

ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE DU 25 MARS 2016 à 14 HEURES

CONSEILLER-RAPPORTEUR : Mme Bénédicte FARTHOUAT-DANON

AVOCAT GÉNÉRAL : M. Philippe PETITPREZ

POURVOIN^o : X 14-18.821

Monsieur Philippe X...
(SCP Lyon-Caen et Thiriez)

et

La société MP Financial Services France
(SCP Célice, Blancpain, Soltner et Texidor)

ARRÊT ATTAQUÉ : Arrêt rendu sur renvoi par la Cour d'appel de Versailles (17^{ème} chambre civile) le 9 avril 2014

AVIS
de Monsieur Philippe PETITPREZ
avocat général

Le pourvoi qui est examiné par l'Assemblée plénière de la Cour soulève plusieurs questions importantes s'agissant de l'application concrète de dispositions de droit interne.

L'affaire est en apparence banale : un justiciable qui se heurte à une décision judiciaire défavorable a emprunté des voies de recours jugées inappropriées ou introduites tardivement et se voit opposer leur irrecevabilité.

Un examen approfondi des circonstances de fait révèle une situation plus complexe et conduit à s'interroger sur les effets, quant à la recevabilité d'un recours, d'une notification par le greffe comportant une mention inexacte sur la voie offerte aux parties pour contester une décision.

On objectera immédiatement que, selon la règle traditionnelle, "nul n'est censé ignorer la loi". Mais lorsque c'est la justice elle-même qui délivre au justiciable une information de nature à l'induire en erreur, est-elle fondée à lui opposer l'application rigoureuse des règles de droit ?

L'idée d'un juste équilibre entre les mesures employées et la nécessité de protection des droits fondamentaux, dont le droit effectif d'accès au juge, doit nécessairement guider la réflexion de la Cour de cassation.

La notion de proportion, centrale dans la pensée juridique et philosophique européenne, puise sa source dans l'antiquité. Aristote exprimait déjà l'idée que la justice réside dans une sorte de proportion : "*La proportion est un moyen et le juste une proportion*"¹.

Hormis son sens purement mathématique, la proportion évoque un rapport convenable entre deux éléments. Elle est alors synonyme de mesure ou encore d'équilibre².

Précisément, l'examen du pourvoi conduit à s'interroger sur les conséquences excessives, disproportionnées pour le justiciable, d'une solution qui ferait prévaloir la rigueur juridique, au détriment d'un juste équilibre imposant de se livrer à une appréciation concrète des faits de l'espèce conduisant, le cas échéant, à écarter l'application de dispositions légales.

¹ Ethique à Nicomaque, Livre V, chapitre 7

² Dictionnaire le Petit Robert : articles "proportion" et "équilibre".

Au regard des difficultés purement conceptuelles, se pose également la question plus large de savoir ce que doit être la doctrine de la Cour de cassation en matière de contrôle dit de "proportionnalité", technique de contrôle juridictionnel encore peu explorée.

Force est de constater en l'espèce qu'une interprétation rigoureuse des règles internes de droit processuel commanderait le rejet du pourvoi (I). Mais elle risque d'engendrer pour le demandeur, au regard des circonstances de fait, une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal (II)

I) La stricte application des règles de droit interne conduirait au rejet du pourvoi

Après un rappel des différentes étapes de la procédure et des moyens présentés à l'appui du pourvoi (A) il conviendra de discuter de la recevabilité en droit interne des voies de recours exercées par le demandeur (B).

A) Examen du pourvoi

1°) Faits et procédure

M. Philippe X... a démissionné le 27 avril 2008 de son poste de directeur exécutif de la société MP Financial Services France, pour rejoindre la société Michael Page International et occuper des fonctions similaires à Genève.

Cette dernière société l'a informé de son licenciement par lettre du 16 septembre 2009.

Il a saisi le conseil de prud'hommes de Nanterre d'une demande dirigée contre la société MP Financial Services France, aux fins de faire constater l'absence de cause réelle et sérieuse de son licenciement.

Par "jugement d'incompétence" du 11 mai 2012, rendu "contradictoirement et en premier ressort", le conseil de prud'hommes a déclaré irrecevables les demandes du salarié, au motif que le licenciement n'avait pas été prononcé par une société de droit français et a renvoyé les parties à mieux se pourvoir.

M. X... a relevé appel le 22 mai 2012 de cette décision qui lui avait été notifiée le 15 mai 2012, avec la mention que la voie de recours était l'appel.

Il a reçu "notification rectificative" de ce jugement, par lettre recommandée avec avis de réception datée du 21 mai 2012, le greffe l'ayant informé d'une "erreur dans la qualification du jugement", la voie de recours ouverte contre cette décision étant le contredit.

M. X... a formé un contredit par lettre recommandée avec avis de réception reçue le 31 mai 2012 par le conseil de prud'hommes.

Par arrêt du 9 avril 2014, la cour d'appel de Versailles a déclaré irrecevables l'appel et le contredit formés par l'intéressé.

M. X... s'est régulièrement pourvu en cassation contre cette décision.

2°) Analyse succincte des moyens

Dans un premier moyen de cassation, il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir, en méconnaissance des dispositions de l'article 80 du code de procédure civile, déclaré irrecevable l'appel formé par M. X..., alors que cette voie de recours était seule ouverte contre un jugement s'étant prononcé à la fois sur la compétence et sur le fond du litige.

Dans un second moyen, qualifié de subsidiaire, le demandeur reproche à la cour d'appel

- d'avoir, en violation des articles 82 et 680 du code de procédure civile et de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, déclaré irrecevable le contredit formé par lui, alors que la mention erronée dans l'acte de notification du 15 mai 2012 avait eu pour effet d'interrompre le délai du contredit

- d'avoir enfreint les dispositions des articles 82 et 536 du code de procédure civile, en retenant que le délai de contredit avait expiré au moment où Monsieur X... avait régularisé son contredit, quand il résulte de l'arrêt attaqué que le jugement entrepris avait été inexactement qualifié, de sorte que le délai de contredit n'avait pas couru en l'espèce.

B) Discussion sur la recevabilité des voies de recours

1°) Recevabilité de l'appel

Tout jugement rendu sur la compétence peut faire l'objet d'un recours devant la cour d'appel, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que le juge a décliné sa compétence, par application des règles de compétence d'attribution ou territoriale, ou bien s'est déclaré compétent, auquel cas il a le choix d'aborder ou non le fond du litige³.

Le jugement qui statue sur l'incident de compétence et éventuellement sur le fond peut être attaqué par deux voies de recours différentes : le contredit et l'appel. Alors que l'appel est la voie de recours normale contre les jugements du premier degré, le contredit est en principe l'unique voie de recours ouverte dès lors que seule la question de la compétence est soumise à la cour d'appel⁴.

³ N. Fricero, P. Julien, "Procédure civile", 5^e édition, LGDJ, n° 218 et suivants

⁴ Voir J.Héron, T. Le Bars, "Droit judiciaire privé", 6^e édition LGDJ, n° 1035 et suivants, pour le principe et ses exceptions.

Aux termes des dispositions de l'article 80 du code de procédure civile :

“Lorsque le juge se prononce sur la compétence sans statuer sur le fond du litige, sa décision ne peut être attaquée que par la voie du contredit, quand bien même le juge aurait tranché la question de fond dont dépend la compétence”.

Ce texte envisage la situation dans laquelle le juge ne tranche qu'une question de compétence, mais ne statue pas sur le fond, se bornant, le cas échéant, à l'appréhender pour les besoins de sa décision sur la compétence, d'où l'importance de déterminer si la décision rendue intéresse uniquement la compétence où concerne également le fond.

Si un appel a été formé par erreur, alors que la voie de recours ouverte était celle du contredit, la jurisprudence retient l'irrecevabilité de l'appel, en l'absence de dispositions symétriques à celles édictées par l'article 91 du code de procédure civile qui prévoient que si la cour d'appel est saisie à tort d'un contredit, alors que la décision qui lui est déférée devait l'être par la voie de l'appel, elle n'en demeure pas moins saisie et doit statuer selon les règles applicables à l'appel (Cass. 1^{re} civ., 18 janv. 1983, Bull. n° 24).

En l'espèce, se rapportant au seul dispositif du jugement le demandeur considère qu'il est indubitable qu'en déclarant irrecevables les demandes dont il était saisi, le conseil de prud'hommes ne s'est pas prononcé sur sa compétence, mais a tranché, au moins pour partie, le fond du litige, si bien que la voie de l'appel était nécessairement ouverte.

La deuxième chambre civile semble privilégier une interprétation formelle des dispositions de l'article 80 du code de procédure civile, en ce que la voie du contredit est seule ouverte à condition que le juge “se prononce sur la compétence” au sens de cet article, ce qui impose de statuer effectivement sur la question posée, dans le dispositif de la décision, abstraction faite de ses motifs.

