



RAPPORT DE Mme CAILLARD, CONSEILLÈRE

Arrêt n° 750 F-B du 12 septembre 2024 (XX) – Deuxième chambre civile

Pourvoi n° 22-13.810

Décision attaquée : Cour d'appel d'Aix-en-Provence 27 janvier 2022

le syndicat des copropriétaires [Adresse 4]

C/

Mme [M] [B]

Rapport et avis article 16 du code de procédure civile (page 10 du rapport)

- arrêt de la cour d'appel d'Aix en Provence du 27 janvier 2022
- déclaration de pourvoi du Syndicat des copropriétaires [Adresse 4] reçue le 23 mars 2022,
- mémoire ampliatif reçu le 25 juillet 2022, avec demande de 3000 € au titre de l'article 700 du CPC,
- mémoire en défense de Mme [M] [B] épouse [S] reçu le 20 septembre 2022, avec demande de 3600 € au titre de l'article 700 du CPC,

1 - Rappel des faits et de la procédure

Mme [B] épouse [S] est propriétaire d'un lot dépendant de l'immeuble [Adresse 4], soumis au statut de la copropriété, et édifié en contrebas d'une falaise.

Par arrêté du maire de la commune du 16 janvier 2017, l'accès à la cour de la copropriété et au garage de l'immeuble a été interdit suivant le périmètre de sécurité se

trouvant au sein de la copropriété, déterminé par la société ERG Géotechnique, qui a préconisé des travaux d'urgence pour permettre l'accès à la cour et à la propriété.

Ayant été débouté de sa demande de condamnation en référé du syndicat des copropriétaires [Adresse 4] (le syndicat) à procéder à ces travaux de confortement, Mme [S] l'a assigné au fond devant un tribunal de grande instance.

Le syndicat a saisi le juge de la mise en état d'une demande de transmission des questions préjudicielles suivantes, au tribunal administratif, sur le fondement de l'article 49 du code de procédure civile :

- quelles sont les limites du domaine public routier du [Adresse 5] aux droits du terrain sis à [Localité 1], cadastré section [Cadastre 1],
- la falaise supportant le [Adresse 5] appartient-elle au domaine public routier

et d'une demande de sursis à statuer dans l'attente du jugement du tribunal administratif de Toulon, après épuisement des voies de recours.

Par ordonnance du 19 janvier 2021, le juge de la mise en état a débouté le syndicat des copropriétaires de ses demandes. Ce dernier a relevé appel le 21 avril 2021.

Par arrêt du 27 janvier 2022, la cour d'appel a :

- déclaré sans objet la demande de Madame [M] [S] tendant à voir« dire et juger l'appel du syndicat des copropriétaires de la résidence [Adresse 4] irrecevable au regard des dispositions des articles 380 et suivants du code de procédure civile »
- débouté le syndicat des copropriétaires de son appel.
- en conséquence, confirmé l'ordonnance du juge de la mise en état déferée.

C'est l'arrêt attaqué.

2 - Analyse succincte des moyens

Le pourvoi est articulé en deux moyens.

Dans un premier moyen, le syndicat des copropriétaires [Adresse 4] fait grief à l'arrêt de la débouter de son appel et en conséquence de confirmer l'ordonnance de la mise en état déferée l'ayant débouté de ses demandes, alors « que le juge doit, en toutes circonstances, respecter et faire respecter le principe du contradictoire ; qu'il ne saurait en conséquence soulever d'office un moyen sans inviter au préalable les parties à présenter leurs observations sur ce moyen ; qu'en l'espèce, la Cour d'appel a relevé d'office le moyen tiré de ce qu'aux termes de ses conclusions, le Syndicat des Copropriétaires [Adresse 4] sollicitait l'annulation de l'ordonnance querellée, sans développer de moyen d'annulation aux termes de ses motifs, de sorte que, tenue de statuer sur les seules prétentions énoncées au dispositif et de n'examiner les moyens au soutien de ces prétentions que s'ils sont invoqués dans la discussion, elle ne pouvait que débouter le Syndicat des Copropriétaires de son appel et confirmer l'ordonnance ; qu'en statuant ainsi, sans inviter au préalable les parties à s'expliquer sur ce point, la Cour d'appel a méconnu le principe du contradictoire et violé l'article 16 du Code de procédure civile.

