

**Les divergences de jurisprudence au sein de la Cour de cassation.
Réflexion à l'aune de la réforme de la motivation des arrêts**

Caroline BOUIX

Maître de conférences en droit privé

En délégation à l'Université de la Nouvelle-Calédonie

Membre du Laboratoire de Recherches juridique et économique (LARJE)

Il y a quelques années, l'observation de divergences de jurisprudence en droit du cautionnement avait conduit Pascal Ancel, alors directeur du Centre de recherches critiques sur le droit (CERCRID) à l'Université Jean Monnet de Saint-Etienne, à s'intéresser à ce phénomène. D'un côté, le constat de divergences récurrentes entre la première Chambre civile et la Chambre commerciale en droit du cautionnement et, de l'autre, celui de l'absence d'utilisation des mécanismes de traitement prévus par la loi l'avait amené à questionner la notion même de divergence de jurisprudence et son traitement¹.

Ces interrogations ont finalement trouvé leur expression collective dans l'organisation d'un colloque qui s'est tenu au Musée d'Art moderne de Saint-Etienne les 11 et 12 octobre 2001².

Les ambitions de cette manifestation étaient à la fois théoriques et pratiques. Théoriques, car les réflexions devaient s'inscrire au sein d'une réflexion générale sur la notion de jurisprudence et sur sa place dans le système de production de normes. Pratiques, car il s'agissait de partir de l'observation du droit positif pour mieux l'éclairer.

Aujourd'hui, il est possible de se demander si les mêmes questions se posent et si elles trouveraient une réponse identique, sinon proche.

Il faut immédiatement relever qu'un élément de l'équation s'est particulièrement transformé : la jurisprudence elle-même. L'effet du temps sans doute, sa pertinence, son caractère incontournable, ses avancées, ont assis sa position au sein des sources du droit. Le temps où se posait la question de savoir si la jurisprudence est une source du droit paraît loin. Cette affirmation semble désormais actée ; il s'agit davantage d'en tirer les conséquences. À ce titre, doit être citée la réforme – l'auto-réforme pourrait-on dire – de la Cour de cassation.

Depuis quelques années, la haute juridiction de l'ordre judiciaire s'est engagée dans un processus de réflexion dans la perspective d'une réforme globale. Le Premier président de la Cour de cassation d'alors, Monsieur Bertrand Louvel, avait mis en place une commission dont l'objectif était d'aborder un ensemble de questions et de formuler un certain nombre de propositions de réformes. Cette impulsion a été reprise par l'actuelle Première Présidente, Mme Chantal Arens. Par lettre de mission du 23 septembre 2019, celle-ci a confié à trois présidents de chambre³ le pilotage d'un groupe de travail afin de poursuivre et d'achever la réflexion menée ces dernières années par la

¹ P. ANCEL, « Présentation », in *Les divergences de jurisprudence*, P. ANCEL et M-C. RIVIER (dir.), Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2003, p. 7 et s.

² *Les divergences de jurisprudence*, P. ANCEL et M-C. RIVIER (dir.), préc.

³ Messieurs Pascal CHAUVIN, Christophe SOULARD et Bruno CATHALA.

Cour de cassation sur ses méthodes de travail. Des propositions ont été remises le 22 juin 2020. Le 6 juillet 2020, une Commission de réflexion sur la Cour de cassation 2020-2030 a été installée, elle est chargée de repenser, pour les dix années à venir, l'identité et le positionnement de la Cour de cassation dans son environnement juridique, institutionnel et international⁴.

Parmi les évolutions majeures, une peut retenir immédiatement et concrètement l'attention du lecteur régulier des arrêts de la Cour de cassation : celle de la motivation des arrêts⁵. Ces derniers étaient réputés autant que critiqués pour leur concision⁶. Depuis quelques années, les décisions jugées les plus importantes bénéficient d'une motivation plus développée, dite enrichie⁷.

En elle-même, cette évolution est déjà une avancée majeure. Davantage motivées, les décisions de la Cour de cassation devraient être plus claires et donc mieux comprises. Au-delà, elle influence l'image et la place de la jurisprudence au sein du système juridique. À travers cet enrichissement de la motivation de ses arrêts, la Cour de cassation assume son pouvoir normatif et en tire les conséquences inévitables quant à l'accès au droit et à la sécurité juridique.

La question qui peut alors être posée est de savoir quel pourrait être l'impact de ce changement sur les divergences de jurisprudence entre les chambres de la Cour de cassation⁸.

La divergence de jurisprudence fait partie de ces notions utilisées par tous mais qui restent assez mal connues. Chacun peut sans doute citer au moins une divergence de jurisprudence dans sa matière de prédilection et/ou rendre compte de divergences célèbres. Leur existence est même prévue par la loi puisque l'article L431-5 du Code l'organisation judiciaire prévoit que « *le renvoi devant une chambre mixte peut être ordonné (...) si la question a reçu ou est susceptible de recevoir devant les chambres des solutions divergentes* ». La notion n'en est pas pour autant définie. Le point de départ paraît pourtant simple : il y a divergence de jurisprudence lorsque, à même question, la jurisprudence donne deux réponses incompatibles. Mais immédiatement des questions surgissent, il faut par exemple situer la notion de divergence par rapport à celle de revirement. En effet, lorsqu'une chambre change d'avis, elle prend une position incompatible avec celle retenue précédemment sur une même question⁹.