La question de l'importance respective des motifs et du dispositif d'un jugement a été soumise à la deuxième chambre civile, à propos de la détermination des domaines de l'appel et du contredit : un époux ayant assigné sa femme en divorce, celle-ci a invité le tribunal à se déclarer incompétent au profit d'une juridiction algérienne. Le tribunal a fait droit à cette exception mais dans le dispositif du jugement a déclaré la demande irrecevable. La deuxième chambre civile casse pour violation de la loi l'arrêt de la cour d'appel déclarant irrecevable l'appel formé par le mari contre ce jugement au motif qu'il tranchait une question de compétence au profit d'une juridiction étrangère et qu'il aurait dû faire l'objet d'un contredit alors que dans son dispositif, ce jugement avait déclaré une demande en divorce irrecevable, ce qui rendait recevable l'appel immédiat (Civ. 2^e, 28 février 1996, Bull. II N° 39).

Commentant cet arrêt, le doyen Georges Wiederkehr retient que, dans cette approche purement formaliste, il faut se fier au dispositif du jugement et non aux motifs pour déterminer du contredit ou de l'appel quelle est la bonne voie de recours : *“On pourrait a priori penser qu'il est indifférent que le dispositif du jugement fasse état d'une fin de non-recevoir plutôt que d'une exception, du moment que c'est bien une question de compétence qui est réglée. Mais la tendance aujourd'hui, quand il s'agit de déterminer ce qui constitue la décision du juge, semble être de s'en tenir à la forme, sans tenir compte du fond. Le jugement ayant dans son dispositif purement et simplement déclaré la demande*

irrecevable, il s'agirait de s'en tenir à cette affirmation en restant indifférent à ce qui a pu la motiver. Il n'y aurait pas lieu de chercher à interpréter le dispositif par les motifs, ni de vérifier si le tribunal, dans ce dispositif, a bien utilisé les termes qui convenaient et qui sont compatibles avec la motivation. La solution a le mérite de la clarté (...) Elle simplifie la reconnaissance de la nature du jugement, puisque le justiciable pourra s'en tenir aux seules énonciations du dispositif”⁵.

Le problème de savoir ce qu'il faut entendre par “décision sur la compétence” s'est posé dans le cadre des procédures introduites par les ayants-droit des victimes du crash du boeing d'une compagnie aérienne égyptienne, le 3 janvier 2004 après son décollage de Charm-El-Cheikh (Egypte) à destination de Paris-Charles de Gaulle. Un juge fédéral américain avait invité les demandeurs à soumettre leur action tendant à faire reconnaître le fonctionnement défectueux de l'appareil ou des ses équipements au juge français, à condition que ce dernier se reconnaisse compétent pour statuer, laissant entrevoir la possibilité de revenir devant lui si le juge français devait décliner sa compétence. Saisi à cette fin, le tribunal de Bobigny a déclaré une telle demande irrecevable. L'appel formé par les demandeurs contre ce jugement a été jugé recevable. Le pourvoi de l'une des sociétés mises en cause à raison de défaillances techniques a été rejeté par la deuxième chambre civile qui a jugé que le dispositif du jugement de première instance, qui se bornait à déclarer irrecevable une demande tendant à ce que le tribunal statue sur sa propre compétence, ne constituait pas une décision portant sur la compétence et ne pouvait dès lors être attaqué par la voie du contredit (Civ. 2^e, 30 avril 2009, Bull. II, n° 107).

La portée de cette décision, invoquée dans le mémoire ampliatif au soutien du premier moyen de cassation, mérite cependant d'être relativisée, dans la mesure où, très clairement, la question tranchée n'était pas celle de la compétence mais celle de la recevabilité d'une demande tendant à soustraire à la juridiction française saisie la connaissance du fond du litige. On ne peut donc pas en tirer argument pour conclure, comme dans le cas précédent, aux conséquences inéluctables de l'emploi malheureux dans le dispositif du terme “irrecevable” là où la juridiction entendait en réalité se déclarer incompétente. Comme le souligne le professeur Roger Perrot : *“Il est assez surprenant qu'un demandeur soulève l'incompétence de la juridiction qu'il a lui-même saisie. Tel est cependant le cas sur lequel eût à statuer la Cour de cassation dans l'arrêt rapporté. La juridiction saisie a très justement déclaré irrecevable le déclinatoire soulevé dans ces conditions, et renvoyé les parties à conclure sur le fond (...) Pour soutenir que l'appel était irrecevable et que le jugement aurait dû être attaqué par la voie du contredit, la société défenderesse à l'instance tirait argument de ce que, « en déclarant irrecevable la contestation de compétence élevée par les demandeurs eux-mêmes et en renvoyant les parties à conclure sur le fond, le tribunal s'était par là même reconnu compétent ». En un mot, la société défenderesse jouait sur la similitude des résultats, en ce sens que l'irrecevabilité, aussi bien qu'une incompétence, ont pour conséquence de dénier au juge saisi le pouvoir de statuer au fond. La confusion n'en était pas moins évidente. Ce qui, dans le cas d'espèce était irrecevable, c'était uniquement la contestation sur la compétence ; et*

⁵ G. Wiederkehr, “Jugement, motifs, dispositif, portée respective”, *Justices*, 1997, n° 5, p. 285

dès lors, cette irrecevabilité avait eu pour conséquence d'évincer tout débat sur cette question"⁶.

La chambre sociale juge que quels que soient les termes employés dans le dispositif, la voie du contredit est la seule possible contre un jugement statuant sur la compétence. Elle rejette un pourvoi qui soutenait que la voie de l'appel était nécessairement ouverte contre une décision de première instance déclarant en son dispositif une "demande irrecevable" : *"Attendu qu'après avoir relevé que les premiers juges, régulièrement saisis par la société Warman international d'une exception d'incompétence, avaient estimé que la qualité de mandataire social de M. Cahitte excluait la compétence du conseil de prud'hommes, la cour d'appel a décidé exactement que, malgré l'impropriété de ses termes, le dispositif du jugement statuait sur la compétence et que la voie du contredit était seule ouverte"* (Soc. 28 novembre 1995, n° 92-42.360).

Elle approuve une cour d'appel d'avoir conclu à l'irrecevabilité de l'appel formé par une salariée contre un jugement prud'homal qui l'avait déclarée irrecevable en sa demande à l'encontre de son employeur et l'avait renvoyée à se pourvoir devant la juridiction compétente, admettant implicitement que le dispositif du jugement tranchait bien la question de la compétence (Soc. 19 mars 2008, n° 06-43.999).

En l'espèce, après avoir relevé que l'incompétence de la juridiction française était soulevée par la société Michael Page Financial Service France au motif que le contrat de travail de M. Philippe X... n'était pas un "contrat de travail de droit français", le conseil de prud'hommes a statué au visa de l'article 96 du code de procédure civile et a motivé sa décision, intitulée "jugement d'incompétence", par le fait que le licenciement n'avait pas été effectué par une société de droit français. Tout en déclarant les demandes de M. X... non recevables, il a renvoyé les parties à mieux se pourvoir, faisant ainsi une référence explicite aux dispositions du premier alinéa de l'article 96 du code de procédure civile qui prévoient que lorsque le juge considère que l'affaire relève de la compétence d'une juridiction étrangère *"il renvoie seulement les parties à mieux se pourvoir"*, sans autre précision.

La démarche qui consisterait à ne retenir de la décision que la seule déclaration d'irrecevabilité, sans prendre en compte les autres mentions du dispositif ni les rapprocher dans leur ensemble de l'intitulé même du jugement et de ses motifs relèverait d'une approche excessivement formaliste, alors qu'en substance il ne fait aucun doute que, malgré les termes peu appropriés employés dans ce dispositif, le conseil de prud'hommes n'a fait que statuer en réalité en réalité sur l'incident de compétence dont il était saisi, si bien que le contredit était la seule voie de recours envisageable.

C'est pourquoi le premier moyen de cassation ne pourra, à mon sens, qu'être rejeté.

⁶ Appel ou contredit ? - Commentaire par Roger PERROT Procédures n° 7, Juillet 2009, comm. 226.

2°) Recevabilité du contredit

a) Le contredit, voie de recours spécifique contre une décision sur la compétence

Avant 1958, le recours contre un jugement rendu sur la compétence était porté devant la cour d'appel, selon les règles du droit commun. Le législateur de 1958, estimant que l'appel était une voie de recours trop lente pour le règlement d'un incident qui mérite d'être tranché rapidement, a instauré une procédure spéciale réglementée alors par l'article 169 alinéas 3 à 8 du code de procédure civile⁷.

Le contredit de compétence était porté devant le premier président de la cour d'appel qui, après avoir recueilli le cas échéant les explications des avocats, statuait dans le mois suivant la transmission du dossier en déterminant la juridiction compétente.

Au regard de la place restreinte réservée au débat contradictoire et des pouvoirs conférés au premier président, ce recours échappait aux principes de la procédure civile classique et présentait un caractère administratif marqué, au risque d'ignorer la complexité des liens existant entre la compétence et le fond du droit et de sacrifier les intérêts des parties en présence, au nom d'une célérité parfois illusoire⁸.

Une évolution amorcée dès 1960 et entérinée par le décret du 20 juillet 1972, s'est traduite par un rapprochement du régime du contredit avec celui de l'appel ordinaire.

La procédure de contredit, organisée actuellement par les articles 82 à 91 du code de procédure civile, est dominée par un impératif de célérité : assurer le règlement rapide de l'incident de compétence, d'où un certain nombre de spécificités tenant au déroulement et au dénouement de la procédure⁹.