Dans un second moyen, le Syndicat fait le même grief à l'arrêt, alors :

« 1°/ que l'appelant doit dans le dispositif de ses conclusions mentionner qu'il demande l'infirmer des chefs du dispositif du jugement dont il recherche l'anéantissement, ou

l'annulation du jugement ; qu'il en résulte que ce n'est qu'en cas d'appel-réformation que l'appelant est tenu de préciser les chefs du dispositif du jugement dont il sollicite l'annulation ; qu'en l'espèce, le Syndicat des Copropriétaires [Adresse 4] demandait à la Cour, aux termes du dispositif de ses conclusions, d' « annuler l'ordonnance du Juge de la mise en état du Tribunal judiciaire de Toulon n° 18/04832, en date du 10 mars 2021, en tant qu'elle a rejeté sa demande de sursis à statuer pour question préjudicielle » ; qu'il sollicitait par ailleurs que la Cour se prononce à nouveau sur les points réformés, et « di[s]e que la solution du litige dépend de la délimitation du domaine public routier du [Adresse 5] et de la parcelle [CADASTRE 1] et que cette délimitation présente une difficulté sérieuse [et] que la délimitation du domaine public routier du [Adresse 5] relève de la compétence de la Juridiction administrative, ce faisant, transmett[e], pour question préjudicielle au Tribunal administratif de Toulon » deux questions qu'il énonçait et, dans l'attente, que la Cour « sursoi[e] à statuer dans la présente instance dans l'attente du jugement du Tribunal administratif de Toulon après épuisement des voies de recours » (Ib.) ; qu'ainsi que l'a relevé expressément la Cour d'appel, le Syndicat des Copropriétaires [Adresse 4] soutenait aux termes des motifs de ses conclusions, à l'appui de ces prétentions, que le Juge de la mise en état avait commis une erreur de droit, et que la question de la propriété de la falaise relevait de la compétence des seules juridictions administratives, justifiant que soient posées les questions préjudicielles susvisées en application de l'article 49 du Code de procédure civile et que soit prononcé le sursis à statuer ; qu'il en résultait nécessairement que l'emploi du terme « annuler » aux termes du dispositif relevait d'une simple erreur de plume et que l'appel tendait de toute évidence à la réformation de l'ordonnance querellée ; qu'en jugeant qu'elle était contrainte de débouter l'exposant de son appel et confirmer l'ordonnance, dès lors que le dispositif de ses conclusions d'appel tendait à l'annulation de l'ordonnance, sans que les motifs des conclusions n'invoquent de moyen de nullité de ladite ordonnance, la Cour d'appel a violé les articles 542 et 954 du Code de procédure civile ;

2°/ que lorsqu'un appel porte sur la nullité du jugement et non sur celle de l'acte introductif d'instance, la cour d'appel, saisie de l'entier litige par l'effet dévolutif de l'appel, est tenue de statuer sur le fond quelle que soit sa décision sur la nullité ; qu'après avoir constaté que l'appel formé par le Syndicat des Copropriétaires [Adresse 4] tendait à l'annulation de l'ordonnance querellée mais que les conclusions ne contenaient pas de moyens de nullité de celle-ci, la Cour d'appel a retenu qu'elle ne pouvait que le débouter de son appel et confirmer l'ordonnance ; qu'en statuant ainsi, sans se prononcer sur les prétentions et moyens des parties, quand elle était saisie de l'entier litige par l'effet dévolutif de l'appel-nullité et devait en conséquence statuer au fond, la Cour d'appel a violé les articles 561 et 562 alinéa 2 du Code de procédure civile, ensemble l'article 549 du même Code. »

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Irrecevabilité du pourvoi soulevée en défense sur le fondement des articles 606 à 608 et 380-1 du code de procédure civile : un arrêt qui confirme une ordonnance du juge de la mise en état ayant rejeté, en raison de l'absence de difficulté sérieuse, la demande d'une partie tendant à poser des questions préjudicielles au juge administratif et sa demande tendant à surseoir à statuer dans l'attente du jugement du juge administratif, est-il susceptible d'un pourvoi immédiat ?

Premier moyen : violation de l'article 16 du code de procédure civile, lorsque la cour d'appel relève d'office le moyen tiré de ce que l'appelant sollicite dans ses conclusions l'annulation de la décision attaquée sans développer de moyen d'annulation aux termes de ses motifs.

Second moyen :

Première branche : la cour d'appel pouvait elle débouter l'appelant et confirmer l'ordonnance au motif que le dispositif de ses conclusions tendait à l'annulation de l'ordonnance, sans que les motifs de ces conclusions n'invoquent de moyen de nullité de ladite ordonnance, alors qu'il s'agissait d'une erreur de plume et que l'appel tendait à réformer l'ordonnance et non à l'annuler ?

Seconde branche : reproche à la cour d'appel, saisie d'une demande d'annulation de l'ordonnance et saisie de l'entier litige par l'effet dévolutif de l'appel nullité de ne pas avoir statué sur le fond ?

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

En l'espèce, par ordonnance du 19 janvier 2021, le juge de la mise en état a débouté le syndicat des copropriétaires de ses demandes tendant à transmettre deux questions préjudicielles au tribunal administratif et à surseoir à statuer dans l'attente de la décision après épuisement des voies de recours, et renvoyé les parties à une audience de mise en état électronique.