Le colloque organisé en 2001 par le CERCRIID révéla des difficultés d'identification et de traitement des divergences. En s'exprimant aujourd'hui davantage et plus clairement, la haute juridiction révélera-t-elle les divergences en son sein ? Les traitera-t-elle de manière explicite et justifiée ?

⁴ Site internet de la Cour de cassation (www.courdecassation.fr).

⁵ Cette évolution s'inscrit dans un développement plus général de l'accès au droit, le « dogme par excellence » pour Nicolas Molfessis (« La sécurité juridique et l'accès aux règles de droit », *RTDciv.* 2000. 662), le fameux « droit au droit » (Th. REVET, « Aide juridique : Loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits », *RTDciv.* 1999. 220). Le Conseil d'État a lui aussi fait évoluer sa motivation (V. le Rapport sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative rendu en avril 2012).

⁶ A. TOUFFAIT et A. TUNC, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment celles de la Cour de cassation », *RTDciv.* 1974. 487 ; « *La motivation des arrêts est atteinte d'une sorte d'anémie* » (C. ATIAS, « Coûteuse insécurité juridique », *D.* 2015. 167).

⁷ L'expression employée pour désigner cet enrichissement de la motivation des arrêts de la Cour de cassation a d'abord été celle de « motivation enrichie ». Aujourd'hui, est davantage utilisée dans la communication externe de la Haute juridiction celle de « motivation développée ». Les deux expressions décrivent ainsi le même phénomène.

⁸ Les discordances entre les positions des juges du fond et de la Cour de cassation sont exclues du champ de l'étude, leur existence et leur traitement soulevant des questions différentes.

⁹ Sur ce point, il peut être considéré que le revirement est un conflit de normes dans le temps, plusieurs solutions incompatibles d'une même chambre se succédant, alors que la divergence est un conflit de normes dans l'espace (M.-C. RIVIER et S. LAULOM, « Questions aux intervenants », in *Les divergences de jurisprudence*, préc., p. 39 et s.), différentes chambres prenant des positions incompatibles.

L'actualité jurisprudentielle, dans un domaine cher à Pascal Ancel, permet d'avancer quelques pistes de réponse. Un récent arrêt à motivation développée met particulièrement en évidence la question de l'identification et du traitement des divergences de jurisprudence. Il s'agit de l'arrêt rendu le 13 janvier 2020 par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation à propos de l'éternelle question de l'assimilation des fautes contractuelle et délictuelle¹⁰. Cette décision est le dernier épisode en date d'une saga jurisprudentielle à grand succès. Les premiers épisodes consistaient justement en une divergence de jurisprudence entre la Première Chambre civile¹¹ et la Chambre commerciale¹². Un rebondissement majeur survint lorsque, le 6 octobre 2006¹³, l'Assemblée plénière se prononça pour mettre fin à ces discordances. Mais l'intrigue se corsa lorsque quelques arrêts dissidents¹⁴ vinrent perturber l'harmonie pourtant attendue à la suite de l'arrêt rendu en formation solennelle. C'est ainsi qu'en 2020, l'Assemblée plénière se prononça de nouveau sur cette question apparemment insoluble... Mais cette fois, différence remarquable, elle le fait avec une motivation enrichie. Serait-ce là l'épilogue de cette discussion ? Cet arrêt offre l'occasion de mesurer les avancées de la réforme de la Cour de cassation sur la question des divergences de jurisprudence.

Suivant le même cheminement que celui retenu par le CERCRID en 2001, nous nous interrogerons sur le point de savoir si la réforme de la Cour de cassation peut améliorer, dans un premier temps, l'identification des divergences de jurisprudence (I) et, dans un second temps, leur traitement (II).

I. Une meilleure identification des divergences de jurisprudence ?

L'ampleur et l'importance de la réforme menée à la Cour de cassation autorisent tous les espoirs, en particulier lorsqu'on la confronte à l'image qu'elle a longtemps pu renvoyer : celle d'une juridiction affirmant avec autant de concision que d'autorité ses positions. Progressivement, la haute juridiction est passée d'une franche réserve à une communication exponentielle, ou autrement dit, de la timidité à une volubilité désordonnée : rédaction plus claire, motivation plus développée, mais également multiplication des supports de communications extérieurs à la décision : avis et rapports, communiqués, notes au Bulletin d'information de la cour de cassation, chroniques

¹⁰ Ass. Pl. 13 janv. 2020, n°17-19963, *D.* 2020. 416, et les obs., note J.-S. BORGHETTI ; *ibid.* 353, obs. M. MEKKI ; *ibid.* 394, point de vue M. BACACHE ; *AJ contrat* 2020. 80, obs. M. LATINA ; *RTD civ.* 2020. 96, obs. H. BARBIER ; *JCP G* 2020, 93, M. MEKKI ; *Gaz. Pal.* 4 févr. 2020, n° 369y4, p. 15, D. HOUTCIEFF ; *AJDA* 2019, p. 2532, V. MAZEAUD ; *Resp. civ. et assur.* 2020, étude 4, L. BLOCH.

