d'effet direct ».

⁸¹⁶ Cf. *supra* n° 167 s.

⁸¹⁷ O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2001, p. 198.

⁸¹⁸ En ce sens, CJCE 18 décembre 1997, « Inter-Environnement Wallonie ASBL contre Région wallonne », aff. C-129/96.

⁸¹⁹ En ce sens, L. COUTRON, « Retour fataliste aux fondements de l'invocabilité des directives », *RTD eur.* 2015. 39, spéc. p. 59 in fine.

l'obligation d'interpréter le droit national dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la décision-cadre, à l'instar de ce qu'elle a fait pour les directives⁸²⁰.

Une première cause de cette différence de traitement entre directives et décisions-cadres dans les visas des arrêts de la Cour de cassation pourrait être le caractère récent de l'affirmation par la Cour de Justice de l'obligation pour les États d'interpréter le droit national en conformité avec ces dernières.

Une autre raison serait que les décisions cadres interviennent avant tout en matière pénale, ce qui les fait sortir du champ de cette étude. Ceci étant dit, la Chambre criminelle s'y réfère de façon très occasionnelle, dans ses motifs, pour interpréter implicitement le droit interne à leur lumière⁸²¹, ou, plus fréquemment, pour refuser de considérer qu'elles doivent permettre d'écarter une disposition interne⁸²². De plus, il semble que la Décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 13 juin 2002 et certaines dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme se recoupent, ce qui permet à la Cour de cassation de se référer préférentiellement à l'instrument du Conseil de l'Europe, dont le maniement lui est plus familier⁸²³.

243. Il faut noter que ce n'est pas parce qu'un texte est utilisé pour en interpréter un autre à sa lumière qu'il est dépourvu d'effet direct : l'utilisation des lumières d'un texte n'implique pas son impossible invocation aux fins d'application directe, en attestent le visa de dispositions nationales interprétées à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme⁸²⁴. Au-delà de son intérêt qui est de permettre une prise en compte de normes dénuées d'effet direct, l'interprétation conforme présente l'avantage, par rapport à l'invocabilité d'exclusion, de concilier la norme nationale à la norme internationale sans pour autant l'écarter purement et simplement.

⁸²⁰ CJCE 16 juin 2005, *Pupino*, Affaire C-105/03, Rec. p. I-5285 à propos de la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil, du 15 mars 2001, relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales, JORF L 82 du 22 mars 2001, p. 1 : « Estimant que, « abstraction faite de l'existence ou non d'un effet direct de la législation communautaire », le juge national doit « interpréter son droit national à la lumière de la lettre et de l'esprit des dispositions communautaires » (§18 de l'arrêt) « Au vu de toutes les considérations qui précèdent, il convient de conclure que le principe d'interprétation conforme s'impose au regard des décisions-cadres adoptées dans le cadre du titre VI du traité sur l'Union européenne. En appliquant le droit national, la juridiction de renvoi appelée à interpréter celui-ci est tenue de le faire dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la décision-cadre afin d'atteindre le résultat visé par celle-ci et de se conformer ainsi à l'article 34, paragraphe 2, sous b), UE. » (§43).

⁸²¹ Crim., 19 octobre 2010, pourvoi n° 10-85.582, *Bull. crim.* 2010, n° 166.

⁸²² Crim., 28 février 2012, pourvoi n° 12-80.744, *Bull. crim.* 2012, n° 56.

⁸²³ Par exemple : Crim., 7 février 2007, 07-80.162, *Bull. crim.* 2007, n° 39.

⁸²⁴ Ainsi, 1^{ère} civ., 29 janvier 2002, pourvois n° 99-21.134 et 99-21.135, *Bull.* 2002, I, n° 32.

B. L'absence d'entrée en vigueur du texte

Des textes qui ne sont pas entrés en vigueur peuvent apparaître au visa des arrêts de la Cour de cassation pour interpréter un autre texte.

244. Le visa d'une convention non ratifiée. La Convention de Vienne du 23 mai 1969, bien que n'ayant jamais été ratifiée par la France, est visée dans un arrêt, *prise en tant que coutume internationale*⁸²⁵. Ce visa a une fonction bien précise. Il s'agit, dans cet arrêt d'identifier ce qu'est une réserve de façon à savoir si la convention internationale sur laquelle la France a émis une « réserve » trouve à s'appliquer⁸²⁶.

245. Le visa d'un texte pour des faits antérieurs à son entrée en vigueur. La charte des droits fondamentaux a été intégrée au visa d'un arrêt portant sur des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de celle-ci. Elle permettait l'interprétation du droit national à la lumière du droit de l'Union⁸²⁷.

Le visa interprétatif semble alors pouvoir porter sur un texte qui n'est pas en vigueur, soit que le texte international n'ait pas été ratifié, soit que les faits soient antérieurs à la ratification.

C. Le visa de décisions de justice

246. Le problème du visa des décisions de justice⁸²⁸. Plusieurs obstacles s'opposent à considérer qu'une décision de justice peut être applicable. Le premier concerne la question de savoir si on peut considérer qu'une décision de justice est une règle de droit.

Certains auteurs font rentrer les décisions dans la catégorie des normes⁸²⁹. Certes, on peut considérer que la décision est une norme, limitée aux parties au litige et pour l'objet du litige. Mais cela n'en fait pas pour autant une règle de droit, car il lui manque le critère de la généralité et de l'impersonnalité⁸³⁰. Dans la mesure où l'autorité des décisions de justice est limitée, leur visa

⁸²⁵ 1^{ère} civ., 11 juillet 2006, pourvoi n° 02-20.389, *Bull.* 2006, I, n° 378 : « Vu l'article 18 de la Convention de Londres du 19 novembre 1976, ensemble les articles 2 et 19 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969, prise en tant que coutume internationale ».

⁸²⁶ M. AUDIT, « De la notion de réserve faite par un État lors de la signature d'un traité », *Rev. crit. DIP* 2007 p. 391.

⁸²⁷ Soc., 29 juin 2011, pourvoi n° 09-71.107, *Bull.* 2011, V, n° 181.

⁸²⁸ Pour la qualification des décisions de justice en tant que textes juridiques, S. GOYARD-FABRE, *La textualité du droit, Étude formelle et enquête transcendantale*, Cerf, Paris, 2012, spéc. p. 61 s.

⁸²⁹ Qualifiant les décisions juridiques de normes individuelles, E. MILLARD, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? » *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 21 (Dossier : La normativité), janvier 2007.

⁸³⁰ En ce sens, P. Deumier, *Introduction générale au droit*, Paris, LGDJ, 4^{ème} édition, 2017, p. 22.

ne devrait donc pas être apte à fonder une cassation : on ne peut pas considérer qu'une juridiction a violé une décision de justice, car il manque le caractère de généralité. Cependant, si on prend le visa de décisions de justice comme la référence à la règle qui a été appliquée par la juridiction, un tel visa retrouve un sens.

Mais de nouveaux obstacles apparaissent alors. Le jugement est « à la fois règle en action pour l'espèce et règle en attente pour les espèces à venir »⁸³¹. Cette « ambiguïté caractéristique de tout jugement » devrait interdire leur apparition au visa des arrêts de la Cour de cassation. L'identification de la règle à laquelle il est fait référence dans le visa de décision de justice n'a, en effet, rien d'évident. Elle nécessite l'identification des raisons ayant conduit le premier juge à juger dans le sens en question⁸³². Cette règle de décision peut être explicite ou implicite, simple ou multiple.

On peut alors se demander quel est l'intérêt de viser la décision qui applique une règle de droit plutôt que de viser directement la règle de droit elle-même. En effet, du point de vue de l'accessibilité du droit, une telle référence indirecte est néfaste puisqu'elle freine l'identification de la règle effectivement appliquée.

En réalité, l'utilisation extrêmement circonscrite qui est faite du visa de décisions par la Cour de cassation tend à désamorcer ces critiques.

247. Le visa d'une décision de la Cour européenne des droits de l'homme. Le 13 juin 2007⁸³³, la chambre sociale s'est référée dans le visa de son arrêt, à l'arrêt *Arnolin et autres*, rendu contre la France le 9 janvier 2007 : « *vu l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales tel qu'interprété par l'arrêt Arnolin et autres c. France du 9 janvier 2007 de la Cour européenne des droits de l'homme, et les articles 29 de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 et 2 du code civil, ensemble les articles L. 212-2 et L. 212-4 du code du travail dans leur rédaction applicable au litige* ». C'était la première fois qu'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme figurait au visa d'un arrêt de la Cour de cassation. Auparavant, des arrêts de la CEDH avaient déjà été présents, mais dans les motifs d'arrêts de la Cour de cassation. En 2007, il semble qu'il s'agissait de permettre à un arrêt de la chambre sociale d'assoir sa légitimité contre l'assemblée plénière et contre le législateur. Le visa de l'arrêt de la CEDH permettait à la chambre sociale de « faire prévaloir, contre le législateur et contre l'Assemblée plénière, la solution audacieuse qu'elle avait

⁸³¹ C. ATIAS, *Questions et réponses en droit*, PUF, Paris, 2009, p. 145.

⁸³² C. ATIAS, *Questions et réponses en droit*, PUF, Paris, 2009, p. 146 ; M. VAN DE KERCHOVE, « La jurisprudence revisitée, un retour aux sources », in *Les sources du droit revisitées*, Anthémis, Bruxelles, 2012, p. 667 s., spéc. p. 672.

⁸³³ Soc., 13 juin 2007, pourvois n° 05-45694 et 05-45696, *Bull.* 2007, V, n° 99.

retenue dans le contentieux des lois de validation par son arrêt du 24 avril 2001 »⁸³⁴. Cet arrêt reste pour l'instant un cas isolé. Par la suite, la Cour a pu se référer à l'autorité interprétative des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, mais toujours dans le chapeau ou dans le corps des arrêts, et non plus dans le visa⁸³⁵.

248. Le visa d'une décision de la Cour de justice de l'Union européenne. La Cour de cassation a aussi pu viser une décision de la Cour de justice pour suivre l'interprétation de celle-ci relativement à certaines dispositions de la Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale : « *Vu l'article 3, 1 du protocole de Luxembourg du 3 juin 1971 sur l'interprétation par la Cour de justice de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968* »⁸³⁶. Cette pratique est cependant restée isolée⁸³⁷.

249. Le visa de décisions du Conseil constitutionnel. Le visa de décisions du Conseil constitutionnel est quant à lui beaucoup plus fréquent. Il s'agit habituellement de se référer à l'autorité interprétative de la décision en ce qui concerne le texte avec lequel elle est conjointement visée⁸³⁸. En effet, les dispositions visées conjointement avec la décision du Conseil constitutionnel sont celles pour lesquelles il a émis une réserve interprétative. Par ces réserves interprétatives, le Conseil constitutionnel conditionne la constitutionnalité d'une disposition à une interprétation donnée sans modifier la formulation de celle-ci. Elles lient cependant les autres juridictions par l'autorité *erga omnes* de la chose jugée qui leur est attachée⁸³⁹.

Il peut aussi arriver que la Cour de cassation, par le biais du visa d'une décision du Conseil constitutionnel fasse référence à des motifs de la décision⁸⁴⁰. Dans toutes ces hypothèses, le visa d'une décision de justice correspond à la justification de l'interprétation du texte.

250. Le visa isolé de réserves d'interprétation. Il est des hypothèses dans lesquelles les réserves d'interprétation appliquées par la Cour de cassation sont si précises que l'on pourrait se

⁸³⁴ J.-P. MARGUÉNAUD, « La reconnaissance par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation de l'autorité interprétative des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ou : la révolution du 15 avril », *RTD civ.* 2011 p. 725.

⁸³⁵ Ainsi, Ass. plén., 15 avril 2011, pourvoi n° 10-17.049, *Bull.* 2011, A.P. n° 1.

⁸³⁶ 1^{ère} civ., 10 mai 2006, pourvoi n° 01-11.229, *Bull.* 2006, I, n° 222.

⁸³⁷ Voir *supra* n° 185.

⁸³⁸ 1^{ère} civ., 16 avril 2008, pourvoi n° 06-20.390, *Bull.* 2008, I, n° 116 ; 1^{ère} civ. 16 avril 2008, pourvoi n° 06-20.391, *Bull.* I, n° 117 ; 1^{ère} civ., 16 avril 2008, pourvoi n° 06-20.978, *Bull.* 2008, I, n° 118 ; 1^{ère} civ., 11 juin 2008, n° 07-15.519, *Bull.* 2008, I, n° 166.

⁸³⁹ Sur les réserves d'interprétation et l'autorité qui leur est attachée, cf. M. VERPEAUX, « Contrôle de constitutionnalité des actes administratifs », *Répertoire de contentieux administratif Dalloz*, n° 108 et s.

⁸⁴⁰ Cf. *supra* n° 195.

demander si elle n'effectue par une application directe de celles-ci. Le fait que ces réserves d'interprétation figurent dans un visa séparé renforce l'interrogation⁸⁴¹.

Ainsi, le juge de cassation reproche régulièrement aux juges du fond qui font application de l'article 274 2° du code civil de ne pas « constater que les modalités prévues au 1° de l'article 274 du code civil n'étaient pas suffisantes pour garantir le versement de cette prestation », au visa de l'article 274 du code civil suivi de la réserve d'interprétation émise par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2011-151 QPC du 13 juillet 2011⁸⁴². L'article 274 du code civil prévoit que « juge décide des modalités selon lesquelles s'exécutera la prestation compensatoire en capital », entre (1°) le versement d'une somme d'argent et (2°) l'attribution de biens en propriété ou d'un droit temporaire ou viager d'usage, d'habitation ou d'usufruit.

Aux termes de la réserve d'interprétation, « l'atteinte au droit de propriété qui résulte de l'attribution forcée prévue par le 2° de cet article ne peut être regardée comme une mesure proportionnée au but d'intérêt général poursuivi que si elle constitue une modalité subsidiaire d'exécution de la prestation compensatoire en capital ; que, par conséquent, elle ne saurait être ordonnée par le juge que dans le cas où, au regard des circonstances de l'espèce, les modalités prévues au 1° n'apparaissent pas suffisantes pour garantir le versement de cette prestation ; que, sous cette réserve, l'attribution forcée d'un bien à titre de prestation compensatoire ne méconnaît pas l'article 2 de la Déclaration de 1789 ».

Deux façons alors de voir le visa de cette réserve d'interprétation : soit on considère que la Cour de cassation, en visant cette réserve d'interprétation, en fait une application directe, soit on considère que la référence à la réserve d'interprétation justifie seulement que l'article 274 du code civil soit interprété comme imposant au juge un ordre dans le choix des mesures.

251. Le visa de décisions de justices correspond donc à plusieurs hypothèses. Il peut s'agir d'abord de reconnaître l'autorité interprétative d'une décision relativement à la disposition qui a été violée par la juridiction du fond. Il peut s'agir ensuite de se référer aux motifs de la décision visée. Dans ce deuxième cas, la justification opérée par le visa de la décision se fonde avant tout sur la pertinence des arguments avancés au sein de la décision.

252. Conclusion. Décisions de justice, textes dépourvus d'effet direct horizontal ou n'étant pas encore entrés en vigueur étant susceptibles de venir justifier l'interprétation effectuée par la

⁸⁴¹ On a d'abord le visa du texte, puis le visa de la réserve d'interprétation.

⁸⁴² 1^{ère} civ., 21 septembre 2016, pourvoi n° 15-24.054, Inédit ; 1^{ère} civ., 8 juin 2016, 14-29.630, Inédit ; 1^{ère} civ., 15 avril 2015, 14-11.575, *publication en cours* ; 1^{ère} civ., 5 novembre 2014, pourvoi n° 13-22.740, Inédit ; 1^{ère} civ., 28 mai 2014, pourvoi n° 13-15.760, *Bull.* 2014, I, n° 95.

Cour de cassation, se pose la question de savoir si le texte visé doit répondre à certains critères ou si le choix de la Cour de cassation est entièrement libre.

§2. Approche par faisceau de critères de légitimité du texte

253. Consensus autour d'un texte. La condition minimale pour qu'un texte soit utilisé dans un visa aux fins d'interprétation, semble être qu'il existe un consensus autour de ce texte. Ainsi, lorsque la Convention de Vienne apparaît au visa, c'est « prise en tant que coutume internationale »⁸⁴³. Cette précision du titre auquel est prise la Convention montre d'abord que l'apparition d'une norme non applicable au visa n'est pas naturelle. Il est nécessaire de la justifier. Ensuite, cette justification de l'utilisation du texte par sa qualification de coutume internationale fait référence au caractère généralisé de la pratique, généralité indispensable à l'accès de la pratique au caractère de règle de droit⁸⁴⁴. La légitimité du texte auquel la Cour de cassation fait référence est alors le caractère partagé de celui-ci dans l'ordre international.

254. Autorité du texte. L'autorité du texte est aussi un critère important. À ce titre, le fait que les juridictions nationales aient l'obligation d'interpréter les dispositions en vigueur d'une façon qui soit conforme à certains textes, fait de ces textes des arguments particulièrement pertinents. De façon paradoxale, les textes permettant une interprétation conforme sont particulièrement précis. Ainsi, l'interprétation à la lumière d'une directive est difficilement concevable si les dispositions de celle-ci sont vagues.

255. La pertinence de la référence relativement à la règle dégagée. Il semble que tout texte applicable en droit interne puisse faire l'objet d'un visa interprétatif malgré son absence d'effet direct. Il est cependant nécessaire qu'il contienne effectivement des lumières susceptibles d'éclairer le texte interprété. Si le visa interprétatif n'apporte pas un argument pertinent relativement à l'affaire, il sera mal reçu, et remplira alors la fonction inverse de celle qui lui était allouée⁸⁴⁵.

⁸⁴³ 1^{ère} civ., 11 juillet 2006, pourvoi n° 02-20.389, *Bull.* 2006, I, n° 378 : « Vu l'article 18 de la Convention de Londres du 19 novembre 1976, ensemble les articles 2 et 19 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969, prise en tant que coutume internationale ».

⁸⁴⁴ P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, Recherches juridiques, 2002, p. 138 s.

⁸⁴⁵ Comme c'était le cas pour la référence à l'article 8 de la Convention-cadre de l'organisation mondiale de la santé, voir n° 239.

Conclusion du chapitre et du titre

256. Finalement, la question du type de textes susceptibles de venir au soutien de l'interprétation d'un autre texte permet de se rendre compte que le visa est outil paradoxalement adapté à la prise en compte de normes non directement applicables⁸⁴⁶ et de normes non contraignantes⁸⁴⁷, voire de normes imparfaites⁸⁴⁸. Correspondant à première vue à une conception formaliste du droit, l'outil qu'est le visa est beaucoup plus souple et riche que ce qu'une lecture superficielle du phénomène pourrait laisser croire. La pratique actuelle du visa est inventive, et permet d'intégrer au raisonnement des instruments variés.

Le visa interprétatif permet ainsi de révéler certaines sources matérielles du droit. Cette pratique semble n'être qu'à ses débuts. Le droit de l'Union européenne a sans aucun doute joué un rôle majeur. En effet, l'obligation qui a été faite au juge national d'interpréter les dispositions nationales d'une façon qui soit compatible avec le droit de l'Union a amorcé pour la Cour de cassation de nouvelles techniques d'interprétation du droit national et de justification de ses arrêts. De même, la nécessaire prise en compte des décisions du Conseil constitutionnel impliquait un renouveau des méthodes. Cependant la prise en compte des motifs des décisions du Conseil constitutionnel s'est, dans un premier temps, opérée par le seul visa de l'article 62 de la Constitution⁸⁴⁹. Il semble alors que ce c'est véritablement la nécessaire prise en compte du droit de l'Union à défaut d'une disposition spécifique enjoignant les juridictions nationales à une interprétation conforme qui a été l'élément prédominant dans l'apparition du visa de textes explicitement interprétés à la lumière d'un autre texte. Le visa de textes représentant le contexte d'interprétation n'est pas nouveau, mais la formulation, dans certains visas de ce processus entraîne une prise de conscience du phénomène.

On peut se demander quels types de textes pourraient jouer ce rôle interprétatif à l'avenir. Il n'est pas inenvisageable que des indicateurs⁸⁵⁰ ou codes de conduites⁸⁵¹ non intégrés par une

⁸⁴⁶ M. TRIENBACH, *les notions non directement applicables en droit public français*, LGDJ, 2015.

⁸⁴⁷ S. GERRY-VERNIÈRES, *Les "petites" sources du droit : à propos des sources étatiques non contraignantes*, Paris, Economica, 2012.

⁸⁴⁸ Par exemple le visa de la Convention de Vienne, voir *supra* n° 244.

⁸⁴⁹ Soc., 25 mars 1998, pourvoi n° 95-45.198, *Bull.* 1998, V, n° 175.

⁸⁵⁰ B. FRYDMAN, « Prendre les standards et les indicateurs au sérieux », Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit, 2013/04.

⁸⁵¹ B. FRYDMAN, G. LEWKOWICZ, « Les codes de conduite : source du droit global ? », in (dir.) I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT et al., *Les sources du droit revisitées Vol. 3, Normativités concurrentes*, Anthémis, Bruxelles, 2012.

intervention des institutions publiques interviennent à l'avenir dans des visas aux fins d'interprétation de normes spécifiques, surtout en matière de responsabilité. De même, on pourrait imaginer que la Cour de cassation puisse viser des *amicus curiae* rendus publics⁸⁵². L'obstacle majeur au visa de certains textes est en effet leur absence de publicité.

La présence au visa de normes d'origine non étatiques créées à la suite d'une initiative du pouvoir central ou bien validés ultérieurement par celui-ci témoigne elle aussi de la diversité des sources matérielles du droit. L'interface que constitue l'ancien article 1134 du code civil, loin d'impliquer une soumission de la Cour de cassation aux normes venues d'ailleurs, permet au contraire, par une appropriation par la Cour de cassation de celles-ci, d'opérer un contrôle sur elles. Mais surtout, il permet de justifier l'applicabilité de ces normes.

La justification de la règle par le visa ne se résume pas à une justification par la source. En effet, des arguments implicites permettent de faire le lien entre le texte et la règle appliquée. Lorsque plusieurs textes sont visés, tous n'ont pas le même rôle. Certains peuvent permettre de justifier l'interprétation qui est faite d'autres, tout comme tous peuvent venir se combiner pour justifier une règle de droit exprimée dans aucun d'entre eux. Les visas multiples permettent ainsi une riche justification de la règle, s'étendant bien au-delà de la simple justification déductive. Plus classiquement, il est important de garder à l'esprit que certains textes peuvent être visés parce que violés pour fausse application et d'autres pour refus d'application. Leur violation est alors indépendante, et ils n'entretiennent pas de relation entre eux. Le lecteur de l'arrêt a un rôle actif dans la compréhension des visas. En effet, une simple lecture des textes ne permet souvent pas de saisir la justification opérée. Une maîtrise de leur contexte est nécessaire. Ce contexte est constitué à la fois par les autres textes et règles régissant la matière, mais aussi par les précédentes applications qui ont été faites du texte.

La façon dont la justification textuelle opère étant mise en évidence, il reste à élucider comment la justification non textuelle fonctionne.

⁸⁵² L'article 39 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 sur la justice du XXIème siècle a, en effet, introduit la possibilité pour la Cour de cassation, lors de l'examen d'un pourvoi, d'« inviter toute personne dont la compétence ou les connaissances sont de nature à l'éclairer utilement sur la solution à donner à un litige à produire des observations d'ordre général sur les points qu'elle détermine ».

TITRE II. LA JUSTIFICATION PAR RÉFÉRENCE NON TEXTUELLE

257. Le visa d'un instrument autre qu'un texte de loi est inimaginable en 1790, puisqu'il va à l'encontre de la fonction même du visa, qui est de s'assurer que la Cour de cassation n'use de son pouvoir qu'en cas de « contravention expresse au texte de la loi ». C'est pourquoi l'idée d'un visa de principe ou de règle de droit est longtemps restée tabou. Ainsi, à la fin du XIX^{ème} siècle, les auteurs qui étudient les cas d'ouverture à la cassation n'envisagent absolument pas une cassation pour violation d'un principe ou d'une règle⁸⁵³. Pour qu'il y ait cassation, il est nécessaire qu'il y ait violation d'une loi au sens formel du terme⁸⁵⁴. Cependant, les principes ont toujours été présents en filigrane dans les arrêts de la Cour de cassation, ce qui a rendu la consécration de la pratique du visa non textuel nécessaire.

258. La présence de droit non écrit dans les arrêts de la Cour de cassation dès ses premières années de fonctionnement. L'application de principes par la Cour de cassation a eu lieu depuis sa création, et ce pour plusieurs raisons. D'abord, l'article 3 du décret portant institution du Tribunal de cassation prévoyait, en plus de l'annulation des jugements contenant une contravention expresse au texte de la loi, l'annulation des procédures présentant un vice de forme⁸⁵⁵. Or ces procédures n'étant pas codifiées, c'est sur les principes dégagés dans l'Ancien Droit que le Tribunal de cassation se fondait parfois⁸⁵⁶. En dehors de ces hypothèses, le Tribunal de cassation ne pouvait fonder sa cassation sur la violation de principes que lorsqu'ils étaient consacrés par la loi⁸⁵⁷. S'ils n'étaient pas explicitement consacrés par la loi, le Tribunal précisait en quoi on pouvait considérer que ces principes l'étaient implicitement⁸⁵⁸. Certains arrêts

⁸⁵³ H. BARDOT, *Étude sur le pourvoi devant la Cour de cassation en matière civile*, Thèse, Paris, 1873 p. 85 s. ; É. CHÉNON, *Origines, conditions et effets de la cassation*, Paris L. Larose et Forcel, Mémoire, 1882, 299p. ; H. AUBERT, *Des causes d'ouverture à cassation*, 1884, Paris.

⁸⁵⁴ Même si ce sens est entendu largement, cf. n° 201 et 202.

⁸⁵⁵ Art. 3 du décret des 27 novembre et 1^{er} décembre 1790, portant institution d'un Tribunal de cassation, et réglant sa composition, son organisation et ses attributions, in *Lois, décrets, ordonnances, etc...* 1^{ère} série, 1789-1830 par A. A. Carette, Pouleur, Paris, vol. 2 p. 79 : « [Le Tribunal de cassation] annulera toutes les procédures dans lesquelles les formes auront été violées, et tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi ».

⁸⁵⁶ Ainsi, dans un arrêt du 6 janvier 1806, le Tribunal de cassation vise les « lois qui règlent la compétence des corps administratifs et des tribunaux », *Bull.* 1806, n° 1 p. 1.

⁸⁵⁷ Ainsi, Trib. Cass., 11 juillet 1792, *Journal du palais*, tome 1 : le tribunal casse un arrêt en raison de sa contrariété avec le « principe constitutionnel de l'inviolabilité des lettres déclarée par les lois des 5 décembre 1789 et 16 août 1790 ». Le principe en question possède donc deux fondements légaux.

⁸⁵⁸ Trib. Cass., 4 Vendémiaire an VII, *Bull.* 1795, n°3 p. 6 : « les principes du droit commun sur la rescision des actes, fondée sur dol, faute, circonvention, crainte, violence, ou déception d'outre-moitié, ont été adoptés par les ordonnances précitées, puisqu'ils fixent le délai pendant lequel l'action en rescision sur ces motifs peut être exercée ».

indiquaient même une violation d'un principe dans le dispositif de l'arrêt, violation qui se surajoutait à la violation du texte de loi visé⁸⁵⁹.

En revanche, leur visa était prohibé. Pendant longtemps, la Cour de cassation a persisté à viser un texte, même lorsqu'elle sanctionnait la violation d'un principe ou d'une règle de droit d'origine non textuelle. Ainsi, elle visait un texte, tout en énonçant dans le dispositif la violation d'un principe⁸⁶⁰.

259. L'apparition du visa de droit non textuel. Le premier visa d'un principe remonte à un arrêt de la chambre commerciale du 20 avril 1948⁸⁶¹. Ce phénomène s'est nettement accru dans les années 90. À cette époque-là, l'article 1020 du code de procédure civile prévoyait encore que « l'arrêt vise le texte de loi sur lequel la cassation est fondée ». Les visas de droit non textuel allaient donc directement à l'encontre de la loi. La loi exigeait en effet que la Cour de cassation se réfère à la source de la règle méconnue, source qui devait être un texte de loi.

260. La consécration du visa de règles et de principes. Un décret de 2008 a modifié cet article, et il est désormais exigé de la part de la Cour de cassation qu'elle vise la règle de droit sur laquelle la cassation est fondée⁸⁶². Le visa de principes est donc devenu une pratique licite, ou du moi. Cependant, il n'y a pas eu pour autant d'augmentation de la fréquence de l'utilisation de principes au visa des arrêts de la Cour de cassation⁸⁶³. Dans de nombreuses matières la Cour de cassation continue de viser un texte de loi alors même que la solution a pour fondement une

⁸⁵⁹ Cass., 11 mars 1806, *Bull.* n° 34 p. 82 : « elle a non seulement violé l'art. 14 de la déclaration du 24 août 1778, mais encore transgressé tous les principes sur les saisies-arrêts, et faussement appliqué l'article 1242 du code civil, en admettant qu'il ne doit pas être considéré comme étranger à la cause » ; Cass. civ., 18 mars 1850, *Bull. civ.* n° 30 p. 70 : « En quoi le jugement a faussement appliqué les principes généraux du code civil relatif aux cessions des créances ordinaires, et expressément violé les articles 136, 137, 164 et 187 du code de commerce. » ; Cass. civ., 15 mai 1850, *Bull. civ.* n° 48 p. 113 : « d'où il suit que le juge, (...), a violé les règles de la juridiction et les articles précités ». ; Cass. civ., 3 juillet 1850, *Bull. civ.*, n° 71 p. 183, « le jugement dénoncé a faussement appliqué l'article 1315 du code civil, méconnu les principes sur l'action en réintégrande, cumulé le possessoire et le pétitoire, et expressément violé les dispositions ci-dessus visées ». ; Cass. civ., 1850 *Bull. civ.*, n° 109 p. 269 : « le juge de paix (...) a violé les règles en matière de juridiction (...) ». ; Cass. civ. *Bull. civ.*, n° 170 p. 344 : « l'arrêt attaqué (...) a (...) formellement violé le principe de la liberté commerciale, et l'ancien article 1134 précité ».

⁸⁶⁰ *Ibid.*

⁸⁶¹ P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, Edition Panthéon Assas, Paris, 1999, p. 65.

⁸⁶² Décret n° 2008-484 du 22 mai 2008, art. 14.

⁸⁶³ En 2005, la première chambre civile a fondé sa cassation sur un principe dans 10 de ses arrêts, sur 283 arrêts publiés, soit 3,5 %. En 2006, 17 arrêts sont concernés sur 290 arrêts de cassation publiés, soit 5,9%. En 2007, 7 arrêts sont fondés sur un principe, sur 221 arrêts de cassation publiés, soit 3,2%. En 2008, 5 arrêts sur 182, soit 2,7% ; et si on prend la totalité des arrêts de cassation, 12 arrêts sur 660, soit 1,8 %. En 2009 : 5 arrêts sur 133, soit 3,8% ; et sur la totalité, 15 arrêts sur 657, soit 2,8 %. En 2010, 4 arrêts sur 128 cassations publiées, soit 3,1%. En 2011, 5 arrêts sur 109 cassations publiées, soit 4,6%. En 2012, 3 arrêts sur 164 cassations publiées, soit 1,8%. En 2013, 1 arrêt sur 137 cassations publiées, soit 0,7%. En 2014, 3 arrêts sur 106 cassations publiées, soit 2,8%. En 2015, 8 arrêts sur 186 cassations publiées, soit 4,3 %. En 2016, 2 arrêts sur 147 cassations publiées, soit 1,4%.

Notant que le changement opéré est « sans grandes conséquences pratiques » : X. VUITTON, « Décret du 22 mai 2008 », *Procédures 2008*, Focus. 21.

règle d'origine jurisprudentielle. En atteste sa réponse à une question prioritaire de constitutionnalité en date du 28 novembre 2012⁸⁶⁴, dans laquelle elle refuse de transmettre la question au Conseil constitutionnel car « la question posée, sous couvert de critiquer les articles 1134 du code civil et L. 1121-1 du code du travail, porte exclusivement sur la règle jurisprudentielle, énoncée notamment au visa de ces textes, suivant laquelle les dispositions d'une clause de non-concurrence qui minorent la contrepartie financière en cas de rupture imputable au salarié sont réputées non écrites ». Il ne s'agit pas ici d'aborder la question de savoir s'il est légitime de la part de la Cour de cassation de refuser un renvoi d'une question au Conseil constitutionnel en raison de l'assise jurisprudentielle et non textuelle de la règle contestée, question qui, bien que passionnante⁸⁶⁵, est sans rapport avec le propos immédiat. Il s'agit simplement de souligner l'aveu par la Cour de cassation de ce que certains visas de textes ne sont que des prétextes à l'application d'une règle jurisprudentielle. La persistance de cette pratique malgré l'officialisation de la possibilité d'un visa de droit non textuel interroge : y a-t-il une infirmité congénitale du visa non textuel, qui expliquerait qu'un visa textuel lui soit si souvent préféré ?

261. Annonce de plan. Pour répondre à cette question, il est nécessaire d'élucider à la fois la question de la nature de la justification opérée par la référence non textuelle (Chapitre I) et celle du type de référence non textuelle susceptible de justifier une cassation (Chapitre II).

⁸⁶⁴ Soc., 2 novembre 2012, pourvoi n° 11-17941, *Bull.* 2012, V, n° 308.

⁸⁶⁵ Sur la question, voir notamment l'analyse de P. DEUMIER, « L'interprétation, entre « disposition législative » et « règle jurisprudentielle » », *RTD civ.* 2015 p. 84.

Chapitre I. La nature de la justification opérée par la référence non textuelle

262. Visas de règles, de principes et de coutumes. La Cour de cassation peut faire référence dans son visa à des règles de droit qui trouvent leur fondement en dehors des textes. Il s'agit du visa direct de règles ou de principes, mais aussi du visa de coutumes. La distinction entre règles, principes et coutumes n'a rien d'évident. D'abord, il faut remarquer que le concept de coutume se situe à un niveau tout à fait différent : le terme de coutume est employé dans les discours sur les sources du droit⁸⁶⁶, alors que les termes de principe et de règle sont plutôt employés lorsque l'on s'interroge sur la norme, et sur la nature du droit⁸⁶⁷. Vouloir distinguer les deux serait donc une gageure, la véritable question, en présence d'un principe ou une règle, étant celle de savoir d'où il vient : principe législatif ou coutumier, telle serait la question. Mais la Cour de cassation vise à la fois des principes, des règles et des coutumes. C'est dire qu'elle se réfère tantôt directement au droit applicable, tantôt à sa source, générant ainsi une ambiguïté quant au type de justification à l'œuvre, ambiguïté qu'il est nécessaire de dissiper.

263. Problématique. Le visa de droit non textuel est intrigant : d'où viennent ces règles et principes ? Si leur origine est dans la loi, alors pourquoi ne pas viser directement la loi ? Et si leur origine n'est pas dans la loi, alors comment ces règles et principes peuvent-ils opérer une justification de la décision ? En effet, il semble de prime abord que le visa d'un principe ou d'une règle constitue une simple pétition de principe, dépourvue de toute force justificatrice. La justification apportée par un visa de principe est en réalité plus subtile, et une réponse unitaire à la question de la façon dont la justification par le biais d'un visa non textuel opère n'est pas possible.

264. Distinction règle/principe. Il existe de multiples définitions des règles et des principes, et différentes propositions de critères de distinction. Les règles auraient un champ d'application prédéterminé, là où les principes possèderaient un champ d'application moins défini et plus étendu⁸⁶⁸. Les règles seraient précises alors que les principes seraient généraux⁸⁶⁹. Les règles

⁸⁶⁶ P. DEUMIER, *Introduction au droit*, LGDJ, 2^{ème} édition, 2013, n° 414, p. 311.

⁸⁶⁷ Et la question notamment de savoir si le droit est un ensemble de règles.

⁸⁶⁸ J.-P. GRIDEL, « La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », *D.* 2002 p. 228 : « la généralité d'un principe est différente de celle d'une règle, en ce sens que cette dernière s'applique à toutes les situations qu'elle définit, tandis que le principe trouve à être mis en œuvre à travers des types de situations juridiques parfois fort différentes, sans qu'il figure nécessairement dans un texte qui leur soit propre ».

⁸⁶⁹ J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », *in Mélanges G. Ripert*, LGDJ, 1950, p. 51 s., p. 56.

auraient un caractère de tout ou rien alors que les principes fonctionneraient par degrés⁸⁷⁰. Des auteurs ont remis en question la distinction, considérant que « les principes sont des règles générales très importantes. (...) savoir si on appelle une règle générale un principe [étant] seulement une figure de rhétorique »⁸⁷¹.

265. Cette remise en cause de la distinction entre règles et principes semble valable en ce qui concerne la pratique de la Cour de cassation, cette dernière alternant, pour un même objet, entre la dénomination de règle et celle de principe⁸⁷². Même si le visa de règles semble en général correspondre à des entités plus précises que le visa de principes, la pratique de la Cour de cassation du visa non textuel ne semble pas être conceptualisée par les hauts magistrats. Ainsi, l'excès de pouvoir est tantôt régi par des « règles »⁸⁷³, tantôt par des « principes »⁸⁷⁴.

266. Catégorisation des principes. En ce qui concerne les principes eux-mêmes, les auteurs ont proposé diverses classifications, qui ne guideront pas cette étude. Pour l'étude de la fonction justificatrice du visa de droit non textuel, il a semblé plus pertinent d'étudier ces visas en fonction du type de justification qu'ils apportent dans la décision, sans s'enfermer dans des catégories préexistantes comme les catégories de principes généraux du droit, de principes de droit commun, de principes directeurs ou encore d'adage, par exemple. Il en va de même de la distinction entre principes d'origine prétorienne et principes ayant un fondement légal⁸⁷⁵. Selon le type de principe utilisé, on pourra néanmoins relever cependant certaines affinités avec une fonction particulière du visa.

En revanche les distinctions entre principes selon l'utilisation qui en est faite intéressent directement ce travail. En effet, la façon dont le principe opère une justification a un fort lien

⁸⁷⁰ R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux* (1977), PUF, Paris, 1995, spéc. p. 82 s.

En ce sens aussi, R. ALEXY, *The argument from Injustice, a reply to Legal Positivism*, Oxford university Press, 2002, spéc. p. 70 : « The argument from principles is based on the distinction between rules and principles. Rules are norms that, upon satisfaction of the conditions specified therein, prescribe a definitive legal consequence, that is, upon satisfaction of certain conditions, they definitively command, forbid, or permit something, or definitively confer power to some end or another. For simplicity's sake, rules may be called 'definitive commands'. The characteristic from of their application is subsumption. By contrast, principles are optimizing commands. As such, they are norms commanding that something be realized to the greatest possible extent relative to the factual and legal possibilities at hand. This means that principles can be realized to varying degrees and that the commanded extent of their realization is dependent on not only factual potential but also legal potential. The legal possibilities for realizing a principle, besides being determined by rules, are principles can and must be balanced against one another. The characteristic from for applying principles is the balancing of against another ».

⁸⁷¹ A. JACAB, « Les principes », *Archives de philosophie du droit*, Tome 52, 2009, p. 387 et s., spéc. p. 397.

⁸⁷² P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, Ed. Panthéon Assas, Paris, 1999, p. 349 ; N. MOLFESSIS, « La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2001 p. 699.

⁸⁷³ 1^{ère} civ., 15 décembre 2011, pourvoi n° 10-25.437, *Bull.* 2011, I, n° 213.

⁸⁷⁴ 1^{ère} civ. 7 mai 2008, pourvoi n° 07-10.864, *Bull.* 2008, I, n° 124.

⁸⁷⁵ C. CHARBONNEAU, *La Cour de cassation et l'élaboration de la norme*, IRJS, Paris, 2011, p. 62 s.

avec sa *finalité utilitaire*. Selon que le principe intervient pour permettre l'interprétation du champ d'application des textes, l'interprétation des règles d'implication des textes, combler les lacunes, ou encore écarter l'application d'un texte⁸⁷⁶, la façon dont il opère une justification n'est pas la même.

Ainsi, c'est une approche relationnelle du visa non textuel (Section I) qui permettra de découvrir les différentes fonctions justificatives du visa non textuel (Section II).

Section I. Approche relationnelle du visa non textuel

267. Intuitivement, on pourrait penser que le visa non textuel a vocation à jouer le rôle de visa interprétatif. Le principe ou la règle viendrait toujours justifier l'interprétation du texte qui a été méconnu par la juridiction du fond. Il n'en est rien. Selon les arrêts, les rôles respectifs du texte et du principe ou de la règle, lorsqu'ils sont visés ensemble, sont variés. Ainsi, c'est tantôt le visa textuel (§1), tantôt le visa non textuel (§2) qui constitue le support de la cassation. Il peut aussi arriver que les deux soient simultanément violés (§3).

§1. Le visa textuel support de la cassation

268. Lorsque c'est le texte qui est le support de la cassation, le visa non textuel opère alors une action justificative sur le texte. Il peut venir justifier l'application du texte (A) ou guider l'interprétation du texte (B).

A. La justification de l'application du texte par le visa non textuel

269. La justification de l'application d'un texte peut concerner la qualification juridique opérée (1), ou, plus largement, l'applicabilité d'un texte en dehors de son champ d'application habituel (2).

⁸⁷⁶ Classification utilisée par J.-P. GRIDEL, « La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », *D.* 2002 p. 228 : « Qu'ils soient portés par des dispositions écrites ou plus ou moins déduits de celles-ci, les principes généraux pèsent, de quatre façons eux aussi, sur l'état du droit positif, pour, du moins au plus : déterminer le champ d'application de textes (I) ; suggérer leur portée véritable (II) ; exprimer une solution absente de ceux-ci (III) ; écarter des solutions pourtant voulues par eux (IV) ».

1) La justification de la qualification juridique opérée

270. Le visa non textuel justifiant la violation d'un texte. Un visa non textuel peut venir justifier la violation d'un texte en influant sur la qualification juridique opérée. Il en est ainsi dans un arrêt du 12 juin 2012. La Cour de cassation vise aux côtés de l'ancien article 1382 « les principes du respect de la dignité de la personne humaine et d'intégrité du corps humain »⁸⁷⁷. Ce sont en effet ces principes qui permettent de considérer que le médecin a à sa charge une obligation d'information à l'égard de son patient dont le non-respect cause au patient un préjudice⁸⁷⁸. Dès lors, la cour d'appel qui, tout en constatant que l'obligation d'information n'a pas été respectée par le médecin, refuse d'octroyer au patient des dommages intérêts, viole l'ancien article 1382 du code civil. En 2010, c'est sur le fondement de l'article 16 du code civil, qui consacre le droit au respect de la dignité humaine et l'article 16-3, qui consacre le principe respect de l'intégrité du corps humain, que la Cour de cassation avait fondé le fait que le non-respect du devoir d'information cause nécessairement un préjudice en matière médicale, quand bien même l'opération n'aurait pu être évitée⁸⁷⁹. Mais dans l'arrêt du 11 juin 2012, ils ne pouvaient pas être visé, les faits étant antérieurs à l'adoption de ceux-ci. Le visa des « principes du respect de la dignité de la personne humaine et d'intégrité du corps humain » permet alors de justifier la solution pour des faits antérieurs à l'entrée en vigueur des articles 16 et 16-3 du code civil. À côté de cette justification de l'application d'un texte dans une situation précise, un principe peut aussi justifier l'applicabilité d'un texte à un domaine.

2) La justification de l'applicabilité du texte visé

271. Les principes généraux du droit électoral. Il arrive fréquemment que la chambre sociale vise, en matière d'élections professionnelles, un texte du code électoral aux côtés des « principes généraux du droit électoral » pour justifier l'annulation d'élections qui n'ont pas respecté les prescriptions du texte en question. Elle précise à chaque fois que le non-respect de

⁸⁷⁷ 1^{ère} civ., 12 juin 2012, pourvoi n° 11-18.327, *Bull.* 2012, I, n° 129.

⁸⁷⁸ En ce sens, A. LAUDE, « Obligation d'information et prescription hors autorisation de mise sur le marché », *D.* 2012 p. 1794, mais surtout : 1^{ère} civ., 3 juin 2010, pourvoi n° 09-13.591, *Bull.* 2010, I, n° 128, qui au visa des articles 16 et 16-3 consacrant respectivement le principe du respect de la dignité humaine et de l'intégrité du corps humain, décide que « toute personne a le droit d'être informée, préalablement aux investigations, traitements ou actions de prévention proposés, des risques inhérents à ceux-ci ».

⁸⁷⁹ 1^{ère} civ., 3 juin 2010, pourvoi n° 09-13.591, *Bull.* 2010, I, n° 128.

ces prescriptions était de nature à affecter la sincérité des opérations électorales, ce qui justifie l'annulation des élections⁸⁸⁰.

Les dispositions du code électoral ne sont pas directement applicables aux élections en question, mais par un renvoi des articles L. 2314-23 et L. 2324-21 du code du travail qui prévoient, respectivement en ce qui concerne les délégués du personnel et le comité d'entreprise, que les modalités d'organisation et de déroulement des opérations électorales font l'objet d'un accord entre l'employeur et les organisations syndicales intéressées, accord qui doit respecter les principes généraux du droit électoral. Le visa des principes généraux du droit électoral permet ainsi de justifier l'application des dispositions du code électoral aux élections professionnelles⁸⁸¹.

Un visa non textuel peut ainsi constituer un argument au service de l'applicabilité du texte support de la cassation. Plus largement, les visas non textuels peuvent permettre une interprétation du texte qu'ils accompagnent.

B. L'interprétation d'un texte à la lumière d'un principe

272. Le principe de l'égalité dans les partages devant guider l'application du texte conjointement visé. Dans un arrêt du 26 juin 2013, la première chambre civile a visé « le principe de l'égalité dans les partages et l'article 832 du code civil dans sa rédaction antérieure à

⁸⁸⁰ Soc., 7 décembre 2016, pourvoi n° 15-26.096, Inédit : « Vu l'article R. 67 du code électoral, ensemble les principes généraux du droit électoral ; Attendu, selon le texte susvisé, qu'immédiatement après la fin du dépouillement, le procès-verbal des opérations électorales est rédigé dans la salle de vote, en présence des électeurs, en deux exemplaires signés de tous les membres du bureau ; que, dès l'établissement du procès-verbal, le résultat est proclamé en public par le président du bureau de vote et affiché en toutes lettres par ses soins dans la salle de vote ; que le non-respect de cette formalité est de nature à affecter la sincérité des opérations électorales et, s'agissant d'un principe général du droit électoral, constitue une irrégularité justifiant à elle seule l'annulation des élections » ; Soc., 15 octobre 2015, pourvoi n° 14-21.414, Inédit : « Vu l'article R. 57 du code électoral et les principes généraux du droit électoral (...) « la circonstance que les procès-verbaux ne mentionnaient pas les heures d'ouverture et de clôture du scrutin, contrairement aux prescriptions de l'article R. 57 du code électoral, était de nature à affecter la sincérité des opérations électorales et, s'agissant des principes généraux du droit électoral constituait une irrégularité justifiant à elle seule l'annulation des élections » ; Soc., 18 mars 2015, pourvoi n° 14-60.484, Inédit : « Vu l'article R 41 du code électoral, ensemble les principes généraux du droit électoral ».

⁸⁸¹ Cependant, le visa des principes généraux du droit électoral n'est pas toujours rappelé aux côtés de l'article précis du code électoral qui a été méconnu, alors même que c'est ce le non-respect de la sincérité des scrutins qui justifie la cassation (Soc., 23 septembre 2015, pourvoi n° 14-22.001, Inédit ; Soc., 25 juin 2014, pourvoi n° 13-21.066, Inédit ; Soc., 16 octobre 2013, pourvoi n° 12-21.857, Inédit). Inversement, les principes généraux du droit électoral peuvent être visés seuls (Soc., 8 décembre 2010, pourvoi n° 10-60.173, 10-60.174, Inédit) ou aux côtés des textes de droit du travail renvoyant à ceux-ci lorsque les irrégularités justifiant l'annulation des élections ne sont pas explicitement prévues dans le code électoral (Soc., 22 octobre 2014, pourvoi n° 14-60.123, 14-60.124).

Il faut remarquer qu'auparavant, les « principes généraux du droit électoral » n'apparaissaient pas au visa des arrêts, mais seulement dans un attendu de principe. La cassation était alors fondée sur les textes du code du travail faisant référence aux principes généraux du droit, associés aux dispositions du code électoral rendues applicables par le renvoi opéré (En ce sens P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, Éditions Panthéon Assas, Paris, 1999, p. 680. Et Soc., 16 octobre 2013, pourvoi n° 12-22.179, Inédit).

celle issue de la loi du 23 juin 2006 » pour censurer l'arrêt d'une cour d'appel qui avait fixé la date de jouissance divise d'un immeuble en indivision successorale sans tenir compte de l'intérêt des copartageants⁸⁸². Aux termes de l'article 832 du code civil ancien, « les biens faisant l'objet de l'attribution sont estimés à leur valeur au jour du partage. », mais selon la Cour de cassation, la date doit être modulée en tenant compte des intérêts des copartageants dans un objectif d'égalité de ceux-ci dans le partage. Ainsi, la Cour de cassation, par le biais de la référence au principe d'égalité dans les partages, tempère l'application de la règle résultant du texte visé.

De même, ce principe, lorsqu'il est visé aux côtés de l'article 1351 du code civil, permet de décider qu'une décision estimant la valeur des biens objets du partage n'acquiert l'autorité de la chose jugée que si elle fixe la date de la jouissance divise⁸⁸³. Le principe permet ainsi d'interpréter la règle issue du premier visa, l'article 1351 du code civil, aux termes duquel « l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement ». En la matière, la fixation d'une date de jouissance divise constitue donc une condition de la nature définitive du jugement, et ce en raison du principe de l'égalité dans le partage⁸⁸⁴. En effet, si la date de jouissance divise n'est pas fixée, on ne peut déterminer si l'évaluation de la valeur des biens respecte effectivement le principe d'égalité des parts, puisqu'on ne sait à quelle date cette évaluation a été faite⁸⁸⁵.

273. Le principe du respect des droits de la défense. Le visa du principe du respect des droits de la défense a permis, quant à lui, dans un arrêt du 11 décembre 2008, de justifier la détermination de la date à laquelle le délai d'opposition commence à courir en matière d'injonction de payer en cas de saisie-attribution⁸⁸⁶. Selon l'article 1416 du code de procédure civile, le délai pour faire opposition à une injonction de payer court à compter du premier acte signifié à personne ou, à défaut, « suivant la première mesure d'exécution ayant pour effet de rendre indisponibles en tout ou partie les biens du débiteur ». Mais dans l'espèce en question, la première mesure d'exécution était une saisie-attribution, ce qui posait un problème spécifique, car le débiteur n'est pas immédiatement informé de la saisie, celle-ci s'effectuant dans les mains

⁸⁸² 1^{ère} civ., 26 juin 2013, pourvoi n° 12-13.366, *Bull.* 2013, I, n° 140.

⁸⁸³ 1^{ère} civ., 8 avril 2009, pouvoir n° 07-21.561, *Bull.* 2009, I, n° 75 : « Vu l'article 1351 du code civil et le Principe d'égalité dans les partages ; Attendu que l'autorité de la chose jugée ne peut être attachée à une décision qui estime la valeur des biens objets du partage que si elle fixe la date de la jouissance divise ».

⁸⁸⁴ Une autre application de la règle aux mêmes visas : 1^{ère} civ., 3 mars 2010, pourvoi n° 09-11.005, *Bull.* 2010, I, n° 50.

⁸⁸⁵ En ce sens, V. Egea, « Partage judiciaire : conditions de l'autorité de chose jugée », *Dalloz actu.*, 6 mai 2009.

⁸⁸⁶ 2^{ème} civ., 11 décembre 2008, pourvoi n° 08-10.141, *Bull.* 2008, II, n° 263, R. PERROT, « Point de départ du délai d'opposition », *Procédures* n° 3, Mars 2009 p. 10.

d'un tiers. L'ancien article 58 du décret du 31 juillet 1992⁸⁸⁷ prévoyait en effet que la dénonciation de la saisie au débiteur devait intervenir dans un délai de 8 jours à peine de caducité. Une application à la lettre de l'article 1416 du code de procédure civile était alors impossible, puisque les biens en question étant déjà dans les mains d'un tiers, ce n'est pas la saisie-attribution qui avait eu pour effet de les rendre indisponibles. Le visa du principe du respect des droits de la défense correspond alors à une prise en compte de la *ratio legis* de l'article 1416 du code de procédure civile : si à défaut de signification à personne, le délai d'opposition court à compter de la première mesure d'exécution ayant pour effet de rendre indisponibles les biens du débiteur, c'est pour s'assurer que le débiteur a bien pu avoir connaissance de l'injonction de payer, de façon à assurer le respect des droits de la défense.

Le visa du principe du respect des droits de la défense, sans être indispensable, permet de justifier de façon convaincante « qu'en cas de saisie-attribution, le délai pour former opposition, en l'absence de signification de l'ordonnance à personne, court à compter de la dénonciation de la saisie au débiteur », puisque c'est cette dénonciation qui constitue l'acte par lequel on s'assure que le débiteur a connaissance de la mesure.

Ces quelques exemples mettent en lumière que, lorsque c'est le visa textuel qui est le support de la cassation, le visa non textuel qui l'accompagne permet de justifier de son application, ou, plus largement, de son interprétation. Les relations entre visa non textuel et texte sont légèrement différentes lorsque c'est le visa non textuel qui constitue le support de la cassation.

§2. Le visa non textuel support de la cassation

274. Lorsque c'est le visa non textuel qui est le support de la cassation, il peut entretenir des relations avec un texte (A) ou bien avec un autre visa non textuel (B).

⁸⁸⁷ Décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution pour l'application de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution.

A. Les relations entre texte et visa non textuel

275. Le texte visé aux côtés du visa non textuel peut être un texte dont on souhaite écarter l'application (1), ou bien un texte permettant de justifier le visa non textuel (2).

1) La neutralisation du texte visé par le visa non textuel

276. **Visa non textuel empêchant l'application du texte conjointement visé.** Un principe permettant d'écarter l'application d'un texte peut être visé conjointement avec le texte neutralisé. Il en est ainsi lorsque la Cour de cassation se réfère au « principe selon lequel l'exception de nullité est perpétuelle », conjointement avec le texte prévoyant le délai de prescription de l'action⁸⁸⁸. De même, le principe « selon lequel la fraude corrompt tout »⁸⁸⁹ ou « *fraus omnia corrumpit* »⁸⁹⁰ est régulièrement visé aux côtés du texte qu'il a pour effet de neutraliser en cas de caractérisation de la fraude⁸⁹¹. Le visa des règles qui gouvernent l'excès de pouvoir justifie d'écarter les règles ordinaires entourant l'exercice d'un recours, prévues par les textes apparaissant au visa⁸⁹². Le visa des règles régissant la question préjudicielle permet de censurer la cour d'appel qui a fait application des textes visés conjointement, sans relever que les conditions de la question préjudicielle étaient réunies⁸⁹³.

C'est alors la méconnaissance du principe qui justifie la cassation, le texte étant violé par fausse application. Le visa non textuel peut donc venir neutraliser la mise en œuvre du texte conjointement visé. Mais, dans l'hypothèse du visa non textuel prémisses de la cassation, les relations entre visa non textuel et visa textuel ne se cantonnent pas à une neutralisation du premier sur l'autre. Le texte peut en effet venir au soutien du visa non textuel.

⁸⁸⁸ 3^{ème} civ., 4 mars 2009, pourvoi n° 07-17.991, *Bull.* 2009, III, n° 57.

⁸⁸⁹ Ainsi, Com., 4 octobre 2016, pourvoi n° 14-22.245, *publication en cours* : visa du principe aux côtés des dispositions relatives à l'acquisition de droits sur la marque qui seraient privées d'effet dans l'hypothèse où la fraude serait caractérisée.

3^{ème} civ., 8 avril 2010, pourvoi n° 08-70.338, *Bull.* 2010, III, n° 76 : visa du principe aux côtés du texte régissant le statut des baux dérogatoires.

⁸⁹⁰ 2^{ème} civ., 20 juin 2013, pourvoi n° 12-17.960, *Bull.* 2013, II, n° 136.

⁸⁹¹ La cassation intervient alors pour fausse application du texte en question. Lorsque la cassation intervient pour refus d'application, c'est aux côtés du texte qui a été contourné à tort que le principe selon lequel la fraude corrompt tout sera visé.

⁸⁹² 1^{ère} civ., 15 décembre 2011, pourvoi n° 10-25.437, *Bull.* 2011, I, n° 213.

⁸⁹³ 1^{ère} civ., 4 novembre 2010, pourvoi n° 09-15.279, *Bull.* 2010, I, n° 227.

2) L'action justificative du texte sur le visa non textuel

Le texte peut permettre de justifier de l'applicabilité ou de l'existence du visa non textuel qu'il accompagne.

277. La justification de l'applicabilité du visa non textuel par le texte. Le texte visé aux côtés du principe peut être un texte qui justifie l'applicabilité du principe. Ainsi, le visa de l'article L. 2122-32 du code général des collectivités territoriales justifie que l'on applique le régime de la responsabilité des agents des services publics⁸⁹⁴. En effet, aux termes de ce texte, « Le maire et les adjoints sont officiers d'état civil ». Il faut donc comprendre, que cette qualité d'officier d'état civil en fait des agents des services publics, ce qui justifie l'application d'un régime de responsabilité spécial⁸⁹⁵.

278. La justification sédimentaire du visa non textuel par le texte visé. Le principe peut être visé aux côtés du texte de loi qui a permis de le dégager. C'est le cas lorsque sont visés « l'article 3 du code civil et les principes de droit international privé »⁸⁹⁶, « l'article 1213 et les principes régissant l'obligation *in solidum* »⁸⁹⁷ ou encore « les principes régissant l'enrichissement sans cause aux côtés de l'article 1371 du code civil »⁸⁹⁸. Il en est de même lorsque la Cour vise le principe de la réparation intégrale aux côtés de l'ancien article 1147⁸⁹⁹ ou 1382⁹⁰⁰ du code civil, les principes régissant la litispendance internationale aux côtés de l'article 100 du code de procédure civile⁹⁰¹ ou encore quand elle se réfère aux règles gouvernant le droit de rétention aux côtés de l'article 1612 du code civil⁹⁰².

⁸⁹⁴ 1^{ère} civ., 6 février 2007, pourvoi n° 06-10.403, *Bull.* 2007, I, n° 49 : « Vu les règles régissant la responsabilité des agents des services publics ensemble l'article L. 2122-32 du code général des collectivités territoriales ».

⁸⁹⁵ En ce sens, G. EVEILLARD, « Le contentieux du service public de l'état civil », *RFDA* 2007 p. 1263.

⁸⁹⁶ 1^{ère} civ., 6 décembre 2005, pourvoi n° 03-12.342, *Bull.* 2005, I, n° 461.

⁸⁹⁷ 3^{ème} civ., 28 mai 2008, pourvoi n° 06-20.403, *Bull.* 2008, III, n° 98.

⁸⁹⁸ 1^{ère} civ., 24 mai 2005, pourvoi n° 03-13.534, *Bull.* 2005, I, n° 224 ; 1^{ère} civ., 24 mai 2005, pourvoi n° 03-13.534, *Bull.* 2005, I, n° 224 ; 1^{ère} civ., 4 avril 2006, pourvoi n° 03-13.986, *Bull.* 2006, I, n° 194 ; 3^{ème} civ., 27 février 2008, 07-10.222, *Bull.* 2008, III, n° 35 ; 1^{ère} civ., 27 novembre 2008, pourvoi n° 07-18.875, *Bull.* 2008, I, n° 272 ; 1^{ère} civ., 11 mars 2014, pourvoi n° 12-29.304, *Bull.* 2014, I, n° 37.

⁸⁹⁹ 2^{ème} civ., 28 mai 2009, pourvoi n° 08-16.829, *Bull.* 2009, II, n° 131.

⁹⁰⁰ 2^{ème} civ., 19 novembre 2009, pourvoi n° 08-19.380, *Bull.* 2009, II, n° 278.

⁹⁰¹ 1^{ère} civ., 6 décembre 2005, pourvoi n° 02-19.208, *Bull.* 2005, I, n° 467 (l'article 100 du code de procédure civile concernant l'exception de litispendance en droit judiciaire privé).

⁹⁰² 1^{ère} civ., 24 septembre 2009, pourvoi n° 08-10.152, *Bull.* 2009, I, n° 178.

Pour un visa de l'article 1612 du code civil seul comme fondement du droit de rétention : 3^{ème} civ., 18 décembre 2012, pourvoi n° 12-12.119, Inédit ; Com., 21 février 2006, 04-12.462, Inédit ; 1^{ère} civ., 19 mars 2002, pourvoi n° 00-11.865, Inédit ; 1^{ère} civ., 19 mars 2002, pourvoi n° 00-11.867, Inédit.

Dans ces cas de figure, c'est le texte visé qui vient justifier l'existence du principe méconnu. C'est alors le principe visé qui a été violé et le texte de loi apparaît à ses côtés comme une justification de son existence. Si une telle pratique est décriée en ce qu'elle nuit à la cohérence de l'arrêt, celui-ci étant en réalité fondé sur le principe seul⁹⁰³, elle présente un intérêt non négligeable qui est de permettre au lecteur de l'arrêt de retrouver aisément les précédents jurisprudentiels fondés sur le texte seul.

279. Lorsque c'est le visa non textuel qui constitue le support de la cassation, le visa textuel peut donc justifier l'existence ou l'applicabilité du visa non textuel, ou bien se voir neutralisé par celui-ci. Le visa non textuel peut aussi entretenir des relations avec un autre visa non textuel.

B. Les relations entre visas non textuels

280. La violation simultanée de plusieurs principes. Lorsque plusieurs principes sont visés ensemble, plusieurs cas de figure sont envisageables. D'abord, les deux principes peuvent avoir été simultanément violés. Il en est ainsi du visa des « principes de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil et de la responsabilité *in solidum* » dans un arrêt de la première chambre civile du 17 février 2011⁹⁰⁴ pour casser l'arrêt d'une cour d'appel qui a décidé que le préjudice causé à un enfant résultant des circonstances de sa naissance s'analysait en une perte de chance et réparti la charge de la dette entre les différents acteurs de l'accouchement. L'application de chaque principe est indépendante. Le premier permet de considérer que la responsabilité de la clinique ne doit pas être engagée sur le fondement de la perte de chance, mais sur le plan du dommage, et le second permet de rappeler que la responsabilité doit être solidaire, indépendamment de la contribution finale de chacun à la dette⁹⁰⁵.

281. Deux principes peuvent aussi être visés ensemble alors que la violation du second fonde la violation du premier. Ainsi, la violation du principe de validité de la convention d'arbitrage entraîne la violation du principe de compétence-compétence, et ils sont visés ensemble dans un arrêt du 11 juillet 2006⁹⁰⁶. Le principe de validité de la convention d'arbitrage et le principe de compétence-compétence sont intimement liés. Le principe de validité de la convention d'arbitrage pose une présomption quasi-irréfragable de validité de la clause d'arbitrage. Il en

⁹⁰³ En ce sens, A. BRETON, « L'arrêt de la Cour de cassation », *Annales de l'université de Toulouse*, 1975, p. 5 s., spéc. p. 17 ; P. MORVAN, *op. cit.* p. 341.

⁹⁰⁴ 1^{ère} civ., 17 février 2011, pourvois n° 10-10.449 et 10-10.670, *Bull.* 2011, I, n° 29.

⁹⁰⁵ P. JOURDAIN, « Application de la responsabilité *in solidum* de coresponsables dont certains sont tenus d'une perte de chance et d'autres de l'entier dommage », *RTD civ.* 2011 p. 356.

⁹⁰⁶ 1^{ère} civ., 11 juillet 2006, pourvoi n° 04-14.950, *Bull.* 2006, I, n° 364.

découle un principe d'autonomie de la clause d'arbitrage, qui est valable quand bien même la convention la contenant serait nulle ou inexistante. Le principe compétence-compétence quant à lui est, dans son effet négatif, « la priorité de la compétence arbitrale pour statuer sur l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage »⁹⁰⁷. La cour d'appel, qui, pour se déclarer compétente, se fonde sur la nullité du contrat contenant la clause compromissoire, méconnaît donc le principe de la validité de la convention d'arbitrage, et, par là même, le principe compétence-compétence.

En réalité tout type de relation entre plusieurs principes ou règles est envisageable. Cependant les visas non textuels multiples restent rares, ce qui s'explique par la fonction du visa non textuel. Mais avant d'analyser cette fonction, il reste à évoquer l'hypothèse où le visa non textuel et le visa textuel sont tous deux supports de la cassation.

§3. Visa non textuel et visa textuel concomitamment violés

282. Visa du principe ou de la règle faussement appliqué. Un principe peut être visé parce que la juridiction du fond l'a appliqué là où il n'était pas applicable. Ainsi, la première chambre civile vise la règle selon laquelle « aliments ne s'arrangent pas » aux côtés du texte qui a été écarté à tort par application de cette règle⁹⁰⁸. La règle a alors été faussement appliquée, et le texte visé à ses côtés violé par refus d'application. C'est le champ d'application du principe qui a été méconnu.

De même, la troisième chambre civile vise « le principe selon lequel la fraude corrompt tout », appliqué à tort, aux côtés de l'ancien article 1134 du code civil dont l'application a été refusée⁹⁰⁹. Les violations du visa non textuel et du visa textuel sont ainsi indépendantes en ce qu'il n'y a pas d'action de l'un sur l'autre. Mais visa non textuel et visa textuel peuvent être simultanément violés tout en ayant des relations.

283. Le visa d'un principe combiné à un texte de loi. C'est une pratique fréquente de la Cour de cassation que de viser l'ancien article 1315 du code civil conjointement avec le texte prévoyant l'obligation à prouver⁹¹⁰. La mise en évidence des conditions d'application de la règle

⁹⁰⁷ M. BOUCARON-NARDETTO, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, PUAM, 2013, p. 67.

⁹⁰⁸ 1^{ère} civ., 14 juin 2005, pourvoi n° 02-15.587, *Bull.* 2005, I, n° 265 ; J. HAUSER, « Limites de l'application de l'adage « Aliments ne s'arrangent pas... » aux recours des établissements de soins », *RTD CIV.* 2005 p. 586.

⁹⁰⁹ 3^{ème} civ., 21 janvier 2009, pourvoi n° 07-19.916, *Bull.* 2009, III, n° 15. Le principe selon lequel la fraude corrompt tout n'était pas applicable, le droit objet de la fraude n'existant plus au jour de la fraude.

⁹¹⁰ Sur ce point, cf. *infra* n° 163.

prévue dans le texte permet de justifier que ce soit à la partie qui veut faire jouer la règle de prouver que ces conditions sont bien remplies. Lorsque la Cour de cassation vise les principes qui régissent l'enrichissement sans cause aux côtés de l'article 1315 du code civil⁹¹¹, il en va de même. Aux termes de l'ancien article 1315 du code civil, « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver ». C'est de considérer que l'absence d'intention libérale est une condition de l'enrichissement sans cause qui permet d'énoncer que celui qui invoque son bénéfice doit prouver cette absence d'intention libérale⁹¹². Le texte et le principe jouent ici chacun un rôle dans l'énoncé d'une partie de la règle fondant la cassation.

284. Conclusion. Les relations entre visas non textuels et visas textuels sont variées, et ne se limitent pas à une action neutralisante du visa non textuel sur le visa textuel et une interprétation conforme du texte au visa non textuel. En effet, le texte peut venir justifier l'existence du principe ou son applicabilité. Inversement, le principe peut justifier l'application du texte en donnant des arguments au soutien de la qualification juridique opérée, ou au service de l'application d'un texte dans un domaine pour lequel il n'était pas prévu à l'origine.

Présentée ainsi, l'action justificative du visa non textuel n'a rien d'original par rapport à l'action d'un visa textuel. Il convient alors de se demander quelle est la fonction du visa non textuel.

Section II. Fonctions justificatives du visa non textuel

285. Certains principes ne servent à justifier qu'une seule règle, d'autres peuvent en justifier une multitude. Un principe peut très bien n'être utilisé pendant un temps que pour justifier une solution, et par la suite voir sa fonction étoffée. Certains principes ont une fonction axiologique, d'autre une fonction rationalisatrice⁹¹³. Cependant, il ne s'agit pas ici de se demander quelle est la fonction de la règle ou du principe visé. Il s'agit de se demander quelle est l'intérêt de viser un principe, une coutume ou une règle en lieu et place d'un texte de loi.

286. La plupart du temps, c'est en raison de l'indisponibilité d'une référence textuelle que la justification par le biais d'un droit non textuel opère. Cependant, on ne peut s'arrêter à ce simple

⁹¹¹ 1^{ère} civ., 24 octobre 2006, pourvoi n° 05-18.023, *Bull.* 2006, I, n° 439.

⁹¹² En ce sens, A.-M. ROMANI, « Enrichissement sans cause », *Rép. civ. Dalloz*, spéc. n° 166.

⁹¹³ Distinction empruntée à Ph. Jestaz, « Principes généraux, adages et sources du droit en droit français », *in Autour du Droit civil*, Dalloz, 2005, p. 221.

constat dans la mesure où nombre de règles et principes jurisprudentiels sont appliqués sous des visas textuels. Le simple fait que la source d'une règle ne soit pas textuelle ne suffisant pas à causer un visa non textuel, d'autres raisons doivent alors être recherchées. Toutefois, tous les visas de droit non textuel ne trouvant pas une assise textuelle, la fonction du visa se confond parfois avec celle de la règle ou du principe qu'ils consacrent. L'étude de ces visas révèle qu'ils répondent à la fois à une recherche de cohérence (§1) et à un besoin rhétorique (§2).

§1. La recherche de cohérence

287. Le visa non textuel peut répondre à l'objectif de cohérence du système juridique, à la fois en ce qu'il permet la systématisation de solutions dégagées, et en ce qu'il permet un dialogue avec d'autres ordres juridiques. Il œuvre ainsi à une cohérence intellectuelle (A) et matérielle des solutions (B).

A. La recherche d'une cohérence intellectuelle des solutions

288. La systématisation de solutions jurisprudentielles par l'énoncé d'un principe ou d'une règle permet une certaine cohérence intellectuelle. En visant un principe ou une règle plutôt qu'un texte de loi, la Cour de cassation lui offre la possibilité d'une généralisation, œuvrant ainsi pour l'unité du système juridique. C'est dire que tout visa de droit non textuel porte en lui la potentialité d'une création. L'intérêt de viser un principe ou une règle plutôt qu'un texte réside souvent dans l'amélioration de la vocation expressive du visa (1). En effet, la référence opérée permet d'identifier plus facilement la règle appliquée. Aussi, lorsque la règle appliquée trouve sa source dans des textes divers, le visa non textuel permet, par la généralisation opérée une cohérence entre les différentes applications de la règle. Il a ainsi une fonction rationalisante (2).

1) Fonction expressive du visa non textuel

Le visa de droit non textuel plutôt que d'un texte présente l'intérêt, à partir du moment où la règle prémisses de la cassation est éloignée de la lettre du texte, d'opérer une référence plus claire. Le visa non textuel a donc presque toujours une fonction expressive.

289. L'égalité dans le partage. Ainsi, le visa du principe de l'égalité dans le partage pour fonder le mode de calcul des soultes⁹¹⁴ était plus clair que le visa de l'ancien article 826 du code civil aux termes duquel « chacun des cohéritiers peut demander sa part en nature des meubles et immeubles de la succession ». En effet, l'égalité dans le partage n'étant pas toujours en nature depuis le décret-loi du 17 juin 1938⁹¹⁵, le visa de l'article 826 pouvait être inadapté à une égalité en valeur. L'intérêt de viser le principe de l'égalité dans le partage est alors de pointer directement l'erreur commise par les juges du fond, évitant ainsi un problème de réception du message. Depuis 2006, l'alinéa 1^{er} de l'article 826 du code civil dispose que l'égalité dans le partage est une égalité en valeur. Le visa du principe de l'égalité dans le partage a donc vocation à disparaître.

290. Le visa du principe de séparation des pouvoirs. Le « principe de séparation des pouvoirs » dont le « principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire »⁹¹⁶ est un équivalent, est apparu très tôt dans les visas⁹¹⁷. Il s'agit toujours, dans les arrêts, de casser une décision qui a statué sur un point pour lequel les juridictions administratives étaient seules compétentes. Le principe est souvent visé aux côtés de « la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor An III »⁹¹⁸, mais ce n'est pas toujours le cas⁹¹⁹.

Fondement imparfait du principe⁹²⁰, la loi des 16 et 24 août 1790, seule ou bien accompagnée du décret du 16 fructidor An III⁹²¹, fonde toujours nombre de cassation pour atteinte à la séparation entre les autorités judiciaires et administratives⁹²². Malgré le manque d'expressivité de ce visa, plusieurs éléments expliquent sa persistance. D'abord, la loi des 16 et

⁹¹⁴ Au seul visa du principe 1^{ère} civ., 30 juin 1965, pourvoi n° 63-11.725, *Bull.* 1965, I, n° 434 ; 1^{ère} civ., 12 mai 1966, *Bull.* 1966, n° 289 (ici c'est la *règle* de l'égalité dans le partage qui est visée) ; 1^{ère} civ., 16 juillet 1968, *Bull.* 1968 n° 215.

⁹¹⁵ Le décret a en effet modifié ce qui est maintenant le deuxième alinéa de l'article 832 du code civil : « Dans la mesure où le morcellement des héritages et la division des exploitations peuvent être évités, chaque lot doit, autant que possible, être composé, soit en totalité, soit en partie, de meubles ou d'immeubles, de droits ou de créances de valeur équivalente ».

Ancienne version : « Il convient de faire entrer dans chaque lot, s'il se peut, la même quantité de meubles, d'immeubles, de droit ou de créances de même nature et valeur ».

⁹¹⁶ 1^{ère} civ., 17 octobre 2012, pourvoi n° 11-19.259, *Bull.* 2012, I, n° 208.

⁹¹⁷ 2^{ème} civ., 23 octobre 1957, *Bull.* 1957, II, n° 642.

⁹¹⁸ 1^{ère} civ., 17 octobre 2012, pourvoi n° 11-19.259, *Bull.* 2012, I, n° 208 ; Com., 8 juillet 2008, pourvoi n° 04-16.794, *Bull.* 2008, IV, n° 150.

⁹¹⁹ 1^{ère} civ., 6 décembre 2005, pourvoi n° 04-50.117, *Bull.* 2005, I, n° 474 ; 1^{ère} civ., 4 octobre 2005, pourvoi n° 04-50.103, *Bull.* 2005, I, n° 357 ; 1^{ère} civ., 11 juin 2008, pourvoi n° 07-19.158, *Bull.* 2008, I, n° 170. ; 1^{ère} civ., 9 décembre 2009, pourvoi n° 08-19.491, *Bull.* 2009, I, n° 241 ; 1^{ère} civ., 26 janvier 2011, pourvoi n° 09-12.665, *Bull.* 2011, I, n° 16 ; 1^{ère} civ., 17 janvier 2006, pourvoi n° 05-10.875, *Bull.* 2006, I, n° 11.

⁹²⁰ En ce sens, G. VEDEL, « La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ? », *RFDA* 1990 p. 698 ; J. CHEVALLIER, « Du principe de séparation au principe de dualité », *RFDA* 1990 p. 712 ; P. Morvan, *op cit.* p. 385.

⁹²¹ 1^{ère} civ., 12 mai 2016, pourvois n° 15-16.743 et 15-18.595, *publication en cours*.

⁹²² 3^{ème} civ., 15 décembre 2016, pourvoi n° 15-20.953, *publication en cours*.

24 août 1790, en tant qu'élément du contexte de la naissance du principe⁹²³, permet une légitimation du principe que le visa du principe seul ne permet pas. Ensuite, l'habitude du visa de cette loi pour fonder le « principe de séparation des compétences des juridictions judiciaires et administratives » permet de limiter les risques de mauvaise réception d'un tel visa. Autrement dit, la permanence de ce visa pour fonder la même solution contrecarre son manque d'expressivité.

291. Les « principes de l'enrichissement sans cause ». Les « principes de l'enrichissement sans cause » sont quasiment systématiquement visés aux côtés de l'ancien article 1371 du code civil⁹²⁴. L'intérêt du visa non textuel réside ici dans l'identification des règles auxquelles il fait référence. Ce visa correspond à un corps assez important de règles :

- « L'action de in rem verso ne peut aboutir lorsque l'appauvrissement est dû à la faute de l'appauvri »⁹²⁵ ;
- Mais « le fait d'avoir commis une imprudence ou une négligence ne prive pas de son recours fondé sur l'enrichissement sans cause celui qui, en s'appauvrissant, a enrichi autrui »⁹²⁶ ;
- « L'enrichissement sans cause ne peut être invoqué par celui qui a [agit] à ses risques et périls et dans son intérêt »⁹²⁷ ;
- « La bonne foi de l'enrichi ne prive pas l'appauvri du droit d'exercer contre celui-là, l'action de in rem verso »⁹²⁸ ;

⁹²³ G. VEDEL, « La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ? », *RFDA* 1990 p. 698.

⁹²⁴ Pour un visa du principe seul : 1^{ère} civ., 5 février 1980, pourvoi n° 78-15.230, *Bull.* 1980, I, n° 44 ; 1^{ère} civ., 15 décembre 1976, pourvoi n° 75-12.290, *Bull.* 1976, I, n° 408 ; 3^{ème} civ., 2 décembre 1975, pourvoi n° 74-13.104, *Bull.* 1975, III, n° 351 ; 1^{ère} civ., 24 octobre 1973, pourvoi n° 71-14.159, *Bull.* 1973, I, n° 280 ; 3^{ème} civ., 31 janvier 1969, *Bull.* 1969, III, n° 98 ; 1^{ère} civ., 15 mars 1967, *Bull.* 1967, I, n° 102.

Et de façon exceptionnelle, visa seul des principes régissant l'action de in rem verso : 1^{ère} civ., 21 février 2006, pourvoi n° 03-15.970, Inédit.

⁹²⁵ 1^{ère} civ., 19 mars 2015, pourvoi n° 14-10.075, *publication en cours* ; 1^{ère} civ., 24 mai 2005, pourvoi n° 03-13.534, *Bull.* 2005, I, n° 224 ; Com., 18 mai 1999, pourvoi n° 95-19.455, *Bull.* 1999, IV, n° 104 ; 1^{ère} civ., 15 décembre 1998, pourvoi n° 96-20.625, *Bull.* 1998, I, n° 363 ; Com., 24 février 1987, pourvoi n° 85-14.495, *Bull.* 1987, IV, n° 50 ; Com., 16 juillet 1985, pourvoi n° 83-16.948, *Bull.* 1985, IV, n° 215 ; 1^{ère} civ., 22 octobre 1974, pourvoi n° 73-11.612, *Bull.* 1974, n° 272.

Noter que désormais, la faute de l'appauvri permet seulement au juge de modérer l'indemnisation (art. 1303-2 c. civ.).

⁹²⁶ 1^{ère} civ., 27 novembre 2008, pourvoi n° 07-18.875, *Bull.* 2008, I, n° 272 ; 1^{ère} civ., 19 décembre 2006, pourvoi n° 04-17.664, *Bull.* 2006, I, n° 557 ; Com., 23 janvier 1978, pourvoi n° 76-13.950, *Bull.* 1978, IV, n° 28.

⁹²⁷ 3^{ème} civ., 26 février 1992, pourvoi n° 90-18.042, *Bull.* 1992, III, n° 64 ; 3^{ème} civ., 2 décembre 1975, pourvoi n° 74-13.104, *Bull.* n° 351 ; 3^{ème} civ., 31 janvier 1969, *Bull.* 1969, III, n° 98.

⁹²⁸ 1^{ère} civ., 11 mars 2014, pourvoi n° 12-29.304, *Bull.* 2014, I, n° 37.

- Pour que ces règles trouvent à s'appliquer, il est nécessaire d'une part qu'il y ait eu un enrichissement⁹²⁹, d'autre part qu'il soit dépourvu de cause⁹³⁰, ce qui implique l'absence d'intention libérale⁹³¹ ;
- L'action de *in rem verso* est subsidiaire⁹³² ;
- L'indemnité due est limitée par l'enrichissement et l'appauvrissement⁹³³.

Ce corps de règles fonde ainsi le fait qu'un locataire doive au propriétaire une indemnité d'occupation en cas de nullité du contrat⁹³⁴, l'indemnité due au concubin qui a collaboré à l'activité de son concubin sans être rémunéré⁹³⁵ ou au conjoint d'un exploitant agricole n'ayant pas droit au paiement d'un salaire différé⁹³⁶, à l'enfant dont l'aide et l'assistance apportée à ses parents a « excédé les exigences de la piété filiale »⁹³⁷.

La grande variété de règles auxquelles ce visa fait référence pourrait faire douter de sa vocation expressive. Cependant, le seul texte alternatif pour fonder ces règles, jusqu'à la réforme du droit des contrats⁹³⁸, était l'article 1371 du code civil, aux termes duquel « les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties », texte encore plus vague que le visa du principe. L'action *de in rem verso* étant désormais régie par les articles 1303 et suivants du code civil, le visa des principes régissant l'enrichissement sans cause devrait disparaître au profit de visas plus précis.

⁹²⁹ 3^{ème} civ., 27 septembre 2000, pourvoi n° 98-22.189, *Bull.* 2000, III, n° 152.

⁹³⁰ 3^{ème} civ., 27 février 2008, pourvoi n° 07-10.222, *Bull.* 2008, III, n° 35 ; 3^{ème} civ., 26 novembre 1979, pourvoi n° 78-12.225, *Bull.* n° 207 ; 3^{ème} civ., 16 mars 1977, pourvoi n° 75-13.840, *Bull.* 1977, III, n° 130 ; 3^{ème} civ., 25 février 1975, pourvoi n° 73-13.781, *Bull.* 1975, III, n° 77 ; 3^{ème} civ., 23 avril 1974, pourvoi n° 73-10.643, *Bull.* 1974, III, n° 162.

⁹³¹ 3^{ème} civ., 1 mars 1989, pourvoi n° 87-16.384, *Bull.* 1989, III, n° 49 ; 1^{ère} civ., 19 janvier 1988, pourvoi n° 85-17.618, *Bull.* 1988, I, n° 16.

⁹³² Com., 10 octobre 2000, pourvoi n° 98-21.814, *Bull.* 2000, IV, n° 150 ; 1^{ère} civ., 24 octobre 1973, pourvoi n° 71-14.159, *Bull.* 1973, I, n° 280 ; 3^{ème} civ., 29 avril 1971, pourvoi n° 70-10.415, *Bull.* 1971, III, n° 277.

⁹³³ 3^{ème} civ., 18 mai 1982, pourvoi n° 80-10.299, *Bull.* III, n° 122 ; 1^{ère} civ., 15 décembre 1976, pourvoi n° 75-12.290, *Bull.* I, n° 408 ; 1^{ère} civ., 15 mars 1967, *Bull.* 1967, I, n° 102.

⁹³⁴ 3^{ème} civ., 12 mars 2003, pourvoi n° 01-17.207, *Bull.* 2003, III, n° 63.

⁹³⁵ 1^{ère} civ., 15 octobre 1996, pourvoi n° 94-20.472, *Bull.* 1996, I, n° 357.

⁹³⁶ 1^{ère} civ., 14 mars 1995, pourvoi n° 93-13.410, *Bull.* 1995, I, n° 130.

⁹³⁷ 1^{ère} civ., 12 juillet 1994, pourvoi n° 92-18.639, *Bull.* 1994, I, n° 250.

⁹³⁸ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

Le visa non textuel a donc souvent le mérite de référer de façon plus claire qu'un texte à la règle de droit appliquée. En même temps qu'il améliore la clarté de la référence, le visa non textuel permet une rationalisation des solutions.

2) Fonction rationalisante du visa non textuel

En regroupant différentes solutions sous un même visa textuel, une systématisation des solutions est rendue possible.

292. Le visa des « principes régissant l'excès de pouvoir ». Les « principes régissant l'excès de pouvoir » sont apparus tardivement au visa des arrêts de la Cour de cassation. Pourtant, ces principes sont utilisés depuis longtemps par la Cour de cassation pour permettre l'admission de pourvois contre des jugements normalement insusceptibles de cassation. Le recours peu fréquent aux « principes régissant l'excès de pouvoir » dans les arrêts de cassation s'explique pour plusieurs raisons. D'abord, à partir du moment où le principe n'a pas été méconnu, c'est une décision d'irrecevabilité qui est rendue⁹³⁹. Ensuite, lorsqu'un excès de pouvoir a été commis mais que le recours en cassation était ouvert, alors la Cour de cassation ne prend pas la peine de caractériser l'excès de pouvoir, la violation de la loi étant suffisante pour permettre une cassation⁹⁴⁰. Peu importe dans de tels cas que la violation de la loi commise par le juge soit ou non constitutive d'un excès de pouvoir. Le recours en cassation étant très largement ouvert⁹⁴¹, rares sont les hypothèses où un recours pour excès de pouvoir s'avère nécessaire. Cependant, un tel cas peut arriver, et les « principes régissant l'excès de pouvoir » sont alors parfois visés aux côtés du texte empêchant le recours en cassation⁹⁴².

⁹³⁹ Ainsi, 1^{ère} civ., 10 mai 1995, pourvoi n° 92-21.685, *Bull.* 1995, I, n° 193.

⁹⁴⁰ Ainsi, 1^{ère} civ., 8 juin 2004, pourvois n° 01-17.500 et 02-15.186, *Bull.* 2004, I, n° 161.

