

Le contrôle par la Cour de cassation du trouble manifestement illicite

Jean-Marie Coulon

#### NOTE

Le particularisme du juge des référés dans l'institution judiciaire a été maintes fois souligné par les praticiens et la doctrine <sup>(1)</sup>. L'objet des propos qui suivent ne consistera donc pas à fixer les traits essentiels de cette procédure. Sans doute ne risquerons-nous pas la contradiction en affirmant que le juge des référés est engagé dans le présent et qu'il a été, par la souplesse des textes, l'irremplaçable véhicule des « grandeurs procédurales ». On ne définit plus aujourd'hui le juge des référés, on l'accompagne dans sa légitimité incontestable mais parfois contestée <sup>(2)</sup>.

Cette légitimité a plusieurs racines : portée générale des textes du nouveau code de procédure civile, fonction arbitrale du juge étendue, adhésion des avocats... Reste cependant le rôle fondamental de la Cour de cassation. La nature et la portée du contrôle des critères principaux des art. 808 et 809 NCPC seront, pour le juge des référés, des indicateurs essentiels à son action propre. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle toujours adopté une extrême prudence dans son approche de la notion d'urgence, condition nécessaire de la saisine du juge des référés. Il n'en est pas de même, naturellement, pour l'appréciation de la notion de contestation sérieuse dès lors que le juge des référés n'est plus face à une situation incontestable en raison d'une question de fond de nature juridique que l'art. 808 NCPC lui interdit de résoudre.

Ce juge, on le sait, se référera alors aux conditions de l'art. 809, al. 1<sup>er</sup>, plus souples par nature, selon la volonté des auteurs du décret n° 87-434 du 17 juin 1987, puisqu'il pourra décider même en présence d'une contestation sérieuse <sup>(3)</sup>.

Il appartenait à la Cour de cassation de se prononcer sur les cas d'application de l'art. 809, al. 1<sup>er</sup>, NCPC. L'appréciation d'un dommage imminent ou d'un trouble manifestement illicite relève-t-elle ou non du pouvoir souverain du juge des référés ? Si la réponse est clairement positive pour le premier cas d'ouverture, il n'en est pas de même pour le second <sup>(4)</sup>. La réponse nuancée donnée par l'Assemblée plénière, le 28 juin 1996, a pour effet de mettre un terme au débat interne à la Cour de cassation mais de le relancer sur celui de la portée même de ce contrôle.

1. - Le débat interne à la Cour de cassation.

Il est intéressant de noter à quel point le débat sur cette question a été vif entre les chambres et même à l'intérieur de chaque chambre de la Cour de cassation. La nature de l'office du juge des référés était dès lors en cause.

A. - *L'évolution jurisprudentielle.* - L'arrêt de l'Assemblée plénière du 4 juill. 1986 posait fermement le principe du refus du contrôle dans une matière délicate puisqu'il s'agissait du droit de grève : « Il appartient au juge des référés d'apprécier souverainement si elle n'entraîne pas un trouble manifestement illicite » <sup>(5)</sup>.

La question semblait donc tranchée. Chaque cas d'application de l'art. 809, al. 1<sup>er</sup>, était apprécié d'une manière identique. Si chaque chambre a continué à traiter le dommage

imminent comme une notion de fait, il n'en a pas été de même pour le trouble manifestement illicite.

La deuxième Chambre civile, chambre naturelle des référés, a persévéré, dans la ligne univoque de l'arrêt de l'Assemblée plénière de 1986, à considérer le trouble manifestement illicite comme une notion de pur fait, relevant du pouvoir souverain du juge du fond (6).

Il est en revanche délicat d'affirmer que les autres chambres ont adopté une position ferme. A l'évidence, le terme illicite, notion de pur droit, donnait à l'expression « trouble manifestement illicite » une coloration juridique prononcée et entraînait un contrôle de la Cour de cassation plus ou moins lourd selon les formules strictes ou relatives retenues. Dans des conclusions exhaustives, M. l'avocat général Weber a éclairé sur les plans tant jurisprudentiel que doctrinal tous les aspects du problème (7).