¹¹ Cass. 1^e civ., 15 déc. 1998, n° 96-21905, 96-22440, *Bull. civ.* I, n° 368 ; Cass. 1^e civ., 18 juill. 2000, n° 99-12135, *Bull. civ.* I, n° 221 ; Cass. 1^e civ., 13 févr. 2001, n° 99-13589, *Bull. civ.* I, n° 35 ; Cass. 1^e civ., 18 mai 2004, n° 01-13844, *Bull. civ.* I, n° 141.

¹² Cass. com., 2 avr. 1996, n° 93-20225, *Bull. civ.* IV, n° 101 ; Cass. com., 8 oct. 2002, n° 98-22858. ; Cass. com., 5 avr. 2005, n° 03-19370, *Bull. civ.* IV, n° 81.

¹³ Cass. ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13255, *Bull. civ. ass. plén.*, n° 9 ; *D.* 2006. 2825, note G. VINEY ; *JCP G* 2006, II, 10181, avis M. GARIAZZO et note M. BILLIAU ; *RTD civ.* 2007. 123, obs. P. JOURDAIN ; *RDC* 2007. 269, obs. D. MAZEAUD.

¹⁴ « Si la grande majorité des arrêts rendus par les chambres de la Cour ont appliqué la jurisprudence *Boot shop* (Le SDER a recensé 31 arrêts des chambres civiles entre 2007 et 2018 ayant repris in extenso l'attendu de principe de l'arrêt *Boot shop* ou un attendu qui en était proche), un certain nombre d'arrêts s'en sont écartés. » (« Le régime de responsabilité des tiers ayant subi un préjudice du fait de l'inexécution ou de la mauvaise exécution d'un contrat » - Avis du premier avocat général Jean Richard de la Tour, *JCP G* n° 4, 27 janvier 2020, 92). S'en sont écartés les arrêts suivants, identifiés par l'Assemblée plénière elle-même dans son arrêt de 2020 : 3^e Civ., 22 oct. 2008, n° 07-15692, 07-15583, *Bull.* 2008, III, n° 160 ; 1^e Civ., 15 déc. 2011, n° 10-17691 ; Com., 18 janv. 2017, n° 14-18832, 14-16442 ; 3^e Civ., 18 mai 2017, n° 16-11203, *Bull.* 2017, III, n° 64.

de jurisprudence, notes explicatives, Lettres des chambres, etc. Si la Cour de cassation en dit plus, il peut être espéré que les divergences seront mieux identifiées. Cependant, cette espérance doit être confrontée à la réalité, en prenant pour exemple l'arrêt du 13 janvier 2020.

La réforme de la Cour de cassation quant à la motivation de ses décisions suscitent ainsi certaines attentes (A) auxquelles les apports de la réforme ne semblent pas vraiment à la hauteur (B).

A. Les attentes suscitées

Du temps de la motivation des arrêts dans leur ancienne rédaction, les divergences de jurisprudence n'apparaissaient évidemment pas au sein du texte lui-même. Historiquement, la motivation brève et concise des arrêts de la Cour de cassation s'expliquait par le pouvoir conquis¹⁵, la Haute juridiction ne devant pas s'efforcer de convaincre mais ordonner. Nulle ambiguïté, nulle incertitude, ou nulle même potentialité d'une autre interprétation possible ne devait transparaître au risque d'affaiblir la position choisie. La Cour posant l'interprétation de la loi, elle devait affirmer sans tergiverser. Difficile alors d'imaginer la Cour de cassation faire état des divergences en son sein.

En effet, À la seule lecture de l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière le 6 octobre 2006, difficile de deviner les discordances préexistantes. Leur existence était pourtant bien connue. Identifiées par la doctrine elles avaient même été exposées au sein des différents supports de communication extérieurs à la décision. Le rapport du Conseiller rapporteur évoquait l'existence de « *courants jurisprudentiels contraires* », l'avis du Premier avocat général, une « *valse-bésitation jurisprudentielle* » et la note au BICC publiée quelques semaines plus tard faisait quant à elle état d'une « *controverse* »¹⁶. La chose existe, tout le monde le sait, mais nul mot dans la décision elle-même, l'*elephant in the room*... Aujourd'hui, la perception du droit, a sensiblement évolué. Il faut expliquer, il faut convaincre. Ce sont là certains des objectifs affichés de la réforme : « *La motivation en forme développée des arrêts qui le nécessitent doit permettre un accès au droit plus précis et plus informé. Elle est porteuse d'une dimension à la fois explicative, pédagogique (permettre à chacun de mieux comprendre la décision en mettant davantage en évidence la progression du raisonnement qui a conduit à la solution retenue) et persuasive (conduire les parties à mieux accepter la décision)* »¹⁷. La question se pose alors de savoir si la motivation enrichie des décisions de la Cour de cassation mettra en lumière les divergences de jurisprudence.