⁹⁴¹ La Cour de cassation considère en effet que lorsqu'il est précisé dans un texte qu'un jugement est rendu en dernier ressort, le pourvoi en cassation n'est pas concerné. Il est alors nécessaire qu'il soit spécifiquement précisé dans le texte que le recours en cassation n'est pas ouvert. Sur ce point, J. et L. BORÉ, *La cassation en matière civile 2015/2016*, Dalloz action, 5^{ème} édition, 2015, p. 151 s.

⁹⁴² Com., 28 juin 2011, pourvoi n° 10-15.482, *Bull.* 2011, IV, n° 109 ; Com., 8 novembre 2011, pourvoi n° 10-21.508, *Bull.* 2011, IV, n° 184 ; Com., 31 janvier 2012, pourvoi n° 10-24.019, *Bull.* 2012, IV, n° 19 ; Com., 16 septembre 2014, pourvoi n° 13-16.803, *Bull.* 2014, IV, n° 122.

C'est principalement en matière d'appel nullité subsidiaire⁹⁴³ ou de tierce opposition-nullité⁹⁴⁴ que le recours au principe est utile, lorsque les juges du second degré n'ont pas admis un recours en raison du fait que la voie de l'appel était fermée alors que l'excès de pouvoir étant caractérisé, la voie de l'appel nullité était ouverte. Quand la loi interdit l'appel, ou en diffère l'exercice, la jurisprudence considère en effet que seul l'appel réformation ou annulation est concerné : il reste toujours possible de faire appel en cas d'excès de pouvoir : c'est ce que la plupart des auteurs nomment appel-nullité subsidiaire⁹⁴⁵.

Dans l'hypothèse où les « principes régissant l'excès de pouvoir » ne sont pas visés, ce sont les articles 460 et 542 du code de procédure civile⁹⁴⁶ voire aucun texte⁹⁴⁷ qui fondent l'admission de l'appel-nullité en cas d'excès de pouvoir. En ce qui concerne l'excès de pouvoir comme cas d'ouverture à cassation, la Cour de cassation se contente de viser le texte violé⁹⁴⁸.

⁹⁴³ Com., 22 mai 2007, pourvoi n° 06-11.794, *Bull.* 2007, IV, n° 140 ; 1^{ère} civ., 7 mai 2008, pourvoi n° 07-10.864, *Bull.* 2008, I, n° 124 ; Com., 28 avril 2009, pourvoi n° 07-18.715, *Bull.* 2009, IV, n° 57 ; Com., 16 juin 2009, pourvoi n° 08-13.565, *Bull.* 2009, IV, n° 82 ; Com., 16 mars 2010, pourvoi n° 08-13.147, *Bull.* 2010, IV, n° 55 ; Com., 5 octobre 2010, pourvoi n° 09-16.602, *Bull.* 2010, IV, n° 149 ; Com., 8 janvier 2013, pourvoi n° 11-26.059, *Bull.* 2013, IV, n° 2 ; Com., 17 février 2015, pourvoi n° 14-10.279, *Publication en cours*.

⁹⁴⁴ Com., 18 mars 2014, pourvoi n° 12-28.986, *Bull.* 2014, IV, n° 52.

⁹⁴⁵ Ainsi, L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, Paris, 9^{ème} édition, 2016, p. 692.

⁹⁴⁶ 1^{ère} civ., 29 juin 1994, pourvoi n° 92-18.084, *Bull.* 1994, I, n° 224 ; Com., 27 avril 1993, pourvoi n° 90-19.639, *Bull.* 1993, IV, n° 150.

⁹⁴⁷ Com., 27 mai 2003, pourvoi n° 00-18.942, *Bull.* 2003, IV, n° 88.

⁹⁴⁸ 2^{ème} civ., 9 novembre 1983, pourvoi n° 81-13.696, *Bull.* II, n° 172 ; 2^{ème} civ., 6 mai 1987, pourvoi n° 85-13.691, *Bull.* 1987, II, n° 95 ; 2^{ème} civ., 17 juin 1987, pourvoi n° 86-14.716, *Bull.* 1987, II, n° 131 ; Com., 6 décembre 1994, pourvoi n° 92-17.528, *Bull.* 1994, IV, n° 370 ; 1^{ère} civ., 26 juin 2001, pourvoi n° 99-17.586, *Bull.* 2001, I, n° 185 ; 2^{ème} civ., 31 janvier 2002, pourvoi n° 00-21.684, *Bull.* 2002, II, n° 10 ; 2^{ème} civ., 27 juin 2002, pourvoi n° 01-13.935, *Bull.* 2002, II, n° 146.

2^{ème} civ., 10 juillet 2003, pourvoi n° 01-16.551, *Bull.* 2003, II, n° 235 : Ici, le visa était particulièrement inadapté. En effet, la Cour de cassation se fonde sur l'article 562 du code de procédure civile, aux termes duquel « L'appel ne défère à la cour que la connaissance des chefs de jugement qu'il critique expressément ou implicitement et de ceux qui en dépendent. La dévolution s'opère pour le tout lorsque l'appel n'est pas limité à certains chefs, lorsqu'il tend à l'annulation du jugement ou si l'objet du litige est indivisible. », pour considérer que la cour d'appel a commis un excès de pouvoir en statuant sur le fond alors qu'elle a déclaré l'appel irrecevable. Il eut sans doute été plus clair de viser l'ancien article 1457 du nouveau code de procédure civile qui fermait la voie de l'appel et de la cassation, aux côtés des principes régissant l'excès de pouvoir.

2^{ème} civ., 18 décembre 2003, pourvoi n° 02-13.410, *Bull.* 2003, II, n° 393 ; 2^{ème} civ., 8 avril 2004, pourvoi n° 02-15.356, *Bull.* 2004, II, n° 160 ; 1^{ère} civ., 8 novembre 2005, pourvoi n° 02-18.512, *Bull.* 2005, I, n° 402 ; 2^{ème} civ., 18 janvier 2006, pourvoi n° 04-17.294, *Bull.* 2006, II, n° 21 ; 1^{ère} civ., 4 juillet 2006, pourvoi n° 05-17.460, *Bull.* 2006, I, n° 338 ; 1^{ère} civ., 23 janvier 2007, pourvois n° 04-18.630 et 05-14.959, *Bull.* 2007, I, n° 40 ; Com., 5 mai 2009, pourvoi n° 08-17.465, *Bull.* 2009, IV, n° 61 ; Com., 7 juillet 2009, pourvoi n° 08-17.135, *Bull.* 2009, IV, n° 95 ; 2^{ème} civ., 24 juin 2010, pourvoi n° 08-19.974, *Bull.* 2010, II, n° 120 ; 2^{ème} civ., 23 septembre 2010, pourvoi n° 09-14.864, *Bull.* 2010, II, n° 160 ; 1^{ère} civ., 6 octobre 2010, pourvoi n° 09-15.448, *Bull.* 2010, I, n° 195 ; 1^{ère} civ., 6 octobre 2010, pourvoi n° 09-15.448, *Bull.* 2010, I, n° 195 ; 1^{ère} civ., 23 février 2011, pourvoi n° 09-72.059, *Bull.* 2011, I, n° 41 ; 1^{ère} civ., 9 mars 2011, pourvoi n° 10-10.044, *Bull.* 2011, I, n° 54 ; Com., 26 mars 2013, pourvoi n° 12-21.630, *Bull.* 2013, IV, n° 52 ; Com., 16 avril 2013, pourvoi n° 12-17.121, *Bull.* 2013, IV, n° 61 ; Soc., 24 juin 2014, pourvoi n° 13-11.142, *Bull.* 2014, V, n° 157 (cassation pour manque de base légale).

L'intérêt du visa des « principes régissant l'excès de pouvoir » est qu'il permet de savoir à quel titre la Cour de cassation a rendu son arrêt. Le pourvoi étant dirigé contre une décision pour laquelle le recours en cassation n'est d'ordinaire pas admis, il est important que l'admission du pourvoi soit justifiée. De plus, il permet, au grès des cassations prononcées sur ce fondement, de déterminer quelles sont les situations constitutives d'un excès de pouvoir. Ce besoin est d'autant plus criant qu'aucune définition légale de l'excès de pouvoir n'existe⁹⁴⁹. De plus, un tel visa répond à la fonction traditionnelle du visa, qui est de justifier du pouvoir de casser une décision.

Autrement dit, le visa du principe permet de montrer que les décisions correspondent à l'application de règles déterminées et non aléatoires. Il semble indispensable qu'apparaisse au visa au moins le texte qui interdit le recours, de façon à ne pas masquer que c'est dans le cadre d'un excès de pouvoir que la Cour de cassation rend sa décision.

Il apparaît peu cohérent de statuer séparément sur la recevabilité du pourvoi, comme c'est parfois le cas, pour ensuite statuer sur la violation de la loi : La recevabilité du pourvoi nécessitant de caractériser l'excès de pouvoir, elle implique nécessairement d'avoir caractérisé une violation de la loi. Dans la partie de l'arrêt statuant sur la violation de la règle de droit, il ne reste en réalité plus rien à juger. Un arrêt de la deuxième chambre civile du 27 juin 2002 est particulièrement parlant à cet égard⁹⁵⁰ :

Sur la fin de non-recevoir opposée par la défense :

Attendu que le jugement qui prononce la remise de l'adjudication pour cause de force majeure n'est susceptible d'aucun recours, sauf en cas d'excès de pouvoir ;

Attendu, selon les productions et le jugement attaqué que sur poursuites de saisie immobilière de la société Banca commerciale italiana France la vente forcée d'immeubles appartenant aux époux X... a été fixée au 23 janvier 1998 ; qu'un premier jugement du 26 mars 1998 a renvoyé la vente au 28 mai 1998 ; que le 19 mai 1998, les débiteurs saisis ont demandé une nouvelle remise en invoquant une instance pendante devant une cour d'appel ;

Attendu que le Tribunal a sursis à l'adjudication « jusqu'au prononcé de l'arrêt sur le fond » au motif qu'en raison de l'effet suspensif attaché de plein droit à l'appel les parties sont dans la même situation qu'avant le jugement du 26 mars 1998 ;

Qu'il a ainsi excédé ses pouvoirs ;

D'où il suit que le pourvoi est recevable ;

Et sur le premier moyen :

Vu l'article 703, alinéa 3, du code de procédure civile ;

Attendu qu'après une première remise de l'adjudication, il ne pourra être accordé de nouveaux délais, si ce n'est pour cause de force majeure ;

⁹⁴⁹ Sur la définition de l'excès de pouvoir, J. et L. BORÉ, *La cassation en matière civile 2015/2016*, Dalloz action, 5^{ème} édition, 2015, p. 361 s.

⁹⁵⁰ 2^{ème} civ., 27 juin 2002, pourvoi n° 00-22.642, *Bull.* 2002, II, n° 144.

Qu'en se déterminant au vu de circonstances qui ne caractérisent pas la force majeure, le Tribunal a violé le texte susvisé ;

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu d'examiner le second moyen :

CASSE ET ANNULE

Il est encore trop tôt pour le dire, mais on peut espérer que l'émergence du visa des « principes régissant l'excès de pouvoir » depuis la fin des années 2000 mette fin à ces pratiques.

293. Le visa des principes relevant du droit international privé, une systématisation ratée. Le visa des « principes généraux du droit international privé »⁹⁵¹ ou des « principes du droit international privé »⁹⁵², qui apparaît en général aux côtés de l'article 3 du code civil constitue à l'origine une systématisation des règles jurisprudentielles fondées sur cet article.

En effet, le premier visa des principes « principes régissant le droit international privé » a eu lieu en matière d'ordre public international, pour sanctionner la décision d'une cour d'appel qui n'avait pas écarté l'application d'une loi étrangère pourtant contraire à l'ordre public international français⁹⁵³. En dehors des cas dans lesquels la prise en compte de l'ordre public international résultait d'une disposition d'une convention internationale⁹⁵⁴, les cassations pour violation de l'ordre public international étaient auparavant fondées sur le texte national prévoyant la règle d'ordre public à laquelle la règle étrangère contrevenait⁹⁵⁵. À l'inverse, lorsqu'il était reproché à la cour d'appel d'avoir injustement écarté la loi étrangère, la contrariété à l'ordre public n'étant pas établie, la cassation intervenait soit sur le fondement de l'article 3⁹⁵⁶ du code civil, en raison de la violation de la règle de conflit de loi, soit sur le fondement de la règle française faussement appliquée⁹⁵⁷.

La référence à l'article 3 du code civil n'a pas disparu par la suite, que ce soit pour sanctionner une cour d'appel qui n'a pas recherché si la disposition étrangère n'était pas contraire à l'ordre public international français⁹⁵⁸, ou qui a écarté l'application d'une loi étrangère qui n'était

⁹⁵¹ 1^{ère} civ., 22 octobre 2008, pourvoi n° 07-15.823, *Bull.* 2008, I, n° 233 ; Com., 24 novembre 2015, pourvoi n° 14-14.924, *publication en cours*.

⁹⁵² 1^{ère} civ., 6 décembre 2005, pourvoi n° 03-12.342, *Bull.* 2005, I, n° 461.

⁹⁵³ 1^{ère} civ., 12 mai 1987, pourvoi n° 84-14.472, *Bull.* 1987, I, n° 150.

⁹⁵⁴ 1^{ère} civ., 17 février 1982, pourvoi n° 80-15.943, *Bull.* 1982, I, n° 75 ; 1^{ère} civ., 16 novembre 1983, pourvoi n° 82-14.441, *Bull.* 1983, I, n° 271 ; 1^{ère} civ., 12 mars 1985, pourvoi n° 83-17.293, *Bull.* 1985, I, n° 90 : dans ces arrêts c'est la disposition de la convention qui était visée.

⁹⁵⁵ Ainsi, 1^{ère} civ., 23 avril 1969, *Bull.* n° 143 ; 1^{ère} civ., 17 novembre 1969, *Bull.* n° 343 ; 1^{ère} civ., 16 février 1970, pourvoi n° 67-11.736, *Bull.* 1970, n° 56 et 1^{ère} civ., 16 février 1970, pourvoi n° 67-11.010, *Bull.* 1970, I, n° 57 ; 1^{ère} civ., 4 mai 1970, pourvoi n° 69-12.051, *Bull.* 1970, n° 149 ; 1^{ère} civ., 7 mars 1972, pourvoi n° 68-13.993, *Bull.* n° 71.

⁹⁵⁶ 1^{ère} civ., 30 mai 1967, *Bull.* 1967, I, n° 189 ; 1^{ère} civ., 10 juillet 1979, pourvoi n° 78-12.956, *Bull.* 1979, I, n° 204.

⁹⁵⁷ 1^{ère} civ., 25 janvier 1966, *Bull.* 1966, n° 59 ; 1^{ère} civ., 11 juillet 1977, pourvoi n° 76-13.103, *Bull.* 1977, I, n° 321.

⁹⁵⁸ Com., 16 avril 1991, pourvoi n° 89-19.258, *Bull.* 1991, IV, n° 147 (cassation pour manque de base légale de l'arrêt qui n'a pas recherché si les dispositions étrangères étaient conformes à l'ordre international public français).

pas contraire à l'ordre public international français⁹⁵⁹. De même, la Cour de cassation a pu continuer à viser les dispositions d'ordre public écartées à tort⁹⁶⁰.

Dans les autres domaines dans lesquels le visa des principes relevant du droit international privé a pu apparaître, il n'a pas non plus supplanté la référence à l'article 3 du code civil. Le visa de ces principes sans l'article 3 du code civil est bien plus rare⁹⁶¹ que le visa de l'article 3 du code civil sans ces principes⁹⁶², ce qui invite à croire à une systématisation ratée par ce visa non textuel.

Cet insuccès du visa du principe est sûrement dû à la généralité de sa formulation, même s'il est parfois précisé au sein du visa le domaine concerné en particulier⁹⁶³. Une autre cause de l'insuccès du visa pourrait être la diversité des formules qui ont pu être retenues⁹⁶⁴. Mais tous les visas de principes ne connaissent pas un tel destin, et certains peuvent mener à une systématisation des solutions, comme cela a été le cas en ce qui concerne les « règles régissant le droit de rétention ».

294. Le visa des « règles gouvernant le droit de rétention », une systématisation réussie.

Les « règles régissant le droit de rétention » se sont développées à côté du droit, à partir de

⁹⁵⁹ 1^{ère} civ., 6 décembre 2005, pourvoi n° 03-16.675, *Bull.* 2005, I, n° 468 ; 1^{ère} civ., 10 mai 2006, pourvoi n° 05-10.299, *Bull.* 2006, I, n° 226.

⁹⁶⁰ 1^{ère} civ., 21 novembre 2012, pourvois n° 10-17.365 et 10-30.845, *Bull.* 2012, I, n° 243 (ici la disposition étant la Convention européenne des droits de l'homme).

⁹⁶¹ 1^{ère} civ., 12 mai 1987, pourvoi n° 84-14.472, *Bull.* 1987, I, n° 150 : « Vu les principes qui régissent le droit international privé » ; 1^{ère} civ., 25 juin 1991, pourvois n° 90-05.006 et 90-05.015, *Bull.* 1991, I, n° 210 : « Vu les principes du droit international privé relatifs au statut personnel ».

⁹⁶² 1^{ère} civ., 1 juin 2016, pourvoi n° 15-13.221, *publication en cours* ; 1^{ère} civ., 16 mars 2016, pourvoi n° 15-14.365, *publication en cours* ; 1^{ère} civ., 16 septembre 2015, pourvoi n° 14-10.373, *publication en cours* ; 1^{ère} civ., 24 juin 2015, pourvoi n° 13-21.468, *publication en cours* ; Com., 24 juin 2014, pourvoi n° 10-27.648, *Bull.* 2014, IV, n° 112 ; 1^{ère} civ., 1 juin 2011, pourvoi n° 10-16.482, *Bull.* 2011, I, n° 101 ; 1^{ère} civ., 1 juin 2011, pourvoi n° 09-71.992, *Bull.* 2011, I, n° 100 ; Com., 27 avril 2011, pourvoi n° 09-13.524, *Bull.* 2011, IV, n° 60 ; 1^{ère} civ., 20 octobre 2010, 08-17.033, *Bull.* 2010, I, n° 207, et les nombreux autres arrêts antérieurs.

⁹⁶³ « les principes du droit international privé français en matière de régimes matrimoniaux » : 1^{ère} civ., 6 juillet 1988, pourvoi n° 86-16.499, *Bull.* 1988, I, n° 224.

« les principes du droit international privé applicables en matière de convention collective » : Soc., 25 novembre 1997, pourvoi n° 95-20.204, *Bull.* 1997, V, n° 401 p. 287.

« relatifs à l'application du droit étranger » 1^{ère} civ., 5 octobre 1994, pourvoi n° 91-21.073, *Bull.* 1994, I, n° 267.

« qui gouvernent le droit des successions et des libéralités » : 1^{ère} civ., 18 octobre 1988, pourvoi n° 86-16.631, *Bull.* 1988, I, n° 293.

« en matière de preuve de la loi étrangère » : 1^{ère} civ., 2 février 1988, pourvoi n° 86-10.704, *Bull.* 1988, I, n° 29.

⁹⁶⁴ Soc., 23 septembre 2008, pourvoi n° 07-42.862, *Bull.* 2008, V, n° 171 : La chambre sociale, peu habituée à mettre en œuvre les règles de droit international privé, vise « le principe de territorialité de la loi française » pour justifier que seuls les salariés rattachés à des établissements situés en France soit à prendre en compte pour déterminer si un plan de sauvegarde de l'emploi devait être mise en œuvre. (Visa du principe aux côtés des textes régissant le plan de sauvegarde de l'emplois) Cette formulation était particulièrement regrettable, étant donné qu'il n'y a pas un principe général de territorialité de la loi française.

dispositions légales éparses⁹⁶⁵. Les nombreuses exceptions législatives au droit de rétention ont longtemps témoigné de la vigueur jurisprudentielle du principe⁹⁶⁶. Ce sont d'abord « les principes applicables en matière de droit de rétention »⁹⁶⁷, « le principe du droit de rétention »⁹⁶⁸ et « les principes relatifs au droit de rétention » qui ont été visés⁹⁶⁹. Aujourd'hui, ce sont « les règles gouvernant le droit de rétention »⁹⁷⁰ qui sont visées.

Les différentes hypothèses de droit de rétention ayant été consacrées à l'article 2286 du code civil⁹⁷¹, le visa des règles régissant le droit de rétention pourrait être amené à disparaître. Cependant, l'article 2286 n'étant pas le seul fondement possible pour l'exercice du droit de rétention⁹⁷², il est possible d'imaginer la persistance du visa des règles régissant le droit de rétention de façon à permettre de conserver une unité du régime malgré la diversité des sources.

295. Le visa du « principe de loyauté dans l'administration de la preuve », une rationalisation potentiellement créatrice. Toute rationalisation des solutions antérieures par le biais d'un visa de principe porte en elle la possibilité d'une création. En sortant le principe des textes, la Cour de cassation le libère. La consécration du « principe de loyauté dans l'administration de la preuve » semble recéler de fortes potentialités créatrices.

Le « principe de loyauté des preuves », qui était déjà reconnu par la chambre criminelle, a été consacré en matière civile dans un arrêt d'assemblée plénière du 7 janvier 2011⁹⁷³. Avant la consécration du « principe de loyauté dans l'administration de la preuve », la jurisprudence sanctionnait déjà les atteintes à la vie privée disproportionnées opérées par les moyens de preuve déloyaux, sur le fondement des articles 8 de la CESDH et 9 du code civil⁹⁷⁴, auquel elle adjoint désormais le « principe de loyauté dans l'administration de la preuve »⁹⁷⁵. Cependant, le simple fait d'énoncer un principe peut amener à des solutions nouvelles, grâce à l'autonomisation des

⁹⁶⁵ A. AYNÈS, *Le droit de rétention, Unité ou pluralité*, (dir.) C. LARROUMET, Economica, 2005, n° 4, p. 3 s.

⁹⁶⁶ P. MORVAN, *op cit.*, p. 741.

⁹⁶⁷ Com., 19 février 1958, *Bull.* 1958, III, n° 82.

⁹⁶⁸ Soc., 17 avril 1958, *Bull.* 1958 IV, n° 489.

⁹⁶⁹ 1^{ère} civ., 17 juin 1969, *Bull.* 1969, I, n° 233 ; 2^{ème} civ., 1 février 1989, pourvoi n° 86-15.288, Inédit.

⁹⁷⁰ 1^{ère} civ., 24 septembre 2009, pourvoi n° 08-10.152, *Bull.* 2009, I, n° 178 ; Com., 16 juin 2015, pourvoi n° 13-26.587, Inédit.

⁹⁷¹ A. AYNÈS, « Consécration légale des droits de rétention », *D.* 2006 p. 1301.

⁹⁷² Il existe aussi des droits de rétention fondés sur l'article 2277 du code civil ; sur l'article L. 211-20, IV du code monétaire et financier ; art. 2363 et 2364 code civil.

⁹⁷³ Ass. plén., 7 janvier 2011, pourvois n° 09-14.316 et 09-14.667, *Bull.* 2011, A.P., n° 1.

⁹⁷⁴ Soc., 12 octobre 2004, pourvoi n° 02-40.392, *Bull.* 2004, V, n° 245.

⁹⁷⁵ Ass. plén., 7 janvier 2011, pourvoi n° 09-14.316 et 09-14.667, *Bull.* 2011, A.P., n° 1 ; Soc., 23 mai 2012, pourvoi n° 10-23.521, *Bull.* 2012, V, n° 156.

solutions qui se fondent sur celui-ci⁹⁷⁶. Il est pour l'heure encore difficile de savoir si ce principe est promis à un bel avenir, toutes les chambre ne l'ayant pas encore visé : la deuxième chambre civile, lorsqu'elle écarte un moyen de preuve illicite, continue à se fonder sur les articles 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du code civil et 145 du code de procédure civile⁹⁷⁷, alors même que la violation du principe de loyauté de la preuve est invoquée dans un des moyens au pourvoi. Cependant, l'accueil beaucoup moins mitigé que celui qui a été réservé au principe de loyauté des débats, et le fait qu'il existe depuis déjà quelques années en matière pénale laisse augurer une pérennisation du principe. De plus, la première chambre civile s'est récemment ralliée à son visa⁹⁷⁸.

296. Le visa d'une règle ou d'un principe plutôt que le visa d'un texte éloigné de la solution adopté permet une meilleure intelligibilité des arrêts, et une rationalisation des solutions en les regroupant sous un même visa. Cette rationalisation, permet en elle-même de garantir une cohérence matérielle des solutions, pour tous les cas tombant sous l'emprise du principe : la justification de solutions éparses par un même principe permet d'éviter des évolutions divergentes. Mais certains visas non textuels ont plus spécifiquement pour fonction d'apporter une cohérence matérielle des solutions.

B. La recherche d'une cohérence matérielle des solutions

297. Les visas non textuels peuvent correspondre à la recherche d'une continuité des solutions dans le temps (1) ou dans l'espace (2).

1) Continuité des solutions dans le temps

298. Le visa de la coutume internationale : la réparation d'une abrogation « par mégarde »⁹⁷⁹. Le visa de la coutume internationale est apparu récemment dans les arrêts de la Cour de cassation⁹⁸⁰, pour énoncer que « les actes établis par une autorité étrangère et destinés à

⁹⁷⁶ Ne référant pas aux articles 8 CESDH et 9 c. civ. : Com., 24 mai 2011, pourvoi n° 10-18.267, *Bull.* 2011, IV, n° 82 ; Com., 6 décembre 2016, pourvoi n° 15-18.088, Inédit.

⁹⁷⁷ 2^{ème} civ., 17 mars 2016, pourvoi n° 15-11.412, *publication en cours*.

⁹⁷⁸ 1^{ère} civ., 25 janvier 2017, pourvoi n° 15-25.210, *publication en cours*.

⁹⁷⁹ Terme utilisé par P. DEUMIER, « Règle recherche source désespérément (histoire d'un transfert normatif de l'ordonnance royale de 1681 vers la coutume internationale) », *RTD civ.* 2009 p. 490.

⁹⁸⁰ 1^{ère} civ., 28 novembre 2012, 12-30.090, *Bull.* 2012, I, n° 245 ; 1^{ère} civ., 27 février 2013, pourvoi n° 12-30.004, Inédit ; 1^{ère} civ., 6 mars 2013, pourvoi n° 12-30.002, Inédit ; 1^{ère} civ., 13 avril 2016, pourvoi n° 15-50.018, *Publication en cours*.

être produits en France doivent, au préalable, selon la coutume internationale et sauf convention contraire, être légalisés pour y produire effet ». Le visa de la coutume internationale correspond donc à une règle bien plus précise que ce qu'il n'y paraît de prime abord. Cette règle avait été auparavant appliquée mais sur le fondement des articles 47 du code civil dans sa rédaction antérieure au 26 novembre 2003 et 23 du titre IX du livre 1^{er} de l'ordonnance royale d'août 1681⁹⁸¹. En effet, aux termes de ce dernier texte « tous actes expédiés dans les pays étrangers où il y aura des consuls ne feront aucune foi, s'ils ne sont pas par eux légalisés ». On aurait pu penser qu'il avait été implicitement abrogé par l'article 47 du code civil aux termes duquel « Tout acte de l'état civil des français et des étrangers, fait en pays étranger, fera foi, s'il est rédigé dans les formes usitées dans ledit pays », mais on a plutôt considéré que c'était le caractère spécial du texte de 1681 qui devait prévaloir. Cette ordonnance ayant été abrogée par l'article 7-I-8° de l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques, son visa devenait impossible pour les affaires postérieures.

Certains auteurs ont estimé qu'il s'agissait d'une abrogation par mégarde⁹⁸², d'autres l'ont qualifiée d'hâtive⁹⁸³. C'est donc un oubli que la Cour de cassation est venue réparer en reprenant une règle abrogée par erreur⁹⁸⁴ et lui octroyant un nouveau fondement, celui de la coutume internationale.

Le visa de la coutume internationale s'avère mieux adapté que celui de l'ordonnance d'août 1681, texte très ancien dont on pouvait considérer qu'il avait été implicitement abrogé par l'adoption du code civil⁹⁸⁵. L'absence de recherche d'un support textuel à la règle a peut-être un lien avec la légalisation alors toute récente du visa de principes.

⁹⁸¹ 1^{ère} civ., 14 novembre 2007, pourvoi n° 07-10.935, *Bull.* 2007, I, n° 356.

⁹⁸² P. DEUMIER, « Règle recherche source désespérément (histoire d'un transfert normatif de l'ordonnance royale de 1681 vers la coutume internationale) », *RTD civ.* 2009 p. 490.

⁹⁸³ P. CHEVALIER, « La légalisation des actes de l'état civil étrangers : une exigence devenue coutumière », *D.* 2009 p. 2004.

⁹⁸⁴ En ce sens, Rapport de B. VASSALO, conseiller référendaire, rapporteur pour l'avis n° 011 00005P du 4 avril 2011.

⁹⁸⁵ Considérant toutefois qu'il est permis de douter de l'existence d'une telle coutume : P. GUEZ, « Quand la Cour de cassation fait obstacle à l'adoption plénière des enfants d'Haïti », *D.* 2011, p. 2016 : « La norme coutumière, en effet, ne peut se déduire du simple fait que la légalisation est une pratique courante. Elle suppose que soient caractérisées non seulement une pratique générale, mais également une *opinio juris*, c'est-à-dire la conviction qu'elle doit présenter un caractère obligatoire. Or la multiplicité des conventions internationales simplifiant ou supprimant la légalisation peut faire douter de l'émergence de cette *opinio juris* au plan international. Cette multiplicité en fait « une procédure subsidiaire » et « emporte peu à peu disparition de la situation à l'origine de la coutume internationale, à supposer qu'une telle coutume ait existé ».

2) Continuité dans l'espace

La cohérence des solutions dans l'espace se conçoit à différentes échelles. Il peut s'agir d'harmoniser les solutions retenues dans un champ du droit, entre plusieurs juridictions, entre deux ordres de juridictions, ou encore entre les États.

299. Principe suppléant la carence des textes : respect des droits de la défense. Le visa du principe du respect des droits de la défense dans les arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation intervient fréquemment en matière de rétention des étrangers⁹⁸⁶. Il semble qu'une telle présence pallie le manque de réglementation de la procédure en la matière. Le code de procédure civile n'étant pas applicable, la Cour de cassation n'a d'autre alternative que de viser des principes. D'une manière plus générale, le visa du principe du respect des droits de la défense permet d'appliquer les principes directeurs du procès civil en dehors du procès⁹⁸⁷.

300. La coordination des solutions au sein d'une même affaire. Le principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil, qui est souvent visé⁹⁸⁸, permet d'éviter qu'il puisse exister une contrariété de solutions entre la juridiction civile et la juridiction pénale dans un même affaire. Si le principe a perdu de son étendue depuis que la loi du 10 juillet 2000 a mis un terme à l'unité des fautes civiles et pénales⁹⁸⁹, il permet toujours une continuité des solutions entre la juridiction pénale et la juridiction civile, en ce que les faits constatés par le juge pénal sont constants devant le juge civil tant en ce qui concerne leur matérialité qu'en ce qui concerne leur qualification⁹⁹⁰.

Présent de longue date dans les arrêts⁹⁹¹, le principe a été visé dès 1956⁹⁹². Il a donc été visé dès que la pratique des visas de principes l'a permis. Pourtant, encore aujourd'hui, il arrive

⁹⁸⁶ Ainsi, 1^{ère} civ., 1^{er} juillet 2009, pourvoi n° 08-14.884, *Bull.* 2009, I, n° 148 ; 1^{ère} civ., 20 juin 2006, pourvoi n° 05-18.776, *Bull.* 2006, I, n° 320 ; 1^{ère} civ., 4 juillet 2006, pourvoi n° 05-10.879, *Bull.* 2006, I, n° 349 ; 1^{ère} civ., 6 juillet 2005, pourvoi n° 04-50.047, *Bull.* 2005, I, n° 311.

⁹⁸⁷ Ainsi, dans la procédure d'exclusion d'une association, 1^{ère} civ., 21 novembre 2006, pourvoi n° 05-13.041, *Bull.* 2006, I, n° 496.

⁹⁸⁸ Par exemple, Ch. mixte, 10 octobre 2008, pourvoi n° 04-16.174, *Bull.* 2008, *Ch. mixte*, n°2 : principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil : « Attendu que seules les décisions définitives des juridictions pénales statuant au fond sur l'action publique ont au civil autorité à l'égard de tous » ; 2^{ème} civ., 17 avril 2008, pourvoi n° 06-20.992, *Bull.* 2008, II, n° 89 : « Vu le Principe de l'autorité, au civil, de la chose jugée au pénal et les articles 314-1 et 441-1 du code pénal ».

⁹⁸⁹ T. GARÉ, C. GINESTET, *Droit pénal. Procédure pénale*, Dalloz Hypercours, 2016, p. 156.

⁹⁹⁰ 1^{ère} civ., 24 octobre 2012, pourvoi n° 11-20.442, *Bull.* 2012, I, n° 209.

⁹⁹¹ Cass. civ., 7 mars 1855, *D.* 1855, 1, p. 81.

⁹⁹² 2^{ème} civ. 5 janvier 1956, *JCP G* 1956, II, 9140.

que la Cour de cassation fonde le principe sur l'ancien article 1351 du code civil⁹⁹³ ce qui est regrettable, ce texte ne concernant que l'autorité relative de la chose jugée au civil. En effet, l'autorité de la chose jugée en matière civile ne s'étend pas aux motifs qui sont le soutien nécessaire du dispositif contrairement à l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil⁹⁹⁴. Le visa du principe est donc bien mieux en adéquation avec la règle appliquée.

301. La prise en compte de la jurisprudence administrative. Certains visas non textuels ont pour fonction de permettre une réception des règles venant de champs du droit auxquels la Cour de cassation est en principe étrangère, comme celles issues de la jurisprudence administrative. Ainsi, le visa des « règles régissant la responsabilité des agents des services publics »⁹⁹⁵, des « principes régissant la responsabilité de la personne publique »⁹⁹⁶, du « principe d'entrée en vigueur immédiate des décisions administratives »⁹⁹⁷ opèrent un renvoi aux règles du droit public issues de la jurisprudence administrative.

302. La prise en compte des pratiques étrangères. La cohérence peut aussi être recherchée à une échelle plus vaste que l'échelle étatique. Le visa des « principes de droit international régissant l'immunité de juridiction des États étrangers »⁹⁹⁸ ou relatifs à l'immunité de juridiction⁹⁹⁹, de même que le visa « des principes du droit international régissant l'immunité d'exécution des États »¹⁰⁰⁰ correspondent à une référence à la pratique des autres États. En effet, c'est le caractère partagé de la règle qui fonde celle-ci. En atteste le visa des « règles du droit international coutumier relatives à l'immunité d'exécution des États » apparu dans un arrêt du 13 mai 2015¹⁰⁰¹.

⁹⁹³ 2^{ème} civ., 30 juin 2016, pourvoi n° 14-25.070, *publication en cours* : « Vu l'article 1351 du code civil ; Attendu que l'autorité de la chose jugée au pénal s'étend aux motifs qui sont le soutien nécessaire du chef de dispositif prononçant la décision ».

⁹⁹⁴ Ass. plén., 13 mars 2009, pourvoi n° 08-16033, *Bull.* 2009, A.P., n° 3.

⁹⁹⁵ 1^{ère} civ., 6 février 2007, pourvoi n° 06-10.403, *Bull.* 2007, I, n° 49 : « Vu les règles régissant la responsabilité des agents des services publics ensemble l'article L. 2122-32 du code général des collectivités territoriales ; (...) les actes accomplis par le maire en sa qualité d'officier d'état civil, qui concernent le fonctionnement du service public de l'état civil placé sous le contrôle de l'autorité judiciaire, le sont au nom et pour le compte de l'État ; que pour l'appréciation de la responsabilité de cet agent public, qui ressortit à la compétence des juridictions judiciaires, le juge doit se référer aux règles du droit public ».

⁹⁹⁶ 2^{ème} civ., 13 novembre 1968, *Bull.* 1968, n° 266 ; 1^{ère} civ., 10 juin 1986, pourvoi n° 84-15.740, *Bull.* 1986, I, n° 160. « Vu les principes régissant la responsabilité de la puissance publique à l'égard de ses collaborateurs » : 1^{ère} civ., 30 janvier 1996, pourvoi n° 91-20.266, *Bull.* 1996, I, n° 51 ; 1^{ère} civ., 26 septembre 2007, pourvoi n° 06-13.772, *Bull.* 2007, I, n° 305.

⁹⁹⁷ 1^{ère} civ., 12 décembre 2006, pourvoi n° 05-20.782, *Bull.* 2006, I, n° 548.

⁹⁹⁸ 1^{ère} civ., 9 mars 2011, pourvoi n° 10-10.044, *Bull.* 2011, I, n° 54.

⁹⁹⁹ 1^{ère} civ., 19 novembre 2008, pourvoi n° 07-10.570, *Bull.* 2008, I, n° 266 ; 1^{ère} civ., 20 septembre 2006, pourvoi n° 05-14.199, *Bull.* 2006, I, n° 411.

¹⁰⁰⁰ 1^{ère} civ., 19 novembre 2008, pourvoi n° 07-10.570, *Bull.* 2008, I, n° 266 ; 1^{ère} civ., 25 avril 2006, pourvoi n° 02-17.344, *Bull.* 2006, I, n° 202 (les principes régissant les immunités de juridiction).

¹⁰⁰¹ 1^{ère} civ., 13 mai 2015, pourvoi n° 13-17.751, *publication en cours*.

303. Le visa non textuel permet donc souvent une cohérence intellectuelle et matérielle des solutions. Cependant, la recherche de cohérence n'est pas la seule raison pour laquelle un principe ou une règle accède au visa. Un tel visa peut en effet avoir pour cause le besoin de justifier une solution.

§2. Le besoin rhétorique

304. Alors même que l'article 1020 du code de procédure civile prévoit que la Cour de cassation vise la règle de droit sur laquelle la cassation est fondée, il est extrêmement rare de voir apparaître au visa une règle de droit, et ce même lorsque le *principe* visé s'apparente plutôt à une règle de droit. Ainsi, la chambre commerciale vise le « principe selon lequel la fraude ne se présume pas »¹⁰⁰² alors que l'on est face à une application plus précise des règles générales de charge de la preuve. Il y a certainement derrière cette pratique l'idée qu'un principe est plus à même de fonder un arrêt. Le visa d'un principe aurait une force rhétorique plus grande que celui d'une règle.

Le visa non textuel peut être une étape dans l'autonomisation d'un principe (A). En effet, le fait de détacher un principe des textes peut permettre d'élargir son champ d'application. Le visa non textuel peut aussi avoir pour fonction de renforcer l'assise d'une règle jurisprudentielle nouvelle. En effet, un visa non textuel peut être mobilisé à l'occasion d'un revirement de jurisprudence (B).

A. Le visa de principes au service de leur autonomisation

305. L'autonomisation d'un principe ou d'une règle permet en général d'en élargir le champ d'application, car elle rend possible sa propagation d'un champ à un autre (1). Parfois, cependant, l'autonomisation du principe ou de la règle semble être directement causée par la nécessité d'en circonscrire le champ d'application (2).

¹⁰⁰² Com., 7 octobre 2008, pourvoi n° 07-18.635, *Bull.* 2008, IV, n° 168.

1) L'autonomisation au service de la propagation

306. Le visa des « principes généraux du droit électoral ». Les « principes généraux du droit électoral » sont apparus pour la première fois au visa d'un arrêt le 8 décembre 2010¹⁰⁰³. Jusqu'alors, la référence aux principes généraux du droit électoral était opérée par le biais des articles L. 2314-23 et L. 2324-21 du code du travail qui y renvoient explicitement, renvoi qui permettait d'appliquer les dispositions du code électoral aux élections des représentants du personnel¹⁰⁰⁴.

On peut donc considérer que la fonction des « principes généraux du droit électoral » est d'assurer une certaine cohérence dans les règles applicables aux élections. Cette instrumentalisation a été opérée par le législateur. Mais le visa du corps de principes a une fonction différente de celle du corps de principes lui-même. En effet, c'est pour justifier l'annulation d'élections en dehors de toute référence à une disposition du code électoral que le visa du corps de principes a été employé pour la première fois¹⁰⁰⁵. C'était alors la méconnaissance du principe de sincérité du scrutin qui justifiait la cassation. Le visa des « principes généraux du droit électoral » permet d'autonomiser le corps de principes par rapport aux dispositions du code électoral. Ainsi, il vient justifier l'annulation d'élections si l'employeur n'a pas respecté son obligation de neutralité¹⁰⁰⁶ et la prise en compte des manœuvres de l'employeur susceptibles d'affecter la sincérité du scrutin¹⁰⁰⁷. À partir du moment où une telle autonomisation a lieu, les dispositions du code électoral peuvent être appliquées à des élections pour lesquelles le renvoi n'a pas été opéré dans la loi, comme l'élection du représentant des salariés lors de l'ouverture d'une procédure collective¹⁰⁰⁸ ou l'élection des membres du CHSCT¹⁰⁰⁹.

Le visa du corps de principes justifie aussi l'application aux élections des membre du CHSCT des articles L. 2314-24 et L. 2324-22 du code du travail qui prévoient la possibilité de raturer le nom de certains candidats de la liste¹⁰¹⁰.

¹⁰⁰³ Soc., 8 décembre 2010, pourvois n° 10-60.173 et 10-60.174, Inédit.

¹⁰⁰⁴ Cf. *supra* n° 271.

¹⁰⁰⁵ Soc., 8 décembre 2010, pourvois n° 10-60.173 et 10-60.174, Inédit.

¹⁰⁰⁶ Soc., 31 mai 2011, pourvoi n° 10-60.228, Inédit.

¹⁰⁰⁷ Soc., 4 juillet 2012, pourvoi n° 11-60.216, Inédit.

¹⁰⁰⁸ Ainsi, Soc., 15 juin 2011, pourvois n° 10-60.392 et 10-60.393, *Bull.* 2011, V, n° 156 ; Soc., 28 novembre 2012, pourvoi n° 12-60.147, Inédit.

¹⁰⁰⁹ Soc., 30 novembre 2011, pourvoi n° 11-11.560, *Bull.* 2011, V, n° 280 ; Soc., 18 janvier 2017, pourvoi n° 15-27.730, *publication en cours*. Dans ce dernier arrêt, les principes sont visés aux côtés de l'article L. 4613-1 du code du travail, texte général ne faisant pas référence aux principes généraux du droit électoral.

¹⁰¹⁰ Soc., 30 novembre 2011, pourvoi n° 11-11.560, *Bull.* 2011, V, n° 280.

Le visa du corps de principes semble alors libérer la Cour, qui peut poser que, selon les principes généraux du droit électoral, le bureau de vote est composé « des deux salariés électeurs les plus âgés, et du salarié électeur le plus jeune »¹⁰¹¹. Il ne s'agit assurément plus de faire référence aux dispositions du code électoral. La référence semble faite ici aux usages de l'entreprise. Le principe peut aussi découler d'un ensemble de dispositions prévues dans le code électoral, comme quand elle vise un « principe général du droit électoral donnant préférence au candidat le plus âgé en cas d'égalité de vocation de deux candidats à être élus »¹⁰¹².

Le principe de sincérité du scrutin s'est par ailleurs détaché des principes généraux du droit électoral pour être appliqué aux élections ordinaires¹⁰¹³.

307. Visa des principes « à travail égal, salaire égal » et d'égalité de traitement. Le principe « à salaire égal, travail égal » apparaît pour la première fois au visa d'un arrêt de la chambre sociale du 18 mai 1999¹⁰¹⁴. Avant cela, il était apparu dans des arrêts de rejet en date du 29 octobre 1996¹⁰¹⁵ et du 15 décembre 1998¹⁰¹⁶, précisant que la règle à travail égal, salaire égal était énoncée par les articles L. 133-5.4° et L. 136-2.8° (anciens) du code du travail.

En effet, ces articles prévoyaient respectivement que les conventions de branche devaient obligatoirement contenir, pour pouvoir être étendues au niveau national, des dispositions concernant les modalités d'application du principe « à travail égal, salaire égal », et que « la commission nationale de la négociation collective [était] chargée (...) de suivre annuellement l'application dans les conventions collectives du principe « à travail égal, salaire égal » ».

Et si, dans un premier temps, une fois le principe « hissé jusqu'à l'honneur du visa »¹⁰¹⁷, la référence aux articles du code du travail dont il est extrait persiste dans un chapeau interne de l'arrêt¹⁰¹⁸ ou aux côtés du principe dans le visa¹⁰¹⁹, il acquiert rapidement une indépendance¹⁰²⁰, à tel point qu'il est précisé que ce sont les articles L. 122-3-3, L. 133-5, 4, L. 136-2, 8 et L. 140-2

¹⁰¹¹ Soc., 16 octobre 2013, pourvoi n° 12-21.448, *Bull.* 2013, V, n° 239.

¹⁰¹² Soc., 14 décembre 2015, pourvoi n° 14-26.992, *Publication en cours*.

Articles L 338-1, L 126, L 262, L 273-8, L 294, L 288, L 338, L 366, LO 485, LO 512, LO 540, L 558-4, L 558-8, R 253, R 148-3, L 558-9 du code électoral.

¹⁰¹³ 1^{ère} civ., 28 juin 2007, pourvoi n° 06-60.143, *Bull.* 2007, I, n° 244.

¹⁰¹⁴ Soc., 18 mai 1999, pourvois n° 98-40.201 et 98-40.202, *Bull.* 1999, V, n° 213.

¹⁰¹⁵ Soc., 29 octobre 1996, pourvoi n° 92-43.680, *Bull.* 1996, V, n° 359.

¹⁰¹⁶ Soc., 15 décembre 1998, pourvoi n° 95-43.630, *Bull.* 1998, V, n° 551.

¹⁰¹⁷ J.-P. GRIDEL, « La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », *D.* 2002 p. 228.

¹⁰¹⁸ Soc., 18 mai 1999, pourvois n° 98-40.201 et 98-40.202, *Bull.* 1999, V, n° 359.

¹⁰¹⁹ Soc., 11 décembre 2002, pourvoi n° 00-46.800, Inédit ; Soc., 1 juin 2005, pourvoi n° 04-42.143, *Bull.* 2005, V, n° 185.

¹⁰²⁰ Soc., 13 janvier 2004, pourvoi n° 01-46.407, *Bull.* 2004, V, n° 1.

du code du travail qui s'inspirent de ce principe¹⁰²¹ et non l'inverse. La référence à ces articles aux côtés du principe¹⁰²² ou dans un attendu¹⁰²³ lorsque la juridiction du fond en a fait application alors que la situation respective des salariés n'était pas identique, justifiant ainsi une différence de rémunération, semble alors facultative et disparaît par la suite.

Ainsi, la Cour de cassation ne se réfère pas aux textes en cas d'application du principe par la juridiction du fond alors que les salariés n'étaient pas dans une situation identique¹⁰²⁴ ou de refus d'application sans que l'employeur n'ait justifié de la différence de situation¹⁰²⁵. De même, des cassations pour manque de base légale interviennent sur le seul fondement du principe, que l'on ne sache pas si la différence était justifiée¹⁰²⁶, ou que l'on ne sache pas si elle était injustifiée¹⁰²⁷.

L'aboutissement de l'autonomisation du principe « à travail égal, salaire égal » a été la consécration du « principe d'égalité de traitement »¹⁰²⁸ qui le concurrence désormais.

¹⁰²¹ Soc., 1 décembre 2005, pourvoi n° 03-47.197, *Bull.* 2005, V, n° 346.

¹⁰²² Soc., 28 avril 2006, pourvoi n° 03-47.171, *Bull.* 2006, V, n° 152.

¹⁰²³ Soc., 31 octobre 2006, pourvoi n° 03-42.641, *Bull.* 2006, V, n° 320.

¹⁰²⁴ Soc., 3 mai 2006, pourvoi n° 03-42.920, *Bull.* 2006, V, n° 160 et 27 arrêts non publiés, pourvois n° 05-41.014 ; 04-42.677 ; 03-45.057 ; 04-46.846 ; 04-43.124 ; 03-45.175 ; 04-48.242 ; 03-47.766 ; 05-40.458 ; 03-47.227 ; 04-41.676 ; 03-42.939 ; 04-41.679 ; 04-41.631 ; 04-41.677 ; 03-42.941 ; 05-40.438 ; 05-40.444 ; 04-45.468 ; 03-44.352 ; 05-40.447 ; 04-43.312 ; 04-46.137 ; 04-43.647 ; 04-46.136 ; 02-46.153 ; Soc., 21 juin 2006, (5 arrêts), pourvois n° 05-41.774 ; 05-42.837 ; 05-42.355 ; 05-41.775 ; 05-43.563 ; 05-43.211 ; Soc., 12 juillet 2006, (4 arrêts), pourvois n° 05-44.404 ; 05-44.350 ; 05-44.518 ; 04-45.662 ; Soc., 12 juillet 2006, pourvoi n° 04-46.104, Inédit (ici la différence de situation tient au fait que les salariés n'appartenaient pas à la même entreprise) ; Soc., 12 juillet 2006, pourvoi n° 05-44.519, Inédit ; Soc., 12 juillet 2006, pourvoi n° 05-44.426, Inédit ; Soc., 26 septembre 2006, pourvoi n° 05-43.565, Inédit ; Soc., 4 décembre 2007, pourvoi n° 06-44.041, *Bull.* 2007, V, n° 203.

¹⁰²⁵ Soc., 25 mars 2009, pourvoi n° 08-41.229, *Bull.* 2009, V, n° 88 ; Soc., 30 avril 2009, pourvoi n° 07-40.527, *Bull.* 2009, V, n° 121 ; Soc., 9 décembre 2015, pourvoi n° 14-10.874, *publication en cours*.

¹⁰²⁶ La cour d'appel considère que le principe n'a pas été violé : Soc., 15 mai 2007, pourvois n° 05-42.894 et 05-42.895, *Bull.* 2007, V, n° 75 ; Soc., 12 février 2008, pourvois n° 06-45.397, 06-45.398, 06-45.399, 06-45.400 et 06-45.401, *Bull.* 2008, V, n° 36 ; Soc., 16 décembre 2008, pourvoi n° 07-42.107, *Bull.* 2008, V, n° 250 ; Soc., 24 septembre 2014, pourvois n° 13-10.233 et 13-10.234, *Bull.* 2014, V, n° 200.

¹⁰²⁷ La cour d'appel a fait application du principe : Soc., 9 mai 2006, pourvoi n° 04-46.771, Inédit ; Soc., 12 juillet 2006, pourvoi n° 05-44.508, Inédit ; Soc., 12 juillet 2006, pourvoi n° 05-44.509, Inédit ; Soc., 24 septembre 2008, pourvois n° 06-43.529 et 06-43.530, *Bull.* 2008, V, n° 174 ; Soc., 22 octobre 2008, pourvoi n° 06-46.215, *Bull.* 2008, V, n° 198.

¹⁰²⁸ En ce sens, J. BARTHÉLÉMY, « Le principe d'égalité de traitement », *Les Cahiers du DRH*, n° 157, 1er septembre 2009.

Le principe d'égalité de traitement est plus large que le principe « à travail égal salaire égal »¹⁰²⁹, puisqu'il peut être utilisé dans des hypothèses qui ne concernent pas directement le salaire¹⁰³⁰, et il pourrait à terme supplanter le principe « à travail égal, salaire égal ».

Ce n'est sûrement pas un hasard si le principe d'égalité de traitement est apparu au visa d'un arrêt seulement quelques jours après la transposition de la directive du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail¹⁰³¹. Celle-ci conférerait au principe une nouvelle légitimité.

La notion de différence de situation a subi des fluctuations¹⁰³², de même que la charge de la preuve de celle-ci¹⁰³³, aboutissant finalement à une présomption de justification de la différence de traitement entre catégories socio-professionnelles opérée par voie de convention collective ou

¹⁰²⁹ C. RADÉ, « Le principe d'égalité de traitement, nouveau principe fondamental du droit du travail », *Dr. soc.* 2008 p. 981 ; C. RADÉ, « Égalité de traitement. Différences. Justification. Qualité de cadre », *Dr. soc.* 2009 p. 1002 : « La reconnaissance en 2008 d'un principe d'égalité de traitement a permis à la chambre sociale de la Cour de cassation d'étendre le champ d'application du principe « à travail égal, salaire égal » à des hypothèses où n'est en cause ni le salaire, ni plus largement la rémunération des salariés de l'entreprise ».

¹⁰³⁰ Ainsi, application du principe en matière de rémunération des salariés : Soc., 10 juin 2008, pourvoi n° 06-46.000, *Bull.* 2008, V, n° 130 ; application du principe en matière de licenciement économiques : Soc., 29 juin 2017, pourvoi n° 15-21.008, *publication en cours* et Soc. 19 juin 2017, pourvois n° 16-12.007, 16-12.009 et autres, *publication en cours*. Noter qu'auparavant, c'était au visa de l'ancien article L321-4-1 du code du travail, relatif à la procédure de licenciement économique, que la solution avait été retenue : Soc., 10 juillet 2001, pourvoi n° 99-40.987, *Bull.* 2001, V, n° 255.

¹⁰³¹ Directive européenne n°2000-78 du 27 novembre 2000 2000/78/CE du conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

Transposée par la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

¹⁰³² Soc., 4 décembre 2007, pourvoi n° 06-44.041, *Bull.* 2007, V, n° 203 : « le maintien d'un avantage acquis en cas de mise en cause de l'application d'un accord collectif dans les conditions prévues à l'article L. 132-8, alinéa 7, du code du travail ne méconnaît pas le principe " à travail égal, salaire égal " » ;

Soc., 12 février 2008, pourvois n° 06-45.397, 06-45.398, 06-45.399, 06-45.400 et 06-45.401, *Bull.* 2008, V, n° 36 : « au regard de l'application du principe "à travail égal, salaire égal", la seule circonstance que les salariés aient été engagés avant ou après la dénonciation d'un engagement unilatéral ne saurait justifier des différences de traitement entre eux » (revirement, mais face à un engagement unilatéral) ;

Soc., 24 septembre 2008, pourvois n° 06-43.529 et 06-43.530, *Bull.* 2008, V, n° 174 : « qu'au regard du principe à travail égal, salaire égal, la seule circonstance que les salariés aient été engagés avant ou après l'entrée en vigueur d'un accord collectif ou d'un engagement unilatéral de l'employeur, ne saurait suffire à justifier des différences de traitement entre eux, pour autant que cet accord collectif ou cet engagement unilatéral n'a pas pour objet de compenser un préjudice subi par les salariés lors de son entrée en vigueur ; que tel est le cas lorsque des salariés, présents lors de la dénonciation d'un accord collectif, bénéficient d'un maintien partiel de leurs avantages individuels acquis destiné à compenser la perte de rémunération subie à l'occasion du passage d'une rémunération en pourcentage à une rémunération fixe » (extension à l'accord collectif) ;

Soc., 1^{er} juillet 2009, pourvoi n° 07-42.675, *Bull.* 2009, V, n° 168 (extension aux conventions collectives).

¹⁰³³ Considérant que la charge de la preuve de la justification de traitement revenait à l'employeur : Soc., 30 avril 2009, pourvoi n° 07-40.527, *Bull.* 2009, V, n° 121 : « Attendu qu'il appartient à l'employeur d'établir que la différence de rémunération constatée entre des salariés effectuant un même travail ou un travail de valeur égale, est justifiée par des éléments objectifs et pertinents que le juge contrôle ».

De même, Soc., 24 septembre 2014, pourvois n° 13-10.233 et 13-10.234, *Bull.* 2014, V, n° 200.

d'accord collectif¹⁰³⁴, puis aux salariés exerçant des fonctions différentes¹⁰³⁵ et aux accords d'établissements singés les organisations syndicales représentatives¹⁰³⁶.

On observe donc une diminution du champ d'application du principe¹⁰³⁷, mais qui ne modifie en rien la fonction du visa de ce principe, qui est de permettre une autonomie des solutions par rapport aux textes régissant la matière.

308. Le principe compétence-compétence. Les itinéraires des principes sont parfois tortueux. C'est le cas du principe compétence-compétence, qui, positivement, signifie que le juge arbitral est juge de sa propre compétence. Ce principe a été consacré à l'article 1466 du code de procédure civile par un décret du 5 décembre 1981¹⁰³⁸. Négativement, ce principe signifie que le juge étatique ne peut, en présence d'une clause compromissoire, écarter la compétence de l'arbitre, sauf inapplicabilité ou nullité manifeste de la clause.

Le principe compétence-compétence, selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence, semble être, à première vue, parfaitement inutile. En effet, il fait office de doublon, puisqu'il ne fait que reprendre les dispositions des articles 1465¹⁰³⁹ et 1448¹⁰⁴⁰ du code de procédure civile.

En réalité, le visa du principe selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence tient au fait que ces dispositions du code de procédure civile n'étaient, jusqu'en 2011 applicables qu'en matière d'arbitrage interne, ou lorsque l'arbitrage international était soumis à la loi française¹⁰⁴¹.

Dans un premier temps la Cour de cassation a énoncé que l'article 1458 était applicable en matière internationale¹⁰⁴². Ensuite, l'article 1458 a été délaissé dans les litiges internationaux.

¹⁰³⁴ Soc., 27 janvier 2015, pourvoi n° 13-22.179, *Bull.* 2015, V, n° 9.

¹⁰³⁵ Soc., 8 juin 2016, pourvoi n° 15-11.324 et autres (nombreux pourvois), *publication en cours*.

¹⁰³⁶ Soc., 3 novembre 2016, pourvoi n° 15-18.444, *publication en cours*.

¹⁰³⁷ En ce sens, F. MOREL, « En finir avec le principe général d'égalité de traitement », *Sem. soc. Lamy* 14 mars 2016, n° 1714.

¹⁰³⁸ Décret n° 81-500 du 12 mai 1981 instituant les dispositions des livres III et IV du nouveau code de procédure civile et modifiant certaines dispositions de ce code. Jusqu'alors, la Cour de cassation distinguait entre le contrôle de l'étendue de la compétence et celui de l'existence de celle-ci : E. LOQUIN, « Arbitrage – Compétence arbitrale – Conflit entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *J.-Cl. procédure civile* fasc. 1034, spéc. n° 56.

¹⁰³⁹ Et ancien article 1466 du code civil.

¹⁰⁴⁰ Et ancien article 1458 du code civil.

¹⁰⁴¹ Ancien article 1495 cpc : « Lorsque l'arbitrage international est soumis à la loi française, les dispositions des titres I, II et III du présent livre ne s'appliquent qu'à défaut de convention particulière et sous réserve des articles 1493 et 1494 ».

¹⁰⁴² 1^{ère} civ., 28 juin 1989, pourvoi n° 88-10.286, *Bull.* 1989, I, n° 255 ; Com., 20 mai 1997, pourvois n° 95-16.192 et 95-20.943, *Bull.* 1997, IV, n° 153.

En effet, dès 1999, la première chambre civile vise, en matière d'arbitrage international, « le principe selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence » pour sanctionner les juridictions qui n'ont pas relevé le caractère manifeste de la nullité de la convention d'arbitrage avant de l'écarter¹⁰⁴³.

Très vite, le contenu de ce principe a été modifié, un arrêt du 16 octobre 2001 introduisant la possibilité pour le juge étatique de vérifier, en plus de la nullité manifeste de la clause arbitrale, son inapplicabilité manifeste¹⁰⁴⁴. À partir de cette date, les arrêts visant le principe selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence précisent que seules la nullité manifeste de la convention d'arbitrage ou son inapplicabilité évidente sont de nature à y faire obstacle¹⁰⁴⁵.

Cette solution est reprise en matière arbitrage non international au visa de l'ancien article 1458¹⁰⁴⁶, puis le 25 avril 2006 au visa du « principe selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence »¹⁰⁴⁷.

309. À partir de là, la formulation du principe change, et c'est le principe compétence-compétence qui est toujours visé en matière d'arbitrage international¹⁰⁴⁸ et la plupart du temps en arbitrage interne¹⁰⁴⁹, parfois conjointement à l'article 1458¹⁰⁵⁰.

¹⁰⁴³ 1^{ère} civ., 1 décembre 1999, pourvoi n° 97-21.488, *Bull.* 1999, I, n° 325 ; 1^{ère} civ., 26 juin 2001, pourvoi n° 99-17.120, *Bull.* 2001, I, n° 183.

¹⁰⁴⁴ 1^{ère} civ., 16 octobre 2001, pourvoi n° 99-19.319, *Bull.* 2001, I, n° 254, *Rev. arb.* 2002, p. 919, note D. COHEN ; G. CUNIBERTI et C. KAPLAN, « Principe compétence-compétence et domaine matériel de la clause compromissoire, *JCP E* 7 Février 2002, n° 6, 274.

¹⁰⁴⁵ Ainsi, Com., 4 mars 2003, pourvoi n° 99-17.316, Inédit ; 1^{ère} civ., 16 novembre 2004, pourvoi n° 02-11.866, Inédit.

¹⁰⁴⁶ 2^{ème} civ., 18 décembre 2003, pourvoi n° 02-13.410, *Bull.* 2003, II, n° 393 : « Vu les articles 1458 et 1466 du nouveau code de procédure civile » ; 2^{ème} civ., 8 avril 2004, pourvoi n° 02-16.163, *Bull.* 2004, II, n° 162 ; 1^{ère} civ., 8 novembre 2005, pourvoi n° 02-18.512, *Bull.* 2005, I, n° 402 ; Com., 10 novembre 2009, 07-21.866, Inédit, rectifié par un arrêt du 4 mai 2010.

¹⁰⁴⁷ 1^{ère} civ., 25 avril 2006, pourvoi n° 05-15.528, *Bull.* 2006, I, n° 196.

¹⁰⁴⁸ 1^{ère} civ., 11 juillet 2006, pourvoi n° 04-14.950, *Bull.* 2006, I, n° 364 ; 1^{ère} civ., 28 novembre 2006, pourvoi n° 04-10.384, *Bull.* 2006, I, n° 513 ; 1^{ère} civ., 28 novembre 2006, pourvoi n° 05-10.464, Inédit ; 1^{ère} civ., 23 janvier 2007, pourvoi n° 06-11.157, Inédit ; 1^{ère} civ., 20 février 2007, pourvoi n° 06-14.107, *Bull.* 2007, I, n° 62 ; 1^{ère} civ., 12 décembre 2007, pourvoi n° 07-13.927, Inédit ; 1^{ère} civ., 12 décembre 2007, pourvoi n° 07-13.927, Inédit (noter cependant pour cet arrêt que les informations présentes ne permettent pas de déterminer si on est en matière d'arbitrage interne ou international) ; 1^{ère} civ., 9 juillet 2008, pourvoi n° 07-18.623, Inédit (même remarque) ; 1^{ère} civ., 11 février 2009, pourvoi n° 08-10.341, Inédit (même remarque) ; 1^{ère} civ., 8 avril 2009, pourvoi n° 08-17.548, Inédit ; 1^{ère} civ., 12 novembre 2009, pourvoi n° 09-10.575, Inédit ; 1^{ère} civ., 17 mars 2010, pourvoi n° 08-21.641, Inédit ; 1^{ère} civ., 9 juin 2010, pourvoi n° 08-21.377, Inédit ; 1^{ère} civ., 4 novembre 2010, pourvoi n° 09-12.131, Inédit ; 1^{ère} civ., 23 février 2011, pourvoi n° 10-16.120, Inédit ; 1^{ère} civ., 18 mai 2011, pourvoi n° 10-11.008, Inédit ; Com., 23 avril 2013, pourvoi n° 12-12.101, *Bull.* 2013, IV, n° 67.

¹⁰⁴⁹ 1^{ère} civ., 3 février 2010, pourvoi n° 09-12.669, *Bull.* 2010, I, n° 26 ; 1^{ère} civ., 6 octobre 2010, pourvoi n° 09-68.731, *Bull.* 2010, I, n° 183.

¹⁰⁵⁰ 1^{ère} civ., 4 juillet 2006, pourvoi n° 05-17.460, *Bull.* 2006, I, n° 338 ; 1^{ère} civ., 11 juillet 2006, pourvoi n° 03-11.983, *Bull.* 2006, I, n° 368.

Depuis 2013, on ne retrouve plus le visa du principe compétence-compétence, le nouvel article 1448 du code civil prévoyant depuis 2011 que « lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'État, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable », et étant applicable aux arbitrages internationaux par renvoi de l'article 1506 du code de procédure civile. La confirmation des solutions par le décret de 2011 a ainsi rendu inutile l'invocation du principe¹⁰⁵¹.

Ainsi, même dans un arrêt pour lequel le décret n'est pas applicable, la première chambre civile vise l'article 1458 dans un litige international, pour fonder l'inexistence de la clause d'arbitrage¹⁰⁵², procédant ainsi à une application par anticipation de cette disposition.

310. La justification par le biais d'un principe, même si elle obéit d'abord à un objectif premier de rationalisation du droit, permet de se détacher de la lettre du texte, et anticipe ainsi la justification de créations de règles. Ici, le principe permet d'abord l'application par analogie d'une règle textuelle hors son champ d'application. Ensuite, le fait de s'être détaché du texte permet de modifier sensiblement la règle. Et finalement, cette modification de la règle agit aussi dans le champ d'application d'origine de celle-ci. Le choix de viser un principe n'est donc pas anodin : Un tel acte crée des potentialités non perceptibles au moment de son exécution.

2) L'autonomisation au service d'une limitation

311. L'autonomisation d'un principe ou d'une règle par le biais de son visa peut avoir lieu paradoxalement pour limiter son champ d'application. En effet, la précision du champ d'application d'une règle est plus claire si elle apparaît sous le visa de la règle en question plutôt que sous le visa du texte constituant son fondement.

312. Le visa de « la règle selon laquelle nul ne peut se constituer de titre à soi-même » au service de la limitation de son champ d'application. La règle selon laquelle nul ne peut se constituer de titre ou de preuve à soi-même apparaît en général sous le visa de l'ancien article 1315 du code civil qui régit la charge de la preuve des obligations¹⁰⁵³. Cependant, dans quelques arrêts, cette règle est apparue directement au visa des arrêts.

¹⁰⁵¹ Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, article 2.

¹⁰⁵² 1^{ère} civ., 6 novembre 2013, pourvoi n° 11-18.709, *Bull.* 2013, I, n° 211.

¹⁰⁵³ Soc., 1 avril 1993, pourvoi n° 91-15.456, inédit ; Soc., 15 février 1995, pourvoi n° 90-45.690, Inédit ; 1^{ère} civ., 2 avril 1996, pourvoi n° 93-17.181, *Bull.* 1996, I, n° 170 ; 3^{ème} civ., 18 novembre 1997, pourvoi n° 96-11.775, Inédit ;

C'est d'abord le « principe selon lequel nul ne peut se constituer de titre à soi-même »¹⁰⁵⁴ qui a été visé en 2001, dans un arrêt de la troisième chambre civile, non publié au bulletin. Cet arrêt, bien qu'ayant attiré l'attention d'un auteur en raison de son visa de principe¹⁰⁵⁵, ne faisait qu'une application classique de la règle. L'utilisation du terme de principe n'est pas réapparue par la suite. Ce n'est que dans un arrêt inédit de la première chambre civile du 14 mai 2009 que le visa de « la règle selon laquelle nul ne peut se constituer un titre à soi-même » a ressurgi, aux côtés cette fois de l'ancien article 1315 du code civil pour venir sanctionner l'arrêt d'une cour d'appel qui s'était fondée exclusivement sur un tel titre¹⁰⁵⁶. Cet arrêt, appliquant encore une règle constante, n'a pas fait grand bruit.

La première apparition de la règle au visa d'un arrêt publié au bulletin a eu lieu paradoxalement dans une affaire où elle n'était pas applicable, dans un arrêt de la première chambre civile du 16 juin 2011¹⁰⁵⁷. Il s'agissait dans cet arrêt de la preuve d'un acquiescement tacite à un divorce par l'épouse, que les enfants du défunt mari avaient tenté de rapporter en se fondant notamment sur leurs propres attestations. La cour d'appel avait écarté ces attestations au motif que nul ne peut se constituer de preuve à lui-même. La Cour de cassation retient la solution inverse, au motif que les enfants étaient étrangers à l'acte juridique en question.

De même, c'est pour énoncer l'inapplicabilité de la règle à la preuve d'un fait juridique que le visa combiné de l'article 1315 et du principe est apparu en 2014¹⁰⁵⁸. En effet, la règle n'était

Soc., 11 mai 1999, pourvoi n° 97-41.245, *Bull.* 1999, V, n° 209 ; 1^{ère} civ., 24 septembre 2002, pourvoi n° 00-19.144, *Bull.* 2002, I, n° 219 ; 1^{ère} civ., 14 janvier 2003, pourvoi n° 00-22.894, *Bull.* 2003, I, n° 9 ; 1^{ère} civ., 28 janvier 2003, pourvoi n° 00-20.967, inédit ; 1^{ère} civ., 25 mars 2003, pourvoi n° 00-22.058, Inédit ; Com., 17 décembre 2003, pourvoi n° 02-12.556, Inédit ; 2^{ème} civ., 23 septembre 2004, pourvoi n° 02-20.497, *Bull.* 2004, II, n° 414 ; 1^{ère} civ., 30 novembre 2004, pourvoi n° 02-10.314, Inédit ; 1^{ère} civ., 27 septembre 2005, pourvoi n° 04-11.474, Inédit ; 1^{ère} civ., 18 octobre 2005, pourvoi n° 04-14.248, Inédit ; Com., 21 février 2006, pourvoi n° 04-14.631, Inédit ; 2^{ème} civ., 12 juin 2007, pourvoi n° 06-13.144, Inédit ; 1^{ère} civ., 5 juin 2008, pourvoi n° 06-20.434, Inédit ; Com., 17 mars 2009, pourvoi n° 08-13.283, Inédit ; 1^{ère} civ., 9 décembre 2009, pourvoi n° 08-70.051, Inédit ; Soc., 28 septembre 2011, pourvoi n° 09-67.510, *Bull.* 2011, V, n° 199 ; 1^{ère} civ., 28 avril 2011, pourvoi n° 09-71.657, inédit ; 1^{ère} civ., 10 septembre 2014, pourvoi n° 10-25.181, Inédit ; 1^{ère} civ., 28 octobre 2015, pourvoi n° 14-24.351, Inédit ; Com., 24 mai 2016 (deux arrêts), pourvois n° 14-24.709 et 14-24.710.

¹⁰⁵⁴ 3^{ème} civ., 30 janvier 2001, pourvoi n° 99-14.604, Inédit.

¹⁰⁵⁵ L. LEVENEUR, « Un visa de principe qui attire l'attention », *CCC* n° 5, Mai 2001, comm. 68.

¹⁰⁵⁶ 1^{ère} civ., 14 mai 2009, pourvoi n° 08-10.457, Inédit.

¹⁰⁵⁷ 1^{ère} civ., 16 juin 2011, 10-30.689, *Bull.* 2011, I, n° 112.

¹⁰⁵⁸ 1^{ère} civ., 1 octobre 2014, pourvoi n° 13-24.699, Inédit : De même : « Vu l'article 1315 du code civil, ensemble le principe selon lequel nul ne peut se constituer de preuve à soi-même ; (...) alors que le principe selon lequel nul ne peut se constituer de preuve à soi-même n'est pas applicable à la preuve d'un fait juridique ».

plus applicable à la preuve d'un fait juridique¹⁰⁵⁹, même si la solution inverse avait pu être retenue par le passé¹⁰⁶⁰.

Le visa de la règle, aussi nommée principe ou adage selon les arrêts, est sporadique. La règle semble tellement ancrée dans les habitudes juridiques que sa promotion au visa ne semble pas utile. Son visa n'a pas pour effet une généralisation. Au contraire, le visa de la règle permet de limiter son champ d'application. Ainsi, l'autonomisation d'un principe ou d'une règle peut provenir du besoin de limiter son champ d'application.

B. Le visa de principes justifiant un revirement

313. La fonction rhétorique du visa du principe se ressent particulièrement en matière de revirements de jurisprudence. Des principes qui ne sont visés qu'occasionnellement trouveront là une application privilégiée et certains principes apparaissent pour la première fois au visa dans un arrêt de revirement.

314. Le principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle. Le premier visa du principe de libre exercice d'une activité professionnelle remonte à un arrêt du 10 juillet 2002¹⁰⁶¹ pour justifier un important revirement de jurisprudence. Il a été décidé que « une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives ». Jusqu'alors la Cour de cassation considérait de façon constante que les clauses de non concurrence étaient valables en l'absence de contrepartie financière au visa de l'article 1134 du code civil¹⁰⁶². On comprend que la solution était alors fondée sur la force obligatoire des conventions.

La solution a été réaffirmée par la suite, toujours au visa du principe de libre exercice d'une activité professionnelle aux côtés de l'article L. 120-2 devenu L. 1121-1 du code du travail,

¹⁰⁵⁹ 1^{ère} civ., 4 janvier 2005, pourvoi n° 02-11.339, *Bull.* 2005, I, n° 6 p. 4 (rejet) ; 3^{ème} civ., 3 mars 2010, pourvoi n° 08-21.056 et 08-21.057, *Bull.* 2010, III, n° 52.

¹⁰⁶⁰ 1^{ère} civ., 2 avril 1996, pourvoi n° 93-17.181, *Bull.* 1996, I, n° 170 ; J. MESTRE, « A propos de la règle selon laquelle nul ne peut se constituer une preuve à lui-même », *RTD civ.* 1997 p. 136.

¹⁰⁶¹ Soc., 10 juillet 2002, pourvoi n° 00-45.135, *Bull.* 2002, V, n° 239, note J. PÉLISSIER, « Condition de validité des clauses de non-concurrence », *D.* 2002 p. 3111.

¹⁰⁶² Soc., 11 juillet 2001, pourvoi n° 99-43.627, Inédit.

Un contrôle de la légitimité de la clause était tout de même déjà effectué, la restriction de liberté opérée devant être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise : Soc., 19 novembre 1996, pourvoi n° 94-19.404, *Bull.* 1996, V, n° 392.

aux termes duquel « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». Il s'agit à chaque fois d'énoncer que la contrepartie financière dans une clause de non concurrence est une condition de sa validité¹⁰⁶³. L'application de l'ancien article L. 120-2 du code du travail nécessite que soit apportée une limitation à une liberté, d'où l'énoncé d'une liberté au visa.

À cette combinaison de visas a été ajouté, dans un arrêt du 4 juin 2008, l'article L. 2251-1 du code du travail¹⁰⁶⁴ pour justifier l'application de la solution lorsque c'est dans une convention collective qu'est prévue la possibilité de priver le salarié de la contrepartie indispensable à la validité de la clause de non-concurrence¹⁰⁶⁵, ce qui n'avait jusque-là pas été retenu¹⁰⁶⁶.

En revanche, lorsque ce principe intervient pour écarter une disposition légale en vigueur, c'est le visa de « l'article 6.1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 » qui vient justifier la cassation¹⁰⁶⁷. On voit ici les limites à la justification d'une solution par un principe.

315. Le visa du « principe de la réparation intégrale ». Le « principe de la réparation intégrale »¹⁰⁶⁸, aussi nommé « principe de l'indemnisation intégrale du préjudice »¹⁰⁶⁹, « principe de la réparation intégrale des préjudices »¹⁰⁷⁰, « principe de la réparation intégrale du préjudice »¹⁰⁷¹ ou encore « le principe de la réparation intégrale du préjudice sans perte ni profit »¹⁰⁷² est un principe apparu relativement récemment au visa des arrêts de la Cour de cassation. Autrefois

¹⁰⁶³ Soc., 10 décembre 2008, pourvoi n° 07-41.791, inédit : « Vu le principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle, ensemble l'article L. 120-2 devenu L.1121-1 du code du travail » ; Soc., 28 juin 2006, pourvoi n° 05-40.990, *Bull.* 2006, V, n° 231 : « Vu le principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle, ensemble l'article L. 120-2 du code du travail » ; Soc., 16 mai 2007, pourvoi n° 06-40.019, inédit : « Vu le principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle, ensemble les articles 1134 du code civil et L. 120-2 du code du travail » ; Soc., 10 juillet 2002, pourvois n° 99-43.334 et 99-43.336, *Bull.* 2002, V, n° 239 ; Soc., 10 juillet 2002, pourvoi n° 00-45.387, *Bull.* 2002, V, n° 239 ; Soc., 10 juillet 2002, pourvoi n° 00-45.135, *Bull.* 2002, V, n° 239.

¹⁰⁶⁴ Soc., 4 juin 2008, pourvoi n° 04-40.609, *Bull.* 2008, V, n° 123.

¹⁰⁶⁵ Article L. 2251-1 code du travail : « Une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public ».

¹⁰⁶⁶ En ce sens, Y. SERRA, « Concurrence interdite, Concurrence déloyale et parasitisme », *D.* 2009 p. 1441.

¹⁰⁶⁷ Soc., 16 décembre 2008, pourvoi n° 05-40.876, *Bull.* 2008, V, n° 251.

¹⁰⁶⁸ 2^{ème} civ., 22 octobre 2009, pourvoi n° 07-20.419, *Bull.* 2009, II, n° 258.

¹⁰⁶⁹ 3^{ème} civ., 8 juillet 2009, pourvoi n° 08-10.869, *Bull.* 2009, III, n° 170.

¹⁰⁷⁰ 2^{ème} civ., 10 novembre 2009, pourvoi n° 08-16.920, *Bull.* 2009, II, n° 263.

¹⁰⁷¹ 2^{ème} civ., 19 novembre 2009, pourvoi n° 08-19.380, *Bull.* 2009, II, n° 278.

¹⁰⁷² 2^{ème} civ., 8 décembre 2016, pourvoi n° 13-22.961, *publication en cours* ; 2^{ème} civ., 28 mai 2009, pourvoi n° 08-16.829, *Bull.* 2009, II, n° 131.

appliqué sous le visa du texte générant l'obligation de réparation¹⁰⁷³, il est désormais visé à ses côtés¹⁰⁷⁴.

316. Le premier visa du principe a eu lieu dans une affaire concernant l'évaluation du préjudice subi par une victime d'un accident de la circulation¹⁰⁷⁵. C'est la loi Badinter qui trouvait ici application. Le visa habituel de l'ancien article 1382 du code civil a dû paraître inadapté à la formulation de la règle de la réparation intégrale, ce texte n'étant pas applicable au dommage résultant d'un accident de la circulation. Le visa du principe est donc né à l'origine de l'inadéquation de la pratique consistant à continuer à justifier des solutions sur le fondement du texte¹⁰⁷⁶.

Mais c'est à partir 2009 que le visa de ce principe s'est véritablement développé. Il n'est pas anodin que ce soit sous la formulation du « principe de la réparation intégrale du préjudice sans perte ni profit » que le principe ait été visé pour la première fois dans un arrêt publié¹⁰⁷⁷. Il s'agissait alors de revenir à une conception *étroite et subjective* du préjudice d'agrément, compris désormais dans le déficit fonctionnel temporaire¹⁰⁷⁸.

C'est la multiplication des organismes d'indemnisation des préjudices qui a réactualisé le besoin d'un recours au principe de réparation intégrale. La loi du 21 décembre 2006¹⁰⁷⁹, en modifiant les articles L. 376-1 du code de la sécurité sociale et 31 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985, et prévoyant que le recours des tiers payeurs s'exercerait désormais poste par poste, a rendu la question de savoir quel poste est indemnisé par quelle prestation centrale¹⁰⁸⁰.

¹⁰⁷³ Au visa de l'ancien article 1382 du code civil : Ass. plén., 31 octobre 1991, pourvoi n° 89-11.514, *Bull.* 1991, A.P., n° 6 ; 1^{ère} civ., 16 décembre 1997, pourvoi n° 94-17.061 et 94-20.060, *Bull.* 1997, I, n° 370 ; 2^{ème} civ., 8 juillet 2004, pourvoi n° 02-20.199, *Bull.* 2004, II, n° 391 ; Crim., 24 février 2009, pourvoi n° 08-83.956, *Bull. crim.* 2009, n° 43.

Au visa de l'ancien article 1147 du code civil : 1^{ère} civ., 28 octobre 1997, pourvoi n° 95-17.274, *Bull.* 1997, I, n° 298.

¹⁰⁷⁴ Ainsi, 3^{ème} civ., 4 novembre 2010, pourvoi n° 09-70.235, *Bull.* 2010, III, n° 198.

¹⁰⁷⁵ 2^{ème} civ., 13 décembre 2001, pourvoi n° 99-19.225, Inédit.

¹⁰⁷⁶ Du côté de la chambre criminelle, cette pratique a cependant perduré : Crim., 2 octobre 2002, pourvoi n° 01-87.644, Inédit.

¹⁰⁷⁷ 2^{ème} civ., 28 mai 2009, pourvoi n° 08-16.829, *Bull.* 2009 II, n° 131 (visa du principe aux côtés de l'ancien article 1147 c. civ.).

¹⁰⁷⁸ P. JOURDAIN, « Préjudice d'agrément : la Cour de cassation revient à une conception étroite et subjective », *RTD civ.* 2009 p. 534.

¹⁰⁷⁹ Loi n°2006-1640 du 21 décembre 2006, article 25, JORF 22 décembre 2006.

¹⁰⁸⁰ 2^{ème} civ., 11 juin 2009, pourvoi n° 07-21.768, *Bull.* 2009, II, n° 153 ; 2^{ème} civ., 11 juin 2009, pourvoi n° 08-16.089, *Bull.* 2009, II, n° 154 ; 2^{ème} civ., 11 juin 2009, pourvoi n° 07-21.816, *Bull.* 2009, II, n° 160 ; 2^{ème} civ., 11 juin 2009, 08-11.853, *Bull.* 2009, II, n° 161 ; 2^{ème} civ., 8 octobre 2009, pourvoi n° 08-17.884, *Bull.* 2009, II, n° 244 ; 2^{ème} civ., 22 octobre 2009, pourvoi n° 07-20.419, *Bull.* 2009, II, n° 258 ; 2^{ème} civ., 22 octobre 2009, pourvois n° 08-19.576, 08-19.628, *Bull.* 2009, II, n° 259 ; 2^{ème} civ., 4 février 2010, pourvoi n° 09-11.536, *Bull.* 2010, II, n° 29 ; 2^{ème} civ., 18

D'un autre côté, l'énumération des prestations et indemnités à prendre en compte par la CIVI pour déterminer le montant des sommes allouées à la victime¹⁰⁸¹ a engendré un contentieux relativement important, concernant la question de savoir quelles sommes pouvaient être retranchées¹⁰⁸². Le visa du principe de réparation intégrale aux côtés de l'article 706-9 du code de procédure pénale, à partir de 2009¹⁰⁸³, a permis de fournir une explication au fait que les prestations ayant un caractère indemnitaire devaient être prises en compte¹⁰⁸⁴. Jusqu'alors, la doctrine pouvait se montrer quelque peu circonspecte¹⁰⁸⁵. Et si l'article 1382 apparaissait parfois au visa des arrêts, signifiant probablement que le fondement de la cassation reposait sur le principe de réparation intégrale¹⁰⁸⁶, il n'y avait rien d'explicite.

Le visa du principe s'est rapidement répandu aux autres chambres¹⁰⁸⁷ et types d'affaires¹⁰⁸⁸. Et c'est au visa de ce principe que la deuxième chambre civile a opéré un revirement de jurisprudence décidant qu'il était possible pour la victime de demander l'actualisation de son préjudice fondé sur une incapacité de travail en fonction de la dépréciation monétaire¹⁰⁸⁹.

novembre 2010, pourvois n° 09-69.826, 09-70.362, *Bull.* 2010, II, n° 187 ; 2^{ème} civ., 7 avril 2011, pourvoi n° 10-15.918, *Bull.* 2011, II, n° 89 ; 2^{ème} civ., 12 mai 2011, pourvoi n° 10-17.148, *Bull.* 2011, II, n° 106 (distinction du préjudice d'établissement du préjudice sexuel et du préjudice d'agrément).

¹⁰⁸¹ Art. 706-9 cpp.

¹⁰⁸² 2^{ème} civ., 6 novembre 1996, pourvoi n° 94-17.970 ; 2^{ème} civ., 25 novembre 1999, pourvoi n° 98-13.088, *Bull.* II, n° 180 ; 2^{ème} civ., 13 décembre 2001, pourvoi n° 00-14.494, *Bull.* 2001, II, n° 192 ; 2^{ème} civ., 20 octobre 2005, pourvoi n° 04-13.633, *Bull.* 2005, II, n° 263.

¹⁰⁸³ 1^{ère} civ., 25 juin 2009, pourvoi n° 08-17.912, *Bull.* 2009, II, n° 172 ; 2^{ème} civ., 17 mars 2011, pourvoi n° 10-19.718, *Bull.* 2011, II, n° 68 ; 2^{ème} civ., 11 décembre 2014, pourvoi n° 13-28.774, *Bull.* 2014, II, n° 247.

¹⁰⁸⁴ 2^{ème} civ., 25 novembre 1999, pourvoi n° 98-13.088, *Bull.* 1999, II, n° 180.

¹⁰⁸⁵ P. JOURDAIN, « Tiers payeurs : l'imputation des prestations des groupements mutualistes serait-elle subordonnée à la preuve de leur caractère indemnitaire », *RTD civ.* 2002 p. 112 : « En paraissant subordonner l'imputation des prestations des groupements mutualistes mentionnées par ce texte à la recherche du caractère indemnitaire desdites prestations, la Cour de cassation semblerait ainsi ajouter à la loi une condition qu'elle ne contient pas ».

¹⁰⁸⁶ 2^{ème} civ., 24 mai 2006, pourvoi n° 04-19.210, *Bull.* 2006, II, n° 133 ; 2^{ème} civ. 5 juillet 2006, pourvoi n° 05-16.122, *Bull.* 2006, II, n° 188.

¹⁰⁸⁷ 3^{ème} civ., 8 juillet 2009, pourvoi n° 08-10.869, *Bull.* 2009, III, n° 170.