Devant ce qu'il est convenu d'appeler une rébellion des chambres de la Cour suprême, il était urgent qu'une nouvelle Assemblée plénière mît fin à ces interprétations divergentes et contradictoires.

Les faits qui avaient donné lieu à l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 15 févr. 1994, soumis à l'examen de l'Assemblée plénière, étaient d'une grande limpidité.

M<sup>me</sup> Daverio avait, de sa propre initiative, voulu mettre fin avec une chaîne cadencée à un droit de passage, légalement justifié depuis de nombreuses années, après avoir vu son droit de propriété reconnu par un jugement définitif.

La cour d'appel a décidé que même s'il existait une contestation sérieuse, à savoir la décision judiciaire à venir sur l'état d'enclave de la propriété des défendeurs à la cassation, « il est néanmoins patent que l'obstacle mis par M<sup>me</sup> Daverio au passage de personnes entrées en possession sans violence ni voie de fait et de manière apparemment régulière constitue un trouble manifestement illicite car empêchant tout accès au lotissement édifié suite au passage consenti en 1975 aux fins de viabilité de celui-ci ».

L'Assemblée plénière avait donc à se prononcer sur un éventuel contrôle de la qualification d'une illécitité résultant d'un moyen utilisé apparemment licite mais s'apparentant à une voie de fait par sa brutalité, d'autant qu'était anéantie une pratique, à savoir un droit de passage, admise pendant de nombreuses années (8).

Elle s'est prononcée d'une manière non équivoque en interprétant le mot illicite, terme de droit, et en lui donnant tout son sens afin de vérifier le contenu de l'arrêt de la cour d'appel qui lui-même avait adopté, bien que d'une manière prudente, une position proche de celle d'un juge du fond.

Ce contrôle qualifié de léger s'exprime dans la dernière phrase de l'arrêt : « que la cour d'appel a pu déduire de ces constatations et énonciations l'existence d'un trouble manifestement illicite ». Tout le poids de ce contrôle léger s'exprime dans cette formule « a pu déduire ». L'office du juge des référés s'en trouve éclairé d'une manière différente.

B. - *L'office du juge des référés.* - La réalité judiciaire a donné un nouveau visage à l'office du juge des référés, voire une nouvelle culture (9).

L'office de ce juge a perdu son aspect purement juridique, au sens strict ou même purement littéral du texte de l'art. 809, al. 1<sup>er</sup>. Des considérations d'ordre sociologique, de souci d'effectivité de la décision et de prise en considération du temps, ont permis, depuis l'arrêt de 1986 et le décret de 1987, aux juges des référés de marier les contraintes de toute nature avec les prescriptions de la loi résumées dans le mot illicite. Le particularisme de l'office du juge des référés se traduisait dans la prédominance du mot manifestement, notion de fait, à laquelle correspondait l'absence de contrôle normatif de la Cour de cassation.

L'office du juge retrouvait son aspect purement juridique lorsque la Cour de cassation exerçait

son contrôle par l'emploi des termes : « à bon droit », « n'est pas illicite »... Ce mot, considéré comme étant du pur droit, synonyme de violation de la loi, devenait la référence unique et relativisait la portée du terme « manifestement », notion de fait. Ne parle-t-on pas dans cette hypothèse de contrôle lourd ! La marge de manoeuvre du juge s'en trouvait sensiblement réduite. La contestation sérieuse apparaissait en filigrane. L'office du juge des référés s'apparentait alors, d'une certaine manière, à celui du juge du fond et était de nature très classique.

La position adoptée par l'arrêt du 28 juin 1996 est nuancée et subtile. L'expression « a pu déduire » offre sur le plan des principes de nombreux avantages mis en avant par M. l'avocat général Weber : harmonisation de la jurisprudence des chambres de la Cour de cassation, souplesse des indications contenues dans l'expression choisie permettant à chaque chambre de la Cour de cassation de s'exprimer et aux juges de ne pas sombrer dans un juridisme étroit, étranger à la juridiction des référés. L'office du juge moderne paraît donc préservé même si cette position, analysée comme un contrôle léger, n'est pas sans présenter quelques dangers prévisibles.