En appel, le syndicat des copropriétaires demandait à la cour de :

- Annuler l'ordonnance de la mise en état du 10 mars 2021, en tant qu'elle a rejeté sa demande de sursis à statuer pour question préjudicielle,

Ce faisant,

- Dire que la solution du litige dépend de la délimitation du domaine public routier du [Adresse 5] et de la parcelle [CADASTRE 1] cette délimitation présente une difficulté sérieuse et que la délimitation du domaine public routier du bas de la colline relève de la compétence de la préfecture administrative,

Ce faisant,

- Transmettre pour question préjudicielle au tribunal administratif de Toulon, les questions suivantes (...):

- Surseoir à statuer dans la présente instance dans l'attente du jugement du tribunal administratif de Toulon après épuisement des voies de recours,

En tout état de cause, rejeter l'ensemble des demandes de Mme [S].

L'arrêt attaqué est ainsi motivé :

« En l'état de l'ordonnance présidentielle rendue le 16 septembre 2021 qui a tranché l'incident relatif à l'irrecevabilité de l'appel sur le fondement de l'article 380 du code de procédure civile et qui a déclaré recevable l'appel relevé par le syndicat des copropriétaires, la demande émise par Mme [S] tendant à voir « dire et juger l'appel du syndicat des copropriétaires irrecevable au regard des dispositions des articles 380 et suivants du code de procédure civile » est sans objet.

Le syndicat des copropriétaires poursuit uniquement l'annulation de l'ordonnance du juge de la mise en état.

En vertu de l'article 542 du code de procédure civile, l'appel tend, par la critique de la décision de première instance querellée, à sa réformation ou à son annulation.

L'appel-réformation et l'appel-annulation, constituent deux recours distincts ayant d'ailleurs des fondements différents.

L'appel annulation de droit commun permet d'obtenir l'annulation d'une décision judiciaire dans les cas suivants :

- non respect des formalités prescrites par l'article 458 du code de procédure civile,*
- atteinte au principe du contradictoire,*
- partialité du juge qui a siégé,*
- nullité de l'assignation*
- non-respect de la communication obligatoire au ministère public dans les cas où elle est obligatoire.*

Or, aucun de ces cas n'est invoqué par le syndicat des copropriétaires.

En outre, l'article 954 alinéa 3 du code de procédure civile dispose que la cour ne statue que sur les prétentions énoncées au dispositif et n'examine les moyens au soutien de ces prétentions que s'ils s'ils sont invoqués dans la discussion.

Dans le corps de ses écritures, le syndicat des copropriétaires appelant ne développe strictement aucun motif d'annulation de l'ordonnance querellée.

Enfin, dans le dispositif de ses conclusions, le syndicat des copropriétaires de la résidence [Adresse 4] ne demande aucunement à la cour de réformer en tout ou partie l'ordonnance frappée d'appel.

Dès lors, le syndicat des copropriétaires sera débouté de son appel. »

- Sur l'irrecevabilité du pourvoi soulevée en défense

La défenderesse au pourvoi fait valoir qu'en vertu des articles 606, 607, 608 et 380-1 du code de procédure civile, la décision relative au sursis à statuer rendue en dernier ressort n'est susceptible de pourvoi que s'il invoque une violation de la règle de droit relative au sursis à statuer, sauf excès de pouvoir. Elle relève que le juge de la mise en état a rejeté la demande de sursis à statuer sans trancher aucun autre point du litige et que pour contester l'arrêt qui s'est borné à débouter le syndicat des copropriétaires de son appel et à confirmer l'ordonnance entreprise, le pourvoi n'invoque aucun excès de pouvoir ni violation des règles sur le sursis à statuer.

Les textes du code de procédure civile applicables sont les suivants :

- article 380-1 : « La décision de sursis à statuer rendue en dernier ressort peut être attaquée par la voie du pourvoi en cassation, mais seulement pour violation de la règle de droit. »
- article 606 : « Les jugements en dernier ressort qui tranchent dans leur dispositif une partie du principal et ordonnent une mesure d'instruction ou une mesure provisoire peuvent être frappés de pourvoi en cassation comme les jugements qui tranchent en dernier ressort tout le principal. »
- article 607 : « Peuvent également être frappés de pourvoi en cassation les jugements en dernier ressort qui, statuant sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident, mettent fin à l'instance. »
- article 608 : « Hors les cas spécifiés par la loi, les autres jugements en dernier ressort ne peuvent être frappés de pourvoi en cassation indépendamment des jugements sur le fond. Le pourvoi peut être formé par le demandeur dans le délai de remise au greffe du mémoire afférent au pourvoi dirigé contre le jugement sur le fond. »

Il est jugé au visa de ces textes que le pourvoi formé contre l'arrêt qui fait droit à une demande de sursis sans mettre fin à l'instance n'est pas immédiatement recevable et ne l'est qu'avec un pourvoi formé contre l'arrêt sur le fond (2e Civ., 11 avril 2013, pourvoi n° 12-14441 ; 2e Civ., 7 novembre 2013, pourvoi n° 12-26.204 ; 2e Civ., 4 novembre 2021, pourvoi n° 20-11.995).