Cependant, la chambre sociale persistant à viser l'ancien article 1382 du code civil : Soc., 18 novembre 2009, pourvoi n° 08-43.523, *Bull.* 2009, V, n° 260.

¹⁰⁸⁸ 2^{ème} civ., 10 novembre 2009, pourvoi n° 08-16.920, *Bull.* 2009, II, n° 263 : « Vu le principe de la réparation intégrale des préjudices ; (...) Qu'en statuant ainsi, alors que le droit de la victime à obtenir l'indemnisation de son préjudice corporel ne saurait être réduit en raison d'une prédisposition pathologique lorsque l'affection qui en est issue n'a été provoquée ou révélée que par le fait dommageable, la cour d'appel a violé le principe susvisé » ; 2^{ème} civ., 19 novembre 2009, pourvoi n° 08-19.380, *Bull.* 2009, II, n° 278 : « Attendu que l'indemnisation due par l'auteur d'une infraction intentionnelle contre les biens ne peut être réduite en raison de la négligence de la victime lorsqu'il en résulterait pour lui un profit quelconque ».

¹⁰⁸⁹ 2^{ème} civ., 12 mai 2010, pourvoi n° 09-14.569, *Bull.* 2010, II, n° 94, J.-M. SOMMER, L. LEROY-GISSINGER, H. ADIDA-CANAC, S. GRIGNON DUMOULIN, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2010 p. 2102.

Saluant le revirement, P. JOURDAIN, « Évaluation du dommage corporel : les pertes de gains professionnels pendant la période d'incapacité temporaire de travail doivent être actualisées au jour du jugement (revirement de jurisprudence) », *RTD civ.* 2010 p. 576.

De même c'est au visa de ce principe que la deuxième chambre civile vient fonder la possibilité pour une victime par ricochet d'obtenir la réparation de son préjudice économique né du préjudice d'affection¹⁰⁹⁰. La solution se heurtait à un lien de causalité très indirect¹⁰⁹¹. La justification opérée ici par le principe est de l'ordre de la pétition de principe, puisqu'elle revient à affirmer que le préjudice en question constitue bien un préjudice indemnisable.

Il est régulièrement visé, pour décider quels sont les types de préjudices indemnissables¹⁰⁹², contrôler les rattachements des différents types de préjudices aux différents postes¹⁰⁹³, mais aussi pour sanctionner les évaluations forfaitaires du préjudice¹⁰⁹⁴ et permet un contrôle très resserré de l'évaluation du préjudice par les juridictions du fond¹⁰⁹⁵.

Ce visa de principe a donc, selon ses utilisations différents intérêts. D'abord visé pour fonder une règle constante, mais que le visa habituel de l'ancien article 1382 du code civil n'était pas apte à justifier, il permettait une cohérence intellectuelle des solutions. Très vite, c'est pour assoir des solutions jurisprudentielles éparses qu'il a été mobilisé, permettant d'emporter une meilleure adhésion de la doctrine que l'ancien visa. Enfin, il a permis de justifier des solutions nouvelles et revirements de jurisprudence.

Cet exemple permet de mettre en lumière ce qui était déjà visible dans les autres exemples : les différentes fonctions du visa de droit non textuel se retrouvent souvent pour un même visa.

¹⁰⁹⁰ 2^{ème} civ., 28 avril 2011, pourvoi n° 10-17.380, *Bull.* 2011, II, n° 95.

¹⁰⁹¹ J.-M. SOMMER, L. LEROY-GISSINGER, H. ADIDA-CANAC, O.-L. BOUVIER, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2011 p. 2150.

¹⁰⁹² 3^{ème} civ., 10 mars 2016, pourvois n° 15-10.897, 15-16.679, *publication en cours*.

¹⁰⁹³ Soc., 25 septembre 2013, pourvoi n° 12-20.912, *Bull.* 2013, V, n° 202 ; 2^{ème} civ., 4 février 2016, pourvoi n° 10-23.378, *publication en cours* ; 2^{ème} civ., 19 mai 2016, pourvoi n° 15-18.784, *publication en cours*.

¹⁰⁹⁴ 3^{ème} civ., 3 décembre 2015, pourvoi n° 13-22.503, *publication en cours*.

¹⁰⁹⁵ Par exemple, 2^{ème} civ., 15 janvier 2015, pourvois n° 13-27.761, 13-28.050, 13-28.211, 14-12.600, 14-13.107, *Bull.* 2015, II, n° 7.

Conclusion du chapitre

317. L'affirmation selon laquelle « c'est seulement lorsqu'aucun texte ne peut être cité à l'appui de la cassation prononcée que la Cour vise un principe »¹⁰⁹⁶ doit être aujourd'hui relativisée. Il arrive très fréquemment que la Cour de cassation vise un principe alors que celui-ci n'était pas absolument indispensable pour fonder la cassation.

Le développement de la référence à des principes ces trente dernières années peut être vue comme une réponse rationaliste face au déclin du rationalisme¹⁰⁹⁷. Il s'agirait alors d'une réponse « à la fois à la complexification croissante des sociétés contemporaines et à une aspiration non moins forte à la clarté et à la cohérence »¹⁰⁹⁸. En effet, le visa d'un principe permet de rendre une certaine cohérence à des solutions qui, énoncées sous le visa d'un texte n'avaient plus rien à voir avec celui-ci. Le visa non textuel permet aussi une certaine continuité des solutions quand la loi est silencieuse, que ce soit en raison de son abrogation par mégarde ou en raison de la multiplicité des ordres juridiques.

Au-delà de la rationalisation opérée par le visa non textuel, il vient justifier des solutions jurisprudentielles nouvelles. À cet égard, il est important de souligner que le visa non textuel à droit constant emporte la possibilité pour le principe de déployer toutes ses virtualités. Il acquiert une autonomie par rapport au texte sur lequel il était fondé, et peut permettre de justifier des solutions qui jusque-là n'étaient pas envisageables sur le fondement du texte. C'est dire que la fonction rhétorique et la fonction de mise en cohérence du principe sont intimement liées, et il est rare qu'un visa de principe ne présente qu'une seule de ces fonctions tout au long de sa carrière.

L'action justificative du visa de principes étant mise en évidence, il convient de se demander ce qui vient justifier l'existence du principe lui-même. Le principe ne pouvant pas venir justifier lui-même son existence, se pose la question de l'identification des principes visables.

¹⁰⁹⁶ A. PERDRIAU, « Visas, « chapeaux » et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile », *JCP* 1986, I, 3257.

¹⁰⁹⁷ En ce sens, F. MODERNE, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *RFDA* 1999 p. 722.

¹⁰⁹⁸ B. OPPETIT, « Les « principes généraux » du droit dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *Entretiens de Nanterre 1989*, *JCP E* 1989, suppl. p. 5, spéc. p. 15.

Chapitre II. Le type de référence non textuelle susceptible de justifier une cassation

318. La Cour de cassation peut-elle faire apparaître au visa tout type de coutume, de principe ou de règle ? L'analyse des types d'énoncés de visas non textuels ne permettant pas de faire apparaître des conditions formelles (Section I), des conditions matérielles devront être recherchées (Section II).

Section I. L'absence de conditions formelles du visa non textuel

319. La Cour de cassation peut se référer à des coutumes, principes, règles de droit et obligation. Ces visas non textuels peuvent être formulés de façon concise ou non (§1), au pluriel ou bien au singulier (§2). Cependant, le type de formulation de l'énoncé n'est pas forcément en lien avec sa précision.

§1. Énoncé concis ou énoncé complet

320. Le visa non textuel peut être formulé de façon concise, ou bien énoncer *in extenso* la règle à laquelle il fait référence. C'est-à-dire qu'il peut s'agir de principes nommés ou innommés. On aura donc soit « le principe/la règle/la coutume selon lequel/laquelle (...) », soit « le principe/la coutume/la règle de (...) ».

L'énoncé complet du principe ou de la règle au visa semble mettre directement en évidence la règle méconnue. Il en est ainsi lorsque la Cour vise « le principe selon lequel nul ne doit se contredire au détriment d'autrui »¹⁰⁹⁹, « la règle selon laquelle nul ne peut se constituer un titre à lui-même »¹¹⁰⁰, « le principe selon lequel la renonciation à un droit ne peut résulter que d'actes manifestant sans équivoque la volonté de renoncer »¹¹⁰¹. Cependant cela ne signifie pas

¹⁰⁹⁹ 1^{ère} civ. 24 septembre 2014, pourvoi n° 13-14.534, *Bull.* 2014, I, n° 154.

¹¹⁰⁰ 1^{ère} civ., 16 juin 2011, pourvoi n° 10-30.689, *Bull.* 2011, I, n° 112.

¹¹⁰¹ 1^{ère} civ., 4 octobre 2005, pourvoi n° 03-13.375, *Bull.* 2005, I, n° 350.

pour autant que tous les éléments de la règle sont connus : pour le principe selon lequel nul ne doit se contredire au détriment d'autrui, on ne connaît pas son champ d'application¹¹⁰².

Le principe concis délivre une information plus médiante concernant la règle appliquée. En effet, la règle appliquée n'est pas directement énoncée au visa. C'est le cas par exemple du principe compétence-compétence. De plus, l'énoncé concis d'un principe peut renvoyer à plusieurs, règles, rendant impossible l'identification de la règle appliquée à partir du seul visa. C'est le cas par exemple du principe de l'autorité de la chose jugée.

321. Le principe compétence-compétence¹¹⁰³, quant à lui, est presque toujours¹¹⁰⁴ suivi de l'énoncé de son contenu au moins partiel¹¹⁰⁵ au sein même du visa¹¹⁰⁶. Il est même un cas où c'est le « principe selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence » qui est visé¹¹⁰⁷. Le rappel au sein du visa de sa signification s'explique : La référence au principe compétence-compétence dans les arrêts de la Cour de cassation est assez récente et son sens, différent en droit comparé, n'est pas si évident¹¹⁰⁸, ce qui justifie le rappel de sa signification au visa. À cet égard, il peut être relevé qu'avant que le terme de principe compétence-compétence ne soit employé, la Cour de cassation se référait au principe « selon lequel il appartient à l'arbitre

¹¹⁰² Sur ce point, cf. *infra* n° 328.

¹¹⁰³ Sur ce principe, cf. *supra* n° 321.

¹¹⁰⁴ Certains arrêts visent seulement le principe compétence compétence : 1^{ère} civ., 4 novembre 2010, pourvoi n° 09-12.131, Inédit ; 1^{ère} civ., 9 juillet 2008, pourvoi n° 07-18.623, Inédit ; 1^{ère} civ., 23 janvier 2007, pourvoi n° 06-11.157, Inédit ; Ou bien le visent puis rappellent sa signification dans un chapeau : 1^{ère} civ., 12 novembre 2009, pourvoi n° 09-10.575, Inédit ; 1^{ère} civ., 8 avril 2009, pourvoi n° 08-17.548, Inédit ; 1^{ère} civ., 12 décembre 2007, pourvoi n° 07-13.927, Inédit.

¹¹⁰⁵ Ainsi : « Vu le principe compétence compétence selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence » : 1^{ère} civ., 18 mai 2011, pourvoi n° 10-11.008, Inédit ; 1^{ère} civ., 11 février 2009, pourvoi n° 08-10.341, Inédit ; 1^{ère} civ., 28 novembre 2006, pourvoi n° 05-10.464, Inédit ; 1^{ère} civ., 28 novembre 2006, pourvoi n° 04-10.384, *Bull.* 2006, I, n° 513.

¹¹⁰⁶ « Vu le principe compétence-compétence selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer, par priorité, sur sa propre compétence sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage » : Com., 23 avril 2013, pourvoi n° 12-12.101, *Bull.* 2013, IV, n° 67 ; 1^{ère} civ., 23 février 2011, pourvoi n° 10-16.120, Inédit ; 1^{ère} civ., 6 octobre 2010, pourvoi n° 09-68.731, *Bull.* 2010, I, n° 183 ; 1^{ère} civ. 9 juin 2010, pourvoi n° 08-21.377, Inédit ; 1^{ère} civ., 17 mars 2010, pourvoi n° 08-21.641, Inédit ; 1^{ère} civ., 3 février 2010, pourvoi n° 09-12.669, *Bull.* 2010, I, n° 26.

¹¹⁰⁷ 1^{ère} civ., 25 avril 2006, pourvoi n° 05-15.528, *Bull.* 2006, I, n° 196.

¹¹⁰⁸ M. BOUCARON-NARDETTO, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, PUAM, 2013, spéc. p. 75 s.

de statuer sur sa propre compétence » au visa¹¹⁰⁹ ou dans un chapeau¹¹¹⁰. En revanche, le principe compétence-compétence, lorsqu'il n'est pas visé seul n'est pas développé au visa¹¹¹¹.

322. Le visa du « principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil » ne permet pas d'identifier directement la règle précise qui a été violée par la juridiction du fond. En effet, le « principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil » renvoie à de nombreuses règles, qui concernent non seulement les conditions de sa mise en œuvre, mais aussi ses effets. Ainsi, à condition que l'on soit face aux mêmes faits que ceux ayant donné lieu à la condamnation pénale, les jugements de la juridiction pénale lient le juge civil en ce qui concerne l'existence et l'imputation matérielle des faits, le lien de causalité entre les faits et le dommage, la question de l'existence d'une faute intentionnelle, et certaines qualifications juridiques¹¹¹². Une cassation pour violation de ce principe peut donc être justifiée par la méconnaissance du lien de causalité impliqué par la décision au pénal¹¹¹³ aussi bien que par le non-respect de la matérialité des faits¹¹¹⁴.

Ainsi, peu importe que le visa non textuel soit énoncé de façon concise ou non pour apparaître dans un arrêt. Cependant, on remarque une tendance à la concision, lorsqu'elle est possible. Ainsi, le principe compétence-compétence tend à remplacer le « principe selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence¹¹¹⁵. La brièveté semble être de la nature même du visa : le visa réfère, il n'énonce pas.

¹¹⁰⁹ 1^{ère} civ. du 5 janvier 1999, pourvoi n° 96-21.430, *Bull.* 1999, I, n° 2 ; 1^{ère} civ., 1 décembre 1999, pourvoi n° 97-21.488, *Bull.* 1999, I, n° 325 ; 1^{ère} civ., 26 juin 2001, pourvoi n° 99-17.120, *Bull.* 2001, I, n° 183 ; 1^{ère} civ., 16 octobre 2001, n° 99-19.319, *Bull.* 2001, I, n° 254 ; Com., 4 mars 2003, pourvoi n° 99-17.316, inédit ; 2^{ème} civ., du 18 décembre 2003, pourvoi n° 02-13.410, *Bull.* 2003, II, n° 393 ; 1^{ère} civ., 16 novembre 2004, pourvoi n° 02-11.866, Inédit.

¹¹¹⁰ 2^{ème} civ., 8 avril 2004, 02-16.163, *Bull.* 2004, II, n° 162 ; 1^{ère} civ., 8 novembre 2005, pourvoi n° 02-18.512, *Bull.* 2005, I, n° 402 : visa des articles 1458 et 1466 du nouveau code de procédure civile.

¹¹¹¹ Ainsi, 1^{ère} civ., 20 février 2007, pourvoi n° 06-14.107, *Bull.* 2007, I, n° 62 ; 1^{ère} civ., 11 juillet 2006, pourvoi n° 03-11.983, *Bull.* 2006, I, n° 368 ; 1^{ère} civ., 11 juillet 2006, pourvoi n° 04-14.950, *Bull.* 2006, I, n° 364 ; 1^{ère} civ., 4 juillet 2006, pourvoi n° 05-17.460, *Bull.* 2006, I, n° 338.

¹¹¹² J. DANET, « Chose jugée (Autorité de) », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*, n° 176 à 191.

¹¹¹³ 1^{ère} civ., 17 février 2011, pourvois n° 10-10.449 et 10-10.670, *Bull.* 2011, I, n° 29.

¹¹¹⁴ Pour l'application de cette règle : 1^{ère} civ., 24 octobre 2012, pourvoi n° 11-20.442, *Bull.* 2012, I, n° 209.

¹¹¹⁵ Sur ce point, cf. *supra* n° 309.

§2. Visas non textuels au pluriel ou au singulier

323. Certains principes sont visés au singulier, d'autres au pluriel. C'est-à-dire que la Cour de cassation peut se référer à un corps de règle ou de principes, ou bien à une règle ou un principe seul.

Les règles ou principes « qui gouvernent l'excès de pouvoir »¹¹¹⁶, « les principes régissant la responsabilité de la puissance publique à l'égard de ses collaborateurs »¹¹¹⁷, « les principes de droit international relatifs à l'immunité de juridiction des États étrangers »¹¹¹⁸, « les principes du droit international régissant l'immunité d'exécution des États »¹¹¹⁹, sont des exemples de corps de règles ou principes apparus au visa des arrêts de la première chambre civile. La formulation du « principe de l'enrichissement sans cause », que l'on croyait abandonnée au profit de celle des « principes régissant l'enrichissement sans cause »¹¹²⁰, est réapparu dans un arrêt de la première chambre civile en 2014¹¹²¹. Une telle résurgence est condamnable dès lors qu'un tel visa, loin de faire référence à un seul principe, fait référence à une multitude de règles et de principes.

Les visas de principes au pluriel renvoient en général à l'application d'une règle précise qui serait contenue dans le corps de principes visé, mais parfois ce corps de principes ne contient qu'une seule règle. Inversement, certains visas de principe au singulier renvoient en réalité à un corps de principes. Ce type d'interversion est dommageable à la communicabilité de l'arrêt¹¹²². Le caractère vague de l'énoncé ne présume pas du caractère vague de la norme à laquelle il est fait référence. En effet, lorsque l'on vise « les principes régissant l'enrichissement sans cause », les règles auxquelles il est fait référence sont identifiables. Inversement, l'énoncé d'un visa non textuel au singulier ne permet pas toujours d'identifier la règle à laquelle il est fait référence. Ainsi,

¹¹¹⁶ 1^{ère} civ., 7 mai 2008, pourvoi n° 07-10.864, *Bull.* 2008, I, n° 124.

¹¹¹⁷ 1^{ère} civ., 26 septembre 2007, pourvoi n° 06-13.772, *Bull.* 2007, I, n° 305 : le visa de principe fait référence à l'ensemble des règles dégagées en la matière par la jurisprudence administrative.

¹¹¹⁸ 1^{ère} civ., 25 avril 2006, pourvoi n° 02-17.344, *Bull.* 2006, I, n° 202 ; 1^{ère} civ., 20 septembre 2006, pourvoi n° 05-14.199, *Bull.* 2006, I, n° 411 ; 1^{ère} civ., 19 novembre 2008, pourvoi n° 07-10.570, *Bull.* 2008, I, n° 266.

¹¹¹⁹ 1^{ère} civ. du 25 avril 2006, pourvoi n° 02-17.344, *Bull.* 2006, I, n° 202 ; 1^{ère} civ., 19 novembre 2008, pourvoi n° 07-10.570, *Bull.* 2008, I, n° 266 ; 1^{ère} civ., 9 mars 2011, pourvoi n° 10-10.044, *Bull.* 2011, I, n° 54.

¹¹²⁰ Dans le sens d'un abandon de ce visa, P. MORVAN, *op cit.*, p. 345. Le visa du corps de principes reste majoritaire : 1^{ère} civ., 24 mai 2005, pourvoi n° 03-13.534, *Bull.* 2005, I, n° 224 ; 1^{ère} civ., 2 novembre 2005, pourvoi n° 02-18.723, *Bull.* 2005, I, n° 398 ; 1^{ère} civ., 4 avril 2006, pourvoi n° 03-13.986, *Bull.* 2006, I, n° 194 ; 1^{ère} civ., 27 novembre 2008, pourvoi n° 07-18.875, *Bull.* 2008, I, n° 272 ; 3^{ème} civ., 27 février 2008, pourvoi n° 07-10.222, *Bull.* 2008, III, N° 35.

¹¹²¹ 1^{ère} civ., 11 mars 2014, pourvoi n° 12-29.304, *Bull.* 2014, I, n° 37.

¹¹²² Sur les problèmes de réception des arrêts, cf. *infra* n° 395 s.

le visa de « la coutume internationale »¹¹²³ ne permet de savoir à quelle règle il est fait référence que si l'on sait dans quelle hypothèse très particulière il a été utilisé¹¹²⁴.

Conclusion. Ainsi, le droit non textuel peut être visé au singulier ou au pluriel, de façon concise ou non. Finalement, le caractère qui semble se retrouver le plus souvent dans ces visas est le caractère médiat, indirect, voire détourné de la référence : il est très rare que le visa désigne directement la règle appliquée. Ce constat est à mettre en lien avec la nature de la justification apportée par le visa, qui est avant tout une justification externe de la règle : si le visa a vocation à justifier de façon externe la règle de droit fondant la cassation, il ne peut pas directement la désigner, mais il doit désigner sa source.

Ce caractère médiat de la référence ne se retrouve cependant pas systématiquement. Il est donc nécessaire de rechercher les conditions matérielles du visa non-textuel.

Section 2. La recherche de conditions matérielles du visa non-textuel

324. La recherche des conditions matérielles du visa non-textuel permet d'éliminer certaines caractéristiques, qui bien qu'influences sur la qualité du visa non textuel, ne semblent pas déterminantes pour l'accession d'une règle, d'un principe ou d'une coutume au visa d'un arrêt de cassation (§1). Il est cependant possible de relever des critères qui semblent indispensable pour qu'une règle ou un principe apparaisse dans un visa (§2).

§1. Définition négative des conditions du visa non textuel

Ni le caractère non controversé de l'instrument visé (A), ni le caractère déterminé de son contenu normatif (B) ne semblent indispensables à son visa.

¹¹²³ 1^{ère} civ., 28 novembre 2012, 12-30.090, *Bull.* 2012, I, n° 245 ; 1^{ère} civ., 27 février 2013, pourvoi n° 12-30.004, Inédit ; 1^{ère} civ., 6 mars 2013, pourvoi n° 12-30.002, Inédit ; 1^{ère} civ., 13 avril 2016, pourvoi n° 15-50.018, *Publication en cours*.

¹¹²⁴ Sur ce point, cf. *supra* n° 298.

A. Le caractère non controversé du visa non textuel

325. On pourrait s'attendre à ce qu'il soit nécessaire, pour qu'un principe ou une règle figure au visa d'un arrêt de cassation, que sa positivité ne fasse aucun doute. Pourtant, force est de constater que certains principes fortement controversés accèdent au visa des arrêts de la Cour de cassation. Ainsi, « le principe selon lequel nul ne doit se contredire au détriment d'autrui » a été visé malgré les fortes réticences doctrinales¹¹²⁵. De même, la chambre sociale a visé le principe de loyauté des débats alors qu'il fait l'objet de grandes controverses.

326. En effet, le principe de loyauté des débats est apparu récemment au visa d'un arrêt de la chambre sociale¹¹²⁶. C'est d'abord dans des arrêts de rejet que la deuxième chambre civile a validé les décisions de cours d'appel qui se fondaient sur le caractère déloyal de la communication tardive d'une pièce pour l'écarter des débats¹¹²⁷. Le principe a ensuite fait l'objet d'un chapeau dans lequel on apprenait que « le juge est tenu de respecter et de faire respecter la loyauté des débats »¹¹²⁸. Il s'agissait dans cet arrêt de rendre recevable une pièce de procédure obtenue tardivement, là où la combinaison habituelle des articles 15 et 135 du code de procédure civile ne l'aurait pas permis. En effet, la nécessité que les pièces soient communiquées en temps utile permet seulement d'écarter les pièces communiquées de façon tardive dans l'hypothèse où une telle tardiveté empêche un réel respect du contradictoire¹¹²⁹.

La consécration du principe de loyauté des débats a été une source d'une vive controverse doctrinale, certains auteurs considérant que l'on ne peut voir dans ce principe un véritable principe directeur du procès civil, en raison de sa trop forte évanescence¹¹³⁰ ou en raison de son caractère partiellement inutile et des solutions fâcheuses voire contradictoires auxquelles il pourrait mener¹¹³¹. Il est vrai que le principe n'a été invoqué efficacement que peu de fois¹¹³² et la chambre sociale, qui l'a visé, aurait tout aussi bien pu viser le principe du respect du contradictoire

¹¹²⁵ 1^{ère} civ. 24 septembre 2014, pourvoi n° 13-14.534, *Bull.* 2014, I, n° 154 ; Soc., 22 septembre 2015, pourvoi n° 14-16.947, *publication en cours* ; 2^{ème} civ., 22 juin 2017, pourvoi n° 15-29.202, *publication en cours*.

¹¹²⁶ Soc., 2 juillet 2015, pourvoi n° 14-13.778, Inédit.

¹¹²⁷ 1^{ère} civ., 23 octobre 2003, pourvoi n° 01-00.242 ; 2^{ème} civ., 2 décembre 2004, pourvoi n° 02-20.194, *Bull.* 2004, II, n° 514.

¹¹²⁸ 1^{ère} civ., 7 juin 2005, pourvoi n° 05-60.044, *Bull.* 2005, I, n° 241.

¹¹²⁹ 1^{ère} civ., 4 janvier 2005, pourvoi n° 03-16.984 ; Ch. mixte, 3 février 2006, pourvoi n° 04-30.592, *Bull.* 2006, Ch. mixte, n° 2 ; 1^{ère} civ. 4 décembre 2012, pourvoi n° 11-20.552, inédit.

¹¹³⁰ R. PERROT, « La loyauté procédurale » *RTD civ.* 2006 p. 151.

¹¹³¹ L. MINIATO, « L'introuvable principe de loyauté en procédure civile », *D.* 2007 p. 1035 ; L. CADIET, « La légalité procédurale en matière civile », *BICC* n° 636, 15 mars 2006, p. 1-36.

¹¹³² Alors même que les pourvois invoquant une méconnaissance du principe sont fréquents.

pour fonder sa décision¹¹³³. Cependant, même s'il n'apparaît pas fréquemment au visa des arrêts de la Cour de cassation, il a été utilisé à plusieurs reprises pour moduler le droit applicable. Ainsi, il permet de limiter les conséquences de la solidarité en procédures fiscales¹¹³⁴ et d'adoucir ou de durcir les délais procéduraux.

327. On pourrait alors avancer qu'une large adhésion¹¹³⁵ au principe est une condition, sinon de sa visibilité, au moins de sa pérennité¹¹³⁶. Pour autant, si un principe disparaît après avoir été visé, il sera difficile de déterminer si c'est en raison de son caractère discutable qu'il a disparu, ou si son caractère discutable est la conséquence de son absence de persistance. En effet, un des arguments des auteurs pour dénier toute valeur positive à un principe est souvent le fait qu'il ne soit apparu que dans peu d'arrêts. Et un des reproches qu'on lui fait est le fait qu'on ne connaisse pas bien son champ d'application ni ses effets, critiques qui pourraient être résolues s'il réapparaissait¹¹³⁷.

B. Le caractère incertain du contenu du visa non textuel

328. Étant donnée la nature même de la technique de cassation, à partir du moment où un principe constitue le fondement de la cassation, il devrait être nécessaire qu'il réfère à une règle précise, seule la non-conformité à une règle de droit pouvant fonder la cassation.

Pourtant, le caractère indéterminé du champ d'application d'un principe ne semble pas être une condition de son apparition au visa. Il en est ainsi du principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, qui apparaît au visa d'un arrêt de la première chambre civile pour censurer l'arrêt d'une cour d'appel qui en a fait application alors que les conditions d'application n'étaient pas réunies¹¹³⁸. Pourtant, ces conditions d'application loin d'être

¹¹³³ Soc., 2 juillet 2015, pourvoi n° 14-13.778, Inédit.

¹¹³⁴ Par exemple aussi : Com., 12 juin 2012, pourvoi n° 11-30.396, *Bull.* 2012, IV, n° 119, note Philippe NEAU-LEDUC, « Solidaires au paiement de l'impôt : le droit à la procédure pour tous ! », *RTD com.* 2012 p. 865 ; Com., 26 février 2013, pourvoi n° 12-13.877, *Bull.* 2013, IV, n° 30.

¹¹³⁵ Mettant en évidence l'importance de l'adhésion aux règles pour qu'elles soient effectives et sanctionnables : P. FORTIERS, « Règles de droit, essai d'une problématique », in Ch. PERELMAN (dir.), *La règle de Droit*, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 109.

¹¹³⁶ N. MOLFESSIS, « La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2001 p. 699 : « Les principes existent en tant que source du droit si leur présence dans notre droit n'est pas discutable, parce qu'ils sont si puissamment rattachés à l'ordre juridique qui les abrite qu'ils en innervent les règles ».

¹¹³⁷ Ainsi, G. BOLARD, « Le droit de se contredire au détriment d'autrui ? », *JCP G* 2015, p. 146.

¹¹³⁸ 1^{ère} civ., 24 septembre 2014, pourvoi n° 13-14.534, *Bull.* 2014, I, n° 154. De même, la chambre sociale a visé le principe accompagné de l'article 122 du code de procédure civile pour sanctionner une cour d'appel qui avait déclaré une demande irrecevable en application du principe, alors que la contradiction relevait de deux instances distinctes :

déterminées, font l'objet de grandes interrogations¹¹³⁹. En effet, s'il semble acquis que la sanction du non-respect du principe par une des parties est une fin de non-recevoir, les critères permettant de dire si le principe a ou non été respecté sont flous. Ce qui semble désormais acquis, c'est que le principe n'a pas vocation à s'appliquer dans des instances distinctes¹¹⁴⁰. Pour le reste, la nature de la contradiction et du préjudice susceptible d'entraîner la mise en œuvre de la sanction résistent à toute tentative de systématisation doctrinale.

329. Le caractère controversé ou indéterminé du principe ou de la règle visée n'étant pas un obstacle à son visa, il faut rechercher les conditions du visa non textuel en dehors de son contenu et de l'accueil qui lui est réservé.

§2. Définition positive des conditions du visa non textuel

330. La préexistence de la règle ou du principe à son visa (A) ainsi que l'utilité du visa non textuel (B) semblent être les deux conditions nécessaires du visa non textuel.

A. La préexistence de la norme à son visa

331. Le parcours ordinaire pour une règle ou un principe, est d'avoir été consacré dans un attendu, sous le visa d'un texte avant d'apparaître au visa d'un arrêt. Selon P. Morvan, tout principe visé a été auparavant cité dans un attendu¹¹⁴¹. Sa préexistence jurisprudentielle est donc une condition à sa *visabilité*. Cette présence du principe dans les arrêts de la Cour de cassation, antérieurement à son visa, peut prendre différentes formes. D'abord, un principe ancien peut

Soc., 22 septembre 2015, pourvoi n° 14-16.947, *publication en cours*. Et la deuxième chambre civile a visé le principe pour censurer la décision d'une cour d'appel qui a fait application du principe alors qu'il n'était pas applicable, les allégations contradictoires étant antérieures à la procédure en cause : 2^{ème} civ., 22 juin 2017, pourvoi n° 15-29.202, *publication en cours*.

¹¹³⁹ D. CHOLET, J. MESTRE, « Que reste-t-il du principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui ? », *JCP G* 25 Janvier 2016, n° 4, 80 ; J. MESTRE, A.-S. MESTRE-CHAMI, « D'une opportune limite à l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui », *RLDA* 11 novembre 2015, n° 109, p. 49 ; G. BOLARD, « Le droit de se contredire au détriment d'autrui ? », *JCP G* 2015, p. 146 ; D. HOUTCIEFF, « L'importance d'être constant : vers une consécration du principe de cohérence », *D.* 2009 p. 2008 ; N. DUPONT, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française », *RTD civ.* 2010 p. 459.

¹¹⁴⁰ Soc., 22 septembre 2015, pourvoi n° 14-16.947, *publication en cours* ; 2^e civ., 22 juin 2017, n° 15-29.202, *Bull.* 2017.

¹¹⁴¹ P. MORVAN, *op. cit.*, p. 316.

n'avoir encore jamais été visé, bien qu'incontestable¹¹⁴². Une telle situation s'explique par le fait que le visa de principe est une pratique encore relativement nouvelle, et tous les principes utilisés depuis 1791 n'ont pas eu l'occasion d'être visés depuis le développement de la pratique du visa de principe dans les années 90¹¹⁴³. Ensuite, un principe peut apparaître dans un arrêt de rejet et donc n'être pas visé bien que visible, puisque les arrêts de rejet ne contiennent pas de visa.

Par exemple, le principe du respect de la dignité humaine est apparu pour la première fois au visa d'un arrêt du 12 juin 2012¹¹⁴⁴. Il n'est cependant pas nouveau dans la jurisprudence de la Cour de cassation. En effet, dans un arrêt remarqué du 9 octobre 2001, la première chambre civile avait précisé que c'est « dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine » que le devoir d'information du médecin à l'égard de son patient trouve son fondement¹¹⁴⁵. La référence à la dignité avait alors permis de justifier que les règles jurisprudentielles relatives au devoir d'information puissent avoir un effet rétroactif¹¹⁴⁶. Il faut remarquer que dès 1942 la Cour de cassation avait fondé l'obligation pour le médecin de recueillir un consentement éclairé du patient sur le nécessaire *respect de la personne humaine*¹¹⁴⁷. Ainsi, avant d'apparaître au visa d'un arrêt, le principe a une longue histoire.

Lorsque c'est sous la forme du visa d'une coutume ou d'un adage que le visa non textuel apparaît, la préexistence de la norme à laquelle l'instrument fait référence, est aussi présupposée¹¹⁴⁸. On peut même penser que la coutume et l'adage permettent de rassurer par leur ancrage dans le passé¹¹⁴⁹.

332. La justification de l'existence du principe ou de la règle. Dans cette optique, la justification de l'existence du principe ou de la règle appliquée se trouve dans les précédentes applications qui ont pu en être faites, que ce soit dans l'ordre judiciaire ou dans un ordre externe. Des règles ou principes régulièrement repris dans le contenu des arrêts sont donc autant de droit

¹¹⁴² En ce sens aussi, N. MOLFESSIS, « La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2001 p. 699 : « le principe peut fort bien préexister à son éventuelle consécration légale et exister dès lors en dépit d'une telle consécration ».

¹¹⁴³ En ce sens, P. MORVAN, *op cit.*, p. 321.

¹¹⁴⁴ 1^{ère} civ., 12 juin 2012, pourvoi n° 11-18.327, *Bull.* 2012, I, n° 129.

Sur le principe, voir *supra* n° 270.

¹¹⁴⁵ 1^{ère} civ., 9 octobre 2001, pourvoi n° 00-14.564, *Bull.* 2001 I N° 249.

¹¹⁴⁶ P. SARGOS, « Portée d'un revirement de jurisprudence au sujet de l'obligation d'information du médecin », *D.* 2001 p. 3470.

¹¹⁴⁷ Arrêt *Teysier* du 28 janvier 1942, *D.* 1942, jur., p. 63.

¹¹⁴⁸ En ce sens, considérant que la sanction des règles de droit spontané n'a pas pour effet de les rendre positives, mais seulement de constater leur positivité, P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, 2002, spéc. p. 253.

¹¹⁴⁹ En ce qui concerne l'adage, voir : H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, 3e éd., Litec, 1992, spéc. p. XIII.

non-écrit potentiellement visible. Enfin, un principe qui a déjà été visé dans un arrêt précédent est bien-entendu visible, à moins que l'utilité de son visa n'ait disparu.

B. L'utilité du visa non textuel

333. L'utilité du visa d'un principe est à rechercher dans ses fonctions. À partir du moment où un texte peut être utilisé à la place du principe, son visa tend à disparaître, comme cela a été le cas pour le principe compétence-compétence¹¹⁵⁰.

La capacité du principe à expliquer des solutions anciennes d'une façon plus convaincante que le texte autrefois utilisé semble alors déterminante pour la pérennité de son visa.

Cependant, il arrive que des principes soient visés alors qu'un texte pourrait constituer une justification adéquate. L'utilité du visa de principe est alors purement rhétorique : il permet de mettre l'accent sur l'importance de la règle appliquée.

La nécessité d'un caractère utile du visa de principe permet d'expliquer certaines résistances de visas textuels. Il semblerait que l'on soit dans des cas dans lesquels la fonction rhétorique du visa est plus importante que l'objectif de cohérence. Ainsi, le visa de la loi des 16 et 24 août 1790 en lieu et place du principe de séparation des pouvoirs peut se comprendre. La justification externe opérée par la loi des 16 et 24 août 1790 serait plus importante que la clarification opérée par le principe de séparation des pouvoirs. C'est toute l'importance de la textualité en droit qui est ici mise en évidence.

Certains visas de principes semblent, à cet égard, voués à la disparition en raison de leur caractère peu utile. Ainsi, le visa du « principe selon lequel la fraude ne se présume pas »¹¹⁵¹ n'étant qu'une application spéciale du nouvel article 1353 du code civil¹¹⁵², on comprend qu'il ne soit apparu que dans un seul arrêt.

L'utilité du visa d'un principe ne se confond pas avec l'utilité du principe, même si les deux sont liés. En effet, le principe selon lequel la fraude ne se présume pas est utile, seul son visa est inutile. Le principe selon lequel nul ne doit se contredire au détriment d'autrui est critiqué notamment en raison du fait qu'il fait office de doublon par rapport à d'autres outils juridiques. C'est l'inutilité du principe en lui-même qui est discutée. La démonstration de son utilité

¹¹⁵⁰ Cf. *infra* n° 308.

¹¹⁵¹ Com., 7 octobre 2008, pourvoi n° 07-18.635, *Bull.* 2008, IV, n° 168.

¹¹⁵² Ancien article 1315 du code civil.

technique¹¹⁵³ ne présume pas de l'utilité du visa. En revanche, la mise en évidence d'une utilité symbolique du principe milite en faveur de son visa.

¹¹⁵³ S. PIERRE-MAURICE, « Retour sur l'inutilité prétendue du principe « nul ne peut se contredire au détriment d'autrui », *RRJ* 2015-1 p. 15.

Conclusion du chapitre et du titre

334. Signification du visa de principes. Le visa de principes témoigne de l'évolution qui a pu avoir lieu dans notre conception du droit et de la fonction de la Cour de cassation. Sa fonction n'est plus de protéger la loi, mais de protéger le droit. Néanmoins l'apparition de principes au visa des arrêts de la Cour de cassation ne signifie pas que les principes sont devenus une source de droit. Ils l'étaient déjà. En effet, les visas de principes apparaissent souvent par le biais d'une technique de sédimentation¹¹⁵⁴. Dès lors, l'accession d'un principe au visa d'un arrêt de la Cour de cassation est souvent l'officialisation d'une norme déjà appliquée depuis longtemps.

Si ce type de visa reste révélateur de ce qui est considéré comme une norme applicable par la Cour de cassation, il révèle avant tout un changement dans la politique de communication de la Cour de cassation. En effet, un principe ou une règle de droit sont des arguments considérés comme valables pour justifier une cassation. La consécration de cette pratique en 2008¹¹⁵⁵ constitue l'aboutissement de ce changement dans la conception de la cassation.

335. L'amélioration de la vocation expressive du visa par le visa non textuel. La pratique du visa non textuel permet une meilleure compréhension de la décision, et ce d'autant mieux que ce ne sera pas un texte avec un rapport lointain avec la cassation, mais bel et bien le principe fondement de la cassation qui sera visé. Elle permet d'explicitier la décision de la Cour de cassation, et renforce donc la vocation expressive du visa.

De plus, l'officialisation du principe le rend plus efficient, non seulement en ce qu'elle permet aux juridictions de connaître réellement quel est le droit appliqué par la Cour de cassation, et de s'en servir, mais aussi en ce qu'elle libère le principe.

Pour autant, le visa non textuel présente quelque faiblesse. En effet, il ne permet pas en lui-même une justification externe de la décision. C'est pourquoi il est nécessaire que la norme à laquelle il fait référence préexiste à son visa et soit connue.

¹¹⁵⁴ P. MORVAN, *op. cit.* p. 459 et s.

¹¹⁵⁵ Décret n° 2008-484 du 22 mai 2008, art. 14.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

336. Au terme de cette partie, l'affirmation selon laquelle « [La Cour de cassation] assure la rectitude du raisonnement mais n'argumente pas »¹¹⁵⁶ semble erronée. En effet, le visa, outil par lequel la Cour est censée montrer la *rectitude de son raisonnement*, œuvre à des justifications qui s'étendent bien au-delà de la démonstration.

La justification de la règle opérée par le visa est d'abord une justification par les sources : c'est la présence d'un texte juridiquement contraignant édictant une règle qui justifie qu'elle trouve application. La justification non textuelle est plus diffuse. En effet, il s'agit d'affirmer le caractère obligatoire de la règle appliquée, mais sans en préciser la source. Ainsi, le visa non textuel suppose que la règle ou le principe ait déjà reçu application auparavant. Il ne faut pas pour autant en conclure que le visa non textuel constitue systématiquement une justification interne de la cassation. Au contraire, les hypothèses dans lesquelles la règle ou le principe visé désignent directement la règle appliquée sont rares.

Mais au-delà de la référence à la règle appliquée, référence qui passe par des arguments implicites concernant l'interprétation effectuée, certains visas viennent justifier l'interprétation accomplie. C'est tout l'intérêt d'une analyse du visa en termes de justification, que de mettre en évidence deux types de visa différents : les visas interprétés et les visas interprétatifs.

Cette distinction permet elle-même de mettre en évidence que tous les visas n'ont pas le même rôle dans la justification de la solution. Les visas peuvent œuvrer ensemble à la justification d'une règle ou être appliqués de façon distributive. Les visas interprétatifs, peuvent constituer des arguments concernant la méthode d'interprétation choisie, l'applicabilité ou l'absence d'applicabilité du texte à la situation. Cette distribution des rôles vaut aussi bien pour les interactions entre visas textuels qu'entre visas non textuels. L'analyse des relations entre visas permet de mieux comprendre la façon dont la justification s'opère. Les relations entre visas textuels et visas non textuels semblent asymétriques. En effet, un texte peut venir justifier l'existence d'un principe ou d'une règle, mais l'inverse n'est pas vrai. Le principe ou la règle viendra plutôt guider l'interprétation du texte. Il serait envisageable qu'un texte permette de justifier l'interprétation qui est faite d'un visa non textuel, mais l'hypothèse ne s'est pas rencontrée. L'action d'un visa non textuel sur un visa textuel peut aussi prendre la forme d'une

¹¹⁵⁶ H. MUIR WATT, « La motivation des arrêts de la Cour de cassation et l'élaboration de la norme », in N. MOLFESSIS (dir.) *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Economica, Paris, 2004, p. 53.

neutralisation du texte. Là aussi la situation inverse ne s'est pas trouvée, certainement en raison de l'inutilité d'un visa non textuel dans un telle hypothèse : si un texte permettait de neutraliser un principe, il est probable que le principe n'apparaîtrait simplement pas au visa.

Cette distinction entre visas interprétés et visas interprétatifs, explique aussi la présence au visa des arrêts de certains instruments qui ne devraient pourtant pas pouvoir constituer le fondement de la cassation, parce qu'ils sont dépourvus d'effet direct horizontal, ou parce qu'ils ne sont pas entrés en vigueur.

Un autre intérêt de l'analyse du visa comme un élément de justification externe est qu'elle permet d'expliquer que la pratique du visa direct de principes et de règles de droit reste peu fréquente malgré sa légalisation depuis 2008. Cette absence de modification des pratiques pourrait être due au fait que le visa direct d'un principe ou d'une règle de droit est moins apte à jouer le rôle de justification externe : viser directement la règle appliquée ne permet pas de la justifier. Il faut qu'un instrument vienne médiatiser le rapport entre le visa et la règle.

Un dernier intérêt de voir dans le visa une justification externe de la décision est que cette conception du visa correspond à la pratique de la doctrine, qui, bien que présentant le visa comme le fondement de l'arrêt de cassation recherche dans le visa une justification de la règle appliquée. Pour autant, l'attention qui est portée au visa par les commentateurs va au-delà d'une simple recherche des raisons de la décision : ils peuvent chercher à déceler la portée de la solution, des indices sur les sources du droit, des possibles évolutions de jurisprudence à venir... La raison à cela est qu'au-delà de la fonction justificative du visa, il constitue un message dont les lecteurs de l'arrêt peuvent se saisir.

PARTIE III. LE VISA : MESSAGE DE LA COUR DE CASSATION

337. Le visa comme message. En tant qu'élément d'un discours, le visa est un acte de langage : il sert à accomplir une action, celle de justifier une proposition, par la référence qu'il opère. Envisager le visa comme un message implique de considérer la Cour de cassation comme un sujet locuteur, et de chercher quels sont ses récepteurs.

338. Les destinataires du message. Les premiers intéressés par l'information délivrée par le visa sont sans doute les juges du fond qui voient leur décision censurée¹¹⁵⁷, ainsi que les juges de la juridiction de renvoi. Pour que les juges suivent la décision de la Cour de cassation, il est en effet nécessaire que celle-ci soit compréhensible et convaincante. Les parties au procès, aidées de leurs avocats, sont, elles aussi, intéressées par l'information délivrée par le visa. En effet, la connaissance de la règle qui a été mal appliquée par la juridiction initialement saisie est nécessaire pour construire une argumentation devant la juridiction de renvoi. D'une manière générale, l'ensemble de la communauté des juristes est intéressé par le contenu d'un arrêt de cassation, qu'il s'agisse des juges des juridictions du fond ou des conseillers des autres chambres de la Cour, des praticiens du droit ou encore de la doctrine¹¹⁵⁸. Dans une attitude plus stratégique, le visa peut aussi avoir pour destinataire le législateur : en adoptant par exemple une solution conforme à la lettre du texte mais non opportune, la Cour de cassation peut pointer la nécessité d'une évolution législative, refusant de réinterpréter le texte dans un sens plus acceptable. On peut aussi considérer que la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice de l'Union européenne ou le Conseil constitutionnel sont le récepteur d'un message délivré par le visa, spécialement lorsque la Cour de cassation vise une de leurs décisions ou les texte dont ces juridictions contrôlent plus spécifiquement l'application.

La question de la réception du message qu'est le visa n'est malheureusement observable qu'en ce qui concerne la doctrine, les commentaires d'arrêts fournissant une base solide à analyser. On peut néanmoins considérer qu'il existe en général une corrélation entre une bonne réception d'un message par la doctrine et une bonne réception par le reste de la communauté des

¹¹⁵⁷ Les juridictions d'appel reçoivent chaque année un bilan des cassations qui ont été prononcées contre leurs arrêts.

¹¹⁵⁸ En ce sens, L. LEBEL, « Rapport introductif », in *Le juge de cassation à l'aube du 21^{ème} siècle : Actes du premier Congrès de l'Association des hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français, Marrakech, 17 au 19 mai 2004*, p. 33-35, spéc. p. 35., « le jugement est un acte de communication, il est réponse à une interrogation, il est réponse à une demande d'un plaideur, mais en raison de la fonction des hautes juridictions, il est aussi réponse à une demande collective recherchée par l'ensemble du système de justice, d'où l'importance de l'expression, de la réponse, de sa communication, de son accès pour les plaideurs et pour les tiers ».

juristes. En effet, pour comprendre un arrêt, les chercheurs en droit se posent les mêmes questions qu'un praticien, et utilisent les mêmes méthodes.

De plus, lorsque la règle de décision d'un arrêt n'est pas évidente, le réflexe du praticien est de puiser dans les commentaires d'arrêts. C'est dire qu'une bonne réception par la doctrine du message véhiculé dans l'arrêt, conditionne sa réception par les praticiens.

C'est pourquoi l'analyse de la réception du message délivré par le visa se concentrera sur la doctrine, avec, quand c'est possible des exemples de réception ou de mauvaise réception par les autres acteurs du droit.

Une telle analyse permettra de cerner la nature de l'information recherchée dans le visa (Titre 1), ainsi que de mettre en lumière les problèmes qui peuvent survenir dans la réception de ce message (Titre 2).

TITRE I. LA NATURE DE L'INFORMATION RECHERCHÉE DANS LE VISA

339. Le visa, en même temps qu'il opère une justification de la règle appliquée, délivre une information. L'information porte d'abord sur la règle elle-même. En effet, en même temps qu'il justifie de son existence, le visa permet souvent d'identifier la règle de décision. Ensuite, au-delà de la règle appliquée, le visa renseigne sur la portée de celle-ci, en permettant de déterminer son champ d'application. Il peut aussi donner des indices d'évolutions jurisprudentielles à venir, ou au contraire réfuter la possibilité d'une évolution jurisprudentielle. Il délivre donc une information sur les règles de droit (Chapitre I). Mais au-delà d'une information sur les règles de droit, et dans une perspective tout à fait différente, il est possible de rechercher dans les visas des informations sur les sources du droit (Chapitre II). En effet, puisque le visa justifie la règle appliquée par sa source, il y a un lien fort entre sources du droit et visa.

Chapitre I. L'information sur les règles de droit

340. Le visa est un élément fréquemment utilisé dans la compréhension de l'arrêt, et dont les auteurs se saisissent. En effet, la doctrine n'est pas passive devant le message délivré par le visa et l'utilise comme un argument au soutien de l'interprétation de l'arrêt. Les auteurs peuvent chercher, par une analyse des visas, des informations sur les règles appliquées dans l'arrêt (Section I). Mais en réalité, le visa n'est pas toujours indispensable à l'identification de la règle appliquée, celle-ci étant souvent énoncée dans un chapeau ou dans un attendu final. Aussi, lorsque le visa permet une identification aisée de la règle de décision, les auteurs ne concentrent pas leur analyse sur celui-ci. Ce sont alors avant tout des indices sur les règles applicables au-delà de l'arrêt que les auteurs recherchent dans les visas (Section II).

Section I. L'information sur les règles appliquées dans l'arrêt

341. L'information qui doit être délivrée par le visa n'est pas la même selon le type de motivation de l'arrêt. Selon que celle-ci est plus ou moins fournie, on en attend plus ou moins de la part du visa.

342. Identification de la règle de décision. La motivation minimale que l'on peut attendre d'un arrêt de cassation est celle qui permet d'identifier la règle de droit qui a été violée par la juridiction du fond. C'est en principe le visa qui permet d'identifier la règle appliquée. Il remplit alors son rôle traditionnel. Le visa constitue parfois le seul indice permettant d'identifier cette règle. C'est le cas lorsque l'arrêt est rédigé de la manière dont il l'était aux débuts de la Cour de cassation, c'est-à-dire avec pour seuls éléments constituant le visa, le résumé du contenu de la décision attaquée, et le dispositif¹¹⁵⁹. Mais le visa ne permet pas toujours d'identifier la règle de décision. Un chapeau ou un attendu peuvent alors jouer ce rôle. Lorsque rien ne vient suppléer la défaillance du texte visé, le message de l'arrêt sera alors mal reçu par la doctrine qui cherchera en vain la règle de décision de l'arrêt¹¹⁶⁰.

343. Identification de l'origine de la règle de décision. Si on considère qu'un arrêt de cassation doit fournir, en plus de la règle de droit, les raisons justifiant le choix de cette règle, les attentes dans le message délivré par le visa seront autres. À partir du moment où la motivation de l'arrêt de cassation est insuffisante en ce qui concerne l'interprétation du texte justifiant la cassation, on attend du visa qu'il donne des pistes permettant d'identifier les raisons qui ont mené à cette interprétation.

Le visa est donc susceptible de renseigner à la fois sur la règle de décision (§ 1), et sur les raisons ayant mené au choix de cette règle (§2).

¹¹⁵⁹ Pour un arrêt récent adoptant ce schéma : 1^{ère} civ., 4 juillet 2007, pourvoi n° 05-10.254, *Bull.* 2007, I, n° 258 (moyen visant l'article 1315 du code civil).

¹¹⁶⁰ Ainsi, Com., 12 juill. 2011, pourvoi n° 10-26.125 (non publié), commentaire par D. GALLOIS-COCHET, « Garantie de passif et rémunération du gérant », *Dr. sociétés* n° 12, Décembre 2011, comm. 215 : « De toute évidence, il eût donc été souhaitable d'en savoir plus sur les conditions d'octroi de cette rémunération pour identifier son fait générateur. Le visa de l'article L. 223-18 du code de commerce ne supplée nullement ce manque d'explications, dès lors que cette disposition ne contient aucune indication sur la rémunération du gérant ».

§1. Identification de la règle de décision

344. « En toute hypothèse, le visa est utile en ce qu'il indique et situe d'une façon précise la loi qui n'a pas été appliquée ou qui a été mal appliquée »¹¹⁶¹. Dans la plupart des cas, l'identification de la règle de décision dans l'arrêt, que ce soit à partir du visa ou à partir des chapeaux ou de l'attendu final, ne pose pas de problème. C'est pourquoi il est rare que les auteurs commentant un arrêt de la Cour de cassation effectuent une analyse détaillée des visas. Ce n'est donc que lorsque cette identification est compliquée par le nombre de visas, ou l'absence de chapeau, cumulée à une incertitude quant à la nature de la référence opérée par le visa que des interrogations sur la règle effectivement appliquée peuvent surgir, rendant nécessaire des explications supplémentaires.

345. Lien avec le problème juridique de l'arrêt. L'attention portée au visa peut permettre d'identifier le problème juridique auquel l'arrêt apporte une réponse. Or, cette identification du problème juridique est une étape indispensable à l'identification de la règle de décision. En effet, selon la question à laquelle il est répondu, une même réponse peut avoir des implications plus ou moins grandes. Ainsi, le visa, en orientant le lecteur de l'arrêt sur la qualification qui est en cause dans un arrêt, permet, en lien avec l'attendu final, de faire ressortir une règle de qualification.

Ainsi, dans un arrêt du 23 janvier 2002¹¹⁶², la troisième chambre civile casse pour manque de base légale l'arrêt d'une cour d'appel pour avoir qualifié d'immeuble par nature des convecteurs électriques sans avoir recherché « si ces appareils, et non leur installation électrique, étaient indissociablement liés à l'immeuble et ne pouvaient être enlevés sans porter atteinte à son intégrité ». L'auteur d'une des notes de jurisprudence concernant cet arrêt se fonde sur le visa de l'arrêt pour déterminer le problème de droit auquel la Cour de cassation a répondu : « Du visa des deux articles 517 et 518 du code civil il ressort que la qualification critiquée n'est pas celle d'immeuble en général, mais plus précisément celle d'immeuble par nature »¹¹⁶³. Plus loin, l'auteur déduit de l'absence du visa de l'article 516 du code civil, qui concerne la distinction entre meuble et immeuble, que les convecteurs électriques, une fois installés, cessent en tout état de

¹¹⁶¹ A. PERDRIAU, « Visas, « chapeaux » et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile », *JCP* 1986, I. 3257.

¹¹⁶² 3^{ème} civ., 23 janvier 2002, pourvoi n° 99-18.102, *Bull.* 2002, III, n° 12.

¹¹⁶³ V. DEPADT-SEBAG, « La Cour de cassation rappelle les critères de l'immobilisation par nature à propos de convecteurs électriques », *D.* 2002 p. 2365.

cause d'être des meubles¹¹⁶⁴. En effet, si la question avait porté sur la distinction entre meubles et immeubles, c'est bien l'article 516 qui aurait été visé pour censurer la cour d'appel qui qualifiait à tort les convecteurs d'immeubles. Le visa de l'article 518 du code civil, aux termes duquel « Les fonds de terre et les bâtiments sont immeubles par leur nature » n'apporte rien de prime abord concernant la qualification adéquate à donner à un convecteur électrique. De plus, l'attendu final correspond plutôt à l'article 525 alinéa 1 du code civil aux termes duquel le propriétaire est censé avoir attaché à son fonds des effets mobiliers à perpétuelle demeure, quand ils y sont scellés en plâtre ou à chaux ou à ciment, ou, lorsqu'ils ne peuvent être détachés sans être fracturés ou détériorés, ou sans briser ou détériorer la partie du fonds à laquelle ils sont attachés ».

En réalité on peut justement voir dans le visa de l'article 518 du code civil une critique de la qualification d'immeuble par nature. En effet, des radiateurs ne sont pas des bâtiments, et pour considérer qu'un radiateur est un immeuble par nature, il aurait au moins fallu montrer qu'il était indissociablement lié au bâtiment. L'absence du visa de l'article 525 du code civil s'explique simplement par le fait que la qualification d'immeuble par destination n'était pas en cause. C'est-à-dire que la question qui se posait ici était de savoir si le radiateur était une partie du bâtiment ou bien seulement un objet fixé à celui-ci.

On aurait pu imaginer ici un visa de l'article 523 aux termes duquel « Les tuyaux servant à la conduite des eaux dans une maison ou autre héritage sont immeubles et font partie du fonds auquel ils sont attachés », une interprétation *a contrario* de celui-ci permettant de décider qu'un convecteur en revanche n'est pas un immeuble par nature. Mais un tel visa aurait couru le risque être mal interprété par ses récepteurs.

346. Au-delà de l'identification de la règle de décision par le visa, qui semble si naturelle qu'elle n'apparaît en général pas dans les commentaires d'arrêts autrement qu'au détour d'une phrase¹¹⁶⁵, les raisons ayant mené à la règle de décision étant moins explicites dans les arrêts, les auteurs tentent souvent de se fonder sur le visa pour les déceler.

¹¹⁶⁴ *Ibid.*, spéc. § 15 : « Dans la mesure où l'art. 516 c. civ. qui distingue les biens meubles des biens immeubles n'est pas visé, il semble acquis que les convecteurs une fois installés cessent d'être des meubles, non du fait de leur rapport avec le reste de l'installation électrique, puisque la Cour de cassation rappelle leur autonomie dans cet ensemble, mais du fait de leur placement dans le bâtiment ».

¹¹⁶⁵ Ainsi, d'un visa on peut déduire une règle implicite de qualification. En droit international privé, du visa d'un texte de droit français, on peut déduire que la qualification a été opérée *lege fori* : H. GAUDEMET-TALLON, « Compétence internationale : matière civile et commerciale », *Répertoire de droit international Dalloz*, avril 2014 (actualisation : juin 2015), n° 29 : « Bien que l'arrêt ne le dise pas expressément, le visa de l'article 524 du code civil montre que la Cour suprême a qualifié les fresques de meubles en se référant à la *lex fori* ».

§2. Identification des raisons ayant mené au choix la règle de décision

347. La doctrine, dans sa soif de raisons, peut tenter de découvrir celles-ci au travers du visa de l'arrêt. Elle cherche alors, par le biais du visa, à comprendre le fondement de la règle appliquée (A), ou bien l'interprétation qui a présidé au choix de la règle appliquée (B).

A. La recherche du fondement juridique de la règle appliquée

348. Recherche du « soubassement juridique » dans le visa. Dans un arrêt du 3 novembre 2011, la chambre sociale a énoncé que « sauf atteinte excessive au droit du salarié au respect de sa vie personnelle et familiale ou à son droit au repos, l'instauration d'une nouvelle répartition du travail sur la journée relève du pouvoir de direction de l'employeur »¹¹⁶⁶ au visa de « l'article L. 1121-1 du code du travail ensemble l'article 1134 du code civil ». Selon l'article L. 1121-1 du code du travail, « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». L'ancien article 1134 du code civil, quant à lui, concerne en général le principe de la force obligatoire des conventions lorsqu'il est visé seul et sans précision de l'alinéa¹¹⁶⁷. De ces visas, le commentateur de l'arrêt déduit que c'est la distinction « entre modification du contrat de travail et changement des conditions de travail »¹¹⁶⁸ qui apparaît en filigrane de l'arrêt, un simple changement des conditions de travail relevant du pouvoir de direction de l'employeur. L'ancien article 1134 fonde le régime du changement des conditions de travail : c'est le contrat de travail qui fonde le pouvoir de direction de l'employeur. L'article L. 1121-1 du code du travail justifie quant à lui l'exception au régime, qui réside dans l'atteinte excessive aux droits du salarié. La liberté octroyée à l'employeur sur le fondement de l'ancien article 1134 du code civil trouve sa limite dans l'article L. 1121-1 du code du travail.

349. Changement de visa sans changement de solution = modification du fondement de la solution. La liberté de la preuve en matière de propriété a d'abord été fondée sur l'article 1315 du code civil¹¹⁶⁹ avant de l'être sur l'article 544 du code civil¹¹⁷⁰. Un tel changement de visa

¹¹⁶⁶ Soc., 3 novembre 2011, pourvoi n° 10-14.702, *Bull.* 2011, V, n° 246.

¹¹⁶⁷ Cf. *infra* n° 403.

¹¹⁶⁸ H. KOBINA GABA, « Pouvoir de direction de l'employeur et respect du droit à la vie personnelle et familiale et au repos du salarié », *JCP S*, 10 avril 2012, n° 15, 1159.

¹¹⁶⁹ 1^{ère} civ., 20 juin 1995, pourvoi n° 93-15.371, *Bull.* 1995, I, n° 271.

¹¹⁷⁰ 1^{ère} civ., 11 janvier 2000, pourvoi n° 97-15.406, *Bull.* 2000, I, n° 5.

sans changement de solution, largement approuvé par la doctrine, permet une meilleure justification de la solution. En effet, le fondement de l'article 1315 du code civil¹¹⁷¹ n'était pas approprié en ce que cet article concerne seulement la charge de la preuve des obligations et de leur extinction. La preuve de la propriété ne peut pas toujours passer par la preuve d'une obligation ou de l'exécution d'une obligation¹¹⁷². Elle peut l'être seulement si la propriété résulte d'un paiement.

Certes, l'ancien article 1315 alinéa 1^{er} du code civil peut être interprété en ce sens que celui qui exige qu'un bien dont il se prétend propriétaire retourne en sa possession démontre qu'il en est bien le propriétaire. Mais alors il reste encore à savoir par quels moyens il peut démontrer qu'il en est bien le propriétaire. Selon un auteur, « le rattachement de la preuve de la propriété aux articles 2279 et 1315 du code civil constitue une erreur d'analyse car l'objet de la preuve, s'agissant des articles précités, vise les moyens d'attribution de la propriété et non le droit lui-même. »¹¹⁷³ Cette affirmation est vraie en ce qui concerne l'aspect acquisitif de propriété de l'article 2279, mais pas en ce qui concerne son volet probatoire. En réalité, le détachement de la solution de l'ancien article 1315 du code civil était indispensable à la cohérence de son fondement. Pour fonder le principe de liberté de la preuve, il fallait un texte suffisamment général pour pouvoir concerner toutes les hypothèses d'acquisition de la propriété. Le visa de l'article 544 du code civil a l'avantage d'être apte à fonder la solution, quel que soit le mode d'acquisition du droit de propriété.

350. Fondement par analogie. La justification d'une décision par le visa d'un texte appliqué par analogie à un domaine non concerné à l'origine est un message qui est bien reçu par la doctrine. C'est le cas par exemple, pour un arrêt du 15 février 2006¹¹⁷⁴ qui vise des textes relatifs

¹¹⁷¹ Nouvel article 1353 du code civil.

¹¹⁷² A. DONNIER, « Liberté de preuve de la propriété : les ressources insoupçonnées de l'article 544 du code civil », *D.* 2001 p. 890 : « Cantonner la preuve de la propriété mobilière à l'art. 1315 c. civ. tend à suggérer qu'il ne peut y avoir de propriété mobilière sans paiement. Cela reviendrait à dire que seul le paiement crée la propriété, ce qui semble incompatible avec le raisonnement de la Cour de cassation qui rappelle, dans cet arrêt, que, contrairement à ce qu'avait affirmé l'arrêt cassé, la production de factures d'achat suffit à établir son droit de propriété. Par ailleurs, si le paiement était la condition indispensable pour revendiquer le statut de propriétaire, il serait dès lors impossible pour le bénéficiaire d'une libéralité, par exemple, de prétendre à ce statut. Si l'argent crée la richesse, il ne saurait conférer nécessairement la propriété. De ce fait, il importe de dissocier la preuve de la propriété de la preuve de l'achat. Il restait alors à la Cour de cassation à trouver un fondement juridique régissant exclusivement la preuve de la propriété. Ce qu'elle fait en visant l'art. 544 c. civ. ».

¹¹⁷³ A. DONNIER, « Liberté de preuve de la propriété : les ressources insoupçonnées de l'article 544 du code civil », *D.* 2001 p. 890.

¹¹⁷⁴ Soc., 15 février 2006, pourvoi n° 05-60.178, *Bull.* 2006, V, n° 71.

aux délégués syndicaux pour les appliquer à la fois aux délégués syndicaux et au représentant syndical au comité d'entreprise¹¹⁷⁵.

L'attention portée au visa en tant que révélateur du fondement de la solution est donc très importante. L'analyse des visas peut aussi permettre de comprendre l'interprétation des textes.

B. L'explication de l'interprétation des textes par l'analyse des visas

351. L'analyse d'une combinaison de visas. Dans un arrêt du 22 mai 2007, la chambre commerciale a répondu à la question de savoir quel est le point de départ de la prescription de l'action en nullité de la stipulation du taux effectif global pour défaut de mention de celui-ci dans les relevés périodiques en matière de crédit en compte courant¹¹⁷⁶. Elle considère que la prescription ne peut commencer à courir qu'« à compter de la réception des relevés périodiques mentionnant le taux effectif global appliqué » au visa des « articles 1304 du code civil ensemble les articles 1134 et 1907 du même code, les articles L. 313-2 et R. 313-2 du code de la consommation ». Pour expliquer cette solution, l'auteur de la note d'arrêt analyse ces visas. C'est en effet par une combinaison de ces textes que la Cour a pu aboutir à cette règle de décision.

Ainsi, selon l'auteur, « le principe est bien connu : la prescription prévue à l'article 1304 du code civil court du jour où l'action en nullité ou en rescision peut être intentée, c'est-à-dire du jour où l'acte a été passé »¹¹⁷⁷. Cette règle ne résulte pas expressément de l'ancien article 1304, qui prévoit seulement le délai de 5 ans, mais c'est une règle d'application de cet article, que la Cour de cassation fonde sur celui-ci. L'article L. 313-2 du code de la consommation prévoit quant à lui que le taux effectif global « doit être mentionné dans tout écrit constatant un contrat de prêt régi par la présente section ». L'article R. 313-2, qui concerne les découverts en compte, étant situé dans la section en question, la règle de l'article L. 313-2 s'applique aux découverts en compte.

L'article 1907 du code civil énonce, lui, la nécessité d'un écrit fixant le taux d'intérêt conventionnel. Son visa semble alors quelque peu superflu aux côtés d'un texte plus spécial

¹¹⁷⁵ Ainsi, J.-Y. KERBOURC'H, « Affichage de la désignation d'un délégué syndical central et d'un représentant syndical au CCE », *JCP S* n° 15, 11 Avril 2006, 1298 : « L'arrêt du 15 février 2006 s'inspire de la jurisprudence du 17 décembre 1984 rendue sous le visa de l'article R. 433-4 (comité d'entreprise) ; mais la Cour de cassation fonde sa solution sur les articles L. 412-15 et L. 412-16 qui ne visent que les délégués syndicaux, et dont elle étend donc la portée au représentant syndical au comité central d'entreprise ».

¹¹⁷⁶ Com., 22 mai 2007, pourvoi n° 06-12.180, *Bull.* 2007, IV, n° 135.

¹¹⁷⁷ En ce sens, 3^{ème} civ., du 15 mai 1996, pourvoi n° 94-14.987, *Bull.* 1996, III, n° 116 ; 3^{ème} civ., du 4 octobre 2000, pourvoi n° 98-22.554, *Bull.* 2000, III, n° 157 et F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2005, n° 413.

prévoyant lui aussi cette exigence d'un écrit. En réalité, sa présence permet de référer à l'ensemble des arrêts qui ont été rendus sur son fondement et selon lesquels « cette règle, prescrite pour la validité même de la stipulation d'intérêt, est d'application générale et qu'il ne peut y être dérogé même en matière d'intérêts afférents au solde débiteur d'un compte courant »¹¹⁷⁸.

La chambre commerciale avait déjà décidé quelques mois auparavant au visa des articles « 1907 du code civil, ensemble les articles L. 313-1, L. 313-2, R. 313-1 et R. 313-2 du code de la consommation », « qu'en cas d'ouverture de crédit en compte courant, l'obligation de payer dès l'origine des agios conventionnels par application du taux effectif global exige non seulement que soit porté sur un document écrit préalable à titre indicatif le taux effectif global mais aussi que le taux effectif global appliqué soit porté sur les relevés périodiques, reçus par l'emprunteur sans protestation ni réserve ; qu'à défaut de cette première exigence, les agios ne sont dus qu'à compter de l'information régulièrement reçue, valant seulement pour l'avenir, et qu'à défaut de la seconde exigence, la seule mention indicative de ce taux, ne vaut pas, s'agissant d'un compte courant, reconnaissance d'une stipulation d'agios conventionnels »¹¹⁷⁹.

L'ajout de l'ancien article 1304 du code civil est tout naturel puisqu'il s'agit de déterminer la prescription applicable à l'action. Celui de l'ancien article 1134 en revanche est moins évident. Selon l'auteur, il vient justifier la fixation du point de départ de la prescription : « en l'absence de fixation du TEG par écrit, il n'y a pas d'obligation de payer des intérêts conventionnels, non seulement parce que la solennité n'a pas été accomplie, mais plus substantiellement parce qu'il n'y a pas d'accord des parties sur le taux. Le visa de l'ancien article 1134 du code civil dans l'arrêt commenté ne peut que confirmer cette analyse. »¹¹⁸⁰ C'est dire que cet arrêt ne pose pas une exception au principe posé sur le fondement de l'ancien article 1304 selon lequel c'est à la date de l'accord entre les parties que le délai de prescription de l'action en nullité commence à courir, puisqu'il n'y a pas d'accord des parties. La complexité de la justification opérée par la combinaison dans cet arrêt ne semble pas être un obstacle infranchissable à sa réception par la doctrine spécialisée.

352. L'analyse des visas, peut permettre d'identifier la règle appliquée ainsi que les raisons ayant mené à son choix. Cependant, il ne semble pas que ce soit l'information principalement recherchée par la doctrine. En effet, celle-ci semble résolument tournée vers l'avenir, et s'intéresse principalement à la détermination de la portée de la solution.

¹¹⁷⁸ 1^{ère} civ., 9 février 1988, pourvoi n° 86-11.557, *Bull.* 1988, I, n° 34 ; Com., 12 avril 1988, *Bull.* 1988, IV, n° 130.

¹¹⁷⁹ Com., 20 février 2007, pourvoi n° 04-11.989, *Bull.* 2007, IV, n° 47.

¹¹⁸⁰ P. BERLIOZ, « Prescription de l'action en nullité de la stipulation du TEG d'une ouverture de crédit en compte courant », *JCP E* 30 août 2007, n° 35, 2006.

Section 2. L'information sur les règles applicables

353. Les auteurs qui commentent une décision cherchent souvent à déterminer sa portée¹¹⁸¹. Dans cette recherche, les visas peuvent constituer des arguments en faveur ou en défaveur d'une interprétation de l'arrêt. En effet, l'analyse du fondement de la cassation permet souvent de déterminer la portée de la solution (§1). De plus, certains visas, sans être nécessaires à la justification de la cassation, constituent des visas *obiter dictum* (§2).

§1. Analyse du fondement et détermination de la portée de la solution

354. En général, on considère que la structure de la règle est une présupposition suivie d'un effet juridique¹¹⁸². L'identification d'une règle a donc deux facettes : Il s'agit à la fois de déterminer quelles sont ses conditions d'application, et quels sont les effets de son application. On retrouve ces deux préoccupations dans les analyses d'arrêts effectuées par la doctrine. De l'analyse du fondement de la règle, les auteurs cherchent à déterminer le champ d'application (A) et le régime juridique de celle-ci (B).

A. Fondement et champ d'application

355. De l'application d'une règle dans une hypothèse, on en déduit l'applicabilité dans des cas semblables. Le visa peut permettre de décider entre une interprétation stricte du champ d'application de la règle de décision, et la possible application de la règle de décision à des cas autres que celui de l'arrêt dans lequel elle est énoncée. La délimitation du champ de la règle par le biais du texte visé (1) doit toujours s'effectuer en tenant compte de sa *ratio legis* pour éviter toute erreur d'interprétation (2).

¹¹⁸¹ Ainsi que le préconisent les manuels de méthodologie juridique. Par exemple, I. Defrénois-Souleau, *Je veux réussir mon droit*, Dalloz, 10^{ème} édition, Paris, p. 143 ; A. Batteur, *Les annales du droit 2017*, Dalloz, 2016, p. 46.

¹¹⁸² H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Sirey, 1948, n° 16 ; N. MACCORMICK, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, PUF, 1^{ère} édition, Paris, 1996, p. 51 : « On a souvent fait valoir, et il n'y a pas de raison d'en douter, que toutes les règles de droit, quelles que soit leur formulation dans les lois ou les précédents, peuvent sans altération aucune, épouser la forme : si certains faits ou événements sont avérés, une certaine conséquence juridique doit s'en suivre ».

1) Délimitation du champ d'application de la règle par le biais du texte visé

356. Le visa permettant de trancher en faveur d'une interprétation *a contrario*. À propos d'un arrêt dans lequel la première chambre civile a décidé qu'en matière de prestation compensatoire le juge ne peut substituer d'office une rente viagère au capital demandé, un auteur se demandait si, inversement, le juge pourrait substituer d'office un capital à une rente viagère¹¹⁸³. C'est le visa de l'arrêt qui lui permettait de répondre de façon positive à cette question¹¹⁸⁴. En effet, c'est l'article 276 du code civil qui constitue le fondement de la décision, texte aux termes duquel « à titre exceptionnel, le juge peut, par décision spécialement motivée, lorsque l'âge ou l'état de santé du créancier ne lui permet pas de subvenir à ses besoins, fixer la prestation compensatoire sous forme de rente viagère ». C'est donc le caractère exceptionnel de cette modalité d'exécution de la prestation compensatoire qui justifie que le juge ne puisse la choisir d'office. La prestation compensatoire sous la forme d'un capital étant la règle, il n'y a pas de raison que le juge ne puisse pas la substituer d'office à l'octroi d'une rente viagère. Ainsi, le visa peut constituer un argument en faveur d'une interprétation *a contrario* de la règle dégagée dans l'arrêt.

357. Délimitation du champ d'application de la solution grâce au visa. Le visa utilisé pour justifier une règle de décision peut aussi permettre de circonscrire le champ d'application de la règle. Ainsi, le fait que la nullité de l'indemnité de départ stipulée au profit du PDG soit fondée sur sa révocabilité *ad nutum*, comme en atteste le visa de l'article L. 225-47 alinéa 3 du code de commerce¹¹⁸⁵ dans les arrêts¹¹⁸⁶, implique qu'une telle solution ne soit plus justifiée à l'égard d'un dirigeant non révocable *ad nutum*¹¹⁸⁷.

¹¹⁸³ 1^{ère} civ., 23 octobre 2013, pourvoi n° 12-17.492, *Bull.* 2013, I, n° 208.

¹¹⁸⁴ S. DAVID, « Prestation compensatoire : le juge ne peut substituer d'office une rente viagère au capital demandé, à propos de 1^{ère} civ. 23 octobre 2013 », *AJ fam.* 2013 p. 707.

¹¹⁸⁵ L. 225-47 c. com. al. 3 : « Le conseil d'administration peut le révoquer à tout moment. Toute disposition contraire est réputée non écrite ».

¹¹⁸⁶ Ainsi, Com., 3 mai 1995, pourvoi n° 93-17.776, Inédit, visant l'article 110, alinéa 3, de la loi du 24 juillet 1966, qui deviendra l'article L. 225-47 ; Com., 11 octobre 2005, pourvoi n° 02-13.520, *Bull.* 2005 IV, n° 210 (arrêts non cités dans la note de jurisprudence) ; Com., 6 février 2007, pourvoi n° 01-17.877, Inédit.

¹¹⁸⁷ D. GALLOIS-COCHET, « Nullité de l'indemnité conventionnelle de révocation stipulée au profit du gérant de SARL », *Dr. sociétés* n° 2, Février 2013, comm. 26 (Com., 6 nov. 2012, n° 11-20.582).

De même, le visa d'un texte seul permet de déduire que la solution de l'arrêt est générale, alors qu'on peut au contraire déduire de sa combinaison avec un autre texte une délimitation de son champ d'application¹¹⁸⁸.

358. Visa d'un texte de droit commun et délimitation de la solution. La nature du texte visé est elle aussi importante. Une justification opérée par un texte général comme l'ancien article 1832 du code civil donne à la solution un champ d'application beaucoup plus large, comme c'est le cas dans un arrêt du 20 septembre 2011¹¹⁸⁹ dans lequel la chambre commerciale a décidé que « le liquidateur judiciaire était recevable à agir à l'encontre des associés de la SCM pour voir fixer leur contribution aux pertes sociales par la prise en compte, outre du montant de leurs apports, de celui du passif social et du produit de la réalisation des actifs ». Le visa de l'ancien article 1382 permet d'exclure qu'il s'agisse d'une solution spécifique à la société civile de moyens, ce que l'on aurait pu déduire d'un visa spécifique aux sociétés de moyens. Ainsi, les auteurs relèvent que la solution de l'arrêt, fondée sur l'article 1832, « est transposable à toutes les sociétés dont les associés sont tenus indéfiniment des dettes sociales »¹¹⁹⁰.

De même, les auteurs peuvent, grâce au visa de l'ancien 1134 du code civil déduire la généralité de la règle appliquée malgré la précision de son énoncé¹¹⁹¹. Cependant, un tel argument n'est pas toujours fondé.

359. La déduction, à partir de la généralité du visa, de la généralité de la solution, alors même que les motifs de l'arrêt semblent la circonscrire. Commentant une décision de la Cour de cassation qui a cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui « a retenu que ces donations indirectes n'avaient été consenties que pour poursuivre et maintenir une liaison adultère » au motif, énoncé au chapeau que « n'est pas nulle, comme ayant une cause contraire aux bonnes mœurs, la libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère »¹¹⁹², un auteur s'appuie entre autres sur un des visas

¹¹⁸⁸ Ainsi, F. KHODRI-BENAMROUCHE, « Le point de départ des intérêts sur le recours des tiers-payeurs contre le responsable : un revirement prévisible », *JCP G* 2002, II, 10182, à propos de 1^{ère} civ., 7 mai 2002, pourvoi n° 99-13.458, *Bull.* 2002, I, n° 118.

¹¹⁸⁹ Com., 20 septembre 2011, pourvoi n° 10-24.888, *Bull.* 2011, IV, n° 136.

¹¹⁹⁰ S. PRÉVOST, « Contribution aux pertes sociales : recevabilité de l'action du liquidateur judiciaire », *Rev. sociétés* 2011, 691 ; en ce sens aussi : P. PÉTEL, « Chronique Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires des entreprises », *JCP G* n° 5, 28 Janvier 2012, doctr. 117 ; mais aussi F.-X. LUCAS, *Bull. Joly* 2011, p. 902 ; R. MORTIER, *JCP E* 2011, 1804 ; F. MARMOZ, « La recevabilité de l'action du liquidateur judiciaire en vue de fixer la contribution aux pertes des associés d'une SCM », *D.* 2011 p. 2970 : « Le visa de l'article 1832, dont l'alinéa 3 dispose que « *les associés s'engagent à contribuer aux pertes* », ne distingue pas parmi les formes de sociétés et autorise par conséquent la généralisation de la solution aux sociétés civiles, aux sociétés en nom collectif et aux associés commandités des sociétés en commandite ».

¹¹⁹¹ B. MALLET-BRICOUT, « Sous-traitance : droit au paiement direct et action en paiement », *D.* 2008 p. 3083, à propos de 3^{ème} civ., 3 décembre 2008, pourvoi n° 07-19.997, *Bull.* 2008, III, n° 193.

¹¹⁹² 1^{ère} civ., 25 janvier 2005, pourvoi n° 96-19.878, *Bull.* 2005, I, n° 35.

pour considérer que la Cour de cassation n'a pas statué ici uniquement sur la moralité de la cause mais aussi sur sa licéité. En effet, l'ancien article 1131, présent au visa, ne concerne que la cause illicite, ce dont l'auteur déduit que la Cour s'est aussi prononcée sur la licéité de la cause de la libéralité¹¹⁹³. En réalité c'est là faire une fausse distinction entre cause illicite et cause immorale, puisqu'aux termes de l'ancien article 1133 « la cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public ». Le visa de l'article 1131 du code civil ne fait donc pas forcément référence à ce que la doctrine nomme une cause illicite, puisque l'illicéité de la cause à laquelle il se réfère comprend la cause immorale. L'argument du visa de l'arrêt ne semble pas ici convaincant pour soutenir l'analyse de l'auteur, par ailleurs tout à fait fondée, selon laquelle une libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère ne serait pas illicite.

360. Il est donc nécessaire d'être prudent dans l'utilisation des visas pour déterminer le champ d'application de la règle appliquée. Une telle prudence implique de toujours prendre en compte la *ratio legis* de la règle à laquelle le visa fait référence.

2) Détermination du champ d'application par le biais de la *ratio legis*

361. Visa contre *ratio legis*. Dans un arrêt du 17 janvier 2012 la chambre commerciale a estimé que l'agrément d'un actionnaire doit être pur et simple, refusant par là-même toute possibilité d'agrément conditionnel¹¹⁹⁴. Cette impossibilité d'un agrément conditionnel n'étant inscrite dans aucun texte, une auteure s'est demandé quelle était la raison d'une telle solution. C'est dans le visa qu'elle trouve une réponse. En effet, elle envisage deux possibilités : Soit c'est l'agrément en tant que tel qui, par nature, ne peut être conditionnel, soit c'est le régime de l'agrément qui l'empêche d'être conditionnel. Si la Cour de cassation n'avait visé que l'article L. 228-23 alinéa 4 du code de commerce, aux termes duquel « toute cession effectuée en violation d'une clause d'agrément figurant dans les statuts est nulle », c'est la première hypothèse qui aurait emporté l'adhésion de l'auteure. Mais la Cour a visé aux côtés de ce texte l'article L. 228-24 du code de commerce, qui prévoit le régime impératif de l'agrément. Ce régime est en effet

¹¹⁹³ M. GRIMALDI, « Là où la concubine adultère profite doublement des largesses de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2005 p. 439.

¹¹⁹⁴ Com., 17 janvier 2012, pourvoi n° 09-17.212, *Bull.* 2012, IV, n° 10.

incompatible avec une conditionnalité de l'agrément en raison des délais impératifs qu'il prévoit, tant en ce qui concerne la réponse à la demande d'agrément, qu'en ce qui concerne le rachat¹¹⁹⁵.

Le refus de l'agrément conditionnel pour les sociétés par actions est justifié par le visa d'un texte spécifique aux sociétés par actions, ce qui rend hasardeuse toute extension de la solution à d'autres types de sociétés¹¹⁹⁶. Cependant, puisque la justification de la solution semble provenir de l'absurdité de l'application du mécanisme de la condition à un agrément¹¹⁹⁷, la solution devrait être la même toutes les fois que l'on retrouve cette absurdité.

En effet, pour les sociétés par action simplifiée, il est simplement prévu que « les statuts peuvent soumettre toute cession d'actions à l'agrément préalable de la société »¹¹⁹⁸, et que « toute cession effectuée en violation des clauses statutaires est nulle »¹¹⁹⁹. Dès lors, un agrément conditionnel serait tout à fait envisageable.

En revanche, en matière de SARL, même si l'agrément est le principe¹²⁰⁰, ce sont les mêmes délais qui régissent la procédure qu'en matière de société par action¹²⁰¹. La justification opérée par le visa de l'article L. 228-24 semble, dès lors, tout à fait transposable à cette situation.

Le visa permet donc, en relation avec la *ratio legis*, de tenter de déterminer le champ d'application de la règle appliquée dans l'arrêt. Il peut aussi servir d'indice pour connaître le régime juridique applicable.

¹¹⁹⁵ D. GALLOIS-COCHET, « Illicéité de l'agrément conditionnel des cessions d'actions », *Dr. sociétés* 2012, n° 4, comm. 64, à propos de Com., 17 janv. 2012, pourvoi n° 09-17.212 : « Pourquoi, alors, la Cour de cassation décide-t-elle que l'agrément conditionnel est illicite ? La solution s'explique par le régime impératif de l'agrément, comme le met en évidence le visa de l'article L. 228-24 du code de commerce (si la notion d'agrément fondait l'interdiction, il eût suffi de viser l'article L. 228-23 du même code, siège de l'existence des clauses d'agrément). La validité des clauses est liée à l'existence d'un régime impératif de l'agrément. Celui-ci comporte une obligation de rachat en cas de refus d'agrément et une liberté recouvrée du cédant à défaut de rachat, lesquelles s'exercent dans des délais impératifs. L'ensemble a pour finalité que le cédant soit rapidement fixé sur le sort de son projet de cession ».

¹¹⁹⁶ D. GALLOIS-COCHET, « Illicéité de l'agrément conditionnel des cessions d'actions », *Dr. sociétés* 2012, n° 4, comm. 64, Com., 17 janv. 2012, pourvoi n° 09-17.212, *Bull.* 2012, IV, n° 10.

¹¹⁹⁷ En ce sens, J. MOURY, « Agrément du cessionnaire d'actions : un usage dévoyé de la condition », *D.* 2012. 719, spéc. n° 5.

¹¹⁹⁸ L. 227-14 c. com.

¹¹⁹⁹ L. 227-15 c. com.

¹²⁰⁰ Article L. 223-14 alinéa 1^{er} c. com.

¹²⁰¹ Ainsî, article L. 223-14 alinéa 2, 3 et 5, c. com.

B. Fondement et régime juridique

362. Le visa comme argument pour l'autonomie d'un concept. Le visa peut être utilisé par les auteurs comme un argument au soutien de l'autonomie d'un concept. Cela a été le cas en matière de troubles anormaux du voisinage. La possibilité d'obtenir une réparation en cas de « désordres excédant la limite des inconvénients normaux de voisinage » a d'abord été fondée sur le visa des articles 544 et 1382¹²⁰², ce qui a conduit la doctrine à voir dans le trouble anormal du voisinage une sanction de l'abus du droit de propriété¹²⁰³.