II. - La portée du contrôle du trouble manifestement illicite.

Ces dangers prévisibles s'attachent à la valeur spécifique de ce « contrôle léger » retenu par la Cour de cassation. Il est par ailleurs permis de se demander si, pour dissiper tout doute, une réforme de l'art. 809, al. 1<sup>er</sup>, NCPC ne s'impose pas à bref délai.

A. - *La valeur du contrôle du trouble manifestement illicite.* - Force est d'admettre que cette valeur est contestée dans son principe, dans son intensité et dans sa finalité.

D'aucuns contestent la distinction même de ce contrôle lourd et du contrôle léger. Si l'examen de l'illicéité du trouble appelle une appréciation sur le fond, le contrôle normatif s'impose. Il n'a pas à être léger ou lourd, il est. En outre, la tentation d'un contrôle fort est inéluctable.

Au regard de l'arrêt du 28 juin 1996, il est permis de s'interroger sur l'intensité d'un contrôle léger. S'agit-il de contrôler le procédé employé - par exemple l'installation d'une chaîne cadenassée - et non le trouble lui-même ? S'agit-il de limiter le contrôle du trouble manifestement illicite en fonction « des circonstances de fait et de droit dans lesquelles se présente l'espèce » (10) ? S'agit-il enfin d'exercer un contrôle sur la seule illicéité du trouble étant observé que son caractère manifeste relèverait du pouvoir souverain du juge du fond (11) ? L'emploi de l'expression « a pu déduire » ne semble donc pas entraîner une ligne directrice d'une absolue fermeté.

Ce contrôle léger se veut un examen de la qualité de la motivation alors que la Cour de cassation a souvent exercé un contrôle, peut-être plus formel, du trouble manifestement illicite ainsi que du dommage imminent par le biais du défaut de base légale ou de l'absence de motivation suffisante (12). Ce contrôle peut viser dans le cadre de l'excès de pouvoir l'action même du juge des référés qui aurait choisi une mesure totalement inappropriée.

Il apparaît donc qu'il est particulièrement délicat d'analyser la pleine valeur d'un contrôle léger tant les caractéristiques de chaque type de contrôle ne peuvent être clairement appréhendées.

L'Assemblée plénière a certes instauré un contrôle normatif du trouble manifestement illicite, mais n'a-t-elle pas essentiellement mis en oeuvre un mécanisme de régulation interne en consacrant une position nuancée adoptée par la plupart des chambres, contrairement à celle qu'elle avait elle-même décidée en 1986 ?

N'est-ce pas tout simplement le libellé de l'art. 809, al. 1<sup>er</sup>, NCPC qui est en cause ?

B. - *La nécessité d'une réforme de l'art. 809, al. 1<sup>er</sup>, NCPC.* - « La rédaction actuelle de l'art. 809, al. 1<sup>er</sup>, NCPC est équivoque » (13). Cette appréciation est plus que jamais d'actualité.

Le traitement différent de chaque cas d'application de l'art. 809, al. 1<sup>er</sup>, NCPC n'est pas satisfaisant. La pleine efficacité du référé ne peut s'accommoder d'un pouvoir souverain du juge du fond en cas de dommage imminent, notion de fait, et d'un contrôle par la Cour de cassation du trouble manifestement illicite, notion de droit, ou à tout le moins notion mixte.

La notion d'illicéité n'est-elle pas implicite en présence de dommages imminents qui ne sont que les prémices du trouble manifeste réalisé ?

En outre l'analyse de ce trouble manifestement illicite ne peut pas ne pas prendre en considération sa nature mixte, de fait, soit l'adverbe manifestement, et de droit, soit l'adjectif illicite. Faire absorber le premier par le second revient à réintroduire d'une manière déguisée la contestation sérieuse que les auteurs du décret de 1987 ont supprimée en consacrant une jurisprudence antérieure bien établie.