Dans le cadre de l'examen du présent pourvoi, il convient de s'attacher à la question du délai pour former contredit, qui présente un certain nombre de particularités s'agissant de sa durée, de son point de départ et de sa sanction.

b) Le point de départ du délai pour former contredit

L'article 82 du code de procédure civile dispose que :

“Le contredit doit, à peine d'irrecevabilité, être motivé et remis au secrétariat de la juridiction qui a rendu la décision dans les quinze jours de celle-ci”.

⁷ Décret n° 58-1289 du 22 décembre 1958 relatif à certaines modifications en matière de procédure civile

⁸ Solus et Perrot, Droit judiciaire privé, Edition Sirey, 1973, n° 713 et suivants

⁹ Pour un exposé détaillé du déroulement de la procédure, voir L. Cadiet et E. Jeuland, “Droit judiciaire privé”, 8^e ed. N° 306 et suivants.

Ainsi que l'exposent les professeurs Solus et Perrot ¹⁰ : *“Contrairement à la règle habituelle, le délai de quinzaine a pour point de départ de plein droit et sans autre formalité le jour où jugement sur la compétence est prononcé. Cette disposition gravement dérogoire au droit commun s'explique par le fait que, pour des raisons d'économie et de célérité, la décision n'est pas signifiée; en l'absence de toute signification, seule la date du jugement peut être prise en considération avec suffisamment de certitude. Encore faut-il que les intéressés aient été informés de cette date...”*

L'article 450 du Code de procédure civile impose au président de la juridiction d'indiquer aux parties la date de prononcé du jugement lorsque celui-ci n'est pas rendu sur-le-champ.

Cette règle est adaptée en matière prud'homale par l'article R. 1454-25 du code du travail, qui énonce que la date de prononcé du jugement est rappelée aux parties par émargement au dossier ou par la remise d'un bulletin par le greffier, si la décision n'est pas rendue immédiatement à l'issue des débats.

Selon une jurisprudence constante, la seule indication dans le jugement de la date prévue pour son prononcé ne suffit pas à établir que les parties en ont été effectivement informées (Civ. 2^e 13 mai 1985, Bull. II N° 98, Soc. 16 décembre 2008, n° 08-40.174). Le délai pour former contredit ayant pour point de départ le prononcé du jugement, il ne peut commencer à courir qu'autant que la date à laquelle le jugement devait être rendu a été portée à la connaissance des parties et que cet avis est mentionné dans le jugement (Soc. 27 février 2013, Bull. 2013, V, n° 57).

L'article 82 du code de procédure civile instaure donc une exception légale au principe édicté par l'article 528 alinéa 1 du même code, selon lequel *“le délai à l'expiration duquel un recours ne peut plus être exercé court à compter de la notification du jugement”*.

Si le délai de contredit court du prononcé de la décision et non de sa notification, le problème se pose de savoir si une quelconque conséquence juridique est attachée à une éventuelle notification qui n'est pas prévue par les textes.

c) Les effets d'une notification superflue comportant des mentions erronées

Le second moyen de cassation, pris en sa première branche, soulève en effet la question de l'incidence d'une notification qui comportait des indications erronées, sur la computation du délai d'exercice des voies de recours.

Il convient de rappeler les dispositions de l'article 680 du code de procédure civile qui prévoient que la notification du jugement à une partie doit indiquer de manière très apparente, le délai d'opposition d'appel ou de pourvoi en cassation dans le cas où l'une de ces voies de recours est ouverte, ainsi que les modalités selon lesquelles le recours peut être exercé. Il en résulte que l'absence de mention ou la mention erronée, dans l'acte de notification d'un jugement, de la voie de recours ouverte, de son délai ou de ses modalités a pour effet de ne pas faire courir le délai de recours (Voir par exemple

¹⁰ Ouvrage précité, voir note 8

Soc. 26 avril 2006, Bull. 2006, V, no 149, Civ. 2^e 24 septembre 2015, n° 14-23.768, Civ. 2^e, 28 janvier 2016, n° 15-11.391).

Mais la jurisprudence civile considère que les dispositions de l'article 680 du code de procédure civile, qui ne mentionnent pas le contredit parmi les voies de recours dont le délai doit être indiqué, ne s'appliquent pas à la notification d'un jugement d'incompétence rendue nécessaire dans l'hypothèse où le juge a prononcé sa décision à une date qui n'a pas été portée à la connaissance des parties. Une notification même erronée de la voie de recours et du délai pour l'exercer dans l'acte de notification par le greffe d'un jugement d'incompétence, a pour effet dans cette hypothèse de porter la décision à la connaissance des parties et donc de faire courir le délai de contredit (Civ 2^{ème}, 10 avril 2014, no 12-35.320).

Le point de départ du délai pour former contredit étant en principe fixé au jour du prononcé de la décision, on peut se demander si la notification, lorsqu'elle est inutile, produit néanmoins des effets et quelles sont les conséquences d'une indication inexacte de la voie de recours dans la notification, que cette formalité soit ou non nécessaire.

Dans des situations comparables, c'est à dire des recours autres que le contredit qui, par exception, courent à compter du prononcé de la décision, la deuxième chambre civile considère qu'il importe peu qu'une notification de la décision ait été ordonnée (Voir par exemple, en matière d'ordonnances sur requête, Civ. 2^e 22 février 2007, Bull. 2007, II, n° 46).

S'agissant des mentions inexactes figurant dans l'acte de notification, la chambre sociale juge que *"la notification d'un jugement d'incompétence portant la mention erronée que celui-ci était susceptible d'appel ne peut avoir pour effet de rendre recevable une voie de recours dont cette décision n'était pas légalement susceptible d'être frappée"* (Soc. 28 mai 2013, n°11-23.109).

Enfin, il n'existe à notre connaissance qu'une seule décision ayant statué sur les conséquences d'une notification qui était à la fois superflue et source d'erreur sur la voie de recours. La Cour de cassation se prononce par l'attendu suivant : *"Après avoir retenu à juste titre que la décision entreprise, rendue sur la compétence, ne pouvait être attaquée que par la voie du contredit et que le délai pour former contredit, qui avait commencé à courir à compter du jugement contradictoire prononcé sur-le-champ, était expiré, la cour d'appel a exactement décidé que l'indication erronée, dans l'acte de notification de cette décision, de l'ouverture de la voie de l'appel, n'avait pas pour effet de rendre ce recours recevable"* (Soc. 19 mars 1998, n° 95-45.391).

Il semble donc qu'en droit processuel interne, aucune conséquence particulière ne puisse s'attacher à un acte de notification inutile, même s'il comportait une fausse information sur la voie de recours appropriée.

En l'espèce, la cour d'appel retient que les parties ont eu connaissance de la date à laquelle le jugement serait rendu, par l'émargement des notes d'audience du bureau de jugement portant la date de la mise à disposition du jugement, soit le 11 mai 2012 et que le délai courait à compter du prononcé de ce jugement. Elle considère que l'erreur sur les modalités de notification était inopérante et que le contredit formé tardivement, le 29 mai 2012, était irrecevable.

Dans son mémoire ampliatif, le demandeur fait valoir que le délai de contredit, qui courait depuis le prononcé du jugement, aurait été interrompu (il serait plus exact de dire "suspendu") entre le 15 mai 2012, date de la notification irrégulière et le 22 mai 2012, date de la "notification rectificative".

Mais il ne semble pas que le délai imparti pour former un contredit, dès lors qu'il a commencé à courir, puisse être interrompu d'une manière quelconque, notamment par une notification irrégulière. La jurisprudence considère par exemple que le délai imparti par la loi pour inscrire un contredit n'est pas interrompu par le contredit formé par une autre partie et que dès lors, la notification à une partie du contredit formé par une autre ne peut avoir pour conséquence ni d'autoriser la première à former elle-même un contredit hors délai ni de lui conférer la qualité de demandeur à un contredit qu'elle n'a pas formé (Com. 21 mars 1995, Bull. 1995 IV no 93).

Plus généralement, les délais de procédure ne sont pas, à la différence des délais de prescription, susceptibles en principe de suspension ou d'interruption. On considère qu'il s'agit de "délais de rigueur" et qu'étant donné leur fonction, il est impossible de leur appliquer les causes générales d'interruption (C. civ., art. 2242 et s.) et de suspension (C. civ., art. 2251 et s). Seule la prise en compte de situations exceptionnelles peut justifier une interruption ou une suspension des délais de procédure. C'est ainsi que les articles 531 et 532 du code de procédure civile prévoient que le délai pour exercer un recours est interrompu soit par le changement dans la capacité d'une partie, soit par le décès d'une partie ¹¹.

Il est à noter, cependant, que ces règles ne s'appliquent pas au contredit, qui n'est pas mentionné à l'article 527 parmi les voies de recours ordinaires ou extraordinaires.

Il faut retenir de l'ensemble de ces éléments que, dans la présente procédure, dès lors que la date de prononcé du jugement a bien été indiquée aux parties, le point de départ du délai pour former contredit était bien le prononcé de la décision et non sa notification, qui n'a pas pu avoir pour effet de rouvrir un nouveau délai, d'autant plus que cette formalité était totalement superflue.

Au regard des seules dispositions combinées des articles 82 et 680 du code de procédure civile et de l'interprétation constante qui en est faite par la jurisprudence, le second moyen pris en sa première branche devrait donc être rejeté.