Par la suite, c'est le visa du « principe suivant lequel nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage » qui a été utilisé¹²⁰⁴, ce qui a conduit les auteurs à affirmer l'autonomie du trouble anormal du voisinage par rapport au droit de propriété et aux responsabilités civiles¹²⁰⁵. Cependant, les articles 1382 et 1383 apparaissant souvent dans les arrêts concernant les troubles anormaux du voisinage, certains auteurs considèrent que ce concept ne bénéficiait que d'une autonomie *relative*¹²⁰⁶.

Pourtant, aucun exemple d'arrêt se fondant sur 1382 pour ensuite appliquer le régime du trouble anormal du voisinage n'a été trouvé. À partir du moment où c'est l'article 1382 ou 1383 qui est visé, on exige la démonstration d'une faute, fût-elle de négligence, ce qui montre bien que c'est le régime de droit commun qui est appliqué. Le visa permet donc bien de déterminer le fondement de l'action et donc son régime¹²⁰⁷.

Ce n'est qu'au stade des recours entre codébiteurs que le régime de droit commun reprend ces droits. Ainsi a pu être visé l'article 1147 du code civil pour sanctionner une cour d'appel qui avait appliqué à tort le régime de la responsabilité délictuelle¹²⁰⁸. L'article 1382 du code civil a

¹²⁰² 3^{ème} civ., du 4 février 1971, pourvoi n° 69-14.964, *Bull.* 1971, III, n° 80 ; V. GAILLOT-MERCIER, « Troubles de voisinage », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, septembre 2002 (actualisation : avril 2015), n° 24.

¹²⁰³ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, *Les Biens*, LGDJ, 7^{ème} édition, 2017, n° 1069 s.

¹²⁰⁴ 2^{ème} civ., 19 novembre 1986, pourvoi n° 84-16.379, *Bull.* 1986, II, n° 172 ; 2^{ème} civ., 28 juin 1995, pourvoi n° 93-12.681, *Bull.* 1995, II, n° 222 ; 3^{ème} civ., 28 avril 2011, pourvois n° 10-14.516, n° 10-14.517 ; 3^{ème} civ., 12 octobre 2005, pourvoi n° 03-19.759.

¹²⁰⁵ J.-L. BERGEL, « Droit de propriété et troubles du voisinage », *RDI* 1996 p. 175 : « La Cour de cassation a maintenant érigé la prohibition des troubles anormaux de voisinage en principe général du droit. Le visa de l'arrêt du 28 juin 1995 le montre clairement. Au lieu de viser un texte, la Cour régulatrice se réfère à des « principes généraux du droit applicables même en l'absence d'un texte ».

¹²⁰⁶ V. GAILLOT-MERCIER, « Troubles de voisinage », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, septembre 2002 (actualisation : avril 2015), n° 31 s.

¹²⁰⁷ En sens contraire, considérant que le trouble anormal du voisinage est un quasi-délit : F. ROUVIÈRE, « La pseudo-autonomie des troubles anormaux de voisinage », *in* (dir.) J.-Ph. Tricoire, *Variations sur le thème du voisinage*, PUAM, 2012, pp. 73 et s.

¹²⁰⁸ 3^{ème} civ., 28 novembre 2001, pourvoi n° 00-13.970, *Bull.* 2001, III, n° 135.

aussi pu être visé aux côtés du principe dans une cassation pour manque de base légale¹²⁰⁹, semblant indiquer le caractère optionnel du fondement des troubles anormaux du voisinage pour la victime.

Le visa, en matière de troubles anormaux du voisinage est utilisé comme un argument pour les auteurs en faveur de l'autonomie du concept¹²¹⁰. C'est un argument qui est en revanche écarté par ceux qui ne voient pas dans les troubles anormaux du voisinage un concept autonome¹²¹¹.

363. Nature égale régime¹²¹². De la cassation au visa d'un texte, les auteurs déduisent naturellement qu'il est applicable à la situation, et que la partie de ce texte qui n'est pas appliquée dans le présent arrêt, est potentiellement applicable elle aussi. À propos d'un arrêt du 16 décembre 1980¹²¹³, un auteur relève que « le visa de l'article 1378 du code civil montre, semble-t-il, que la Cour de cassation serait prête à faire partir le point de départ des intérêts, non du jour de la demande en restitution, mais du jour du paiement des taxes indues, en cas de mauvaise foi de l'Administration »¹²¹⁴. Il s'agissait dans cet arrêt de se conformer à la doctrine de la CJCE, en soumettant l'administration au droit commun des intérêts pour perception de sommes indues. L'auteur tire, comme conséquence du visa des textes de droit commun, l'applicabilité de l'ensemble du régime concerné à l'administration.

De même, les auteurs ont remarqué l'abandon du visa de l'ancien article 1382 du code civil au profit du visa des articles 57 et 60 de la loi du 24 juillet 1966 qui ont trait aux assemblées de SARL et aux majorités exigées en cas de modifications statutaires, pour se prononcer sur la sanction de l'abus de minorité, comme impliquant un changement du mode de sanction¹²¹⁵.

¹²⁰⁹ 3^{ème} civ., 11 février 1998, *Bull.* 1998, III, n° 34, *D.* 1999, jur., p. 529, note S. BEAUGENDRE.

¹²¹⁰ Ainsi, S. BERTOLASO, « Art. 1788 à 1794 - CONSTRUCTION – Responsabilité de droit commun – Responsabilité délictuelle », *J.-Cl. civil code*, Fasc. 26, spéc. , n°17 ; J. PICARD, « Servitude – Le cèdre et le voisin », *JCP N*, 5 Janvier 2001, n° 1 p. 8 ; N. REBOUL-MAUPIN, « Voisinage et environnement : le trouble anormal à l'honneur ! », *Environnement* n° 10, Octobre 2008, étude 10, spéc. § 4 ; L., H. et J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 2, *Les biens*, 9^{ème} édition, 1998, n° 1341.

¹²¹¹ Ainsi, F. ROUVIÈRE, « La pseudo-autonomie des troubles anormaux de voisinage », *in* (dir.) J.-Ph. TRICOIRE, *Variations sur le thème du voisinage*, PUAM, 2012, pp.73 et s., spéc. n° 14 : « Bien que la suppression d'une référence à 1382 a laissé penser que l'autonomie des TAV (troubles anormaux du voisinage) était proclamée, on peut y voir de façon moins spectaculaire l'allègement de la charge de la preuve du demandeur ».

¹²¹² J.-L. BERGEL, « Différence de nature égale différence de régime », *RTD civ.* 1984 p. 255.

¹²¹³ Com., 16 décembre 1980, pourvoi n° 79-15.273, *Bull.* 1980, IV, n° 424.

¹²¹⁴ J.-G. HUGLO, « La répétition de l'indu communautaire dans la jurisprudence de la Cour de cassation française », *RTD eur.* 1995 p. 1.

¹²¹⁵ P. MERLE, « Ce que le juge ne veut pas faire directement, le jugement valant acte, il peut le faire accomplir par un tiers », *Rev. Sociétés* 1993 p. 403 : « Dans l'arrêt *Vitama*, la Chambre commerciale pour se prononcer sur la sanction

Le visa de l'ancien article 1147 du code civil plutôt que de l'ancien article 1382 du code civil permet de savoir que l'obligation d'information d'un professionnel trouve sa source non pas dans la loi mais dans le contrat. Le régime applicable sera alors sensiblement différent, ce qui explique que la doctrine soit particulièrement vigilante concernant les visas des arrêts rendus en la matière¹²¹⁶.

Inversement, le passage du visa de l'ancien article 1147 à l'ancien article 1382 du code civil, dans les décisions concernant l'obligation d'information du médecin, a eu la conséquence naturelle de la rattacher à la responsabilité civile délictuelle alors qu'elle relevait autrefois de la responsabilité contractuelle¹²¹⁷. Les auteurs n'ont pas manqué de relever l'absence de conséquence d'un tel changement en ce qui concerne le régime juridique de cette obligation. En effet, « dès lors que la responsabilité médicale est entièrement réglementée par la loi, ce changement de nature demeure sans grande incidence pratique »¹²¹⁸. Et si le président Sargos¹²¹⁹ avait émis l'hypothèse, pour le premier arrêt procédant de ce fondement, qu'il s'agissait d'une erreur matérielle, il avait espéré qu'une telle erreur soit créatrice¹²²⁰. En effet « L'information, condition *sine qua non* du recueil du consentement éclairé, relève (...) d'une obligation du médecin qui dépasse largement le cadre du contrat médical pour rejoindre des valeurs constitutionnelles touchant au respect de la dignité de la personne humaine ».

de l'abus de minorité avait visé l'article 1382 du code civil, fondement qui devait permettre au juge de retenir le mode de réparation le mieux adapté pour faire cesser une attitude inadmissible, en particulier le jugement valant acte. Dans l'arrêt *Flandin*, ce visa est abandonné au profit des articles 57 et 60 de la loi du 24 juillet 1966 qui ont trait aux assemblées de SARL et aux majorités exigées en cas de modifications statutaires, ce qui signifie que l'on ne se place plus sur le terrain de la responsabilité civile et de la réparation. Le changement est radical ».

¹²¹⁶ Ainsi, M. ROUSSILLE, « Responsabilité de l'expert-comptable en cas de non-convocation de l'assemblée », *Dr. sociétés* n° 6, Juin 2016, comm. 103 : « Le visa de l'article 1147 et la référence dans l'arrêt à la convention conclue entre les parties traduit le caractère contractuel de l'obligation de conseil de l'expert-comptable. Contrairement au commissaire aux comptes qui supporte un devoir de conseil attaché à sa mission légale, l'expert-comptable intervient parce qu'il est sollicité et c'est sa lettre de mission qui définit les prestations qu'il s'engage à assumer. » (Com., 8 mars 2016, n° 14-24.769).

¹²¹⁷ 1^{ère} civ., 6 décembre 2007, pourvoi n° 06-19.301, *Bull.* 2007, I, n° 380, puis 1^{ère} civ., 3 juin 2010, pourvoi n° 09-13.591, *Bull.* 2010, I, n° 128.

¹²¹⁸ P. JOURDAIN, « Le manquement au devoir d'information médicale cause un préjudice qui doit être réparé (revirement de jurisprudence) », *RTD civ.* 2010 p. 571.

P. SARGOS, « Deux arrêts « historiques » en matière de responsabilité médicale générale et de responsabilité particulière liée au manquement d'un médecin à son devoir d'information », *D.* 2010 p. 1522.

¹²¹⁹ Président à l'époque de la chambre sociale.

¹²²⁰ P. SARGOS, « L'information du patient et de ses proches et l'exclusion contestable du préjudice moral », *D.* 2008 p. 192 s., § 5 : « Et si, d'aventure, le visa de l'article 1382 procédait d'une erreur matérielle, il s'agirait d'une erreur créatrice - par référence au concept d'erreur commune qui fait droit - dont on ne peut que souhaiter qu'elle perdure... ».

Dans un arrêt du 3 juin 2010¹²²¹ la Cour décide que le non-respect du devoir d'information « cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice, [et] qu'en vertu du dernier des textes susvisés, le juge ne peut laisser sans réparation » au visa des articles 16, 16-3, alinéa 2, et 1382 du code civil. Cette justification entraîne certaines des conséquences juridiques. En effet, si le devoir d'information du médecin est fondé sur l'article 16 du code civil, qui prévoit le droit au respect de la dignité humaine, et l'article 16-3 du code civil, qui prévoit la nécessité de recueillir le consentement de l'intéressé pour toute atteinte à l'intégrité de son corps, cela pourrait signifier que pour le patient, l'information constitue un droit subjectif. Le préjudice causé par le défaut d'information pourrait alors être constitué par l'atteinte même à ce droit¹²²². Globalement, les auteurs désapprouvaient un tel fondement, préférant l'idée d'un préjudice d'impréparation¹²²³, qui est devenu le fondement du droit à réparation depuis 2014¹²²⁴.

La justification d'une règle par le biais d'un visa a donc des conséquences qui dépassent la seule règle de décision. Ainsi, pour fonder l'obligation du garagiste de restituer le véhicule de son client en bon état, la Cour de cassation vise les articles du code civil relatifs au dépôt, ce qui engendre l'application des règles relatives au contrat dépôt plutôt que celles relatives au contrat

¹²²¹ 1^{ère} civ., 3 juin 2010, pourvoi n° 09-13.591, *Bull.* 2010, I, n° 128.

¹²²² P. JOURDAIN, « Le manquement au devoir d'information médicale cause un préjudice qui doit être réparé (revirement de jurisprudence) », *RTD civ.* 2010 p. 571 : « Si l'on retient cette seconde analyse, toute atteinte au droit à l'information devrait autoriser une réparation, même lorsque les risques non révélés ne se réalisent pas » ; F. ARHAB-GIRARDIN, « La consécration d'un nouveau préjudice moral né du défaut d'information médicale », *RDSS* 2010 p. 898 : « *A priori*, affirmer que la violation du droit à l'information est source d'un préjudice réparable conduit à penser que la réparation sera accordée quelle que soit l'issue de l'acte médical dont les risques n'ont pas été révélés, sans que puisse être pris en compte le caractère bénéfique ou non de l'intervention. » ; P. BRUN, O. GOUT, « Chronique de responsabilité civile », *D.* 2011 p. 35 : « La référence aux articles 16 et 16-3 du code civil dans l'arrêt conduit d'ailleurs assez naturellement à l'analyse selon laquelle la victime jouit d'un droit à réparation du préjudice résultant de la seule atteinte illicite au corps humain, la référence à l'article 1382 du code civil faisant d'ailleurs plus allusion à la fonction normative de la responsabilité civile qu'à sa fonction réparatrice ».

¹²²³ P. JOURDAIN, « Le manquement au devoir d'information médicale cause un préjudice qui doit être réparé (revirement de jurisprudence) », *RTD civ.* 2010 p. 571 : « La consécration d'un nouveau préjudice moral né du défaut d'information médicale » ; F. ARHAB-GIRARDIN, « La consécration d'un nouveau préjudice moral né du défaut d'information médicale », *RDSS* 2010 p. 898 : « Aussi, il semblerait plus opportun de caractériser l'existence concrète d'un tel préjudice dont la preuve serait facilitée lorsque le risque non révélé s'est réalisé, les juges conservant ainsi un pouvoir d'appréciation. » ; O. GOUT, « Chronique de responsabilité civile », *D.* 2011 p. 35 : « On peut pourtant avoir une approche plus classique du préjudice causé par le manquement à l'obligation d'information, opportunément baptisé préjudice d'impréparation ».

¹²²⁴ 1^{re} civ., 23 janvier 2014, n° 12-22.123, *Bull.* 2014, I, n° 13 ; 1^{re} civ., 25 janvier 2017, n° 15-27898, note A.-L. FABAS SELOOTEN, *LPA* 19 avril 2017, n° 78, p. 10.

d'entreprise¹²²⁵. C'est dire qu'en renseignant sur le fondement de la règle appliquée, le visa renseigne aussi sur son régime¹²²⁶.

De même, l'adoption du visa de l'article L. 223-22 du code de commerce pour fonder l'obligation de loyauté des dirigeants sociaux¹²²⁷ en lieu et place de l'ancien article 1382 du code civil¹²²⁸ permet de confirmer l'autonomie de cette obligation par rapport au droit commun des obligations, et d'éviter « toute ambiguïté avec le régime de la concurrence déloyale, que le visa de l'ancien article 1382 du code civil, parfois retenu dans le passé, pouvait contribuer à entretenir »¹²²⁹.

Une modification de la justification d'une solution a donc des conséquences bien plus grandes que ce qu'on pourrait croire au premier abord. Ainsi, l'adoption du visa de l'article 3 du code civil en lieu et place de l'ancien article 1134 pour fonder la cassation pour dénaturation du droit étranger a été perçue comme modifiant la nature du contrôle de dénaturation. On serait passé « d'une dénaturation « matérielle », ne sanctionnant que la dénaturation des textes présentés au soutien de la preuve du droit étranger, à une dénaturation « intellectuelle », sanctionnant la dénaturation de la règle de droit étrangère, indépendamment des instruments de preuves rapportés »¹²³⁰. L'apparition du texte de loi étranger dénaturé aux côtés de l'article 3 du code civil dans le visa participerait elle aussi de ce mouvement, renforçant la condition du droit étranger¹²³¹.

Le visa, en tant qu'il constitue la référence au texte fondant la règle appliquée, donne donc des indications à la fois sur le champ d'application de la règle appliquée, et sur le régime juridique

¹²²⁵ M. RANOUIL, « Cession de fonds de commerce : la présomption de débiteur contractuel pesant sur les garagistes réparateurs cédant et cessionnaire », *JCP E* 22 Mai 2014, n° 21-22, 1287 (1^{ère} civ. 5 février 2014, pourvoi n° 12-23.467, *Bull.* 2014, I, n° 17).

¹²²⁶ De même, toujours à propos de cette qualification mais à propos de 1^{ère} civ., 8 octobre 2009, pourvoi n° 08-20.048, *Bull.* 2009, I, n° 204, X. DELPECH, « Le garagiste-réparateur peut réclamer au propriétaire du véhicule des frais de gardiennage », *Dalloz actu*, 15 octobre 2009 : « la qualification de contrat de dépôt ici retenue par les juges s'est faite au détriment du propriétaire du véhicule. Tel n'est sans doute pas toujours le cas. En effet, en cas de détérioration du véhicule - s'il a subi un heurt, par exemple -, c'est cette même qualification de dépôt, et l'obligation de conservation de la chose gardée du dépositaire qui lui est attachée, qui fonderont l'action en responsabilité contre le garagiste (V., par ex., 1^{ère} civ., 22 mai 2008, *Bull.* 2008, I, n° 143 ; *D.* 2008. AJ 1550, obs. Delpech ; *RTD com.* 2009. 201, obs. Boulloc »).

¹²²⁷ Com., 15 novembre 2011, pourvoi n° 10-15.049, *Bull.* 2011, IV, n° 188.

¹²²⁸ Com., 24 février 1998, pourvoi n° 96-12.638, *Bull.* 1998, IV, n° 86.

¹²²⁹ A. CONSTANTIN, « Loyauté des dirigeants : l'obligation de loyauté et de fidélité pesant sur le gérant d'une SARL lui interdit de négocier, en qualité de gérant d'une autre société, un marché dans le même domaine d'activité », *RTD com.* 2012 p. 137.

¹²³⁰ É. PATAUT, « Il n'y a pas litispendance si le juge étranger est dessaisi du fait d'un désistement », *Rev. crit. DIP*, 2006 p. 428.

¹²³¹ *Ibid.*

applicable aux faits qualifiés. Certains visas, bien que ne constituant pas une référence au texte violé, donnent eux aussi certaines indications sur le droit applicable. Il s'agit des visas *obiter dictum*.

§2. La réception des visas *obiter dictum*

364. Notion d'*obiter dictum*. L'*obiter dictum* se définit comme « une règle de droit énoncée hors du cadre du litige »¹²³². Il s'agit d'une information qui dépasse la règle effectivement appliquée dans l'arrêt. Selon Sébastien Tournau, l'*obiter dictum* a une fonction à la fois pédagogique (rappel d'une règle déjà existante) et normative (anticiper un revirement de jurisprudence, procéder à un revirement de jurisprudence portant sur une question qui, ancrée dans les habitudes des plaideurs, n'est plus soulevée devant les juges du fond, créer une règle nouvelle). Le visa *obiter dictum* est le visa qui, sans être indispensable pour fonder la cassation, renseigne au-delà de l'arrêt¹²³³. Certains visas permettent en effet de donner des indices au-delà de l'arrêt.

365. Le visa infirmant des spéculations doctrinales. Un visa peut permettre de confirmer ou d'infirmar l'attitude prospective de la doctrine. Par exemple, certains auteurs avaient considéré que la réforme de la liquidation judiciaire du 26 juillet 2005, mettait fin à la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation selon laquelle si la vente n'est réalisée que par l'accomplissement d'actes postérieurs à la décision du juge-commissaire qui ordonne la cession du bien, celle-ci n'en est pas moins parfaite dès l'ordonnance, sous la condition suspensive que la décision acquière force de chose jugée¹²³⁴. En effet, la décision du juge commissaire n'ayant plus la même portée pour les adjudications et pour les ventes de gré à gré, le nouveau texte prévoyant que le « juge ordonne une adjudication mais [...] autorise la vente de gré à gré », ces auteurs ont cru pouvoir en déduire une nécessaire différence de régime entre vente de gré à gré et adjudication¹²³⁵. Mais un arrêt du 4 octobre 2005¹²³⁶ reprenant la solution antérieure a été rendu au visa du texte nouveau. Cela signifie que la Cour de cassation considère que le droit nouveau n'est pas de nature à mettre fin à la solution antérieurement admise¹²³⁷, sans quoi elle aurait visé

¹²³² S. TOURNAUX, « L'*obiter dictum* de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2011 p. 45.

¹²³³ Contrairement à ce que

¹²³⁴ Com., 11 mars 1997, pourvoi n° 94-19.207, *Bull.* 1997, IV, n° 69.

¹²³⁵ J.-P. SÉNÉCHAL, « La réforme de la liquidation judiciaire », colloque CRAJEFE, Nice 27 mars 2004, *LPA* 10 juin 2004, p. 48.

¹²³⁶ Com., 4 octobre 2005, pourvoi n° 04-15.062, *Bull.* 2005, IV, n° 191.

¹²³⁷ En ce sens, P. PÉTEL, « Redressement et liquidation judiciaires des entreprises », *JCP G.* n° 14, 5 Avril 2006, doctr. 130, spéc. n° 8.

le droit ancien, puisque l'on était dans une hypothèse où le droit applicable était le droit antérieur à la réforme, l'arrêt d'appel datant du 4 mars 2004.

366. Le visa *obiter dictum* permettant de déduire l'applicabilité de la solution à un domaine voisin de celui de l'arrêt. Le visa de l'alinéa 1^{er} de l'article 1384 aux côtés des alinéas 4 et 7 dans une affaire de responsabilité des parents du fait de leurs enfants invite à penser, en dehors de toute précision en ce sens au sein de l'arrêt¹²³⁸, que la solution dégagée dans l'arrêt s'applique indifféremment à toutes les responsabilités pour autrui, l'alinéa 1^{er} en étant le siège¹²³⁹. La règle en question, qui est précisée dans l'arrêt, est celle selon laquelle c'est à l'endroit des parents que doit s'apprécier la cause exonératoire de responsabilité qu'est la force majeure. La généralisation de la solution à l'ensemble des responsabilités pour autrui inviterait à conclure à l'existence d'une règle selon laquelle c'est en la personne du responsable pour autrui que doit s'apprécier la force majeure.

367. De même, d'un arrêt dans lequel se posait la question de savoir quel était le point de départ du délai de revendication dans une liquidation judiciaire¹²⁴⁰, du visa de l'article L. 621-28 du code de commerce, non nécessaire à la cassation, et qui concerne le régime des contrats en cours en matière de redressement judiciaire, un auteur déduit l'applicabilité du régime des contrats en cours à la liquidation judiciaire¹²⁴¹.

368. Un texte *obiter dictum* d'un principe. Dans un arrêt du 11 janvier 2017, la chambre commerciale a visé l'article L. 712-6 du code de la propriété intellectuelle aux côtés du principe « *fraus omnia corrumpit* »¹²⁴². Selon ledit texte, « si un enregistrement a été demandé soit en fraude des droits d'un tiers, soit en violation d'une obligation légale ou conventionnelle, la personne qui

¹²³⁸ 2^{ème} civ., 17 février 2011, pourvoi n° 10-30.439, *Bull.* 2011, II, n° 47.

¹²³⁹ J. MARROCHELLA, « Rappel et précisions sur le régime de la responsabilité des parents », *Dalloz actu.*, 2 mars 2011. En sens contraire cependant : O. GOUT, « Responsabilité civile », *D.* 2012 p. 47 : « Quant à la référence à l'alinéa 1^{er}, elle avait pu inquiéter par le passé, notamment parce qu'on craignait un alignement des différentes responsabilités du fait d'autrui sur la responsabilité parentale s'agissant du fait dommageable. Cela n'a pas été le cas. Pourquoi dès lors récidiver ? C'est un autre mystère de l'arrêt ».

Voyant là un *obiter dictum*, S. TOURNAUX, « L'*obiter dictum* de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2011 p. 45.

¹²⁴⁰ Com., 15 février 2005, pourvoi n° 03-17.604, *Bull.* 2005, IV, n° 28 ; A. MARTIN-SERF, « Procédure de revendication. Point de départ du délai de revendication dans une liquidation judiciaire », *RTD com.* 2006 p. 206.

¹²⁴¹ M. CABRILLAC, « Redressement et liquidation judiciaires des entreprises. Chronique », *JCP G* n° 40, 5 Octobre 2005, doct. 174, spéc. § 8 : « Il est vrai qu'en l'espèce l'enjeu n'était pas là : en excluant la résiliation immédiate d'un contrat de location de matériel, cet arrêt permet seulement au loueur de tirer parti des dispositions de l'article L. 621-115, alinéa 2, qui lie à cette résiliation l'écoulement du délai de revendication pour les biens faisant l'objet d'un contrat en cours au jour du jugement d'ouverture. Toutefois, le visa de l'ancien article 37 de la loi du 25 janvier 1985, devenu L. 621-28 du code de commerce, permet bien de voir dans cet arrêt une reconnaissance de l'application du régime des contrats en cours à la liquidation judiciaire ».

¹²⁴² Com., 11 janvier 2017, 15-15.750, *publication en cours.* ; Com., 25 avril 2006, 04-15.641, *Bull.* 2006, IV, n° 100 p. 97.

estime avoir un droit sur la marque peut revendiquer sa propriété en justice ». Ce texte prévoit seulement la possibilité pour la victime d'un dépôt frauduleux de revendiquer sa propriété, mais non d'agir en nullité des marques, ce que permet l'adage¹²⁴³, forgé par la jurisprudence avant que l'article 712-6 ne soit créé¹²⁴⁴. Or c'est justement la voie de la nullité qui était choisie dans l'espèce.

Dès lors, le visa du texte semble inutile. Mais il n'en n'est rien, il s'agit en réalité d'un *obiter dictum*, car la règle énoncée au chapeau, selon laquelle « un dépôt de marque est entaché de fraude lorsqu'il est effectué dans l'intention de priver autrui d'un signe nécessaire à son activité », s'applique aussi en matière de revendication de la propriété. Le visa du texte permet d'annoncer que la règle qui est appliquée dans l'espèce est applicable non seulement lorsque l'on met en œuvre le principe, mais aussi lorsque l'on met en œuvre le texte.

Ainsi, les visas *obiter dictum* existent, contrairement à ce qui a pu être affirmé¹²⁴⁵, et les auteurs les reçoivent bien, dans la plupart des cas, comme des indices sur l'existence de règles autres que celle qui est directement à l'origine de la cassation.

Conclusion du chapitre

369. L'analyse de la littérature doctrinale relative aux arrêts de la Cour de cassation met en évidence que le visa constitue un outil d'analyse des arrêts. Loin de se désintéresser du visa, la doctrine le remarque, et y porte une grande attention lorsque des éléments nécessaires à l'analyse de la décision sont manquants ou bien lorsque le visa est remarquable. La doctrine semble tout à fait réceptive au message qu'est le visa. Elle tente de le décrypter, en lui attribuant parfois un excès de sens. Au-delà de l'identification de la règle appliquée, le visa permet parfois d'élucider les raisons ayant mené au choix de cette règle. Mais surtout, la doctrine cherche avant tout, dans le visa, des informations sur la portée de la décision. Elle tente de déterminer le champ d'application de la règle dégagée dans l'arrêt, ou de déduire d'un visa le régime juridique applicable à une certaine catégorie. Certains visas semblent, à cet égard, faits pour assouvir ce besoin de

¹²⁴³ J. DALEAU, « Définition de la fraude en matière de marque », *D.* 2006 p. 1371.

¹²⁴⁴ J. AZÉMA, « Dépôt frauduleux », *RTD com.* 2007 p. 342.

¹²⁴⁵ C.-S. PINAT, *Le discours de l'avocat devant la Cour de cassation : Étude de théorie du droit*, Thèse, Droit, Montpellier, 2015, p. 303 : pour l'auteur, pour déceler des visas *obiter dictum*, « il faudrait parvenir à faire le départ entre les visas qui ne soutiendraient pas la décision et qui pourraient ainsi relever de la technique envisagée, des autres, ce qui nous paraît scientifiquement complexe et quelque peu contradictoire avec la définition classique du visa. » Le refus, par l'auteur, de considérer qu'il puisse exister des visas *obiter dictum* tient bien à sa conception trop classique du visa. Concevoir le visa en termes de justification externe et distinguer les visas interprétatifs des visas interprétés permet, au contraire, de comprendre la possibilité des visas *obiter dictum*.

connaissance. Ce sont les visas *obiter dictum* qui, sans être nécessaires à la solution, permettent d'en préciser la portée.

Loin d'être passive devant un message qu'elle recevrait docilement, la doctrine s'en saisit pour l'utiliser comme argument dans l'interprétation qu'elle effectue des arrêts. Ainsi, le contenu du message reçu peut dépasser celui du message envoyé, voire échapper au locuteur : d'un visa qui devait à l'origine seulement permettre la justification d'une solution dans une espèce précise, des auteurs tireront des conséquences dépassant largement ce qui avait pu être imaginé au départ. De même, bien que ce ne soit pas sa fonction première, le visa, va donner des informations relatives aux sources du droit.

Chapitre II. L'information sur les sources du droit

370. La question des sources du droit est un passage obligé dans les nombreux manuels d'introduction au droit¹²⁴⁶. Cette question est très liée à la recherche d'« un critère conceptuel « d'isolation systémique » qui permette d'une part d'identifier les normes qui relèvent d'un ordre juridique et, d'autre part, de les distinguer des normes morales, politiques, économiques »¹²⁴⁷.

371. Le visa, indice des sources du droit. En général, les auteurs considèrent que l'utilisation d'un texte ou d'une norme au visa d'une décision de la Cour de cassation, est un critère suffisant mais non nécessaire de juridicité¹²⁴⁸. Ainsi, Patrick Morvan fait du visa le critère formel ultime du principe. Selon lui, « l'élaboration du principe en droit privé suit en effet un cheminement *graduel*, jalonné d'un formalisme *systématique* qui le mène de formule en formule jusqu'au point ultime du visa de principe »¹²⁴⁹. Globalement, la doctrine voit donc dans le visa un indice déterminant de la juridicité d'une norme. Ainsi, un principe est « hissé jusqu'à l'honneur du visa » ou « érigé en visa »¹²⁵⁰. On en déduit alors qu'il est « doté d'une indiscutable force normative »¹²⁵¹.

372. Les raisons de cette vision doctrinale. Lorsqu'on se pose la question de savoir quelles sont les sources du droit, on cherche avant tout à identifier ce qui est du droit. « Tel est bien aussi le sens de la règle de reconnaissance hartienne, fruit de la pratique plus ou moins convergente d'un certain nombre d'acteurs, dont le juge au premier chef, qui décernent le brevet de juridicité à tel ou tel énoncé normatif, désormais comptant pour « source » dans le système juridique »¹²⁵². Or, parmi les acteurs collaborant à la reconnaissance des sources du droit, la Cour de cassation

¹²⁴⁶ Ainsi, P. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit*, 5^{ème} édition, LGDJ, 2014, p. 34 et s. ; P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 2^{ème} édition, 2013, p. 54 et s. ; M. Fabre-Magnan, *Introduction au droit*, Puf, « Que sais-je ? », 2014 (2^e éd.) ; J.-L. Aubert, *Introduction au droit*, Puf, « Que sais-je ? », Paris, 1990 ; P. Jestaz, *Les Sources du droit*, *op. cit.*, et R. Cabrillac, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, « Cours Dalloz. Série droit privé », 2013.

¹²⁴⁷ P. COPPENS, *Normes et fonction de juger*, La pensée juridique, Bruylant LGDJ, Paris 1998, p. 95

¹²⁴⁸ Ainsi, C. THIBIERGE, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure, Pour une distinction entre normes et règles de droit », *Archives de philosophie du droit*, 51, 2008, p. 341-371, spéc. p. 365.

¹²⁴⁹ P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, 1999, p. 311.

¹²⁵⁰ J.-P. GRIDEL, « La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », *D.* 2002 p. 228.

¹²⁵¹ À propos de 1^{ère} civ., 24 septembre 2014, pourvoi n° 13-14.534, *Bull.* 2014, I, n° 154, *Dr. et proc.* 2015, suppl. Droit du recouvrement, n° 2, p. 4, note PUTMAN : « la règle (...) se confirme comme étant en procédure civile un principe doté d'une indiscutable force normative puisqu'il sert de visa à un arrêt de cassation pour violation de la loi (...) ».

¹²⁵² F. OST, « conclusions générales », in H. DUMONT, PH. GERARD, I. HACHEZ, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Les sources du droit revisitées*, tome IV, Bruxelles, Anthémis, 2013, p. 866 s., spéc. p. 970.

En ce sens aussi, R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, Paris, LGDJ, 2013 p. 207-208.

est assurément un des plus importants de notre système juridique. On peut alors dire que le visa d'un texte par la Cour de cassation vaut *brevet de juridicité*. En effet, le visa pose la question des normes qui sont perçues par la Cour de cassation comme s'imposant à elle. De ce fait, l'étude du visa peut être révélateur des règles de reconnaissance dont la Cour de cassation fait l'application.

373. Il faut cependant se garder de voir dans tout visa la preuve de la reconnaissance d'une source du droit. Tous les visas n'opérant pas de la même manière¹²⁵³, la nature de l'information qu'ils sont susceptibles de fournir relativement aux sources du droit n'est pas uniforme (Section I). De plus, le visa n'est susceptible d'offrir qu'une vision tronquée du phénomène juridique (Section II).

Section I. Une information protéiforme

374. La diversité des origines des textes visés révèle sans aucun doute une diversification des sources du droit. Cependant, selon la nature de la justification opérée par le visa, l'information qu'il délivre, relativement aux sources du droit, n'est pas la même.

Une autre difficulté tient au caractère polysémique de l'utilisation du terme de sources du droit¹²⁵⁴. L'aspect formel de l'interrogation sur les sources du droit met l'accent sur les qualités que doivent revêtir les normes pour être considérées comme étant des normes juridiques positives. Le mode d'élaboration ainsi que le contenu de la norme sont alors ce qui retient l'attention. L'aspect matériel, quant à lui, met l'accent sur les « forces créatrices »¹²⁵⁵ du droit. On peut douter que la pratique du visa puisse renseigner sur les forces créatrices du droit. En effet, comment le visa pourrait-il renseigner sur les « données agissant au stade de la genèse du droit »¹²⁵⁶, et au stade de sa réception¹²⁵⁷ ? Le visa, outil formel par excellence, semble ne pouvoir donner qu'une information sur le résultat de ces sources matérielles du droit, c'est-à-dire sur le résultat du processus de création des normes.

Cette première intuition doit être révisée à la lumière de la nature protéiforme de la justification opérée par les visas. Certes, dans la plupart des cas le visa constitue la référence à une norme considérée comme s'imposant à la Cour de cassation et aux juges du fond. Une analyse

¹²⁵³ Sur la diversité des types de justifications apportées par les visas, cf. *supra* n° 113 et s et n° 262 s.

¹²⁵⁴ I. HACHEZ, « Balises conceptuelles autour des notions de " source du droit ", " force normative " et " soft law " », *R.I.E.J.* 2/2010, Vol., p. 1-64.

¹²⁵⁵ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955, p. 84 s.

¹²⁵⁶ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955, p. 86.

¹²⁵⁷ C. THIBIERGE, *La force normative, op. cit.*, p. 798.

des visas permet alors de connaître les règles de reconnaissance opérantes à un moment donné. Une telle analyse renseigne sur le mode de formation des règles, mettant en lumière l'importance des acteurs non étatiques, et la façon dont leur action est reçue en droit (§1).

Mais le visa constitue aussi la référence aux raisons ayant présidé à l'interprétation ou au choix de la norme appliquée. Parmi elles, certaines raisons peuvent être facultatives. Le visa met alors en lumière l'importance des interactions entre sources formelles et sources matérielles (§2).

§1. Diversification des modes de formation des normes

375. La source comme fondement¹²⁵⁸. L'institution du visa est directement liée à une théorie fondatrice des sources du droit qui pose la loi comme seule source de droit. Il s'agit de l'idéologie légaliste révolutionnaire. En effet, en 1790, lorsque les constituants décident de soumettre le juge de cassation à l'obligation de citer le texte de loi sur lequel la décision est appuyée, il s'agit de s'assurer que la cassation n'intervienne qu'en cas de contravention expresse au texte de la loi par le jugement du fond. L'existence même de la pratique du visa est donc directement liée à une philosophie légaliste.

376. Visas non textuels et sources du droit. Dans cette optique, l'évolution de la nature des textes pouvant figurer au visa des arrêts de la Cour de cassation révèle un abandon de cette idéologie. Le développement de la pratique du visa de principe et surtout la modification de l'article 1020 du code de procédure civile en 2008 a entraîné un changement de la question même posée par le visa¹²⁵⁹. L'obligation pour la Cour de cassation de viser un texte de loi ayant été remplacée par celle de viser une règle de droit, on ne se demande plus ce qui peut être assimilé à une loi, mais ce qu'est une règle de droit. Cependant, le changement était déjà effectué depuis des années, par, semble-t-il, une réinterprétation de la notion de « texte de loi », prise désormais dans un sens de plus en plus englobant, synonyme en réalité de *droit*.

Ainsi, Oppetit écrivait déjà en 1989 : « Les principes ont par eux-mêmes une valeur positive : ce sont bien des normes juridiques, puisqu'ils peuvent servir de moyen de droit au soutien d'un pourvoi, et que leur visa peut fonder une cassation au même titre que celui d'une norme formelle.(...) Ce constat emporte une importante conséquence sur le plan de la théorie

¹²⁵⁸ Sur l'aspect fondationnel de l'interrogation sur les sources du droit, F. OST, « conclusions générales », in H. DUMONT, PH. GERARD, I. HACHEZ, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Les sources du droit revisitées*, tome IV, Bruxelles, Anthémis, 2013, p. 866 s.

¹²⁵⁹ Article 14 du décret n° 2008-484 du 22 mai 2008.

des sources du droit : la positivité des principes généraux démontre que le droit ne s'identifie pas avec la seule légalité formelle et qu'il peut procéder d'autres sources, contrairement aux postulats du positivisme légaliste »¹²⁶⁰.

Le changement opéré en 2008, s'il n'a pas eu de conséquences dans la pratique de la cassation est cependant très important d'un point de vue symbolique. Si l'objectif de cohérence reste inchangé, le critère de légitimité de la règle de droit invoquée change, puisque le fondement n'a plus à être textuel.

La question du texte visible est toujours celle de savoir ce qui est susceptible de légitimer une cassation, mais on a substitué à une règle de reconnaissance très formelle une règle de reconnaissance bien plus floue. On est face ici à un processus de déformalisation de la règle de reconnaissance¹²⁶¹.

377. La source d'un point de vue factuel¹²⁶². D'un point de vue factuel, la pratique actuelle du visa confirme une diversification des sources du droit observée depuis longtemps¹²⁶³. Ainsi, en droit du travail la grande importance des acteurs non étatiques dans l'élaboration du droit est reflétée par les visas de conventions¹²⁶⁴ et accords nationaux de branche¹²⁶⁵ ou interprofessionnels¹²⁶⁶, d'accords collectifs¹²⁶⁷, d'accords-cadres¹²⁶⁸ et d'accords d'entreprise¹²⁶⁹. Ces visas témoignent de la grande place des négociations sociales en amont et en aval de la

¹²⁶⁰ B. OPPETIT, « Les « principes généraux » du droit dans la jurisprudence de la Cour de cassation. » *Entretiens de Nanterre 1989*, JCP E 1989, suppl. 5.

¹²⁶¹ O. CORTEN, « Les rapports entre droit international et droits nationaux : vers une déformalisation des règles de reconnaissance ? », in H. DUMONT, PH. GERARD, I. HACHEZ, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (dir.) *Les sources du droit revisitées*, tome IV, p. 338.

¹²⁶² Sur l'aspect factuel de l'interrogation sur les sources du droit, F. OST, « conclusions générales », in H. DUMONT, PH. GERARD, I. HACHEZ, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Les sources du droit revisitées*, tome IV, Bruxelles, Anthémis, 2013, p. 866 s.

¹²⁶³ Ainsi, déjà, E. SWOBODA, « Les diverses sources du droit : leur équilibre et leur hiérarchie dans les divers systèmes juridiques », rapport au Congrès international de droit comparé à la Haye, 1932, *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1934 p. 197.

¹²⁶⁴ 2^{ème} civ., 25 juin 2009, pourvoi n° 08-18.259, *Bull.* 2009, II, n° 175 ; Soc., 27 mars 2008, pourvoi n° 06-44.612, *Bull.* 2008, V, N° 75 ; Soc., 7 mai 2008, pourvoi n° 07-40.289, *Bull.* 2008, V, n° 100 ; Soc., 20 février 2008, pourvoi n° 05-45.601, *Bull.* 2008, V, n° 39 ; Soc., 9 juillet 2008, pourvoi n° 07-41.318, *Bull.* 2008, V, n° 151 ; 2^{ème} civ., 20 juin 2007, pourvoi n° 06-15.234, *Bull.* 2007, II, n° 167.

¹²⁶⁵ Soc., 28 mai 2008, pourvois n° 06-46.009, 06-46.011, 06-46.013, *Bull.* 2008, V, n° 116.

¹²⁶⁶ Soc., 24 septembre 2008, pourvoi n° 07-40.098, *Bull.* 2008, V, n° 176 ; Soc., 28 octobre 2008, pourvoi n° 07-40.865, *Bull.* 2008, V, n° 202.

¹²⁶⁷ Soc., 5 juin 2008, pourvoi n° 06-46.366, *Bull.* 2008, V, n° 125 ; Soc., 2 décembre 2008, pourvoi n° 07-43.783, *Bull.* 2008, V, n° 242.

¹²⁶⁸ Soc., 24 septembre 2008, pourvoi n° 06-46.292, *Bull.* 2008, V, n° 189.

¹²⁶⁹ Soc., 5 juin 2008, pourvoi n° 06-41.203, *Bull.* 2008, V, n° 126 ; Soc., 7 mai 2008, pourvoi n° 06-43.989, *Bull.* 2008, V, n° 99 ; Soc., 26 mars 2008, pourvoi n° 06-45.578, *Bull.* 2008, V, n° 70 ; Soc., 26 mars 2008, pourvoi n° 06-45.990, *Bull.* 2008, V, n° 71 ; Soc., 9 avril 2008, pourvoi n° 07-41.418, *Bull.* 2008, V, n° 82.

règlementation étatique. La Cour de cassation ne traite pas ces instruments comme des contrats, mais au contraire, en surveille la bonne interprétation.

En droit de la sécurité sociale aussi, de nombreux instruments sont négociés avant d'être approuvés par arrêté. En atteste le visa de la nomenclature générale des actes professionnels¹²⁷⁰ : elle était le fruit de multiples rapports de force, puisqu'elle résultait de négociations entre les professionnels de santé et les représentants des caisses de l'État¹²⁷¹ mais, le ministre pouvait tout à fait refuser d'entériner ces négociations¹²⁷². On observe, ces dernières années, un reflux de l'importance des professions comme source de ces instruments¹²⁷³. C'est en effet aujourd'hui l'Union nationale des caisses primaires d'assurance maladie qui est compétente pour fixer cette nomenclature, désormais appelée « liste », selon une procédure très détaillée à l'article R. 162-52 du code de la sécurité sociale.

L'importance des sources internationales n'est pas non plus à rappeler. Les fréquents visas d'accords de coopération judiciaire¹²⁷⁴, de conventions internationales¹²⁷⁵ et de traités¹²⁷⁶ attestent de la vivacité de ces sources.

Les visas de droit de l'Union sont eux aussi nombreux, qu'il s'agisse des actes primaires ou des actes dérivés. Ainsi les traités constitutifs sont régulièrement visés¹²⁷⁷ de même que les règlements européens¹²⁷⁸ et directives¹²⁷⁹. Les accords conclus entre la communauté européenne

¹²⁷⁰ 2^{ème} civ., 17 janvier 2007, pourvoi n° 05-13.507, *Bull.* 2007, II, n° 7 ; 2^{ème} civ. 10 juin 2008, pourvoi n° 07-13.987, *Bull.* 2008, II, n° 149 ; 2^{ème} civ., 08 janvier 2009, pourvoi n° 07-21.870, *Bull.* 2009, II, n° 10.

¹²⁷¹ J.-P. CLAVERANNE, M.-F. CALLU, « Pratiques médicales et nomenclature des actes médicaux : du mal usage à l'escroquerie », *RDSJ* 2008 p. 108.

¹²⁷² P. FOMBEUR, « L'abrogation des actes réglementaires avant leur entrée en vigueur », *RFDA* 2000 p. 1021.

¹²⁷³ R. MARIÉ, « Le rôle de la profession dans la mise en œuvre de la norme en droit de la sécurité sociale », *Dr. soc.* 2016 p. 126.

¹²⁷⁴ 1^{ère} civ., 7 juin 2006, pourvoi n° 04-15.840, *Bull.* 2006, I, n° 285 ; 1^{ère} civ., 31 janvier 2006, pourvoi n° 04-20.689, *Bull.* 2006, I, n° 39 ; 1^{ère} civ., 13 mars 2007, pourvoi n° 06-11.683, *Bull.* 2007, I, n° 105 ; 1^{ère} civ., 19 novembre 2014, pourvoi n° 12-29.946, *Bull.* 2014, I, n° 191 ; 1^{ère} civ., 6 mars 2013, pourvoi n° 12-30.134, *Bull.* 2013, I, n° 33.

¹²⁷⁵ Sur les années étudiées 28 conventions différentes ont été visées dans 167 arrêts.

¹²⁷⁶ 1^{ère} civ., 23 janvier 2007, pourvoi n° 06-11.037, *Bull.* 2007, I, n° 34.

¹²⁷⁷ TFE : 1^{ère} civ., 19 décembre 2012, pourvoi n° 11-25.264, *Bull.* 2012, I, n° 270 ; 1^{ère} civ., 18 mai 2011, pourvoi n° 10-30.776, *Bull.* 2011, I, n° 92 ; 1^{ère} civ., 6 juin 2012, pourvoi n° 10-25.233, *Bull.* 2012, I, n° 119.

Traité instituant la communauté européenne : Com., 8 avril 2008, pourvoi n° 02-10.359, *Bull.* 2008, IV, n° 78 ; Com., 23 septembre 2008, pourvoi n° 06-20.945, *Bull.* 2008, IV, n° 158 ; 2^{ème} civ., 18 décembre 2008, pourvoi n° 08-11.438, *Bull.* 2008, II, n° 277.

¹²⁷⁸ 31 arrêts visent un règlement européen dans la base étudiée, soit 1,1% des arrêts de cassation.

¹²⁷⁹ 24 arrêts visent une directive, soit 0,8 % des arrêts de cassation.

et des états tiers, comme des accords d'association¹²⁸⁰ ou des accords étendant l'application de certaines règles de l'union à des états tiers¹²⁸¹, apparaissent eux aussi au visa des arrêts.

378. Cette variété de sources internationales et nationales se double d'une prise en compte de certaines pratiques. Ainsi, le contrôle de la prise en compte des usages par les juges du fond, passe par l'application de l'article 455 du code de procédure civile ou du texte prévoyant la prise en compte de l'usage. En effet, seule une cassation pour une insuffisance des motifs¹²⁸² ou manque de base légale¹²⁸³ est possible en la matière, la question de l'existence d'un usage étant une question de fait, et donc à l'appréciation souveraine des juges du fond¹²⁸⁴.

379. Seule la coutume internationale est apparue au visa d'un arrêt de la Cour de cassation soit pour être appliquée directement, de façon à réparer l'abrogation d'une disposition intervenue par *mégarde*, soit pour justifier l'application d'une convention internationale non ratifiée par la France¹²⁸⁵. Dans le premier cas, la source matérielle de la règle de droit appliquée ne semble pas être la coutume, mais bien la loi abrogée. Dans le deuxième cas en revanche, la coutume semble jouer le rôle de source matérielle. La coutume joue ainsi tantôt le rôle de source formelle, tantôt le rôle de source matérielle.

§2. Les interactions entre sources formelles et sources matérielles

380. Au-delà de la coutume, qui semble constituer tantôt une source formelle, tantôt une source matérielle quand elle apparaît au visa, un même instrument peut tantôt être utilisé en tant que fondement, tantôt comme outil d'interprétation¹²⁸⁶. Il en est ainsi par exemple de la Convention européenne des droits de l'homme qui peut justifier une cassation pour refus d'application¹²⁸⁷, ou permettre d'interpréter une disposition nationale à sa lumière¹²⁸⁸. Ce phénomène, moins qu'une interaction entre sources formelles et sources matérielles témoigne des interactions entre sources formelles. En revanche, les visas interprétatifs de normes juridiques

¹²⁸⁰ Ass. plén., 5 avril 2013, pourvoi n° 11-17.520, *Bull.* 2013, A.P. n° 2.

¹²⁸¹ 1^{ère} civ., 6 janvier 2010, pourvoi n° 08-19.066, *Bull.* 2010, I, n° 1.

¹²⁸² Ainsi, 3^{ème} civ., 15 juin 1994, pourvoi n° 92-13.368, Inédit.

¹²⁸³ 3^{ème} civ., 15 juin 1994, pourvoi n° 92-14.172, *Bull.* 1994, III, n° 122.

¹²⁸⁴ 1^{ère} civ., 4 juillet 1995, pourvoi n° 93-16.822, Inédit ; 1^{ère} civ., 27 novembre 1963, *Bull.* 1963, I, n° 521.

¹²⁸⁵ Cf. *supra* n° 298.

¹²⁸⁶ Sur la distinction, cf. *supra* n° 117.

¹²⁸⁷ 1^{ère} civ., 27 novembre 2013, 12-24.651, *Bull.* 2013, I, n° 232.

¹²⁸⁸ 1^{ère} civ., 29 janvier 2002, pourvois n° 99-21.134 et 99-21.135, *Bull.* 2002, I, n° 32.

non applicables semblent bien plus révélateurs des interactions entre sources formelles et matérielles¹²⁸⁹. Mais là où les interactions entre sources formelles et matérielles apparaissent avec le plus de netteté, c'est en présence de visas interfaces.

381. Des visas interfaces. Certains visas de principes de même que le visa de l'ancien article 1134 du code civil jouent le rôle d'interface avec les sources non traditionnelles du droit. Les anciens articles 1382 et 1147 du code civil ont eux-aussi vocation à jouer ce rôle, la faute étant une notion qui tend à la prise en compte des pratiques normales pour déterminer si un comportement est déviant.

382. L'ancien article 1134 du code civil permet, en dehors de toute dénaturation, d'appliquer des textes non intégrés dans le système juridique. Ainsi, le règlement gouvernant les activités des agents de joueurs de la FIFA¹²⁹⁰ apparaît aux côtés de l'article 1134 du code civil dans un arrêt du 4 novembre 2010¹²⁹¹. De même, les règles et usances uniformes de la chambre de commerce internationale relatives aux crédits documentaires (RUU 500) côtoient régulièrement le visa de l'ancien article 1134 du code civil¹²⁹².

Ces visas ne témoignent pas d'une simple réception de normes, mais plutôt d'une volonté de contrôler des normes qui, bien que non intégrées au système juridique par le biais d'une loi ou d'un règlement, ont une effectivité non contestable. Ainsi, le visa du règlement de la fédération internationale de football sans dénaturation a permis à la Cour de cassation d'interpréter les dispositions dudit règlement comme n'excluant pas la compétence des juridictions nationales¹²⁹³. Depuis, les statuts de la fédération prévoient explicitement l'obligation pour les associations de préciser dans leurs statuts l'interdiction du recours aux tribunaux ordinaires¹²⁹⁴.

Le visa des RUU 500 procède lui aussi d'une appropriation par le juge de cassation de règles d'origine non étatique. Ainsi, la Cour de cassation ne se contente pas de sanctionner les

¹²⁸⁹ Sur ces visas, cf. *supra* n° 235 s.

¹²⁹⁰ Fédération internationale de football association.

¹²⁹¹ 1^{ère} civ., 4 novembre 2010, pourvoi n° 09-14.607, *Bull.* 2010, I, n° 217.

¹²⁹² Com., 5 mai 2015, pourvois n° 13-20.502, 13-20.616, 13-22.682, 13-27.995, *publication en cours* ; Com., 16 décembre 2008, pourvoi n° 07-18.729, *Bull.* 2008, IV, n° 205. ; Com., 6 février 2007, pourvoi n° 05-10.214, *Bull.* 2007, IV, n° 17.

¹²⁹³ Interprétation qui était, semble-t-il très peu respectueuse des termes du règlement : M. PELTIER, « La Cour de cassation ouvre le *mercato* des juges », *D.* 2011 p. 489.

¹²⁹⁴ Article 59 3° des statuts de la FIFA.

altérations du sens clair et manifeste de ces règles, mais procède à chaque fois à un contrôle de conformité entre la décision de la juridiction du fond et ces règles¹²⁹⁵.

En ce sens, selon Pascale Deumier, la sanction des règles de droit spontané n'a pas pour effet de les rendre positives, mais seulement de constater leur positivité¹²⁹⁶. Autrement dit, c'est parce que la règle *existe* qu'elle peut apparaître au visa comme support de la cassation. Dès lors, si la règle préexiste à son application, mais dans un autre ordre juridique, on peut considérer que lorsque la Cour de cassation la vise, c'est pour marquer son pouvoir de contrôle à son égard.

383. La diversification des sources d'interprétation. La Cour de cassation n'est plus une juridiction fermée sur elle-même. Par ses visas, la Cour de cassation montre une prise en compte de la jurisprudence d'institutions qu'elle n'effectuait auparavant qu'avec parcimonie. Cette prise en compte se manifeste aussi bien dans la référence implicite à des décisions venues d'ailleurs, que par des référence explicites.

Le visa de décisions constitue un véritable bouleversement dans les sources du droit, dans la mesure où la jurisprudence d'une juridiction peut constituer un argument officiel au service d'une interprétation. Le changement apparaît nettement lorsque l'on compare la pratique actuelle avec celle d'il y a une vingtaine d'années. De 1976 à 1995, aucun arrêt de la Cour de cassation n'avait visé une décision du Conseil constitutionnel¹²⁹⁷. De plus, l'argument constitutionnel semblait ignoré par la Cour de cassation, celle-ci prenant soin de ne pas fonder sa décision en référence à la jurisprudence de celui-ci¹²⁹⁸. La réception des décisions du Conseil constitutionnel était alors implicite.

Aujourd'hui au contraire, il semble que l'argument constitutionnel soit un argument de poids dont la Cour de cassation se saisit volontiers. Ainsi, depuis 1995, 32 arrêts ont fondé une cassation par référence à une décision du Conseil constitutionnel. Parmi ces 32 arrêts, 9 sont antérieurs à la mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité. Pour autant, il ne s'agit pas d'une soumission aveugle à la jurisprudence du Conseil, la Cour de cassation réinterprétant celle-ci dans un sens qui semblerait de prime abord exclu¹²⁹⁹. Les décisions du

¹²⁹⁵ Com., 5 mai 2015, pourvois n° 13-20.502, 13-20.616, 13-22.682, 13-27.995, *publication en cours* ; Com., 16 décembre 2008, pourvoi n° 07-18.729, *Bull.* 2008, IV, n° 205. ; Com., 6 février 2007, pourvoi n° 05-10.214, *Bull.* 2007, IV, n° 17 ; Com., 6 février 2007, pourvoi n° 05-10.214, *Bull.* 2007, IV, n° 17

¹²⁹⁶ P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, 2002, spéc. p. 253.

¹²⁹⁷ N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, 1997, spéc. p. 507.

¹²⁹⁸ *Ibid.*, p. 508-517.

¹²⁹⁹ Par exemple la chambre sociale a récemment réinterprété la notion de contrat en cours, comme englobant les conventions et accords collectifs, de façon à restreindre l'application immédiate d'une décision du Conseil constitutionnel : soc., 11 févr. 2015, n° 14-13.538, L. MAYAUX « Clauses de désignation : quand la chambre sociale

Conseil constitutionnel apparaissent alors comme des textes que la Cour de cassation interprète, s'inscrivant parfaitement dans la tradition de la justification textuelle.

La réception des décisions du Conseil constitutionnel a connu une accélération en raison de l'institution de la question prioritaire de constitutionnalité. En effet, le mécanisme de filtrage institué incite la Cour de cassation à prendre connaissance de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. La réception avait débuté certes bien avant¹³⁰⁰. Cependant, il a été démontré que cette réception, bien que souvent conforme à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, s'en éloignait parfois, faisant ainsi courir le risque d'une divergence des interprétations¹³⁰¹, voire d'un contournement par le juge judiciaire de la jurisprudence du Conseil constitutionnel¹³⁰².

Le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité devrait limiter ces risques de divergences. Cependant, le risque réapparaît du côté de l'interprétation de la décision du Conseil constitutionnel que la Cour de cassation doit respecter. Une bonne motivation des décisions du Conseil constitutionnel apparaît alors primordiale pour éviter tout risque de confusion. Une maîtrise par celui-ci du vocabulaire privatiste semble à cet égard indispensable.

L'interprétation par la chambre sociale du considérant modulant les effets dans le temps de la déclaration d'inconstitutionnalité de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale intervenue en juin 2013¹³⁰³ constitue un exemple frappant.

Selon cet article L. 912-1 du code de la sécurité sociale, « lorsque les accords professionnels ou interprofessionnels mentionnés à l'article L. 911-1 prévoient une mutualisation des risques dont ils organisent la couverture auprès d'un ou plusieurs organismes mentionnés à l'article 1^{er} de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques ou d'une ou plusieurs institutions mentionnées à l'article L. 370-1 du code des assurances, auxquels adhèrent alors obligatoirement les entreprises relevant du champ d'application de ces accords, ceux-ci comportent une clause fixant dans quelles conditions et selon quelle périodicité les modalités d'organisation de la mutualisation des risques peuvent être réexaminées. La périodicité du réexamen ne peut excéder cinq ans ».

interprète (mal) la notion de contrats en cours » ; *RGDA* 1^{er} avril 2015, n° 04 p. 206 ; 1^{er} juin 2016 n°s 15-12.276 et 15-12.796, X. LEDUC, « Contrats collectifs en prévoyance santé et clauses de désignation : *bis repetita* sur la notion de contrats en cours... », *Gaz. Pal.*, 8 novembre 2016, n° 39 p. 66.

¹³⁰⁰ N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, 1997, spéc. p. 517 s ; O. Desaulnay, *L'application de la Constitution par la Cour de cassation*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2009, p. 207 s.

¹³⁰¹ N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, 1997, spéc. p. 535 s.

¹³⁰² O. DESAULNAY, *L'application de la Constitution par la Cour de cassation*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2009, p. 672 s.

¹³⁰³ CC, 13 juin 2013, décision n° 2013-672 DC.

La raison pour laquelle cette disposition a été déclarée contraire à la constitution est l'atteinte excessive portée aux libertés d'entreprendre et contractuelle constituée par le fait qu'une entreprise, par l'application de ce texte, peut se trouver liée par un contrat dont elle n'a pu négocier ni le cocontractant, ni le contenu. Dans son considérant 14, le Conseil constitutionnel précisait que la déclaration d'inconstitutionnalité n'était « pas applicable aux contrats pris sur [le fondement de la disposition déclarée inconstitutionnelle], en cours lors de [sa] publication, et liant les entreprises à celles qui sont régies par le code des assurances, aux institutions relevant du titre III du code de la sécurité sociale et aux mutuelles relevant du code de la mutualité ».

Dès lors, il semblait que le report de la déclaration d'inconstitutionnalité concernerait uniquement les contrats liant déjà les entreprises et les organismes de prévoyance en vertu des accords et conventions de branche. Cependant, suivant l'avis du Conseil d'État¹³⁰⁴, la chambre sociale a opté pour interprétation large du terme de contrat, comme renvoyant aux conventions et accords conclus¹³⁰⁵.

De nombreux auteurs considèrent qu'une telle interprétation est manifestement contraire à la lettre de la décision du Conseil constitutionnel¹³⁰⁶. Cependant, pour certains, on ne peut considérer qu'entre l'entreprise et l'organisme de prévoyance, un véritable contrat soit conclu, puisque celui-ci est imposé. Le seul véritable accord contractuel serait alors la convention ou l'accord collectif¹³⁰⁷. D'où un espace laissé pour l'interprétation de la notion de « contrat en cours ». La Cour de cassation ne serait sans doute pas emparée de cet espace, si les conséquences d'une application immédiate de la déclaration d'inconstitutionnalité ne lui avaient parues excessives¹³⁰⁸.

On peut se demander quel serait le résultat d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur le sujet. Si la Cour de cassation acceptait de la transmettre¹³⁰⁹, il n'est pas certain qu'elle aboutirait à désavouer la position de la chambre sociale et du Conseil d'État, même si

¹³⁰⁴ C. E, Assemblée générale (section sociale), avis n° 387895 du 26 septembre 2013.

¹³⁰⁵ Soc., 11 février 2015, pourvoi n° 14-13538, *Bull.* 2015, V, n° 28 ; Soc., 1^{er} juin 2016, n° 15-122761 et 15-12796, *publication en cours* ; Soc., 23 novembre 2016, 15-24.489, Inédit.

¹³⁰⁶ V. ROULET, « La clause de désignation : un phénix qui ne dit pas son nom ? », *Gaz. Pal.*, 21 avril 2015, n° 111 p. 36 ; X. LEDUCQ, « Contrats collectifs en prévoyance santé et clauses de désignation : *bis repetita* sur la notion de contrats en cours... », *Gaz. Pal.*, 8 novembre 2016, n° 39, p. 66 ; L. MAYAUX « Clauses de désignation : quand la chambre sociale interprète (mal) la notion de contrats en cours » ; *RGDA* 1^{er} avril 2015, n° 04 p. 206.

¹³⁰⁷ F. KESSLER, « La notion de « contrat en cours » en droit de la prévoyance : le chaos jurisprudentiel », *RDSS* 2014 p. 962.

¹³⁰⁸ P. FLORES, E. WURTZ, N. SABOTIER, F. DUCLOZ, S. MARIETTE, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2016 p. 1588.

¹³⁰⁹ Ce qui ne semble pas certain, étant donné qu'une telle question ne porterait pas directement sur une disposition législative. Cependant, on peut considérer que la décision du Conseil constitutionnel s'incorpore à la loi, et que son interprétation est susceptible de donner lieu à une question prioritaire de constitutionnalité.

l'interprétation donnée par ces institutions était contraire à celle initialement envisagée. En effet, il pourrait être convaincu par les argument soutenant l'interprétation opérée par le Conseil d'État et la Cour de cassation.

Quoiqu'il en soit, cet exemple montre, d'une part, l'importance pour Conseil constitutionnel d'être prudent dans le choix des mots, d'autre part que le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité n'est pas de nature à résoudre l'ensemble des problèmes de divergences d'interprétation.

Les décisions du Conseil constitutionnel sont des textes fournissant des raisons très fortes pour l'interprétation d'une disposition dans un certain sens. Cependant, ces décisions sont elles-mêmes des supports de l'interprétation effectuée par la Cour de cassation. Plus une décision du Conseil sera lointaine, plus une réactualisation de l'interprétation de celle-ci apparaîtra nécessaire.

384. Le visa est indice des sources du droit, qui dans une optique actuelle doivent être comprises non pas comme les sources formelles du droit mais comme les arguments opérants au sein de notre système juridique¹³¹⁰. Même quand on est en présence d'un visa interprétatif, l'effet de la norme est non négligeable, et à ce titre on peut considérer qu'il y a derrière chaque visa la révélation d'une source du droit¹³¹¹ ou au moins d'une petite source du droit¹³¹². Cependant, le visa ne peut refléter l'ensemble du phénomène.

Section II. Une information tronquée

385. Le visa, en raison de son rôle dans l'arrêt de cassation, n'est susceptible que d'offrir une vision tronquée des sources du droit. D'une part, toutes les sources formelles n'ont pas vocation à faire l'objet d'un visa (§1). D'autre part, le visa n'ouvre qu'une porte très étroite sur les sources matérielles du droit (§2).

¹³¹⁰ Adoptant cette conception, S. GOLTZBERG, *Les sources du droit*, Que sais-je ?, PUF, 2016, spéc. p. 119-121.

¹³¹¹ À l'exception bien entendu des cas dans lesquels le visa correspond à celui d'une norme inapplicable que la juridiction a appliqué à tort.

¹³¹² Le terme est emprunté à S. GERRY-VERNIÈRES, « Les "petites" sources du droit : à propos des sources étatiques non contraignantes », Paris, Economica, 2012.

§1. Sources formelles

386. Considérer que seules les règles de droit susceptibles d'un visa sont des règles de droit en vigueur, serait définir les règles de droit par leur sanctionnabilité par la Cour de cassation. Or, la Cour de cassation ne sanctionne pas toute règle de droit. En dehors des champs du droit qui sont soustraits au contrôle de la Cour de cassation, certains textes, bien qu'obligatoires n'apparaîtront jamais au visa. En effet, la sanction des règles de droit par la Cour de cassation est tributaire de plusieurs facteurs et acteurs.

387. L'accord sur le refus d'application du texte : le texte désuet. Certains textes ne sont plus appliqués par les juridictions et se trouvent ainsi placés dans une désuétude de fait. Cette désuétude est la marque d'un accord généralisé, comprenant à la fois les justiciables et les juges, pour ne pas appliquer ces textes. Ainsi, les articles 3-4° et 10-5° du décret du 16 août 1901, pris en exemple de texte désuet¹³¹³ n'apparaissent dans aucun visa de la Cour de cassation¹³¹⁴. Mais que cet accord cesse, et le texte désuet pourrait réapparaître aux visas des arrêts de la Cour de cassation. En effet, le principe est que la loi n'est pas abrogée par la pratique¹³¹⁵.

388. L'accord sur l'application du texte. D'autres textes, bien qu'ayant vocation à apparaître au visa des arrêts, n'apparaissent jamais, tout simplement parce qu'ils sont toujours bien appliqués par les juridictions du fond¹³¹⁶. En effet, certaines questions n'arrivent jamais jusqu'en cassation. Par exemple, jusqu'au 13 mars 2007¹³¹⁷, la Cour de cassation n'avait jamais été saisie de la question de savoir si la différence de sexe était une condition pour le mariage.

389. Les textes relatifs à la cassation. Certains textes dont le destinataire est la Cour de cassation semblent bien insusceptibles d'être visés. En effet, il est difficile d'imaginer qu'un texte créant une obligation à l'égard du juge de cassation ou bien organisant le fonctionnement de la Cour de cassation puisse constituer le fondement d'une cassation. Un tel texte ne pourrait en effet pas avoir été méconnu par la juridiction du fond, puisque qu'il ne lui était pas applicable.

390. Il faut donc considérer que les articles L. 411-1 à L. 451-2 du code de l'organisation judiciaire, qui régissent la compétence, l'organisation et le fonctionnement de la Cour de

¹³¹³ D. KURI, « La loi du 1^{er} juillet 1901... à l'épreuve de la désuétude », in *La désuétude, entre oubli et mort du droit ?*, LGDJ, 2014, spéc. p. 207.

¹³¹⁴ Recherche effectuée sur l'ensemble des arrêts disponibles sur la base de données de Légifrance.

¹³¹⁵ En ce sens, P. DEUMIER, « La pratique et les sources du droit », in I. HACHEZ, et a. (dir.), *Les Sources du droit revisitées, Volume 3, normativités concurrentes*, Anthémis, 2012, p. 111 et s., spéc. p. 125.

¹³¹⁶ Certaines règles même ne feront jamais l'objet d'un contentieux, car suivies de façon paisible : C ; Carbonnier, *Flexible Droit*, p. 146.

¹³¹⁷ Ass. plén., 13 mars 2007, pourvoi n° 05-16.627, *Bull.* 2007 n° 113.

cassation, sont des textes par nature non susceptibles d'apparaître au visa d'un arrêt de cassation, comme d'une manière générale, l'ensemble des textes du code de procédure civile concernant la Cour de cassation¹³¹⁸.

391. Encore une fois, il ne faut pas confondre applicabilité et possibilité d'apparaître au visa. Que la Cour de cassation applique ces textes, cela ne fait aucun doute. Mais les conditions pour qu'ils apparaissent au visa d'un arrêt sont tout autres. Ainsi, il serait possible de déclarer irrecevable un pourvoi en se fondant sur le non-respect des délais de formation du pourvoi, mais il serait impossible de se fonder sur le non-respect des délais de formation du pourvoi en cassation pour casser un arrêt d'une cour d'appel.

392. Enfin, remarquons que l'article 604 du code de procédure civile, aux termes duquel « le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit », opèrerait une justification circulaire s'il apparaissait au visa d'un arrêt. De même l'article 1020 du code de procédure civile, selon lequel « l'arrêt vise la règle de droit sur laquelle la cassation est fondée », serait un bien paradoxal visa, opérant une mise en abyme non justifiante.

Le visa n'apporte donc qu'une information partielle concernant les sources formelles du droit. Il en va de même, *a fortiori*, en ce qui concerne les sources matérielles du droit.

§2. Sources matérielles

393. Si certains visas révèlent la source de l'interprétation des textes, cette information est tue dans la plupart des cas. Il y a une certaine répugnance à viser une source manquant d'obligatorité ou de légitimité. En atteste le visa d'une convention en lieu et place d'une circulaire quand la circulaire constituait manifestement la source de l'interprétation effectuée¹³¹⁹.

Ce refus de viser certains instruments tient sûrement à une volonté de ne pas les doter d'une force obligatoire. Un tel visa pourrait en effet engendrer une confusion dans l'esprit des récepteurs du message, voyant là le signe d'une promotion de l'instrument en source formelle du droit.

On pourrait alors imaginer un signe dans les visas qui permettrait de faire référence à une source matérielle d'interprétation, quand celle-ci est clairement identifiée, sans pour autant la

¹³¹⁸ Ils peuvent apparaître au visa d'une décision d'irrecevabilité.

¹³¹⁹ Cf. *supra* n° 239.

promouvoir au rang de source formelle du droit. L'interprétation à la lumière d'un texte ou d'une décision remplit déjà pour une certaine part cette fonction, mais elle est utilisée en général pour justifier une interprétation conforme obligatoire. L'expression « compte tenu » pourrait permettre de distinguer les visas qui réfèrent à un argument non contraignant.

Conclusion du chapitre et du titre

394. Les visas concernent des instruments divers, ce qui montre une réelle diversité des sources du droit devant la Cour de cassation. Cependant, le phénomène ne doit pas être exagéré. Dans l'immense majorité des cas, le support de la cassation correspond à un texte issu du pouvoir étatique ou ayant été réceptionné dans le système juridique par une intervention de celui-ci. De plus, tout visa d'un texte ne signifie pas qu'il a acquis une force obligatoire. Mais le visa d'instruments d'origine non étatique montre l'intérêt que la Cour de cassation porte à ces instruments, sur lesquels elle entend opérer un contrôle, ou qu'elle prend en compte en tant qu'arguments.

L'information ainsi véhiculée par un visa est importante, car elle permet de déterminer quels sont les instruments qui peuvent constituer des arguments susceptibles d'être accueillis dans le cadre d'un recours en cassation. L'analyse du visa en tant qu'indice des sources du droit ne renseigne cependant pas directement sur les règles applicables. L'information sur les règles applicables s'obtient par une mise en perspective du visa avec le contenu de l'arrêt et avec les précédents arrêts rendus ainsi que les autres textes régissant le même domaine. C'est principalement cette information qui est recherchée par la doctrine dans une étude du visa, mais la doctrine n'est pas seulement dans une attitude prospective. Elle cherche aussi à comprendre les raisons de la décision au travers des visas.

Il y a donc une grande diversité dans l'information que le visa est susceptible d'apporter. Cependant, cette richesse pourrait être un frein à la réception du message que constitue le visa. En effet, les auteurs ne trouvent pas toujours l'information qu'ils recherchent dans le visa.

TITRE II. LES PROBLÈMES DE RÉCEPTION DU MESSAGE

395. Les auteurs s'accordent en général à considérer que la motivation des arrêts de la Cour de cassation est imparfaite. Cette critique a débuté dans les années soixante-dix, avec l'article de Touffait et Tunc¹³²⁰. La brièveté des décisions de la Cour de cassation et le caractère lapidaire de la justification que celle-ci implique, en plus d'être source de soupçon d'arbitraire¹³²¹, est source d'incertitudes, notamment quand la juridiction applique un nouveau principe, dont on ne peut mesurer la portée¹³²². Cette absence de motivation des principes qu'elle pose est parfois vue comme la cause d'un certain immobilisme quand elle se refuse à revenir sur ceux-ci, alors qu'une solution nouvelle serait préférable : si les raisons du principe posé étaient explicitées, il serait plus facile de revenir sur celui-ci dès lors que ces raisons disparaissent¹³²³. Aussi, l'incompatibilité entre la règle de décision et la décision de la Cour d'appel n'est souvent pas assez explicitée¹³²⁴. De plus, les problèmes relatifs aux qualifications juridiques sont passés sous silence alors même que la Cour de cassation les contrôle¹³²⁵.

¹³²⁰ A. TOUFFAIT et A. TUNC, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment celles de la Cour de cassation », *RTD civ.* 1974, p. 487.

¹³²¹ En ce sens, A. TOUFFAIT et A. TUNC, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment celles de la Cour de cassation », *RTD civ.* 1974, p. 487, spéc. p. 493 et 494 ; R. LIBCHABER, « Retour sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation, et le rôle de la doctrine », *RTD civ.* 2000 p. 679.

¹³²² A. TOUFFAIT et A. TUNC, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment celles de la Cour de cassation », *RTD civ.* 1974, p. 487, spéc. 494 à 496 ; C. WITZ, « Libres propos d'un universitaire français à l'étranger » *RTD civ.* 1992 p. 737 ; R. LIBCHABER, « Retour sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation, et le rôle de la doctrine », *RTD civ.* 2000 p. 679.

Mais aussi F. MALHIÈRE, *La brièveté des décisions de justices*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, avril 2013, p. 121 et 123 s.

¹³²³ A. TOUFFAIT et TUNC, *ibid.*, spéc. p. 497 ; F. MALHIÈRE, *La brièveté des décisions de justices*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, avril 2013, p. 101 s.

¹³²⁴ X. HENRY, « La motivation des arrêts et la technique du moyen - Propositions de réforme », *JCP G*, n° 45, 8 Novembre 2010, 1130 : « (...) dans beaucoup d'arrêts, l'explicitation de l'erreur commise n'est pas assez claire et au fond la structure de la décision est la suivante : rappel de la règle de droit, reproduction du passage erroné, affirmation que les deux sont incompatibles. Il reste alors au lecteur à préciser cette incompatibilité. Par ailleurs, cette présentation occulte, sous une apparence de logique, les arguments fondant la solution. Une proposition minimale consiste donc à demander le renforcement des conclusifs, a fortiori si un nouveau paragraphe est adjoint pour intégrer les arguments ».

¹³²⁵ Sur ce point, A. TOUFFAIT et TUNC, p. 498 et s.

Mais la concision des arrêts de la Cour de cassation est en même temps une vertu, en raison de l'élégance qu'elle lui confère, et de la contrainte vertueuse à laquelle elle la force¹³²⁶. La brièveté de ses décisions implique en effet de peser le choix des mots, ce qui rend chaque ajout signifiant¹³²⁷. D'autres voient dans la concision des arrêts de la Cour de cassation la traduction de sa nature particulière de cour gardienne de la légalité : elle n'est ni juge du fait, ni législateur. Elle n'a donc pas à expliquer les faits, ni à expliciter les raisons qui la poussent à adopter une règle précise¹³²⁸.

La brièveté des arrêts de la Cour de cassation fait du visa un élément particulièrement important pour la compréhension de ceux-ci. Cependant, le message qu'est le visa n'est pas toujours bien reçu, ce qui invite à se demander si le message n'est pas trop crypté, rendant nécessaire une modification du mode de cryptage de celui-ci. Pour déterminer dans quelle mesure une révision des visas serait nécessaire, il faut déterminer quelles sont les causes des problèmes de sa réception (Chapitre 1). Il sera alors possible d'envisager des possibilités pour résoudre ces problèmes (Chapitre 2).

Chapitre I. Les causes des problèmes de réception

396. Il arrive fréquemment que des auteurs mettent en évidence une imperfection des visas. D'abord, l'imperfection du visa peut être relevée pour elle-même : le visa est mal choisi mais l'auteur comprend la solution et considère qu'elle est justifiée par ailleurs. Ensuite, et c'est plus problématique, l'imperfection du visa peut jeter un doute sur une solution qui semblait de prime abord aller de soi. Enfin l'imperfection du visa peut être relevée parce que l'auteur tente de comprendre le sens de la décision à partir de celui-ci, en vain, ou bien tente de comprendre ce qui la justifie, sans y parvenir. Il peut aussi arriver que l'imperfection du visa ne soit pas relevée alors même qu'elle entraîne un problème de compréhension ou de justification.

¹³²⁶ Ainsi, R. LINDON, *Le style et l'éloquence judiciaire*, Albin Michel, Paris, 1968, p. 50.

Mettant en évidence l'attention portée par les rédacteurs des arrêts de la Cour de cassation au sens des mots employés, J.-F. WEBER, « Digressions sur le sens des mots à la Cour de cassation », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Boré, La création du droit jurisprudentiel*, Dalloz, 2007, p. 499 et s. spéc. p. 500 et 501.

¹³²⁷ R. LINDON, *Le style et l'éloquence judiciaire*, Albin Michel, Paris, 1968, spéc. p. 77.

¹³²⁸ En ce sens, H. CROZE, « Pour une motivation pas trop explicite des arrêts de la Cour de cassation », in *Mélanges Ph. Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 181s, spéc. p. 187.

La mécompréhension du sens d'une décision provient en général d'une combinaison de facteurs. Par exemple, la seule imprécision d'un visa est en général insuffisante pour susciter l'incompréhension, le reste de l'arrêt permettant de savoir à quelle règle le visa fait référence. Pour qu'un visa imprécis suscite des critiques, il faudra donc une ambiguïté ou une insuffisance dans la motivation du reste de l'arrêt, ou une insuffisance de connaissances de la part du lecteur.

Par ailleurs, certaines règles de droit, en raison de leur nature spécifique, sont rétives à la justification et à la référence par visa. Le visa sera donc insuffisant pour y faire référence ou pour les justifier, ce qui suscitera des réserves de la part de la doctrine.

Les problèmes de réception des visas peuvent trouver leur cause dans la nature de la référence opérée par le visa (Section I) ou bien dans le type de règle de droit à laquelle le visa fait référence (Section II).

Section 1. La nature de la référence opérée par le visa

Le visa peut échouer dans la transmission du message pour plusieurs raisons. D'abord, la référence peut s'avérer inaccessible (§1) ou imprécise (§2). Ensuite, la référence peut être changeante, empêchant alors l'acquisition de sens par le visa (§3).

§1. L'accessibilité matérielle de la référence opérée par le visa

397. Erreurs matérielles. Une mauvaise réception du visa peut être due à une erreur matérielle de la part de la Cour de cassation. Certaines erreurs matérielles de visas sont si grosses qu'elles sont repérées avant même qu'une rectification n'intervienne. Ainsi, lorsque Alain Lienhard critique l'absence de cohérence entre le visa, le chapeau et la solution retenue dans un arrêt du 28 mars 2007, il relève en réalité une erreur matérielle rectifiée par la suite¹³²⁹.

On peut toutefois regretter l'absence de rectification de l'erreur consistant à viser l'article 2044 au lieu de l'article 2004 du code civil dans un arrêt de la 1^{ère} chambre civile du 10 avril

¹³²⁹ A. LIENHARD, « Créance de restitution née après le jugement d'ouverture », *D.* 2007 p. 1082 : « D'où cet étonnement : comment la troisième Chambre civile peut-elle, dans cet arrêt du 28 mars 2007, reproduire, sous forme d'un « chapeau », cette nouvelle règle, applicable seulement aux procédures ouvertes à compter du 1er janvier 2006, sous le visa de l'ancien article L. 621-32, tout en appliquant classiquement la solution (critiquable) en cours avant la réforme de 2005 que celle-ci a voulu combattre ? ».

3^{ème} civ., 28 mars 2007, pourvoi n° 05-21.679, *Bull.* 2007, III, n° 46, rectifié le 26 juin 2007.

2008¹³³⁰ pour décider que le seul refus de renouveler un mandat conclu pour une durée déterminée et venu à expiration ne peut pas ouvrir droit à indemnité. Or l'article 2044 du code civil concerne les transactions. Au contraire, l'article 2004 du code civil concerne le principe de libre révocation des mandats. Cet arrêt n'ayant pas été commenté, l'erreur n'a pu être décelée. On peut remarquer cependant que dans la publication de son résumé dans la revue « responsabilité civile et assurances »¹³³¹, il est précisé que les textes appuyant la solution sont les articles 1134 et 2244 du code civil. Il semblerait alors que les rédacteurs de la revue aient tenté de façon peu fructueuse de rectifier de l'erreur du visa de l'article 2044 du code civil, puisqu'ils se sont à nouveau trompés.

398. Le caractère incomplet de la référence. On peut ajouter à ces cas d'erreurs matérielles les hypothèses dans lesquelles la référence textuelle, sans être erronée, est incomplète, et nécessite de la part du récepteur des recherches supplémentaires pour déterminer le texte auquel il est fait référence. La réception est ici rendue plus difficile. Ainsi, dans un arrêt du 14 janvier 2009¹³³², la 1^{ère} chambre civile a visé l'article 16 de la Convention franco-marocaine du 5 octobre 1957 et l'article 11 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 sans donner leur référence complète. Or, pour chacune de ces deux dates, plusieurs conventions existent¹³³³. Comprendre quelle convention a servi de fondement à l'arrêt nécessite de consulter chacune de ces conventions, ce qui alourdit considérablement la tâche du juriste. De même, dans un arrêt du 28 mai 2009¹³³⁴, la 1^{ère} chambre civile vise la loi du 31 décembre 1971 sans préciser sa référence. Mais le problème est ici mineur, puisque par principe, lorsque la loi du 31 décembre 1971 est visée, il s'agit de la loi n° 71-1130 organisant la profession d'avocat.

Ces obstacles à l'accès à l'information bien que n'étant pas insurmontables sont regrettables, et ce d'autant plus qu'une simple rectification permettrait de les éviter. De même lorsque l'on ne sait pas quelle est la version du texte qui est visée, une précision serait souhaitable, ainsi que le préconisait déjà Perdriau en 1986¹³³⁵.

¹³³⁰ 1^{ère} civ., 10 avril 2008, 05-15.079, Inédit.

¹³³¹ *RCA* n° 6, Juin 2008, comm. 184.

¹³³² 1^{ère} civ., 14 janvier 2009, *Bull.* 2009, I, n° 4.

¹³³³ Pour le 5 octobre 1957 : la convention d'Aide mutuelle judiciaire, exequatur des jugements et extradition et la Convention judiciaire.

Pour le 10 août 1981 : Statut des personnes et de la famille ; Transfèrement des condamnés ; Protocole à la convention du 5 octobre 1957.

¹³³⁴ 1^{ère} civ., 28 mai 2009, n° 08-17.018 (non publié).

¹³³⁵ André PERDRIAU, « Visas, « chapeaux » et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile », *JCP* 1986, I. 3257.

399. Textes de lois anciennes. Certains arrêts visent des lois très anciennes, difficilement accessibles sur internet. Ce type de visa ne rencontre en réalité pas de critiques, car c'est moins pour la lettre du texte que pour la référence aux précédentes applications qui ont pu en être faites, que ce type de texte est visé¹³³⁶. Plus problématiques sont les situations dans lesquelles la référence opérée par le visa est imprécise.

§2. L'imprécision de la référence opérée par le visa

400. Lorsque le visa n'est pas suffisamment précis, il peut échouer dans la justification de la règle appliquée, voire engendrer une ambiguïté concernant la règle qui a été appliquée. Cette imprécision peut être due à un nombre trop important de textes présents au visa (A), ou à une polysémie du texte visé (B).

A. La prolifération de visas

Un trop grand nombre de visas peut engendrer un problème de réception du message délivré, en ce qu'il crée une certaine méfiance de la part de la doctrine et nuit à la lisibilité de l'arrêt.

401. Défiance de la doctrine. Un visa de plusieurs lignes peut entraîner une défiance de la part de la doctrine, qui y voit une façon de masquer un fondement incertain. Il en est ainsi des arrêts relatifs au dispositif des conventions en forfait-jour. Pour décider des conditions de validité des conventions en forfait-jour, la Cour de cassation a mobilisé un nombre de normes assez impressionnant. Ainsi, à partir d'un arrêt du 29 juin 2011, elle a visé « l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se référant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, l'article L. 3121-45 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, interprété à la lumière de l'article 17, paragraphes 1 et 4 de la Directive 1993-104 CE du Conseil du 23 novembre 1993, des articles 17, paragraphe 1, et 19 de la Directive 2003-88 CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 et de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne » accompagnés des dispositions de l'accord collectif applicable, pour décider « que toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect

¹³³⁶ Comme c'est le cas pour la loi des 16 et 24 août 1790, *supra* n° 290.

des durées maximales de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires », et qu'en l'absence de respect d'un tel accord collectif, la convention de forfait en jour est privée d'effet¹³³⁷, ou est licite en présence d'un tel accord¹³³⁸. Au visa de « l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se référant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, l'article L. 212-15-3 ancien du code du travail, dans sa rédaction applicable au litige¹³³⁹, interprété à la lumière de l'article 17, paragraphes 1 et 4 de la directive 1993-104 CE du Conseil du 23 novembre 1993, des articles 17, paragraphe 1, et 19 de la directive 2003-88 CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 et de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », elle décide que l'absence d'accord collectif assurant la garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires prive elle aussi d'effet la convention de forfait en jour¹³⁴⁰.