Précisons d'ores et déjà que, si divergence de jurisprudence il existe et *a fortiori* si elle doit être traitée, l'arrêt devrait faire l'objet d'une motivation enrichie. En effet, les décisions importantes, identifiées comme devant être davantage motivées, sont notamment celles qui « *présentent un intérêt pour l'unité de la jurisprudence* »¹⁸. L'hypothèse de divergence de jurisprudence est sans nul doute contenue dans ce cas.

Une motivation développée doit alors consister, notamment, dans le fait d'« *expliquer, lorsqu'il y a lieu, la méthode d'interprétation, retenue par la Cour, des textes pertinents. Faire mention des solutions alternatives non retenues lorsque celles-ci ont été sérieusement discutées au cours du délibéré, en mettant en évidence les raisons*

¹⁵ « *La puissance ainsi conquise a rejailli sur le style des arrêts* » (F. ZENATI, « La nature juridique de la Cour de cassation », BICC, n°575, 15 avr. 2003, p. 3). V. not. : F. MALHIÈRE, La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation), Dalloz, 2013.

¹⁶ BICC n°651, 1^{er} déc. 2006, note de M. Assié, conseiller rapporteur, sous Cass., ass. plén., 6 oct. 2006.

¹⁷ « Le mode de rédaction des arrêts change », Dossier de presse, site internet de la Cour de cassation.

¹⁸ « Le mode de rédaction des arrêts change », préc.

*pour lesquelles elles ont été écartées. Quand il y a lieu, en particulier en cas de revirement de jurisprudence, citer les 'précédents' pour donner une traçabilité à l'arrêt au sein de la jurisprudence de la Cour. »*¹⁹. À la lecture de ces précisions, il paraît raisonnable d'espérer une meilleure mise en évidence des divergences existantes. Un des premiers arrêts à motivation enrichie, rendu le 6 avril 2006 par la Première chambre civile²⁰, met clairement en exergue l'existence de divergences en présentant la position « constante » de la chambre criminelle, puis la solution contraire retenue par la Première chambre civile et enfin la position de l'Assemblée plénière conduisant à « *une modification de la jurisprudence précitée* », en d'autres termes, à un revirement.

L'hypothèse de divergence reste néanmoins assez peu évoquée dans la communication accompagnant la réforme de la Cour, ou en tout cas, de manière non explicite. Par exemple, alors qu'au stade de l'expérimentation du repérage des affaires importantes par le Service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation, un des critères retenus était le « *lien avec une divergence de jurisprudence* »²¹, dans la note relative à la structure des arrêts et avis et à leur motivation en forme développée²² et le dossier de presse, cette référence explicite disparaît, remplacée par un critère plus large, celui de l'« *intérêt pour l'unité de la jurisprudence* ». Cette même note²³ ne fait guère mention des divergences et surtout, lorsqu'elle le fait, à propos du choix des précédents à citer au sein de la motivation, c'est pour préconiser de ne pas faire mention dans les décisions des « *arrêts dissidents au regard de la doctrine de la chambre* » ! La communication de la Cour de cassation est donc pour le moins réservée, si ce n'est timorée, sur la question des divergences de jurisprudence. Cette retenue étonne lorsqu'on la compare au traitement des revirements de jurisprudence, pleinement assumé à travers la motivation développée²⁴.

Les attentes suscitées par la réforme de la Cour de cassation quant à l'identification des divergences de jurisprudence sont donc assez mitigées. La décision rendue par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 13 janvier 2020 révèle que la motivation développée ne garantit effectivement pas toujours une meilleure identification des divergences.

B. Les apports réalisés

Le sentiment réservé ressenti à la lecture de la communication autour de la réforme de la Cour de cassation subsiste à la lecture de l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière le 13 janvier 2020. D'un côté, grâce à la motivation enrichie, des éléments de contexte et de compréhension, encore impensables quelques années auparavant, sont présents dans le texte même de l'arrêt. Dans un §.12, l'Assemblée plénière explique le point de départ de son raisonnement : « *La Cour de cassation retient depuis longtemps le fondement délictuel ou quasi délictuel de l'action en réparation engagée par le tiers à un contrat*

¹⁹ « Le mode de rédaction des arrêts change », préc.

²⁰ Civ. 1^e, 6 avr. 2016, n°15-10552, *Légipresse*, sept. 2016, n°341, p. 483, note GUERDER ; *RTDciv.* 2017. 77, obs. DEUMIER.

²¹ Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, p. 102, site internet de la Cour, www.courdecassation.fr.

²² Note relative à la structure des arrêts et avis et à leur motivation en forme développée, p. 23, site internet de la Cour, www.courdecassation.fr.

²³ Note relative à la structure des arrêts et avis et à leur motivation en forme développée, p. 23, préc.