Il convient cependant de réserver la question de l'incidence d'une notification irrégulière sur le caractère équitable ou non de la procédure, dans la mesure où le moyen invoque également l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Cette question fera l'objet des développements consacrés en deuxième partie du présent avis au contrôle de proportionnalité.

¹¹ Natalie Fricero, JurisClasseur Procédure civile, fasc. 145 Délais de procédure, n° 58 et s.

d) Les conséquences de l'erreur sur la qualification du jugement

La deuxième branche du second moyen de cassation invoque une erreur sur la qualification du jugement qui aurait eu pour conséquence de retarder le point de départ du délai pour former contredit, jusqu'au moment où est intervenue une notification régulière.

Il semble quelque peu antinomique de faire valoir dans une première branche que le délai pour former contredit aurait été interrompu (ou suspendu) entre la première notification et la seconde puis de soutenir que ce délai n'aurait pas commencé à courir du tout, en présence d'une erreur dans la qualification du jugement entrepris.

L'article 536 du code de procédure civile, dont la violation est invoquée, dispose que *"la qualification inexacte d'un jugement par les juges qui l'ont rendu est sans effet sur le droit d'exercer un recours"*.

La jurisprudence déduit des dispositions combinées des articles les articles 536 et 680 du nouveau code de procédure civile que le délai de recours ne court pas lorsque le jugement entrepris comporte une mention erronée sur sa qualification, à moins que l'acte de notification de ce jugement n'ait indiqué la voie de recours qui était effectivement ouverte (Civ. 2^e 16 mai 2002, Bull. II, n° 100, Soc. 23 mai 2007, no 06-40.140).

Mais il apparaît que la "notification rectificative" du 22 mai 2012 faisait mention à tort d'une "erreur dans la qualification du jugement". La Cour de cassation considère en effet qu'un jugement par lequel un conseil de prud'hommes se déclare incompétent peut être attaqué par la voie du contredit et doit être qualifié de rendu en premier ressort (Soc. 15 décembre 1998, no 96-44.775).

Dans la présente affaire, le délai pour former contredit a bien commencé à courir à compter du prononcé du jugement de première instance, exactement qualifié de rendu en premier ressort, puisque susceptible d'un nouvel examen par la cour d'appel.

La deuxième branche du moyen ne pourra donc qu'être rejetée.

Le strict respect des principes qui viennent d'être rappelés orienterait vers un rejet du pourvoi, sauf à considérer les conséquences excessives qui résultent pour le justiciable de leur application concrète dans le cas d'espèce, ce qui oriente le débat vers un contrôle de proportionnalité, au regard du moyen invoquant la violation du droit à un procès équitable.

II) L'existence d'une restriction de fait au droit d'accès à un tribunal impose un contrôle de proportionnalité

Après avoir esquissé les différentes techniques mobilisées dans le cadre du contrôle de proportionnalité (A), il y aura lieu de s'interroger sur la mise en oeuvre d'un tel contrôle dans le cas d'espèce (B).

A) Les techniques mobilisées dans le cadre du contrôle de proportionnalité

1°) En droit européen

Il n'est pas question de dresser ici un bilan exhaustif de la jurisprudence européenne, mais seulement de l'aborder sous l'angle des restrictions qui peuvent être apportées à l'accès au juge et plus spécialement à l'exercice des voies de recours.

a) Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Bien que le principe de proportionnalité ne soit pas énoncé en tant que tel dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) consacre la proportionnalité comme moyen de contrôle dès lors qu'est invoquée la violation d'un droit fondamental et notamment l'accès à la justice examiné sous l'angle de l'article 6 de la Convention.

Selon l'article 6 § 1, "*Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue (...) par un tribunal (...) qui décidera (...) des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil (...)*".

La Cour EDH a jugé dans l'arrêt *Golder* que l'article 6 § 1 consacrait le « droit à un tribunal », dont le « droit d'accès », à savoir le droit de saisir un tribunal en matière civile, constitue un aspect (*Golder c. Royaume Uni*, § 36)

Le droit européen opère cependant une distinction entre le droit à un juge et le droit, plus large, à un recours, lequel peut ne pas être de nature juridictionnelle. Le droit d'accès à un tribunal suppose l'existence d'une voie judiciaire effective permettant à chaque justiciable de revendiquer ses droits civils (*Beles et autres c. République Tchèque*, § 49), mais les exigences de l'article 6 § 1 de la Convention ne se confondent pas avec le "recours effectif" dont il est question dans l'article 13. En effet, à la différence de l'article 6, l'article 13 n'énonce pas les garanties de procédure que le recours doit remplir et n'impose pas que celui-ci soit porté devant une juridiction.

Dans la mesure où les exigences posées pour l'accès au juge sont plus strictes qu'en matière de recours effectif, la Cour EDH considère depuis longtemps que l'article 13 est absorbé par l'article 6 § 1¹².

Une autre question est celle de savoir quel est le contrôle exercé par la Cour dès lors que l'accès au juge est restreint par la loi, à cause de l'existence de barrières procédurales, ou dans les faits, notamment en raison d'un déficit d'information du justiciable sur les voies de recours qui lui sont offertes.

Le droit d'accès à un tribunal doit être, selon la jurisprudence européenne, effectif et concret. L'effectivité du droit d'accès demande qu'un individu jouisse d'une possibilité

¹² Cette jurisprudence a été abandonnée, du moins en matière de non-respect du délai raisonnable de la procédure (CEDH 26 mars 2002, *Lutz c/France*).

claire et concrète de contester un acte constituant une ingérence dans ses droits (Bellet c. France, § 36).

Les dispositions de droit interne régissant les conditions de forme et de délai pour exercer un recours visent à assurer la bonne administration de la justice et le respect du principe de la sécurité juridique (Cañete de Goñi c. Espagne, § 36). Mais les règles procédurales ou l'application qui en est faite, ne doivent pas empêcher le justiciable d'utiliser une voie de recours disponible (Zvolsky et Zvolska c. République Tcheque, § 51 et Viard c. France, § 36).

Le droit à un tribunal ne revêt pas un caractère absolu et peut donner lieu à des restrictions. La Cour reconnaît aux États une certaine marge d'appréciation, tout en vérifiant que le droit à un tribunal n'a pas été atteint dans sa substance même (de Geouffre de la Pradelle c. France, § 28).

La Cour EDH veille donc à ce que les limitations à l'accès au juge ne constituent pas de véritables obstacles juridiques à l'exercice de l'action. Elle opère un contrôle de proportionnalité, dont le principe a été posé dans l'arrêt du 28 mai 1985 Ashingdane c/Royaume-Uni, § 57 : *"...les limitations appliquées ... ne se concilient avec l'article 6 § 1 que si elles poursuivent un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé"*.

S'agissant plus particulièrement de l'exercice des voies de recours, la Cour européenne réaffirme constamment que l'article 6 de la Convention n'astreint pas les États contractants à créer des cours d'appel ou de cassation, mais si de telles juridictions sont instituées, la procédure qui s'y déroule doit présenter les garanties prévues à l'article 6, notamment en ce qu'il assure aux plaideurs un droit effectif d'accès aux tribunaux pour les décisions relatives à *"leurs droits et obligations de caractère civil"* (Levages Prestations services c/ France, § 44).

Ce droit d'accès peut être modulé, voire restreint, par exemple en subordonnant le recours au respect de délais ou de formalités (Bulena c/ Rép.tchèque, § 29). De telles limitations doivent être cependant de nature à assurer une bonne administration de la justice et le respect du principe de sécurité juridique, sans porter atteinte dans sa substance même au droit d'exercer un recours (Tricard c/ France, § 29). Dès lors, les restrictions ne sont compatibles avec l'article 6 § 1 que si elles poursuivent un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (Raihani c. Belgique, § 32).

La Cour vérifie si la mesure appliquée en l'espèce s'analyse ou non en *"une entrave disproportionnée au droit d'accès du requérant à la cour d'appel"*. Dans un arrêt du 31 mars 2011, Chatellier c. France, elle a conclu à la violation de l'article 6 § 1, estimant qu'une radiation du rôle de la cour d'appel telle qu'elle a été appliquée, constituait une mesure disproportionnée au regard des buts visés et que l'accès effectif du requérant à ce "tribunal" s'en était trouvé entravé (Chatellier c. France, § 38 et 45).

Comme le résume Mme le professeur Fricero : *"Comme la plupart des États ouvrent des voies de recours, celles-ci tombent dans le champ de l'article 6 § 1, et la Cour européenne contrôle que les entraves ne constituent pas des obstacles substantiels à l'exercice de ces voies de recours. Néanmoins, l'appréciation des obligations positives de l'État s'effectue"*

alors avec plus de souplesse qu'en ce qui concerne l'accès au tribunal. La spécificité des voies de recours, le fait que l'affaire a déjà fait l'objet d'un examen en fait et en droit, la nécessité de permettre l'exécution des décisions dans un délai raisonnable, autorisent les États à poser des restrictions plus nombreuses, tenant à la recevabilité des recours, au formalisme procédural, aux délais d'exercice, à l'exécution de la décision attaquée, à l'obligation de constituer avocat, etc. Néanmoins, ces restrictions sont soumises au contrôle de proportionnalité exercé par la Cour européenne : elles ne doivent pas générer des entraves substantielles au droit, sous peine d'entraîner la condamnation de l'État¹³.

b) Dans le droit de l'Union Européenne

Le principe de proportionnalité est énoncé par l'actuel article 5-4 du Traité de l'Union Européenne qui dispose : *“En vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités”*.