Certains arrêts tiennent compte de la raison qui motive la décision de sursis à statuer. Ainsi, il est jugé de manière constante que le pourvoi formé contre une décision ordonnant un sursis à statuer est irrecevable lorsque le sursis est prononcé en application du pouvoir discrétionnaire du juge en vue d'une bonne administration de la justice ;

- 2e Civ., 8 mars 2018, pourvoi n° 17-10.566 : « *Attendu que le pourvoi formé contre un tel arrêt qui prononce, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge, un sursis à statuer sur les demandes des parties en vue d'une bonne administration de la justice, et, ne mettant pas fin à l'instance, ne tranche, dans son dispositif, aucune partie du principal, n'est pas recevable* » ;

- 2e civ., 10 janvier 2013, n° 11-22.340 cité par le mémoire en défense :

« *Attendu que le sursis n'a pas été prononcé en application d'une règle de droit le gouvernant mais dans l'exercice par la cour d'appel de son pouvoir discrétionnaire et qu'en usant d'une telle faculté laissée à sa discrétion, la cour d'appel n'a pas méconnu l'étendue de ses pouvoirs ; D'où il suit que les pourvois sont irrecevables* »

(dans le même sens : 2e Civ., 22 nov. 2007, n° 06-18.892, publié ; Com., 23 septembre 2014, n° 13-22.539, publié ; 2e Civ., 24 septembre 2015, pourvoi n° 14-21.383 ; 2e Civ., 12 avril 2018, pourvoi n° 17-16.945, publié)

La solution est la même quand la décision attaquée refuse de prononcer le sursis à statuer : Soc., 16 janvier 1991, n° 88-60.506 « *Mais attendu que dès lors que n'est invoquée aucune violation de la règle de droit, mais seulement le caractère sérieux de la contestation, la décision par laquelle le tribunal d'instance a refusé de surseoir à statuer ne peut être attaquée par la voie du pourvoi en cassation* ») et dans le même sens, Soc., 28 novembre 2006, pourvoi n° 06-41.455 ; 2e Civ., 11 avril 2013, pourvoi n° 12-14441 ; 2e Civ., 4 novembre 2021, pourvoi n° 20-11.995.

En toute hypothèse, sauf excès de pouvoir, la décision de sursis à statuer, qui ne tranche pas le principal et ne met pas fin à l'instance, ne peut être frappée d'un pourvoi que pour violation de la règle de droit gouvernant le sursis à statuer

- 2e Civ., 21 janvier 2010, n° 08-21.460, publié dont le sommaire indique : « *Violé l'article 378 du code de procédure civile l'arrêt qui ordonne le sursis à statuer sans déterminer l'événement susceptible d'y mettre fin. La violation de cette règle de droit gouvernant le sursis à statuer rend recevable le pourvoi au sens de l'article 380-1 du code de procédure civile.* »

- Com., 13 octobre 2015, n° 14-18.581, cité par le mémoire en défense : « *La critique du moyen unique de chaque pourvoi incident portant sur la désignation de la partie devant, après sursis à statuer, saisir le juge compétent pour trancher une contestation excédant les pouvoirs juridictionnels du juge-commissaire, elle n'invoque pas la violation d'une règle gouvernant le sursis à statuer lui-même. D'où il suit que les pourvois incidents sont irrecevables* ».

Il a été jugé que la violation alléguée de l'article 16 du code de procédure civile ne constitue pas une règle de droit gouvernant le sursis à statuer et n'est pas susceptible de justifier la formation d'un pourvoi en cassation contre une décision de sursis à statuer (Com., 23 septembre 2014, n° 12-29.404, publié et cité par le mémoire en défense ; dans le même sens, 3e civ., 13 juillet 2016, n° 1517.208, publié).

En l'espèce, le premier juge était saisi sur le fondement de l'article 49 alinéa 2 du code de procédure civile qui dispose : « Lorsque la solution d'un litige dépend d'une question soulevant une difficulté sérieuse et relevant de la compétence de la juridiction administrative, la juridiction judiciaire initialement saisie la transmet à la juridiction

administrative compétente en application du titre 1^{er} du livre III du code de la justice administrative. Elle sursoit à statuer jusqu'à la décision sur la question préjudicielle ».

La Cour de cassation a affirmé à plusieurs reprises qu'il s'agit d'une exception de procédure (2e civ., 1er oct. 2009, n° 08-14.135, publié ; 2e civ., 20 décembre 2012, pourvoi n° 11-18.095 20 décembre 2012, pourvoi n° 11-18.095; 1re Civ., 10 juillet 2014, pourvoi n° 12-26.517, 13-10.699)

En outre, la rédaction de ce texte conduit à considérer que lorsque le juge fait droit sur ce fondement à la demande de question préjudicielle, le sursis à statuer est obligatoire (1e Civ., 18 décembre 2014, pourvoi n° 13-26267).