Cette accumulation de références normatives n'emporte pas forcément la conviction des commentateurs d'arrêts. Ainsi, un auteur a pu écrire, à propos d'un de ces arrêts¹³⁴¹ que les « grands *visas* ne font pas nécessairement les grandes solutions. »¹³⁴² Un autre, considère que « la Cour de cassation, dans l'arrêt du 29 juin 2011, s'emploie à concilier des sources européennes non hiérarchisées et dont la compatibilité n'est pas nécessairement une donnée acquise, sources européennes que la Cour de cassation articule également avec la norme constitutionnelle. Le résultat n'est pas entièrement probant. D'une part, si la Cour de cassation semble effectivement répondre aux décisions du CEDS, il aurait certainement été plus pertinent de fonder la décision directement sur la Charte sociale européenne. D'autre part, l'analyse de la directive relative à l'aménagement du temps de travail, et notamment des possibilités de dérogations qu'elle ouvre,

¹³³⁷ Soc., 29 juin 2011, pourvoi n° 09-71.107, *Bull.* 2011, V, n° 181, rectifié par un arrêt du 29 juin 2011 ; Soc., 19 septembre 2012, pourvoi n° 11-19.016, Inédit ; Soc., 30 avril 2014, pourvoi n° 13-11.034, Inédit ; Soc., 28 mai 2014, pourvoi n° 13-13.947, Inédit ; Soc., 2 juillet 2014, pourvoi n° 13-19.990, Inédit ; Soc., 4 février 2015, pourvoi n° 13-16.835, Inédit ; Soc., 25 juin 2015, pourvoi n° 14-10.217, Inédit (absence de visa de l'accord en question).

¹³³⁸ Ainsi, cassation de l'arrêt de la cour d'appel, qui pour déclarer la convention illicite s'est référée au seul contrat de travail alors qu'un accord collectif assurait la protection des droits du salarié : Soc., 13 novembre 2014, pourvoi n° 13-14.206, *Bull.* 2014, V, n° 262 ; Soc., 17 décembre 2014, pourvoi n° 13-22.890, *Bull.* 2014, V, n° 301.

¹³³⁹ Selon la date des faits, la version du texte change, et ce peut être l'article L. 3121-45 du code du travail qui est visé.

¹³⁴⁰ Soc., 31 janvier 2012, pourvoi n° 10-19.807, *Bull.* 2012, V, n° 43 ; Soc., 13 juin 2012, pourvoi n° 11-10.854, Inédit ; Soc., 26 septembre 2012, pourvoi n° 11-14.540, *Bull.* 2012, V, n° 250 ; Soc., 24 avril 2013, pourvoi n° 11-28.398, *Bull.* 2013, V, n° 117 ; Soc., 2 avril 2014, pourvoi n° 12-22.054, Inédit ; Soc., 14 mai 2014, pourvoi n° 12-35.033, *Bull.* 2014, V, n° 121 ; Soc., 14 mai 2014, pourvoi n° 13-10.637, Inédit ; Soc., 11 juin 2014, pourvoi n° 11-20.985, *Bull.* 2014, V, n° 137 ; Soc., 7 juillet 2015, 13-26.444, Publié au bulletin ; Soc., 6 octobre 2015, pourvoi n° 13-17.250, Inédit ; ; Soc., 27 janvier 2016, pourvoi n° 14-14.293, Inédit (visa de l'article L. 3121-29 du code du travail à la place de L. 3121-45) ; Soc., 15 avril 2016, pourvoi n° 15-12.588, Inédit.

¹³⁴¹ Soc., 19 septembre 2012, pourvoi n° 11-19.016, Inédit.

¹³⁴² F. BOUSEZ, « Droit du travail, Chronique sous la direction de Bernard Teyssié », *JCP G* 4 Mars 2013, n° 10, doctr. 279, spéc. §3, à propos de Soc., 26 sept. 2012, pourvoi n° 11-14.540, *Bull.* 2012, V, n° 250.

aurait dû être approfondie et l'on peut se demander si l'affaire ne méritait pas pour le moins un recours préjudiciel »¹³⁴³.

Cela dit, selon d'autres auteurs, l'accumulation de normes au visa de l'arrêt du 29 juin 2011 est due à la convergence de ces normes¹³⁴⁴. Un auteur, tirant même son chapeau à la Cour de cassation, considère que « c'est un art de décider qui s'exprime dans cette mélodie normative, art où se conjuguent, en considération d'une question précise à régler, une remontée explicite en généralité, propre à assurer l'insertion des règles énoncées dans un système juridique complexe, et un souci de ne pas sacrifier des normes et de procéder plutôt à une coordination des uns et des autres »¹³⁴⁵.

La loi du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels¹³⁴⁶ étant venue *sécuriser*¹³⁴⁷ le dispositif de la convention de forfait, ce type de visas devraient disparaître, les dispositions législatives prenant désormais le relais.

402. Lisibilité de l'arrêt. Ensuite, un grand nombre de visas peut nuire à la lisibilité du fondement de la décision. En effet, il peut alors être difficile pour le lecteur de l'arrêt de comprendre le rôle attribué à chacun d'eux : lesquels ont été violés, lesquels ont été faussement appliqués. L'effet pervers du nombre de visas est encore augmenté si certains sont inutiles.

Un arrêt de la première chambre civile du 30 septembre 2009 fournit une bonne illustration de ce problème¹³⁴⁸. La loi donne un caractère irrévocable à la convention de divorce définitivement homologuée¹³⁴⁹. Pourtant, la Cour de cassation considère que « si la convention définitive homologuée, ayant la même force exécutoire qu'une décision de justice, ne peut être remise en cause, un époux divorcé demeure recevable à présenter une demande ultérieure tendant au partage complémentaire de biens communs ou de dettes communes omis dans l'état liquidatif homologué ». Il s'agit bien là d'une exception à l'autorité attachée à l'homologation de la

¹³⁴³ S. LAULOM, « Pot-pourri autour de l'arrêt du 29 juin 2011 », *Rev. trav.* 2011 p. 481.

¹³⁴⁴ Il s'agit cependant de la doctrine autorisée de la Cour de cassation, puisqu'il s'agit d'un conseiller de la chambre sociale : M.-F. MAZARS, P. FLORES, « La Cour de cassation et le cadre juridique du forfait en jours », *Sem. soc. Lamy* 2011, 1499 : « Comme le révèle le visa de l'arrêt de la chambre sociale du 29 juin 2011, ces normes essentielles sur lesquelles repose la validité du système du forfait en jours convergent et elles imposent un contrôle, par le juge, du respect des règles strictes destinées à protéger la santé et la sécurité du salarié ».

¹³⁴⁵ A. LYON-CAEN, « Chapeau », *Rev. trav.* 2011 p. 465.

¹³⁴⁶ Articles 8 et 12 de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

¹³⁴⁷ M. MORAND, « Clarification et sécurisation des conventions de forfait », *JCP S* 6 Septembre 2016, n° 35, 1295.

¹³⁴⁸ 1^{ère} civ., 30 septembre 2009, pourvoi n° 07-12.592, *Bull.* 2009, I, n° 195.

¹³⁴⁹ Sauf nouvelle convention entre les époux, également soumise à homologation. Ancien article 279 du code civil, inchangé sur ce point.

convention. Pour justifier sa décision, la Cour de cassation vise un nombre élevé d'articles en plus de l'article 279 du code civil auquel elle apporte l'exception. Ainsi, elle vise l'article 1477 du code civil relatif au recel d'effets communauté et l'article 887 du code civil aux termes duquel « la simple omission d'un objet de la succession ne donne pas ouverture à l'action en rescision, mais seulement à un supplément à l'acte de partage ». L'application conjointe de ces textes paraît étrange. Elle vise aussi les articles 1478 et 1485 du code civil. Aux termes du premier, « après le partage consommé, si l'un des deux époux est créancier personnel de l'autre, comme lorsque le prix de son bien a été employé à payer une dette personnelle de son conjoint, ou pour toute autre cause, il exerce sa créance sur la part qui est échue à celui-ci dans la communauté ou sur ses biens personnels ». Aux termes du second, « chacun des époux contribue pour moitié aux dettes de communauté pour lesquelles il n'était pas dû de récompense, ainsi qu'aux frais de scellé, inventaire, vente de mobilier, liquidation, licitation et partage. Il supporte seul les dettes qui n'étaient devenues communes que sauf récompense à sa charge ».

Le nombre élevé de visas empêche de savoir avec certitude quel est le fondement de l'exception. Lorsque la convention homologuée n'a pas traité tout le patrimoine commun, il peut paraître naturel qu'une demande de partage ultérieure soit possible. La solution ne semble donc pas poser de problème. C'est le nombre de visas employés qui la rend peu lisible.

Un auteur a essayé d'expliquer ces visas. Il commence par le visa de l'article 1477 du code civil : « Un des époux sera, par conséquent, privé de sa portion dans le bien commun. Il est traité comme l'époux de mauvaise foi qui, aux termes de l'alinéa 1^{er} de l'article 1477 du code civil, a détourné ou recelé un bien. Sans doute est-ce la raison pour laquelle l'arrêt d'appel est censuré pour violation de l'article 1477. Dans le même sens, celui qui s'est entièrement acquitté de la dette à l'égard du tiers, faute de contribution de son conjoint, supportera seul ce poids à titre définitif, à l'instar de celui qui a sciemment dissimulé l'existence d'une dette commune aux termes de l'alinéa 2 de l'article 1477 du code civil »¹³⁵⁰. Ensuite il s'intéresse au visa de l'article 1485 : selon lui, « la première chambre civile indique que la contribution à la dette se fera par moitié ». L'auteur n'a cependant pas essayé d'analyser les autres visas de cet arrêt, et même après les explications de cet auteur, on ne sait toujours pas quel était le visa qui justifiait l'exception.

¹³⁵⁰ J. THÉRON, « Convention de divorce homologuée : absence d'obstacle au partage des biens et dettes omis », *D.* 2010 p. 132.

B. La polysémie des visas

Un même visa peut faire référence à une multitude de règles. Ainsi, la pratique du visa de corps de principes ne permet pas l'identification immédiate de la règle ou du principe appliqué¹³⁵¹. De même le visa de l'ancien article 1134 du code civil, par son extrême polysémie nuit à la compréhension, par le récepteur, du message qu'il contient.

403. Polysémie de l'ancien article 1134 du code civil. L'ancien article 1134 du code civil recèle en lui de nombreuses significations. En effet, lorsqu'il est visé seul, il permet de fonder une multitude de règles. Cette multiplicité de règles fondées sur ce même article s'explique d'abord par le fait qu'il contient trois alinéas, référant à des grands principes de droit des contrats. L'alinéa 1^{er}, aux termes duquel « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », formule le principe de la force obligatoire des conventions. L'alinéa 2, selon lequel « elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise », est une conséquence de ce principe, et l'alinéa 3, quant à lui, prévoit que ces conventions « doivent être exécutées de bonne foi ». Chacun de ces alinéas permet cependant de fonder de nombreuses règles précises.

404. Siège de la force obligatoire des conventions. Lorsque la Cour de cassation vise l'ancien article 1134 sans préciser l'alinéa dont il est question, il s'agit en principe pour elle de se fonder sur les deux premiers alinéas du texte qui concernent la force obligatoire des conventions. Par exemple, ce texte justifie l'absence de possibilité de régulariser la fin de non-recevoir contractuelle tirée de la clause prévoyant la nécessité d'une médiation préalable à la saisine du juge¹³⁵². Le visa de l'ancien article 1134 seul permet aussi de fonder la primauté du contenu du contrat judiciaire sur le contenu de la décision qui le prononce, contrat judiciaire qui est formé par la rencontre des conclusions des deux parties au procès, ce qui justifie que l'on prenne en compte les réserves formulées dans ces mêmes conclusions pour déterminer le contenu du contrat ainsi formé¹³⁵³.

¹³⁵¹ Critiquant cette pratique, N. MOLFESSIS, « La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2001 p. 699.

Pour des exemples de visas de corps de principes, cf. n° 323.

¹³⁵² 3^{ème} civ., 6 octobre 2016, pourvoi n° 15-17.989, *publication en cours*.

¹³⁵³ 1^{ère} civ., 25 juin 2008, pourvoi n° 07-10.511, *Bull.* 2008, I, n° 179 : « en statuant ainsi, alors que la disposition du jugement se bornant à donner acte aux époux de leur accord était dépourvue de toute valeur juridique indépendamment de cet accord préalable et qu'un contrat judiciaire ne se forme qu'autant que les parties s'obligent dans les mêmes termes, la cour d'appel, à qui il incombait de prendre en considération la réserve formulée sans équivoque dans les motifs des conclusions de M. X... même si elle n'avait pas été reprise dans le dispositif de ces écritures, a violé le texte susvisé ».

De même, il permet de déterminer les conditions de caractérisation, par un juge, de la renonciation à se prévaloir d'un droit¹³⁵⁴. L'ancien article 1134 fonde aussi la censure des juges du fond pour avoir appliqué un texte comme s'il était d'ordre public à des contrats, bafouant ainsi la liberté contractuelle¹³⁵⁵.

C'est toujours ce texte qui fonde l'absence de validité de la rétractation d'une offre d'achat intervenue avant la fin de la durée de maintien de l'offre initialement prévue¹³⁵⁶. Il faut remarquer ici qu'un tel fondement est bien plus critiquable, car une offre d'achat n'est pas une convention. Fonder l'irrévocabilité d'un acte unilatéral sur le texte introduisant le chapitre relatif aux conventions est tout de même assez audacieux. Cela a d'ailleurs suscité une réaction mitigée de la doctrine, et des interprétations variées¹³⁵⁷. Mais beaucoup d'auteurs ont remarqué que le problème ici était l'absence de texte fondant les engagements unilatéraux¹³⁵⁸. Cet arrêt n'est pas

¹³⁵⁴ 3^{ème} civ., 19 mars 2008, pourvoi n° 07-11194, *Bull.* 2008, III, n° 53 : « le seul écoulement du temps ne peut caractériser un acte manifestant sans équivoque la volonté de renoncer à se prévaloir des effets de la clause résolutoire ».

¹³⁵⁵ 3^{ème} civ., 3 octobre 2007, pourvoi n° 06-18.817, *Bull.* 2007, III, n° 163 : liberté des parties de prévoir une durée supérieure à la durée légale pour un bail à long terme. En l'espèce le visa de l'article L416-1 aurait été plus apporté, puisque c'est de lui que la cour d'appel a méconnu la portée : il prévoit bien « Le bail à long terme est conclu pour une durée d'au moins dix-huit ans ». Le choix du visa est alors étonnant, et semble mettre l'accent sur la liberté contractuelle.

¹³⁵⁶ 3^{ème} civ., 7 mai 2008, pourvoi n° 07-11.690, *Bull.* 2008, III, n° 79.

¹³⁵⁷ Ainsi : S. AMRANI-MEKKI, « Chronique de droit des contrats », *D.* 2008 p. 2965 : « Cet arrêt surprenant est susceptible de plusieurs interprétations. La plus modeste consisterait à ne voir dans cette hypothèse qu'une confirmation de la jurisprudence antérieure. Dès lors que l'offre est assortie d'un délai, elle ne peut être librement rétractée, ce qui est le sens de la jurisprudence antérieure. (...) Cependant, le visa de l'ancien article 1134 du code civil invite à aller plus loin (...). *A maxima*, cette décision se présenterait purement et simplement comme un spectaculaire revirement de jurisprudence. L'acceptation d'une offre dans le délai expressément consenti forme définitivement le contrat sans que le pollicitant puisse se rétracter ».

¹³⁵⁸ Ainsi, M.-L. MATHIEU-IZORCHE, « L'irrévocabilité de l'offre de contrat », *D.* 2009 p. 440 : « Mais le visa de l'article 1134 n'est pas *en soi* le signe du rejet de l'engagement unilatéral : il n'existe pas d'autre texte général, en l'état actuel de la législation, permettant de donner force contraignante à la volonté de celui qui s'oblige ». ; T. GENICON, « Obligation de maintenir l'offre assortie d'un délai déterminé », *RDC* 2008. 1109 : « La Cour de cassation a pris le soin de viser l'article 1134 du code civil, là où l'on aurait plutôt attendu l'article 1382 si elle avait voulu signifier que seuls des dommages-intérêts sont envisageables. L'article 1134 renvoie bien évidemment à la force obligatoire du contrat et il y a alors deux façons de voir les choses. Soit les Hauts magistrats ont entendu signifier que le retrait de l'offre n'avait pu empêcher la formation du contrat et que la cour d'appel avait donc violé la force obligatoire d'une vente nécessairement formée. Soit ils ont entendu asseoir la force obligatoire, non pas du contrat de vente, mais de la simple proposition d'achat par laquelle le candidat à l'acquisition s'était lié lui-même. L'article 1134 serait alors utilisé comme un ersatz, un texte d'emprunt par analogie, pour offrir à l'engagement unilatéral de volonté un fondement textuel qui, en l'état du droit positif, lui fait défaut. » ; J. ANTIPPAS, « De la bonne foi précontractuelle comme fondement de l'obligation de maintien de l'offre durant le délai indiqué », *RTD civ.* 2013 p. 27 : « La solution pourrait certes conduire à considérer que l'offre assortie d'un délai constitue un engagement unilatéral ; thèse d'ailleurs accréditée par l'emploi d'une tournure pronominales, aussi bien que par le visa, qui pourrait en effet être perçu comme un « ersatz » de fondement, dont on sait qu'il fait défaut dans le code civil, pour semblable engagement (...) [mais le] visa choisi, il peut se justifier par le constat, effectué par le juge, de la formation du contrat, dès l'instant que l'offre avait fait l'objet d'une acceptation » ; C. JUILLET, « La révocation de l'offre de contrat faite avec délai », *LPA* n° 40, 25 février 2009, p. 6 « Sans doute, si c'est bien d'un tel engagement dont il s'agit, le visa de l'article 1134 du code civil est bien mal choisi, puisque ce texte lie la force obligatoire à l'accord de

isolé en la matière, puisqu'un arrêt de la chambre sociale du 18 avril 2008 se fonde sur ce même article pour considérer « que l'engagement unilatéral, qui n'a pas été dénoncé postérieurement à la survenance d'un changement dans la personne de l'employeur à la suite d'une cession d'actions, reste opposable au nouvel employeur »¹³⁵⁹.

Pour accroître la force d'un accord amiable passé entre des ex-époux modifiant la prestation compensatoire prévue dans leur convention de divorce homologuée, la Cour de cassation se fonde encore sur l'ancien article 1134¹³⁶⁰. Elle considère que les époux « peuvent renoncer en tout ou partie aux effets de [la prestation compensatoire] qui a été fixée judiciairement ». Une telle solution semble découler naturellement de l'alinéa 2 de l'ancien article 1134 : si les parties peuvent révoquer par leur consentement mutuel une convention, elles peuvent *a fortiori* les modifier. Il est cependant nécessaire de mettre cette solution en perspective avec l'article 279 alinéa 2 du code civil, qui prévoit que la convention homologuée « ne peut être modifiée que par une nouvelle convention entre des époux, également soumise à l'homologation ». La solution de l'arrêt étudié semble alors en contradiction totale avec la loi. Mais elle est à mettre en relation avec un autre arrêt de la première chambre civile¹³⁶¹, rendu au visa bien mieux approprié des articles 232 et 279 du code civil, dont la combinaison permet de considérer que le juge à qui on présente une nouvelle convention d'homologation doit apprécier le consentement des parties non pas au jour où il statue, mais au jour de l'accord conclu. Le fait qu'un tel accord ait été exécuté présumant un tel consentement. Ce consentement établi, seule l'insuffisance de la préservation des intérêts des parties permet au juge de refuser l'homologation aux termes de l'article 232 du code civil. On comprend alors mieux l'arrêt rendu au visa de l'ancien article 1134, qui reprochait aux juges du fond de ne pas avoir tenu compte de l'accord amiable intervenu entre les parties. Il faut cependant regretter l'utilisation du visa de l'ancien article 1134, qui, par ses multiples significations, a une vocation expressive bien moins grande que le visa, utilisé par la suite, des articles 232 et 279 du code civil. La réception du message véhiculé par l'ancien article 1134 du code civil est incertaine.

volontés. Or, l'engagement unilatéral de volonté se trouve précisément aux antipodes de l'accord de volontés. Mais on remarquera que l'article 1134 du code civil constituait déjà le visa de l'arrêt de 1997. Par conséquent, il doit être compris en ce sens que l'offrant, en assortissant son offre d'un délai, s'est obligé à ne pas la révoquer avant l'expiration de ce délai. C'est bien plus l'idée de force obligatoire que celle de contrat qui est visée par la Cour de cassation ».

¹³⁵⁹ Soc. 18 avril 2008, pourvois n° 07-41.475 et 07-41.476, Inédit.

¹³⁶⁰ 1^{ère} civ., 8 février 2005, pourvoi n° 03-17.923, *Bull.* 2005, I, n° 70 : « si dès lors qu'aucune instance en divorce n'est engagée, les époux ne peuvent valablement transiger sur leur droit futur à une prestation compensatoire, ils peuvent renoncer en tout ou partie aux effets de celle qui a été fixée judiciairement ».

¹³⁶¹ 1^{ère} civ., 10 mai 2006, pourvoi n° 04-19.883, *Bull.* 2006, I, n° 227.

405. Siège de la dénaturation. L'ancien article 1134 est aussi le siège de la cassation pour dénaturation, c'est-à-dire la violation des termes clairs et précis d'un texte par un juge¹³⁶².

La combinaison de l'ancien article 1134 à des textes plus spécifiques permet d'étendre le contrôle de dénaturation à des actes qui ne sont pourtant pas des conventions, comme les testaments¹³⁶³. Mais une telle extension peut aussi avoir lieu sans qu'aucun texte ne soit adjoint à 1134, comme c'est le cas en matière de rapport d'expertise¹³⁶⁴. Un arrêt a même sanctionné une dénaturation d'une décision du Conseil d'État au seul visa de l'ancien article 1134¹³⁶⁵.

Le fondement de la dénaturation sur l'article 1134 du code civil est depuis longtemps critiqué en raison de son caractère artificiel. En effet, certains auteurs considèrent que dans la dénaturation ce n'est pas tant une mauvaise interprétation d'un contrat qui est sanctionnée qu'une insuffisance ou un caractère impropre de la motivation de la décision s'écarter d'une interprétation littérale du contrat¹³⁶⁶. D'autres considèrent qu'il s'agit de sanctionner un abus dans l'interprétation¹³⁶⁷. Cette difficulté de trouver un fondement adapté au contrôle de la dénaturation a d'ailleurs été relevée dans le rapport annuel de la Cour de cassation en 2012¹³⁶⁸.

¹³⁶² 1^{ère} civ. 31 mai 2005, pourvoi n° 02-17.541, *Bull.* 2005, I, n° 239 ; 1^{ère} civ. 5 juillet 2005, pourvoi n° 04-11.971, *Bull.* 2005, I, n° 296 ; 1^{ère} civ., 28 mars 2006, pourvoi n° 04-11.380 ; 1^{ère} civ., 23 janvier 2007, pourvoi n° 06-16.062, *Bull.* 2007, I, n° 41 ; 1^{ère} civ., 15 mai 2007, pourvoi n° 06-15.904, *Bull.* 2007, I, n° 188 ; 1^{ère} civ., 3 décembre 2008, pourvoi n° 07-19.348, *Bull.* 2008, I, n° 281 ; 1^{ère} civ. 4 juin 2009, pourvoi n° 08-16.584, *Bull.* 2009, I, n° 120 ; 1^{ère} civ. 17 mars 2010, pourvoi n° 08-20.426, *Bull.* 2010, I, n° 71 ; 1^{ère} civ., 3 mars 2011, pourvoi n° 09-70.754, *Bull.* 2011, I, n° 43 ; 1^{ère} civ., 6 juillet 2011, pourvoi n° 10-22.826, *Bull.* 2011, I, n° 141 ; 1^{ère} civ., 4 novembre 2011, pourvoi n° 10-13.410, *Bull.* 2011, I, n° 195 ; 2^{ème} civ. 14 juin 2007, pourvoi n° 06-15.670, *Bull.* 2007, II, n° 154.

¹³⁶³ 1^{ère} civ., 8 novembre 2005, pourvoi n° 02-21.177, *Bull.* 2005, I, n° 411 : combinaison de l'ancien article 1134 à l'article 895 du code civil « que, si les juges du fond interprètent souverainement la volonté du testateur, ils ne peuvent, sous couvert d'interprétation, procéder à une réfection du testament ou méconnaître le sens ou la portée de ses dispositions dépourvues d'ambiguïté ».

¹³⁶⁴ 2^{ème} civ., 15 mai 2008, pourvoi n° 06-22.171, *Bull.* 2008, II, n° 108.

¹³⁶⁵ Com., 17 juin 2008, pourvoi n° 05-17.566, *Bull.* 2008, IV, n° 122.

¹³⁶⁶ En ce sens, G. Marty, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, thèse de droit, Toulouse, Paris, Sirey, 1929, 388 p., spéc. p. 318.

¹³⁶⁷ p. 35

¹³⁶⁸ *Rapport annuel de la Cour de cassation 2012*, Étude, p. 138 : « La dénaturation pose quelques difficultés de visas. La deuxième chambre civile notamment, a pu réserver le visa de l'article 1134 du code civil à la seule dénaturation des actes juridiques (voir, par exemple, 2^e Civ., 18 novembre 2010, pourvoi no 09-13.265, *Bull.* 2010, II, n° 188), dans le sillage de l'arrêt *Veuve Foucauld et Coulombe c. Pringault* (Civ., 15 avril 1872, H. Capitain, F. Terré, Y. Lequette, *Les Grands Arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, Dalloz, 12^e éd., 2008, n° 160, p. 156) ayant fondé le contrôle de la dénaturation par la Cour de cassation, tempérant le célèbre arrêt *Lubert c. Wancareghem* (Cass., sect. réun., 2 février 1808, H. Capitain, F. Terré, Y. Lequette, *Les Grands Arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, Dalloz, 12^e éd., 2008, n° 160, p. 153), dont résulte le pouvoir souverain des juges du fond pour interpréter les contrats. Si ce sont les écritures des parties qui ont été dénaturées, l'article 4 du code de procédure civile est plus volontiers visé puisque la détermination de l'objet est *a priori* en cause (2^e Civ., 30 avril 2009, pourvoi n° 07-15.582, *Bull.* 2009, II, n° 108). Lorsque le document dénaturé n'est ni un contrat ni un jeu de conclusions, les visas habituels peuvent apparaître inadaptés. Il est arrivé dans ce cas que la deuxième chambre civile vise un principe général, « l'obligation faite au juge de ne pas dénaturer les documents de la cause » (2^e Civ., 10 mai 2012, pourvoi n° 11-19.270 ; 2^e Civ., 29 mars 2012, pourvoi n° 11-14.661 ; 2^e Civ., 15 septembre 2011, pourvoi n° 10-19.694). Cette position est également celle de la chambre sociale (Soc., 13 mars 2012, pourvoi n° 10-27.708) ».

Il y a depuis quelques années un mouvement de diminution du visa de l'ancien article 1134 du code civil qui semble s'amplifier depuis la réforme du droit des obligations¹³⁶⁹.

Les cassations se fondant sur « l'obligation pour le juge de ne pas dénaturer les documents de la cause »¹³⁷⁰ « l'obligation pour le juge de ne pas dénaturer l'écrit qui lui est soumis »¹³⁷¹, « l'obligation pour le juge de ne pas dénaturer les documents qui lui sont soumis »¹³⁷²; « l'obligation pour le juge de ne pas dénaturer les éléments de la cause »¹³⁷³ sont en augmentation nette. Ce type de visa, s'il n'est pas nouveau¹³⁷⁴, pourrait être généralisé grâce à la réforme du droit des obligations.

Même si de nombreux arrêts se fondent toujours sur l'ancien article 1134 du code civil¹³⁷⁵ seul ou combiné avec « le principe selon lequel le juge ne doit pas dénaturer les documents de la cause »¹³⁷⁶, la diminution est nette. Il est à cet égard significatif que la troisième chambre civile vise, dans un arrêt du 27 octobre 2016, l'obligation pour le juge de ne pas dénaturer l'écrit qui lui est soumis alors même que le moyen au pourvoi invoque une violation de l'article 1134¹³⁷⁷.

Un tel changement, proposé depuis longtemps¹³⁷⁸, est très bénéfique pour la communicabilité des visas : il n'était pas rare de ne pas pouvoir savoir si la cassation était fondée sur une violation de l'article 1134 ou une dénaturation, notamment lorsque le mémoire ampliatif invoquait les deux moyens, et que la Cour de cassation ne précisait pas si la cassation intervenait pour dénaturation¹³⁷⁹.

Depuis la réforme du droit des obligations, l'article 1192 du code civil prévoit désormais, en matière d'interprétation des contrats qu'on « ne peut interpréter les clauses claires et précises

¹³⁶⁹ Cf. annexe n° 2, p. 415.

¹³⁷⁰ Par exemple : Soc., 9 novembre 2016, pourvoi n° 15-21.236, *publication en cours* ; 2^{ème} civ., 15 septembre 2016, pourvoi n° 15-21.550, Inédit ; Com., 6 septembre 2016, pourvoi n° 14-22.005, inédit.

¹³⁷¹ Par exemple : 2^{ème} civ., 15 décembre 2016, pourvoi n° 16-23.686, Inédit ; 1^{ère} civ., 7 décembre 2016, pourvoi n° 15-28.369, Inédit ; Com., 6 décembre 2016, pourvoi n° 15-16.885, Inédit ; 3^{ème} civ., 1 décembre 2016, pourvoi n° 15-25.056, Inédit ; 2^{ème} civ., 24 novembre 2016, pourvoi n° 15-26.187, *publication en cours*.

¹³⁷² 3^{ème} civ., 24 novembre 2016, pourvois n° 15-23.005, 15-25.375, inédit.

¹³⁷³ Soc., 17 mai 2016, pourvoi n° 14-21.409, inédit.

¹³⁷⁴ Pour des exemples anciens : Com., 2 décembre 1988, pourvoi n° 85-10.547, *Bull.* 1986, IV, n° 227 ; Soc., 17 juillet 1990, pourvoi n° 88-13.494, *Bull.* 1990, V, n° 371 ; 1^{ère} civ., 13 octobre 1992, pourvoi n° 90-13.329, inédit.

¹³⁷⁵ Ainsi, 3^{ème} civ., 15 septembre 2016, pourvoi n° 15-22.142, inédit ; 1^{ère} civ., 15 juin 2016, pourvoi n° 15-16.173, Inédit ; Soc., 26 octobre 2016, pourvoi n° 14-27.153, inédit.

¹³⁷⁶ Soc., 14 septembre 2016, pourvois n° 14-30.021 et s., inédit.

¹³⁷⁷ Ainsi, 3^{ème} civ., 27 octobre 2016, pourvoi n° 15-24.972, inédit.

¹³⁷⁸ J. VOULET, « Le grief de dénaturation devant la Cour de cassation », *JCP* 1984, I, 2410, n° 16.

¹³⁷⁹ 1^{ère} civ., 28 octobre 2015, pourvoi n° 14-25.797, inédit.

à peine de dénaturation ». La Cour de cassation pourra donc y trouver un fondement tout approprié à la cassation pour dénaturation dès lors qu'elle concerne un contrat.

À côté du fondement de la dénaturation, encore plus critiquable est le cas où l'ancien article 1134 vient fonder un contrôle de qualification du contrat¹³⁸⁰. En effet, lorsque la Cour de cassation sanctionne une erreur de qualification, elle se fonde normalement sur le texte qui a été appliqué à tort en raison de cette erreur de qualification, ou bien sur celui qui aurait dû être appliqué. Lorsqu'aucun texte n'a été violé, par exemple s'il s'agit d'un contrat innomé, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, l'article 12 du code de procédure civile reste applicable, aux termes duquel, le juge « doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée », et son visa devrait donc être privilégié.

Enfin, l'ancien article 1134 du code civil permet de fonder la nullité d'un contrat en raison de son indivisibilité avec un autre contrat déclaré nul¹³⁸¹.

406. Conséquences de la polysémie du visa. La justification opérée par l'ancien article 1134, lorsqu'il est visé seul, peut alors parfois être ambiguë, et prêter le flanc à la critique en raison de son imprécision¹³⁸². Ainsi, il permet de fonder la réduction judiciaire des honoraires des mandataires¹³⁸³, mais aussi d'une rémunération convenue dans un contrat lorsque celle-ci apparaît excessive au regard du service rendu¹³⁸⁴. Cette solution est traditionnelle. Pour autant, on ne peut

¹³⁸⁰ 3^{ème} civ., 19 mars 2008, pourvoi n° 07-11.805, *Bull.* 2008, III, n° 54 : cassation pour erreur de qualification entre une mise en location gérance et sous-location.

¹³⁸¹ 1^{ère} civ. 16 janvier 2007, pourvoi n° 04-20.711, *Bull.* 2007, I, n° 24 : il s'agit dans cet arrêt de prononcer non pas la nullité d'un contrat en raison de son indivisibilité avec un autre contrat, mais de faire produire au contrat dont l'indivisibilité a été constaté les mêmes effets que l'autre, dont la déclaration de nullité est cassée dans le présent arrêt.

Noter que l'ancien article 1134 n'est pas le seul fondement possible de l'indivisibilité des contrats. L'ancien article 1131 est souvent préféré à celui-ci, de même que l'ancien article 1218.

¹³⁸² Ainsi, à propos de Com., 1 juillet 2003, pourvoi n° 02-11.384, Inédit, S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « Conditions d'annulation d'une clause de non-rétablissement incluse dans un contrat de franchise », *JCP E*, n° 22, 27 Mai 2004, 786 : « L'argument présenté en faveur de la validité des clauses de non-concurrence réside dans les principes du droit des contrats, à savoir l'autonomie de la volonté et ses corollaires, la liberté contractuelle et la force obligatoire. Le visa de l'article 1134 du code civil, dans l'arrêt du 1^{er} juillet 2003, est d'ailleurs révélateur, encore qu'assez imprécis. En effet, si dans l'alinéa premier de cet article réside le fondement légal de la force obligatoire des contrats, l'alinéa 3 pose l'exigence de bonne foi dans l'exécution des conventions. (...) ».

¹³⁸³ En matière de réduction des honoraires des avocats : 1^{ère} civ., 3 mars 1998, pourvoi n° 95-15.799, *Bull.* 1998, I, n° 85.

¹³⁸⁴ En matière de conventions sur révélation de succession : 1^{ère} civ. 5 mai 1998, pourvoi n° 96-14.328, *Bull.* 1998, I, n° 168 ; 1^{ère} civ., 23 novembre 2011, pourvoi n° 10-16.770, *Bull.* 2011, I, n° 206 : l'aléa ne fait pas obstacle à une éventuelle réduction de la rémunération convenue. C'est la nature excessive de la rémunération au regard du service rendu qui doit guider le juge.

que remarquer son caractère contraire à l'article sur lequel elle se fonde pourtant¹³⁸⁵. La précision de ce que c'est l'alinéa 3 de l'article 1134 et non l'alinéa 1^{er} semble indispensable à une bonne justification de l'arrêt.

Ce peut être aussi son instrumentalisation qui est dénoncée. Ainsi, dans un arrêt du 4 novembre 2011, la première chambre civile vise l'article 1134 du code civil pour décider « que l'accord donné par une personne pour la diffusion de son image ne peut valoir accord pour la divulgation de ses nom et grade »¹³⁸⁶. La Cour de cassation procède alors à un contrôle de l'interprétation des conventions en dehors de la dénaturation, ce qui suscite des réactions doctrinales hétérogènes : Jean Hauser remarque très bien que l'on est face ici à une immixtion de la Cour dans l'interprétation des conventions¹³⁸⁷. En revanche, Jean-Michel Bruguière et Laurent Carrié y voient là un abandon du fondement de l'article 9 du code civil en matière de cession du droit à l'image¹³⁸⁸. On pourrait aussi regretter l'absence de l'article 9 du code civil au visa, ou à défaut de l'article 8 CESDH, qui aurait permis de justifier l'interprétation par la Cour de cassation du contrat.

La polysémie du visa n'est pas tant le fait du juge que le fait de l'imperfection des textes régissant la matière¹³⁸⁹. La réforme du droit des contrats devrait apporter à ce niveau là quelque soulagement, puisque les différentes règles issues de l'ancien article 1134 du code civil sont réparties au sein de plusieurs textes¹³⁹⁰. La polysémie d'un visa n'est pas un obstacle

¹³⁸⁵ Certains auteurs ont d'ailleurs relevé l'inadéquation du fondement de l'ancien article 1134 c. civ : A. LECOURT, « Retour sur le contrat de révélation de succession » *D.* 2006 p. 2020 : à propos de la solution retenue par la cour d'appel de Pau en matière de contrat de révélation de succession : « Pourquoi retenir l'article 1134 du code civil qui, s'il est lu strictement, aboutit en fait à consacrer une solution absolument inverse à celle dégagée par la cour paloise ? Ce texte ne laisse, en effet, aucune place à un pouvoir judiciaire de réduction. Il aurait été nettement plus pertinent de fonder la solution sur l'article 1134, alinéa 3, du code civil, la bonne foi contractuelle venant au secours de l'héritier abusé ».

¹³⁸⁶ 1^{ère} civ., 4 novembre 2011, pourvoi n° 10-24.761, *Bull.* 2011, I, n° 196.

¹³⁸⁷ J. HAUSER, « Les fondamentaux du code Napoléon et la protection de la vie privée : l'article 1134 à la rescousse ! » *RTD civ.* 2012, p. 90.

¹³⁸⁸ J.-M. BRUGUIÈRE et L. CARRIÉ, « Rémunération de l'image des mannequins : rétribution du travail et/ou exploitation de la notoriété ? », *JCP S* n° 6, 11 Février 2014, 1054, § 13.

¹³⁸⁹ M.-L. MATHIEU-IZORCHE, « L'irrévocabilité de l'offre de contrat », *D.* 2009 p. 440 : « Si l'arrêt du 7 mai 2008 ne résout pas directement la question de la sanction, en cas de violation de l'obligation qu'il reconnaît, il est clair que, dans cette décision, le juge se réfère à un engagement *volontairement souscrit*. Le visa de l'article 1134 du code civil, faute de mieux, en est l'incontestable révélateur. Puisse notre législateur entendre la voix d'un juge qui, au moment même de l'élaboration de ce projet, donne, à notre sens, « sa juste place » à l'engagement unilatéral, non pas « contre » le contrat, mais « à côté ».

¹³⁹⁰ Cf. nouvel article 1118 du code civil pour la formation du contrat par l'acceptation et article 1116 pour la sanction de la révocation causant un préjudice, et l'article 1100 alinéa 2 qui consacre certains engagements unilatéraux.

insurmontable à la compréhension de la décision. Plus gênante est l'inconstance de la signification de la référence opérée par le visa.

§3. L'inconstance de la référence opérée par le visa

407. L'habitude a un rôle primordial dans la réception des visas. La répétition d'un même visa au service de la même solution permet de gommer les critiques de la doctrine. D'ailleurs, le chapeau a tendance à disparaître une fois la solution admise. Des changements intempestifs de visas pour une même solution risquent alors d'engendrer des malentendus, puisqu'un changement de visa entraîne en temps normal un changement de solution (A). De même, les différences de pratiques entre les chambres de la Cour de cassation peuvent être sources de confusions (B).

A. L'inconstance dans le temps

408. L'inconstance de la référence opérée par un visa plonge les lecteurs des arrêts dans l'incertitude. Le changement de visa pour la justification d'une même solution, comme cela a été le cas pour le fondement du recours entre coauteur d'accidents de la circulation, suscite des critiques. Inversement, un changement de solution sans changement de visa est souvent mal compris.

409. **Un changement de solution sans changement de visa.** Un changement de jurisprudence sans changement de visa est une situation assez mal perçue par les auteurs. Il y a une ambiguïté dans le fait d'amorcer une évolution jurisprudentielle sans faire évoluer la justification de la règle¹³⁹¹. En effet, la justification opérée à partir d'un texte opère pour l'avenir en même temps qu'elle opère au présent : il ne serait pas convaincant qu'une juridiction modifie à chaque application l'interprétation qu'elle fait des textes juridiques. C'est pourquoi, lors d'un revirement de jurisprudence on assiste en principe à un changement de visa, ou à une adjonction d'un visa interprétatif au visa fondant l'ancienne solution. Cela explique que lors d'un changement de visa on s'attende à un changement de solution.

¹³⁹¹ Ainsi, à propos de 1^{ère} civ., 15 nov. 1989, *Bull. civ. I*, n° 348, D. LANZARA, *Les méthodes de la Cour de cassation dans la création du droit : étude à la lumière du droit des obligations*, Thèse, Nice, 2014, p. 121 : « Mais l'arrêt restait ambigu à plusieurs égards. D'abord, il continuait de viser l'article 2015 [anc.] du Code civil, dont la combinaison avec l'article 1326 avait justement été à l'origine de l'interprétation nouvelle ».

410. Un changement de visa sans changement de solution. La question du fondement des recours entre coauteurs d'accidents de la circulation n'est pas réglée par la loi du 5 juillet 1985 sur les accidents de la circulation. Se posait alors la question de savoir si un tel recours obéissait au droit commun. La deuxième chambre civile a d'abord décidé, dans deux arrêts de rejet, que « la partie assignée en réparation du préjudice subi par la victime d'un accident de la circulation n'est pas recevable à se prévaloir des dispositions de [la loi de 1985] à l'encontre d'une autre partie défenderesse »¹³⁹².

La question se posait alors de savoir sur quel fondement la partie assignée en réparation d'un tel préjudice pouvait agir à l'encontre des autres auteurs de l'accident non victime. Un arrêt du 20 avril 1988 a apporté une réponse, en cassant pour violation de l'article 1384 alinéa 1^{er} l'arrêt d'une cour d'appel qui avait appliqué les dispositions de la loi de 1985 dans le cadre d'une telle action récursoire¹³⁹³. Le recours ne semblait donc pas être subrogatoire, sinon les dispositions de la loi de 1985 auraient été applicables¹³⁹⁴.

Mais un arrêt non publié du 4 octobre 1989, visant les articles 1251 et 1384 alinéa 1^{er}, faisait de la subrogation légale le fondement du recours contre le coauteur, subrogation très particulière puisqu'elle ne transmettait pas les droits du créancier contrairement à ce qui est prévu à l'article 1249 du code civil, ce qui laissait la doctrine dans l'incertitude¹³⁹⁵.

Dans un arrêt de rejet du 6 mars 1991, la deuxième chambre civile laissait finalement une option au conducteur entre une action récursoire sur le fondement des articles 1384 alinéa 1^{er} et 1382, et une action subrogatoire sur le fondement des dispositions de la loi de 1985¹³⁹⁶.

Mais un nouvel arrêt faisait resurgir le doute, le 8 novembre 1995, décidant au visa des articles 1384, alinéa 1^{er}, du code civil et des articles 1 à 6 de la loi du 5 juillet 1985, que « le conducteur d'un véhicule terrestre à moteur impliqué dans un accident de la circulation peut exercer contre un autre coauteur en tant que subrogé dans les droits de la victime une action récursoire sur le fondement de ces textes »¹³⁹⁷.

¹³⁹² 2^{ème} civ., 20 juillet 1987, pourvoi n° 85-15.149, *Bull.* 1987, II, n° 163 ; 2^{ème} civ., 20 juillet 1987, pourvoi n° 86-13.666, *Bull.* 1987, II, n° 164.

¹³⁹³ 2^{ème} civ., 20 avril 1988, pourvoi n° 85-16.652, *Bull.* 1988, II, n° 88.

¹³⁹⁴ H. GROUDEL, « Le recours entre coauteurs d'un accident de la circulation », *D.* 1990 p. 211.

¹³⁹⁵ H. GROUDEL, « Nouvelles incertitudes sur le fondement du recours d'un débiteur, tenu en vertu de la loi du 5 juillet 1985, contre un autre débiteur », *D.* 1998 p. 174, spéc. n° 2.

¹³⁹⁶ 2^{ème} civ., 6 mars 1991, pourvoi n° 89-15.697, *Bull.* 1991, II, n° 70 (rejet). Confirmé par 2^{ème} civ., 25 novembre 1992, pourvoi n° 91-14.196, *Bull.* 1992, II, n° 271, rendu au visa des articles 1 à 6 de la loi du 5 juillet 1985 et des articles 1382 et 1384 du code civil.

¹³⁹⁷ 2^{ème} civ., 8 novembre 1995, pourvoi n° 94-11.789, *Bull.* 1995, II, n° 272.

Un arrêt du 14 janvier 1998 devait venir clarifier la situation en décidant au visa des articles 1382 et 1251 du code civil « que le conducteur d'un véhicule terrestre à moteur, impliqué dans un accident de la circulation et condamné à réparer les dommages causés à un tiers, ne peut exercer un recours contre un autre conducteur impliqué que sur le fondement de ces textes »¹³⁹⁸. Mais encore une fois, il plongeait les auteurs dans la perplexité quant à la nature de ce recours pseudo-subrogatoire : « il serait fait une application distributive des articles 1382 et 1251, le premier fondant la contribution en présence de fautes, et le second en leur absence »¹³⁹⁹.

Les auteurs ont alors largement critiqué un tel fondement, en appelant à viser la loi de 1985 pour fonder ce recours entre coauteur sur lequel cette loi est silencieuse¹⁴⁰⁰, ou à se dégager de tout fondement textuel pour fonder le droit commun des recours entre coauteurs¹⁴⁰¹.

Et si la référence à l'article 1251 a été abandonnée dans un arrêt en 2000¹⁴⁰², laissant penser l'abandon de la subrogation légale comme fondement du recours¹⁴⁰³, elle n'a pas tardé à réapparaître¹⁴⁰⁴, faisant ressurgir les anciennes critiques¹⁴⁰⁵.

Depuis, c'est toujours la combinaison des articles 1382 et 1251 qui fonde la solution¹⁴⁰⁶, et la constance désormais acquise du fondement a réussi à faire taire les critiques.

On voit toute l'importance de la stabilité du fondement. En effet, la fonction justificative du visa nécessite une certaine permanence dans l'interprétation des textes. C'est pourquoi un changement de solution implique en général un changement de visa. Cela explique que la pratique de visas différents selon la chambre qui rend l'arrêt puisse entraîner des interrogations, et être analysée comme un revirement de jurisprudence.

¹³⁹⁸ 2^{ème} civ., 14 janvier 1998, pourvoi n° 95-18.617, *Bull.* 1998, II, n° 6.

¹³⁹⁹ H. GROUDEL, « Nouvelles incertitudes sur le fondement du recours d'un débiteur, tenu en vertu de la loi du 5 juillet 1985, contre un autre débiteur », *D.* 1998 p. 174.

¹⁴⁰⁰ *Ibid.*

¹⁴⁰¹ P. JOURDAIN, « Fondement des recours : des décisions malencontreuses », *RTD civ.* 1998 p. 393.

¹⁴⁰² 2^{ème} civ., 13 juillet 2000, pourvoi n° 98-21.530, *Bull.* 2000, II, n° 126.

¹⁴⁰³ P. JOURDAIN, « Fondement des recours en contribution : est-ce un retour à la case départ ? », *RTD civ.* 2000 p. 855.

¹⁴⁰⁴ 2^{ème} civ., 1 mars 2001, pourvoi n° 99-11.974, *Bull.* 2001, II, n° 31.

¹⁴⁰⁵ P. JOURDAIN, « Fondement des recours en contribution : le retour de la subrogation dans le droit commun », *RTD civ.* 2001 p. 609.

¹⁴⁰⁶ Ainsi, 2^{ème} civ. 8 juillet 2004, pourvoi n° 02-21.575, *Bull.* 2004, II, n° 343 ; 2^{ème} civ., 1 juin 2011, pourvoi n° 10-20.036, *Bull.* 2011, II, n° 121.

Et en ce sens concernant la constance de la solution désormais choisie : J. MARROCHELLA, « Accidents de la circulation : contribution à la dette de réparation », *D.* 2011 p. 1617.

B. L'inconstance dans l'espace

411. Différence de pratiques du visa entre les chambres. Le fait que les différentes chambres de la Cour de cassation utilisent des visas différents pour les mêmes solutions peut entraîner des erreurs d'interprétation de la doctrine qui croit pouvoir déceler une possible évolution de jurisprudence derrière une évolution du visa, là où il s'agit seulement d'une façon différente de viser de la part d'une des chambres.

La chambre commerciale vise « le principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle, ensemble l'article 1131 du code civil »¹⁴⁰⁷ pour décider que « lorsqu'elle a pour effet d'entraver la liberté de se rétablir d'un salarié, actionnaire ou associé de la société qui l'emploie, la clause de non-concurrence signée par lui, n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour la société de verser à ce dernier une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives ».

La chambre sociale quant à elle vise « le principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle, ensemble l'article L. 120-2 du code du travail » pour décider « qu'une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives »¹⁴⁰⁸.

On peut voir là un refus de la part de la chambre commerciale de viser des dispositions de droit du travail.

Un auteur a cru pouvoir déduire du visa de l'article 1131 du code civil plutôt que de l'article L. 120-2 du code du travail dans un arrêt de la chambre commerciale du 15 mars 2011¹⁴⁰⁹, que « la nouvelle jurisprudence pourrait s'étendre à toute obligation de non-concurrence, même en dehors du droit du travail »¹⁴¹⁰. Une telle analyse que l'auteur lui-même tempérerait au regard du

¹⁴⁰⁷ Com., 15 mars 2011, pourvoi n° 10-13.824, *Bull.* 2011, IV, n° 39.

¹⁴⁰⁸ Soc., 10 juillet 2002 (trois arrêts), pourvois n° 00-45.135, 00-45.387, 99-43.334, *Bull.* 2002, V, n° 239.

¹⁴⁰⁹ Com., 15 mars 2011, pourvoi n° 10-13.824, 2011, IV, n° 39.

¹⁴¹⁰ A. COURET et B. DONDERO, « Toute clause de non-concurrence doit-elle prévoir une contrepartie financière ? » *JCP E*, n° 21-22, 26 Mai 2011, 1409, §16 : « Toutefois, si la Cour paraît ici d'emblée circonscrire l'application de la solution, le visa retenu intrigue : il s'agit principalement (l'article 1134 ne jouant qu'un rôle secondaire) du principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle, ensemble l'article 1131 du code civil sur la cause. On a pu faire observer que les arrêts de juillet 2002 avaient été rendus sous le visa de l'article L. 120-2 du code du travail, ensemble le principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle, ce qui limitait l'utilisation de la

reste de la motivation de l'arrêt, ne prend pas en compte le fait que chaque chambre a ses habitudes en matière de visa.

On peut d'ailleurs remarquer que la chambre sociale ne vise que très rarement les textes du code civil relatifs à la responsabilité civile, et ce même lorsqu'elle fait application des règles générales applicables en la matière. Ainsi, pour fonder la réparation du préjudice d'anxiété lié à la présence d'amiante, la chambre sociale vise, aux côtés du texte prévoyant l'indemnisation des victimes d'amiante, l'article L. 4121-1 aux termes duquel « L'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs »¹⁴¹¹.

412. Conclusion de la section. Accessibilité, précision et constance sont les caractères que doivent revêtir un visa pour une bonne réception. Cependant, parfois, un tel visa est difficile à obtenir, en raison de la nature de la règle qu'il doit venir justifier.

Section 2. La règle à laquelle le visa fait référence

413. Certaines règles ne peuvent pas être justifiées adéquatement par un visa textuel. Ainsi, les règles d'origine jurisprudentielle ne trouvent pas toujours le visa adapté (§1). D'autres règles, parce qu'elles impliquent la mise en œuvre d'un contrôle de proportionnalité, nécessitent une motivation plus étoffée qu'un simple visa (§2).

§1. Source jurisprudentielle de la règle et visa textuel

414. L'origine jurisprudentielle de la règle peut rendre délicate la recherche du fondement adéquat. Parfois, aucun texte ne semble convenir à la justification de la solution, et l'inadéquation du visa va engendrer différents types de critiques par la doctrine. Il arrive fréquemment que la signification du visa soit fortement éloignée de la lettre du texte auquel il est fait référence¹⁴¹². Une telle distance peut engendrer des problèmes de réception du message. L'habitude permet cependant de diminuer les risques d'une mauvaise réception. La plupart du temps, la distance entre la règle appliquée et la lettre du texte suscite tout au plus des regrets, n'empêchant pas les

cause faite par ces arrêts au seul droit du travail. Dès lors que le visa est l'article 1131 du code civil, la nouvelle jurisprudence pourrait s'étendre à toute obligation de non-concurrence, même en dehors du droit du travail ».

¹⁴¹¹ Ainsi, Soc., 19 novembre 2015, pourvoi n° 14-18.159, Inédit.

¹⁴¹² Sur ce point, cf. *supra* n°98 s., et sur le lien entre le visa et la règle appliquée, cf. *supra* n° 119 s.

commentateurs de l'arrêt d'identifier la règle de décision. Le visa du texte est alors vu comme *un habillage* destiné à masquer le pouvoir créateur de la jurisprudence¹⁴¹³. Les auteurs regrettent qu'un fondement mieux approprié n'ait été choisi par la Cour, un tel fondement pouvant résider dans un principe d'origine prétorienne ou dans un autre texte (A). Plutôt que de critiquer le visa, les auteurs peuvent aussi critiquer la solution (B).

A. L'inadéquation du visa motivant la recherche d'un meilleur fondement

415. L'utilisation de la lettre du texte contre son esprit. Dans un arrêt de la chambre sociale du 8 juillet 2009, le visa de l'article 9 du code civil suscite des interrogations, alors même que la solution est approuvée¹⁴¹⁴. Pour fonder l'interdiction, pour un syndicat qui entend démontrer l'existence d'une section syndicale dans une entreprise, de produire une liste nominative de ses adhérents à défaut de l'accord de ceux-ci, la chambre sociale énonce que « l'adhésion d'un salarié relève de sa vie personnelle et ne peut être divulguée sans son accord ». « L'appartenance syndicale à la « vie personnelle » du salarié, sous le visa de l'article 9 du code civil, qui permet ainsi de justifier l'aménagement porté au principe du contradictoire, ne convainc cependant pas totalement tant la liberté d'adhérer à un syndicat relève de l'exercice d'une liberté publique »¹⁴¹⁵. En effet, « l'adhésion à un syndicat ne relève pas, à proprement parler, de la vie privée du salarié. La confidentialité que la Cour de cassation y attache sous couvert de l'article 9 du code civil laisse, il est vrai, entendre le contraire. Mais c'est déformer la vie privée que d'y placer des données qui ne touchent pas au plus intime de la personne sous prétexte de les soustraire au droit de regard de l'employeur. Rationnellement, la personnalité de l'individu n'est pas atteinte, à travers sa vie privée, par la divulgation de son appartenance à un syndicat ; elle ne l'est pas davantage d'ailleurs, d'après la Cour de cassation, par la révélation de l'exercice de fonctions au titre d'une appartenance politique, religieuse ou philanthropique. C'est tout simplement qu'il n'est pas dans la nature de l'article 9 du code civil de garantir le secret de l'exercice de libertés, fussent-elles fondamentales, comme la liberté politique, religieuse ou encore

¹⁴¹³ S. SEYS, D. De JONGHE et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », in *Les sources du droit revisitées*, Vol. 2, Anthémis, 2012, p. 496 et 501 : « principes généraux du droit : « Ils avancent masqués sous un rattachement torturé au texte de loi [...]. Derrière les voiles rassurants d'une absence de remise en cause frontale du système classique des sources du droit et de la prééminence de la loi en particulier... » ; N. PICOD, « Le déclin de l'exception de nullité à l'époque contemporaine », *RTD com.* 2014 p. 509 : « Si la Cour de cassation se fonde parfois sur la combinaison des articles 1304 et 2262 du code civil, c'est uniquement par souci de viser une règle écrite dans tout arrêt de cassation. Mais ne nous y trompons pas, c'est bien la célèbre maxime qui se dissimule sous le visa : il ne s'agit là que d'un élégant habillage destiné à préserver la complémentarité des sources ».

¹⁴¹⁴ Soc., 8 juillet 2009, pourvoi n° 09-60.011, *Bull.* 2009, V, n° 180.

¹⁴¹⁵ M. GRÉVY, « Droit syndical dans l'entreprise : quand la Cour de cassation conjugue l'audace et le réalisme. Observations sur l'arrêt *Okaidi* », *Rev. trav.* 2009, 729.

syndicale. Une chose est donc de vouloir en préserver la confidentialité vis-à-vis de personnes dont on estime qu'il n'est pas souhaitable qu'elles en aient connaissance ; autre chose est d'emprunter pour cela aux effets du droit au respect de la vie privée sans considération pour la notion de vie privée elle-même. »¹⁴¹⁶

Le visa de l'article 9 apparaît alors comme surabondant, les visas de l'alinéa 6 du Préambule et des articles 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et L. 2141-5 du code du travail témoignant du réel fondement de l'arrêt, qui est la protection de la liberté syndicale. Le visa de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme aurait peut-être suscité moins de réserves¹⁴¹⁷, tant la notion de vie personnelle du salarié semble être issue de la jurisprudence de la CESDH relative à la vie privée professionnelle¹⁴¹⁸.

416. L'absence d'argument dans les textes pour l'une ou l'autre des solutions. Un autre exemple parlant est fourni par l'évolution du fondement qui a pu avoir lieu en matière d'opposabilité de la déclaration d'insaisissabilité au liquidateur judiciaire. Il s'agissait de savoir si, dans le cadre d'une liquidation judiciaire, le juge commissaire peut autoriser la réalisation d'un immeuble sous déclaration d'insaisissabilité en présence de créanciers auxquels elle n'est pas opposable. Les articles L. 526-1 et suivants du code de commerce prévoient en effet la possibilité pour l'entrepreneur individuel de déclarer insaisissables ses droits sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale, et depuis 2008, « tout bien foncier bâti ou non bâti qu'[il] n'a pas affecté à son usage professionnel »¹⁴¹⁹.

Mais ces textes ne règlent pas la question de savoir dans quelle mesure cette déclaration est efficace en cas de liquidation judiciaire, lorsqu'elle n'est opposable qu'à certains des créanciers. C'est donc la Cour de cassation qui est venue apporter une réponse à cette question. Elle a d'abord décidé au visa des articles L. 641-9 et L. 526-1 du code de commerce que « le débiteur peut opposer la déclaration d'insaisissabilité qu'il a effectuée en application du deuxième de ces textes, avant qu'il ne soit mis en liquidation judiciaire, en dépit de la règle du dessaisissement prévue par le premier »¹⁴²⁰. Certains auteurs ont vu cette solution comme une pétition de

¹⁴¹⁶ G. LOISEAU, « Focus sur la vie personnelle du salarié », *D.* 2009 p. 2393.

¹⁴¹⁷ Approuvant le visa de l'article 9 du code civil, mais reconnaissant que celui de l'article 8 de la CESDH aurait sans doute suscité moins de réserves, J. MOULY, « La confidentialité de l'affiliation syndicale ou l'avènement, en droit interne, de la « vie privée professionnelle » », *D.* 2010 p. 282.

¹⁴¹⁸ CEDH, *Niemietz c/ Allemagne*, 16 décembre 1992, Requête n° 13710/88.

¹⁴¹⁹ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008, art. 14.

¹⁴²⁰ Com., 28 juin 2011, pourvoi n° 10-15.482, *Bull.* 2011, IV, n° 109.

principe¹⁴²¹. La référence à l'article L. 641-9, relatif au dessaisissement du débiteur en cas de liquidation judiciaire, laissait les auteurs perplexes¹⁴²². Pierre-Michel Le Corre, approuvait totalement l'arrêt et a vu dans le visa des règles du dessaisissement le seul élément intéressant de l'arrêt capable de justifier la solution de façon appropriée¹⁴²³. On aurait aussi pu voir dans le visa de l'article L. 641-9 du commerce un simple visa pour fausse application de la loi, la cour d'appel s'étant fondée sur la règle du dessaisissement pour décider que le liquidateur pouvait procéder à la vente aux enchères du bien faisant l'objet de la déclaration d'insaisissabilité, alors que celle-ci n'a pas d'effet à l'égard d'une partie des dettes.

Dans un arrêt 13 mars 2012, la chambre commerciale a décidé que le liquidateur n'a pas qualité pour agir en inopposabilité de la déclaration d'insaisissabilité dès lors qu'une telle action ne profiterait qu'à une partie seulement des créanciers dont il représente l'intérêt collectif¹⁴²⁴, cette fois-ci au visa des articles L. 526-1 du code de commerce relatif à la déclaration d'insaisissabilité et L. 622-4, alinéa 1^{er}, et L. 621-39, alinéa 1^{er}, du code de commerce, relatifs aux pouvoirs du liquidateur. Certains auteurs ont vu dans cet arrêt un changement de la justification de la solution¹⁴²⁵, mais d'autres ont perçu à juste titre que la Cour de cassation, ne répondant pas à la même question, se devait de justifier différemment sa réponse¹⁴²⁶. En effet, dans cet arrêt, il

¹⁴²¹ A. LIENHARD, « Déclaration d'insaisissabilité : l'efficacité retrouvée ! », *D.* 2011. 1751 : « Et avec une belle économie de moyens dans la formule, réglant cette question, d'apparence si complexe à lire les auteurs, par ces seuls mots, à la portée pour le coup quasi magique « en dépit de la règle du dessaisissement prévue par l'article L. 641-9 », suffisants pour justifier l'opposabilité par le débiteur de « la déclaration d'insaisissabilité qu'il a effectuée en application de l'article L. 526-1 du code de commerce, avant qu'il ne soit mis en liquidation judiciaire ». Comme cela semble simple rétrospectivement ».

¹⁴²² Ainsi, F. PÉROCHON, « L'insaisissabilité opposable au liquidateur », *JCP E* n° 30-33, 28 Juillet 2011, 1551.

¹⁴²³ F.-X. LUCAS, P.-M. LE CORRE, « Droit des entreprises en difficulté », *D.* 2012 p. 2196, §II. C. : « le dessaisissement désigne la réduction de pouvoirs du débiteur aux fins de défense du gage commun des créanciers. Or, si l'immeuble peut être saisi par certains, mais non par d'autres, peut-on continuer à affirmer qu'il fait partie du gage commun des créanciers ? Assurément non ! Ainsi l'immeuble échappe-t-il aux règles du dessaisissement et, logiquement, le liquidateur n'a aucun pouvoir sur cet immeuble. En effet, l'administration et la disposition des biens du débiteur en liquidation judiciaire par le liquidateur s'expliquent par les règles du dessaisissement. Si l'immeuble échappe au dessaisissement, il échappe au pouvoir d'administration et de disposition du liquidateur. Cela justifie, à notre sens, de dénier qualité à agir au liquidateur, qui ne représente le débiteur que pour autant qu'il est dessaisi, et qui ne le représente donc pas au titre d'un bien échappant au dessaisissement ».

¹⁴²⁴ Com., 13 mars 2012, pourvoi n° 11-15.438, *Bull.* 2012, IV, n° 53.

¹⁴²⁵ P.-M. LE CORRE, « Les questions soulevées par la déclaration notariée d'insaisissabilité en cas de liquidation judiciaire » *Gaz. Pal.* 2 mai 2012, n° 118-119, p. 5 s.

¹⁴²⁶ F. MARMOZ, « L'insaisissable déclaration de l'article L. 526-1 du code de commerce » *D.* 2012 p. 1460 : « En réalité, l'abandon apparent de la règle du dessaisissement peut aussi trouver une autre explication. Le fondement invoqué dans la décision du 13 mars 2012 n'éclaire pas celle du 28 juin 2011. En effet, dans cette dernière, la question était celle des pouvoirs du débiteur ce qui apparaît très clairement dans le visa de l'arrêt en question. Il est alors moins surprenant que la Cour de cassation mobilise la règle du dessaisissement. Comme le rappelle justement la doctrine, celle-ci consiste en une réduction des pouvoirs du débiteur aux fins de protection du gage commun des créanciers (P.-M. Le Corre, préc. ; F. Pérochon et R. Bonhomme, *op. cit.*, n° 413). Dans l'arrêt du 13 mars 2012 la question est différente. Seuls les pouvoirs du liquidateur sont en cause, dès lors la règle du dessaisissement n'a pas

s'agissait de savoir si le liquidateur avait intérêt à faire constater l'irrégularité de la déclaration d'insaisissabilité, alors que dans le premier arrêt, il s'agissait de savoir si la déclaration d'insaisissabilité était opposable au liquidateur.

Or il semblerait que la chambre commerciale se soit laissée elle-même séduire par sa propre motivation, puisqu'elle l'a ensuite reprise dans une situation similaire au premier arrêt : Elle est revenue au premier visa, mais en modifiant sensiblement sa motivation, puisqu'elle a retenu que le liquidateur ne peut légalement agir que dans l'intérêt de tous les créanciers et non dans l'intérêt personnel d'un créancier ou d'un groupe de créanciers¹⁴²⁷. Dès lors, à partir du moment où la déclaration d'insaisissabilité est opposable à l'un des créanciers, le liquidateur ne peut demander la vente aux enchères du bien en question, puisqu'elle ne profiterait pas à tous les créanciers.

Certains auteurs ont critiqué cette nouvelle justification, en considérant qu'il y avait là une mauvaise conception de l'intérêt collectif des créanciers assimilant celui-ci avec la somme des intérêts des créanciers¹⁴²⁸ : « en fondant sa solution sur l'intérêt collectif, la Cour de cassation instrumentalise la notion en refusant ici une globalisation pourtant acceptée dans d'autres hypothèses, soit par le législateur, soit par la jurisprudence »¹⁴²⁹. Pour d'autres, au contraire, « les actions qui tendent à la défense de l'intérêt collectif des créanciers sont celles qui ont pour objet de protéger ou d'accroître le gage commun », et un bien insaisissable pour certains créanciers ne pouvant faire partie du gage commun, le liquidateur ne peut donc vendre un tel bien¹⁴³⁰.

Parfois, trop de justification nuit à la justification. La doctrine était assez peu convaincue par la justification proposée¹⁴³¹, pointant un problème de cohérence avec les solutions des domaines voisins¹⁴³².

La chambre commerciale procède alors à une simplification, ne fondant plus sa solution que sur un visa unique de l'article L. 526-1 du code de commerce, et ne faisant plus référence à

lieu d'être invoquée. Le fondement peut alors être recherché dans l'intérêt collectif des créanciers et la solution consacrer pleinement la thèse des partisans de la solution offrant le plus d'efficacité à la déclaration d'insaisissabilité ».

¹⁴²⁷ Com., 18 juin 2013, pourvoi n° 11-23.716, Inédit.

¹⁴²⁸ F.-X. LUCAS, « Droit des entreprises en difficulté », *D.* 2013, p. 2363.

¹⁴²⁹ C. MARÉCHAL, « L'intérêt collectif des créanciers », *Rev. proc. coll.* n° 3, Mai 2014, étude 10, §20.

¹⁴³⁰ En ce sens, P.-M. LE CORRE, « Valeur d'une déclaration de créance effectuée avant infirmation du jugement d'ouverture », *Gaz. Pal.*, 121-124, p. 29.

¹⁴³¹ Ainsi, F. PÉROCHON, « Efficacité de la déclaration d'insaisissabilité... : oui, mais après ? », *Rev. proc. coll.*, n° 4, juill. 2014, dossier 25, spéc. n° 28.

¹⁴³² N. BORGA, « Déclaration d'insaisissabilité : la Cour de cassation avance à pas comptés », *D.* 2015 p. 1302 : « à s'en tenir à l'intérêt collectif, il est difficile de faire cohabiter la jurisprudence relative à la DNI avec, par exemple, celles ayant cours en présence d'un débiteur marié sous le régime de la communauté ».

l'intérêt collectif des créanciers¹⁴³³. L'accueil a encore une fois été mitigé, certains voyant là le signe d'une impuissance de la Cour « à justifier que le bien sous DNI soit hors de portée de la procédure collective »¹⁴³⁴. Cette simplification du visa peut en effet être le signe d'une renonciation à apporter une justification au soutien de l'interprétation du texte. D'autres auteurs, qui étaient convaincus pas le fond de la solution mais pas par la justification apportée, voient au contraire dans cette simplification quelque chose de bénéfique¹⁴³⁵, et les critiques se reportent alors sur le législateur qui a introduit dans le droit cette déclaration d'insaisissabilité sans prévoir ses effets sur la pratique¹⁴³⁶.

Depuis, la chambre commerciale a procédé à un revirement très limité, en décidant que « la déclaration d'insaisissabilité n'étant opposable à la liquidation judiciaire que si elle a fait l'objet d'une publicité régulière, le liquidateur, qui a qualité pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers, est recevable à en contester la régularité à l'appui d'une demande tendant à reconstituer le gage commun des créanciers », au visa des articles L. 526-1 et L. 526-2 du code

¹⁴³³ Com., 24 mars 2015, pourvoi n° 14-10.175, *Bull.* 2015, IV, n° 56.

¹⁴³⁴ N. BORGA, « Déclaration d'insaisissabilité : la Cour de cassation avance à pas comptés », *D.* 2015 p. 1302 : « L'intérêt pratique lié à la présence de tel ou tel texte au visa des arrêts de cassation rendus en matière de déclaration d'insaisissabilité est peut-être limité. Mais on ne peut exclure toute incidence, et les visas jouent un rôle essentiel quant à l'interprétation de l'arrêt. À cet égard, l'arrêt du 24 mars 2015 laisse perplexe en se contentant du seul article L. 526-1 du code de commerce. » ; §4 : « Le fondement de la solution paraît avoir évolué puisque toute référence tant à l'intérêt collectif qu'au dessaisissement du débiteur est ici abandonnée. Mais s'il y a là une évolution, celle-ci révèle surtout les limites de la construction jurisprudentielle élaborée. La Cour de cassation peine à justifier que le bien sous DNI soit hors de portée de la procédure collective. » ; « *In fine*, on peut penser que la Cour de cassation vient de mesurer les limites de sa construction. Seule son interprétation de l'intérêt collectif des créanciers est en mesure de justifier que le bien sous DNI échappe à l'emprise de la procédure collective, mais cette interprétation jure passablement dès lors qu'on la replace dans un contexte plus global. Aussi, se contente-t-elle dans cet arrêt de viser l'article L. 526-1 du code de commerce, texte qui, en lui-même, est absolument insusceptible de justifier la solution retenue. Il nous semble toutefois que l'évolution formelle opérée par la Cour quant aux visas utilisés n'aura pas d'incidence sur le fond ».

¹⁴³⁵A. CERATI-GAUTHIER, « L'opposabilité de la déclaration d'insaisissabilité au liquidateur judiciaire du déclarant une nouvelle fois confirmée », *JCP E* n° 22, 28 mai 2015, 1245 : « S'il n'est pas aisé d'expliquer la disparition du visa du texte relatif au dessaisissement, il l'est plus de s'en réjouir tant la référence aux règles gouvernant le dessaisissement laissait perplexe » ; L.-C. HENRY, « Déclaration d'insaisissabilité, la Cour de cassation persiste et signe ! », *Rev. sociétés* 2015, 404 : « Si en 2012, la Cour de cassation faisait référence à l'intérêt collectif des créanciers, la notion disparaît en 2015. Épurée de tout superflu, cette dernière décision de la Cour valorise le fondement de l'efficacité de la déclaration d'insaisissabilité : seul le gage commun aux créanciers de la procédure est touché par l'effet réel de cette dernière et peut être saisi par le liquidateur ».

¹⁴³⁶ L.-C. HENRY, « Déclaration d'insaisissabilité, la Cour de cassation persiste et signe ! », *Rev. sociétés* 2015, 404 : « Il reste le législateur. Alors que les modifications législatives touchant aux procédures collectives se succèdent à un rythme effréné, il serait possible d'espérer qu'il amende les textes pour les clarifier... ».

Il est à noter qu'un auteur a vu dans la suppression de l'article L641-9 du visa le signe d'une possible évolution : V. LEGRAND, « Déclaration notariée d'insaisissabilité : l'entrepreneur a-t-il tous les droits ? », *Actu. proc. coll.* n° 8, Avril 2015, alerte 119 : « Par conséquent, et *a contrario*, on pourrait se demander si en supprimant de son chapeau, la référence à l'article L. 641-9, l'arrêt n'amorce pas une évolution. Certes la DNI étant opposable au liquidateur, la règle s'infère uniquement de l'article L. 526-1, mais le débiteur en tant qu'il est dessaisi, perd ses pouvoirs de disposition sur l'immeuble ».

de commerce¹⁴³⁷. Le changement a été salué¹⁴³⁸ malgré son caractère limité. L'incapacité de la Cour à fonder sa décision sur un fondement adéquat traduisait ici l'absence d'argument convaincant dans les textes pour l'une ou l'autre des solutions.

417. L'utilisation d'un visa trop précis pour fonder une règle générale. La jurisprudence a créé, en matière de procès en contrefaçon et en l'absence de revendication des auteurs, une présomption de titularité des droits à l'exploitant. Elle fonde celle-ci sur l'article L. 113-5 du code de la propriété intellectuelle, qui prévoit une présomption de titularité des droits d'auteur d'une œuvre collective au bénéfice de la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle est divulguée. Or, l'œuvre objet du procès en contrefaçon n'est pas toujours collective¹⁴³⁹. L'application de l'article L. 113-5 semble, dans ces cas, particulièrement artificielle. Les auteurs regrettent alors l'utilisation d'un fondement *inapproprié et incohérent*¹⁴⁴⁰ qui crée des *amalgames* au sein des juridictions du fond¹⁴⁴¹, là où un visa *plus neutre* aurait pu être utilisé¹⁴⁴². Ainsi, un auteur a proposé de remplacer ce visa par celui de « l'article 1353 du code civil, assorti, le cas échéant, d'une référence à l'article L. 122-1 qui définit le monopole d'exploitation »¹⁴⁴³.

Ces critiques ont peut-être été entendues, car dans un arrêt qui a consacré une nouvelle présomption de titularité, mais en matière de droits voisins¹⁴⁴⁴, la chambre commerciale a retenu un fondement *plus neutre* et « nettement plus adapté que celui auquel la Cour s'attache

¹⁴³⁷ Com., 15 novembre 2016, pourvoi n° 14-26.287, *publication en cours*.

¹⁴³⁸ C. LEBEL, « Conditions d'opposabilité de la déclaration d'insaisissabilité : revirement » *JCP E* 2 Mars 2017, n° 9, 1110 ; A. LIENHARD, « Déclaration d'insaisissabilité irrégulière : qualité à agir du liquidateur », *D.* 2016, p. 2333 ; Q. NÉMOZ-RAJOT, « Contestation de la régularité d'une déclaration notariée d'insaisissabilité par le liquidateur », *RLDA* 1^{er} mars 2017, n° 124 ; P.-M. LE CORRE, « Possibilité pour le liquidateur de contester la publicité de la déclaration notariée d'insaisissabilité », *Gaz. Pal.* 10 janvier 2017, n° 02, p. 52.

¹⁴³⁹ Ainsi, 1^{ère} civ., 30 octobre 2007, pourvoi n° 06-20.455, Inédit ; Crim. 24 févr. 2004, *Bull. crim.* n° 49 ; Com. 20 juin 2006, pourvoi n° 04-20.776, *Bull. civ.* IV, n° 147.

¹⁴⁴⁰ K. AHIKU, « Propriété littéraire et artistique » *JCP E*, n° 5, 29 Janvier 2009, 1108, §4 : « Le visa de l'article L. 113-5 qui règle spécialement la titularité des droits sur l'œuvre collective est, on le savait déjà, un pis-aller utilisé par la Haute juridiction pour fonder la construction. Or, en l'espèce, l'exploitation litigieuse portait sur une œuvre audiovisuelle, réputée œuvre de collaboration par la loi. Aussi le visa de l'article L. 113-5 apparaît-il plus que jamais inapproprié et incohérent : la référence à l'œuvre collective entre, en effet, en collision avec un régime différent d'œuvre plurale ».

¹⁴⁴¹ *Ibid.* : « Cette clarification aurait sans doute le mérite de mettre fin aux amalgames persistants entretenus par la cour d'appel de Paris entre cette présomption prétorienne et celle légale de qualité d'auteur posée à l'article L. 113-1 du code de la propriété intellectuelle, comme elle le fait encore dans deux arrêts récents ».

¹⁴⁴² *Ibid.* : « On regrettera donc que la Haute Cour n'ait pas saisi cette occasion pour définitivement s'affranchir de cette référence et affirmer l'autonomie de la règle, alors même que des propositions de visas plus neutres existent en doctrine ».

¹⁴⁴³ F. POLLAUD-DULIAN, « Qualité d'auteur. Titularité des droits. Exploitants. Présomption légale. Présomption prétorienne », *RTD com.* 2008. 75.

¹⁴⁴⁴ 1^{ère} civ., 14 novembre 2012, pourvoi n° 11-15.656, *Bull.* 2012, I, n° 242.

habituellement dans les litiges relatifs au droit d'auteur. »¹⁴⁴⁵ Elle a en effet rendu sa décision au visa de l'article L. 213-1 du code de la propriété intellectuelle qui est un texte large définissant le producteur de phonogrammes et les différents droits exclusifs qui lui sont octroyés. Si certains auteurs regrettent que la Cour n'en n'ait pas profité pour « ériger la présomption en un principe général qui embrasserait tout le droit de la propriété littéraire et artistique »¹⁴⁴⁶, la doctrine a salué le fondement retenu. Les espoirs d'un changement de visa pour fonder la présomption en matière de contrefaçon n'ont cependant toujours pas été exaucés¹⁴⁴⁷.

418. Le caractère artificiel du rattachement de la solution au visa. La critique de l'inadéquation du visa peut aussi provenir de ce que le rattachement de la solution au visa choisi, artificiel, complexifie les solutions. Un exemple peut être pris en droit des contrats. Alors même que les auteurs s'accordaient sur la nécessité de rémunérer le garagiste lorsqu'il a dû conserver le véhicule qu'un client n'est pas venu récupérer pendant un temps excessif, le fondement choisi par la Cour de cassation pour une telle solution a engendré de nombreuses critiques¹⁴⁴⁸. En effet, alors même que le contrat liant le garagiste à son client est un contrat d'entreprise, la Cour a fondé la possibilité pour le garagiste de réclamer des frais de gardiennages sur l'article 1915 du code civil relatif au contrat de dépôt, énonçant que « le contrat de dépôt d'un véhicule auprès d'un garagiste existe, en ce qu'il est l'accessoire du contrat d'entreprise, indépendamment de tout accord de gardiennage ». Cette reconnaissance de « l'existence tacite d'un contrat de dépôt, venant s'ajouter au contrat d'entreprise » a été critiquée par Xavier Delpech en ce qu'elle procédait « ainsi à une sorte de « dédoublement » de qualification et malmenait « incontestablement la règle de l'autonomie de la volonté, en ce qu'il fait surgir de terre un contrat en l'absence de tout consentement exprimé des parties »¹⁴⁴⁹. Pour l'auteur, la solution, fondée en équité, aurait tout aussi bien pu être atteinte par le recours à l'ancien article 1135 du code civil et « l'idée selon laquelle l'obligation de garde du réparateur serait la « suite nécessaire » des obligations dont il est tenu en vertu du contrat d'entreprise »¹⁴⁵⁰.

¹⁴⁴⁵ T. AZZI, « Présomption de titularité des droits relatifs à un enregistrement phonographique : application en matière de droits voisins d'une règle prétorienne forgée en droit d'auteur », *D.* 2013 p. 402.

¹⁴⁴⁶ T. AZZI, « Présomption de titularité des droits relatifs à un enregistrement phonographique : application en matière de droits voisins d'une règle prétorienne forgée en droit d'auteur », *D.* 2013 p. 402.

¹⁴⁴⁷ Ainsi, visant encore l'article L. 112-5 cpi : 1^{ère} civ., 10 juillet 2014, pourvoi n° 13-16.465, inédit.

¹⁴⁴⁸ 1^{ère} civ., 8 octobre 2009, pourvoi n° 08-20.048, *Bull.* 2009, I, n° 204.

¹⁴⁴⁹ X. DELPECH, « Le garagiste-réparateur peut réclamer au propriétaire du véhicule des frais de gardiennage, *Dalloz actu*, 15 octobre 2009.

¹⁴⁵⁰ Dans le même sens, C. MOULY-GUILLEMAUD « L'obligation de garde du garagiste, divination ou pragmatisme ? », *D.* 2010 p. 480 : « En somme, le résultat escompté paraît bel et bien atteint, mais au prix de tant de « forçages » de la construction que le recours à l'article 1135 du code civil serait un moindre mal ».

419. Dans ces hypothèses, le visa d'un principe ou d'une règle serait préférable¹⁴⁵¹, puisque ce n'est pas la règle qui est l'objet de la critique, mais seulement l'inadéquation du fondement utilisé par la Cour de cassation. À ce titre, on peut remarquer que le visa de droit non textuel ne semble pas en lui-même de nature à entraîner des critiques doctrinales. Lorsque le principe visé est appliqué depuis longtemps, son premier visa peut même passer inaperçu¹⁴⁵². En revanche, le principe peut prêter le flanc à des critiques concernant son contenu normatif. La nouveauté du principe peut être source de controverse quant aux conséquences qu'il implique ou en raison de l'indétermination de son contenu¹⁴⁵³.

B. L'inadéquation du visa fondant la critique de la solution

Lorsque l'inadéquation du visa fonde une critique de la solution, les choses sont plus compliquées, puisque la modification du visa est à elle seule une solution insuffisante.

420. L'exemple du prêt à usage. Revenant sur la solution qu'elle avait adoptée en 1989 selon laquelle « les dispositions de l'article 1888 du code civil ne sont applicables, lorsqu'aucun terme n'a été fixé, que si l'usage d'une chose pour un besoin déterminé requiert une certaine durée »¹⁴⁵⁴, la première chambre civile avait énoncé au visa des articles 1888 et 1889 du code civil « que le prêteur à usage ne peut retirer la chose prêtée qu'après le terme convenu, ou, à défaut de convention, qu'après que le besoin de l'emprunteur ait cessé » dans un arrêt du 19 novembre 1996¹⁴⁵⁵. Cette solution avait été vivement critiquée, en ce qu'elle faisait du prêt un contrat viager dans l'hypothèse où le besoin ne cessait pas, engendrant ainsi un traitement plus sévère à l'égard du prêteur qui agit à titre gratuit qu'à l'égard du bailleur « qui tire finances de son bien mais peut le reprendre en dépit du besoin de logement du locataire »¹⁴⁵⁶.

¹⁴⁵¹ En ce sens, A. PERDRIAU, « Visas, « chapeaux » et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile », *JCP* 1986, I, 3257 : [le visa de principes] est préférable à l'unique visa d'un texte lorsque le lien entre ce texte et le moyen accueilli est si lâche qu'il en devient mystérieux ».

¹⁴⁵² Ainsi le premier visa du principe de réparation intégral du préjudice dans 2^{ème} civ., 13 décembre 2001, pourvoi n° 99-19.225, Inédit, passé inaperçu pendant quelques années.

Cité toutefois par C. CHARBONNEAU, « La réparation intégrale du dommage, un principe à nuancer », *RLDC* n° 107, 1^{er} septembre 2013, p. 19, et P. MORVAN, « La production de principes par la chambre sociale de la Cour de cassation », in B. TEYSSIÉ (dir.), *Les principes dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2008, p. 5, spéc. p. 18.

¹⁴⁵³ Cf. supra n° 328.

¹⁴⁵⁴ 1^{ère} civ., 10 mai 1989, pourvoi n° 87-10.875, *Bull.* 1989, I, n° 191.

¹⁴⁵⁵ 1^{ère} civ., 19 novembre 1996, pourvoi n° 94-20.446, *Bull.* 1996, I, n° 407.

¹⁴⁵⁶ A. BÉNABENT, « La Cour de cassation entend-elle décourager le prêt à usage ? », *D.* 1997 p. 145 ; M.-L. IZORCHE, « Emprunter et retenir ne vaut ? », *CCC*, 11 novembre 1997, n°11, p. 4.

La combinaison des deux textes visés menait pourtant à une pareille solution. En effet, aux termes de l'article 1888 du code civil « Le prêteur ne peut retirer la chose prêtée qu'après le terme convenu, ou, à défaut de convention, qu'après qu'elle a servi à l'usage pour lequel elle a été empruntée » et selon l'article 1889 « néanmoins, si, pendant ce délai, ou avant que le besoin de l'emprunteur ait cessé, il survient au prêteur un besoin pressant et imprévu de sa chose, le juge peut, suivant les circonstances, obliger l'emprunteur à la lui rendre ». Dès lors, seul le besoin pressant et imprévu de sa chose par le prêteur devrait lui permettre de la récupérer tant que l'usage pour lequel elle a été empruntée n'a pas cessé.

Sensible aux critiques doctrinales¹⁴⁵⁷, la première chambre civile est revenue sur cette solution, décidant que « l'obligation pour le preneur de rendre la chose prêtée après s'en être servi est de l'essence du commodat ; que, lorsqu'aucun terme n'a été convenu pour le prêt d'une chose d'un usage permanent, sans qu'aucun terme naturel soit prévisible, il appartient au juge de déterminer la durée du prêt », cette fois-ci au visa des articles 1875 et 1888 du code civil. Aux termes de l'article 1875 du code civil, « le prêt à usage est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi ». De nouveau, la combinaison des visas était parfaitement apte à justifier la solution. L'obligation pour le preneur consistant en la restitution de la chose, le contrat de prêt se trouverait vidé de son sens si l'on permettait au preneur de ne jamais rendre la chose. En revanche la possibilité, pour le juge de déterminer la durée du prêt n'étant pas justifiée par le visa, elle a été critiquée¹⁴⁵⁸.