Ce principe a été expressément repris à l'article 52 § 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union :

“Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui”.

L'application du principe conditionne l'ensemble des restrictions susceptibles d'être apportées aux droits fondamentaux et notamment le droit à une protection juridictionnelle effective consacré par l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union, qui s'inspire des articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme auxquels il donne cependant une portée plus large :

“Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article.

Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter”.

Comme la Cour EDH, la Cour de justice de l'Union Européenne (CJUE) reconnaît aux États membres une certaine marge d'appréciation dans la mise en oeuvre des droits garantis. La Cour précise néanmoins que si les États membres disposent d'une autonomie procédurale, ils doivent garantir l'accès au juge et ouvrir les voies de droit interne à la protection des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union (CJUE 3 oct. 2013, Inuit Tapiriit Kanatami e. a., C-583/11P, point 102).

¹³ Dalloz action Droit et pratique de la procédure civile, § 211.51. Natalie Fricero – Sous la direction de Serge Guinchard – 2014

Dans l'arrêt du 9 novembre 2010, Volker und Markus Schecke GbR (C-92/09) et Hartmut Eifert (C-93/09) c/ Land Hessen (Points 50 et 51) la Cour indique que *“l'article 52, paragraphe 1, de la charte admet que des limitations peuvent être apportées à l'exercice de droits (...), pour autant que ces limitations sont prévues par la loi, qu'elles respectent le contenu essentiel desdits droits et libertés et que, dans le respect du principe de proportionnalité, elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui”*.

Le principe de proportionnalité exige, selon une jurisprudence constante de la Cour, que les actes des institutions de l'Union soient aptes à réaliser les objectifs légitimes poursuivis par la réglementation en cause et ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation de ces objectifs (Arrêt du 8 avril 2014, Digital Rights Ireland Ltd, C-293/12, point 46 et jurisprudence citée).

En raison de la grande marge d'appréciation dont dispose le législateur, la Cour de justice n'opère pas un contrôle juridictionnel trop rigoureux. De ce fait, le contrôle de proportionnalité se limite à l'identification d'une erreur manifeste d'appréciation ¹⁴.

Ce contrôle s'opère, quant à son étendue, selon les critères dégagés par la CJUE inspirés de la jurisprudence allemande et repris par le Conseil constitutionnel. Il s'agit de procéder à un triple test : La mesure doit, en premier lieu, être appropriée par rapport à son but (adéquation). Elle doit, en deuxième lieu, être nécessaire, en ce sens qu'il ne doit pas exister de mesure alternative également efficace et moins restrictive (nécessité). Enfin, la mesure doit, en troisième lieu, respecter la proportionnalité au sens strict, c'est-à-dire réaliser un juste équilibre entre les intérêts opposés ¹⁵.

La dernière composante du principe de proportionnalité, communément dénommée “proportionnalité stricto sensu” semble renvoyer à une pesée des intérêts en présence, ce qui conduirait à assimiler la notion de proportionnalité à la mise en balance de principes.

Certains auteurs ont montré qu'il n'en est rien et que le contrôle de proportionnalité, tel qu'il est exercé par la CJUE, notamment dans l'application des libertés de circulation, consiste essentiellement en une comparaison entre mesures, en termes de coûts et d'effets bénéfiques ¹⁶.

L'outil analytique employé par la CJUE se distingue donc de la méthodologie de la mise en balance d'intérêts telle que pratiquée par la Cour EDH, ce qui pose la question de la nature du contrôle qui devrait être exercé par la Cour de cassation, dans le prolongement du droit européen.

¹⁴ Répertoire dalloz de droit européen, n° 186 et suivants

¹⁵ Patrick Thieffry, JurisClasseur Europe Traité - Fasc. 1900

¹⁶ V. A. Marzal Yetano, La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne : Thèse, Paris I, 2013

Le professeur Loïc Cadiet résumait ainsi la problématique, lors de la conférence débat du 24 novembre 2015 (Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation):

“Ce qui est en cause ici, sous l'influence de la jurisprudence européenne ou du contrôle de constitutionnalité, c'est la question de la nécessité de mettre en oeuvre un autre type de contrôle, dit de proportionnalité.

Ce contrôle soulève de multiples et délicates questions. Les unes tiennent à la notion même de proportionnalité, qui puise à des origines diverses et qui est susceptible de plusieurs sens. De quoi parle-t-on exactement ? La proportionnalité au sens d'un équilibre entre l'atteinte portée à un droit fondamental et les objectifs poursuivis par une règle de droit n'est pas la même chose que la proportionnalité à laquelle il est fait référence pour régler un conflit entre deux droits fondamentaux, pas plus que la proportionnalité de la sanction d'un comportement au manquement ainsi sanctionné ; la proportionnalité selon la Cour de justice de l'Union européenne, dans le contexte des libertés de circulation, où elle apparaît comme un bilan coûts-bénéfices, n'est pas la proportionnalité selon la Cour européenne des droits de l'homme, qui en fait une méthode de balance des intérêts. Les ambiguïtés doivent être levées et la notion homogénéisée” ¹⁷.

2°) Le contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation

La notion même de proportionnalité est entourée d'un certain flou. Au sens où l'entend la jurisprudence européenne, la proportionnalité est employée pour contrôler les atteintes portées à un droit fondamental. Eu égard à l'imprécision du concept et aux disparités constatées dans sa mise en oeuvre, le contrôle de proportionnalité, comporte le risque d'oublier la règle de droit pour ne juger qu'à travers le prisme de la balance des intérêts en cause ¹⁸.

La doctrine admet cependant la nécessité pour la Cour de cassation d'évoluer en ce domaine, *“mais la manière dont elle doit évoluer n'est pas si évidente puisqu'il existe plusieurs approches possibles de la proportionnalité, une approche utilitariste ou fonctionnaliste et une approche en terme de valeur. Chacune de ces conceptions de la proportionnalité se subdivisent elles-mêmes en plusieurs courants”* ¹⁹.

Une telle évolution s'impose d'autant plus que l'absence de contrôle de proportionnalité expose la France à des condamnations par la Cour européenne des droits de l'homme et la CJUE.

On peut évoquer notamment l'arrêt du 5 novembre 2015, Henrioud c. France dans lequel la Cour EDH a jugé que le requérant avait été privé de son droit d'accès à un tribunal à cause du formalisme excessif dont avait fait preuve la Cour de cassation en prononçant l'irrecevabilité de son pourvoi en raison du non-respect d'une condition de forme imputable au procureur général près la cour d'appel. La Cour estime *“qu'au vu des*

¹⁷ Loïc Cadiet, La Semaine Juridique ed. générale, supplément au n° 1-2, 11 janvier 2016

¹⁸ Jean-Baptiste Seube, "Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire : présentation générale", Petites Affiches 5 mars 2009, n° 46, p. 86

¹⁹ E. Jeuland, "Une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité", La Semaine Juridique ed. générale, supplément au n° 1-2, 11 janvier 2016

conséquences qu'a entraînées l'irrecevabilité du pourvoi pour le requérant, [celui-ci] s'est vu imposer une charge disproportionnée qui rompt le juste équilibre entre, d'une part, le souci légitime d'assurer le respect des conditions formelles pour saisir les juridictions et d'autre part le droit d'accès au juge".

S'agissant de l'application des critères dégagés par la CJUE, il convient de se référer à un arrêt dans lequel la chambre sociale a approuvé une cour d'appel d'avoir mené un contrôle de proportionnalité pour l'application d'une règle européenne prévoyant une exception à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail : "*Ayant constaté que l'employeur avait respecté ses obligations conventionnelles de contrepartie des mises à la retraite d'office (...) la cour d'appel a pu en déduire que pour la catégorie d'emploi de ce salarié, la différence de traitement fondée sur l'âge était objectivement et raisonnablement justifiée par un objectif légitime et que les moyens pour réaliser cet objectif étaient appropriés et nécessaires*" (Soc. 31 mars 2015, n° 13-18.667).

Le contrôle de proportionnalité peut être exercé aussi bien dans le cas d'une atteinte spécifique à un droit fondamental, que lorsque deux droits fondamentaux entrent en conflit. Si cette technique de contrôle juridictionnel paraît en parfaite adéquation avec la mission que remplit le juge de cassation, elle connaît cependant une limite : la Cour de cassation qui se livre à tel un contrôle ne peut se fonder que sur les faits tels qu'ils ont été souverainement constatés par les juges du fond ²⁰.

Comme l'a souligné le professeur Jamin, lors de sa conférence à la Cour de cassation le 30 mars 2015, il ne s'agit pas de peser la pertinence des faits invoqués par chaque partie à un procès. C'est le rôle des juridictions du fond : l'article L.311-2 du code de l'organisation judiciaire énonce sur ce point, à propos des cours d'appel, que celles-ci statuent "*souverainement sur le fond des affaires*". Dès lors que les codes de procédure civile et de procédure pénale confèrent à la Cour de cassation la seule mission de vérifier la conformité des décisions attaquées au regard des règles de droit applicables, la balance des intérêts en présence réalisée par le biais d'un contrôle de proportionnalité ne peut porter que sur des normes juridiques :

"Je voudrais dire un mot sur cette appréciation (...) partagée par la plupart des juristes français : la balance des intérêts aboutirait à un droit casuistique, purement factuel. Or ce n'est pas le cas. Si vous m'avez suivi, vous aurez compris que la balance des intérêts ne porte pas sur des faits, mais sur des normes. Pour mettre en balance ces normes (...), il faut les décomposer en tenant compte des situations factuelles auxquelles elles se rapportent"
²¹.