En cette matière également, le pourvoi est recevable en cas de violation de la règle de droit gouvernant le sursis à statuer :

- 2e Civ, 23 novembre 2006, pourvoi n° 05-13.280 (« *Mais attendu, que selon l'article 380-1 du nouveau code de procédure civile, la décision de sursis à statuer rendue en dernier ressort ne peut être attaquée par la voie du pourvoi en cassation que pour violation de la règle de droit ; que tel est le cas, dès lors qu'il est soutenu que la cour d'appel a, à tort, ordonné un sursis à statuer obligatoire pour poser une question préjudicielle à la juridiction administrative ; D'où il suit que le pourvoi est recevable* »).

- 2e Civ, 21 octobre 2021 n° 20-18366 :

« 4. *Sauf excès de pouvoir, la décision de sursis à statuer, qui ne tranche pas le principal et ne met pas fin à l'instance, ne peut être frappée d'un pourvoi que pour violation de la règle de droit gouvernant le sursis à statuer.*

5. *Tel est le cas, dès lors qu'il est soutenu que la cour d'appel spécialement désignée par les articles L. 311-16 et D. 311-22 du code de l'organisation judiciaire pour connaître du contentieux de la tarification a, à tort, ordonné un sursis à statuer pour poser une question préjudicielle à une autre juridiction de sécurité sociale.*

6. *Le pourvoi est, dès lors, recevable.* »

Par ailleurs, le pourvoi est immédiatement recevable en cas d'excès de pouvoir (voir par exemple, 1e Civ., 24 avril 2013, pourvoi n° 12-18.180, publié ; Com., 2 octobre 2019, n° 17-28.462 cité en défense ; 2e Civ, 17 octobre 2019, pourvoi n° 18-18.663).

L'excès de pouvoir se définit comme "la transgression par le juge compétent pour connaître du litige d'une règle d'ordre public par laquelle la loi a circonscrit son autorité" (J. et L. Boré, La cassation en matière civile, n° 73-23).

La Cour de cassation a précisé que la notion d'excès de pouvoir devait s'entendre de la méconnaissance par le juge de l'étendue de ses pouvoirs juridictionnels :

- soit que le juge s'arroge des attributions que le dispositif normatif lui refuse, c'est « l'excès de pouvoir positif », par exemple lorsque le juge statue dans un domaine relevant de la compétence des juridictions administratives (1e Civ. 1, 6 mai 1985, pourvoi n° 84-12-869, publié), ou statue au fond après avoir constaté qu'il n'était saisi d'aucune demande (2e Civ., 30 janvier 2020, pourvoi n° 18-22528, publié),

- soit qu'il refuse d'exercer les compétences que la loi lui attribue, c'est « l'excès de pouvoir négatif (voir p. ex. ; Com. 27 avril 1993, n° 90-19639 publié ; Com., 4 janvier 2005, n° 03-10.194)

En revanche, ne constitue pas un excès de pouvoir le juge qui commet une simple erreur de droit ou de fait. Voir 3e Civ., 13 octobre 2016 n° 15-17368 :

« Attendu, d'une part, qu'ayant exactement retenu que le juge de la mise en état avait, en application de l'article 771 du code de procédure civile, le pouvoir de compléter une mesure précédemment ordonnée, la cour d'appel n'a pas excédé ses pouvoirs ; Attendu, d'autre part, qu'aucun excès de pouvoir ne peut résulter de la violation d'une règle de droit, fût-elle établie ;

D'où il suit que, dirigé contre une décision qui n'est pas entachée d'excès de pouvoir et qui n'a pas consacré d'excès de pouvoir, le pourvoi n'est pas recevable »

(Dans le même sens : 2^e Civ., 6 décembre 2007, n° 06-15.178 et 07-13.964, publié ; Com., 13 septembre 2016, n°15-22.836).

La violation d'un principe n'est pas davantage qualifié d'excès de pouvoir. Ainsi, ne constitue pas un excès de pouvoir :