Finalement, en 2004, la première chambre civile a décidé « que l'obligation pour le preneur de rendre la chose prêtée après s'en être servi est de l'essence du commodat ; que lorsqu'aucun terme n'a été convenu pour le prêt d'une chose d'un usage permanent, sans qu'aucun terme naturel soit prévisible, le prêteur est en droit d'y mettre fin à tout moment, en respectant un délai de préavis raisonnable »¹⁴⁵⁹, et ce sans le moindre changement en ce qui concerne le visa.

¹⁴⁵⁷ En ce sens, *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2014 p. 204.

¹⁴⁵⁸ Ainsi, plaidant pour une possibilité d'une résiliation unilatérale du commodat : J.-P. LANGLADE-O'SUGHRUE, « La résiliation d'un commodat à durée indéterminée », *D.* 1999 p. 414.

Au contraire, souhaitant une généralisation du contrôle judiciaire du terme incertain, P.-Y. GAUTIER, « Du terme judiciaire : la Cour de cassation unifie le régime de l'obligation de restitution, dans les deux sortes de prêt, à usage et de consommation, lorsqu'ils sont à durée indéterminée », *RTD civ.* 1999 p. 128.

¹⁴⁵⁹ 1^{ère} civ., 3 février 2004, pourvoi n° 01-00.004, *Bull.* 2004, I, n° 34.

La solution, longtemps attendue, fut acclamée par la doctrine¹⁴⁶⁰. Le changement de solution sans changement de visa n'est pas critiqué ici car la nouvelle solution est mieux adaptée au visa.

421. Dommages intérêts et obligation de ne pas faire. De même, le visa de l'ancien article 1143 du code civil, qui concerne l'exécution en nature du contrat, pour justifier la cassation de l'arrêt d'une cour d'appel qui avait refusé d'octroyer des dommages-intérêts au créancier d'une obligation de ne pas faire au motif que celui-ci ne démontrait aucun préjudice subi du fait de cette inexécution contractuelle, a provoqué l'incompréhension de la doctrine¹⁴⁶¹. En effet, à partir du moment où la demanderesse sollicitait seulement l'attribution de dommages-intérêts, le fondement de sa demande aurait dû être la responsabilité contractuelle et non l'exécution forcée du contrat. L'ancien article 1143 du code civil prévoit seulement que « le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit ; et il peut se

¹⁴⁶⁰ C. NOBLOT, « Terme du commodat à durée indéterminée : retour à la case départ », *D.* 2004 p. 903 ; J. JUNILLON, « L'obligation à restitution de la chose prêtée est de l'essence du commodat », *Procédures* n° 5, Mai 2004, comm. 108 ; L. LEVENEUR, « Durée indéterminée : revirement complet de jurisprudence et retour à la case départ ! » *CCC* n° 4, Avril 2004, comm. 53.

Regrettant au contraire l'évolution : P.-Y. GAUTIER, « Résiliation unilatérale du contrat de prêt à usage, ou comment le droit commun n'est pas forcément approprié », *RTD civ.* 2004 p. 312.

¹⁴⁶¹ C. BOULOGNE-YANG-TING, « Le bailleur face aux travaux du locataire commerçant dans l'immeuble loué », *JCP G*, n° 15, 13 Avril 2005, I, 131 : « Le visa traduit l'hésitation de la Cour de cassation. En visant les articles 1134 et 1143 du code civil, la Haute juridiction énonce " que le créancier a le droit de demander que ce qui a été fait par contravention à l'engagement soit détruit ; qu'il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice de dommages et intérêts s'il y a lieu ". Or, l'article 1143, dont les dispositions ont été ainsi pratiquement reprises, a normalement pour domaine les condamnations en nature du débiteur. La demande a donc pour objet non pas une indemnisation, mais une exécution forcée. En bonne logique, la bailleresse aurait été en droit d'obtenir, sans avoir à démontrer un quelconque préjudice, la remise en état des lieux à titre de réparation en nature puisque la violation du contrat de bail se double d'une atteinte à son droit de propriété. Dans cette hypothèse, la réparation est en effet obligatoire, inconditionnée et en nature. Seulement, elle avait sollicité une indemnisation, qui suppose la démonstration d'un préjudice. L'explication vient de ce qu'en réalité, outre qu'il n'est pas interdit de penser que les travaux réalisés pouvaient constituer un préjudice, on cherche à sauvegarder le droit de propriété à travers la sanction de la violation du bail, quitte à s'affranchir des règles classiques de la responsabilité civile ».

P. JOURDAIN, « Réparation : le préjudice ne serait plus une condition de la condamnation à des dommages-intérêts pour violation d'une obligation de ne pas faire ! », *RTD civ.* 1998 p. 124 : « Manifestement la Haute juridiction semble impressionnée par les termes de l'article 1143 du code civil, lesquels laissent entendre que la sanction qu'ils visent est indépendante de la preuve d'un préjudice lorsqu'il y a contravention à un engagement de ne pas faire.

L'inconvénient est que l'article 1143 était sans application à l'espèce. Ce texte ne vise en effet expressément que la demande de destruction de ce qui a été fait à tort. Même si la jurisprudence a sensiblement élargi sa portée pour y inclure les mesures d'anéantissement des actes juridiques (nullité, inopposabilité...), son domaine reste circonscrit aux condamnations en nature du débiteur. Dans ces hypothèses, la demande tend non pas à une indemnisation ou une à réparation, fut-ce en nature, mais, selon la jurisprudence, à une *exécution forcée* [...]. La force obligatoire du contrat justifie alors qu'il y soit fait droit indépendamment de tout préjudice. Et en toute hypothèse l'existence d'une disposition légale expresse fonde suffisamment la dispense de preuve d'un préjudice à l'appui de demandes de condamnation en nature. Or il n'y avait rien de tel en la cause où la bailleresse ne sollicitait semble-t-il que des « dommages-intérêts » et où en tout cas la solution est expressément appliquée à cette demande seule mentionnée dans l'arrêt. C'est ainsi à tort que ce texte a été appliqué en l'espèce.

Il reste à se demander si la bailleresse devait être déboutée de sa demande faute d'établir l'existence d'un préjudice. L'affirmative paraît inéluctable tant que la demande a un objet indemnitaire. Comment d'ailleurs évaluer les dommages-intérêts en l'absence de préjudice ? »

faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice des dommages et intérêts s'il y a lieu. » Il ne prévoit aucune dispense de la démonstration du préjudice pour l'attribution de dommages-intérêts. Mais dans cet arrêt, la Cour de cassation semble interpréter ce texte en ce sens que puisque le créancier d'une obligation de ne pas faire a le droit demander, dans le cadre d'une exécution en nature que ce qui a été fait en contravention à cet engagement soit détruit, il a la possibilité dans le cadre d'une exécution en équivalent, de demander des dommages intérêts destinés qui correspondraient au montant de la remise en état du bien.

Cette incompréhension de la doctrine a d'ailleurs, semble-t-il, engendré un reflux de la solution pendant quelques années¹⁴⁶², avant une généralisation de celle-ci, puisque la Cour de cassation retient désormais au visa de l'article 1145 du code civil que « celui qui contrevient à une obligation contractuelle de ne pas faire doit des dommages-intérêts par le seul fait de la contravention »¹⁴⁶³. La réforme du droit des obligations supprimant la distinction entre obligations de faire, de ne pas faire et de donner, il est probable que cette solution, perdant toute assise textuelle, ne perdure pas, et ce d'autant plus que l'article 1231-2 du code civil prévoit que les « dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé ».

422. Ainsi, l'incapacité du visa à justifier la règle appliquée entraîne des critiques jusqu'à une modification du visa, voire de la solution. Lorsque l'incapacité du visa à justifier une solution n'est pas due à l'inadéquation du visa à la règle appliquée, mais au type de règle dont il s'agit, ce ne sont pas les mêmes mesures qui pourraient calmer la critique.

§2. Contrôle de proportionnalité et technique du visa

423. La technique de motivation habituelle n'est pas forcément adaptée dès lors que sont mises en œuvre des règles de droit qui nécessitent un contrôle de proportionnalité ou une pesée des intérêts. Ainsi, le visa de texte impliquant un contrôle de proportionnalité pourrait être une source de critiques doctrinales, dans la mesure où la justification de la règle appliquée par le biais d'un visa auquel est adjoind un chapeau pourrait s'avérer insuffisante dans ces hypothèses-là.

¹⁴⁶² Ainsi, 1^{ère} civ., 26 févr. 2002, pourvoi n° 99-19.053, *Bull.* 2002, I, n° 68 et le commentaire de J. MESTRE et B. FAGES, « La Cour de cassation précise la portée de l'article 1145 du code civil », *RTD civ.* 2002 p. 809.

¹⁴⁶³ 1^{ère} civ., 14 octobre 2010, pourvoi n° 09-69.928, *Bull.* 2010, I, n° 197 ; 1^{ère} civ., 10 mai 2005, pourvoi n° 02-15.910, *Bull.* 2005, I, n° 201 ; 1^{ère} civ., 31 mai 2007, pourvoi n° 05-19.978, *Bull.* 2007, I, n° 212.

Depuis quelques temps, des critiques se sont élevées contre le fait que la Cour de cassation exige, de la part des juges du fond d'opérer un contrôle de proportionnalité relativement aux droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme. L'extension du contrôle de proportionnalité, qui serait actuellement à l'œuvre, inquiète¹⁴⁶⁴.

Ainsi, dans un arrêt du 15 mai 2015, la Cour de cassation a reproché à une cour d'appel, au visa de l'article 10§2 de la CESDH, de ne pas avoir expliqué « de façon concrète en quoi la recherche d'un juste équilibre entre les droits en présence commandait la condamnation qu'elle prononçait » en réponse au moyen du contrefacteur qui invoquait devant la juridiction du fond une atteinte à sa liberté d'expression artistique¹⁴⁶⁵. La doctrine s'est émue de cette décision : « Même en tempérant la portée de la décision, l'affirmation de la Cour de cassation peut surprendre, voire inquiéter, en ce qu'elle pose la nécessité d'une justification là où un texte clair (rappelant un principe universel) paraît l'exclure. Il est étonnant que l'on (le demandeur, le juge...) doive justifier l'opposabilité ou la simple mise en œuvre d'un droit de propriété, droit fondamental. À trop vouloir prendre en considération les uns, on affaiblit les autres... Et donc l'ensemble de la catégorie ? »¹⁴⁶⁶.

424. Origine du contrôle de proportionnalité. Pourtant, cette demande, qui est faite aux juges du fond, de motiver correctement leurs décisions, n'est pas nouvelle¹⁴⁶⁷, et se trouve parfaitement fondée. En effet, le juge se doit de répondre à un moyen sérieux invoquant le non-respect d'un article de la Convention européenne des droits de l'homme. Dès lors, le fait de ne pas y répondre de façon adéquate, rend l'arrêt susceptible d'une cassation pour défaut de base légale¹⁴⁶⁸ au visa du texte de la Convention, voire pour défaut de motifs¹⁴⁶⁹ au visa de l'article 455 du code de procédure civile.

Ce qui change est l'intensité et la nature de la motivation exigée de la part des juges du fond. Le fait que la Cour de cassation demande aux juges du fond de procéder à un réel contrôle de proportionnalité ne peut qu'être approuvé. Ce qui inquiète est l'extension du domaine de ce

¹⁴⁶⁴ P. PUIG, « L'excès de proportionnalité (À propos de la réforme de la Cour de cassation et quelques décisions récentes) », *RTD civ.* 2016 p. 70.

¹⁴⁶⁵ 1^{ère} civ. 15 mai 2015, pourvoi n° 13-27.391, *publication en cours*.

¹⁴⁶⁶A. BENSAMOUN, P. SIRINELLI, « Droit d'auteur *vs* liberté d'expression : suite et pas fin... », *D.* 2015 p. 1672.

¹⁴⁶⁷ Par exemple, opérant déjà un contrôle de proportionnalité, Soc., 12 janvier 1999, n° 96-40.755, *Bull.* 1999, V, n° 7

¹⁴⁶⁸ 3^{ème} civ., 17 décembre 2015, pourvoi n° 14-22.095, *publication en cours*.

¹⁴⁶⁹ Ainsi, 1^{ère} civ., 10 juin 2015, pourvoi n° 14-20.790, Inédit : rendu au visa de l'article 455 du code de procédure civile. Bien qu'inédit et rendu pour défaut de motifs, il a fait l'objet de nombreux commentaires : J.-P. MARGUÉNAUD, « La mise en œuvre du principe de « proportionnalité privatisée » par la première chambre civile de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2015 p. 825 ; *D.* 2015 p. 2365, note H. FULCHIRON ; *RTD civ.* 2015 p. 596, obs. J. HAUSER.

contrôle de proportionnalité par l'insécurité juridique et le risque d'inégalités qu'il génère en raison de l'accroissement de la flexibilité des règles¹⁴⁷⁰. Ce reproche ne peut être dirigé entièrement vers la Cour de cassation, tant c'est la jurisprudence de la Cour européenne qui implique ce mouvement¹⁴⁷¹. Si certaines condamnations de la Cour européenne permettent de dégager des règles susceptibles de faire l'objet d'une application directe, la plupart se contentent de sanctionner l'application des règles dans un cas précis.

425. De plus, dans les arrêts critiqués, on peut voir à chaque fois l'influence nette de la doctrine de la Cour européenne. Certes, les arrêts ne sont pas toujours rendus contre la France, mais la similarité des situations nécessite une prise en compte de ceux-ci. Il serait en effet contre-productif d'attendre une condamnation de la France pour agir.

Ainsi, dans la cassation pour manque de base légale d'un arrêt ayant validé l'ordonnance de référé d'habitations implantées sur un terrain en violation des règles d'urbanisme sans avoir recherché, comme il lui était demandé, si les mesures étaient proportionnées au droit au respect de la vie privée et familiale¹⁴⁷², l'influence de l'affaire *Winterstein et autres contre France*¹⁴⁷³ semble évidente, et transparait dans le visa de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans cette affaire, la Cour européenne a considéré qu'il y avait « violation de l'article 8 de la Convention dans la mesure où [les requérants] n'ont pas bénéficié, dans le cadre de la procédure d'expulsion, d'un examen de la proportionnalité de l'ingérence conforme aux exigences de cet article »¹⁴⁷⁴. Le contrôle de proportionnalité imposé au juge des référés en la matière est donc directement issu d'une condamnation de la France par la Cour européenne.

De même, la prise en compte du droit au respect de la vie privée et familiale pour considérer qu'une union, bien que contraire à un empêchement à mariage, ne devait pas être annulée, celle-ci ayant été célébrée sans opposition, et ayant duré plus de vingt ans¹⁴⁷⁵ s'explique par la décision *B. et L. contre Royaume-Uni* rendue quelques années auparavant¹⁴⁷⁶. Cette décision avait constaté une violation de l'article 12 de la Convention, relatif au droit au mariage, en raison

¹⁴⁷⁰ Ainsi, P. PUIG, « L'excès de proportionnalité (À propos de la réforme de la Cour de cassation et quelques décisions récentes) », *RTD civ.* 2016 p. 70 ; F. CHÉNEDÉ, « Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme (à propos de la validation judiciaire d'un mariage illégal) », *D.* 2014 p. 179.

¹⁴⁷¹ En ce sens, E. JEULAND, « Une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité », *in regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation - conférence débat 24 novembre 2015*, actes publiés dans le supplément *JCP G* n° 1-2, 11 janvier 2016, p. 20, spéc. p. 22 s.

¹⁴⁷² 3^{ème} civ., 17 décembre 2015, pourvoi n° 14-22.095, *publication en cours*.

¹⁴⁷³ CEDH, 17 novembre 2013, *Affaire Winterstein Et Autres c/ France*, requête n° 27013/07.

¹⁴⁷⁴ *Ibid.*, §167.

¹⁴⁷⁵ 1^{ère} civ., 4 décembre 2013, pourvoi n° 12-26.066, *Bull.* 2013, I, n° 234.

¹⁴⁷⁶ CEDH, 13 septembre 2005, *B. et L. c/ Royaume-Uni*, requête n° 36536/02.

de l'interdiction qui avait été faite à un homme et l'ex-épouse de son fils de se marier. Il était principalement mis en évidence que l'interdiction n'était pas absolue, puisqu'il était possible d'obtenir une dispense, qui pouvait intervenir, selon le gouvernement uniquement lorsque le mariage ne pouvait causer aucun préjudice¹⁴⁷⁷. Or, en l'espèce, aucune investigation avancée n'avait été menée sur les risques liés au mariage en question. En outre, la Cour relevait qu'elle verrait avec certaines réserves un système qui subordonnerait le mariage d'une personne majeure et capable à des investigations potentiellement intrusives.

Ce qui était reproché était donc l'absence de mise en évidence de raisons d'empêcher ce mariage. On peut imaginer qu'en présence d'une opposition de la part du fils qui voyait son ex-femme se marier avec son père, la situation aurait été différente.

Dans l'espèce qui était soumise à la Cour de cassation, la situation était similaire à ceci-près que le mariage avait été célébré vingt ans auparavant, et que la levée de l'empêchement à mariage n'était pas admise par la loi française¹⁴⁷⁸. Ce n'est qu'au décès de son père que l'ex-époux de la femme de son père avait agi en nullité du mariage, en raison de l'atteinte à ses droits successoraux que celui-ci générait.

Alors, certes, la cassation intervient sur le fondement de l'article 8 de la CESDH, mais on sait les liens intimes que cet article entretient avec l'article 12 de la CESDH. L'existence d'une atteinte à la vie privée ne fait pas de doute, et l'arrêt la met bien en évidence. Il eut cependant été préférable que la Cour de cassation sanctionne l'arrêt de la cour d'appel pour manque de base légale, laissant à la cour de renvoi la tâche d'opérer le nécessaire contrôle de proportionnalité entre l'atteinte portée à la vie privée, et l'objectif légitime poursuivi par la disposition législative, et ce d'autant plus que la Cour de cassation ne procède pas à cette analyse dans l'arrêt.

Que la Cour de cassation ait eu à sa disposition les éléments permettant de caractériser le défaut de proportionnalité en l'espèce est possible. Cependant, il n'est pas suffisant de reprendre, comme elle l'a fait, le raisonnement des juges du fond pour le mettre en évidence, dans la mesure où ce dernier est erroné, puisqu'il encourt la cassation. La mise à l'écart de la loi nécessite assurément une motivation plus détaillée¹⁴⁷⁹, sauf à considérer que l'absence de proportionnalité était ici absolument évidente.

426. Étendue du contrôle de proportionnalité et adéquation des visas. Il est opportun que la Cour de cassation délaisse le contrôle rigide qu'elle a pu effectuer par moments en ce qui

¹⁴⁷⁷ *Ibid.*, §40.

¹⁴⁷⁸ L'article 164 du code civil permet en effet seulement au président de la république de lever l'empêchement si la personne qui a créé l'alliance est décédée.

¹⁴⁷⁹ H. FULCHIRON, « La Cour de cassation, juge des droits de l'homme ? », *D.* 2014 p. 153.

concerne les atteintes aux droits de l'homme, dans lesquels elle considérerait que certains faits constituaient nécessairement une atteinte disproportionnée à un droit ou une liberté¹⁴⁸⁰. La technique du visa est adaptée aux cassations pour défaut de contrôle de la proportionnalité tant que la cassation intervient pour défaut de base légale. En effet, exiger de la part des juges du fond qu'ils motivent leur décision en proportionnalité n'est rien d'autre que d'ajouter un critère de suffisance de leur motivation.

En revanche, les arrêts dans lesquels la Cour de cassation exerce elle-même ce contrôle de proportionnalité sont plus critiquables¹⁴⁸¹. Du visa d'une disposition de la Convention européenne, on comprend facilement que la juridiction du fond a l'obligation de recourir à un contrôle de proportionnalité. Mais pour décider que telle ou telle ingérence était ou n'était pas proportionnée, un tel visa ne suffit pas. À moins que l'on ne soit dans une proportionnalité ou absence de proportionnalité manifeste, la caractérisation de celle-ci nécessite une analyse serrée des faits pour déterminer la nature et l'ampleur de l'ingérence dans les droits et son adéquation au but poursuivi.

Ainsi, l'accueil houleux qui a été réservé aux arrêts du 25 février¹⁴⁸² et 9 novembre 2016¹⁴⁸³ s'explique par le fait que la Cour de cassation, tout en affirmant opérer un contrôle concret de la proportionnalité, ne motive ses arrêts que de façon abstraite¹⁴⁸⁴. Deux choix s'ouvrent à elle : laisser le contrôle de la proportionnalité aux juges du fond pour n'opérer qu'un contrôle en subsidiaire, ou bien modifier sensiblement sa rédaction des arrêts pour y intégrer un véritable contrôle de proportionnalité¹⁴⁸⁵. Il n'est pas certain cependant qu'un tel contrôle n'outrepasse pas les pouvoirs qu'elle tient de la loi.

¹⁴⁸⁰ Soc., 26 novembre 2002, pourvoi n° 00-42.401, *Bull.* 2002, V, n° 352 : « Vu les articles 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du code civil, 9 du nouveau code de procédure civile et L.120-2 du code du travail ; Attendu qu'il résulte de ces textes qu'une filature organisée par l'employeur pour contrôler et surveiller l'activité d'un salarié constitue un moyen de preuve illicite dès lors qu'elle implique nécessairement une atteinte à la vie privée de ce dernier, insusceptible d'être justifiée, eu égard à son caractère disproportionné, par les intérêts légitimes de l'employeur ».

¹⁴⁸¹ Ainsi, 1^{ère} civ., 4 décembre 2013, pourvoi n° 12-26.066, *Bull.* 2013, I, n° 234.

¹⁴⁸² 1^{ère} civ., 25 février 2016, pourvoi n° 15-12.403, *publication en cours*.

¹⁴⁸³ Soc., 9 novembre 2016, pourvoi n° 15-10.203, *publication en cours*.

¹⁴⁸⁴ J. MOULY, « La production en justice de la photographie de documents consultés sur le fondement de l'article L. 3171-2, alinéa 2, du code du travail : vie privée *versus* droit à la preuve », *Dr. soc.* 2017 p. 89 : « En l'occurrence, la Cour de cassation s'est refusée au contrôle *in concreto* que suppose pourtant la mise en œuvre du principe de proportionnalité ».

¹⁴⁸⁵ En ce sens, G. LARDEUX, « La reconnaissance du droit à la preuve en droit du travail », *D.* 2017 p. 37.

Un contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation n'est pas forcément souhaitable : le style de ses arrêts et la nature de son contrôle s'y opposent¹⁴⁸⁶. Un contrôle resserré des motifs est en revanche inévitable, dans la mesure où la Cour de cassation ne peut pas se désintéresser de l'application par les tribunaux des droits de l'homme, et ce d'autant moins qu'une telle application est de nature à moduler voire à écarter ponctuellement la loi. Elle pourra alors, au gré des affaires se présentant à elle, indiquer le type de motifs et les critères devant être pris en compte. Comme l'a très bien fait remarquer Denys de Béchillon, pour que le contrôle de proportionnalité ne devienne pas un outil permettant au juge de s'affranchir de la loi dès qu'il lui semble que l'équité le commande, il est nécessaire qu'il reste dans les limites des pouvoirs qui sont les siens¹⁴⁸⁷.

Dans cette optique-là, le visa du texte au titre duquel la contrôle de proportionnalité est effectué, accompagné, le cas échéant, de visas interprétatifs, serait une justification suffisante de la règle appliquée. Cependant, on peut avancer que dans l'hypothèse d'un contrôle direct de la proportionnalité par Cour de cassation, en dehors de situations où la disproportion serait manifeste, le simple visa de textes serait une technique de justification insuffisante, car c'est une motivation en fait qui est nécessaire.

Conclusion du chapitre

427. Le visa ne permet pas toujours d'emporter l'adhésion de la doctrine à la solution dégagée. Au-delà des problèmes d'accessibilité matérielle de certains visas, qui sont en marge, l'imprécision de la référence opérée est un frein à une bonne compréhension de l'arrêt. En effet, un nombre trop important de visas dilue le fondement juridique de l'arrêt. L'utilisation de visas polysémiques ne permet pas une identification immédiate de la règle qui a été appliquée, et peut engendrer des débats sur celle-ci. L'inconstance de la référence opérée par le visa est plus grave. En effet, pour que le visa soit un outil de compréhension et d'interprétation de l'arrêt, il est indispensable qu'il y ait une certaine permanence dans sa signification.

428. Les problèmes de réception du message peuvent aussi tenir à la règle à laquelle il est fait référence, soit en raison de sa source, soit en raison de sa nature. D'abord, l'origine

¹⁴⁸⁶ Mettant en évidence le fait que la Cour de cassation, si elle opérât un tel contrôle de proportionnalité, serait débordée, V. VIGNEAU, « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », *D.* 2017 p. 123.

¹⁴⁸⁷ D. DE BÉCHILLON, « Observations sur le contrôle de proportionnalité », regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation, conférence débat 24 novembre 2015, actes publiés dans le supplément de *JCP G*, 11 janvier 2016, n° 1-2, p. 27 s., spéc. p. 29.

jurisprudentielle de la règle peut rendre vaine toute tentative de justification textuelle en l'absence de disposition pouvant adéquatement la fonder. Ensuite, la technique du visa semble insuffisante dès lors que la Cour de cassation se livre à un contrôle de proportionnalité.

429. En général la mauvaise réception d'un arrêt est la combinaison de plusieurs facteurs : il faut qu'il y ait à la fois une ambiguïté de la décision, relative nouveauté de la solution, et un problème dans la lecture de celle-ci. De plus, le désaccord de l'auteur commentant l'arrêt avec la règle appliquée joue aussi un grand rôle dans sa façon de voir le visa. Dès lors, la résolution des problèmes de réception n'appelle pas une réponse uniforme.

Chapitre II. Les techniques de résolution des problèmes de réception

430. Selon le type de problème de réception du message délivré par le visa, les moyens envisageables pour les résoudre ne sont pas les mêmes. Certains problèmes de réception des visas sont dus à des visas inadaptés. Une modification du visa pourrait donc permettre de résoudre ces problèmes. Mais parfois, l'inadéquation du visa à la règle provient de l'impossibilité de trouver un visa adapté. L'action sur le visa peut alors être insuffisante : une modification de la solution, ou l'adjonction d'une explication au visa seront bien plus efficaces. Beaucoup de problèmes de réception des visas sont causés par le caractère implicite des justifications sous-tendant l'interprétation qui a été faite du texte visé. L'adjonction d'un visa interprétatif peut résoudre de tels problèmes. Mais une telle solution n'est pas toujours ni possible, ni souhaitable. En effet, l'adjonction d'un visa interprétatif peut venir alourdir le visa, et peut brouiller le message s'il n'est pas clair que le visa en question est un visa interprétatif. Parfois, il serait préférable d'ajouter quelques mots d'explications dans un chapeau. La résolution des problèmes de réception des visas ne peut donc se limiter à une amélioration des visas. Ainsi, outre une modification des visas, une adjonction de message, au sein ou en dehors des arrêts est susceptible de favoriser la réception.

431. La Cour de cassation est sensible aux problèmes de réception de ses arrêts par la doctrine, qui est une courroie nécessaire à une bonne lecture de ses arrêts par les divers acteurs du droit¹⁴⁸⁸. C'est le récepteur du message qui fait *l'arrêt de principe* : sans la connivence de la part du récepteur, la solution dégagée par la Cour de cassation reste une décision d'espèce¹⁴⁸⁹. L'attitude classique de la Cour de cassation, confrontée à ce problème, est de tenter d'agir sur le récepteur, plutôt que d'améliorer le message¹⁴⁹⁰ (Section I). Cette attitude tend cependant à évoluer, et une action sur le message est de plus en plus envisagée (Section II).

¹⁴⁸⁸ Même si les cours d'appel n'ont manifestement pas besoin des éclairages de la doctrine pour comprendre le sens des arrêts de la Cour de cassation : J. GHESTIN, « De l'effectivité normative d'un arrêt de la Cour de cassation, À propos de la définition des grosses réparations », *RTD civ.* 2015 p. 1.

¹⁴⁸⁹ C. PUIGELIER, « D'une approche cognitive de l'arrêt de principe », *RRJ* 2002/4 p. 1631.

En ce sens aussi, E. SÉVERIN, A. JEAMMAUD, « Concevoir l'espace jurisprudentiel », *RTD civ.* 1993 p. 91.

¹⁴⁹⁰ En ce sens, R. LIBCHABER, « Retour sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation, et le rôle de la doctrine », *RTD civ.* 2000 p. 679, à propos de P. GRIMALDI, « L'acquéreur de l'immeuble loué et la caution du locataire », *D.* 2000, n° 16, p. VI.

Section 1. L'action sur le récepteur

432. Pour pallier une insuffisance du visa, une action sur le récepteur est possible : il s'agit de rendre le lecteur de l'arrêt plus à même de le comprendre, en lui délivrant certaines informations supplémentaires. Ces informations ont vocation à supprimer l'ambiguïté, soit en délivrant une interprétation des arrêts, soit en donnant, de façon plus générale, des informations, sur la technique de cassation, destinées à permettre au lecteur de disposer des outils nécessaires à l'interprétation des arrêts. Cependant, dans les communications exogènes de la Cour de cassation, tout n'est pas destiné à améliorer la réception des visas, loin de là. Il est même rare que celles-ci évoquent directement les visas. Néanmoins, ces communications agissent fréquemment sur le message délivré par le visa, en ce qu'elles viennent justifier la règle appliquée ou préciser sa portée.

Pour tenter de rétablir la communication, la Cour de cassation multiplie les supports (§1), et indique au récepteur des directives d'interprétation (§2).

§1. La communication sur l'arrêt : l'addition de messages

433. Diversité des supports. Les documents dans lesquels la Cour de cassation communique à propos de ses arrêts sont divers. Il faut distinguer d'abord entre les documents qui précèdent la décision de ceux qui la suivent. Les premiers ne relèvent pas à proprement parler de la communication de la Cour de cassation. En effet, rapports et avis des rapporteurs et avocats généraux ne sont que des travaux préparatoires des arrêts. Ils donnent certes des informations sur les raisons qui ont pu orienter le choix des magistrats de la Cour, puisqu'ils peuvent évoquer à la fois des raisons pour l'adoption de la solution et envisager quelle serait la portée de la solution si elle était adoptée¹⁴⁹¹. Mais ils n'ont pas d'autre valeur que celle d'indice, car la Cour de cassation, même lorsqu'elle suit l'avis de l'avocat général ou du rapporteur, peut très bien avoir décidé pour des raisons autres que celles présentées dans l'avis¹⁴⁹².

434. Ensuite, les supports postérieurs à la décision de la Cour sont extrêmement variés : Le *Bulletin des arrêts des chambres civiles* contient la référence aux arrêts antérieurs allant dans le même sens ou en sens inverse, ce que l'on nomme le chaînage des arrêts, ainsi qu'un résumé de l'arrêt.

¹⁴⁹¹ Ainsi, Ass. plén. 3 mars 1995, pourvoi n° 91-19.497, *Bull.* 1995, A.P., n° 1 p. 1.

¹⁴⁹² En cens, P. DEUMIER (dir.), *Le raisonnement juridique*, Les méthodes du droit, Dalloz, 2013, p. 2.

Le *bulletin d'information*, le *rapport annuel*¹⁴⁹³, et le *mensuel du droit du travail* sont autant de publications émises par la Cour dans lesquelles des informations relatives aux arrêts peuvent figurer. Elles contiennent à la fois des études sur certains sujets, et des notes sur certaines décisions venant dissiper « les éventuels malentendus sur le sens et la portée des arrêts »¹⁴⁹⁴. Mais ces publications sont des moyens de communication lents, et ils ne parviennent à la doctrine qu'après qu'elle ait commenté l'arrêt¹⁴⁹⁵.

435. D'autres modes de communication plus rapides sont venus s'ajouter à ces instruments : Le communiqué, apparu en 2001, est un moyen de communication ultra rapide paraissant sur le site de la Cour de cassation le jour même de l'arrêt en général. Le communiqué, semble servir à éviter que la presse ne vienne lire directement l'arrêt commenté au risque d'une méprise de la part de celle-ci¹⁴⁹⁶. Jusqu'en 2014 cependant, certains communiqués contenaient des informations susceptibles d'intéresser le juriste. Depuis la fin de l'année 2014, une nouvelle rubrique est apparue, celle des « notes explicatives », ce qui permet de bien distinguer les deux types de destinataires des publications de la Cour, les notes explicatives étant destinées à *un public averti*¹⁴⁹⁷. Cependant, contrairement à ce qu'on aurait pu imaginer, il n'y a pour l'instant qu'une seule affaire qui ait fait l'objet à la fois d'une note explicative et d'un communiqué. Pourtant, les destinataires de ces deux outils de communication étant différents, on pouvait légitimement s'attendre, pour certaines affaires, à ce qu'ils soient tous deux utilisés. On remarque par ailleurs une chute drastique du nombre de communiqués publiés chaque année depuis l'instauration de ces notes explicatives. Ainsi, les décisions rendues entre l'arrêt du 8 juillet 2015¹⁴⁹⁸ et celui du 30 juin 2016¹⁴⁹⁹ n'ont donné lieu à aucun communiqué.

436. Le premier arrêt ayant fait l'objet à la fois d'un communiqué et d'une note explicative est l'arrêt du 9 novembre 2016 relatif aux modes de preuve en matière de respect de l'interdiction du travail le dimanche¹⁵⁰⁰. Le communiqué donne simplement les deux problèmes juridiques de

¹⁴⁹³ Y. CHARTIER, « Le rapport de la Cour de cassation, À propos du Rapport pour l'année 1999 » *JCP G* n° 25, 21 Juin 2000, I, 238.

¹⁴⁹⁴ P. DEUMIER, « Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation », *RTD civ.* 2006 p. 510.

¹⁴⁹⁵ Plus d'un an pour les bulletins des arrêts des chambres civiles ; une dizaine de mois pour le mensuel du droit du travail ; le rapport annuel paraît environ 6 mois après la fin de l'année antérieure.

¹⁴⁹⁶ Notant que le communiqué semble être à destination de la presse généraliste, P. DEUMIER, « Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation », *RTD civ.* 2006 p. 510.

¹⁴⁹⁷ « Activité 2014 du service de documentation, des études et du rapport », *Rapport annuel* 2014, p. 602. : « Pour sa part, la note explicative s'adresse à un public averti souhaitant disposer d'une information plus technique sur la décision ».

¹⁴⁹⁸ Ch. mixte, 8 juillet 2015, pourvoi n° 13-26.686, *publication en cours*.

¹⁴⁹⁹ 1^{ère} civ., 30 juin 2016, pourvois n° 15-13.755, 15-13.904, 15-14.145, *publication en cours*.

¹⁵⁰⁰ Soc., 9 novembre 2016, pourvoi n° 15-10.203, *publication en cours*.

l'arrêt et la réponse apportée par la Cour de cassation à ces problèmes. La note explicative rappelle plus longuement le droit applicable en énonçant les textes applicables et en relatant les décisions rendues précédemment par la Cour. Elle révèle ensuite l'influence d'une décision de la Cour européenne des droits de l'homme sur la décision¹⁵⁰¹. C'est pour se conformer à celle-ci que la Cour de cassation procède à un « contrôle de proportionnalité, en affirmant que le droit à la preuve ne peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie privée qu'à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi ». Cette note ne semble pas d'une grande utilité pour un lecteur averti. Elle accentue l'attention portée au contrôle de proportionnalité, ce qui relève plus d'une politique de communication que d'une explication des raisons ayant mené à la décision. En effet, la note explicative pas plus que l'arrêt ne permettent de savoir en quoi ici l'atteinte était proportionnée¹⁵⁰², et ce d'autant moins que dans l'arrêt, le critère du caractère indispensable de la production des éléments de preuve est remplacé par une simple nécessité. En ce qui concerne l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, elle ressortait déjà du visa des articles 6 et 8 de la CESDH.

Ces notes explicatives sont à distinguer des notes sous arrêts ou avis publiées dans le bulletin d'information de la Cour de cassation, puisqu'elles n'ont pas le même contenu. La note explicative est publiée bien plus tôt que la note sous arrêt¹⁵⁰³ ou avis¹⁵⁰⁴, mais elle est moins détaillée. Cependant, lorsqu'une note explicative a été publiée, elle est en général publiée à nouveau dans le bulletin d'information.

Un mode intermédiaire de communication en ce qui concerne sa rapidité est constitué par les commentaires paraissant dans les revues et la chronique Dalloz de jurisprudence de la Cour de cassation¹⁵⁰⁵. Ces commentaires peuvent receler des informations très intéressantes, et sont parfois destinés à dissiper les erreurs d'interprétation de la doctrine¹⁵⁰⁶. Les chroniques Dalloz peuvent envisager la portée des arrêts, mais contiennent en revanche peu d'informations sur les raisons de la décision.

¹⁵⁰¹ CEDH, 10 octobre 2006, *L.L. c/ France*, requête n° 7508/02, § 40.

¹⁵⁰² Ce que ne manquent pas de remarquer les commentateurs : J. MOULY, « La production en justice de la photographie de documents consultés sur le fondement de l'article L. 3171-2, alinéa 2, du code du travail : vie privée *versus* droit à la preuve », *Dr. soc.* 2017 p. 89 ; G. LARDEUX, « La reconnaissance du droit à la preuve en droit du travail », *D.* 2017 p. 37.

¹⁵⁰³ Ainsi, comparer pour Ch. mixte, 27 février 2015, pourvoi n° 13-13.709, *Bull.* 2015, Mixte, n° 2, la note explicative de l'arrêt et la note sous arrêt publiée au *BICC* n° 823 du 1^{er} juin 2015.

¹⁵⁰⁴ Ainsi, Avis n° 15001 du 19 janvier 2015, demande n° 14-70.010.

¹⁵⁰⁵ P. DEUMIER, « Nouvelles évolutions des juges nationaux (encore) », *RTD civ.* 2007 p. 531.

¹⁵⁰⁶ P. GRIMALDI, « L'acquéreur de l'immeuble loué et la caution du locataire », *D.* 2000, n° 16, p. VI.

437. Pour distinguer entre les divers supports de communication, on peut s'attacher à l'organe dont elles émanent. En effet, certaines communications sont issues du service de la documentation et des études (A), tandis que d'autres proviennent directement des conseillers à la Cour de cassation (B).

A. La nature des communications émanant du SDER

On peut distinguer les supports de communication émanant du service de la documentation et des études selon qu'elles sont plus (1) ou moins rapide (2).

1) L'information dans les publications rapides

438. Dans les communiqués. Les communiqués n'ajoutent souvent rien à l'arrêt sur lequel ils portent¹⁵⁰⁷, le reformulant seulement sous forme de phrases. Ils restituent le problème juridique de l'arrêt dans son contexte juridique¹⁵⁰⁸ ou factuel¹⁵⁰⁹ et l'explicitent¹⁵¹⁰. Ils se terminent de temps à autres sur la conséquence pratique de la règle appliquée en l'espèce¹⁵¹¹, en expliquant parfois l'évolution qu'elle opère et la ligne jurisprudentielle dans laquelle elle se situe¹⁵¹².

Le rappel de la jurisprudence antérieure, lorsqu'il a lieu, peut-être plus ou moins consistant. Le communiqué peut se contenter de relever que « la position de la Cour de cassation

¹⁵⁰⁷ Ainsi, communiqué relatif aux arrêts Ch. mixte, 20 juin 2003, pourvois n° 00-45.629, 00-45.630, *Bull.* 2003 Mixte, n° 4 ; Ch. mixte, 11 mars 2005, pourvoi n° 02-41.371, *Bull.* 2005 Mixte, n° 2 ; Ch. mixte, 11 mars 2005, pourvoi n° 02-41.372 *Bull.* 2005 Mixte, n° 2 ; Ass. plén., 24 juin 2005, pourvoi n° 03-30.038, *Bull.* 2005, A.P., n° 7.

¹⁵⁰⁸ Par exemple, communiqués relatifs à Ass. plén., 24 janvier 2003, pourvoi n° 01-41.757, *Bull.* 2003, A.P., n° 3 : contexte de droit européen des droits de l'homme ; Ass. plén., 19 décembre 2003, pourvoi n° 02-14.783, *Bull.* 2003, A.P., n° 8 : « Mettant fin à des différences d'appréciation apparues entre certaines cours d'appel » ; Ass. plén. 9 juillet 2004, pourvoi n° 02-21.040, *Bull.* 2004, A.P., n° 11 ; Ass. plén., 4 mars 2005, pourvoi n° 02-14.316, *Bull.* 2005, A.P., n° 3.

¹⁵⁰⁹ Par exemple, Ass. plén., 16 avril 2004, pourvoi n° 02-30.157, *Bull.* 2004, A.P., n° 8 ; Ch. mixte, 23 novembre 2004, pourvois n° 01-13.592, 02-11.352, 02-17.507, 03-13.673 (4 arrêts), *Bull.* 2004, Mixte, n° 4 (long paragraphe pour expliciter le problème).

¹⁵¹⁰ Par exemple, communiqués relatifs à Ass. plén., 28 mars 2003, pourvoi n° 01-12.228, *Bull.* 2003, A.P., n° 5 expliquant le problème juridique ; Ass. plén., 10 juin 2005, pourvoi n° 03-18.922, *Bull.* 2005, A.P., n° 6.

¹⁵¹¹ Ainsi, Ass. plén., 6 juin 2003, pourvoi n° 01-12.453, *Bull.* 2003, A.P., n° 6 ; Ass. plén., 28 mars 2003, pourvoi n° 01-12.228, *Bull.* 2003, A.P., n° 5.

¹⁵¹² Ainsi, Ass. plén., 16 avril 2004, pourvoi n° 02-18.231, *Bull.* 2004, A.P., n° 7 : « Prolongeant l'œuvre d'unification du régime des contestations du prix du loyer des baux d'habitation amorcée en 1997 par la troisième chambre » ; Ass. plén., 9 juillet 2004, pourvoi n° 02-21.040, *Bull.* 2004, A.P., n° 11 : « L'Assemblée plénière, confortant la solution déjà retenue par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation (...) ».

a plusieurs fois évolué sur cette question de droit »¹⁵¹³. Il peut relever la nuance apportée à la jurisprudence d'une autre chambre¹⁵¹⁴. Plus ambiguë est la formule selon laquelle la « solution s'harmonise avec » une solution antérieure¹⁵¹⁵. Le communiqué peut aussi mettre en évidence une contrariété de solution entre les chambres de la Cour de cassation sur la question¹⁵¹⁶. Il arrive cependant qu'il passe sous silence l'existence de solutions antérieures contraires¹⁵¹⁷.

La justification de la règle appliquée est rare¹⁵¹⁸ : le communiqué explique rarement les raisons qui ont mené au choix d'une interprétation. Il montre tout au plus qu'un choix était nécessaire en raison de l'absence de solution ou de la divergence des chambres. Les controverses relatives à la solution choisie sont, elles-aussi, passées sous silence.

Les explications sont généralement sommaires. Ainsi, le communiqué relatif à un arrêt 6 décembre 2004 justifie-t-il la solution par la contrariété d'une interprétation à l'article 6§1 de la CESDH¹⁵¹⁹. Cependant, une telle explication n'apporte rien de plus que le visa, en l'absence de référence à un arrêt précis de la Cour européenne, ou au moins à une exigence précise qu'aurait dégagé celle-ci relativement au droit d'accès à un tribunal.

Certains communiqués, jusqu'à ce que la note explicative n'apparaisse en 2015 fournissaient des informations plus détaillées¹⁵²⁰. Cependant, depuis que la différenciation s'est opérée, les communiqués s'apparentent à des fiches d'arrêts simplifiées.

439. Dans les notes explicatives. Au-delà des éléments que l'on retrouve dans les communiqués, les notes explicatives s'attardent plus longuement sur les évolutions jurisprudentielles qui ont pu précéder l'arrêt, pour le replacer au sein de celles-ci¹⁵²¹, et ainsi

¹⁵¹³ Communiqué relatif aux arrêts Ch. mixte, 21 février 2003 pourvois n° 99-18.759 et 99-13.563 à 99-13.565, *Bull.* 2003, Mixte, n° 3.

¹⁵¹⁴ Communiqué relatif à l'arrêt Ass. plén., 6 juin 2003, pourvoi n° 01-12.453, *Bull.* 2003, A.P., n° 6.

¹⁵¹⁵ Communiqué relatif à l'arrêt Ch. mixte, 25 octobre 2004, pourvoi n° 03-14.219, *Bull.* 2004, Mixte, n° 3.

¹⁵¹⁶ Ainsi, le communiqué relatif à Ass. plén., 4 mars 2005, pourvoi n° 03-11.725, *Bull.* 2005, A.P., n° 2.

¹⁵¹⁷ Ainsi, le communiqué relatif à Ch. mixte, 22 avril 2005, pourvoi n° 02-18.326, *Bull.* 2005, Mixte, n° 3 et Ch. mixte, 22 avril 2005, pourvoi n° 03-14.112, *Bull.* 2005, Mixte, n° 4.

¹⁵¹⁸ Ainsi, s'abstenant de toute justification de la règle dégagée, le communiqué relatif à l'arrêt Ass. plén., 6 décembre 2004, pourvoi n° 03-10.713, *Bull.* 2004, A.P., n° 14 ; celui relatif à l'arrêt Ass. plén., 28 janvier 2005, 01-45.924, *Bull.* 2005, A.P., n° 1 ; posant simplement la règle nouvelle, Ass. plén., 11 mars 2005, pourvoi n° 03-20.484, *Bull.* 2005, A.P., n° 4 : « Réunie en Assemblée plénière, la Cour de cassation a, le 11 mars 2005, précisé que l'évolution du litige n'est caractérisée que par la révélation d'une circonstance de fait ou de droit, née du jugement ou postérieure à celui-ci, modifiant les données juridiques du litige ».

¹⁵¹⁹ Ass. plén., 6 décembre 2004, 03-11.053, *Bull.* 2004 A.P. n° 13.

¹⁵²⁰ Ainsi, explicitant les raisons pour lesquelles il était nécessaire d'opérer un revirement de jurisprudence, les communiqués de Soc., 27 janvier 2015, pourvoi n° 13-22.179, *Bull.* 2015, V, n° 9 ; 1^{ère} civ., 4 décembre 2013, pourvoi n° 12-26.066, *Bull.* 2013, I, n° 234 : précise que « en raison de son fondement, la portée de cette décision est limitée au cas particulier examiné. Le principe de la prohibition du mariage entre alliés n'est pas remis en question ».

¹⁵²¹ Note relative à Ass. plén., 3 juillet 2015, pourvoi n° 14-13.205, *publication en cours*.

pouvoir en apprécier plus exactement la portée. Parfois la note indique la portée de l'arrêt de façon assez expéditive¹⁵²².

Elles peuvent mettre en lumière le type d'interprétation à laquelle il a été procédé¹⁵²³, et offrent même parfois des arguments à l'appui de l'interprétation retenue¹⁵²⁴, comme le recours à la *ratio legis*¹⁵²⁵, avec une analyse des documents préparatoires afin de déterminer la *ratio legis* justifiant l'interprétation de la règle¹⁵²⁶. L'articulation des normes figurant au visa peut être explicitée¹⁵²⁷, de même que les raisons de leur applicabilité à l'espèce¹⁵²⁸.

440. Cependant aussi utiles que soient ces informations, elles ne sauraient suppléer un vice de motivation des arrêts. Ainsi, la note explicative de l'arrêt du 30 juin 2016 ne permet pas de pallier le manque de justification de la solution adoptée¹⁵²⁹. Dans cet arrêt, la chambre sociale a décidé, au visa de l'article 10§2 de la Convention européenne des droits de l'homme, que « le licenciement d'un salarié prononcé pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions et qui, s'ils étaient établis, seraient de nature à caractériser des infractions pénales, est frappé de nullité », et ce « en raison de l'atteinte qu'il porte à la liberté d'expression, en particulier au droit pour les salariés de signaler les conduites ou actes illicites constatés par eux sur leur lieu de travail ». Ici, la Convention européenne semble instrumentalisée pour permettre une applicabilité rétroactive des dispositions légales prévoyant la possibilité pour le juge de prononcer une telle nullité.

Cependant, on apprend dans la note explicative de l'arrêt que cette décision s'inscrit « dans le prolongement des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme qui considèrent que les sanctions prises à l'encontre de salariés ayant critiqué le fonctionnement d'un

¹⁵²² Note relative à Soc., 8 juin 2016, pourvoi n° 15-17.555, *publication en cours* : « Rien ne justifiait donc que les dispositions du code du travail relatives à la rupture conventionnelle s'appliquent à ces conventions tripartites, sans que l'on puisse pour autant en conclure que la présente décision serait en contradiction avec l'arrêt rendu par la chambre sociale le 15 octobre 2014, qui ne visait que la rupture du contrat de travail emportant la perte définitive de l'emploi ».

¹⁵²³ Note relative aux arrêts de l'assemblée plénière du 6 novembre 2015, pourvois n° 14-10.182 et 14-10.193, *publication en cours* : « Dans la mesure où une interprétation purement littérale de l'article D. 8222-7 pouvait paraître vaine, l'assemblée plénière a recouru à une interprétation utile de cette disposition au regard du règlement n° 1408/71.

De même notes relatives à Ass. plén., 8 avril 2016, pourvoi n° 14-18.821, *publication en cours* ; Soc., 1^{er} juin 2016, pourvoi n° 14-19.702, *publication en cours*.

¹⁵²⁴ Note de Soc., 1^{er} juin 2016, pourvois n° 15-12.276 et 15-12.796, *publication en cours*.

¹⁵²⁵ Note de Soc., 8 juin 2016, pourvoi n° 15-17.555, *publication en cours*.

¹⁵²⁶ Note d'Ass. plén., 7 décembre 2015, pourvoi n° 14-18.435, *publication en cours*.

¹⁵²⁷ Note relative aux arrêts de l'assemblée plénière du 6 novembre 2015, pourvois n° 14-10.182 et 14-10.193.

¹⁵²⁸ Ainsi, expliquant pourquoi une directive figurant au visa était applicable en l'espèce Soc., 22 juin 2016, pourvoi n° 15-20.111, *publication en cours*.

¹⁵²⁹ Soc., 30 juin 2016, pourvoi n° 15-10.557, *publication en cours*.

service ou divulgué des conduites ou des actes illicites constatés sur leur lieu de travail constituent une violation à leur droit d'expression au sens de l'article 10-1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme », citant, à l'appui deux décisions de la Cour européenne. Or, selon un auteur, « ni l'un ni l'autre de ces arrêts ne sont pertinents pour justifier la protection contre le licenciement des lanceurs d'alerte salariés d'une entreprise privée soumise au droit du travail »¹⁵³⁰. Il est vrai qu'il est difficile d'appliquer *mutatis mutandis* la décision *Guja contre Moldavie* du 12 février 2008¹⁵³¹, étant donné qu'il s'agissait d'une application verticale de la CESDH, là où la Cour de cassation en fait, semble-t-il, une application horizontale. À ce titre, l'arrêt *Heinisch c/ Allemagne* du 21 juillet 2011 semblait bien mieux adapté pour servir d'argument au soutien de l'arrêt rendu par la Cour de cassation, dans la mesure où était à l'œuvre une mise en balance de la protection des droits de l'employeur privé, avec la liberté d'expression du salarié¹⁵³². Dans cette affaire, une infirmière gériatrique avait tenté à de multiples reprises d'alerter la direction du foyer pour personnes âgées dans lequel elle travaillait ainsi que le comité de contrôle médical de la caisse d'assurance maladie, de graves dysfonctionnements au sein de l'établissement. Elle finit par porter plainte, puis fut licenciée pour motifs de santé. La cour d'appel du travail de Berlin considéra que le licenciement était justifié par la plainte qui constituait un motif grave et avait empêché toute poursuite du travail.

Pour analyser la nécessité de l'ingérence dans la liberté d'expression constituée par le licenciement et les décisions des tribunaux internes qui ont suivi, la Cour porte d'abord son attention sur les divulgations opérées : elle tient compte de l'existence « d'autres moyens effectifs de faire porter remède à la situation qu'elle jugeait critiquable » (§65), de l'intérêt public de l'information divulguées (§66), l'authenticité de l'information divulguée (§67), du « poids respectif du dommage que la dénonciation litigieuse risquait de causer à l'employeur concerné et de l'intérêt que le public pouvait avoir à obtenir cette divulgation » (§68), « la motivation du salarié » (§69), et enfin « l'évaluation de la proportionnalité de l'ingérence par rapport au but légitime poursuivi passe par une analyse attentive de la sanction infligée et de ses conséquences ».

La règle formulée dans l'attendu de l'arrêt de la Cour de cassation ne reprend pas l'ensemble des critères. La bonne foi exigée de la part du salarié lanceur d'alerte peut recouvrir à la fois l'absence de moyens effectifs et faire porter remède à la situation, l'authenticité de l'information divulguée et la motivation du salarié. La limitation de la solution à des faits qui, s'ils étaient avérés, constitueraient une infraction pénale implique par ailleurs que la condition « de

¹⁵³⁰ J.-P. MARGUÉNAUD, J. MOULY, « La protection européenne des salariés lanceurs d'alerte par la Cour de cassation : un troublant exemple d'improvisation », *D.* 2016 p. 1740.

¹⁵³¹ CEDH, grande chambre, 12 février 2008, *Guja contre Moldavie*, req. n°14277/04.

¹⁵³² CEDH, 5^{ème} section, affaire *Heinisch c/ Allemagne* du 21 juillet 2011, req. n°28274/08.

l'intérêt public de l'information divulguée » est nécessairement remplie. Le seul élément manquant, finalement, est l'évaluation de la proportionnalité entre la sanction infligée et le but légitime poursuivi. Le licenciement ayant été déclaré sans cause réelle et sérieuse, il n'est pas certain qu'une violation du droit à la liberté d'expression persiste. Et si la mobilisation de la Convention européenne était adéquate¹⁵³³, il aurait fallu expliquer en quoi la protection de la liberté d'expression et d'information avait été ici insuffisante.

Le conseiller doyen de la chambre sociale a répondu à un entretien de la semaine sociale Lamy au sujet de cet arrêt, expliquant que « sur la sanction, il n'y a pas eu d'hésitation. La décision est fondée sur l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme, soit sur la liberté d'expression. Depuis plusieurs années déjà, nous avons développé une jurisprudence générale selon laquelle le licenciement est nul lorsqu'il porte atteinte à une liberté fondamentale. Nous avons donc cassé l'arrêt de la cour d'appel de Basse-Terre qui avait considéré le licenciement dénué de cause réelle et sérieuse. Dans cette perspective, la solution retenue est parfaitement logique »¹⁵³⁴.

Cependant, la majorité des critiques doctrinales porte sur la nécessité que les faits soient constitutifs d'une infraction pénale pour que l'immunité entre en jeu, ce que la Cour européenne ne prévoit pas¹⁵³⁵, saluant pour le reste la décision de la Cour¹⁵³⁶.

Il faut noter que la note explicative est au moins évoquée dans la plupart des notes de doctrine, ce qui pourrait indiquer que ces notes explicatives sont réellement efficaces en ce qu'elles touchent effectivement leur destinataire¹⁵³⁷. Pour autant, force est de constater que ces communications exogènes n'empêchent pas les critiques doctrinales des arrêts qui en font l'objet¹⁵³⁸. Pire, elles semblent parfois susciter des critiques supplémentaires¹⁵³⁹. Ici, l'incapacité

¹⁵³³ Elle convainc certains : P. ADAM, « Mon traître, ce héros », *Rev. trav.* 2016 p. 566.

¹⁵³⁴ « Un arrêt novateur et équilibré », *Sem. soc. Lamy*, n° 1730, 4 juillet 2016.

¹⁵³⁵ H. TISSANDIER, « Quelle protection pour les lanceurs d'alerte ? Un arrêt en demi-teinte », *JS Lamy*, n° 415, 5 septembre 2016.

¹⁵³⁶ G. SINGER, « Protection des lanceurs d'alerte : un geste de la Cour de cassation en attendant la loi », *Les Cahiers Lamy du CE*, n° 162, 1^{er} septembre 2016.

¹⁵³⁷ Ainsi, A. LEPAGE, « Le licenciement d'un lanceur d'alerte à l'épreuve de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme », *CCE* n° 9, Septembre 2016, comm. 71 ; F. DUQUESNE, « Le droit fondamental du salarié de signaler les conduites ou actes illicites sur le lieu de travail », *JCP G* n° 38, 19 Septembre 2016, 989 ; G. DUCHANGE, « Nullité du licenciement du salarié dénonçant des agissements frauduleux », *JCP S* n° 45, 15 Novembre 2016, 1381.

¹⁵³⁸ Ainsi, concernant l'arrêt du 9 novembre, J. MOULY, « La production en justice de la photographie de documents consultés sur le fondement de l'article L. 3171-2, alinéa 2, du code du travail : vie privée *versus* droit à la preuve », *Dr. soc.* 2017 p. 89 ; G. LARDEUX, « La reconnaissance du droit à la preuve en droit du travail », *D.* 2017 p. 37.

¹⁵³⁹ H. FULCHIRON, « Le « mariage pour tous » est d'ordre public en matière internationale », *D.* 2015 p. 464, à propos de 1^{ère} civ., 28 janvier 2015, 13-50.059, *Bull.* 2015, I, n° 20 : « par sa généralité, la formule utilisée dans

du visa à justifier la décision, même par référence implicite à la jurisprudence de la CEDH provient du fait que la Cour de cassation, tout en fondant sa décision sur la Convention européenne des droits de l'homme, modifie les critères dégagés par la Cour européenne. Si elle avait repris les critères dégagés par celle-ci le simple visa de l'article 10§2 aurait été suffisant pour justifier sa solution.

La note explicative de l'arrêt ne permet pas de pallier cette imperfection car elle justifie la décision en se référant à des arrêts de la Cour européenne qui ne comportent pas les mêmes critères que ceux dégagés par la Cour de cassation ou qui correspondent à des situations différentes de celle concernée par l'arrêt.

Pour autant, les notes explicatives peuvent comporter des éclairages intéressants, et à ce titre sont susceptibles d'améliorer la réception des arrêts, tout comme les notes publiées au bulletin d'information et au rapport annuel.

2) L'information dans les publications lentes

441. On retrouve dans les rapports les mêmes types d'informations que dans les notes et communiqués, avec en plus, la possibilité d'une analyse plus vaste de la jurisprudence. Les études publiées fournissent des éléments précieux.

442. Dans le BICC. Le bulletin d'information de la Cour de cassation paraît environ six mois après les arrêts sur lesquels il porte. Outre le titrage et le sommaire des arrêts publiés au bulletin, il comporte pour certains arrêts, des notes explicatives. Ces notes contiennent le même type d'informations que les notes publiées directement sur le site. Elles se caractérisent parfois par la prudence de l'analyse à laquelle elles-procèdent¹⁵⁴⁰. Lorsque l'arrêt a déjà fait l'objet d'une note

L'arrêt rendu le 28 janvier 2015 ne semblait pas se prêter à l'interprétation. Le doute est venu du communiqué publié quelques heures avant la décision ».

¹⁵⁴⁰ Note sous 3^{ème} civ., 13 juillet 2016, pourvoi n°15-17.208, *BICC* n° 855 du 1^{er} février 2017 : « Cet arrêt, publié au *Bulletin* et au *Rapport*, semble établir que la prise de possession de l'ouvrage accompagnée d'un paiement de la quasi-totalité du prix permet de supposer que le maître avait la volonté de recevoir l'ouvrage ; dans cette hypothèse, il convenait alors pour les juges du fond d'exposer ce qui empêchait d'admettre la volonté supposée du maître de recevoir l'ouvrage, pour refuser de constater la réception tacite.

La solution n'est pas nouvelle, mais la lecture du second moyen permet de percevoir une évolution de la doctrine de la troisième chambre civile de la Cour de cassation sur la preuve de la réception tacite ».

explicative sur le site de la Cour de cassation, c'est généralement elle qui est reproduite¹⁵⁴¹. Cependant, il peut arriver que la note publiée au BICC ne soit pas la même¹⁵⁴². La note publiée au BICC est alors beaucoup plus complète et mieux rédigée. On peut cependant se demander quel besoin est comblé par une telle multiplication de l'information.

443. Dans le rapport annuel. Au-delà de notes d'arrêts, qui apportent des informations que l'on retrouve aussi dans les autres supports de communication comme la référence jurisprudence antérieure¹⁵⁴³, l'affichage clair des revirements jurisprudentiels¹⁵⁴⁴ et l'apport des raisons menant à une inflexion de la jurisprudence¹⁵⁴⁵, le rapport annuel est l'occasion d'études qui dépassent le cadre des arrêts.

On peut trouver dans le rapport annuel des explications plus ou moins détaillées sur le visa de certains arrêts. Ainsi, il est expliqué que, pour fonder la charge de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information du médecin, c'est désormais « l'article L. 1111-2 du code de la santé publique [qui est] visé dans les arrêts les plus récents de la première chambre civile, afin de marquer le fondement légal de la responsabilité encourue, substitué au fondement contractuel mis en place par la jurisprudence antérieure »¹⁵⁴⁶.

444. Cependant la littérature du rapport annuel correspond davantage à une œuvre de systématisation doctrinale qu'une communication sur les arrêts. Il arrive bien trop tard pour avoir une influence forte sur la réception des arrêts. De plus, le caractère très orienté de l'analyse présentée tend à en diminuer l'impact. En effet, la grande bienveillance du propos et l'absence d'arguments en défaveur de l'arrêt engendre une certaine méfiance concernant l'impartialité de l'auteur. Ainsi, dans un arrêt du 17 mai 2013, la Cour de cassation, réunie en chambre mixte, a décidé au visa de l'ancien article 1134 du code civil, « que les contrats concomitants ou successifs

¹⁵⁴¹ Ainsi, Note sous Soc., 11 juillet 2016, n° 77, 15-12.75, *BICC* n° 855 du 1^{er} février 2017 ; Note sous Soc., 30 juin 2016, n° 15-10.557, *BICC* n° 853 du 15 décembre 2016 ; Notes sous Soc., 1^{er} juin 2016, pourvoi n° 14-19.702, Soc., 8 juin 2016, pourvoi n° 15-17.555 ; Soc., 8 juin 2016, pourvoi n° 15-11.324, *BICC* n° 852 du 1^{er} décembre 2016.

¹⁵⁴² Ainsi, Note sous Soc., 22 juin 2016, pourvoi n° 15-20.111, *BICC* n° 853 du 15 décembre 2016.

¹⁵⁴³ Ainsi, *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2008 p. 223, à propos de Soc., 16 janvier 2008, pourvois n° 06-42.327 et n° 06-43-124, *Bull.* 2008, V, n° 13 : « Cette solution se situe dans la droite ligne de la jurisprudence antérieure.(...) » ; p. 226, à propos Soc., 5 juin 2008, pourvoi n° 06-41.203, *Bull.* 2008, V, n° 128 : « Cette conception de l'égalité est à comparer avec celle résultant d'un arrêt de 1993 par lequel il avait été jugé qu'une salariée travaillant à temps partiel à raison de 7,7 heures de travail par jour sur une période de quatre jours, devait percevoir une rémunération égale à 7,7 heures de travail en cas de jour férié payé par l'employeur tombant l'un de ses jours de travail (Soc., 10 novembre 1993, pourvoi n° 89-45.049, *Bull.* 1993, V, n° 264) » ; *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2008 p. 227, Soc., 30 janvier 2008, pourvoi n° 06-17.531, *Bull.* 2008, V, n°29.

¹⁵⁴⁴ Ainsi, *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2008, p. 221 s., à propos de Soc., 26 mars 2008, pourvoi n° 05-41.476, *Bull.* 2008, V, n° 73.

¹⁵⁴⁵ *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2008 p. 217-218, à propos de Soc., 12 mars 2008, pourvoi n° 06-43.866, *Bull.* 2008, V, n° 61.

¹⁵⁴⁶ *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2012 p. 192-193.

qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière, sont interdépendants ; que sont réputées non écrites les clauses des contrats inconciliables avec cette interdépendance »¹⁵⁴⁷. Le rapport précise que « ayant statué au visa de l'article 1134 du code civil, elle entend souligner que la bonne foi est exigée non seulement dans l'exécution des contrats, mais également lors de leur formation. Dans sa fonction de création prétorienne du droit, la Cour de cassation précise les éléments qui caractérisent l'interdépendance contractuelle et, dès lors, affirme son pouvoir d'en contrôler la qualification. Elle remplit ainsi pleinement son rôle essentiel de régulateur et assure de manière harmonieuse l'égalité de traitement par les juges du fond de situations identiques. »¹⁵⁴⁸ Le fait que l'ancien article 1134 ne prévoit qu'une exécution contractuelle de bonne foi est ainsi passée sous silence.

445. Pour autant les explications données dans les rapports annuels, si elles sont convaincantes, peuvent avoir une influence sur la façon dont on conçoit rétrospectivement la jurisprudence sur une question en particulier, jouant ainsi un rôle doctrinal. La signification des visas et leur aptitude à justifier une solution en sera influée. Les publications émanant du service de la documentation et des études sont donc susceptibles d'améliorer la réception du message véhiculé par le visa, si elles sont de qualité, et si le visa est défendable.

B. Les communications émanant des conseillers de la Cour de cassation

446. La chronique de jurisprudence de la Cour de cassation, qui est publiée dans le Recueil Dalloz au rythme d'une douzaine environ par an, constitue une sorte de mise en avant pour les arrêts qui en font l'objet, dans la mesure où le conseiller référendaire qui commente l'arrêt approuve toujours la solution, sans pour autant passer sous silence les débats doctrinaux existants¹⁵⁴⁹. Ces notes se terminent en effet souvent par quelques mots qui expliquent en quoi cet arrêt est utile pour guider les juges du fond ou bien en quoi la solution doit être saluée. Elles sont régulièrement citées par les auteurs.

Ces notes évoquent parfois le visa. Par exemple, selon une chronique, la place laissée à la liberté contractuelle, dans un arrêt, est confortée par le visa de l'ancien article 1134 du code

¹⁵⁴⁷ Ch. mixte, 17 mai 2013, pourvoi n° 11-22.927, Bull. 2013, Mixte, n° 1.

¹⁵⁴⁸ *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2013 p. 509.

¹⁵⁴⁹ Ainsi, à propos de la sanction de la rétractation de la promesse unilatérale de vente, A.-C. MONGE, I. GOANVIC, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2011 p. 2679, 3^{ème} civ., 11 mai 2011, n° 10-12.875, *Bull.* 2011, III, n° 77.

civil¹⁵⁵⁰. Selon une autre, « la deuxième chambre civile (...) indique par le visa de l'article 2048 du code civil, dans le chapeau de son arrêt, qu'elle considère que l'acceptation de l'offre du Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (FIVA) constitue une transaction. »¹⁵⁵¹. On apprend, dans une troisième, que le visa de l'article 6§1 de la CESDH plutôt que de l'article 9 du code de procédure civile est dû à la « nature hybride, à mi-chemin entre procédure civile et procédure pénale » de la procédure en cause¹⁵⁵².

Un commentaire explique un revirement de jurisprudence par le fait que le fondement retenu dans le visa des arrêts antérieurs n'avait pas convaincu¹⁵⁵³. C'est alors la solution qui est changée plutôt que le visa. Certains commentaires précisent que la lecture du visa doit se faire *a contrario*¹⁵⁵⁴, ou qu'il est fait une lecture stricte de l'article visé¹⁵⁵⁵, ou bien téléologique¹⁵⁵⁶. La coordination entre les textes visés est parfois explicitée¹⁵⁵⁷.

La signification attribuée par ces auteurs aux visas va parfois loin. Ainsi, un commentaire explique que le visa de l'article 1382 du code civil « signifie que l'obligation d'information du médecin ne s'impose pas en vertu du contrat mais découle du principe de valeur constitutionnelle du droit au respect de la dignité de la personne »¹⁵⁵⁸. Dans un autre, il est précisé qu'« en

¹⁵⁵⁰ S. TRÉARD, T. GAUTHIER, F. ARBELLOT, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2015 p. 2205.

¹⁵⁵¹ J.-M. SOMMER, C. NICOLETIS, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2008 p. 648, 2^{ème} civ., 20 décembre 2007, pourvoi n° 07-13.575, non publié.

¹⁵⁵² M.-L. BÉLAVAL, R. SALOMON, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2008 p. 2749, à propos de Com., 3 juin 2008, pourvoi n° 07-17.147, 2008, IV, n° 112.

¹⁵⁵³ A. PIC, V. GEORGET, V. GUILLAUDIER, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2012 p. 2540, à propos de 3^{ème} civ., 3 octobre 2012, pourvoi n° 11-17.177, *Bull.* 2012, III, n° 136.

¹⁵⁵⁴ J.-M. SOMMER, L. LEROY-GISSINGER, H. ADIDA-CANAC, S. GRIGNON DUMOULIN, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2011 p. 632, à propos de 2^{ème} civ., 2 décembre 2010, pourvoi n° 09-70.431, *Bull.* 2010, II, n° 196 : « Ce faisant, la Cour de cassation réaffirme un principe, dérivé d'une lecture *a contrario* de l'article 529, alinéa 2, du code de procédure civile (...) ».

¹⁵⁵⁵ L. LAZERGES-COUSQUER, N. TOUATI, T. VASSEUR, E. DE LEIRIS, H. ADIDA-CANAC, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2014 p. 1722, 2^{ème} civ., 27 mars 2014, pourvoi n° 13-11.682, *Bull.* 2014, II, n° 82.

¹⁵⁵⁶ H. ADIDA-CANAC, T. VASSEUR, E. DE LEIRIS, L. LAZERGES-COUSQUER, N. TOUATI, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2015 p. 1791, à propos de 2^{ème} civ., 21 mai 2015, pourvoi n° 14-18.892, *publication en cours*.

¹⁵⁵⁷ V. VIGNEAU, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2007 p. 896, à propos de 2^{ème} civ., 14 septembre 2006, pourvoi n° 05-15.370, *Bull.* 2006, II, n° 219 : « la Cour de cassation sanctionne cette décision par une cassation au visa de l'article 51 du décret n° 92 -755 du 31 juillet 1992, ensemble l'article 503 du nouveau code de procédure civile. En effet, selon le premier de ce texte, l'astreinte prend effet à la date fixée par le juge, laquelle ne peut pas être antérieure au jour où la décision portant obligation est devenue exécutoire. Le texte ajoute qu'elle ne peut prendre effet à la date de son prononcé que si elle assorti une décision déjà exécutoire. N'étant pas ici dans le cas prévu par cette exception, l'astreinte ne pouvait donc courir, conformément aux dispositions de droit commun de l'article 503, qu'à compter de sa notification, et ce, nonobstant le fait que la décision du conseiller de la mise en état la faisait courir à compter de son prononcé ».

¹⁵⁵⁸ C. CRETON, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2010 p. 2092, spéc. §7, à propos de 1^{ère} civ., 3 juin 2010, pourvoi n° 09-13.591, *Bull.* 2010, I, n° 128.

mentionnant, dans le visa de son arrêt, l'article 1382 du code civil (ancien) et le principe de liberté du commerce et de l'industrie, la Cour de cassation nous rappelle que le parasitisme oblige à tenir un équilibre entre le respect du principe de liberté du commerce et de la concurrence d'une part, et la nécessité d'assurer la protection de celui qui a consenti des investissements et des efforts financiers, en sus d'un savoir-faire, pour développer sa création, copiée ou imitée, d'autre part »¹⁵⁵⁹.

Il est remarquable que les communications émanant des conseillers de la Cour de cassation analysent régulièrement la signification des visas, ce que font moins les communications émanant du service de la documentation et des études.

447. Un dialogue entre motivations exogènes. Les communications émanant des conseillers de la Cour de cassation peuvent par ailleurs être reprises par le SDER. Ainsi, à propos d'un arrêt du 6 février 2008 ayant refusé d'interpréter l'article 79-1 du code civil de façon conforme à une directive ministérielle¹⁵⁶⁰, le rapport annuel souligne que « les arrêts rendus le 6 février 2008 ont été interprétés à juste titre comme une invitation pressante faite au législateur de se saisir de la question »¹⁵⁶¹. Or il semble faire référence au commentaire d'un conseiller référendaire paru dans la chronique de jurisprudence de la Cour de cassation, et qui considérait que « les arrêts commentés (...) doivent être regardés comme une invitation pressante faite au législateur de se saisir de la question et d'édicter une norme après s'être entouré, ainsi qu'il pratique fréquemment, des avis des plus hautes autorités, notamment scientifiques, en la matière »¹⁵⁶². On aboutit alors à une circularité de l'information évacuant toute critique.

448. On peut se demander si les moyens utilisés pour communiquer hors des arrêts ne gagneraient pas à être utilisés pour mieux communiquer dans les arrêts. La multiplication des modes de communication rend celle-ci moins lisible. Les notes publiées, par leur caractère externe à l'arrêt, ne peuvent remplacer une bonne motivation au sein de l'arrêt.

¹⁵⁵⁹ F. ARBELLOT, A.-C. LE BRAS, T. GAUTHIER, S. TRÉARD, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2016 p. 2244, à propos de Com., 5 juillet 2016, pourvoi n° 14-10.108, *publication en cours*.

¹⁵⁶⁰ 1^{ère} civ., 6 février 2008 [3 arrêts], pourvois n° 06-16.498, n° 06-16.499 et n° 06-16.500, *Bull.* 2008, I, n° 41.

¹⁵⁶¹ *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2008, p. 203.

¹⁵⁶² P. CHAUVIN, C. CRETON, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2008 p. 638, à propos de 1^{ère} civ., 6 février 2008 [3 arrêts], pourvois n° 06-16.498, n° 06-16.499 et n° 06-16.500, *Bull.* 2008, I, n° 41.

§2. La communication sur la méthode de cassation : les directives d'interprétation des arrêts

449. Dans divers articles parus aussi bien dans des revues¹⁵⁶³ que dans le bulletin d'information de la Cour de cassation¹⁵⁶⁴, des conseillers de la Cour de cassation ont fourni des conseils destinés à faire cesser des erreurs récurrentes d'interprétation des arrêts de la juridiction¹⁵⁶⁵. Les destinataires peuvent être les juridictions du fond¹⁵⁶⁶ ou bien la doctrine.

Qu'il s'agisse de déterminer l'importance d'un arrêt¹⁵⁶⁷ ou sa portée, les directives d'interprétation fournies par ces hauts magistrats concernent rarement le visa de façon directe. L'une d'elles s'attarde cependant sur le visa :

« [l'arrêt] débute par le visa « *de la règle de droit sur laquelle la cassation est fondée* » (article 1020 du code de procédure civile), ce qui s'exprime par un visa du ou des textes en cause, ou, le cas échéant, d'un principe général du droit reconnu par la Cour. Si le texte est codifié, le numéro de l'article est mentionné, suivi du titre du code : « *Vu l'article 1382 du code civil.* » Si plusieurs textes sont le support direct de la cassation, ils sont reliés par la conjonction de coordination « *et* » (assemblée plénière, 9 juillet 2004, *Bull.* 2004, Ass. Plén., n° 11). Si un texte est le support direct de la cassation et qu'un autre texte apparaît nécessaire dans la situation particulière, cet autre texte est précédé de l'expression « *ensemble* » (assemblée plénière, 24 juin 2005, *Bull.* 2005, Ass. Plén., no 7).

Après ce visa, est énoncée la règle de droit lui correspondant : c'est le « *chapeau* », ainsi appelé parce qu'il coiffe l'arrêt, et qui est, en principe, la reproduction du texte visé. Lorsque le texte est long et complexe, la Cour en fait parfois la synthèse, matérialisée par une formule du genre : « *Attendu qu'il résulte de ce texte que* » ou « *Attendu selon ces textes...* ». Pour les textes très connus (articles 4, 16 et 455 du code de procédure civile, 1134, 1382, 1384, 1792 du code civil), l'habitude a été prise de se dispenser du chapeau, ainsi que pour les cassations pour manque de base légale. Les textes introduits dans le visa par le mot « *ensemble* » ne sont pas reproduits dans le chapeau, qui ne reprend que le texte principal, fondement de la cassation. De nombreux textes comportent des renvois en rendant la compréhension difficile : « *...visés au troisième alinéa de l'article 5 du chapitre 6 du livre II du code...* » ; une telle énumération incompréhensible est alors remplacée par l'objet qu'elle concerne. »¹⁵⁶⁸

¹⁵⁶³ Ainsi, A. LACABARATS, « Les outils pour apprécier l'intérêt d'un arrêt de la Cour de cassation, *D.* 2007 p. 889.

¹⁵⁶⁴ Ainsi, ANONYME, « Interprétation et portée des arrêts de la Cour de cassation en matière civile », *BICC* n° 661 du 15 mai 2007, p. 6 à 21 ; J.-F. Weber, « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », *BICC* n° 702, 15 mai 2009.

¹⁵⁶⁵ Voir aussi, J.-P. ANCEL, « Le manque de base légale », Cycle Droit et technique de cassation 2009, Bulletin d'information n° 719 du 1er avril 2010.

¹⁵⁶⁶ Ainsi, J.-F. Weber, « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », *BICC* n° 702, 15 mai 2009 : « La Cour de cassation souhaite que cette fiche méthodologique aide les magistrats du fond à mieux comprendre ses arrêts et lui permette ainsi de consacrer l'essentiel de ses forces à sa mission d'interprétation de la règle de droit ».

¹⁵⁶⁷ A. LACABARATS, « Les outils pour apprécier l'intérêt d'un arrêt de la Cour de cassation, *D.* 2007 p. 889.

¹⁵⁶⁸ J.-F. WEBER, « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », *BICC* n° 702, 15 mai 2009.

450. Les informations que le Conseiller nous livre sur le visa concernent d'une part la signification de l'expression « ensemble » lorsqu'elle est utilisée pour lier les différents textes visés à la place du terme « et », et d'autre part, le rôle du chapeau.

Soulignons d'abord qu'il n'est pas exact de dire que les textes introduits dans le visa par le mot « ensemble » ne sont pas reproduits au chapeau. Ils le sont très régulièrement¹⁵⁶⁹, et parfois même le sont alors même que le premier des textes ne l'est pas¹⁵⁷⁰.

451. Ensuite, l'idée, exprimée dans le texte, est que le texte précédé par le terme « ensemble » constitue le support direct de la cassation¹⁵⁷¹. En effet, le texte fondant directement la cassation est en principe visé en premier : la place naturelle du visa interprétatif se situe à la suite du visa fondement¹⁵⁷². Cependant, ce n'est pas toujours le cas. Ainsi, si cette règle était absolue, cela impliquerait que dans les hypothèses de dénaturation du droit étranger, le texte support direct de la cassation puisse être parfois le texte étranger¹⁵⁷³, parfois un texte national¹⁵⁷⁴. Pour la violation d'une même règle de droit au visa des mêmes textes, l'ordre du visa de ces textes est parfois inversé d'une cassation à l'autre¹⁵⁷⁵. De plus, il peut arriver que les visas violés par fausse

¹⁵⁶⁹ Ainsi, 1^{ère} civ., 11 mars 2009, pourvoi n° 08-15.348, *Bull.* 2009, I, n° 49 ; 1^{ère} civ., 30 septembre 2009, pourvoi n° 08-19.793, *Bull.* 2009, I, n° 189 ; 1^{ère} civ., 12 novembre 2009, pourvoi n° 08-19.443, *Bull.* 2009, I, n° 226.

¹⁵⁷⁰ Ainsi, 1^{ère} civ., 6 mai 2009, pourvoi n° 08-10.281, *Bull.* 2009, I, n° 86 ; 1^{ère} civ., 1^{er} juillet 2009, pourvoi n° 08-16.636, *Bull.* 2009, I, n° 144 ; 1^{ère} civ., 9 juillet 2009, pourvoi n° 08-16.847, *Bull.* 2009, I, n° 174.

¹⁵⁷¹ En ce sens aussi, J. BUFFET, *Droit et pratique de la cassation en matière civile*, LexisNexis, 3^{ème} édition, 2012, p. 455.

¹⁵⁷² Par exemple, 1^{ère} civ., 11 juillet 2006, pourvoi n° 02-20.389, *Bull.* 2006, I, n° 378 : « Vu l'article 18 de la Convention de Londres du 19 novembre 1976, ensemble les articles 2 et 19 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969, prise en tant que coutume internationale » ; 1^{ère} civ., 8 avril 2008, pourvoi n° 07-11.251, *Bull.* 2008, I, n° 104 : « Vu les articles 1382 du code civil, ensemble l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme ».

¹⁵⁷³ Ainsi, 1^{ère} civ., 6 décembre 2005, pourvoi n° 02-19.208, *Bull.* 2005, I, n° 467 : « Vu les articles 35 et 97 du code de procédure algérien, ensemble l'article 100 du nouveau code de procédure civile et les principes régissant la litispendance internationale ».

¹⁵⁷⁴ 1^{ère} civ. 14 février 2006, pourvoi n° 03-11.604, *Bull.* 2006, I, n° 67 : « Vu l'article 3 du code civil, ensemble l'article 410-19 du code civil monégasque » ; 1^{ère} civ., 5 février 2009, pourvoi n° 07-17.525, *Bull.* 2009, I, n° 22 : « Vu l'article 3 du code civil et l'article 15 du code suisse de déontologie, ensemble l'article 9 du code de procédure civile ».

¹⁵⁷⁵ 1^{ère} civ., 14 janvier 2010, pourvoi n° 08-18.581, *Bull.* 2010, I, n° 7 : « article 1315 du code civil, ensemble l'article 1132 du même code » : « en statuant ainsi alors que la convention n'est pas moins valable quoique la cause n'en soit pas exprimée, de sorte qu'il incombait à M. A... et M. Daniel X..., qui avaient signé les reconnaissances de dettes litigieuses et prétendaient, pour contester l'existence de la cause de celles-ci, que les sommes qu'elles mentionnaient ne leur avaient pas été remises, d'apporter la preuve de leurs allégations, la cour d'appel a violé les textes susvisés » ; 1^{ère} civ., 4 mai 2012, pourvoi n° 10-13.545, *Bull.* 2012, I, n° 102 : « Vu l'article 1315 du code civil, ensemble l'article 1132 du même code (...) Qu'en statuant ainsi alors que la convention n'est pas moins valable quoique la cause n'en soit pas exprimée, de sorte qu'il incombait à M. A... et M. Daniel X..., qui avaient signé les reconnaissances de dettes litigieuses et prétendaient, pour contester l'existence de la cause de celles-ci, que les sommes qu'elles mentionnaient ne leur avaient pas été remises, d'apporter la preuve de leurs allégations, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

application et par refus d'application soient reliés par le terme « ensemble »¹⁵⁷⁶. Or, dans de tels cas, les deux textes constituent indépendamment le fondement de la cassation.

Selon Perdriau, la locution « ensemble » souligne l'autonomie des textes ainsi reliés¹⁵⁷⁷. Au-delà du caractère paradoxal de cette idée au regard de la signification usuelle de ces mots, une telle analyse n'est plus tenable aujourd'hui. En effet, les principes issus d'une interprétation jurisprudentielle de texte, sont souvent visés aux côtés du texte en question, et reliés à celui-ci par le terme « ensemble »¹⁵⁷⁸. On pourrait objecter alors que, justement, il s'agit là d'affirmer l'autonomisation du principe par rapport à son fondement historique. Mais le terme « ensemble » permet aussi de combiner des textes entre eux. Ainsi, est visé « l'article 1382 du code civil, ensemble l'article 1315 du même code »¹⁵⁷⁹, pour déterminer la charge de la preuve applicable en matière de responsabilité délictuelle. Il serait alors possible de considérer que c'est l'autonomie des deux textes qui permet justement de les combiner. Mais alors, il deviendrait difficile d'envisager des textes qui ne soient pas autonomes.

De plus, il arrive fréquemment que le premier texte, qui est relié au second par le terme « ensemble » effectue un renvoi à celui-ci¹⁵⁸⁰. Loin d'être autonome, l'applicabilité du second est subordonnée au premier.

Même s'il est séduisant d'imaginer que le terme « ensemble » puisse avoir toujours le même rôle dans les arrêts de la Cour de cassation, il ne semble pas possible de systématiser l'utilisation qui est faite de ce terme. On peut tout au plus considérer que ce terme marque en général de façon plus forte une séparation entre les différents groupes de visas, ce qui, encore, est paradoxal, le terme « séparément » étant un antonyme du terme « ensemble ».

Des directives d'interprétation risquent de brouiller encore davantage le message en simplifiant une réalité plurielle, et en laissant croire que des règles existent là où il semble que seule l'intuition gouverne.

¹⁵⁷⁶ Par exemple, 1^{ère} civ., 14 juin 2005, pourvoi n° 02-15.587, *Bull.* 2005, I, n° 265 ; 3^{ème} civ., 21 janvier 2009, pourvoi n° 07-19.916, *Bull.* 2009, III, n° 15.

¹⁵⁷⁷ A. PERDRIAU, « Visas, « chapeaux » et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile », *JCP* 1986, I, 3257 ; A. PERDRIAU, *La pratique des arrêts civil de la Cour de cassation, principes et méthodes de rédaction*, Litec, 1993, p. 377.

¹⁵⁷⁸ Ainsi, 1^{ère} civ., 24 septembre 2009, pourvoi n° 08-10.152, *Bull.* 2009, I, n° 178.

¹⁵⁷⁹ 1^{ère} civ., 24 septembre 2009, pourvoi n° 08-16.305, *Bull.* 2009, I, n° 187.

¹⁵⁸⁰ Ainsi, 1^{ère} civ., 30 septembre 2009, pourvoi n° 08-19.793, *Bull.* 2009, I, n° 189 ; 1^{ère} civ., 30 septembre 2009, pourvoi n° 08-16.883, *Bull.* 2009, I, n° 193 : Le 1^{er} texte visé renvoie à la loi nationale dans certaines hypothèses. Les 2^{ème} et 3^{ème} textes correspondent à la loi nationale en question.