On retrouve dès lors la question de l'ambivalence du juge des référés mise en lumière par la réalité judiciaire qui s'apprécie sur des données juridiques et sociales consacrées par les termes illicite et manifestement. Le référé est création et culture au sens ethnologique du terme. Nous ne pouvons dès lors que souscrire aux propos pertinents et prémonitoires de M. l'avocat général Weber lorsqu'il constate « l'effacement du terme illicite devant la réalité du trouble » et qu'il propose « la suppression pure et simple du mot illicite ou son remplacement par un terme plus factuel tel que « intolérable » » (14).

Sans aucun doute, ce mot qui pourrait concerner les deux cas d'application de l'art. 809, al. 1<sup>er</sup>, NCPC correspond à la réforme de 1987 et à la pratique judiciaire. Il n'exclut pas le nécessaire contrôle traditionnel de la Cour de cassation. Il assurerait la cohérence de l'application d'un texte régulateur et souple. Le référé n'est-il pas essentiellement un état d'esprit ?

#### **Mots clés :**

REFERE \* Trouble manifestement illicite \* Cour de cassation \* Contrôle \* Abus de droit \* Droit de propriété

SERVITUDE \* Servitude de passage \* Droit de propriété \* Empêchement \* Trouble manifestement illicite \* Référé

(1) R. Perrot, L'évolution du référé, *Mélanges Pierre Hébraud*, Université de Toulouse, 1981, p. 645 ; A. Blaise, Quo vadis référé ?, *JCP* 1982, I, n° 3083 ; H. Le Foyer de Costil, Le vol d'aigle du juge des référés, *Etudes Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 3415 ; L. Cadiet, *Droit judiciaire privé*, Litec, 1992, n° 995, p. 524 ; J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, 23<sup>e</sup> éd., Précis Dalloz, 1994, n° 236, p. 202.

(2) J.-F. Burgelin, J.-M. Coulon et M.-A. Frison-Roche, Le juge des référés au regard des principes procéduraux, *D.* 1995, *Chron.* p. 67.

(3) P. Draï, Quelques observations sur le décret n° 87-434 du 17 juin 1987 : pour un juge qui toujours décide..., *Gaz. Pal.* 1987, 2, *Doctr.* p. 512 ; l'exclusion de toute contestation sérieuse est critiquée par certains auteurs dans l'hypothèse du trouble manifestement illicite. Solus et Perrot, *Droit judiciaire privé, Procédure de première instance*, t. 3, Sirey, 1991, n° 1291, p. 1091 ; C. Giverdon, *J.-Cl. Procédure civile*, v° Référés, n° 55 s.

(4) J.-M. Coulon, note sous Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 juin 1993, *D.* 1993, *Jur.* p. 590.

(5) *Bull. civ. ass. plén.*, n° 11.

(6) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 11 oct. 1989, *Bull. civ. II*, n° 174 ; 22 avr. 1992, *Bull. civ. II*, n° 136 ; 25 oct. 1995, *Bull. civ. II*, n° 255.

(7) V. les nombreux exemples répertoriés dans ses conclusions publiées *supra*.

(8) J. Normand, *RTD civ.* 1988, p. 169 : l'auteur distingue le trouble provenant d'une atteinte à un droit incontestable, et ce en l'absence de contestation sérieuse, de celui trouvant sa source dans le procédé auquel son auteur a eu recours.

(9) J.-F. Burgelin, J.-M. Coulon et M.-A. Frison-Roche, préc.

(10) Not. A. Perdriau, Le contrôle de la Cour de cassation en matière de référé, *JCP* 1988, I, n° 3365.

(11) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 mai 1991, *Bull. civ.* I, n° 158 : « qu'elle en a déduit souverainement que cette « entreprise de comblement de la vallée » constituait un trouble dont elle a reconnu, à juste titre, l'illicéité manifeste ».

(12) Solus et Perrot, *Droit judiciaire privé*, préc., n° 1289, p. 1088 ; J.-M. Coulon, préc.

(13) J.-F. Burgelin, J.-M. Coulon, M.-A. Frison-Roche, préc.

(14) P. Bertin, Un trouble manifestement illicite : la lutte contre la vie chère, *Gaz. Pal.* 1983, 2, *Doctr.*, p. 419 qui relève que le trouble manifestement illicite est devenu une notion « floue ».