²⁴ Voir par exemple : « *les conséquences ainsi tirées du texte susvisé, qui s'écartent de celles retenues depuis un arrêt du 24 février 1976, sont conformes à l'exigence de sécurité juridique au regard de l'évolution du droit des sociétés* » (Com. 8 févr. 2011, n°10-11896, *D.* 2011. 515, obs. LIENHARD ; *D.* 2011. 1314, note MOLFESSIS et KLEIN ; *D.* 2011. 1321, note MARMOZ ; *Rev. Sociétés* 2011. 288, note LE CANNU ; *Dr. sociétés* avr. 2011. Comm. 70, note ROUSSILLE ; *JCP E* 2011. 1151, note DONDERO ; *RTDciv.* 2011. 493, obs. DEUMIER).

contre un des cocontractants lorsqu'une inexécution contractuelle lui a causé un dommage. ». Puis, elle rappelle le principal précédent en la matière, c'est-à-dire la solution retenue par l'Assemblée plénière le 6 octobre 2006 : « *S'agissant du fait générateur de responsabilité, la Cour, réunie en assemblée plénière, le 6 octobre 2006 (Ass. plén., 6 octobre 2006, pourvoi n° 05-13.255, Bull. 2006, Ass. plén, n° 9) a retenu « que le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage* » ». Ensuite, elle donne les raisons justifiant cette solution : faciliter l'indemnisation du tiers à un contrat. Elle poursuit en affirmant la constance de la solution : « *Jusqu'à une époque récente, cette solution a régulièrement été reprise par les chambres de la Cour, que ce soit dans cette exacte formulation ou dans une formulation très similaire* ». Elle en vient alors aux raisons de l'intervention de la formation solennelle, l'existence d'arrêts qui « *ont pu être interprétés comme s'éloignant de la solution de l'arrêt du 6 octobre 2006 (3e Civ., 22 octobre 2008, pourvoi n° 07-15.692, 07-15.583, Bull. 2008, III, n° 160 ; 1re Civ., 15 décembre 2011, pourvoi n° 10-17.691 ; Com., 18 janvier 2017, pourvois n° 14-18.832, 14-16.442 ; 3e Civ., 18 mai 2017, pourvoi n° 16-11.203, Bull. 2017, III, n° 64)* ». Elle ajoute ainsi que ces arrêts ont créés des « *incertitudes qu'il appartient à la Cour de lever* ». Elle achève finalement sa motivation en explicitant sa solution sur le fond. De nombreux éléments viennent ainsi enrichir la discussion : précédents, constance de la solution, objectif visé, disharmonie, etc. La comparaison entre la motivation de l'arrêt de 2006 et celle de la décision de 2020 est saisissante.

Pour autant, d'un autre côté, en ce qui concerne l'identification des divergences, la motivation déçoit. Les termes employés pour désigner ces discordances persistantes dans la jurisprudence de la Cour semblent à l'opposé de ce qui pouvait être attendu. Loin de reconnaître et d'assumer l'existence de divergences, l'Assemblée plénière les nie. Elle recourt à un euphémisme pour les évoquer, expliquant pudiquement dans ses motifs que « *certains arrêts ont pu être interprétés comme s'éloignant de la solution de l'arrêt du 6 octobre 2006* ». La note explicative publiée avec la décision, de la même manière, mentionne des « *arrêts de différentes chambres interprétés par la doctrine comme exprimant une divergence par comparaison avec la fidélité observée dans d'autres arrêts à la formulation de l'arrêt Boot shop* ». Il n'y aurait donc aucune divergence de jurisprudence, lesquelles n'existeraient que dans le regard de la doctrine. Pourtant, dans son rapport, Mme le conseiller Anne-Marie Monge affirme qu'« *Il n'est pas sérieusement discutable que ces différences de formulation d'une chambre à l'autre dépassent une simple question de rédaction et révèlent des différences d'opinion sur le fait générateur que peut utilement invoquer le tiers au contrat à l'effet d'obtenir la réparation du dommage que lui a causé une inexécution contractuelle.* ». De même, dans son avis, le Premier avocat général Jean Richard de la Tour précise que, postérieurement à l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière le 6 octobre 2006 « *les chambres de la Cour ont, à nouveau, pris des positions divergentes* »²⁵. Revoilà l'elephant in the room...

Difficile de comprendre cette position antinomique de la Cour de cassation qui, d'une part, assume ses revirements, donc ses changements de position dans le temps, mais d'autre part, tait les contradictions entre ses chambres. Les revirements sont pleinement assumés au point que la Cour module aisément leurs effets dans le temps²⁶. Après avoir été décriés comme créant de l'insécurité juridique, ils sont aujourd'hui mis en évidence et leurs effets aménagés. Il est étonnant que les divergences ne reçoivent pas le même traitement, alors même que leur existence et leur traitement sont prévus par la loi. De la même manière que les revirements sont inévitables pour permettre

²⁵ « Le régime de responsabilité des tiers ayant subi un préjudice du fait de l'inexécution ou de la mauvaise exécution d'un contrat » - Avis du premier avocat général Jean Richard de la Tour, préc.

²⁶ Notamment : Civ. 1^e, 6 avr. 2016, n°15-10552, préc.

l'évolution du droit, les divergences sont inéluctables²⁷. Comme le relève le Premier président Guy Canivet « *Le fait que la Cour de cassation comprenne cinq chambres civiles, que la matière attribuée à chacune d'elles soit encore répartie entre différentes sections, et que les affaires à juger soient attribuées à des formations diverses augmente nécessairement le risque de divergences d'une chambre à l'autre et même à l'intérieur d'une chambre* »²⁸. Elles participent de l'évolution de la norme jurisprudentielle, les hésitations et discordances contraignant la Haute juridiction à se prononcer plus clairement. Et elles créent, elles aussi, de l'insécurité juridique. Mieux vaut donc les révéler et en tirer les conséquences plutôt que feindre les ignorer.