452. Cependant, il est nécessaire de mieux former à la compréhension des arrêts¹⁵⁸¹. Car les problèmes d'interprétation pourraient parfois être évités par une meilleure compréhension des motifs¹⁵⁸². L'acquisition des connaissances nécessaires à la compréhension d'un arrêt de la Cour de cassation est une tâche difficile, qui serait certes facilitée par une légère modification de la pratique sur certains points, mais qui ne pourrait en aucun cas se passer d'un enseignement.

La multiplication des communications sur les arrêts, si elle offre de précieuses indications sur les interprétations qui en sont possibles, ne peut remplacer une bonne motivation de l'arrêt. En effet, si l'arrêt suscite un débat, les diverses notes semblent plus attiser que calmer les critiques doctrinales. Dès lors, c'est une action sur le message qui doit être envisagée.

Section 2. L'action sur le message

453. La motivation a une fonction pédagogique, qui permet de calmer le contentieux sur un point lorsqu'elle est de bonne qualité¹⁵⁸³. L'action directe sur le visa à la suite d'une mauvaise réception d'un arrêt est rare mais pas inédite. Ainsi, c'est l'absence répétée de prise en compte de l'intérêt de l'enfant dans les décisions en matière d'autorité parentale qui a conduit la première chambre civile à viser la convention internationale des droits de l'enfant, alors que celle-ci n'apportait rien aux articles 388-1 et 3882 du code civil¹⁵⁸⁴.

¹⁵⁸¹ En ce sens, J. GHESTIN, « Réflexions sur l'interprétation des arrêts de la Cour de cassation », in *La Cour de cassation, l'université et le droit : André Ponsard, un professeur de droit à la Cour de cassation*, Paris, Litec, 2003, p. 181-194.

¹⁵⁸² En ce sens, J. GHESTIN, « Réflexions sur l'interprétation des arrêts de la Cour de cassation », in *La Cour de cassation, l'université et le droit : André Ponsard, un professeur de droit à la Cour de cassation*, Paris, Litec, 2003, p. 181-194 et J. GHESTIN, « L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation », *D.* 2004 p. 2239, spéc. n° 20 et s.

¹⁵⁸³ R. PERROT, « Cour de cassation et Conseil d'État à travers leurs fonctions de juges suprêmes », in *Association des magistrats et anciens magistrats de la Cour de cassation (dir.), Le tribunal et la Cour de cassation 1790-1990. Volume jubilaire*, Paris, Litec, 1990, p. 145-167, spéc. p. 158.

¹⁵⁸⁴ En ce sens, J. HAUSER, « La référence à la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) fait recette à la Cour de cassation mais est-elle nécessaire ? », *RTD civ.* 2006 p. 101 : « Au total on ne voit pas ce que le visa de la CIDE ajoute vraiment aux articles 388-1 et 388-2 sauf à sacrifier à la mode de la norme internationale ou, plus sérieusement, sauf à renforcer ce qui était déjà une ardente obligation imposée au juge mais qui ne paraissait guère l'impressionner. Ce serait déjà un point intéressant mais il restera à voir si nos juges sont plus réceptifs à la CIDE qu'aux dispositions du code civil. Quant à l'utilisation d'un avocat porte-parole elle est peut-être, dans certains cas, un remède adéquat aux difficultés de concilier l'audition de l'enfant et sa protection en intercalant un intermédiaire plus ou moins neutre ».

Confirmé par le *Rapport annuel* 2009 p. 89 s. : « On a pu se demander si la référence à l'intérêt de l'enfant par le visa fait à la Convention internationale était utile lorsque le texte interne, lui-même, évoque cet intérêt comme dans l'exemple cité. Selon Mme Gallant, « la référence à l'article 3-1 de la Convention relative aux droits de l'enfant

454. Cependant, ce n'est en général que dans les hypothèses où la justification d'une solution à partir d'un visa s'avère délicate qu'il y a un problème dans la réception des arrêts. Dès lors, une simple modification du visa semble insuffisante pour pallier ces problèmes. Ce qui est nécessaire, c'est une explicitation du lien entre le texte visé et la règle dégagée dans l'arrêt, et, lorsque plusieurs solutions sont possibles, une indication des raisons qui ont fait pencher le juge en la faveur de l'une plutôt que de l'autre. C'est donc une réforme de la motivation générale des arrêts qui permettrait une meilleure réception de ceux-ci (§1). Certains visas pourraient toutefois être améliorés (§2).

§1. La réforme de la motivation des arrêts

455. La question de la motivation des arrêts de la Cour de cassation, qui intéresse la doctrine depuis longtemps¹⁵⁸⁵, a été renouvelée sous l'impulsion du premier président de la Cour de cassation, qui a organisé des groupes des réflexions, et a lancé un appel généralisé aux contributions scientifiques sur le sujet¹⁵⁸⁶. Le but de ces réflexions est principalement d'envisager la façon dont le contrôle de proportionnalité, nécessité par le contrôle de conventionalité européen, pourrait s'effectuer devant la Cour de cassation, et d'initier une motivation enrichie des arrêts dans un certain nombre d'hypothèse, notamment pour s'aligner sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. En effet la Cour européenne, bien que considérant que la Cour de cassation, en raison de l'objet de la procédure qui se déroule devant elle, peut fournir une motivation moins détaillée que celle demandée aux juges du fond¹⁵⁸⁷, exige une motivation minimale de part des Cours suprêmes en cas de revirement de jurisprudence¹⁵⁸⁸.

C'est donc avant tout en rapport avec le contrôle de proportionnalité et en rapport avec les arrêts opérant un revirement ou une évolution jurisprudentielle que la question d'une réforme de la motivation des arrêts de la Cour de cassation s'est posée. Au fur et à mesure des réflexions elle s'est sensiblement élargie, et a abouti à proposer une motivation enrichie pour « les revirements de jurisprudence, la réponse à une question juridique de principe, lorsqu'il est

permet néanmoins de souligner que l'intérêt de l'enfant prime sur celui de l'un ou de l'autre des parents et que la considération de cet intérêt doit être au cœur de toute décision » (*Rev. crit. DIP* 2007, p. 603, note E. GALLANT. Spéc. p. 606). C'est ainsi que les quelques arrêts de cassation visant l'article 3-1 et les articles du code civil en matière d'autorité parentale sont des hypothèses où les juges du fond ont été sanctionnés pour avoir mis en avant l'intérêt de l'un ou l'autre parent sans s'expliquer sur l'intérêt de l'enfant ».

¹⁵⁸⁵ Cf. *supra* n° 395.

¹⁵⁸⁶ B. LOUVEL, « Réflexions à la Cour de cassation », *D.* 2015 p. 1326.

¹⁵⁸⁷ CEDH, 6 mai 2010, req. n° 17265/05, *Brunet-Lecomte et Lyon Mag' c/ France*, § 62.

¹⁵⁸⁸ CEDH, 14 janvier 2010, req. n° 36815/03, *Atanasovski c. « Ex République yougoslave de Macédoine »*.

répondu à l'évocation de la violation d'un droit ou d'un principe fondamental, lorsqu'est exercé un « contrôle de proportionnalité », lorsque l'arrêt présente un intérêt pour l'unification de la jurisprudence et le développement du droit, ainsi que pour les questions préjudicielles »¹⁵⁸⁹.

456. L'apport d'un supplément de motifs pour certains arrêts. Les réflexions actuelles ne préconisent en général pas une suppression des visas¹⁵⁹⁰. Une modification de la rédaction de ceux-ci ne semble pas non plus envisagée. C'est leur environnement qui serait atteint. L'idée d'un développement de la motivation pour certains arrêts n'implique pas une disparition du visa, car il ne nécessite pas l'abandon du raisonnement syllogistique¹⁵⁹¹. En effet, « nombre de Cours étrangères et européennes, bien qu'usant d'une motivation explicative, respectent le syllogisme, *i.e.* énoncent la règle de droit, la situation d'espèce et l'application de l'une à l'autre »¹⁵⁹². Pour s'en convaincre, il suffit de regarder les arrêts de la CEDH, qui peuvent être ramenés à une succession de plusieurs syllogismes¹⁵⁹³. En revanche le rôle du visa dans la compréhension des arrêts à la motivation enrichie serait réduit.

L'idée générale est, lorsque la Cour de cassation intervient dans le cadre de son pouvoir normatif, celle d'un ajout d'informations concernant les raisons d'une telle intervention¹⁵⁹⁴, les raisons ayant mené à la règle choisie, permettant ainsi une juste mesure de sa portée¹⁵⁹⁵ et une indication plus claire de la date d'effet des revirements lorsqu'une modulation est prévue¹⁵⁹⁶. Une

¹⁵⁸⁹ SDER, *Rapport de la commission de réflexion de la Cour de cassation*, avril 2017, p. 152.

¹⁵⁹⁰ Voir cependant C. JAMIN, « Juger et motiver », *RTD civ.* 2015 p. 263, qui propose de supprimer la structure syllogistique de la décision, ce qui implique *a priori* la suppression du visa : il considère en effet qu'une balance des intérêts ne peut se faire dans le carcan syllogistique. Le premier président de la Cour de cassation semble lui aussi hostile au modèle syllogistique qu'il assimile à un *légalisme mécanique* et à une motivation *lapidaire* : B. LOUVEL, « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », octobre 2015, *JCP G* n° 43, 19 octobre 2015, 1122.

¹⁵⁹¹ P. DEUMIER, « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? Raisons, identification, réalisation », Conférence prononcée à la Cour de cassation le 14 septembre 2015 : « La question de l'évolution de la motivation n'implique donc pas nécessairement de renoncer au syllogisme de construction, qui donne à la motivation la rigueur de la progression, mais de se demander si l'exposé de certaines étapes n'appelle pas des explications supplémentaires en fonction du pouvoir qui y est réellement exercé ».

En ce sens aussi, H. MUIR WATT, « La motivation des arrêts de la Cour de cassation et l'élaboration de la norme », in N. MOLFESSIS (dir.), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Economica, Paris, 2004, p. 53, spéc. p. 64 : « c'est dans les limites mêmes du modèle syllogistique, compte tenu des modes d'interprétation propres au droit français, que les efforts sont à apporter en vue d'améliorer la lisibilité de la jurisprudence ; l'emprunt d'un modèle étranger n'est nullement nécessaire ». P.-Y. GAUTIER, « Éloge du syllogisme », *JCP G* n° 36, 31 Août 2015, p. 902.

¹⁵⁹² P. DEUMIER, « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? Raisons, identification, réalisation », Conférence prononcée à la Cour de cassation le 14 septembre 2015.

¹⁵⁹³ En ce sens, D. DE BÉCHILLON, « Observations sur la motivation des arrêts », *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation - conférence débat 24 novembre 2015*, actes publiés dans le supplément de La Semaine juridique - édition générale - n°1-2 - 11 janvier 2016, p. 35, spéc. p. 37.

¹⁵⁹⁴ P. DEUMIER, *Ibid*, p. 23.

¹⁵⁹⁵ *Ibid*, p. 23-24.

¹⁵⁹⁶ *Ibid* p. 24.

référence par la Cour de cassation à ses propres précédents est elle aussi envisagée¹⁵⁹⁷. L'intérêt minimal d'une telle référence résiderait, en cas de revirement, dans la mise en évidence du revirement. En l'absence de revirement une telle référence permettrait de mettre en lumière la non-conformité de la décision de la cour d'appel à une jurisprudence constante¹⁵⁹⁸. Cette référence ne devrait pas se faire dans le visa, mais plutôt dans un chapeau. Le risque d'une telle référence dans un visa serait qu'elle vienne remplacer l'effort de justification normative de la solution, pourtant indispensable à la systématisation des solutions, en diminuant la visibilité des articulations entre normes. Il est aussi proposé, et la proposition pourrait concerner le visa, de faire une référence plus régulière aux arrêts de la Cour européenne lorsqu'ils ont une influence sur la solution, et d'en systématiser la forme¹⁵⁹⁹. Une telle référence semble avoir sa place naturelle dans le visa des arrêts, qui accueille déjà régulièrement les sources d'interprétation des textes¹⁶⁰⁰. La référence à des données non juridiques, lorsqu'elle s'avère nécessaire¹⁶⁰¹, ne trouverait quant à elle pas sa place dans un visa.

Une telle réforme ne serait pas suivie pour l'ensemble des arrêts¹⁶⁰², mais seulement pour ceux ayant une *portée normative élevée*. Le visa conserverait alors tout son intérêt dans la compréhension des arrêts ordinaires. Les auteurs s'accordent en effet en général pour considérer que tous les arrêts de la Cour de cassation ne nécessitent pas une extension des motifs¹⁶⁰³.

Il est vrai que le visa ne peut pas tout faire, et pour certains arrêts au moins, l'apport des raisons ayant conduit à la solution est nécessaire, notamment pour éviter une censure de la part de la Cour européenne des droits de l'homme. La France aurait par exemple pu éviter une condamnation par une motivation légèrement plus étoffée de l'arrêt d'assemblée plénière lors

¹⁵⁹⁷ P. DEUMIER, *Ibid* p. 25 s. ; SDER, *Rapport de la commission de réflexion de la Cour de cassation*, avril 2017, p. 153-154, proposition 34 : mentionner les précédents chaque fois que cela apparaît nécessaire, notamment en cas de revirement de jurisprudence ou de non-respect par la cour d'appel d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation.

¹⁵⁹⁸ *Ibid* p. 27.

¹⁵⁹⁹ P. DEUMIER, *Ibid*, p. 25.

¹⁶⁰⁰ Ainsi qu'il l'a été montré, n° 152 s.

¹⁶⁰¹ Donnant l'exemple particulièrement convaincant du contrôle de conformité des lois de validation à la CESDH nécessitant la caractérisation d'un 'impérieux motif d'intérêt général', *Ibid*. p. 28.

¹⁶⁰² En ce sens, P. DEUMIER, « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? Raisons, identification, réalisation », Conférence sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation, 14 septembre 2015 : « À l'évidence, il est difficile d'imaginer que la Cour de cassation pourrait rendre chaque année des milliers d'arrêts longuement motivés ».

¹⁶⁰³ Ainsi, X. HENRY, « La motivation des arrêts et la technique du moyen - Propositions de réforme », *JCP G* n° 45, 8 Novembre 2010, 1130, spéc. n° 19. ; N. FRICERO, « Nouvelle manière de motiver, nouvelle manière de rédiger et de communiquer ? », Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation - conférence débat 24 novembre 2015, actes publiés dans le supplément de *La JCP G* n°1-2, 11 janvier 2016, p. 30, spéc. p. 32.

d'une affaire de loi de validation¹⁶⁰⁴. C'était en effet l'absence d'impérieux motif d'intérêt général présidant à la rétroactivité qui avait emporté la condamnation de la France. Or, un tel motif avait pourtant été mis en évidence dans les travaux préparatoires, mais pas retranscrit dans l'arrêt¹⁶⁰⁵.

457. Le test de nouvelles rédactions. Le test de nouvelles rédactions des arrêts donne lieu à un bilan provisoire assez mitigé. Ainsi, un arrêt de rejet de la chambre commerciale du 22 mars 2016 bénéficie d'une motivation enrichie¹⁶⁰⁶. L'accueil de l'arrêt a été mitigé. Certains auteurs ont considéré que cet arrêt était très clair¹⁶⁰⁷, mais la plupart des auteurs ont considéré que cet arrêt, ne délivrant pas les informations attendues, n'était pas réellement éclairant¹⁶⁰⁸.

Un arrêt de cassation du 6 avril 2016 a lui aussi bénéficié de cette motivation enrichie¹⁶⁰⁹. À la suite de l'énoncé de la règle applicable dans le chapeau sous le visa, elle explique la nature du revirement opéré et les raisons de celui-ci. Elle constate ensuite la contrariété entre la décision des juges du fond et la règle telle que résultant du revirement, pour finalement écarter l'application de la règle à l'affaire, en raison de ce qu'une telle application serait de nature à priver d'accès au juge une des parties. La cassation de l'arrêt n'intervient donc pas sur ce moyen, qui pourtant comporte un visa et un chapeau, qui deviennent alors les marqueurs, non pas de la cassation, mais de la contrariété entre la décision des juges du fond et le droit applicable¹⁶¹⁰.

L'intérêt d'une telle motivation est qu'elle facilite grandement la compréhension de l'arrêt. En fournissant la référence aux précédentes décisions sur le sujet, elle permet de saisir plus rapidement la portée de l'arrêt. Si les influences des arguments *extra-juridiques* sont tues, la nouvelle motivation rend toutefois explicite la portée et certaines des raisons du revirement.

Il a toutefois été remarqué que la méthode des références internes était encore insuffisamment maîtrisée¹⁶¹¹. Par la citation d'arrêts non publiés ou dans des domaines autres que celui en cause dans l'arrêt de revirement, la Cour encourage la méfiance. En outre, la référence

¹⁶⁰⁴ Art. 29, L. n° 2000-37 du 19 janv. 2000, dite loi Aubry II.

¹⁶⁰⁵ Soc. 13 juin 2007, pourvoi n° 05-45.694, *Bull.* 2007, V, n° 99 ; P. DEUMIER, « L'avènement des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme au visa des arrêts de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2007 p. 536.

¹⁶⁰⁶ Com., 22 mars 2016, pourvoi n° 14-14.218, publication à venir (Rejet).

¹⁶⁰⁷ Ainsi, C. NOURISSAT, « Pour une motivation explicite des arrêts de la Cour de cassation : ite missa est ! », *Procédures* n° 6, Juin 2016, repère 6.

Reprochant cependant à l'arrêt de taire l'influence de la doctrine sur la solution rendue, R. MORTIER, « La nouvelle motivation de la Cour de cassation », *Dr. sociétés* n° 7, Juillet 2016, étude 10.

¹⁶⁰⁸ D. MAZEAUD, « Motivez ! Motivez ! », *JCP G* n° 18, 2 Mai 2016, 522.

¹⁶⁰⁹ 1^{ère} civ., 6 avril 2016, pourvoi n° 15-10.552, *publication en cours*.

¹⁶¹⁰ Noter que les arrêts qui avaient par le passé modulé les effets dans le temps de revirements de jurisprudence ne comportaient pas de visa : 2^{ème} civ., 8 juillet 2004, pourvoi n° 01-10.426 ; Ass. plén., 21 décembre 2006, pourvoi n° 00-20.493.

¹⁶¹¹ R. LIBCHABER, « Une motivation en trompe-l'œil : les cailloux du Petit Poucet », *JCP G* 2016, doctr. 632.

aux précédents jurisprudentiels se fait déjà dans le chaînage des arrêts publiés au bulletin¹⁶¹². Dans les arrêts à la motivation enrichie, ce chaînage se retrouve, avec pour l'arrêt du 22 mars, une partie seulement des arrêts cités dans le corps de la décision, et, pour l'arrêt du 6 avril, des références différentes par rapport à celles présentes dans le chaînage.

De plus, certains auteurs ont regretté que la Cour n'indique pas les « motifs des motifs »¹⁶¹³ de sa solution¹⁶¹⁴. Selon eux, expliquer la nécessité d'un revirement n'est pas suffisant, encore faudrait-il expliquer ce qui a fait pencher pour telle ou telle solution¹⁶¹⁵.

458. Un arrêt de cassation de la chambre commerciale du 15 novembre 2016¹⁶¹⁶ contient lui aussi une mise en évidence du revirement opéré et une justification de celui-ci. Cet arrêt répond par l'affirmative à la question de savoir si le liquidateur peut agir en contestation de la déclaration d'insaisissabilité¹⁶¹⁷, alors que la solution inverse avait été antérieurement retenue¹⁶¹⁸. La justification s'appuie sur plusieurs arguments. Est d'abord avancé un argument d'opportunité, la chambre commerciale concédant que la solution jusqu'alors applicable « a eu pour effet de priver les organes de la procédure collective de la possibilité de contester l'opposabilité de la déclaration d'insaisissabilité à la procédure ». Ensuite, c'est un argument fondé sur la cohérence qui est apporté, puisque la chambre commerciale fait référence à un de ses arrêts rendus dans un domaine voisin pour justifier l'évolution. Enfin, un argument textuel est présent, mais dans le visa. En effet, les arrêts retenant la solution antérieure ne faisaient pas référence à l'article L. 526-2 du code de commerce prévoyant les formalités de publicité de la déclaration.

Cet arrêt est rassurant en ce que l'explicitation des raisons du revirement ne semble pas entraîner un abandon de la règle selon laquelle un changement de solution doit entraîner un changement de visa. Il serait en effet regrettable qu'un enrichissement de la motivation des arrêts engendre une dégradation de la qualité des visas.

¹⁶¹² X. HENRY, « Le chaînage des arrêts de la Cour de cassation dans le Bulletin civil », *BICC* n° 599, 1 juin 2004.

¹⁶¹³ Terme employé d'abord par la Cour elle-même (Req. 16 mai 1838, *in* Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, Paris, t. XXIX, 1854, V° Jugement, n. 950) repris ensuite par divers auteurs. Ainsi, F. DESCORPS DECLERE, « Les motivations exogènes des décisions de la Cour de cassation », *D.* 2007 p. 2822 ; P. DEUMIER, « Les motifs des motifs » des arrêts de la Cour de cassation », *in* *Mélanges offerts à J.-F. Burgelin*, Dalloz, 2008, 125 s.

¹⁶¹⁴ R. LIBCHABER, « Une motivation en trompe-l'œil : les cailloux du Petit Poucet », *JCP G* 2016, doct. 632.

¹⁶¹⁵ D. MAZEAUD, « Motivez ! Motivez ! », *JCP G* n° 18, 2 Mai 2016, 522.

¹⁶¹⁶ Com., 15 novembre 2016, pourvoi n° 14-26.287, *publication en cours*.

¹⁶¹⁷ Sur cette question, cf. n° 416.

¹⁶¹⁸ Com., 13 mars 2012, pourvoi n° 11-15.438, *Bull.* 2012, IV, n° 53.

§2. L'avenir des visas

459. Une modification de la rédaction ou de la pratique des visas n'est pas pour l'heure envisagée. La plupart du temps, le message est bien reçu, car le visa répond à certaines caractéristiques. Ainsi, une modification profonde des pratiques n'est pas nécessaire (A). Il faudrait seulement une amélioration de certaines pratiques (B).

A. L'absence de nécessité d'une modification profonde des pratiques

460. Modifier la structure. Un auteur a proposé de redescendre le visa après le rappel des faits¹⁶¹⁹. Selon lui, il est « plus logique de débiter de la même manière les arrêts de rejet et de cassation par un rappel des faits autonome ». Isoler les faits permettrait d'éviter toute confusion qui consisterait à croire que la Cour de cassation est venue censurer l'interprétation des faits. Cependant une reprise des faits au sein du raisonnement menant à la cassation semble indispensable pour mettre en évidence l'applicabilité du texte visé. La motivation des arrêts ne peut se réduire à un exposé des faits, un visa et un dispositif comme c'était le cas aux débuts de la cassation.

461. Généraliser les visas. Certains auteurs militent pour la généralisation du visa aux arrêts de rejet¹⁶²⁰. Une telle proposition ne semble pas réalisable. En effet, aucun texte n'ayant été violé, il serait bien difficile de décider quels textes faire figurer au visa. Un tri parmi les textes auxquels la décision de la juridiction est conforme devrait être opéré. Il serait possible de reprendre les textes figurant dans le mémoire ampliatif. Cependant, il y aurait, par une telle pratique, une perte de sens du visa qui risquerait de se répercuter dans les arrêts de cassation. Le visa pointe le texte qui a été méconnu. Si le visa devait en même temps pointer les textes qui ont été bien appliqués, la réception du message véhiculé, qui n'est déjà pas toujours évidente pourrait être compromise. Le visa ne constituerait plus un rempart contre l'arbitraire du juge de cassation, car il cesserait alors vraiment d'être le titre de la cassation.

¹⁶¹⁹ X. HENRY, « La motivation des arrêts et la technique du moyen - Propositions de réforme », *JCP G* n° 45, 8 Novembre 2010, 1130.

¹⁶²⁰ Ainsi, A. PERDRIAU, « Visas, « chapeaux » et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile », *JCP G* 1986, I, 3257 : « on peut regretter, notamment dans la perspective de l'exploitation qui ne va pas tarder à se généraliser qu'il ne se trouve pas dans tous les arrêts, c'est-à-dire dans ceux de rejet aussi bien que dans ceux de cassation [...] » ; A. PERDRIAU, « Plaidoyer pour un visa dans chaque arrêt de la Cour de cassation », *JCP G*, n° 36, 6 Septembre 1995, I 3866.

462. La mention des précédents. C'est pour le même type de raisons qu'il n'est pas souhaitable que la Cour de cassation vise ses propres arrêts. En effet, la mention des précédents, telle qu'elle est actuellement opérée dans les arrêts à la motivation enrichie, a plusieurs fonctions. Il peut s'agir de montrer la constance de la jurisprudence, d'explicitier un revirement, ou encore de replacer la décision dans l'environnement jurisprudentiel. Le visa d'un précédent serait donc par nature ambigu. Il est aussi possible d'envisager qu'un tel visa constitue une référence aux motifs de la décision, procédant ainsi à une motivation par renvoi. Pour autant, le visa par la Cour de cassation de ses propres arrêts ne semble pas utile, dans la mesure où le visa d'un texte ou d'un principe permet déjà d'effectuer une référence implicite aux précédents. Il peut être utile de mentionner certaines décisions antérieures dans le cadre de l'argumentation, mais il n'est ni nécessaire ni souhaitable que cette référence remonte dans les visas.

Il n'est pas nécessaire que la Cour de cassation modifie la place des visas, non plus qu'elle ne généralise les visas aux arrêts de rejet, ou qu'elle ne fasse référence dans ses visas à ses propres arrêts. Cependant, sur certains points, une amélioration de la pratique du visa peut être envisagée.

B. L'amélioration de certaines pratiques

463. Sur certains points, une systématisation dans la façon de viser est souhaitable. Le manque d'accessibilité de la source à laquelle le visa fait référence, l'imprécision et l'inconstance de la référence opérée par celui-ci étant sources de problèmes de réception¹⁶²¹, une attention particulière doit être portée à ces caractères.

464. Accessibilité, précision et constance. La précision de la référence complète du texte visé, ainsi que de la version appliquée facilitent la recherche de celui-ci. Pour éviter toute confusion, la précision de l'alinéa pertinent, lorsque c'est possible est souhaitable. La clarté du visa nécessite de ne pas multiplier les références lorsque plusieurs sont équivalentes. L'alternative entre visa de principes et visa de textes, lorsque la règle appliquée est rattachée artificiellement au texte, est en revanche difficile à trancher. D'un côté, le visa du texte a l'intérêt de référer à la construction jurisprudentielle qui a mené à l'adoption de la règle, mais est peu intelligible à première vue. De l'autre, le visa de principe a l'intérêt de la clarté, mais manque de légitimité propre. La question n'appelle donc pas de réponse unitaire. De la même manière que la répétition des règles de droit de façon identique dans les chapeaux permet d'éviter des interprétations

¹⁶²¹ Sur ce point, cf. *supra* n° 396 s.

divergentes de ceux-ci¹⁶²², la répétition des mêmes visas pour les mêmes règles permet d'éviter des critiques et facilite l'interprétation d'un arrêt comme amorçant un revirement de jurisprudence¹⁶²³. Parfois, cependant, l'attention portée à la qualité du visa est à elle seule insuffisante, et il est nécessaire d'améliorer son environnement.

465. Rendre plus explicite le rôle des visas. Lorsqu'une solution est nouvelle, et que le lien entre le visa et la règle de décision n'est pas évident, le chapeau doit permettre de comprendre ce lien. Rendre plus explicite la raison pour laquelle la règle de droit a été violée est aussi envisageable¹⁶²⁴. Parfois, un ajout mineur permettrait de mieux comprendre ce qui dans le raisonnement de la cour d'appel était erroné. Cette explicitation passe aussi par une désignation plus claire, parmi les textes figurant aux visas, de ceux qui ont été faussement appliqués, ceux qui ont été violés par refus d'application et ceux qui servent à l'interprétation des autres. À ce titre, dans l'hypothèse, non souhaitable, où la référence, opérée par la Cour de cassation, à ses propres précédents, prendrait place au sein du visa, il serait nécessaire qu'elle soit précédée d'un marqueur, de façon que le titre auquel il est fait référence à la décision passée soit explicite. Ainsi, s'il s'agit simplement de rappeler une décision passée, l'expression « compte tenu de » pourrait précéder la décision, de façon à marquer l'absence d'obligatorité du précédent. Cette proposition rejoint celle qui a déjà été formulée pour faciliter le visa de normes non obligatoires¹⁶²⁵ : le visa étant perçu comme le critère ultime de juridicité¹⁶²⁶, il y a une certaine réticence à viser les textes qui sont seulement pris comme des sources d'interprétation non obligatoires, comme des arguments ou comme des faits. Cette réticence pourrait être surmontée par l'utilisation d'une expression permettant de préciser que le texte visé n'est pas le fondement de la cassation. Le fait de faire précéder un visa de « compte tenu de » ne préjugerait pas de son caractère obligatoire ou non obligatoire.

¹⁶²² X. HENRY, « La motivation des arrêts et la technique du moyen - Propositions de réforme », *JCP G* n° 45, 8 Novembre 2010, 1130, spéc. n° 21.

¹⁶²³ En ce sens, à propos de la structure de l'arrêt de cassation, A. LACABARATS, « La rédaction des arrêts de la Cour de cassation en France », in *Le juge de cassation en Europe*, dir. Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, éditions Dalloz, 2012, p. 87 s. : « Cette présentation uniforme permet, d'une part, d'établir un maillage cohérent de décisions se rapportant à une même question et, d'autre part, de détecter, par des variations dans les visas ou formulations, d'éventuelles évolutions dans l'interprétation ou l'application des règles de droit ».

¹⁶²⁴ En ce sens, X. HENRY, « La motivation des arrêts et la technique du moyen - Propositions de réforme », *JCP G* n° 45, 8 Novembre 2010, 1130, spéc. n° 32.

¹⁶²⁵ Cf. *supra* n° 393.

¹⁶²⁶ Sur ce point, cf. *supra* n° 371.

Conclusion du chapitre et du titre

Tous les types de justifications ne se valent pas quant à la bonne réception du message transmis par le visa. Plus le lien entre le visa et la règle appliquée est distendu, plus le risque de mécompréhension est grand. Pour autant, la justification par la littéralité du texte n'est pas immunisée contre la critique dès lors que la *ratio legis* n'est pas prise en compte.

Les motivations exogènes des arrêts peuvent permettre de clarifier l'utilisation qui est faite de certains visas. Des références implicites sont révélées, ainsi que les raisons ayant mené au choix de l'interprétation. L'utilisation qui est faite des différents textes auxquels il est fait référence peut aussi être explicitée.

Cependant, la multiplication des supports d'information rend le message peu audible. En effet, il n'y a pas de centralisation des notes et communiqués, et, dans le bulletin des arrêts, il n'est pas précisé lesquels ont fait l'objet d'un communiqué ou d'une note explicative, la parution au bulletin d'information ou au rapport annuel n'impliquant pas une telle note.

La communication sur la technique de cassation peut, elle aussi aider à une meilleure compréhension des arrêts. L'explication des différents rôles que peuvent jouer les visas est cependant encore trop peu développée. Pour qu'une telle communication soit efficace quant à la réception des visas, il serait nécessaire de mettre en place des marqueurs permettant d'identifier les visas interprétatifs. Cette modification de la rédaction des visas, peu coûteuse, permettrait d'éviter des malentendus, et de faire accéder au visa des textes auxquels on refuse pour l'instant l'accès.

La réforme de la motivation des arrêts de la Cour de cassation, qui est en cours, pourrait apporter, dans les arrêts bénéficiant d'une motivation enrichie, une clarification du rôle des visas.

CONCLUSION DE LA TROISIÈME PARTIE

466. Un fondement insuffisant affaiblit la solution. Si la solution est déjà bien ancrée, l'inadaptation du visa ne fait pas couler d'encre. En revanche, si la solution est nouvelle l'insuffisance du visa peut être pointée par les auteurs. Quand il s'agit « d'éclairer le contenu de la règle, d'en interpréter le sens, voire d'en combler les lacunes tout en assurant l'unité du droit par l'unité de la jurisprudence, il faut s'en expliquer pour en convaincre les destinataires de la parole jurisprudentielle car la jurisprudence n'est pas une source de droit à l'égal de la loi, elle ne s'impose pas par raison d'autorité mais par l'autorité de ses raisons, *non ratione auctoritatis, sed auctoritate rationis* »¹⁶²⁷.

Ainsi, la motivation des arrêts par la technique du visa serait adaptée dans les cassations dites disciplinaires, mais ne conviendrait pas dès lors que la Cour de cassation se place dans sa mission normative. En effet, à partir du moment où la règle appliquée est constante, la simple référence au texte sur lequel la décision prend appui est suffisante pour justifier la cassation, le visa constituant alors la référence aux précédentes applications du texte visé. Mais lorsque la règle dégagée est nouvelle, des explications complémentaires sont nécessaires pour venir justifier celle-ci. Le visa peut, dans certains cas remplir cette fonction de justification complémentaire, lorsqu'il constitue la justification de l'interprétation. Mais cette justification n'est pas toujours suffisante ni possible, et il est alors nécessaire d'offrir au lecteur des justifications en dehors du visa.

Ainsi que l'écrivait Atias, « la motivation est pour partie évasive ; elle ne peut toutefois se réduire au visa d'une règle. Lorsqu'elle passe par un tel artifice, elle ne peut livrer les raisons de décider. Elle ne peut éclairer la voie qui conduit de la question à la réponse. Elle demeure, au contraire, critique en ce qu'elle trace le chemin incertain qui mène de la règle, toujours menacée par la singularité de l'espèce, à la décision inexorablement menacée de devenir règle, c'est-à-dire recette »¹⁶²⁸.

¹⁶²⁷ F. FERRAND, « Autorité et juridictions de cassation de l'autorité des arrêts à l'autorité des cours », in *Le juge de cassation en Europe, dir. Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation*, éditions Dalloz, avril 2012, p. 91 s., spéc. p. 120.

¹⁶²⁸ C. ATIAS, « Crise de la motivation judiciaire ? », conférence Cour de cassation, 17 mai 2005.

CONCLUSION GÉNÉRALE

467. La présentation du visa comme le fondement logique de l'arrêt de cassation s'avère insatisfaisante. Il est certes possible de formaliser la cassation et de la présenter comme le résultat d'une déduction opérée à partir de plusieurs prémisses dont une a un lien avec le visa. La prémisse issue du visa a, par ailleurs, un rôle différent selon chaque cas d'ouverture à cassation. Cependant, le visa, bien que présentant un lien avec cette prémisse, reste un élément extérieur à l'opération de déduction, et c'est, en réalité, ce qui fait toute sa force. En effet, si on considère que le visa est une prémisse de la cassation, certains arrêts restent inexplicables, car la règle appliquée ne peut toujours se déduire du texte auquel il est fait référence.

468. En revanche, la compréhension du visa comme un élément de justification externe de la règle appliquée a un potentiel explicatif bien plus fort. Même quand la formulation de la règle appliquée est identique à celle du texte visé, la justification opérée est une justification externe, qui est alors fondée sur une interprétation littérale du texte.

La règle fondant la cassation, c'est-à-dire celle qui a été appliquée à tort, mal appliquée ou qui n'a pas été appliquée, n'est pas confondue avec le texte qui la fonde. Le ou les textes visés viennent justifier cette règle. Cette justification de la règle appliquée prend différentes formes, selon la nature du lien qu'entretient le visa avec la règle de décision. Certains visas permettent de justifier de l'existence de la règle, tandis que d'autres viennent donner les raisons de l'interprétation effectuée.

La justification de l'existence de la règle s'effectue par le visa d'un texte, dont l'appartenance au système juridique ne fait pas débat. Ce texte constitue le support de l'interprétation permettant d'aboutir à la règle appliquée. La nature du lien qui unit visa et règle de décision est très variée, et plus ou moins complexe selon les situations. Le sens des mots du texte, son contexte d'élaboration ainsi que le contexte d'application ont toujours un rôle à jouer dans le choix de l'interprétation effectuée. La justification de la règle par le biais du visa ne reflète pas l'ensemble des éléments pris en compte. Cependant, selon la nature du lien unissant le visa et la règle de décision, il est possible de mettre en lumière des arguments implicites œuvrant pour l'interprétation qui a été choisie. Ces arguments peuvent être fondés sur le sens des mots du texte visé, sur la *ratio legis*, ou encore sur les précédentes applications qu'a reçu le texte.

La justification de l'interprétation du texte s'effectue donc en général par le biais d'arguments implicites. Mais des textes ou principes présents dans le visa aux côtés du texte fondant directement la cassation, peuvent constituer des arguments explicites au service de l'interprétation choisie. Tout texte a vocation à constituer le contexte interprétatif d'un autre

texte. Certains textes, cependant, ont une fonction interprétative première en ce qu'ils ne peuvent pas servir de fondement direct à la cassation. Il en est ainsi des décisions du Conseil constitutionnel, de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme, mais aussi de textes qui ne sont pas d'application directe, et même de textes qui ne sont pas en vigueur. Cette fonction du visa, révélée par la pratique du visa de textes « interprétés à la lumière » d'un autre texte, se retrouve dans de nombreux arrêts, quelle que soit la formulation du visa. Elle gagne à être mise en évidence en ce qu'elle contredit l'affirmation selon laquelle la Cour de cassation ne livrerait jamais les *motifs des motifs*.

469. Même lorsque le visa est constitué par un principe ou une règle, il est rare qu'il se confonde avec la règle de décision. D'abord, un texte ou un autre visa non textuel peut l'accompagner. Des interactions entre ces visas seront alors souvent à l'œuvre. Ensuite, les règles et principes visés font eux-mêmes l'objet d'interprétations. Un même visa non textuel peut faire référence à plusieurs règles de décision différentes.

Parfois, cependant, le visa non textuel semble ne correspondre qu'à une règle particulière. On pourrait alors considérer qu'il opère une justification interne de la solution. Ainsi, la règle selon laquelle nul ne peut se constituer un titre à lui-même, lorsqu'elle est visée seule pour fonder la cassation d'un arrêt qui s'est appuyé exclusivement sur un élément de preuve préconstitué par une des parties pour établir les faits, semble bien opérer une justification interne de la solution. Ce type de visa est cependant rare, alors même qu'il est prévu à l'article 1020 du code de procédure civile que la Cour de cassation vise la *règle de droit* sur laquelle la cassation est fondée. Cette situation pourrait s'expliquer par le besoin de donner à la règle une justification externe : il n'est pas suffisant d'énoncer la règle et de l'appliquer. Il est nécessaire de donner des raisons au soutien de cette règle.

Étant donnée la formule brève du visa, ces arguments sont souvent implicites. Cette brièveté du visa, couplée à la nécessité d'une justification de la règle appliquée explique la prédominance du visa textuel. En effet, l'argument textuel permet de justifier une règle par la source de l'interprétation qui a abouti à sa formulation. En revanche, le visa d'un principe ou d'une règle ne permet pas en lui-même une identification de sa source.

Cette façon d'envisager le visa permet de se rendre compte que la suppression des visas n'implique pas nécessairement une disparition du modèle syllogistique, le visa ne constituant pas, dans la plupart des cas, une justification de type déductive, mais au contraire une justification externe de la solution. Inversement, le maintien des visas n'implique pas nécessairement une perduration du modèle syllogistique, dans le sens où le visa est avant tout une référence.

470. Cependant, une suppression des visas impliquerait de les remplacer par d'autres modes de justification externe de la solution. Il n'est pas certain que les décisions de la Cour de cassation

gagneraient en clarté, tant le visa est un mode efficace de transmission du message. Il permet tout à la fois de désigner la règle de droit applicable et de donner des raisons au soutien de cette règle.

Les problèmes de réception du message qu'est le visa pourraient être réduits par la mise en évidence des règles du jeu du visa. En effet, on a distingué deux types de visas qui correspondent à des règles différentes. Une meilleure perception de cette distinction pourrait éviter des quiproquos. Cela nécessiterait de la part de la Cour de cassation d'adopter des marqueurs supplémentaires au sein de certains visas, de façon à permettre une identification des textes qui sont visés parce qu'ils éclairent le texte à interpréter, et constituent ainsi un guide pour l'interprétation.

La permanence du sens des visas constitue aussi un élément très important. À ce titre, il est indispensable qu'elle soit respectée autant que possible à la fois par le rédacteur et par l'interprète de l'arrêt. En effet, c'est grâce à celle-ci que le visa peut renseigner sur la règle de décision en même temps qu'il la justifie. L'identification de la règle de décision à partir du seul visa est ainsi rendue possible sans qu'un chapeau ne soit nécessaire. Le respect de la permanence des visas nécessite réciproquement qu'un changement de solution implique un changement de visa. En effet, un revirement de jurisprudence sans modification des visas signifierait que le sens d'au moins un des visas a évolué. Une telle évolution n'est pas inconcevable, mais il est nécessaire que de telles hypothèses soient circonscrites pour que l'information délivrée par le visa puisse être saisie par les lecteurs des arrêts.

Il y a une richesse dans la liberté que laisse le visa à l'interprète de l'arrêt. Cette liberté permet des erreurs d'interprétation, qui peuvent se révéler fécondes. En effet, des analyses du fondement juridique d'un arrêt que les auteurs de celui-ci n'avaient pas imaginées peuvent constituer une meilleure justification que celle qu'ils avaient initialement à l'esprit.

471. Dans un contexte qualifié par certains de postmodernité¹⁶²⁹ et marqué par une crise de sources du droit¹⁶³⁰, le visa se présente paradoxalement comme un outil efficace de motivation de la solution. Certes, la justification ainsi opérée n'est jamais dialectique, le visa ne présentant pas les arguments contraires, mais elle n'est pas aussi rigide que ce que l'on aurait pu croire. La pratique du visa interprétatif permet l'intégration, dans la justification de l'arrêt, non seulement d'instruments dépourvus d'effet direct, mais aussi des décisions des juridictions avec lesquelles la Cour de cassation doit aujourd'hui composer.

¹⁶²⁹ F. MODERNE, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *RFDA* 1999 p. 722.

¹⁶³⁰ V. FORRAY, « La jurisprudence, entre crise des sources du droit et crise du savoir des juristes », *RTD civ.* 2009 p. 463.

Le visa, vestige du légalisme révolutionnaire, a su évoluer et se réinventer, au point d'apparaître comme un outil adapté face au défi de la multiplication des sources du droit, tout en continuant à être un rempart contre l'arbitraire du juge de cassation.

Annexe 1. Précisions sur le syllogisme et la logique formelle

La syllogistique d'Aristote

On apprend aux étudiants de première année que le syllogisme est un raisonnement de type déductif, qui permet d'appliquer le droit aux faits¹⁶³¹, le rapprochement de la majeure et de la mineure permettant de parvenir à une conclusion. Parfois, cette assertion est accompagnée d'une réflexion complémentaire, consistant à dire que dans les cas où la solution n'est pas évidente, un raisonnement dialectique est nécessaire pour s'accorder sur une des prémisses¹⁶³². Le syllogisme est en réalité un mode de raisonnement beaucoup plus complexe, qui nécessite le respect de certaines règles pour mener à une conclusion qui soit valide.

Définition aristotélicienne du syllogisme. Aristote définit le syllogisme comme « un raisonnement (logos) dans lequel, certaines choses étant posées, quelque chose en résulte nécessairement par le fait de ces données. L'expression *par le fait de ces données* signifie que c'est d'elles que résulte la conclusion, et elle signifie encore que rien d'extérieur n'a besoin d'être ajouté, pour rendre la conclusion nécessaire »¹⁶³³. Le syllogisme est « plus général que la démonstration, qui n'est qu'une sorte de syllogisme, tandis que tout syllogisme n'est pas une démonstration »¹⁶³⁴. En effet, il existe, à côté des syllogismes démonstratifs/scientifiques des syllogismes inductifs, qui correspondent à des discours rhétoriques¹⁶³⁵. La démonstration, pour Aristote est un syllogisme qui produit un résultat vrai, et non simplement probable, vraisemblable ou faussement

¹⁶³¹ Ainsi, R. CABRILLAC, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 10^{ème} édition, 2013, p.31 ; J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey Université, 14^{ème} édition, 2012, p. 54 ; E. DAMETTE et F. DARGIROLLE s'attardent beaucoup plus sur le syllogisme, de façon très pédagogique, dans leur *Méthode de français juridique*, Dalloz, Méthodes du droit, 1^{ère} édition, 2012, p.16 et s.

¹⁶³² Ainsi, R. CABRILLAC, *ibid.*, p. 32.

¹⁶³³ ARISTOTE, *Premiers analytiques*, trad. J. TRICOT, I, 1, 24 b 18-20, Librairie philosophique J. Vrin, Paris, 1983, p. 4-5.

¹⁶³⁴ ARISTOTE, *Premiers analytiques*, trad. BARTHÉLEMY-SAINT-HILAIRE, Librairie de Ladrance, Paris, 1839 Livre I., chapitre IV §1 (p. 12).

¹⁶³⁵ J.-P. DUMONT, *Introduction à la méthode d'Aristote*, Bibliothèque d'histoire de la philosophie, Paris, 1986, p. 94.

vrai¹⁶³⁶. Seuls les syllogismes permettant d'aboutir à des propositions absolues ou nécessaires sont donc des démonstrations.

Les syllogismes catégoriques correspondent à une relation d'appartenance. Il s'agit d'une relation du type « est dedans »¹⁶³⁷. Il est nécessaire de connaître d'abord les catégories avant employer des syllogismes sur celles-ci. Ce n'est donc qu'au sein d'un système cohérent que le syllogisme peut se concevoir.

Éléments théoriques nécessaires à l'utilisation du syllogisme. Le syllogisme aristotélicien est une inférence médiate, c'est-à-dire que la conclusion n'est pas déduite immédiatement d'une proposition. Il est composé de deux prémisses de chacune deux termes. La mineure contient le petit extrême et le moyen terme, la majeure le grand extrême et le moyen terme. La conclusion quant à elle est composée du petit extrême (le sujet de la conclusion) et du grand extrême (le prédicat de la conclusion)¹⁶³⁸. L'ordre des prémisses n'a pas d'importance, la mineure pouvant donc être placée avant la majeure¹⁶³⁹.

Quatre types de figures syllogistiques sont possibles selon l'ordonnement des termes dans les propositions :

1^{ère} figure :

Majeure : Moyen terme (M) est grand extrême (P)

Mineure : Petit extrême (S) est moyen terme (M)

Conclusion : Petit extrême (S) est grand extrême (P)

2^{ème} figure :

Majeure : Grand extrême (P) est moyen terme (M)

Mineure : Petit extrême (S) est moyen terme (M)

Conclusion : petit extrême (S) est grand extrême (P).

3^{ème} figure :

Majeure : Moyen terme (M) est grand extrême (P)

Mineure : moyen terme (M) est petit extrême (S)

¹⁶³⁶ P. PELLEGRIN, *Le vocabulaire des philosophes*, Ellipses, Aristote – syllogisme, p.158.

¹⁶³⁷ J.-P. DUMONT, *Introduction à la méthode d'Aristote*, Bibliothèque d'histoire de la philosophie, Paris, 1986, p. 79.

¹⁶³⁸ « J'appelle moyen le terme qui est lui-même contenu dans un autre terme, et contient un autre terme en lui, et qui occupe aussi une position intermédiaire ; J'appelle *extrêmes* à la fois le terme qui est lui-même contenu dans un autre, et le terme dans lequel un autre est contenu. » : ARISTOTE, *Premiers Analytiques*, trad. J. Tricot, I, 4, 4 35-40, Librairie philosophique J. Vrin, Paris, 1983, p. 13.

¹⁶³⁹ Ch. PERELMAN, *Logique et argumentation*, Presses universitaires de Bruxelles, Bruxelles, 1968, spé p. 44 et s.

Conclusion : petit extrême (S) est grand extrême (P).

4^{ème} figure :

Majeure : grand extrême (P) est Moyen terme (M)

Mineure : moyen terme (M) est petit extrême (S)

Conclusion : petit extrême (S) est grand extrême (P).

Ces propositions, que sont la majeure, la mineure et la conclusion, peuvent être de quatre types différents¹⁶⁴⁰ :

A : Affirmatives universelles : « Tous les A sont B ».

E : Négatives universelles : « Aucun A n'est B ».

I : Affirmative particulière : « Quelque A est N ».

O : Négatives particulières : « Quelque A n'est pas B ».

Quatre figures de syllogismes étant possibles, chacun renfermant trois propositions qui peuvent chacune être de quatre types différents, 256 modes de syllogismes sont théoriquement possibles. Mais pour être valable, un syllogisme aristotélicien doit obéir à huit lois générales¹⁶⁴¹ :

- 1) La première de ces lois est que le syllogisme ne peut comporter que trois termes différents.
- 2) Le moyen terme ne peut se trouver dans la conclusion
- 3) Si un terme n'est pas distribué dans une prémisses, il ne peut pas être distribué dans la conclusion
- 4) Le moyen terme doit être distribué au moins une fois
- 5) Deux prémisses affirmatives on ne peut pas tirer une conclusion négative
- 6) On ne peut tirer aucune conclusion valide de deux propositions négatives
- 7) Quand une prémisses est négative, la conclusion est négative et quand une prémisses est particulière, la conclusion est particulière.
- 8) On ne peut tirer aucune conclusion valide de deux propositions particulières.

Il s'en suit que seuls 24 des modes de syllogismes sur les 256 possibles sont valides. Ainsi pour les syllogismes de la 1^{ère} figure, seuls ces 6 modes sont valides : AAA AAI EAE EAO AII EIO. Pour les syllogismes de la 2^{ème} figure, seuls ces 6 modes sont valides : EAE EAO AEE AEO EIO AOO. En effet, on se rend bien compte qu'un syllogisme du type AAA ne fonctionnerait pas dans telle figure puisque cela reviendrait à affirmer la chose suivante :

¹⁶⁴⁰ La dénomination des propositions par des lettres est héritée des scolastiques.

¹⁶⁴¹ Ch. PERELMAN, Ibid p. 46 et s.

Majeure : Tous les hommes sont mortels. (PM)

Mineure : Tous les chiens sont mortels. (SM)

Conclusion : Tous les chiens sont des hommes. (SP)

Les syllogismes de la 3^{ème} figure ont eux aussi 6 modes valides : AAI IAI AII EAO OAO EIO, tout comme ceux de la 4^{ème} figure : AAI AEE AEO IAI EAO EIO.

Des quatre types de jugements catégoriels, seul le jugement général affirmatif (A) et le jugement général négatif (E), sont en principe utilisés dans les règles de Droit. Les jugements particuliers négatifs (O) et les jugements particuliers positifs (I) ne peuvent constituer le fondement d'une décision juridique, car ils ne permettent d'aboutir qu'à des conclusions particulières (règle n°7). Or, une conclusion particulière, ne pourrait être un critère pour l'action du juge de cassation. La prémisse correspondant aux faits ou à l'arrêt de la cour d'appel peut en revanche correspondre à un jugement particulier négatif ou positif.

Le syllogisme de la forme AAA, appelé le syllogisme Barbara, c'est-à-dire celui qui de deux prémisses générales affirmatives aboutit à une conclusion générale affirmative, sera le plus fréquent dans la déduction de règles particulières à partir de règles plus générales. Les syllogismes du type EAE—qui d'une majeure générale négative, d'une mineure générale affirmative arrivent à une conclusion générale négative—permettront d'exclure l'application d'une règle à certaines situations. Les syllogismes du type AEE permettent eux aussi de nier l'application d'une règle à certaines situations.

Les syllogismes contenant des propositions particulières sont utilisés quant à eux pour appliquer le droit aux faits. Les syllogismes du type AOO permettent de mettre en évidence la non-conformité d'un jugement à une règle ou le fait qu'il ne présente pas une qualité requise, alors que ceux du type AII permettent de décider qu'une règle est applicable à un cas particulier.

La logique des propositions

La logique des propositions nécessite l'utilisation des symboles suivants¹⁶⁴² :

→ : implication (si... alors...)

¬ : négation

¹⁶⁴² D'autres symboles peuvent être utilisés par certains logiciens, mais on a choisi ici de ne donner qu'un seul symbole pour chaque signification dans un souci de simplicité.

Sur la logique des propositions, voir notamment M.-L. MATHIEU, *Logique et raisonnement juridique*, Paris, PUF, Thémis droit, 2^{ème} édition, 2015.

\equiv : équivalence (si et seulement si)

\wedge : conjonction (et)

\vee : disjonction (ou)

L'équivalence équivaut à la double implication $(p \equiv q) \equiv ((p \rightarrow q) \wedge (q \rightarrow p))$

Le « ou exclusif » entre deux propositions p et q ou le 'soit p soit q ' (l'une est vraie et l'autre fausse) doit s'exprimer par $(p \wedge \neg q) \vee (\neg p \wedge q)$

Le « ni... ni... » entre deux propositions p et q (les deux sont fausses simultanément) s'exprime par $\neg p \wedge \neg q$

On pourra également utiliser les symboles suivants afin de désigner un ensemble de règles :

\forall : Quantificateur universel (quel que soit, pour tout)

\exists : Quantificateur existentiel (il existe au moins un)

\in : Symbole d'appartenance à un ensemble

L'idée est, tout comme pour le syllogisme, de parvenir à une conclusion à partir de quelques propositions mises en relation. Pour utiliser la logique des propositions, il est nécessaire de traduire en langage formel les règles juridiques. Ainsi, l'article 1240 du code civil selon lequel « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer » devient : Si « fait quelconque de l'homme constitutif d'une faute causant à autrui un dommage » alors « obligation de réparation ». En notant la première proposition p et la seconde q , on aura : $p \rightarrow q$.

La Cour de cassation, qui vérifie la bonne application de l'article 1240 du code civil n'aura pas le même type de raisonnement selon qu'elle vérifie qu'une faute ayant causé un dommage a bien entraîné une allocation de dommages intérêts, ou selon qu'elle vérifie qu'une allocation de dommages-intérêts a bien été impliquée par une faute ayant causé un dommage. En effet, l'allocation de dommages intérêts peut avoir plusieurs faits générateurs, comme la responsabilité du fait des choses ou la responsabilité du fait des parents. On aura donc :

p : faute causant un dommage

q : réparation

r : chose causant un dommage

s : enfant causant un dommage

x : toutes les autres situations entraînant une obligation de réparation

$q \rightarrow p \vee r \vee s \vee x$

C'est-à-dire que s'il y a eu obligation à réparation, il est nécessaire qu'il y ait eu une faute causant un dommage, ou une chose causant un dommage, ou un enfant causant un dommage, ou toute autre situation entraînant une obligation de réparation. Ainsi, si la cour d'appel prétend avoir appliqué la règle $p \rightarrow q$ alors que $\neg p$, mais r , et que la Cour de cassation a la possibilité d'effectuer une substitution de motifs¹⁶⁴³, alors elle ne cassera pas l'arrêt de la cour d'appel, puisque la règle $(q \rightarrow p \vee r \vee s \vee x)$ aura été respectée¹⁶⁴⁴. Mais si la substitution de motifs est impossible, parce qu'elle ne dispose pas d'éléments suffisants, alors la cassation aura lieu.

En revanche, lorsque la Cour de cassation vérifie que l'implication prévue par la règle de droit a bien eu lieu, elle vérifie que les éléments constatés par la cour d'appel ont bien entraîné la conséquence prévue dans la loi. La règle dont elle vérifie l'application sera alors : $p \rightarrow q$.

Quelques règles élémentaires de déduction seront nécessaires pour parvenir, à partir d'une règle de droit, à la conclusion que la cassation doit avoir lieu¹⁶⁴⁵ :

- 1) Le principe du tiers exclu : Les expressions doivent être toutes soit vraies, soit fausses
- 2) Le principe de non-contradiction : Elles ne peuvent être à la fois vraies et fausses
- 3) Le principe d'identité : elles doivent garder toujours la valeur qu'on leur a attribuée.

Lois de contraposition :

- 4) p implique q ($p \rightarrow q$) est équivalent à non p ou q ($\neg p \vee q$).

Remarque : Si p est fausse, on peut avoir q ou non q .

L'implication $p \rightarrow q$ est équivalente à $\neg q \rightarrow \neg p$ (non q implique non p). En effet, non q implique non p est équivalente à non (non q) ou non p donc équivalente à q ou non p donc équivalente à p implique q

L'implication $\neg q \rightarrow \neg p$ est appelée proposition contraposée de $p \rightarrow q$

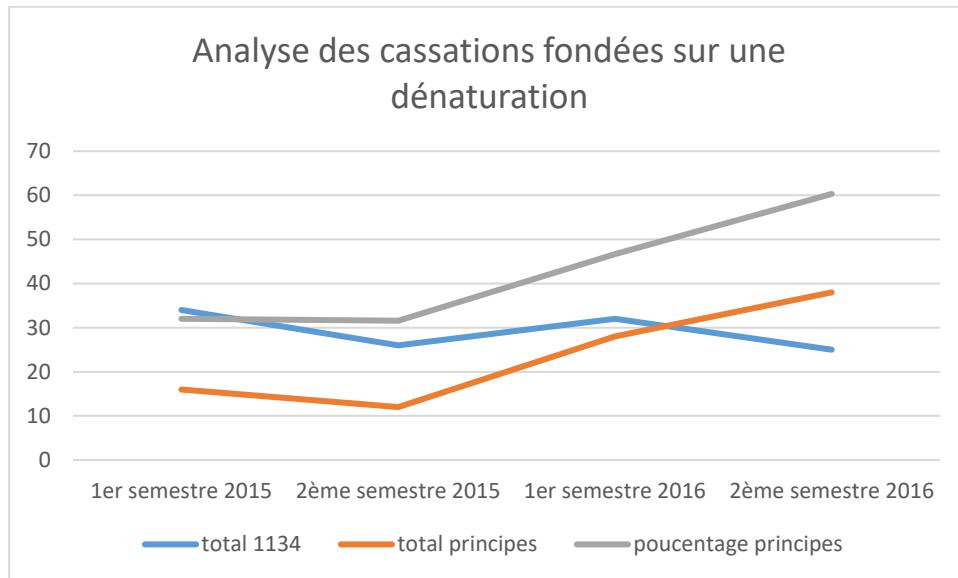
- 5) On ne pas avoir à la fois p implique q et p et non q : $p \rightarrow q \equiv \neg (p \wedge \neg q)$ (p implique q est équivalent à non (p et non q))
- 6) Inversement, p et non q est équivalent à p n'implique pas q : $p \wedge \neg q \equiv \neg (p \rightarrow q)$

¹⁶⁴³ Article 620 du code de procédure civile.

¹⁶⁴⁴ Exemple de substitution de motifs : 2^{ème} civ, 22 octobre 2009, *Bull.* 2009, II, n° 255, pourvoi n° 08-16.766.

¹⁶⁴⁵ Ch. PERELMAN, *Logique et argumentation*, Presses universitaires de Bruxelles, Bruxelles, 1968, spéc. p. 11 et s.

Annexe 2. Visas en matière de dénaturation



Durant les années 2015 et 2016, le pourcentage de cassations pour dénaturation fondées sur l'obligation pour le juge de ne pas dénaturer les documents de la cause par rapport au nombre total de dénaturations est en nette augmentation.

BIBLIOGRAPHIE

THÈSES ET MONOGRAPHIES

- ALEXY (R.), *A theory of legal argumentation*, Oxford university press, 1989.
- ALEXY (R.), *The argument from Injustice, a reply to Legal Positivism*, Oxford university Press, 2002.
- ARISTOTE, *Premiers Analytiques*, trad. J. TRICOT, Librairie philosophique J. Vrin, Paris, 1983.
- ARISTOTE, *Premiers analytiques*, trad. J. BARTHÉLEMY-SAINT-HILAIRE, Librairie de Ladrangé, Paris, 1839.
- ATIAS (C.), *Questions et réponses en droit*, PUF, Paris, 2009
- AMRANI-MEKKI (S.), *Le temps et le procès civil*, Nouvelle Bibliothèque des thèses, Dalloz, 2002.
- AUBERT (H.), *Des causes d'ouverture à cassation*, 1884, Paris.
- BARDOT (H.), *Étude sur le pourvoi devant la Cour de cassation en matière civile*, Thèse, Paris, 1873.
- BODIN (J.), *Exposé du droit universel*, PUF, 1985.
- BASSET (A.), *Pour en finir avec l'interprétation*, Institut Universitaire Varenne, 2015.
- BÉCHILLON (D.), *La notion de principe général en droit privé*, PUAM, Aix-en-Provence, 1998.
- BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, Méthodes du droit, Dalloz, 5^{ème} édition, 2012.
- BERGEL (J.-L.), *Méthodologie juridique*, Thémis, 2^{ème} édition, 2016.
- BERGSON (H.), *Matière et mémoire. Essai sur la relation du corps à l'esprit*, Puf quadrige, 1996.
- BERENGER (F.), *La motivation des arrêts de la Cour de cassation*, PUAM, 2003.
- BILLIER (J.-C.), MARYIOLI (A.), *Histoire de la philosophie du droit*, Armand Colin, 2001.
- BOUCARON-NARDETTO (M.), *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, PUAM, 2013.
- BOUSSARD (S.), *L'étendue du contrôle de cassation devant le conseil d'état un contrôle tributaire de l'excès de pouvoir*, 2002, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2002.
- CARDOZO (B. N.), *La nature de la décision judiciaire*, traduit par Gwénaëlle Calvès, Rivages du droit, Dalloz, 2011.
- CARPENTIER (M.), *Norme et exception. Essai sur la défaisabilité en droit*, Paris, LGDJ/Fondation Varenne, coll. des thèses, 2014.
- CHAMPEIL-DESPLATS (V.), *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Méthodes du droit, Dalloz, 2014.
- CHARBONNEAU (C.), *La Cour de cassation et l'élaboration de la norme*, IRJS, Paris, 2011.
- CHARTIER (Y.), *La Cour de cassation*, Paris, Dalloz connaissance du droit, 2^{ème} édition, 2001.
- CHÉNON (É.), *Origines, conditions et effets de la cassation*, Paris L. Larose et Forcel, Mémoire, 1882.
- CÔTÉ (P.-A.), *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1999.
- COPPENS (P.), *Normes et fonction de juger*, La pensée juridique, Paris, Bruylant LGDJ., 1998.
- DESCARTES, *Discours de la méthode* (1637), Librairie classique d'Eugène Belin, Paris, 1861.
- DESAULNAY (O.), *L'application de la Constitution par la Cour de cassation*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2009.

- DEUMIER (P.), *Le droit spontané*, Economica, Recherches juridiques, 2002.
- DIJON (X.), *Droit naturel*, Tome 1, Les questions du droit, Thémis Droit privé, PUF, 1998.
- DUBOS (O.), *Les juridictions nationales, juge communautaire*, Nouvelle Bibliothèque de thèses, Dalloz, 2001.
- DUGUIT (L.), *Le droit constitutionnel et la sociologie*, Armand Colin, 1879.
- DUMONT (J.-P.), *Introduction à la méthode d'Aristote*, Bibliothèque d'histoire de la philosophie, Paris, 1986.
- DWORKIN (R.), *Prendre les droits au sérieux* (1977), PUF, Paris, 1995.
- EMANE MEYO (M.), *La norme facultative*, Thèse, Orléans, 2016.
- FAYE (E.), *La Cour de cassation, Traité de ses attributions, de sa compétence*, A. Chevallier-Marescq et Cie, éditeurs, 1903, Paris.
- FRANK (J.), *Law and the Modern Mind* (1930), Transaction publishers, New Brunswick, 2009, p. 109.
- FRYDMAN (B.), *Le sens des lois, Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruylant, 2011.
- FRYDMAN (B.), *Philosophie du droit*, Connaissance du droit, Dalloz, 3^{ème} édition, 2010.
- GÉA (F.), *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle*, LGDJ, collection des thèses n°24, 2009.
- GÉNY (F.), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, LGDJ, T. II., 1919.
- GERRY-VERNIÈRES (S.), *Les « petites » sources du droit : à propos des sources étatiques non contraignantes*, Paris, Economica, 2012.
- GILISSEN (J.), *Introduction historique au droit, Les sources du droit depuis le XIII^e siècle*, Bruylant, Bruxelles, 1979.
- HALPERIN (J.-L.), *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la révolution (1790-1799)*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1987.
- HART (H.L.A.), *Le concept de Droit*, Faculté universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2^{ème} édition, 2005.
- HUFTEAU (Y.-L.), *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, PUF, 1965.
- GOLTZBERG (S.), *Théorie bidimensionnelle de l'argumentation juridique, présomption et argument a fortiori*, Bruylant, Bruxelles, 2012.
- GOLTZBERG (S.), *L'argumentation juridique*, Paris, Dalloz connaissance du droit, 2^{ème} édition, 2015.
- GOLTZBERG (S.), *Les sources du droit*, Que sais-je ?, PUF, 2016.
- GROTIUS (H.), *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. Jean BARBEYRAC, publications de l'université de Caen, 1984.
- GOYARD-FABRE (S.), *La textualité du droit, Étude formelle et enquête transcendantale*, cerf, 2012.
- IVAINER (T.), *L'interprétation des faits en droit, Essai de mise en perspective cybernétique des « lumières du magistrat »*, Bibliothèque de philosophie du droit, Tome 30, LGDJ, Paris, 1988.
- JANVILLE (Th.), *La qualification juridique des faits*, PUAM, 2004.
- KOUBI (G.), *Les circulaires administratives*, Economica, Paris, 2003.
- KOYRÉ (A.), *Du monde clos à l'univers infini*, Gallimard, 1973.
- LANZARA (D.), *Les méthodes de la Cour de cassation dans la création du droit : étude à la lumière du droit des obligations*, Thèse, Nice, 2014.
- LAVAUX, *Manuel du Tribunal de cassation ou règles de justice civile, criminelle, correctionnelle et de police, dans ses rapports avec l'institution du Tribunal de cassation*, Paris, an VI, 1797.
- LE BARS (T.), *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, L.G.D.J., Paris, 1997.

- LIBCHABER (R.), *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, Paris, LGDJ, 2013.
- LINDON (R.), *Le style et l'éloquence judiciaire*, Albin Michel, Paris, 1968.
- LLEWELLYN (K.), *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*, Little Brown, Boston 1960.
- LIVET (P.), *Les normes*, Armand Colin, Paris, 2006.
- LOCKE (J.), *Traité du gouvernement civil* (1690), trad. D. MAZEL, Garnier Flammarion 1992.
- LYOTARD (J.-F.), *La phénoménologie*, Puf, Que sais-je, 2004.
- MACCORMICK (N.), *Raisonnement juridique et théorie du droit*, PUF, 1^{ère} édition, Paris, 1996.
- MALHIÈRE (F.), *La brièveté des décisions de justices*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, avril 2013.
- MARRAUD (C.), *La notion de dénaturation en droit privé français*, Université de Nancy, 1974.
- MARTY (G.), *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, thèse de droit, Toulouse, Paris, Sirey, 1929, 388 p.
- MOLFESSIS (N.), *Le conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, 1997.
- MORVAN (P.), *Le principe de droit privé*, Éditions Panthéon Assas, Paris, 1999.
- MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Dalloz, Paris, 2002.
- MULLER (F.), *La Cour de cassation belge à l'aune des rapports entre pouvoirs, De sa naissance dans le modèle classique de la séparation des pouvoirs à l'aube d'une extension de la fonction juridictionnelle, 1832-1914/1936*, Justice et société, La charte, Brugge, 2011.
- PAYEN (P.), *Les arrêts de règlement du Parlement de Paris au XVIII^e siècle, Dimension et doctrine*, Puf, Les grandes thèses du droit français, 1997.
- PERELMAN (Ch.), *Logique et argumentation*, Presses universitaires de Bruxelles, Bruxelles, 1968.
- PERELMAN (Ch.), *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, 1979, réimpression, Paris, Dalloz, 1999.
- PERELMAN (Ch.) et OLBRECHTS-TYTECA (L.), *La nouvelle rhétorique, Traité de l'argumentation*, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1992.
- PINAT (C.-S.), *Le discours de l'avocat devant la Cour de cassation : Étude de théorie du droit*, Thèse, Droit, Montpellier, 2015.
- RIGAUX (F.), *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bibliothèque de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain, Bruxelles, 1966.
- ROSS (A.), *Directives and norms*, (1968), rééd. Clarck, Lawbook exchange, 2009.
- TARDÉ (A.-P.), *Cour de cassation, lois et règlements à l'usage de la Cour de cassation*, Librairie encyclopédique de Roret, Paris, 1840.
- TRIENBACH (M.), *Les normes non directement applicables en droit public français*, LGDJ, 2015.
- TROPER (M.), *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, Puf, 1994.
- TROPER (M.), *La philosophie du droit*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 2015.
- VILLEY (M.), *Leçons d'Histoire de la philosophie du droit*, 1962, réédition, bibliothèque Dalloz, 2002.
- VILLEY (M.), *La formation de la pensée juridique moderne*, Quadrige manuels, PUF, 2^{ème} édition, 2013, Paris.

MANUELS

- AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Dalloz Université, 2014.
- BATTEUR (A.), *Les annales du droit 2017*, Dalloz, 2016.
- BORÉ (J. et L.), *La cassation en matière civile*, Dalloz Action, 4^{ème} édition, 2009-2010.
- BORÉ (J. et L.), *La cassation en matière civile*, Dalloz Action, 5^{ème} édition, 2015-2016.
- BUFFET (J.), *Droit et pratique de la cassation en matière civile*, LexisNexis, 3^{ème} édition, 2012.
- CABRILLAC (R.), *Introduction générale au droit*, Dalloz Cours, 10^{ème} édition, 2013.
- CABRILLAC (R.), FRISON-ROCHE (M.-A.) et REVET (T.), *Droits et libertés fondamentaux*, Paris, Dalloz, 11^{ème} éd., 2011.
- CADIET (L.), JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, Paris, LexisNexis, 9^{ème} édition, 2016.
- CALAIS-AULOY (J.) et TEMPLE (H.), *Droit de la consommation*, Paris, Précis Dalloz, 2015.
- CHABANOL (D.), *La pratique du contentieux administratif*, Paris, LexisNexis, 11^{ème} édition, 2015.
- CARBASSE (J.-M.), *Introduction historique au droit*, Paris, PUF, 1^{ère} édition, 1998.
- CARBONNIER (J.), *Droit civil, Introduction*, Paris, PUF, 27^{ème} édition, 2002.
- CORNU (G.), *Linguistique juridique*, Paris, Montchrestien, 3^{ème} édition, 2008.
- DARGIROLLE (F.), DAMETTE (E.), *Méthode de français juridique*, Paris, Dalloz, Méthodes du droit, 1^{ère} édition, 2012.
- DEFRÉNOIS-SOULEAU (I.), *Je veux réussir mon droit*, Dalloz, 10^{ème} édition, Paris.
- DEMANTE, *Droit civil français*, Tome I, Paris, 3^{ème} édition, 1840.
- DEUMIER (P.), *Introduction générale au droit*, Paris, LGDJ, 2^{ème} édition, 2013.
- GARÉ (T.), *Annales Introduction au droit et droit civil 2015*, Paris, Dalloz, Annales du droit, 2014.
- GARÉ (T.), GINESTET (C.), *Droit pénal. Procédure pénale*, Dalloz, Hypercours, 2016.
- GRUA (F.), CAYROL (N.), *Méthode des Études du droit*, Paris, Dalloz, Méthodes du droit, 3^{ème} édition, 2014.
- JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), BACHELLIER (X.), BUK LAMENT (J.), *La technique de cassation, pourvois et arrêts en matière civile*, Méthodes du droit, Dalloz, Paris, 8^{ème} édition, 2013.
- TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), *Les obligations*, Dalloz, 9^e éd., 2005.
- MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), *Les Biens*, LGDJ, 7^{ème} édition, 2017.
- MALAURIE (Ph.) et Morvan (P.), *Introduction au droit*, Paris, LGDJ, 5^{ème} édition, 2014.
- MALINVAUD (P.), *Introduction à l'étude du droit*, 12^{ème} édition, Paris, LexisNexis Litec, 2008.
- MATHIEU (M.-L.), *Logique et raisonnement juridique*, Paris, PUF, Thémis droit, 2^{ème} édition, 2015
- MAZEAUD (L., H. et J.), CHABAS (F.), *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 2, *Les biens*, 9^{ème} édition, 1998.
- PERDRIAU (A.), *La pratique des arrêts civil de la Cour de cassation, principes et méthodes de rédaction*, Litec, 1993.
- RODIÈRE (P.), *Traité de droit social de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2^{ème} édition, 2014.
- TRUCHET (D.), *Droit administratif*, Paris, PUF, 6^{ème} édition, 2015.
- VILLEY (M.), *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, 1962, réédition, Paris, Bibliothèque Dalloz, 2002.

VILLEY (M.), *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, Quadrige manuels, 2^{ème} édition, 2013.

VINCENT (J.), GUINCHARD (S.), MONTAGNIER (G.), VARINARD (A.), *Institutions judiciaires*, Paris, Précis Dalloz, 8^{ème} édition, 2005.

VINCENT (J.), GUINCHARD (S.), Paris, *Procédure civile*, Précis Dalloz, 33^{ème} édition, 2016.

ARTICLES

ADAM (P.), « Mon traître, ce héros », *Rev. trav.* 2016 p. 566.

ADIDA-CANAC (H.), VASSEUR (T.), DE LEIRIS (E.), LAZERGES-COUSQUER (L.), TOUATI (N.), « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2015 p. 1791.

AHIAKU (K.), « Propriété littéraire et artistique » *JCP E*, n° 5, 29 Janvier 2009, 1108.

ANCEL (J.-P.), « Le manque de base légale », Cycle Droit et technique de cassation 2009, *BICC* n° 719 du 1^{er} avril 2010.

ANCEL (B.), « Destinées de l'article 3 du Code civil », in *Le droit international privé : esprit et méthodes Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005 p. 1.

ANTIPPAS (J.), « De la bonne foi précontractuelle comme fondement de l'obligation de maintien de l'offre durant le délai indiqué », *RTD civ.* 2013 p. 27.

AMRANI-MEKKI (S.), « Chronique de droit judiciaire privé », *JCP G* n° 16, 19 Avril 2006, I, 133.

AMRANI-MEKKI (S.), « Chronique de droit des contrats », *D.* 2008 p. 2965.

ARBELLOT (F.), LE BRAS (A.-C.), GAUTHIER (T.), TRÉARD (S.), « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2016 p. 2244.

ARHAB-GIRARDIN (F.), « La consécration d'un nouveau préjudice moral né du défaut d'information médicale », *RDSS* 2010 p. 898.

ATIAS (C.), « Normatif et non normatif », *RRJ* 1982 p. 219.

ATIAS (C.), « La fonction d'appréciation souveraine des faits », *D.* 2009 p. 744.

AUBERT (J.-L.), « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile », *D.* 2005 p. 1115.

AUBERT (J.-L.), « Quelques impressions de délibéré à la Cour de cassation », in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, Paris.

AUDIT (M.), « De la notion de réserve faite par un État lors de la signature d'un traité », *Rev. crit. DIP* 2007 p. 391.

AYNÈS (A.), « Consécration légale des droits de rétention », *D.* 2006 p. 1301.

AZÉMA (J.), « Dépôt frauduleux », *RTD com.* 2007 p. 342.

AZZI (T.), « Présomption de titularité des droits relatifs à un enregistrement phonographique : application en matière de droits voisins d'une règle prétorienne forgée en droit d'auteur », *D.* 2013 p. 402.

BARTHÉLÉMY (J.), « Le principe d'égalité de traitement », *Les Cahiers du DRH*, n° 157, 1^{er} septembre 2009.

BÉLAVAL (M.-L.), SALOMON (R.), « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2008 p. 2749.

- BELLEFLAMME (F.), DOUTREPONT (M.), « Les circulaires en droit administratif général et en droit des étrangers : révision d'un « classique » des sources alternatives à l'aune de la théorie des sources du droit », in Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, P. GÉRARD et al. (dir.), *Les sources du droit revisitées, Vol. 2, Les normes internes infraconstitutionnelles*, Anthémis, Bruxelles, 2012.
- BÉNABENT (A.), « La Cour de cassation entend-elle décourager le prêt à usage ? », *D.* 1997 p. 145.
- BÉNABENT (A.), « Les moyens de cassation », in (dir.) Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, *Le juge de cassation en Europe*, Dalloz, 2012, p. 69.
- BENSAMOUN (A.), SIRINELLI (P.), « Droit d'auteur *vs* liberté d'expression : suite et pas fin... », *D.* 2015 p. 1672.
- BERGEL (J.-L.), « Différence de nature égale différence de régime », *RTD civ.* 1984 p. 255.
- BERGEL (J.-L.), « Le processus de transformation de décisions de justice en normes juridiques », *RRJ* 1993 p. 1055.
- BERGEL (J.-L.), « Les fonctions de l'analogie en méthodologie juridique », in *Analogie et méthodologie juridique, Cahiers de méthodologie juridique, RRJ*, 1995, p. 1079.
- BERGEL (J.-L.), « Droit de propriété et troubles du voisinage », *RDI* 1996 p.175.
- BERLIOZ (P.), « Prescription de l'action en nullité de la stipulation du TEG d'une ouverture de crédit en compte courant », *JCP E* n° 35, 30 Août 2007, p. 17.
- BIOY (X.), « L'usage du concept de « personne » en droit », *RRJ cahiers de méthodologie juridique* n°26, 2012-5, numéro spécial, p. 2171.
- BOLARD (G.), « L'office du juge et le rôle des parties : entre arbitraire et laxisme », *JCP* 2008, I, 156.
- BOLARD (G.), « Le droit de se contredire au détriment d'autrui ? », *JCP G* 2015, p. 146.
- BORÉ (L.), « Une nouvelle réforme de la Cour de cassation, À propos du décret n° 2008-484 du 22 mai 2008 », *JCP G* n° 24 p. 3, 11 Juin 2008, act. 399.
- BORÉ (J.), « *Da mihi factum, dabo tibi jus*. Une philosophie du procès toujours d'actualité ? », *JCP* 2009 p. 319.
- BORGA (N.), « Déclaration d'insaisissabilité : la Cour de cassation avance à pas comptés », *D.* 2015 p. 1302.
- BORGHETTI (J.-S.), « Étendue des recours entre coresponsables : la responsabilité du fait des produits à la pointe de l'égalité » *D.* 2015 p. 405.
- BOULANGER (J.), Principes généraux du droit et droit positif, in *Mélanges G. Ripert*, LGDJ, 1950, p. 51.
- BOULET-SAUTEL (M.), « La cassation sous l'Ancien régime », in *Le tribunal et la Cour de cassation 1790-1990*, association des magistrats et anciens magistrats de la Cour de cassation, Litec, 1990, p. 1.
- BOULOGNE-YANG-TING (C.), « Le bailleur face aux travaux du locataire commerçant dans l'immeuble loué », *JCP G*, n° 15, 13 Avril 2005, I, 131.
- BOURREL (A.), « L'étendue du contrôle de cassation : faut-il séparer « appréciation souveraine » et « qualification juridique des faits » ? », *RFDA* 1999 p. 124.
- BOUSEZ (F.), « Droit du travail, Chronique sous la direction de Bernard Teyssié », *JCP G* 4 Mars 2013, n° 10, doct. 279.
- BOYER (P.-L.), « « Kelson c/ Equité » : la justice considérée comme souci », *Gaz. Pal.*, 26 juillet 2016, n° 28 p. 23.
- BRETON (A.), « L'arrêt de la Cour de cassation », *Annales de l'université de Toulouse*, 1975 p. 5.

- BRUGUIÈRE (J.-M.), Carrié (L.), « Rémunération de l'image des mannequins : rétribution du travail et/ou exploitation de la notoriété ? », *JCP S* n° 6, 11 Février 2014, 1054.
- BRUN (P.), GOUT (O.), « Chronique de responsabilité civile », *D.* 2011 p. 35.
- BRUNET (P.), « Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif », *Droits* 2004, p.197.
- BRUNET (P.), « Le style déductif du Conseil d'État et la ligne de partage des mots », *Droit et société* 91/2015 p. 545.
- BRUNET (P.), « Analyse réaliste du jugement juridique », *Cahiers philosophiques*, 4/2016, n° 147, p. 9.
- BURGELIN (J.-F.), « La Cour de cassation en question », *D.* 2001, p. 932.
- BROŹEK (B.), « Legal Logic. Myths and Challenges », in *Theory of Imperatives from Different Points of View*, A. BROŹEK, J. J. JADACKI, B. ZARNIC (dir.), Semper, Warszawa 2011, 49-59, p. 49.
- BUCHBERGER (M.), « Chronique Cessions de droits sociaux », *JCP E*, n° 15, 14 Avril 2016, p. 1217.
- CABRILLAC (M.), « Redressement et liquidation judiciaires des entreprises. Chronique », *JCP G.* n° 40, 5 Octobre 2005, doct. 174.
- CABRILLAC (R.), « L'argument sociologique : diversité des cas, unité d'inspiration », », in *L'argument sociologique en Droit*, Dalloz, 2015, p. 21 s.
- CADIET (L.), « La légalité procédurale en matière civile », *BICC* 15 mars 2006, n° 636, p. 3-19.
- CALLET (C.), « La question soulève-t-elle une difficulté sérieuse ? Désaccord et argumentation raisonnable », *RRJ, Cahiers de méthodologie juridique*, septembre 2015, p. 2097.
- CASEY (J.), « L'action en retranchement est rétroactivement ouverte aux enfants naturels ! », *RJPF* 2002, n° 5, p. 14.
- CASSIA (P.), « L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par le juge national », *JCP. G.* n° 10, 5 Mars 2012, doct. 298.
- CASU (G.), « Qu'est-ce qu'une question préjudicielle ? », *Procédures* n° 8-9, Août 2016, étude n° 8, p. 3.
- CAVALLINI (J.), « L'invocabilité des principes de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *JCP. S.* n° 23, 10 Juin 2014, 1232.
- CAYLA (O.), « La qualification ou la vérité du droit », *Droits*, n°18, 1993, p. 3.
- CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « Alf Ross : droit et logique », *Droit et Société* 50-2002 (p. 29-41).
- CHAMPEIL-DESPLATS (C.), « La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français », *D.* 1995 p. 323.
- CHARRUAULT (C.), « Remarques sur la mission disciplinaire du juge de cassation », in *Le juge de cassation en Europe*, (dir.) Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, éditions Dalloz, 2012, p. 87.
- CHAUVIN (P.), CRETON (C.), « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2008 p. 638.
- CALLET (C.), « La question soulève-t-elle une difficulté sérieuse ? Désaccord et argumentation raisonnable », *RRJ, cahiers de méthodologie juridique*, 2015, p. 2097.
- CAVALLINI (J.), « L'invocabilité des principes de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne » *JCP S.* n° 23, 10 Juin 2014, 1232.
- CERATI-GAUTHIER (A.), « L'opposabilité de la déclaration d'insaisissabilité au liquidateur judiciaire du déclarant une nouvelle fois confirmée », *JCP E* n° 22, 28 mai 2015, 1245.

- CHARBONNEAU (C.), « La réparation intégrale du dommage, un principe à nuancer », *RLDC* n° 107, 1^{er} septembre 2013, p. 19.
- CHARTIER (Y.), « Le rapport de la Cour de cassation, À propos du Rapport pour l'année 1999 » *JCP G* n° 25, 21 Juin 2000, I, 238.
- CHASSAGNARD (S.), « L'enfant naturel, nouveau bénéficiaire de l'action en retranchement : Une interprétation nouvelle de l'ancien article 1527, alinéa 2 du Code civil » *LPA*, 2002, n° 149, p. 22
- CHAZAL (J.-P.), « Léon Duguit et François Gény, Controverse sur la rénovation de la science juridique », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2010/2 Volume 65, p. 85-133.
- CHÉNEDÉ (F.), « QPC et interprétation jurisprudentielle : entre ralliement officiel et résistance ponctuelle de la Cour de cassation », *JCP* n° 45, 5 novembre 2011, 1197.
- CHÉNEDÉ (F.), « Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme (à propos de la validation judiciaire d'un mariage illégal) », *D.* 2014 p. 179.
- CHEVALLIER (J.), « Du principe de séparation au principe de dualité », *RFDA* 1990 p. 712
- CHEVALIER (P.), « La légalisation des actes de l'état civil étrangers : une exigence devenue coutumière », *D.* 2009 p. 2004.
- CHOLET (D.), MESTRE (J.), « Que reste-t-il du principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui ? », *JCP G* n° 4, 25 Janvier 2016, 80.
- CLAVERANNE (J.-P.), CALLU (M.-F.), « Pratiques médicales et nomenclature des actes médicaux : du mal usage à l'escroquerie », *RDSS* 2008 p. 108.
- COHEN (D.), CUNIBERTI (G.), KAPLAN (C.), « Principe compétence-compétence et domaine matériel de la clause compromissoire », *JCP E* n° 6, 7 Février 2002, 274.
- COHEN (M.), « L'unité de la justification à l'épreuve de la justification juridique », in *L'unité des sciences, Nouvelles perspectives*, Vuibert, 2009, pp.91-102.
- COHEN-JONATHAN (G.), « Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en l'hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 164.
- COMBEAU (P.), « Un oubli dans la réforme : l'invocabilité des circulaires et instructions administratives », *AJDA* 2000 p. 495.
- CONSTANTIN (A.), « Loyauté des dirigeants : l'obligation de loyauté et de fidélité pesant sur le gérant d'une SARL lui interdit de négocier, en qualité de gérant d'une autre société, un marché dans le même domaine d'activité », *RTD com.* 2012 p. 137.
- CORNU (G.), « Le règle discret de l'analogie », in *Analogie et méthodologie juridique*, Cahiers de méthodologie juridique, RRJ, 10, 1995p. 1067 s.
- CORTEN (O.), « Les rapports entre droit international et droits nationaux : vers une déformalisation des règles de reconnaissance ? », in H. DUMONT, Ph. GERARD, I. HACHEZ, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (dir.) *Les sources du droit revisitées*, tome IV, Bruxelles, Anthémis, 2013, p. 338.
- COURBE (P.), JAULT-SESEKE (F.), « Droit international privé », *D.* 2007 p. 1751
- COURET (A.), DONDERO (B.), « Toute clause de non-concurrence doit-elle prévoir une contrepartie financière ? » *JCP E*, n° 21-22, 26 Mai 2011, 1409.
- COUTRON (L.), « Retour fataliste aux fondements de l'invocabilité des directives », *RTD eur.* 2015. 39.
- COUTURIER (G.), « L'article L. 122-12 du Code du travail : la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation », *Dr. soc.* 1990 p. 412.