Ceci dit, il convient de bien distinguer, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, le contrôle fondé sur le principe de proportionnalité du contrôle de proportionnalité proprement dit.

²⁰ "Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour", conférence-débat du 24 novembre 2015.

²¹ C. Jamin, "Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux" - Site internet Cour de cassation

Dans des situations relativement fréquentes, la Cour de cassation, sans mettre en oeuvre elle-même un contrôle de proportionnalité, se contente de vérifier si la cour d'appel s'est livrée à cette recherche et, le cas échéant, entre en voie de cassation pour défaut de base légale ou insuffisance de motivation.

Peuvent être cités à titre d'exemple :

Civ. 1ère 10 juin 2015, n° 14-20.790 : La Cour de cassation reproche à la cour d'appel ne pas avoir répondu au moyen tiré du droit de connaître son ascendance, comme composante de la vie privée au sens de l'article 8 de la CEDH, impliquant d'écarter l'application des textes de droit interne relatifs à l'action en contestation et en recherche de paternité.

Civ 1ère 16 décembre 2015, n°14-29.285 : Le point de droit faisant difficulté concernait la validité d'une clause pénale insérée dans une libéralité-partage ayant pour objet de priver de ses droits dans la quotité disponible l'héritier essayant de contester par une action en justice les volontés du disposant. L'arrêt est cassé pour manque de base légale au visa de l'article 6 § 1 de la CEDH : *“en se déterminant ainsi, sans rechercher si l'application de cette clause n'avait pas pour effet de porter une atteinte excessive au droit d'agir en justice de Mme S. et de M. D., la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision”*.

On notera que dans son rapport sous cet arrêt, M. Le conseiller Vigneau semblait incliner en faveur d'un contrôle de proportionnalité opéré par la Cour elle-même : *“La question qui se posera à la chambre sera donc de savoir si la clause pénale litigieuse peut être considérée, au regard de la menace qu'elle fait peser sur le bénéficiaire qui souhaiterait contester la donation partage-une atteinte au droit d'accès à un juge et si, le cas échéant, cette atteinte se trouve justifiée par un motif d'intérêt général. En ce dernier cas, il lui reviendra aussi de vérifier que les moyens employés ne soient pas disproportionnés, notamment au regard des effets automatiques de la clause qui joue de plein droit dans toute sa rigueur, sans possibilité pour le juge de distinguer selon que le plaideur a agi de bonne ou de mauvaise foi. Comme l'a relevé un auteur pour rendre compte de la jurisprudence de la CEDH, il n'y a qu'un pas de la nécessité à la proportion: pas de mesure qui ne puisse être regardée comme nécessaire si elle n'est adaptée à sa finalité, autrement dit proportionnée à son but”*.

Dans une forme plus avancée du contrôle fondé sur le principe de proportionnalité, on peut mentionner un arrêt ayant censuré une décision de cour d'appel pour “méconnaissance du principe de proportionnalité” : *“Encourt la cassation, sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'arrêt qui rejette une requête en relèvement de l'interdiction définitive du territoire français par des motifs qui méconnaissent le principe de proportionnalité destiné à assurer un juste équilibre entre, d'une part, le droit au respect de la vie privée et familiale, d'autre part, les impératifs de la défense de l'ordre public, de la prévention des infractions pénales et de la protection de la santé publique”* (Crim. 3 juin 2015, n° 14-86.507).

Tout en s'interrogeant sur le point de savoir si la chambre criminelle a entendu opter pour un plein contrôle de proportionnalité, portant tant sur le fait que sur le droit, un auteur voit dans cet arrêt la reconnaissance, pour la première fois, du principe de

proportionnalité comme *“une norme de fond, apparemment autonome, dont la méconnaissance fait encourir la cassation”*²².

Plus rares sont les hypothèses dans lesquelles la Cour de cassation a entendu substituer son propre contrôle de proportionnalité à celui exercé par les juges du fond, ce qui l'a conduite à écarter l'application d'un texte de droit interne, normalement appelé à régir une situation dans la logique légaliste, en raison de la disproportion de ses effets sur un droit fondamental, dans les circonstances propres à l'espèce.

Dans un arrêt du 4 décembre 2013, la première chambre civile a considéré que le prononcé de la nullité du mariage unissant un beau-père et sa bru revêt le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale de l'épouse dès lors que l'union a été célébrée sans opposition et qu'elle a duré plus de vingt ans (Civ. 1^{ère}, 4 décembre 2013, Bull. I, n° 234).

Cette décision a suscité d'abondants commentaires de la doctrine. Certains auteurs ont regretté que la Cour de cassation statue ainsi en équité et fasse sienne la démarche de la Cour de Strasbourg²³. D'autres ont salué une avancée importante dans le contrôle de la proportionnalité de l'atteinte aux droits garantis par la Convention EDH²⁴, décelant dans cet arrêt la dénonciation directe des conséquences trop brutales de l'application concrète de la loi à un justiciable donné : *“Cette fois, c'est l'application aveugle de la loi qui est directement dénoncée. Un communiqué officiel de la Cour - précisant que, en raison de son fondement, la portée de cet arrêt est limitée au cas particulier examiné et qu'il ne remet pas en question le principe de la prohibition du mariage entre alliés - pourrait masquer l'importance de la révolution accomplie. En réalité, il ne fait qu'en souligner l'ampleur puisqu'il revient à dire que même une loi visant à défendre la société contre l'abomination de l'inceste doit être assouplie en fonction du cas particulier examiné ! Il est donc clairement établi que, désormais, la Cour de cassation n'hésite plus à faire jouer le principe de proportionnalité, permettant d'établir qu'une ingérence est injustifiée, afin d'écarter pour des raisons factuelles une disposition de la loi française qui lui paraît, dans le cas d'espèce, contraire à la Convention EDH”*²⁵.

Dans le domaine qui nous intéresse plus particulièrement qui est celui du droit à une voie de recours, la première chambre civile a jugé au visa de l'article 6 § 1 de la CEDH que *“si le droit à un tribunal, dont le droit d'accès concret et effectif constitue un aspect, n'est pas absolu, les conditions de recevabilité d'un recours ne peuvent toutefois en restreindre l'exercice au point qu'il se trouve atteint dans sa substance même ; qu'une telle atteinte est caractérisée lorsque le délai de contestation d'une décision, tel que celui prévu par l'article L. 224-8 du code de l'action sociale et des familles, court du jour où la décision est prise non*

²² Cassation pour « méconnaissance du principe de proportionnalité » – Guillaume Chetard – AJ pénal 2015. 487

²³ Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme (à propos de la validation judiciaire d'un mariage illégal) – François Chénéde – D. 2014. 179

²⁴ Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement approprié au contrôle de conventionnalité – Serge Guinchard – Frédérique Ferrand – Tony Moussa – D. 2015. 278

²⁵ Révolution tranquille à la Cour de cassation – Philippe Jestaz – Jean-Pierre Marguénaud – Christophe Jamin – D. 2014. 2061

contradictoirement et que n'est pas assurée l'information des personnes admises à la contester" (Civ. 1^{ère}, 9 avril 2013, Bull. I, no 66).

On peut également relever une décision de la chambre commerciale qui, après avoir énoncé que *"si l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales permet à l'Etat de limiter le droit d'accès à un tribunal dans un but légitime, c'est à la condition que la substance même de ce droit n'en soit pas atteinte et que, si tel est le cas, les moyens employés soient proportionnés à ce but"* approuve une cour d'appel d'avoir retenu que les dispositions légales relatives au désendettement des rapatriés qui organisaient une suspension automatique des poursuites portent atteinte, dans leur substance même, aux droits des créanciers, privés de tout recours, tandis que le débiteur dispose de recours suspensifs devant les juridictions administratives (Com. 11 avril 2012, Bull IV n°78).

On se reportera enfin à deux arrêts de la 2^e chambre civile, qui ont estimé que la caducité de la déclaration d'appel, résultant de ce que les conclusions d'appel n'avaient pas été déposées dans le délai imparti, ne constitue pas une restriction disproportionnée au droit d'accès au juge par rapport au but poursuivi qui est l'efficacité et la célérité de la procédure (Civ 2^e, 4 septembre 2014, no 13-22.654 et Civ. 2^e, 24 sept. 2015, n°13-28.017).

Plus récemment, la même solution a été adoptée sur le fondement des dispositions cumulées de l'article 6 et de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne (Civ. 2^e, 15 oct. 2015, n° 14-17.792).