- la violation du principe de la contradiction (Ch. Mixte 28 janvier 2005, n° 02-19.153, publié ; 2^e Civ., 17 novembre 2005, n° 03-20815 ; Com. 28 janvier 2014 n° 12-25008)
- la méconnaissance de l'autorité de la chose jugée attachée à une précédente décision (1^e Civ., 17 janv. 2006, n°05-10.875, publié),
- la méconnaissance de l'obligation de motivation (Com. 26 sept. 2006, n° 05-14.465). Com. 7 septembre 2010, pourvoi n° 09-16845),
- la méconnaissance du principe de loyauté des débats (Com., 8 mars 2011, pourvoi n° 09-71.764 publié)
- la violation de l'article 6, § 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Com., 19 février 2008, pourvoi n° 0621719 ; Com., 8 mars 2011, pourvoi n° 09-71.764 ; Com., 19 juin 2012, n°11- 20.066 publié)
- la violation des règles de composition des juridictions (2^e Civ., 17 novembre 2005, pourvoi n° 03-20815, publié),
- la méconnaissance par le juge de l'objet du litige (2^e Civ., 19 mai 2005, n°0314840)
- la violation de l'article 4 du code de procédure pénale (1^e Civ., 29 février 2012, pourvoi n° 11-12.489, publié ; Com., 11 mai 2010, n° 09-65.960)

En revanche, la méconnaissance par le juge de son pouvoir juridictionnel résultant de l'effet dévolutif de l'appel est un excès de pouvoir dans les cas suivants :

- 2^e 7 novembre 1994, pourvoi n° 92-20948, publié : dont le sommaire indique : *« L'appel remet la chose jugée en question devant la juridiction d'appel pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit. Excède ses pouvoirs la cour d'appel qui par arrêt avant dire droit "renvoie la partie la plus diligente à saisir les premiers juges afin qu'il soit statué contradictoirement et loyalement sur l'ensemble des éléments du dossier tel qu'en ses états actuels et ses éventuels développements à venir ".*

- 2^e Civ., 8 janvier 2015, pourvoi n° 13-27.634, 13-24.669, 13-27.635, 13-14.781

« Vu l'article 562 du code de procédure civile ;

Attendu que, pour enjoindre à M. [X], ès qualités, de conclure au fond en réponse aux conclusions de Mme [Y] ou de se désister de son action, l'arrêt retient, après annulation de l'assignation introductive d'instance et du jugement déféré par voie de conséquence, que Mme [Y] a conclu au fond à titre subsidiaire, que la cour d'appel n'est saisie d'aucune demande de M. [X], ès qualités, mais que, saisie de l'entier litige par l'effet dévolutif, elle est tenue de statuer au fond ; qu'en statuant ainsi, alors qu'à défaut de saisine régulière du premier juge, l'appel est dépourvu d'effet dévolutif, la cour d'appel, excédant ses pouvoirs, a violé le texte susvisé ; »

- 2^e Civ., 10 novembre 2016, pourvoi n° 15-15.928 : *« attendu que l'arrêt attaqué, déclarant à tort recevable l'appel formé contre un jugement d'un tribunal de commerce rejetant une demande de sursis à statuer, ordonne ledit sursis à statuer ; en quoi la cour d'appel a excédé ses pouvoirs »*

- Com., 16 mars 2022, pourvoi n° 20-23.416

« Vu l'article L. 442-6, III du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019, (...)

Il s'en déduit que toute cour d'appel, autre que celle de Paris, est dépourvue du pouvoir juridictionnel de statuer sur des demandes fondées sur les dispositions de l'article L. 442-6 du code de commerce et que la méconnaissance de ces dispositions est sanctionnée par une fin de non-recevoir. Dès lors, il appartient à ces cours d'appel de relever d'office, le cas échéant, la fin de non-recevoir tirée du défaut de leur pouvoir juridictionnel pour statuer sur un litige relatif à l'application de cet article et l'irrecevabilité des demandes formées devant elles en résultant. »

Il convient donc d'examiner chacun des griefs afin de déterminer s'ils critiquent une méconnaissance par le juge de la règle de droit gouvernant le sursis à statuer(ou un excès de pouvoir) ou s'ils allèguent l'existence d'un excès de pouvoir.

Le premier moyen invoque une violation de l'article 16 du code de procédure civile.

Le second moyen invoque dans sa première branche la violation des articles 542 et 954 du code de procédure civile, et dans sa seconde branche, la violation des articles 561 et 562 du code de procédure civile relatifs à l'effet dévolutif et 549 du même code.

Aucun de ces moyens n'apparaît invoquer une règle gouvernant le sursis à statuer, et notamment l'article 49 du code de procédure civile. En outre, il apparaît au vu de la jurisprudence ci-dessus rappelée que le premier moyen tiré de la violation de l'article 16 du code de procédure civile et la première branche du second violation, tirée d'une violation de la loi ne constituent pas un excès de pouvoir

En revanche, bien que l'excès de pouvoir ne soit pas non plus invoqué au sujet du second moyen pris en sa seconde branche, il est possible de se demander, au regard de la jurisprudence précitée, si ce grief, en ce qu'il reproche à la cour d'appel de ne pas avoir statué au fond alors qu'elle était saisie de l'entier litige par l'effet dévolutif, à le supposer fondé, ne pourrait pas constituer un excès de pouvoir.