Certes, une motivation développée semble exigée par la jurisprudence européenne en cas de revirement²⁹, et la Cour de cassation en aura pris acte. Mais cela suffit-il à expliquer cette différence de traitement ? Au-delà de cette exigence posée timidement par la Cour européenne, il faut surtout noter que la Cour de cassation a parcouru un chemin considérable quant à la réflexion sur sa propre jurisprudence, sur son statut, sa place, à travers la question des revirements de jurisprudence. Chacun se souvient de l'émulation³⁰, si ce n'est parfois de l'indignation³¹, provoquée par la publication en 2004 du rapport consacré aux revirements de jurisprudence, réalisé par le groupe de travail dirigé par Nicolas Molfessis et remis au Premier Président de la Cour de cassation d'alors, Guy Canivet³². Ce rapport préconisait la modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence et corrélativement la réalisation de cette modulation par la Cour de cassation³³. Les intenses discussions d'alors et la prise de position forte de la Cour de cassation ont concouru à l'admission des revirements de jurisprudence au sein du système juridique. Leur existence est reconnue et leurs effets aménagés, rendant admissible ce qui était parfois conçu comme intolérable. La question des divergences n'a pas connu le même cheminement ce qui peut certainement participer à expliquer l'attitude réservée de la Cour de cassation à leur égard, même à l'heure de la motivation développée des arrêts.

Dans l'arrêt rendu le 13 janvier 2020, malgré une motivation développée, la Cour de cassation ne saisit pas l'occasion donnée d'assumer l'existence de divergences au sein de sa jurisprudence. Subsiste la question de leur traitement. Assumées ou non, les divergences génèrent

²⁷ « *Parce que plusieurs lectures d'un texte sont acceptables, et parce que les interprètes sont multiples, les divergences de jurisprudence sont inhérentes au système juridique.* » (P. DEUMIER, « Les divergences de jurisprudence : nécessité de leur existence, nécessité de leur résorption », *RTDciv.* 2013. 557).

²⁸ G. CANIVET, « La Cour de cassation et les divergences de jurisprudence », in *Les divergences de jurisprudence*, préc.

²⁹ « *the Court considers that the well-established jurisprudence imposed a duty on the Supreme Court to make a more substantial statement of reasons justifying the departure.* » (CEDH 14 janv. 2010, Atanasovski c/ ex-République Yougoslave de Macédoine, req. no 36815/03, §38).

³⁰ Notamment : W. DROSS, « La jurisprudence est-elle seulement rétroactive ? (à propos de l'application dans le temps des revirements de jurisprudence) », *D.* 2006, Chron. 472 ; X. LAGARDE, « Jurisprudence et insécurité juridique », *D.* 2006. 678 ; J.-L. AUBERT, « Faut-il « moduler » dans le temps les revirements de jurisprudence ?... J'en doute ? », *RTDciv.* 2005. 303 ; P. DEUMIER et R. ENCINAS DE MUNAGORRI : « Faut-il différer l'application des règles jurisprudentielles nouvelles ? Interrogations à partir d'un rapport », *RTDciv.* 2005. 83.

³¹ V. HEUZE, « À propos du rapport sur les revirements de jurisprudence, une réaction entre indignation et incrédulité », *JCP G.* 2005. I 130. 671 et X. BACHELLIER et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « Les revirements de jurisprudence », *RTDciv.* 2005. 304

³² *Les revirements de jurisprudence*, rapport remis le 30 novembre 2004 à M. le premier président Guy CANIVET, groupe de travail présidé par Nicolas MOLFESSIS, Paris, Litec, 2005.

³³ Notamment : Cass., Civ. 2^e, 8 juil. 2004, n° 01-10426, *Bull. civ.* II, n° 387, *D.* 2004, Jur. 2956, note C. BIGOT et 2005. 247, Chron. P. MORVAN, *RTDciv.* 2005. 176, obs. P. THÉRY ; Ass. Plén. 21 déc. 2006, n° 00-20493, *Bull. civ.* 2006, A.P. n° 15, p. 52, *D.* 2007. 835, et les obs., note P. MORVAN ; *RTDciv.* 2007. 72, obs. P. DEUMIER ; *ibid.* 168, obs. P. THÉRY ; *BICC* 1^{er} mars 2007, rapp. LORIFERNE, avis DE GOUTTES ; *JCP G* 2007. II. 10040, note E. DREYER.

une incertitude que la Cour, de son propre aveu, doit lever. La réforme de la Cour de cassation quant à sa motivation devrait permettre un traitement efficace des divergences, en tranchant de manière argumentée et donc convaincante. À la lecture de cette décision de la formation solennelle, il n'est pas certain que cet objectif soit d'ors et déjà atteint.