Commentant cette jurisprudence, le professeur Emmanuel Jeuland, tout en soulignant l'avantage d'une telle approche qui *"s'inscrit facilement dans le contrôle normatif habituel de la Cour de cassation"* a pu parler de *"contrôle léger de la proportionnalité"* en soulevant le problème de la motivation : *"On peut craindre que ce ne soit pas suffisant au regard de la jurisprudence de la Cour EDH voire de la CJUE. Si on compare par ailleurs le contrôle que fait la Cour de cassation avec le contrôle de proportionnalité du Conseil constitutionnel ou du Conseil d'État, il y a là encore une faiblesse de la Cour de cassation. Toutes ces cours mènent un contrôle de proportionnalité plus approfondi que celui de la Cour de cassation et dès lors le motivent davantage."*

En tous les cas, la Cour de cassation ne peut plus faire l'impasse sur le contrôle de proportionnalité. Le simple fait d'affirmer que le moyen n'est pas disproportionné n'est pas conforme au contrôle de la proportionnalité mené par la Cour EDH. Il en ira probablement de même de la CJUE à chaque fois que le droit de l'Union sera mis en cause de près voire peut-être même d'assez loin dans certains cas" ²⁶.

La question de la technique de rédaction est également au coeur des réflexions de M. le professeur Jamin, qui estime possible de maintenir le mode de rédaction actuel tout en soulignant que *"le recours à la balance des intérêts qui est aujourd'hui imposé par la CEDH, mais aussi par la Cour EDH, ne permet plus de s'en tenir au syllogisme"* ²⁷.

²⁶ E. Jeuland, chronique précitée, voir note 13.

²⁷ C. Jamin, conférence du 30 mars 2015 - Site internet Cour de cassation

B) L'application du contrôle de proportionnalité au cas d'espèce

1°) Recevabilité du moyen tiré de l'article 6 § 1 de la CEDH

a) Au regard du champ d'application de cet article en droit européen

Le pourvoi soumis à l'Assemblée plénière soulève, en droit européen, la question préalable de savoir si le recours qui porte sur une question de compétence entre bien dans le champ d'application de l'article 6 §1 de la Convention.

La réponse est indiscutablement positive.

En effet, l'applicabilité de l'article 6 § 1 en matière civile est subordonnée à l'existence d'une "contestation", qui doit se rapporter à des "droits et obligations" reconnus en droit interne.

La Cour EDH indique que l'esprit de la Convention commande de ne pas prendre le terme de "contestation" dans une acception trop technique et d'en donner une définition matérielle plutôt que formelle. S'interrogeant sur l'applicabilité de l'article 6 §1 la Cour retient que la Convention ne distingue pas entre points de fait et questions juridiques. Elle précise que le "droit à un tribunal" et le "droit à une solution juridictionnelle du litige" valent autant pour les questions de fait que de droit. (Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique, § 45 et 51).

Confirmant par la suite cette jurisprudence, la Cour EDH souligne que "la contestation peut porter aussi bien sur l'existence même d'un droit que sur son étendue ou ses modalités d'exercice. Elle peut concerner tant des points de fait que des questions juridiques (Bentham c. Pays-Bas, § 32).

Cette solution n'a jamais été remise en cause par la Cour EDH (Voir par exemple l'arrêt de Grande Chambre Markovic et autres c. Italie du 14 décembre 2006).

En matière de compétence, la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a jugé, le 28 octobre 1999, que le refus de la Cour suprême de justice roumaine de reconnaître aux tribunaux le pouvoir de statuer sur une action en revendication au motif de l'incompétence absolue des juridictions de trancher des litiges civils est contraire au droit d'accès à un tribunal garanti par l'article 6 § 1 de la Convention (Brumarescu c. Roumanie, § 65).

Elle considère enfin que lorsque deux juridictions, l'une civile et l'autre administrative, se déclarent incompétentes pour trancher le litige au fond, il y a déni de justice qui porte atteinte à la substance même du droit à un tribunal garanti par l'article 6 § 1 de la Convention (Beneficio Cappella Paolini c. Saint-Marin, § 29).

b) Au regard de la notion de moyen nouveau

Un autre obstacle à l'examen du pourvoi peut résulter de ce que le moyen tiré de la violation de l'article 6 § 1 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme est soulevé pour la première fois devant la Cour de cassation.

La première branche du second moyen est ainsi formulée :

*“La mention erronée dans l’acte de notification de la voie de recours ouverte a pour effet de ne pas faire courir le délai de recours; pour juger que le contredit formé le 29 mai 2012 était tardif et partant irrecevable, la cour d’appel a considéré que le délai de contredit avait pour point de départ la date du prononcé du jugement, soit le 11 mai 2012, et qu’il avait continué à courir malgré le caractère erroné de la mention de la voie de recours ouverte figurant dans la notification du jugement du conseil de prud’hommes effectuée le 15 mai 2012; En statuant ainsi, quand l’erreur ainsi commise avait eu pour effet d’interrompre le délai du contredit, la cour d’appel a violé les articles 82 et 680 du code de procédure civile, ensemble **l’article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’Homme** “*

Le demandeur fait valoir dans son mémoire ampliatif que *"la mention erronée dans l'acte de notification du 15 mai 2012 avait donc eu pour effet d'interrompre le délai du contredit qui courait depuis le prononcé du jugement entrepris. Logiquement, la cour d'appel aurait donc dû retenir que le délai de contredit avait cessé de courir au moment de la notification du 15 mai 2012 puis recommencé à courir par la notification rectificative du 22 mai 2012"*.

Il soutient que la jurisprudence selon laquelle les dispositions de l’article 680 du code de procédure civile ne s’appliquent pas à un jugement d’incompétence (Civ.2ème, 10 avril 2014, cité supra) **“n’est pas conforme aux exigences d’un procès équitable et de sécurité juridique”**.

Le mémoire en défense objecte que *“le demandeur au pourvoi affirme certes -mais sans aucunement le démontrer- que cette jurisprudence constante ne serait pas conforme aux exigences du procès équitable. Tel n’est pourtant pas le cas, dès lors que nul n’est censé ignorer la loi, fut-ce celle qui détermine les voies de recours, et que **l’absence de notification ou de certaines mentions de celle-ci ne crée aucun obstacle disproportionné à l’accès au juge, surtout s’agissant d’un jugement ne statuant que sur la compétence**, et que le jugement en cause ne tranche pas le litige au fond”*.

Il résulte des dispositions de l’article 619 du code de procédure civile, que le demandeur ne peut invoquer un moyen nouveau qui n’aurait pas déjà été présenté devant les juges du fond que pour autant que ce moyen est de pur droit, c’est à dire ne se réfère à aucun fait qui ne soit constaté par la décision attaquée.

Le pourvoi soulève la question plus spécifique de savoir si le moyen tiré de l’application d’une disposition de la Convention européenne peut être proposé pour la première fois devant la Cour de cassation.

Quelle que soit la chambre concernée, un tel moyen est le plus souvent déclaré irrecevable comme nouveau et mélangé de fait et de droit.

On en trouve de nombreux exemples, notamment à l’occasion de pourvois invoquant la violation de l’article 6 § 1 de la Convention européenne, dans la jurisprudence de la 1^{ère} chambre (Civ. 1^{ère}, 12 septembre 2012, n° 11-22.478, Civ. 1^{ère}, 5 mars 2014, Bull. I n° 27), de la 2^e chambre (Civ. 2^e, 2 février 2012, n° 10-25.071, Civ. 2^e, 12 mars 2015, n° 14-11.471), de la 3^e chambre (Civ. 3^e, 22 novembre 2011, n° 10-24.237, Civ. 3^e, 9 septembre 2014, n° 13-14.448), de la chambre commerciale (Com. 8 janvier 2013, Bull. IV n° 1), de la chambre sociale (Soc. 5 janvier 2011, n° 09-72.378, Soc. 14 novembre

2013, 12-17.479) ou encore dans celle de la chambre criminelle (Crim. 23 avril 2013, n° 13-80.910, Crim. 9 décembre 2015, 15-83.204).

Cette jurisprudence est critiquée par la majorité de la doctrine qui considère que, dans certains cas, la Cour de cassation devrait admettre le moyen tiré de la violation de la Convention invoqué pour la première fois devant elle dans la mesure où celui-ci peut être qualifié non seulement de moyen de pur droit, mais également de moyen d'ordre public ²⁸.

La règle n'est cependant pas absolue.

En matière de visites domiciliaires (droit fiscal, douanier ou de la concurrence), la chambre commerciale se reconnaît la faculté d'exercer pour la première fois ce contrôle au stade du pourvoi en cassation, en répondant à un grief invoquant le principe de proportionnalité, sans que ce grief ait été soulevé devant la cour d'appel.

On peut en trouver un exemple dans l'arrêt suivant :

Com. 15 juin 2010, n° 09-68.087 : *“Attendu (...) que les dispositions de l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales, qui organisent le droit de visite des agents de l'administration des impôts et le recours devant le premier président de la cour d'appel, assurent la conciliation du principe de la liberté individuelle ainsi que du droit d'obtenir un contrôle juridictionnel effectif de la décision prescrivant la visite avec les nécessités de la lutte contre la fraude fiscale, de sorte que l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée et du domicile est proportionnée au but légitime poursuivi ; qu'ainsi elles ne contreviennent pas aux dispositions de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales”*.

La même formulation a été reprise par la chambre commerciale dans un arrêt postérieur, à propos d'une visite domiciliaire ordonnée en matière douanière, en vertu des dispositions de l'article L. 38 du livre des procédures fiscales (Com. 13 juillet 2010, n° 09-16.960).