Le non-respect des articles 561, 562 du code de procédure civile étant dans le débat mais la qualification éventuelle d'excès de pouvoir ne l'étant pas, le présent rapport invite les parties, en application de l'article 16 du code de procédure civile, à former toutes observations utiles sur ce point précis dans un délai de quinze jours.

- Sur le bien-fondé des moyens en cas de recevabilité du pourvoi

*** Sur le premier moyen**

Au terme de l'article 16 du code de procédure civile :

« Le juge doit, en toutes circonstances faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction.

Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement.

Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations».

La Cour de cassation rappelle régulièrement que le juge ne peut relever d'office un moyen de droit sans avoir préalablement invité les parties à présenter leurs

observations , qu'il s'agisse d'un moyen de caducité de la déclaration d'appel (2e Civ., 16 octobre 2014, pourvoi n°13-17.999, publié), d'irrecevabilité d'une demande nouvelle en cause d'appel (2e Civ., 5 décembre 2019, pourvoi n° 18-174), de procédure (2e Civ., 23 septembre 2004, pourvoi n° 01-16832 publié) ou de fond, et que le moyen relevé d'office soit d'ordre public ou non (Ch. mixte, 10 juillet 1981, précité), de pur droit ou mélangé de fait et de droit (Soc. 21 janvier 1982, n° 80-40187, publié).

Le juge n'est toutefois pas tenu d'inviter les parties à présenter leurs observations lorsqu'il se borne à vérifier l'absence ou la réunion des conditions d'application de la règle de droit invoquée, le moyen étant alors regardé comme étant dans le débat :

- 2e Civ., 17 novembre 2005, pourvoi n°04-10.741, publié :

« Le juge saisi d'une demande en nullité d'un acte peut rechercher le régime juridique de cette nullité et vérifier l'absence ou la réunion de ses conditions d'application, sans inviter les parties à présenter leurs observations » ;

- Com 16 septembre 2014, pourvoi n° 13-10.189

- les arrêts rendus en matière de vérification de la réunion des conditions d'application de l'article 1382, devenu 1240, du code civil, en matière de responsabilité : 3e Civ., 25 mars 1998, pourvoi n° 96-12.410, publié (absence de préjudice) ; 3e Civ., 22 mars 2018, pourvoi n° 17-50.010 (champ d'application du texte) ; 2e Civ., 14 juin 2018, pourvoi n°17-14.781, publié (absence de lien de causalité).

Il a été jugé que le juge, qui fait application de la règle posée par l'article 954 alinéa 1 et 2 du code de procédure civile, selon laquelle le juge ne statue que sur les demandes formulées au dispositif des conclusions, ne relève pas un moyen d'office justifiant que les parties soient invitées à présenter leurs observations, pour respecter les dispositions de l'article 16 du code de procédure civile ou de l'article 6, §1, de la Convention européenne :

- 2e Civ., 5 décembre 2013, pourvoi no 12-23.611, publié, dans lequel la violation de l'article 16 du code de procédure civile était et le pourvoi a été rejeté,

- Com., 8 février 2017, pourvoi n° 14-29.879 : *« C'est à bon droit et sans méconnaître le principe de la contradiction que la cour d'appel a retenu qu'en application de l'article 954, alinéa 2, du code de procédure civile, elle ne devait statuer que sur les prétentions énoncées au dispositif ».*

En l'espèce, la cour d'appel a appliqué l'article 954 alinéa 3 du code de procédure civile qui énonce : « La cour ne statue que sur les prétentions énoncées au dispositif et n'examine les moyens au soutien de ces prétentions que s'ils sont invoqués dans la discussion ». Elle a retenu que l'appelant ne soulevant aucun moyen au soutien de sa demande d'annulation de l'ordonnance, il devait être débouté de son appel.

Le mémoire en défense estime que la cour d'appel, tenue de se prononcer sur le bien fondé de l'appel et pour cela de vérifier les conditions permettant de poursuivre la demande d'annulation étaient réunies, n'a pas relevé d'office un moyen.

- Sur le second moyen, première branche

L'article 542 du code de procédure civile dispose :

« L'appel tend, par la critique du jugement rendu par une juridiction du premier degré, à sa réformation ou à son annulation par la cour d'appel »

Le mémoire ampliatif soutient, d'une part que l'appel réformation et l'appel nullité sont distincts et que la jurisprudence selon laquelle *« l'appelant doit mentionner dans le dispositif de ses conclusions mentionner qu'il demande l'infirmerie des chefs du dispositif du jugement dont il recherche l'anéantissement, ou l'annulation du jugement »*

(2e civ., 4 nov. 2021, pourvoi n° 20-15.757, publié) ne s'applique pas en matière d'appel nullité, d'autre part qu'au vu des conclusions du Syndicat des copropriétaires, il est évident que l'emploi du terme « annuler » relevait d'une erreur de plume et que l'appel tendait à la réformation de l'ordonnance.