II. Un meilleur traitement des divergences ?

Si les divergences de jurisprudence n'apparaissent pas encore de manière très nette, en dépit de l'enrichissement de la motivation de ses décisions, peut-être ne faut-il pas avoir trop d'attente quant à leur traitement. Pourtant, une meilleure motivation permet d'espérer un traitement plus efficace. Davantage expliquée, la solution retenue devrait convaincre et les divergences ne pas réapparaître, c'est du moins ce qui pourrait être attendue de la réforme (A). Sa réalisation à travers l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière le 13 janvier 2020 ne permet cependant pas de corroborer sans réserve cette affirmation (B).

A. Les attentes suscitées

Avant même de chercher à déterminer si la réforme de la motivation des arrêts permet d'espérer un meilleur traitement des divergences d'interprétation, il faut se demander s'il faut traiter les divergences. Le point de départ de la réflexion peut être le rôle de la Cour de cassation. Comme elle l'énonce elle-même, elle a pour mission d'assurer l'unification du droit³⁴. Sur son site internet, elle affirme ainsi engager « *une réflexion approfondie sur les nouveaux défis qui se présentent à elle : répondre de façon toujours plus efficace à sa mission d'intérêt général d'unification du droit* ». Et selon le Premier président Guy Canivet, « *le rôle fondamental de la Cour de cassation (...) est, en effet, d'unifier l'interprétation de la loi, c'est-à-dire de faire en sorte que la loi unique de la République ne soit pas interprétée différemment par les différentes juridictions réparties sur le territoire* »³⁵. C'est une juridiction unique, détentrice d'un pouvoir hiérarchique, destinée à s'assurer que l'interprétation de la loi n'est pas différente d'une juridiction à l'autre sur le territoire. Ainsi, *a fortiori*, cette unification de l'interprétation devrait être assurée au sein même de la Cour de cassation, entre les différentes formations de jugement. Devant être traitées, les divergences ne sont pas pour autant vouées à disparaître. Les chambres n'étant pas tenues par les décisions rendues par les autres, elles peuvent se détacher de la position déjà retenue pour faire un choix différent. La résorption de cette divergence permet l'évolution de la norme jurisprudentielle après avoir pesé les avantages et inconvénients des deux solutions. Là peut notamment résider tout l'intérêt de la réforme de la Cour de cassation quant à sa motivation. Le traitement pouvant alors consister dans la présentation des deux positions et la justification du choix de l'une d'entre elles, exactement comme dans l'hypothèse d'un revirement de jurisprudence. Le traitement ainsi réalisé devrait, en outre, être plus efficace parce que plus convaincant. Et cette

³⁴ Notamment, dans le communiqué relatif aux arrêts n°275 (11-22768) et 276 (11-22927) de la Chambre mixte du 17 mai 2013 : « *Par ces décisions, la Cour de cassation remplit pleinement son rôle normatif, de création prétorienne du droit, mais exerce aussi sa fonction régulatrice, visant à harmoniser la jurisprudence sur l'ensemble du territoire* ».

³⁵ G. CANIVET, « La Cour de cassation et les divergences de jurisprudence », in *Les divergences de jurisprudence*, préc., p. 141 et s.

efficacité, ce pouvoir persuasif, est d'autant plus attendu aujourd'hui que la Cour de cassation assume et développe sa fonction normative³⁶.

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de l'Assemblée plénière du 6 octobre 2006, à la seule lecture de cette décision, nul ne pouvait deviner les discordances préexistantes. Son traitement ne pouvait donc pas davantage apparaître explicitement. Il est même possible de s'interroger rétrospectivement sur l'efficacité de ce traitement. Réservée dans sa décision mais trop diserte en dehors, la Cour de cassation avait brouillé le message, voire alimenté la divergence qu'elle entendait résorber. En effet, en affirmant de manière très concise et apparemment absolue l'identité des fautes contractuelle et délictuelle, tout en publiant une note au BICC qui tempérait le principe posé³⁷ la Cour a instillé le doute et fondé elle-même les dissidences à venir, contrecarrant l'effet persuasif impliqué par le recours à l'Assemblée plénière. Ces dissidences ont ainsi conduit la formation solennelle à devoir se prononcer à nouveau. Au vu des objectifs de la réforme de la Cour de cassation, cette nouvelle intervention de la formation solennelle devrait être différente. Le but poursuivi par la motivation enrichie est ainsi détaillé dans le dossier de presse : « *La motivation en forme développée des arrêts qui le nécessitent doit permettre un accès au droit plus précis et plus informé. Elle est porteuse d'une dimension à la fois explicative, pédagogique (permettre à chacun de mieux comprendre la décision en mettant davantage en évidence la progression du raisonnement qui a conduit à la solution retenue) et persuasive (conduire les parties à mieux accepter la décision). Rendre une décision plus aisément intelligible, c'est aussi se placer du point de vue de son lecteur. La motivation en forme développée est un gage de sécurité juridique (la lisibilité de la décision participe fortement de la prévisibilité du droit). Enfin, une jurisprudence constituée de décisions plus explicites, à la traçabilité plus nette, contribuera – notamment en facilitant la traduction – à la diffusion du droit français dans le champ juridique international. Un arrêt peut être regardé comme bien motivé dès l'instant où sa seule lecture suffit à tout juriste pour en saisir le sens et la portée* »³⁸.