CRÉDOT (F.-J.) et SAMIN (T.), « Prêt - Déchéance du terme : nécessité d'une mise en demeure en l'absence d'une disposition expresse contraire », *Revue de Droit bancaire et financier* n° 6, Novembre 2015, comm. 183.

CRETON (C.), « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2010 p. 2092.

CROZE (H.), « Pour une motivation pas trop explicite des arrêts de la Cour de cassation », in *Mélanges Ph. Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 181.

CUNIBERTI (G.) et KAPLAN (C.), « Principe compétence-compétence et domaine matériel de la clause compromissoire », *JCP E* n° 6, 7 Février 2002, 274.

DALEAU (J.), « Définition de la fraude en matière de marque », *D.* 2006 p. 1371.

DAVID (S.), « Prestation compensatoire : le juge ne peut substituer d'office une rente viagère au capital demandé, à propos de 1^{ère} civ. 23 octobre 2013 », *AJ fam.* 2013 p. 707.

DE BÉCHILLON (D.), « Observations sur le contrôle de proportionnalité », *regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation, conférence débat 24 novembre 2015*, actes publiés dans le supplément de *JCP G* n° 1-2 - 11 janvier 2016, p. 27 s., spéc. p. 29.

DE GOUTTES (R.), « Le dialogue des juges », Colloque du Cinquantenaire, 3 novembre 2009, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, hors-série 2009.

DELNOY (P.), « En quel sens le juriste raisonne-t-il aujourd'hui par analogie », in *Analogie et méthodologie juridique*, *Cahiers de méthodologie juridique*, *RRJ*, 10, 1995 p. 1023

DELPECH (X.), « Précisions sur le critère de la « condition documentaire » en matière de crédit documentaire », *D.* 2007 p. 723.

DELPECH (X.), « Le garagiste-réparateur peut réclamer au propriétaire du véhicule des frais de gardiennage », *Dalloz actu*, 15 octobre 2009.

DEPADT-SEBAG (V.), « La Cour de cassation rappelle les critères de l'immobilisation par nature à propos de convecteurs électriques », *D.* 2002 p. 2365.

DESCORPS DECLÈRE (F.), « Les motivations exogènes des décisions de la Cour de cassation », *D.* 2007, p. 2822.

DESHAYES (O.), « L'office du juge à la recherche de sens », *D.* 2008 p. 1102.

DEUMIER (P.), « L'utilisation de l'argument sociologique par le juge judiciaire », in *L'argument sociologique en Droit*, Dalloz, 2015, p. 225 s.

DEUMIER (P.), « L'interprétation, entre « disposition législative » et « règle jurisprudentielle » », *RTD civ.* 2015 p. 84.

DEUMIER (P.), « La pratique et les sources du droit », in *Les Sources du droit revisitées, Volume 3, normativités concurrentes*, (dir.) I. HACHEZ, et a., Anthémis, 2012, p. 111 et s.

DEUMIER (P.), « Règle recherche source désespérément (histoire d'un transfert normatif de l'ordonnance royale de 1681 vers la coutume internationale) », *RTD civ.* 2009 p. 490.

DEUMIER (P.), « Les motifs des motifs » des arrêts de la Cour de cassation », in *Mélanges offerts à J.-F. Burgelin*, Paris, Dalloz, 2008, 125 s.

DEUMIER (P.), « L'avènement des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme au visa des arrêts de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2007 p. 536.

DEUMIER (P.), « Nouvelles évolutions des juges nationaux (encore) », *RTD civ.* 2007 p. 531.

DEUMIER (P.), « La formation de la jurisprudence vue par elle-même », *RTD Civ.* 2006 p. 521.

DEUMIER (P.), « Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation », *RTD civ.* 2006 p. 510.

DEUMIER (P.), « Les règles de droit obsolètes et le juge », *RTD civ.* 2005 p. 78.

- DEVERS (A.), « L'enfant naturel, un enfant légitime comme les autres », *D.* 2002 p. 1938.
- DEWEY (J.), « Logical Method and Law », *Cornell Law Review*, Vol. 10 (1924), p. 17 s.
- DONNIER (A.), « Liberté de preuve de la propriété : les ressources insoupçonnées de l'article 544 du code civil », *D.* 2001 p. 890.
- DONTENWILLE (H.), « L'article L. 122-12 du Code du travail : la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation », *Droit social* 1990, p. 399.
- DROSS (W.), « L'usufruitier peut-il contraindre le nu-propiétaire à effectuer les grosses réparations ? », *RTD civ.* 2014 p. 149.
- DUCHANGE (G.), « Nullité du licenciement du salarié dénonçant des agissements frauduleux », *JCP S* n° 45, 15 Novembre 2016, 1381.
- DUPONT (N.), « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française », *RTD civ.* 2010 p. 459.
- DUQUESNE (F.), « Le droit fondamental du salarié de signaler les conduites ou actes illicites sur le lieu de travail », *JCP G* n° 38, 19 Septembre 2016, 989.
- DUMONT (F.), « La formation des règles de droit dans les communautés européennes », in Ch. PERELMAN (Dir.), *La règle de Droit*, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 159.
- DYÈVRE (A.), « Quelques réflexions sur l'interprétation de la loi : Les conditions et les limites de la soumission du conseil d'État et de la Cour de cassation à la loi du parlement », *RRJ* 2003, n° 3, p. 1247.
- EGEA (V.), « Partage judiciaire : conditions de l'autorité de chose jugée », *Dalloz actu.*, 6 mai 2009.
- ETIENNEY DE SAINTE MARIE (A.), « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », *RDC* 2016, n° 02, p. 384.
- EUDIER (F.), « La nature du pouvoir du juge de rectifier un fondement juridique inadéquat invoqué par le demandeur », *D.* 1996 p. 247.
- EVEILLARD (G.), « Le contentieux du service public de l'état civil », *RFDA* 2007 p. 1263.
- FERRAND (F.), « Autorité et juridictions de cassation de l'autorité des arrêts à l'autorité des cours », in *Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation (dir.)*, *Le juge de cassation en Europe*, éditions Dalloz, avril 2012, p. 120.
- FERRY (J.-M.), « Une approche philosophique de la rationalité juridique », *Droits*, 18, 1993, p. 89 s.
- FILLION-DUFOULEUR (B.), « L'application de la loi étrangère et le contrôle de dénaturation », *JCP G.*, n°43, 21 Octobre 1998, II 10170.
- FLEURIOT (C.), « La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne davantage citée par les juridictions *D. actu.* 24 avril 2012.
- FLEURIOT (C.), « La charte des droits fondamentaux « gagne en importance » » *D. actu.* 4 juin 2015.
- FLORES (P.), WURTZ (E.), SABOTIER (N.), DUCLOZ (F.), MARIETTE (S.), « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2016 p. 1588.
- FOMBEUR (P.), « L'abrogation des actes réglementaires avant leur entrée en vigueur », *RFDA* 2000 p. 1021.
- FORIERS (P.), « Règles de droit, essai d'une problématique », in Ch. PERELMAN (Dir.), *La règle de Droit*, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 109.
- FORRAY (V.), « La jurisprudence, entre crise des sources du droit et crise du savoir des juristes », *RTD civ.* 2009 p. 463.

- FRICERO (N.), « Nouvelle manière de motiver, nouvelle manière de rédiger et de communiquer ? », *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation - conférence débat 24 novembre 2015*, actes publiés dans le supplément de *La JCP G* n°1-2, 11 janvier 2016, p. 30, spéc. p. 32.
- FROUIN (J.-Y.), « La construction formelle et intellectuelle d'un arrêt », *LPA*, 25 janvier 2007, n°19 p. 15 s.
- FRULEUX (F.), « Dettes ménagères : le régime des dettes nées pendant l'instance en divorce », *JCP N* 3 Février 2006, n° 5-6, 1066.
- FILLION-DUFOULEUR (B.), « L'application de la loi étrangère et le contrôle de dénaturation », *JCP G.*, n°43, 21 Octobre 1998, II, 10170.
- FULCHIRON (H.), « La Cour de cassation, juge des droits de l'homme ? », *D.* 2014 p. 153.
- FULCHIRON (H.), « Le « mariage pour tous » est d'ordre public en matière internationale », *D.* 2015 p. 464.
- FRYDMAN (B.), « Perelman et les juristes de l'École de Bruxelles », in B. Frydman et M. Meyer (Dir.), *Chaim Perelman, De la nouvelle rhétorique à la logique juridique*, PUF, 2012, p. 229 s.
- FRYDMAN (B.), LEWKOWICZ (G.), « Les codes de conduite : source du droit global ? », in I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT et al. (dir.), *Les sources du droit revisitées Vol. 3, Normativités concurrentes*, Anthémis, Bruxelles, 2012.
- GAHDOUN (P.-Y.), « Chronique de droit public », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 01/10/2016, n° 53, p. 157.
- GALLMEISTER (I.), « Convention de Bruxelles et appel en garantie », *D.* 2006, IR, p. 1480
- GALLOIS-COCHET (D.), « Garantie de passif et rémunération du gérant », *Dr. sociétés* n° 12, Décembre 2011, comm. 215.
- GALLOIS-COCHET (D.), « Illicéité de l'agrément conditionnel des cessions d'actions », *Dr. sociétés* n° 4, Avril 2012, comm. 64.
- GALLOIS-COCHET (D.), « Nullité de l'indemnité conventionnelle de révocation stipulée au profit du gérant de SARL », *Dr. sociétés* n° 2, Février 2013, comm. 26.
- GALLOIS-COCHET (D.), « Brèves observations sur la distribution des dividendes dans les sociétés civiles », *Dr. sociétés* n° 2, Février 2016, étude 2.
- GAU-CABÉE (C.), « Les silences du code » in *Droits*, n° 47, 2008 p. 3.
- GAUTIER (P.-Y.), « Du terme judiciaire : la Cour de cassation unifie le régime de l'obligation de restitution, dans les deux sortes de prêt, à usage et de consommation, lorsqu'ils sont à durée indéterminée », *RTD civ.* 1999 p. 128.
- GAUTIER (P.-Y.), « Résiliation unilatérale du contrat de prêt à usage, ou comment le droit commun n'est pas forcément approprié », *RTD civ.* 2004 p. 312.
- GAUTIER (P.-Y.), « Éloge du syllogisme », *JCP G* n° 36, 31 Août 2015, p. 902.
- GENICON (T.), « Obligation de maintenir l'offre assortie d'un délai déterminé », *RDC* 2008. 1109
- GHESTIN (J.), « Réflexions sur l'interprétation des arrêts de la Cour de cassation », in *La Cour de cassation, l'université et le droit : André Ponsard, un professeur de droit à la Cour de cassation*, Paris, Litec, 2003, p. 181-194.
- GHESTIN (J.), « L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation », *D.* 2004 p. 2239.
- GHESTIN (J.) (dir.), « Chronique de droit des obligations » *JCP G* n° 26, 28 Juin 2006, I, 153
- GHESTIN (J.), « De la fixation unilatérale des prix dans l'exécution d'un contrat d'approvisionnement exclusif », *D.* 2015 p. 183.

- GHESTIN (J.), « De l'effectivité normative d'un arrêt de la Cour de cassation. À propos de la définition des grosses réparations », *RTD civ.* 2015 p. 1.
- GJIDARA (S.), « La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles », *LPA*, 26 mai 2004, n° 105, p. 3.
- GOLTZBERG (S.), « Chaïm Perelman : de la logique juridique à la lecture stratégique », *Le Nouvel Endroit*, n° 1/2015, p. 19 s.
- GOLTZBERG (S.), « Cooperation in Legal Discourse », in D. Mohammed & M. Lewiński (dir.), *Argumentation and Reasoned Action*, Proceedings of the 1st European Conference on Argumentation, Lisbon, 2015. Vol. I, Londres, College Publications, 2016, pp. 113-128.
- GOLTZBERG (S.), « La définition comme procédé stratégique », in Lefebvre (dir.), *DICODEx. Réflexions sur les définitions juridiques codifiées*, Ceprisca, Coll. « Colloques », pp. 141-155.
- GOUT (O.), « Responsabilité civile », *D.* 2012 p. 47
- GOYARD-FABRE (S.), « Loi », in *Dictionnaire de philosophie politique*, P. RAYNAUD, S. RIALS (dir.), PUF, 1996, p. 357.
- GOYARD-FABRE (S.), *La textualité du droit, Étude formelle et enquête transcendantale*, Cerf, 2012.
- GRÉVY (M.), « Droit syndical dans l'entreprise : quand la Cour de cassation conjugue l'audace et le réalisme. Observations sur l'arrêt *Okaidi*. », *Rev. trav.* 2009, 729.
- GRIDEL (J.-P.), « La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », *D.* 2002 p. 228.
- GRIDEL (J.-P.), « La théorie, la pratique, et l'activité usuelle d'un conseiller au civil (1^{ère} partie), *Gazette du Palais* 09 avril 2009, n° 99, p. 2.
- GRIMALDI (C.), « L'analyse structurale de la règle de droit au service du juge », *D.* 2007 p. 1448.
- GRIMALDI (M.), « Là où la concubine adultère profite doublement des largesses de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2005 p. 439.
- GROSDIDIER (J.), ISRAËL (L.), « John Dewey et l'expérience du droit. La philosophie juridique à l'épreuve du pragmatisme », *Tracés* 2/2014 (n° 27), p. 163-180.
- GROUDEL (H.), « Le recours entre coauteurs d'un accident de la circulation », *D.* 1990 p. 211.
- GROUDEL (H.), « Nouvelles incertitudes sur le fondement du recours d'un débiteur, tenu en vertu de la loi du 5 juillet 1985, contre un autre débiteur », *D.* 1998 p. 174.
- GUEZ (P.), « Quand la Cour de cassation fait obstacle à l'adoption plénière des enfants d'Haïti », *D.* 2011, p. 2016.
- GUASTINI (R.), « Interprétation et description de normes », in (dir.) P. AMSELEK, *Interprétation et droit*, Bruylant-PUAM, 1995, p. 89 s.
- GUASTINI (R.), « Théorie de l'interprétation : réalisme et anti-réalisme », in *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, 2005, p. 431 s.
- GUIMEZANES (N.), « L'absence de notification à un étranger de ses droits en matière de demande d'asile n'est pas sanctionnée par la nullité de la procédure de rétention », *Rev. crit. DIP* 2006 p. 361.
- GUINCHARD (S.), « Le droit a-t-il encore un avenir à la Cour de cassation ? (Qui cassera les arrêts de la Cour de cassation ?) », in *Mélanges en hommage à François Terré*, PUF, Paris, 1999.
- GUINCHARD (S.), FERRAND (F.), MOUSSA (T.), « Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement approprié au contrôle de conventionalité », *D.* 2015 p. 278.
- HAACK (S.), « On legal pragmatism: Where does 'the path of the law' lead us? », *American Journal of Jurisprudence*, Vol. 50, 2005, p. 71-105.

- HAACK (S.), « On logic in the law », *Ratio Juris*. Vol. 20, n° 1, 2007 p. 1-31.
- HACHEZ (I.), « Balises conceptuelles autour des notions de « source du droit », « force normative » et « *soft law* » », *R.I.E.J.*, 2010 p. 65.
- HAID (F.), « L'apparente simplicité de l'argument littéral », in *Le droit entre autonomie et ouverture, Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, 2013, p. 271.
- HAMON (F.), « Quelques réflexions sur la théorie réaliste de l'interprétation », in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, p. 489.
- HAUSER (J.), « L'enfant naturel rétroactif (suite) : relire Roubier, Nerson et Rubellin-Devichi avant de légiférer ! », *RTD civ.* 2002 p. 278
- HAUSER (J.), « Limites de l'application de l'adage « Aliments ne s'arrêtent pas... » aux recours des établissements de soins », *RTD civ.* 2005 p. 586.
- HAUSER (J.), « La référence à la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) fait recette à la Cour de cassation mais est-elle nécessaire ? », *RTD civ.* 2006 p. 101.
- HAUSER (J.), « Toujours la définition des droits et charges de l'article 1215 du nouveau code de procédure civile », *RTD civ.* 2007 p. 754.
- HAUSER (J.), « Une précision bienvenue : les titulaires des recours contre les décisions organisant la tutelle » *RTD civ.* 2008 p. 275.
- HAUSER (J.), « Les fondamentaux du Code Napoléon et la protection de la vie privée : l'article 1134 à la rescousse ! » *RTD civ.* 2012 p. 90.
- HENRY (L.-C.), « Déclaration d'insaisissabilité, la Cour de cassation persiste et signe ! », *Rev. sociétés* 2015, 404.
- HENRY (X.), « La motivation des arrêts et la technique du moyen - Propositions de réforme », *JCP G*, n° 45, 8 Novembre 2010, 1130.
- HENRY (X.), « Le chaînage des arrêts de la Cour de cassation dans le Bulletin civil », *BICC* n° 599, 1 juin 2004.
- HILGER (G.), « Le recours à l'interprétation conforme implicite comme technique de non-renvoi dans les deux ordre juridictionnels », in *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Institut universitaire Varenne, Paris, 2015, p. 55.
- HOLMES (Jr. O. W.), « The Path of Law », *Harvard Law review*, 1897 p. 457.
- HOLMES, (Jr. O. W.), « The Common Law » (1881), in *The essential Holmes*, The University of Chicago Press, Chicago, 1992.
- HOUTCIEFF (D.), « L'importance d'être constant : vers une consécration du principe de cohérence », *D.* 2009 p. 2008.
- HOVASSE (H.), « Modification des statuts et révocation des dirigeants d'une fondation », *Dr. sociétés*, n°7, juillet 2011, comm. 127.
- HUGLO (J.-G.), « La répétition de l'indu communautaire dans la jurisprudence de la Cour de cassation française », *RTD eur.* 1995 p. 1.
- ICARD (J.), « De l'impuissance du droit social européen », *Droit social* 2014, 408.
- IZORCHE (M.-L.), « La cassation, sanction d'une atteinte à la logique » in *La sanction du droit, Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, PUF, Paris, 2001, p. 131.
- IZORCHE (M.-L.), « Réflexions sur la distinction », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 53.
- IZORCHE (M.-L.), « Emprunter et retenir ne vaut ? », *CCC*, 11 novembre 1997, n°11, p. 4.
- JACAB (A.), « Les principes », *Archives de philosophie du droit*, Tome 52, 2009, p. 387.
- JAN (P.), « Chronique QPC (Janvier – juin 2016) (1^{ère} partie) », *LPA*, 27/02/2017, n° 041, p. 15.

- JAMIN (C.), « Juger et motiver », *RTD civ.* 2015 p. 263.
- JEULAND (E.), « Une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité », in *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation - conférence débat 24 novembre 2015*, actes publiés dans le supplément *JCP G* n° 1-2, 11 janvier 2016, p. 20.
- JÖRGENSEN (J.), « Imperative and Logic » (1937-8), *Erkenntnis* 7, p. 288.
- JOURDAIN (P.), « Réparation : le préjudice ne serait plus une condition de la condamnation à des dommages-intérêts pour violation d'une obligation de ne pas faire ! », *RTD civ.* 1998 p. 124.
- JOURDAIN (P.), « Une loi pour rien ? », *RCA* 1^{er} juillet 1998, n°7, p. 4.
- JOURDAIN (P.), « Responsabilité du fait des produits défectueux : la notion de défaut de sécurité (en droit commun) », *RTD civ.* 1998 p. 683.
- JOURDAIN (P.), « Fondement des recours : des décisions malencontreuses », *RTD civ.* 1998 p. 393.
- JOURDAIN (P.), « Fondement des recours en contribution : le retour de la subrogation dans le droit commun », *RTD civ.* 2001 p. 609.
- JOURDAIN (P.), « Tiers payeurs : l'imputation des prestations des groupements mutualistes serait-elle subordonnée à la preuve de leur caractère indemnitaire », *RTD civ.* 2002 p. 112.
- JOURDAIN (P.), « La faute inexcusable du salarié victime n'est pas la même que celle de l'employeur ! », *RTD civ.* 2004 p. 296.
- JOURDAIN (P.), « Préjudice d'agrément : la Cour de cassation revient à une conception étroite et subjective », *RTD civ.* 2009 p. 534.
- JOURDAIN (P.), « Le manquement au devoir d'information médicale cause un préjudice qui doit être réparé (revirement de jurisprudence) », *RTD civ.* 2010 p. 571.
- JOURDAIN (P.), « Évaluation du dommage corporel : les pertes de gains professionnels pendant la période d'incapacité temporaire de travail doivent être actualisées au jour du jugement (revirement de jurisprudence) », *RTD civ.* 2010 p. 576.
- JOURDAIN (P.), « Application de la responsabilité *in solidum* de coresponsables dont certains sont tenus d'une perte de chance et d'autres de l'entier dommage », *RTD civ.* 2011 p. 356.
- JUILLET (C.), « La révocation de l'offre de contrat faite avec délai », *LPA* n° 40, 25 février 2009, p. 6
- JUNILLON (J.), « L'obligation à restitution de la chose prêtée est de l'essence du commodat », *Procédures* n° 5, Mai 2004, comm. 108.
- KERBOURC'H (J.-Y.), « Affichage de la désignation d'un délégué syndical central et d'un représentant syndical au CCE », *JCP S* n° 15, 11 Avril 2006, 1298.
- KESSLER (F.), « La notion de « contrat en cours » en droit de la prévoyance : le chaos jurisprudentiel », *RDSS* 2014 p. 962.
- KHODRI-BENAMROUCHE (F.), « Le point de départ des intérêts sur le recours des tiers-payeurs contre le responsable : un revirement prévisible », *JCP G* 2002, II 10182.
- KOBINA GABA (H.), « Pouvoir de direction de l'employeur et respect du droit à la vie personnelle et familiale et au repos du salarié », *JCP S* n° 15, 10 Avril 2012, 1159.
- KOVAR (R.), « Observations sur l'intensité normative des directives », in *Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden-Nomos Verlag, 1987, p. 359.
- KREPLAK (Y.), LAVERGNE (C.), « Les pragmatiques à l'épreuve du pragmatisme. Esquisse d'un « air de famille », *Tracés* 2008 n° 15, p. 127 s.
- KRINGS (E.), « La règle en droit judiciaire » in Ch. Perelman (Dir.), *La règle de droit*, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 227.

- KURI (D.), « La loi du 1^{er} juillet 1901... à l'épreuve de la désuétude », in *La désuétude, entre oubli et mort du droit ?*, LGDJ, 2014, spéc. p. 207.
- LACABARATS (A.), « La rédaction des arrêts de la Cour de cassation en France », in *Le juge de cassation en Europe*, (dir.) Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, éditions Dalloz, 2012, p. 87.
- LACABARATS (A.), « Les outils pour apprécier l'intérêt d'un arrêt de la Cour de cassation » *D.* 2007 p. 889.
- LANGLADE-O'SUGHRUE (J.-P.), « La résiliation d'un commodat à durée indéterminée », *D.* 1999 p. 414.
- LARDEUX (G.), « La reconnaissance du droit à la preuve en droit du travail », *D.* 2017 p. 37.
- LARONZE (F.), « Les sources du droit revisitées par la notion d'organisation juridique », *R.I.E.J.*, 2012, 68, p. 175 s.
- LAUDE (A.), « Obligation d'information et prescription hors autorisation de mise sur le marché », *D.* 2012.
- LAULOM (S.), « L'enchevêtrement des sources internationales du droit du travail : à propos des décisions du Comité européen des droits sociaux du 23 juin 2010 », *RDT* 2011 p. 298.
- LAULOM (S.), « Pot-pourri autour de l'arrêt du 29 juin 2011 », *Rev. trav.* 2011 p. 481.
- LAZERGES-COUSQUER (L.), TOUATI (N.), VASSEUR (T.), DE LEIRIS (E.), ADIDA-CANAC (H.), « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2014 p. 1722.
- LE BAUT-FERRARESE (B.), « Office du juge national et gestion de la contrainte normative », *RTD eur.* 2013 p. 292-28.
- LE BAUT-FERRARESE (B.), « L'opposabilité du droit de l'Union européenne à l'État devant la Cour de cassation », in J.-S. BERGÉ, G. CANIVET (dir.), *La pratique du droit de l'Union européenne par le juge judiciaire*, Dalloz, Edition thèses et commentaires, 2016, p. 9.
- LEBEL (C.), « Conditions d'opposabilité de la déclaration d'insaisissabilité : revirement » *JCP E* 2 Mars 2017, n° 9, 1110.
- LEBEL (L.), « Rapport introductif », in *Le juge de cassation à l'aube du XXI^e siècle, Actes du premier Congrès de l'Association des hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français*, AHJUCAF, 2004, p. 33-35.
- LEBEN (C.), « L'argumentation des juristes et ses contraintes chez Perelman et les auteurs du courant rhétorico-herméneutique », *Droits*, 2/2011, n° 54, p. 49.
- LE CORRE (P.-M.), « Les questions soulevées par la déclaration notariée d'insaisissabilité en cas de liquidation judiciaire » *Gaz. Pal.* 2 mai 2012, n° 118-119, p. 5 s.
- LE CORRE (P.-M.), « Valeur d'une déclaration de créance effectuée avant infirmation du jugement d'ouverture », *Gaz. Pal.* 1^{er} mai 2013, n°121-124, p. 29.
- LE CORRE (P.-M.), « Possibilité pour le liquidateur de contester la publicité de la déclaration notariée d'insaisissabilité », *Gaz. Pal.* 10 janvier 2017, n° 02, p. 52.
- LECOURT (A.), « Retour sur le contrat de révélation de succession » *D.* 2006 p. 2020.
- LEDRU ROLLIN, « Coup d'œil sur les praticiens, les arrêtistes et la jurisprudence », in *Journal du Palais, recueil le plus ancien et le plus complet de la jurisprudence française*, troisième édition, tome 1^{er}, 1841, p. IX et s., spé P. XVII.
- LEDUCQ (X.), « Contrats collectifs en prévoyance santé et clauses de désignation : bis repetita sur la notion de contrats en cours... », *Gaz. Pal.*, 8 novembre 2016, n° 39, p. 66.
- LEGRAND (V.), « Déclaration notariée d'insaisissabilité : l'entrepreneur a-t-il tous les droits ? », *Actu. proc. coll.* n° 8, Avril 2015, alerte 119.

- LE GUIDEC (R.), « Successions et libéralités » *JCP, G*, 2002, I, 178.
- LEMOSSÉ (M.), « La Cour de cassation au dix-neuvième siècle », *Volume jubilaire, Le tribunal et la Cour de cassation, 1790-1990*, Litec, p. 54.
- LEPAGE (A.), « Le licenciement d'un lanceur d'alerte à l'épreuve de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme », *CCE* n° 9, Septembre 2016, comm. 71.
- LEVENEUR (L.), « Un visa de principe qui attire l'attention », *CCC* n° 5, Mai 2001, comm. 68.
- LEVENEUR (L.), « Durée indéterminée : revirement complet de jurisprudence et retour à la case départ ! » *CCC* n° 4, Avril 2004, comm. 53.
- LIBCHABER (R.), « Une doctrine de la Cour de cassation ? », *RTD civ.* 2000 p. 197.
- LIBCHABER (R.), « Retour sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation, et le rôle de la doctrine », *RTD civ.* 2000 p. 679.
- LIBCHABER (R.), « Une motivation en trompe-l'œil : les cailloux du Petit Poucet », *JCP G* 2016, doctr. 632.
- LIENHARD (A.), « Créance de restitution née après le jugement d'ouverture », *D.* 2007 p. 1082.
- LIENHARD (A.), « Déclaration d'insaisissabilité : l'efficacité retrouvée ! », *D.* 2011 p. 1751.
- LIENHARD (A.), « Déclaration d'insaisissabilité irrégulière : qualité à agir du liquidateur », *D.* 2016, p. 2333.
- LINDON (R.), « La motivation des arrêts de la Cour de cassation », *JCP G*. I. 2681.
- LOUVEL (B.), « Réflexions à la Cour de cassation », *D.* 2015.
- LUCAS (F.-X.), « Droit des entreprises en difficulté », *D.* 2013 p. 2363.
- LUCAS (F.-X.), LE CORRE (P.-M.), « Droit des entreprises en difficulté », *D.* 2012 p. 2196.
- LOISEAU (G.), « Focus sur la vie personnelle du salarié », *D.* 2009 p. 2393.
- LORIFERNE (D.), « La technique de cassation en matière judiciaire », *in* (dir.) *Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, Le juge de cassation en Europe*, éditions Dalloz, 2012, p. 73.
- LOUVEL (B.), « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », entretien, *JCP G* n° 43, 19 octobre 2015, 1122.
- LYON-CAEN (A.), « Chapeau », *Rev. trav.* 2011 p. 465.
- MALLET-BRICOUT (B.), « Sous-traitance : droit au paiement direct et action en paiement », *D.* 2008 p. 3083.
- MARÉCHAL (C.), « L'estoppel à la française consacré par la Cour de cassation comme principe général du droit », *D.* 2012 p. 167.
- MARÉCHAL (C.), « L'intérêt collectif des créanciers », *Rev. proc. coll.* n° 3, Mai 2014, étude 10.
- MARGUÉNAUD (J.-P.), « La première chambre civile de la Cour de cassation invente l'art d'appliquer le Code civil « tel qu'il doit être interprété » au regard de la Convention européenne des droits de l'Homme » *RTD civ.* 2002 p. 865.
- MARGUÉNAUD (J.-P.), « L'influence sur l'impartialité du tribunal de la motivation réduite à la reproduction des conclusions de la partie victorieuse », *RTD civ.* 2010 p. 289.
- MARGUÉNAUD (J.-P.), « La reconnaissance par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation de l'autorité interprétative des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ou : la révolution du 15 avril », *RTD civ.* 2011 p. 725.
- MARGUÉNAUD (J.-P.), « La mise en œuvre du principe de « proportionnalité privatisée » par la première chambre civile de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2015 p. 825.

- MARGUÉNAUD (J.-P.), MOULY (J.), « La protection européenne des salariés lanceurs d’alerte par la Cour de cassation : un troublant exemple d’improvisation », *D.* 2016 p. 1740.
- MARIÉ (R.), « Le rôle de la profession dans la mise en œuvre de la norme en droit de la sécurité sociale », *Droit soc.* 2016 p. 126.
- MARQUE (J.-P.), *Université, doctrine et idéologie, Le doyen Moreleau, civiliste dijonnais (1786-1875)*, Publications du centre de recherches historiques de la faculté de droit et de science politique, 1982.
- MARMOZ (F.), « La recevabilité de l’action du liquidateur judiciaire en vue de fixer la contribution aux pertes des associés d’une SCM », *D.* 2011 p. 2970.
- MARMOZ (F.), « L’insaisissable déclaration de l’article L. 526-1 du code de commerce » *D.* 2012 p. 1460.
- MARROCHELLA (J.), « Rappel et précisions sur le régime de la responsabilité des parents », *D. actu.*, 2 mars 2011.
- MARROCHELLA (J.), « Inexécution d’une obligation de ne pas faire et attribution de dommages-intérêts : preuve non exigée du préjudice » *D. actu.*, 29 octobre 2010, n° 29.
- MARROCHELLA (J.), « Accidents de la circulation : contribution à la dette de réparation », *D.* 2011 p. 1617.
- MARTIN-SERF (A.), « Procédure de revendication. Point de départ du délai de revendication dans une liquidation judiciaire », *RTD com.* 2006 p. 206.
- MASSIP (J.), « L’ouverture de l’action en retranchement aux enfants naturels », *LPA*, 2002, n° 156, p. 19
- MATHIEU–IZORCHE (M.-L.), « L’irrévocabilité de l’offre de contrat », *D.* 2009 p. 440.
- MAYAUX (L.), « Clauses de désignation : quand la chambre sociale interprète (mal) la notion de contrats en cours », *RGDA*, 1^{er} avril 2015, n° 04 p. 206.
- MAZARS (M.-F.), FLORES (P.), « La Cour de cassation et le cadre juridique du forfait en jours », *Sem. soc. Lamy* 2011, 1499 p. 16-24.
- MAZEAUD (D.), « Motivez ! Motivez ! », *JCP G* n° 18, 2 Mai 2016, 522.
- MAZEAUD (D.), « D’une source, l’autre... », *D.* 2002 p. 2963.
- MERLE (P.), « Ce que le juge ne veut pas faire directement, le jugement valant acte, il peut le faire accomplir par un tiers », *Rev. Sociétés* 1993 p. 403.
- MÉSA (R.), « Conditions du recours à la clause d’exclusion de l’administration légale », *D. actu.*, 23 juin 2015.
- MESTRE (J.), « A propos de la règle selon laquelle nul ne peut se constituer une preuve à lui-même », *RTD civ.* 1997 p. 136.
- MESTRE (J.), FAGES (B.), « La Cour de cassation précise la portée de l’article 1145 du code civil », *RTD civ.* 2002 p. 809.
- MESTRE (J.), FAGES (B.), « Sur la copie », *RTD civ.* 2006 p. 769.
- MESTRE (J.), MESTRE-CHAMI (A.-S.), « D’une opportune limite à l’interdiction de se contredire au détriment d’autrui », *RLDA* 11 novembre 2015, n° 109, p. 49.
- MILLARD (E.), « Qu’est-ce qu’une norme juridique ? » *Cabiers du Conseil constitutionnel* n° 21, Dossier : La normativité, janvier 2007.
- MINIATO (L.), « L’introuvable principe de loyauté en procédure civile », *D.* 2007 p. 1035.
- MODERNE (F.), « Principes fondamentaux, principes généraux », *RFDA* 1998 p. 495.
- MODERNE (F.), « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *RFDA* 1999 p. 722.

- MOLFESSIS (N.), « La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2001 p. 699
- MOLFESSIS (N.), « Les avis spontanés de la Cour de cassation », *D.* 2007 p. 37.
- MONGE (A.-C.), GOANVIC (I.), « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2011 p. 2679.
- MORACCHINI-ZEIDENBERG (F.), « Conditions d'annulation d'une clause de non-rétablissement incluse dans un contrat de franchise », *JCP E*, n° 22, 27 Mai 2004, 786.
- MORAND (M.), « Clarification et sécurisation des conventions de forfait », *JCP S* n° 35, 6 septembre 2016, 1295.
- MOREL (F.), « En finir avec le principe général d'égalité de traitement », *Sem. soc. Lamy*, n° 1714, 14 mars 2016.
- MORTIER (R.), « La nouvelle motivation de la Cour de cassation », *Dr. sociétés* n° 7, Juillet 2016, étude 10.
- MORVAN (P.), « Les visas de principes dans la jurisprudence de la Cour de cassation : inventaire d'un droit « hors-la-loi », *LPA*, 08 juin 2005, n°113 p. 5.
- MORVAN (P.), « La production de principes par la chambre sociale de la Cour de cassation », in B. TEYSSIE (dir.), *Les principes dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2008, p. 5, spéc. p. 18.
- MOULY (J.), « La confidentialité de l'affiliation syndicale ou l'avènement, en droit interne, de la « vie privée professionnelle » », *D.* 2010 p. 282.
- MOULY-GUILLEMAUD (C.), « L'obligation de garde du garagiste, divination ou pragmatisme ? », *D.* 2010 p. 480.
- MOULY (J.), « La production en justice de la photographie de documents consultés sur le fondement de l'article L. 3171-2, alinéa 2, du code du travail : vie privée *versus* droit à la preuve », *Dr. soc.* 2017 p. 89.
- MOURY (J.), « Agrément du cessionnaire d'actions : un usage dévoyé de la condition », *D.* 2012 p. 719.
- MUIR WATT (H.), « La motivation des arrêts de la Cour de cassation et l'élaboration de la norme », in N. MOLFESSIS (dir.), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Economica, Paris, 2004, p. 53.
- NEAU-LEDUC (P.), « Solidaires au paiement de l'impôt : le droit à la procédure pour tous ! », *RTD com.* 2012 p. 865.
- NÉMOZ-RAJOT (Q.), « Contestation de la régularité d'une déclaration notariée d'insaisissabilité par le liquidateur », *RLDA* 1^{er} mars 2017, n° 124.
- NOBLOT (C.), « Terme du commodat à durée indéterminée : retour à la case départ », *D.* 2004 p. 903.
- NOURISSAT (C.), « Pour une motivation explicite des arrêts de la Cour de cassation : ite missa est ! », *Procédures* n° 6, Juin 2016, repère 6.
- OPPETIT (B.), « Les « principes généraux » du droit dans la jurisprudence de la Cour de cassation. », *JCP E* 1989, suppl. 5, Entretiens de Nanterre 1989.
- Ost (F.), « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », in M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'interprétation en droit - Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, p. 13.
- OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), « De 'la bipolarité des erreurs' ou de quelques paradigmes de la science du droit », in *Archives de philosophie du droit*, 1988, t. 33, p. 177.
- OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), « Interprétation », *Archives de philosophie du droit* 1990, p. 165.

- OST (F.), « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », in P. BOURETZ (dir.), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Éditions Esprit, 1991, p. 241.
- OST (F.), « Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés ? » in *Le rôle du juge dans la cité*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 15.
- OST (F.), « Retour sur l'interprétation », in *Dire le droit, faire justice*, Bruylant, 2008, p. 78.
- OST (F.), « Conclusions générales », in DUMONT (H.), GERARD (Ph.), HACHEZ (I.), OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.) (dir.), *Les sources du droit revisitées*, tome IV, Bruxelles, Anthémis, 2013, p. 866.
- PATAUT (E.), « Il n'y a pas litispendance si le juge étranger est dessaisi du fait d'un désistement », *Rev. crit. DIP* 2006 p. 428.
- PEIGNÉ (J.), « La responsabilité du fait des médicaments défectueux : acquis et incertitudes », *RDSS* 2006 p. 495.
- PELTIER (M.), « La Cour de cassation ouvre le *mercato* des juges », *D.* 2011 p. 489.
- PÉLISSIER (J.), « Condition de validité des clauses de non-concurrence », *D.* 2002 p. 3111.
- PELTIER (M.), « La Cour de cassation ouvre le *mercato* des juges », *D.* 2011 p. 489.
- PERDRIAU (A.), « Visas, « chapeaux » et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile », *JCP* 1986, I, 3257.
- PERDRIAU (A.), « Réflexions désabusées sur le contrôle de la Cour de cassation en matière civile », *JCP G* 1991, n° 3538 p. 361.
- PERDRIAU (A.), « Plaidoyer pour un visa dans chaque arrêt de la Cour de cassation », *JCP G* n° 36, 6 Septembre 1995, I, 3866.
- PERDRIAU (A.), « Le pouvoir discrétionnaire des juges du fond », *LPA*, 15 novembre 2001 n° 228, p. 8.
- PERDRIAU (A.), « Le rôle disciplinaire du juge de cassation » *JCP G* n° 28, 10 juillet 2002, doct. 150.
- PERELMAN (Ch.), « Le raisonnement juridique », 1965, in *Droit, morale et philosophie*, Paris, LGDJ, 2^{ème} édition, 1976, p. 93.
- PERELMAN (Ch.), « A propos de la règle de droit, réflexions de méthode », in Ch. PERELMAN (dir.) *La règle de Droit*, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 313.
- PERELMAN, (Ch.), « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », in *Archives de philosophie du droit*, 1978, Tome 23, p. 35.
- PERELMAN (Ch.), « L'interprétation juridique », *Archives de philosophie du droit*, tome XVII, 1973, Paris, p. 30.
- PÉROCHON (F.), « L'insaisissabilité opposable au liquidateur » *JCP E* n° 30-33, 28 Juillet 2011, 1551.
- PÉROCHON (F.), « Efficacité de la déclaration d'insaisissabilité... : oui, mais après ? », *Rev. proc. coll.*, n° 4, juill. 2014, dossier 25.
- PERROT (R.), « Cour de cassation et Conseil d'État à travers leurs fonctions de juges suprêmes », in (dir.) Association des magistrats et anciens magistrats de la Cour de cassation, *Le tribunal et la Cour de cassation 1790-1990. Volume jubilaire*, Paris : Litec, 1990, p. 145-167, spéc. p. 158.
- PERROT (R.), « Chose jugée : fin de non-recevoir relevée d'office », *RTD civ.* 2005 p. 824.
- PERROT (R.), « La loyauté procédurale » *RTD civ.* 2006 p. 151.
- PERROT (R.), « Point de départ du délai d'opposition », *Procédures* n° 3, Mars 2009 p. 10.

- PÉTEL (P.), « Redressement et liquidation judiciaires des entreprises », *JCP G*, n° 14, 5 Avril 2006, doct. 130.
- PÉTEL (P.), « Chronique Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires des entreprises », *JCP G* n° 5, 28 Janvier 2012, doct. 117.
- PETITTI (C.), « La charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs : un progrès ? », *Droit social* 1990 p. 387.
- PIERCE (C. S.), “What pragmatism is”, *Monist*, avril 1905, p. 165-181.
- PIERRE-MAURICE (S.), « Retour sur l’inutilité prétendue du principe « nul ne peut se contredire au détriment d’autrui », *RRJ* 2015-1 p. 15.
- PIC (A.), GEORGET (V.), GUILLAUDIER (V.), « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2012 p. 2540.
- PICARD (J.), « Servitude – Le cèdre et le voisin », *JCP N*, 5 Janvier 2001, n° 1 p. 8.
- PICOD (N.), « Le déclin de l’exception de nullité à l’époque contemporaine », *RTD com.* 2014 p. 509.
- POISSONNIER (G.), « Crédit à la consommation : vers une déchéance du terme mieux encadrée sur le plan procédural », *D.* 2015 p. 1677.
- POLLAUD-DULIAN (F.), « Qualité d’auteur. Titularité des droits. Exploitants. Présomption légale. Présomption prétorienne », *RTD com.* 2008 p. 75.
- POLLAUD-DULIAN (F.), « À propos de la sécurité juridique », *RTD civ.* 2001 p. 487.
- PONSARD (A.), « L’office du juge et l’application du droit étranger », *Rev. crit. DIP*, 1990 p. 607.
- POUND (R.), « Mechanical jurisprudence », *Columbia Law Review*, Vol. 8, n° 8, 1908, pp 605-623
- POUND (R.), « Theory of Judicial Decision », *Harvard Law Review*, Vol. 36, Issue 8, pp. 940-959
- POUND (R.), « Law in Books and Law in Action », *American Law Review*, 1910, vol. 44, p. 15-40.
- PRÉTOT (X.), « L’article L. 122-12 du Code du travail : la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation », *Dr. soc.*, 1990 p. 416.
- PRÉVOST (S.), « Contribution aux pertes sociales : recevabilité de l’action du liquidateur judiciaire », *Rev. sociétés* 2011 p. 691.
- PUIG (P.), L’excès de proportionnalité (À propos de la réforme de la Cour de cassation et quelques décisions récentes), *RTD civ.* 2016 p. 70.
- PUIGELIER (C.), « D’une approche cognitive de l’arrêt de principe », *RRJ* 2002/4 p. 1631.
- RADÉ (C.), « Le principe d’égalité de traitement, nouveau principe fondamental du droit du travail », *Droit soc.* 2008 p. 981.
- RADÉ (C.), « Égalité de traitement. Différences. Justification. Qualité de cadre », *Droit soc.* 2009 p. 1002.
- RANOUIL (M.), « Cession de fonds de commerce : la présomption de débiteur contractuel pesant sur les garagistes réparateurs cédant et cessionnaire », *JCP E* 22 Mai 2014, n° 21-22, 1287.
- REBEYROL (V.), « Une réforme pour la Cour de cassation ? », *JCP G*, n° 37, 7 septembre 2015, doct. 954.
- REBOUL-MAUPIN (N.), « Voisinage et environnement : le trouble anormal à l’honneur ! », *Environnement* n° 10, Octobre 2008, étude 10, spéc. § 4.
- REMY-CORLAY (P.), « Applications des règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires ; pouvoirs respectifs du banquier et du donneur d’ordre », *RTD civ.* 2005 p. 357.
- RIGAUX (F.), « L’opacité du fait face à l’illusoire limpidité du droit », *Droit et société* n° 41-1999.

- ROBERT (J.-H.), « Un arrêt de règlement sur la santé publique », *JCP G* n° 46, 11 Novembre 2013, 1170.
- ROGER (A.), « Descartes, les premiers cartésiens et la logique », *Revue de métaphysique et de morale* 1/2006 (n° 49), p. 55-71.
- ROGER (A.), « La Logique de Port-Royal, les premiers cartésiens et la scolastique tardive », *Archives de Philosophie* 1/2015 (Tome 78), p. 29-48.
- ROSS (A.), « Les impératifs de la logique » (1941), in *Introduction à l'empirisme juridique*, trad. E. MILLARD et E. MATZNER, Bruylant, LGDJ, Paris, 2004, p. 39.
- ROSS (A.), « Imperatives and Logic », *Philosophy of Science* 1944, vol. 11, n° 1, p. 30-46.
- ROULET (V.), « La clause de désignation : un phénix qui ne dit pas son nom ? », *Gaz. Pal.*, 21 avril 2015, n° 111, p. 36
- ROUSSILLE (M.), « Responsabilité de l'expert-comptable en cas de non-convocation de l'assemblée », *Dr. sociétés* n° 6, Juin 2016, comm. 103.
- ROUVIÈRE (F.), « La pseudo-autonomie des troubles anormaux de voisinage », in (dir.) J.-Ph. Tricoire, *Variations sur le thème du voisinage*, PUAM, 2012, pp.73 et s.
- RUBI-CAVAGNA (É.), « Les arguments d'opportunité », in P. DEUMIER (dir.), *Le raisonnement juridique.*, Les méthodes du droit, Dalloz, 2013, p. 217.
- RUTSAERT (J.), MEEUS (A.), « La Cour de cassation de Belgique » in *RIDC*, vol. 30 b°1, Janvier-mars 1978 pp. 247-274.
- SALDANA (Q.), « étude préliminaire, le pragmatisme de Duguit, in Léon Duguit, *Le pragmatisme juridique, conférences prononcées à Madrid, Lisbonne et Coïmbre, 1923*, La mémoire du droit, 2008, p. 121.
- SARGOS (P.), « Portée d'un revirement de jurisprudence au sujet de l'obligation d'information du médecin », *D.* 2001 p. 3470.
- SARGOS (P.), « L'information du patient et de ses proches et l'exclusion contestable du préjudice moral », *D.* 2008 p. 192.
- SARGOS (P.), « Deux arrêts « historiques » en matière de responsabilité médicale générale et de responsabilité particulière liée au manquement d'un médecin à son devoir d'information », *D.* 2010 p. 1522.
- SAUVEL (T.), « Histoire du jugement motivé », *RDP* 1955 p. 5.
- SÉVERIN (E.), JEAMMAUD (A), « Concevoir l'espace jurisprudentiel », *RTD civ.* 1993 p. 91.
- SDER, « Innovation technologique et méthodologie jurisprudentielle, L'exemple de la Cour de cassation », in *rapport annuel de la Cour de cassation* 2005.
- SÉNÉCHAL (J.-P.), « La réforme de la liquidation judiciaire », colloque CRAJEFE, Nice 27 mars 2004, *LPA* 10 juin 2004, p. 48.
- SERRA (Y.), « Concurrence interdite, Concurrence déloyale et parasitisme », *D.* 2009 p. 1441.
- SEYS (S.), DE JONGHE (D.), TULKENS (F.), « Les principes généraux du droit », in *Les sources du droit revisitées*, volume 2, p. 496.
- SILANCE (L.), « La motivation des jugements et la cohérence du droit », in Ch. PERELMAN et P. FORIERS (dir.) *La motivation des décisions de justice*, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruxelles, 1978, p. 219.
- SILPA (F.), « Contribution d'un modèle logique pour la construction d'ontologies juridiques », *Lidil*, 38, 2008, 125-137.
- SINAY-CYTERMANN (A.), « De la compétence pour connaître d'un appel en garantie entre assureurs, fondé sur un cumul d'assurances », *Rev. crit. DIP* 2006 p. 899.

- SINGER (G.), « Protection des lanceurs d’alerte : un geste de la Cour de cassation en attendant la loi », *Les Cahiers Lamy du CE*, n° 162, 1^{er} septembre 2016.
- SOMMER (J.-M.), NICOLETIS (C.), « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2008 p. 648.
- SOMMER (J.-M.), LEROY-GISSINGER (L.), ADIDA-CANAC (H.), GRIGNON DUMOULIN (S.), « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2010 p. 2102.
- SOMMER (J.-M.), LEROY-GISSINGER (L.), ADIDA-CANAC (H.), GRIGNON DUMOULIN (S.), « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2011 p. 632.
- SOMMER (J.-M.), LEROY-GISSINGER (L.), ADIDA-CANAC (H.), BOUVIER (O.-L.), « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2011 p. 2150.
- SORENSEN (G. P.), « John Dewey’s Philosophy of Law: A Democratic Vision », *in Educational Theory*, Vol. 30, 1980, p. 53–65.
- SWOBODA (E.), « Les diverses sources du droit : leur équilibre et leur hiérarchie dans les divers systèmes juridiques », rapport au Congrès international de droit comparé à la Haye, 1932, *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1934 p. 197.
- TADROS (A.), « Les dividendes : fruits ou produits des droits sociaux ? », *JCP G*, n° 26, 29 Juin 2015, 767.
- TAURAN (T.), « Les textes non codifiés du droit de la sécurité sociale », *RDSS* 2013 p. 504.
- TCHEN (V.), « De la pratique des QPC en droit des étrangers à la réforme du 16 juin 2011 : la fin des illusions constitutionnelles ? (Bilan du premier semestre 2011) », *Constitutions* 2011 p. 581.
- TERESI (L.), « Remarques sur la lecture des arrêts de cassation du Conseil d’État », *RFDA* 2010 p. 99.
- THIBIERGE (C.), « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure, Pour une distinction entre normes et règles de droit », *Archives de philosophie du droit*, 51, 2008, p. 341-371.
- THIBIERGE (C.), « Le droit souple, réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003 p. 599.
- TISSANDIER (H.), « Quelle protection pour les lanceurs d’alerte ? Un arrêt en demi-teinte », *JS Lamy*, n° 415, 5 septembre 2016.
- THÉRON (J.), « Convention de divorce homologuée : absence d’obstacle au partage des biens et dettes omis », *D.* 2010 p. 132.
- TOUFFAIT (A.), TUNC (A.), « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment celles de la Cour de cassation », *RTD civ.* 1974, p. 487.
- TOURNAUX (S.), « *L’obiter dictum* de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2011 p. 45.
- TRÉARD (S.), GAUTHIER (T.), ARBELLOT (F.), « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2015 p. 2205.
- TRICOIT (J.-P.), « La chambre sociale de la Cour de cassation face à la prolifération des instruments internationaux de protection des droits fondamentaux », *Dr. Soc.* 2012, p. 178.
- VAN DE KERCHOVE (M.), « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », *in* M. Van De Kerchove (dir.), *L’interprétation en droit - Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, pp. 13 et s.
- VAN DE KERCHOVE (M.), « La jurisprudence revisitée, un retour aux sources », *in Les sources du droit revisitées*, Anthémis, 2012, p. 667.
- VANWELKENHUYZEN (A.), « La motivation des revirements de jurisprudence », *in* Ch. PERELMAN, P. FORIERS (dir.) *La motivation des décisions de justice*, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruxelles, 1978, p. 250.

- VAREILLE (B.), « Avantage matrimonial, revirement de jurisprudence ; l'action en retranchement est ouverte aux enfants naturels », *RTD civ.* 2002 p. 347.
- VASSALLO (B.), CRETON (C.), « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2011 p. 2140.
- VEDEL (G.), « La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ? », *RFDA* 1990 p. 698.
- VIDAL-NAQUET (A.), « Les visas dans les décisions du Conseil constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel*, 2006/3, n° 67, p. 535 à 570.
- VIGNEAU (V.), « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », *D.* 2017 p. 123.
- VIGNEAU (V.), « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2007 p. 896.
- VILLEY (M.), « Questions de la logique juridique dans l'histoire de la philosophie du droit », in *Études de logique juridique*, Vol. II, Travaux du centre national de recherches de logique, 1967, p. 3 et s.
- VILLEY (M.), « Essor et décadence du volontarisme juridique », *Archives de philosophie du droit*, 1957, p. 87.
- VOCANSON (C.), « Le texte », in P. DEUMIER (dir.), *Le raisonnement juridique*, Les méthodes du droit, Dalloz, 2013, p. 1 s.
- VOULET (V.), « Le grief de dénaturation devant la Cour de cassation », *JCP* 1984, I, 2410.
- WAQUET (P.), « Rapport de synthèse », *LPA*, 25 janvier 2007 n°19 p. 47.
- VON WRIGHT (G. H.), « Deontic Logic », *Mind*, 60, 1951, 1-15.
- WEBER (J.-F.), « Digressions sur le sens des mots à la Cour de cassation », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Boré, La création du droit jurisprudentiel*, Dalloz, 2007, p. 499.
- WEBER (J.-F.), « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », *BICC* n° 702, 15 mai 2009.
- WITZ (C.), « Libres propos d'un universitaire français à l'étranger » *RTD civ.* 1992 p. 737.
- WROBLEWSKI (J.), « Motivation de la décision judiciaire », in *La motivation des décisions de justice*, (dir.) Ch. PERELMAN, P. FORTIERS, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1978.
- WROBLEWSKI (J.), « Legal decision and its justification », in *Le raisonnement juridique*, actes du congrès mondial de philosophie du droit et de philosophie sociale, Hubert Hubien, Bruxelles, 1971.
- WROBLEWSKI (J.), « La règle de décision », in (dir.) Ch. PERELMAN, *La règle de droit*, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 69.

COMMUNICATIONS DANS DES COLLOQUES ET CONFÉRENCES NON PUBLIÉES

- ATIAS (C.), « Crise de la motivation judiciaire ? », conférence Cour de cassation, 17 mai 2005, consultable sur le site de la Cour.
- DE BÉCHILLON (M.), *Sur la diversité des méthodes et manières de juger, Propos introductifs*, 29 novembre 2004, Grand'chambre de la Cour de cassation.
- CHARRUAULT (C.), « Propos sur la parole de la Cour de cassation », Colloque organisé par la Cour de cassation : Cycle Droit et technique de cassation, *Du moyen à l'arrêt : La technique de cassation au service du droit*, 2004.

DEUMIER (P.), « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? Raisons, identification, réalisation », Conférence sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation, 14 septembre 2015.

MORVAN (P.), « Les principes généraux du droit et la technique des visas dans les arrêts de la Cour de cassation », conférence prononcée à la grand' Chambre de la Cour de cassation le 4 avril 2006.

OUVRAGES COLLECTIFS

ASSOCIATION DES MAGISTRATS ET ANCIENS MAGISTRATS DE LA COUR DE CASSATION (dir.), *Le tribunal et la Cour de cassation 1790-1990. Volume jubilaire*, Paris, Litec, 1990.

AYNÈS (A.), *Le droit de rétention, Unité ou pluralité*, (dir.) C. LARROUMET, Economica, 2005.

BÉCANE (J.-C.), COUDERC (M.), HÉRIN (J.-L.), *La Loi*, Les méthodes du droit, Paris, 2^{ème} édition, 2010.

BERGÉ (J.-S.), CANIVET (G.) (dir.), *La pratique du droit de l'Union européenne par le juge judiciaire*, Dalloz, Edition thèses et commentaires, 2016.

CARTUYVELS (Y.), DUMONT (H.), GÉRARD (P.) et al. (dir.), *Les sources du droit revisitées, Vol. 2, Les normes internes infraconstitutionnelles*, Anthémis, Bruxelles, 2012.

CAUDAL (S.), (dir.) *Les principes en droit*, Paris, Economica, 2008.

DEUMIER (P.) (dir.), *Le raisonnement juridique*, Les méthodes du droit, Dalloz, 2013.

DUMONT (H.), GERARD (Ph.), HACHEZ (I.), OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.) (dir.), *Les sources du droit revisitées*, tome IV, Bruxelles, Anthémis, 2013.

HACHEZ (I.) (dir.), *Les Sources du droit revisitées, Volume 3, normativités concurrentes*, Anthémis, 2012.

GUÉRAUD (L.) (dir.), *La désuétude, entre oubli et mort du droit ?*, LGDJ, 2014.

HACHEZ (I.), CARTUYVELS (Y.), DUMONT (H.) et al (dir.), *Les sources du droit revisitées Vol. 3, Normativités concurrentes*, Anthémis, Bruxelles, 2012.

BERGÉ (J.-S.), CANIVET (GUY) (dir.), *La pratique du droit de l'Union européenne par le juge judiciaire*, Dalloz, Edition thèses et commentaires, 2016.

MOLFESSIS (N.) (dir.), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Economica, Paris, 2004.

PERELMAN (Ch.) et FORIERS (P.) (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruylant, 1978.

PERELMAN (Ch.) (dir.), *La règle de Droit*, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1971.

ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Adages du droit français*, 3^e éd., Litec, 1992.

TEYSSIÉ (B.) (dir.), *Les principes dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2008.

VAN DE KERCHOVE (M.) (dir.), *L'interprétation en droit - Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1978.

DICTIONNAIRES

- ARNAUD (A.-J.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2^{ème} édition 1993.
- ALLAND (D.) et RIALS (S.), (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003,
- CANTO-SPERBER, (M.) (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, PUF, Paris, 1996.
- LALANDE (A.) (dir.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Quadrige, PUF, Paris, 3^{ème} édition, 2010.
- CORNU (G.), ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, PUF, 11^{ème} éd., 2016.
- TUNÈS (G.) et LEMPEREUR (A.), *Dictionnaire général des sciences humaines*, CIACO Éditeur, Paris, 1984 (entrée déduction p. 254)
- ZARADE (J.-P.) (coord.), *Le vocabulaire des philosophes, De l'antiquité à la renaissance*, Paris, Ellipses, 2002.

RÉPERTOIRES ET ENCYCLOPÉDIES

- BERTOLASO (S.), « Art. 1788 à 1794 – Construction », *J.-Cl. civil code*, Fasc. 26.
- BRENNER (C.), « Partage (modes d'attribution spécifiques) », *Rép. civ. Dalloz*.
- CHABAS (C.), « Résolution – Résiliation », *Rep. Civ. Dalloz*, octobre 2010 (actualisation : septembre 2017).
- DANET (J.), « Chose jugée (Autorité de) », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*.
- DOUAT (E.), *La cassation, J.-Cl. administratif*, Fasc. 1106.
- DUBOUIS (L.), « Droit international et juridiction administrative », *Répertoire de droit international Dalloz*.
- DANET (J.), « Chose jugée (Autorité de) », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*, janvier 2010 (actualisation : janvier 2013).
- GAILLOT-MERCIER (V.), « Troubles de voisinage », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, septembre 2002 (actualisation : avril 2015).
- GAUDEMET-TALLON (H.), « Compétence internationale : matière civile et commerciale », *Répertoire proc. civ. Dalloz*.
- GRIMONPREZ (B.), « Mise en demeure », *Répertoire de Droit civil Dalloz*, 2017.
- LE TOURNEAU (P.), POUMARÈDE (M.), « Bonne foi », *Rép. civ. Dalloz*.
- LOQUIN (E.), « Arbitrage – Compétence arbitrale – Conflit entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *J.-Cl. procédure civile*, Fasc. 1034.
- MALPEL-BOUYJOU (C.), « Conflits de lois dans le temps », *Rép. proc. civ. Dalloz*.
- ROMANI (A.-M.), « Enrichissement sans cause », *Rép. civ. Dalloz*.
- SIMON (D.), « Directive », *Répertoire de droit européen Dalloz*.
- VERPEAUX (M.), « Contrôle de constitutionnalité des actes administratifs », *Répertoire de contentieux administratif Dalloz*.

RAPPORTS ET COMPTE RENDUS

Rapport du Groupe de travail sur la rédaction des décisions des juridictions administratives, avril 2012, p. 23.

SDER, *Rapport de la commission de réflexion de la Cour de cassation*, avril 2017

SDER, « Compte-rendu de la réunion du 27 novembre 2015 avec A. Potocki, juge à la Cour EDH », novembre 2015.

INDEX

Les numéros renvoient aux numéros de page

- Accessibilité, 181, 325, 386
- Alexy (R.), 114
- Analogie *Voir* Interprétation
- Article 1134 du code civil (ancien), 42, 194, 195, 289, 292, 313, 331, 334, 336
- Article 1143 du code civil, 353
- Article 1147 du code civil (ancien), 300
- Article 1304 du code civil (ancien), 291
- Article 1315 du code civil (ancien), 150, 237, 260, 289
- Article 1382 du code civil (ancien), 300
- Article 1888 du code civil, 351
- Article 2044 du code civil, 142
- Article 3 du code civil, 42, 137, 194, 234, 245, 303
- Article L. 526-1 du code de commerce, 345, 384
- BICC, 370
- Caractère médiat de la référence, 272, 282
- Cas d'ouverture à cassation, 22
- Cassation pour utilisation d'une mauvaise prémisse, 26
 - Dénaturation, 42, 194, 303, 334
 - Fausse application de la loi, 26, 27
 - Refus d'application de la loi, 26, 31
 - Refus interprétation de la loi, 35
 - Non-respect du principe de cohérence, 66
 - Violation de la règle d'implication, 71
 - Violation du principe de non-contradiction, 67
 - Contradiction entre motifs et dispositif, 69
 - Motifs contradictoires, 67
 - Violation d'une règle d'inférence, 47
 - Atteinte à la nécessité de l'antécédent, 47
 - Défaut de motifs, 47
 - Insuffisance des motifs, 50
 - Manque de base légale *Voir* insuffisance des motifs et motifs impropres ou inopérants
 - Motifs impropres ou inopérants, 57
 - Atteinte à la preuve de l'antécédent
 - Motifs dubitatifs ou hypothétiques, 63
- Champ d'application, 27, 104, 129, 132, 148, 230, 253, 260, 293, 294, 295, 296, 304, 305
- Justification, 149
- Charte des droits fondamentaux de l'Union, 190, 215, 327
- Charte sociale européenne, 211
- Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation*, 372
- Circulaires, 197, 210
- Combinaison de visas, 146, 150, 228
- Réception, 291
- Communiqués, 365
- Conditions du visa non textuel, 272
- Caractère certain du contenu du visa non textuel (non), 274
 - Caractère non controversé (non), 273
 - Préexistence de la norme à son visa, 275
 - Utilité du visa, 277
- Conditions du visa textuel, 185
- Destinataire, 196
 - Qualité, 204
 - Source, 185
- Conditions du visa textuel interprétatif, 209
- Autorité du texte, 219
 - Consensus autour du texte, 219
 - Effet direct horizontal (non), 209

- Entrée en vigueur (non), 214
- Pertinence de la référence, 219
- Possibilité de viser des décisions de justice, 215
- Constance de la référence, 338, 386
- Constance de la référence, 110, 145, 180, 240
- Constance de la référence, 341
- Constance de la référence, 359
- Constance de la référence, 395
- Constitution (visa), 147, 167, 186
 - Application directe, 187
 - Référence implicite à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, 167
 - Référence à l'autorité d'une décision du Conseil constitutionnel, 187
- Contrariétés de visas, 341
- Convention de forfait en jours, 167, 327
- Convention de Vienne du 23 mai 1969, 189, 214, 219
- Convention européenne des droits de l'homme, 143, 148, 152, 168, 214, 313, 355, 367
- Coutume, 25, 183, 189, 214, 219, 223, 226, 249, 268, 272, 276, 312
- Coutume internationale, 249
- Critique de la solution, 351, 353
- Décisions, 153, 215
 - CEDH, 216
 - Référence implicite, 168
 - Visa interprétatif, 175
 - Référence implicite, 143
 - CJUE, 217
 - Référence implicite, 144, 154, 157, 165
 - Visa isolé, 170
 - Conseil constitutionnel, 217, 314
 - Référence implicite aux motifs, 167, 176
 - Référence implicite:, 167
 - Réserves d'interprétation
 - Visa intégré, 173
 - visa isolé, 171
 - Visa isolé, 217
- Décisions-cadre, 213
- Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 148, 186, 188
- Déclaration universelle des droits de l'homme, 189
- Déduction, 20, 21, 75, 87, 393, 402, 404
- Déduction, 19
- Dénaturation, 42, 194, 303, 334
 - de la loi étrangère, 141
- Dewey (J.), 81
- Directives d'interprétation des arrêts, 375
- Directives européennes, 155, 162, 200, 213
 - Application horizontale, 202, 203
 - Effet direct, 200
 - Effet horizontal (non), 201
- Distinction, 148
- Droit commun, 295
- Droit transitoire, 204
- Effet direct, 166, 190, 200, 208, 209, 214, 219
- Ensemble*, signification, 376
- Finalité de la règle, *Distinction* Volonté du législateur, 126
- Fondement juridique et visa, 289
- Hart (H.L.A.), 95
- Holmes (O.-W.), 77, 78
- Inadéquation du visa, 343
- Information sur les règles applicables, 293
- Information sur les règles appliquées, 286
 - Identification de la règle de décision, 287
 - Identification des raisons ayant mené au choix de la règle de décision, 289
- Information sur les règles de droit, 285
- Information sur les sources du droit, 307
- Interprétation, 118

- *a contrario*, 124, 294
- à la lumière, 145
- à la lumière de décisions, 169
- à la lumière de directives, 154
- Analogie, 128, 151, 290
- Argument du vide juridique, 135
- Argument économique, 134
- Argument pragmatique, 133
- Argument sociologique, 133
- et argumentation, 120
- Intention du législateur, 126
- Littérale, 121
 - Marqueurs, 121
- Méthode exégétique, 118
- Raisonnement *a fortiori*, 131
- Usage de la définition, 123
- Méthodes *Voir* Méthodes d'interprétation
- Interprétation conforme, 164, 166, 213, 219, 221
- Interprétation des visas
 - argument pour l'autonomie d'un concept, 298
 - identification du régime, 299
 - *visas obiter dictum*, 303
- Jørgensen (J.), 87
- Justification, 113
 - Justification externe, 114
 - Justification interne, 114
- Justification textuelle, 117
- Litispendance internationale, 234
- Logique déontique, 21
- Logique formelle classique, 22
- Loi des 16 et 24 août 1790, 240
- Loi du 5 juillet 1985 sur les accidents de la circulation, 339
- Mechanical jurisprudence*, 81
- Message, 283
 - Destinataires, 283
- Nature de l'information, 285, *Voir* Information
- Méthodes d'interprétation, 118
 - Classifications, 119
- Motivation, 113, 114
 - Controverse, 323
 - Réforme, 323, 380, 382
- Motivations exogènes, 362
- Neutralisation, 150, 233
- Notes explicatives, 367
- Obiter dictum*, 303
- Perleman (Ch.), 83, 84
- Permanence du sens *Voir* Constance de la référence
- Politique des visas, 341
- Polysémie, 94, 331
- Pound (R.), 79
- Pouvoir discrétionnaire des juges du fond, 206
- Pragmatisme, 77
- Précision de la référence, 327, 331, 349, 386
- Principes, 223
 - A travail égal, salaire égal, 254
 - Autorité de la chose jugée au pénal sur le civil, 235, 250, 270
 - Compétence-compétence, 236, 257, 269
 - Droit administratif, 251
 - Droit de rétention, 234
 - Droit international privé, 234, 245
 - Droits de la défense, 250
 - Égalité dans le partage, 239
 - Égalité dans les partages, 231
 - Égalité de traitement, 254
 - Enrichissement sans cause, 234, 237, 240
 - Excès de pouvoir, 233
 - Excès de pouvoir, 242
 - *Fraus omnia corrumpit*, 233, 237
 - Immunité d'exécution, 252
 - Immunité de juridiction, 252

- Intégrité du corps humain, 229
- La fraude ne se présume pas, 277
- Libre exercice d'une activité professionnelle, 262
- Loyauté dans l'administration de la preuve, 247
- Loyauté des débats, 273
- Nul ne doit se contredire au détriment d'autrui, 277
- Pépétualité de l'exception de nullité, 233
- Principes généraux du droit électoral, 230
- Question préjudicielle, 233
- Réparation intégrale, 234, 263
- Respect de la dignité humaine, 229, 276
- Respect des droits de la défense, 232
- Responsabilité des agents des services publics, 234
- Responsabilité *in solidum*, 235
- Séparation des pouvoirs, 239
- Validité de la convention d'arbitrage, 236
- Coutumes (distinction), 226
- Règles (distinction), 226, 227
- Visa, origine, 223, 224
- Principes généraux
 - Droit électoral, 253
- Proportionnalité, 354
- Qualification juridique (justification de), 148, 229, 234
- Rapport annuel de la Cour de cassation*, 371
- Ratio legis*, 126, 128, 131, 134, 296
- Réalisme, 82, 90, 93
- Règle de décision, 114, 286
- Règle de droit, 205
- Règlements européens, 189
- Règles, 223
 - Aliments ne s'arrangent pas, 236
 - Droit de rétention, 247
 - Nul ne peut se constituer un titre à soi-même, 260
 - Coutumes (distinction), 226
 - Principes (distinction), 226, 227
- Revirements, 151
 - Réforme, 380
- Ross (A.), 88
- RUU 500, 195, 313
- Sédimentation, 136, 142, 145, 234
- Signification, 118
- Signification du terme *ensemble*, 376
- Sources du droit, 307
- Structure des visas, 385
- Syllogisme, 22
- Textes
 - conditions du visa, 182
 - Formulation, 207
 - Textes non étatiques, conditions, 196
 - Textes non étatiques, diversité, 193
- Textes constitutionnels
 - Constitution, 147, 167, 186, 187
 - Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 148, 188
 - Préambule de la Constitution de 1946, 209
- Textes de l'Union européenne, 144
- Textes de loi
 - Visa, histoire, 182, 183
- Texture ouverte*, 92, 95
- Traités européens, 189
- Tribunal de cassation, 1
- Typologie des visas non textuels, 268
 - Enoncé concis ou complet, 268
 - Pluriel ou singulier, 271
- Typologie des visas textuels, 182
- Visa
 - Choix, 99
 - Justification de l'existence de la règle, 118
 - Justification de l'interprétation, 145
 - Propositions, 386
 - Structure, 385

Visa buldozer, 327

Visa imprécis, 327

Visa interprétatif, 146, 231

- Réception, 291

Volonté du législateur

Distinction Finalité de la règle, 126

Table des matières

INTRODUCTION	1
I. L'origine légaliste du visa	1
II. Évolution de la cassation et rôle du visa.....	7
III. L'éclairage de la pratique d'autres juridictions.....	9
IV. Objet de la thèse : définir le rôle du visa dans les arrêts de cassation.....	14
V. Problématique et plan.....	15
PARTIE I. LE VISA : FONDEMENT LOGIQUE DE LA CASSATION.....	19
TITRE I. LA PRÉSENTATION DU VISA COMME LE FONDEMENT LOGIQUE DE LA CASSATION.....	21
□ Choix de la formalisation des arrêts.....	21
□ Choix de la classification des cas d'ouverture à cassation.....	22
<i>Chapitre I. Analyse de la déduction dans les cassations sanction de l'utilisation d'une mauvaise prémisse.....</i>	<i>26</i>
Section I. L'application par la juridiction du fond d'une règle autre que celle qui était applicable	26
§1. La fausse application de la loi	27
A. Analyse syllogistique.....	28
B. Analyse en logique des propositions	29
§2. Le refus d'application de la loi	31
A. Analyse syllogistique.....	32
B. Analyse en logique formelle	33
§3. La cassation pour fausse interprétation de la loi	35
A. La fausse interprétation engendrant une fausse application.....	35
1) Analyse syllogistique.....	36
2) Analyse en logique formelle	37
B. La fausse interprétation engendrant un refus d'application.....	39
1) Analyse syllogistique.....	40
2) Analyse en logique formelle	41
Section II. La dénaturation.....	42
§1. Analyse syllogistique	44
§2. Analyse formelle	45
<i>Chapitre II. Analyse de la déduction dans les cassations sanction d'une atteinte à la logique</i>	<i>47</i>
Section 1. La sanction de la violation d'une règle d'inférence	47
§1. L'atteinte à la nécessité de l'antécédent	47
A. Le défaut de motifs.....	47
1) Analyse syllogistique.....	48
2) Analyse formelle.....	48
B. L'insuffisance des motifs	50
1) La cassation pour manque de base légale avec critère explicite issu du visa	50
a) Cassation sans précision du cas d'ouverture concerné	51
□ Analyse syllogistique.....	51
□ Analyse formelle	52
b) Cassation explicitement pour manque de base légale	53
□ Analyse syllogistique.....	54
□ Analyse en logique formelle	55
2) La cassation pour manque de base légale avec critère explicite dans le chapeau	55
a) Analyse syllogistique	56
b) Analyse en logique formelle	56
C. La cassation pour motifs impropres ou inopérants	57

1) Cassation sans précision du cas d'ouverture concerné.....	57
a) Analyse syllogistique.....	58
b) Analyse formelle.....	59
2) Cassation explicitement pour manque de base légale.....	60
a) Analyse syllogistique.....	61
b) Analyse formelle.....	62
§2. L'atteinte à la preuve de l'antécédent.....	63
a) Analyse syllogistique.....	64
b) Analyse en logique formelle.....	65
Section II. La sanction de la violation du principe de cohérence.....	66
§1. Violation du principe de non contradiction.....	66
A. La cassation pour motifs contradictoires : prémisses contradictoires.....	67
1) Analyse syllogistique.....	67
2) Analyse formelle.....	68
B. La cassation pour contradiction entre motifs et dispositif.....	69
1) Analyse syllogistique.....	69
2) Analyse formelle.....	70
§2. La violation de la règle d'implication.....	70
A. Analyse syllogistique.....	71
B. Analyse formelle.....	71
<i>Conclusion du chapitre et du titre</i>	74
TITRE II. L'IRRÉDUCTIBILITÉ DE LA CASSATION À UNE DÉDUCTION FORMELLE.....	75
<i>Chapitre 1. Les obstacles théoriques à une conception du visa comme fondement logique de la cassation</i>	76
Section 1. Les obstacles à une conception du visa comme prémisses du raisonnement menant à la cassation.....	76
§1. La prise en compte des conséquences des décisions.....	77
A. La critique du caractère mécanique du syllogisme judiciaire.....	78
B. La critique de l'absence de valeur heuristique du syllogisme.....	81
§2. L'importance de l'argumentation dans la détermination des prémisses.....	83
Section 2. Les obstacles à une conception du visa comme prémisses de la démonstration de la nécessité de la cassation.....	87
§1. L'établissement de la vérité des prémisses.....	87
A. La position de Ross.....	88
B. La norme comme expression d'un acte de volonté.....	90
§2. Le lien de nécessité entre le visa et la cassation.....	92
A. La thèse réaliste de l'indétermination du sens des textes.....	93
B. Le refus d'un scepticisme radical à l'égard des règles.....	94
<i>Conclusion du chapitre</i>	96
<i>Chapitre 2. Visas et détermination des prémisses de la cassation en pratique</i>	98
Section I. Visas et règles de droit.....	99
§1. Choix des visas et choix des règles de droit.....	99
§2. Le lien entre visas et règles de droit.....	101
A. La distance entre le visa et la règle appliquée.....	101
B. L'évolution d'une règle de droit sans changement de visa.....	102
Section II. Visas et qualification juridique.....	103
§1. Détermination du champ d'application et rôle du visa.....	104
§2. Précision des critères de qualifications et rôle du visa.....	106
<i>Conclusion du chapitre et du titre</i>	110
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....	111

PARTIE II. LE VISA : JUSTIFICATION DE LA CASSATION.....	113
TITRE I. LA JUSTIFICATION PAR LA RÉFÉRENCE À UN TEXTE.....	117
<i>Chapitre I. La nature de la justification opérée par la référence textuelle.....</i>	<i>117</i>
Section I. Le visa comme justification de l'existence de la règle appliquée.....	118
§1. Lien d'ordre sémantique.....	120
A. L'interprétation littérale.....	121
B. L'usage de la définition.....	122
C. Le raisonnement <i>a contrario</i>	124
§2. Lien d'ordre finaliste.....	125
A. Finalité de la règle et procédés <i>logiques</i> d'interprétation.....	128
B. Finalité de la règle et argument de type pragmatique.....	132
§3. Lien d'ordre traditionnel.....	135
A. La justification par l'autoréférence implicite.....	136
B. La justification par la référence implicite à la jurisprudence d'autres juridictions.....	142
Section II. Le visa comme élément de justification de l'interprétation.....	144
§1. La justification par la cohérence.....	145
A. L'interprétation d'un texte grâce à un second.....	146
1) La justification de l'interprétation de l'implication.....	146
2) La justification de l'applicabilité du visa.....	147
3) La neutralisation du texte interprété.....	148
B. L'action réciproque de plusieurs textes.....	149
C. La justification d'un revirement de jurisprudence par l'adjonction d'un nouveau visa.....	150
§2. La justification par référence à la jurisprudence d'autres juridictions.....	152
A. La référence implicite à une autorité interprétative.....	152
1) Le visa de directives comme référence indirecte à la jurisprudence le Cour de justice.....	153
a) L'apparition de la pratique du visa de directives.....	153
b) Distinction entre visa d'une directive et visa de textes tels qu'interprétés à la lumière d'une directive 161	
2) Le visa de la Constitution correspondant à une référence à la jurisprudence du Conseil constitutionnel 165	
3) Le visa de la CESDH correspondant à une référence à une décision de la CEDH.....	167
B. La justification par référence explicite à la jurisprudence d'autres juridictions.....	168
1) Le visa isolé.....	168
2) Le visa intégré.....	171
a) La référence au dispositif de la décision.....	171
b) La référence aux arguments présents dans la décision.....	175
Conclusion du chapitre.....	178
<i>Chapitre II. Le type de texte susceptible de justifier une cassation.....</i>	<i>180</i>
Section I. Le texte susceptible de justifier l'existence de la règle.....	180
§1. La source du texte.....	183
A. Des sources étatiques.....	183
1) Les textes nationaux.....	183
2) Les textes internationaux.....	187
B. Des sources non-étatiques.....	191
§2. Le destinataire du texte.....	194
A. L'administration : le visa de circulaires.....	195
B. L'État : le visa de directives européennes.....	197
§3. La qualité du texte.....	201

A.	Un texte applicable au jour de la décision.....	201
B.	Un texte exprimant une règle de droit.....	202
1)	La nature de la règle de droit exprimée.....	204
2)	La formulation du texte visé.....	205
Section II.	Le texte susceptible de justifier l'interprétation d'un autre texte.....	206
§1.	Absence d'applicabilité des conditions habituelles.....	206
A.	L'absence d'effet direct horizontal du texte.....	206
1)	L'imprécision de l'énoncé.....	207
2)	L'absence d'effet horizontal.....	210
B.	L'absence d'entrée en vigueur du texte.....	212
C.	Le visa de décisions de justice.....	212
§2.	Approche par faisceau de critères de légitimité du texte.....	216
	<i>Conclusion du chapitre et du titre.....</i>	<i>218</i>
TITRE II.	LA JUSTIFICATION PAR RÉFÉRENCE NON TEXTUELLE.....	220
	<i>Chapitre I. La nature de la justification opérée par la référence non textuelle.....</i>	<i>223</i>
Section I.	Approche relationnelle du visa non textuel.....	225
§1.	Le visa textuel support de la cassation.....	225
A.	La justification de l'application du texte par le visa non textuel.....	225
1)	La justification de la qualification juridique opérée.....	226
2)	La justification de l'applicabilité du texte visé.....	226
B.	L'interprétation d'un texte à la lumière d'un principe.....	227
§2.	Le visa non textuel support de la cassation.....	229
A.	Les relations entre texte et visa non textuel.....	230
1)	La neutralisation du texte visé par le visa non textuel.....	230
2)	L'action justificative du texte sur le visa non textuel.....	231
B.	Les relations entre visas non textuels.....	232
§3.	Visa non textuel et visa textuel concomitamment violés.....	233
Section II.	Fonctions justificatives du visa non textuel.....	234
§1.	La recherche de cohérence.....	235
A.	La recherche d'une cohérence intellectuelle des solutions.....	235
1)	Fonction expressive du visa non textuel.....	235
2)	Fonction rationalisante du visa non textuel.....	239
B.	La recherche d'une cohérence matérielle des solutions.....	245
1)	Continuité des solutions dans le temps.....	245
2)	Continuité dans l'espace.....	247
§2.	Le besoin rhétorique.....	249
A.	Le visa de principes au service de leur autonomisation.....	249
1)	L'autonomisation au service de la propagation.....	250
2)	L'autonomisation au service d'une limitation.....	256
B.	Le visa de principes justifiant un revirement.....	258
	<i>Conclusion du chapitre.....</i>	<i>263</i>
	<i>Chapitre II. Le type de référence non textuelle susceptible de justifier une cassation.....</i>	<i>264</i>
Section I.	L'absence de conditions formelles du visa non textuel.....	264
§1.	Énoncé concis ou énoncé complet.....	264
§2.	Visas non textuels au pluriel ou au singulier.....	267
Section 2.	La recherche de conditions matérielles du visa non-textuel.....	268
§1.	Définition négative des conditions du visa non textuel.....	268
A.	Le caractère non controversé du visa non textuel.....	269
B.	Le caractère incertain du contenu du visa non textuel.....	270

§2. Définition positive des conditions du visa non textuel.....	271
A. La préexistence de la norme à son visa	271
B. L'utilité du visa non textuel.....	273
<i>Conclusion du chapitre et du titre</i>	275
CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE	277
PARTIE III. LE VISA : MESSAGE DE LA COUR DE CASSATION	279
TITRE I. LA NATURE DE L'INFORMATION RECHERCHÉE DANS LE VISA	281
<i>Chapitre I. L'information sur les règles de droit</i>	281
Section I. L'information sur les règles appliquées dans l'arrêt.....	282
§1. Identification de la règle de décision	283
§2. Identification des raisons ayant mené au choix la règle de décision	285
A. La recherche du fondement juridique de la règle appliquée.....	285
B. L'explication de l'interprétation des textes par l'analyse des visas.....	287
Section 2. L'information sur les règles applicables	289
§1. Analyse du fondement et détermination de la portée de la solution.....	289
A. Fondement et champ d'application.....	289
1) Délimitation du champ d'application de la règle par le biais du texte visé.....	290
2) Détermination du champ d'application par le biais de la <i>ratio legis</i>	292
B. Fondement et régime juridique.....	294
§2. La réception des visas <i>obiter dictum</i>	299
Conclusion du chapitre	301
<i>Chapitre II. L'information sur les sources du droit</i>	303
Section I. Une information protéiforme	304
§1. Diversification des modes de formation des normes.....	305
§2. Les interactions entre sources formelles et sources matérielles.....	308
Section II. Une information tronquée.....	313
§1. Sources formelles.....	314
§2. Sources matérielles	315
<i>Conclusion du chapitre et du titre</i>	317
TITRE II. LES PROBLÈMES DE RÉCEPTION DU MESSAGE	319
<i>Chapitre I. Les causes des problèmes de réception</i>	320
Section 1. La nature de la référence opérée par le visa	321
§1. L'accessibilité matérielle de la référence opérée par le visa	321
§2. L'imprécision de la référence opérée par le visa	323
A. La prolifération de visas.....	323
B. La polysémie des visas.....	327
§3. L'inconstance de la référence opérée par le visa	334
A. L'inconstance dans le temps	334
B. L'inconstance dans l'espace.....	337
Section 2. La règle à laquelle le visa fait référence	338
§1. Source jurisprudentielle de la règle et visa textuel	338
A. L'inadéquation du visa motivant la recherche d'un meilleur fondement	339
B. L'inadéquation du visa fondant la critique de la solution	346
§2. Contrôle de proportionnalité et technique du visa	349
Conclusion du chapitre	354
<i>Chapitre II. Les techniques de résolution des problèmes de réception</i>	356
Section 1. L'action sur le récepteur.....	357

§1. La communication sur l'arrêt : l'addition de messages.....	357
A. La nature des communications émanant du SDER.....	360
1) L'information dans les publications rapides	360
2) L'information dans les publications lentes.....	365
B. Les communications émanant des conseillers de la Cour de cassation.....	367
§2. La communication sur la méthode de cassation : les directives d'interprétation des arrêts	370
Section 2. L'action sur le message.....	373
§1. La réforme de la motivation des arrêts.....	374
§2. L'avenir des visas.....	379
A. L'absence de nécessité d'une modification profonde des pratiques.....	379
B. L'amélioration de certaines pratiques.....	380
<i>Conclusion du chapitre et du titre.....</i>	<i>383</i>
CONCLUSION DE LA TROISIÈME PARTIE	385
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	387
<i>Annexe 1. Précisions sur le syllogisme et la logique formelle</i>	<i>393</i>
La syllogistique d'Aristote	393
La logique des propositions	396
<i>Annexe 2. Visas en matière de dénaturation</i>	<i>399</i>
BIBLIOGRAPHIE.....	401
THÈSES ET MONOGRAPHIES.....	401
MANUELS.....	404
ARTICLES.....	405
COMMUNICATIONS DANS DES COLLOQUES ET CONFÉRENCES NON PUBLIÉES	423
OUVRAGES COLLECTIFS.....	424
DICTIONNAIRES.....	425
RÉPERTOIRES ET ENCYCLOPÉDIES	425
RAPPORTS ET COMPTE RENDUS	426
INDEX	429
TABLE DES MATIÈRES.....	435