Le mémoire en défense relève que le grief est inopérant, la cour d'appel ayant en tout état de cause statué sur l'entier litige en confirmant l'ordonnance.

Il sera observé qu'en l'espèce, la déclaration d'appel n'est pas produite et que l'arrêt ne précise pas non plus son contenu. En revanche, le dispositif des conclusions de l'appelant contient clairement une demande d'annulation de l'ordonnance, même s'il est précisé « annuler l'ordonnance, en tant qu'elle a rejeté sa demande de sursis à statuer pour question préjudicielle ».

- Sur le seconde moyen, seconde branche

Le mémoire ampliatif se prévaut de l'arrêt suivant rendu par notre chambre :

2e Civ., 19 mars 2020, pourvoi n° 19-11.387 publié (arrêt de cassation)

« Vu les articles 561 et 562, alinéa 2, du code de procédure civile , ensemble l'article 549 du même code :

5. Lorsqu'un appel porte sur la nullité du jugement et non sur celle de l'acte introductif d'instance, la cour d'appel, saisie de l'entier litige par l'effet dévolutif de l'appel, est tenue de statuer sur le fond quelle que soit sa décision sur la nullité.

6. Pour dire que le jugement déféré produira tous ses effets, l'arrêt retient que l'appelant a fait le choix de ne poursuivre que l'annulation du jugement par la voie de son appel, de sorte qu'il n'est pas en droit d'étendre ultérieurement cet appel à une demande de réformation de ce jugement en l'absence d'appel incident de l'Urssaf, qui exclut l'application de l'article 549 du code de procédure civile permettant à une partie, même si elle a été l'auteur d'un appel principal, de former un appel incident à condition qu'il ait été provoqué par l'appel d'une autre partie.

7. En statuant ainsi, alors qu'elle était saisie d'un appel tendant à l'annulation du jugement, ce dont il résultait qu'en réitérant les moyens qu'il avait soumis au premier juge, l'appelant ne formait pas un appel incident, la cour d'appel, qui n'a pas statué sur le fond, a violé les textes susvisés. »

Cette solution avait déjà été affirmée à plusieurs reprises avant cet arrêt :

- 2e Civ., 9 décembre 1997, pourvoi n° 96-12.472, publié : *« Lorsque l'appel porte sur la nullité du jugement et non sur celle de l'acte introductif d'instance, la cour d'appel, saisie de l'entier litige par l'effet dévolutif de l'appel, est tenue de statuer sur le fond quelle que soit sa décision sur la nullité, sans que l'appelant ait à recevoir une injonction de conclure au fond. D'où il suit que le moyen n'est pas fondé »*

- et aussi : 2e Civ., 9 décembre 1997, pourvoi n° 96-10.007, publié ; 2e Civ., 11 avril 2013, pourvoi n° 12-15.035, publié, 2e Civ., 17 mai 2018, pourvoi n° 16-28.390, publié.

Un arrêt non publié a toutefois estimé que dans cette hypothèse, la cour d'appel qui aurait dû statuer au fond et ne l'a pas fait a commis une omission de statuer qu'il lui appartient de réparer : Com., 8 mars 2011, pourvoi n° 10-30.629 :

« Mais attendu que la cour d'appel, qui n'ayant pas prononcé l'annulation de l'ordonnance du juge-commissaire et celle du jugement l'ayant confirmée en raison d'une irrégularité affectant la saisine du premier juge, était saisie de l'entier litige par l'effet dévolutif de l'appel et tenue de statuer sur le fond du droit en répondant aux conclusions présentées à titre subsidiaire ; que, sous couvert d'une violation de la loi, le moyen critique une omission de statuer sur un chef de demande, qui peut être réparée

par la procédure prévue à l'article 463 du code de procédure civile ; que le moyen n'est pas recevable ; »

En l'espèce, la cour d'appel était saisie d'un appel tendant à l'annulation de l'ordonnance. Dans ses conclusions d'appel, l'appelant avait réitéré les moyens soumis au premier juge puisqu'il avait indiqué que celui-ci avait commis une erreur de droit en ce qui concerne la portée du procès-verbal de bornage et qu'au regard de la compétence de la juridiction administrative en matière de délimitation du domaine public, les conditions posées par l'article 49 du code de procédure civile étaient réunies et il convenait de transmettre les questions préjudicielles à la juridiction administrative et de surseoir à statuer dans l'attente.

La cour d'appel n'a pas expressément rejeté la demande d'annulation, en l'absence de motif d'annulation, mais a débouté le syndicat de son appel, ce qui apparaît proche. En outre, elle a certes confirmé le jugement, ainsi que le souligne le mémoire en défense qui en déduit que le moyen manque en fait, mais sans statuer sur les moyens ci-dessus rappelés, et en relevant seulement qu'il n'y avait pas de demande de réformation.

C'est au regard de ces observations que la Cour de cassation devra apprécier la recevabilité et le bien-fondé des moyens.