La motivation permet à la Cour de cassation de davantage s'expliquer, de convaincre, mais aussi de rendre ses arrêts autosuffisants. Le traitement des divergences devrait donc être plus efficace parce que plus visible, davantage justifié et convaincant. Il n'est pas certain que l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière en 2020 réponde parfaitement à ces attentes.

B. Les apports réalisés

La décision de la Cour de cassation du 13 janvier 2020 contient de nombreux éléments de compréhension. Si elle n'identifie pas la divergence en tant que telle, elle reconnaît l'existence d'une discordance d'interprétation, la doctrine s'étant apparemment fourvoyée lorsqu'il s'est agi de commenter certaines de ses décisions. Désormais identifiée, l'incertitude peut être traitée et la Cour reconnaît que c'est son rôle de la dissiper³⁹. Pour ce faire, elle explique et justifie le choix de sa position, la même que celle retenue en 2006. La divergence, quelle qu'elle soit, est tranchée. Mais

³⁶ P. DEUMIER, « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? », D. 2015. 2022.

³⁷ La note affirme ainsi que « le juge devra s'assurer, au cas par cas, de l'existence d'un fait générateur de responsabilité (faute ou, plus largement, manquement à une obligation de résultat) », la solution permettant de « prendre en considération la portée à l'égard des tiers de l'obligation transgressée par le contractant ». (BICC n°651, 1^e déc. 2006, préc.).

³⁸ « Le mode de rédaction des arrêts change », préc.

³⁹ « Toutefois, certains arrêts ont pu être interprétés comme s'éloignant de la solution de l'arrêt du 6 octobre 2006 (3^e Civ., 22 octobre 2008, pourvoi n° 07-15.692, 07-15.583, Bull. 2008, III, n° 160 ; 1^{re} Civ., 15 décembre 2011, pourvoi n° 10-17.691 ; Com., 18 janvier 2017, pourvois n° 14-18.832, 14-16.442 ; 3^e Civ., 18 mai 2017, pourvoi n° 16-11.203, Bull. 2017, III, n° 64), créant des incertitudes quant au fait générateur pouvant être utilement invoqué par un tiers poursuivant l'indemnisation du dommage qu'il impute à une inexécution contractuelle, incertitudes qu'il appartient à la Cour de lever ». (C'est nous qui soulignons).

encore faut-il que le traitement soit efficace, qu'aucune décision dissidente ne resurgisse. Seule la force de persuasion de l'arrêt le permettra.

La lecture de la motivation de l'arrêt du 13 janvier 2020 ne permet cependant guère de croire que la discussion est définitivement close. L'arrêt ne consacre finalement que quelques paragraphes à la résolution du problème. Elle le fait surtout en des termes très généraux et en rappelant des informations élémentaires telles que l'effet relatif des conventions et la règle posée par l'ancien article 1382 du Code civil. La principale justification réside dans la volonté affirmée de la Cour de « *ne pas entraver l'indemnisation* » du dommage. S'en suit une déduction pour le moins rapide : « *Dès lors, le tiers au contrat qui établit un lien de causalité entre un manquement contractuel et le dommage qu'il subit n'est pas tenu de démontrer une faute délictuelle ou quasi délictuelle distincte de ce manquement.* ». Le raisonnement est ainsi plus affirmatif que démonstratif.

Pour un arrêt à motivation développée, on ne peut guère faire plus court. Il va en revanche sans dire qu'il était possible de faire plus long... Une discordance vieille de plusieurs décennies méritait sans doute davantage de justification. Et elle aurait sans doute alors été mieux comprise et donc plus efficace⁴⁰.

Ajoutons que la motivation enrichie n'a pas fait disparaître les supports extérieurs d'explication alors même que la lecture des objectifs de la réforme semblait l'impliquer. En, effet, selon la Cour de cassation elle-même, un arrêt suffisamment motivé, nous l'avons vu, est celui qui se suffit à lui-même. Or ici, à nouveau, la Cour ajoute une note explicative. Celle-ci contient quelques éléments de compréhension mais qui risquent d'ajouter de l'incertitude là où il ne devrait plus en avoir. On peut craindre alors que des discordances subsistent, le traitement de la divergence aura alors été inefficace.

En définitive, la confrontation des ambitions de la réforme de la Cour de cassation quant à la motivation de ses arrêts et sa mise en œuvre à travers l'exemple de la décision rendue par l'Assemblée plénière le 13 janvier 2020 contraint à dresser un bilan mitigé. Il n'est pas le bilan de la réforme mais une simple illustration d'une occasion manquée. Le constat dressé en 2001 par le CERCRIID n'est pas identique à celui fait aujourd'hui en raison des avancées indéniables réalisées. Des améliorations sont encore heureusement possibles quant à l'identification et le traitement des divergences de jurisprudence par la Cour de cassation à travers la motivation développée de ses arrêts. Elles ne pourront cependant peut-être pas aller sans une réflexion de la Cour de cassation sur les divergences existant en son sein.

⁴⁰ « *Il n'est cependant pas sûr en réalité que l'arrêt rapporté du 13 janvier 2020 suffise à éteindre la controverse* » (« Droit des contrats », Chron. JCP G n° 7-8, 17 fév. 2020, doct. 210).