Dans le domaine particulier du contentieux fondé sur l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales, c'est de manière constante que la chambre commerciale admet le moyen tiré de la violation de l'article 6 § 1 de la CEDH soulevé pour la première fois devant la Cour de cassation (Pour une référence récente : Com. 5 janvier 2016, n° 14-24.666).

Un autre exemple mérite d'être relevé, cette fois en matière de procédures collectives. Afin d'éviter une nouvelle condamnation de la France (Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 8 mars 2007, Arma c. France), la chambre commerciale a retenu les motifs suivants pour rejeter le pourvoi dirigé contre un arrêt ayant déclaré recevable l'action d'un débiteur placé en redressement judiciaire pour contester cette décision sans recours aux organes de la procédure collective :

²⁸ Guinchard - Ferrand - Moussa, “Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement approprié au contrôle de conventionnalité”, Dalloz 2015 p. 278

“Attendu que l'arrêt relève que le GFA, représenté par son gérant, a relevé appel le 21 octobre 2008 du jugement du 9 octobre précédent qui lui a étendu les liquidations judiciaires de l'EARL et de M. Yann Y...; que subordonner la recevabilité de ce recours à son exercice par l'intermédiaire d'un liquidateur amiable ou d'un mandataire ad hoc, tandis que le GFA disposait, pour le former, d'un délai de dix jours à compter de la notification du jugement ayant eu pour effet de priver son gérant de ses pouvoirs de représentation, entraînerait une limitation excessive du droit d'accès à un tribunal garanti par l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; que par ce motif de pur droit, suggéré par la défense, substitué à ceux justement critiqués, l'arrêt se trouve légalement justifié” (Com. 8 juillet 2014, n° 12-26.703).

Le moyen est parfois considéré comme étant de pur droit, lorsqu'il s'appuie sur des faits constants et n'appelle pas l'appréciation d'autres circonstances factuelles.

Ainsi la première chambre civile, dans l'arrêt précité du 9 avril 2013 a considéré que le moyen fondé sur les dispositions de la CEDH, *“dès lors qu'il invoque une atteinte à la substance même du droit d'accès au juge et n'appelle la prise en considération d'aucun élément de fait qui ne résulterait pas des constatations de l'arrêt, est de pur droit, partant recevable”*.

Dans le prolongement de cet arrêt novateur, le moyen pris de la violation de la Convention européenne des droits de l'homme, bien que nouveau, devrait toujours être considéré comme étant de pur droit, dès lors que la décision attaquée comporte bien tous les éléments de fait nécessaires à son examen. Il n'en irait autrement que si le moyen était non seulement nouveau mais également mélangé de fait.

En l'espèce tous les éléments de faits nécessaires à l'examen de la première branche du moyen figurent dans la décision attaquée.

On objectera que le grief d'inconventionnalité tiré de l'atteinte au droit d'accès à un tribunal n'est pas explicitement soulevé et que le mémoire ampliatif ne comporte aucune articulation précise de ce grief, ni aucune référence à la jurisprudence de la Cour européenne.

Mais, en tout état de cause, ce moyen peut être relevé d'office par la Cour, à condition de respecter les dispositions de l'article 1015 du code de procédure civile.

La première chambre civile a ainsi relevé d'office le moyen tiré de la violation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans l'affaire qui posait le problème de la prohibition du mariage entre alliés (Civ. 1^{ère}, 4 décembre 2013 précité).

L'importance des garanties offertes par le droit européen, dans le domaine de la protection des droits fondamentaux justifierait que le moyen soit relevé d'office. A tout le moins et malgré la formulation particulièrement succincte du moyen, la Cour paraît en mesure de se prononcer sur le point de savoir s'il a été porté une atteinte disproportionnée au droit du demandeur à un procès équitable et plus concrètement s'il a bénéficié d'un recours juridictionnel effectif.

Il reste à se livrer, dans le cas d'espèce, à une appréciation concrète de la proportionnalité de l'atteinte au droit fondamental invoqué.

2°) Mise en oeuvre concrète du contrôle de proportionnalité

Si les dispositions de droit processuel interne telles qu'interprétées par la deuxième chambre civile et la chambre sociale répondent à des impératifs de célérité et de sécurité juridique, ce qui suppose la définition de règles claires et intangibles, elles doivent être appréciées, dans leur application concrète, à la lumière de la jurisprudence européenne relative à l'accès à la justice.

Plus précisément, le contrôle de proportionnalité tend à éviter la disproportion des effets de la loi sur les droits fondamentaux en tenant compte des circonstances propres à l'espèce ²⁹.

Une première remarque s'impose s'agissant de la possibilité effective et concrète de contester en droit interne une décision judiciaire portant sur la compétence : la grande proximité de voies de recours obéissant à des règles différentes est en elle-même source d'erreur bien compréhensible du justiciable, sur les moyens dont il dispose pour faire valoir cette contestation.

Se livrant notamment à une comparaison avec le contentieux administratif, le professeur Kernaleguen constate que l'évolution la plus récente plaide en faveur d'un certain assouplissement des règles encadrant le traitement des incidents de compétence qui se manifeste "*par un ensemble de dispositions convergentes qui écartent les conséquences qu'une conception classique (strictement logique ?) devrait impliquer*". Il relève que "*le souci de guider le requérant qui se risque à une procédure se manifeste de manière récurrente dans le droit contemporain. Ainsi dans le contentieux administratif, caractérisé par un déséquilibre entre l'administration habituellement défenderesse et bénéficiant du privilège du préalable et l'administré demandeur, celui-ci est spécialement exposé au risque des délais impartis pour former son recours et de l'identification de la juridiction habilitée à le recevoir. Aussi l'article R. 421-5 du Code de justice administrative et d'autres textes semblables précisent que «les délais de recours contre une décision administrative ne sont opposables qu'à la condition d'avoir été mentionnés, ainsi que les voies de recours, dans la notification de la décision ». De la sorte, le délai ne court pas contre l'administré auquel il n'a pas été indiqué et il en va de même dans le cas où la mention du recours contentieux n'a pas été portée. Si enfin une erreur a été commise par l'administration quant au délai ou quant à la voie de recours indiqués le requérant peut toujours s'en prévaloir*" ³⁰.

S'agissant des domaines respectifs de l'appel et du contredit, l'erreur du justiciable dans la nature du recours qui lui est ouvert est loin d'être une hypothèse d'école.

Ce risque de confusion a été plus particulièrement souligné par la Cour de cassation dans son rapport annuel pour 2014, dans lequel elle préconise une simplification du traitement des incidents de compétence et le remplacement du contredit par un appel immédiat contre tout jugement statuant sur la compétence :

²⁹ Nicolas Molfessis, "l'indispensable réforme de la Cour de cassation", les Affiches Parisiennes, 6 juillet 2015

³⁰ Francis Kernaleguen, Ariane chez Thémis : Propos sur l'incompétence du juge, Mélanges J. Heron

“Le contredit, voie de contestation des décisions statuant sur la compétence instaurée par le décret no 58-1284 du 22 décembre 1958, ultérieurement intégré dans le nouveau code de procédure civile, a grandement contribué à simplifier le traitement des exceptions d'incompétence.

La question du maintien du contredit doit toutefois être posée. En effet, le domaine et le régime du contredit apparaissent désormais poser plus de difficultés que ce dispositif ne comporte d'avantages par rapport à l'ouverture d'une voie de recours ordinaire.

Ainsi, la distinction entre appel et contredit ne procède pas d'une réelle différence d'objet, la frontière entre ces recours s'étant progressivement déplacée, de sorte que de nombreuses décisions ne statuant que sur la compétence sont exclusivement susceptibles d'appel : ordonnances du juge des référés ou ordonnances de non-conciliation du juge aux affaires familiales (article 98 du code de procédure civile) ; ordonnances du juge de la mise en état (article 776 du code de procédure civile 2) ; décisions du juge de l'exécution (article R. 121-3 du code des procédures civiles d'exécution).

Pour ces décisions susceptibles d'appel, le pourvoi immédiat, à l'instar des décisions rendues en matière de contredit, est désormais possible. Le décret no 2014-1338 du 6 novembre 2014 relatif à la procédure civile applicable devant la Cour de cassation a en effet inséré un article 607-1 dans le code de procédure civile, qui dispose :

« Peut également être frappé de pourvoi en cassation l'arrêt par lequel la cour d'appel se prononce sur la compétence sans statuer sur le fond du litige. »

Le contredit a ainsi perdu l'une de ses spécificités.

Par ailleurs, les affaires dont est saisie la Cour de cassation permettent de constater combien **l'existence du contredit est source d'erreur pour les parties**. Or, si la cour d'appel, dans le cas où elle est par erreur saisie d'un contredit, connaît de l'affaire selon les règles de l'appel (article 91 du code de procédure civile), la réciproque n'est pas vraie, de sorte que, dans un tel cas, l'appelant se trouve privé de la faculté de contester une décision statuant sur la compétence, sans que la juridiction de renvoi désignée par erreur puisse remédier à cette situation. La conséquence dépasse en outre la seule question de la désignation du juge naturel, puisque le juge de renvoi est lié par les points de droit tranchés dans le dispositif de la décision (article 95 du code de procédure civile), qui peuvent être déterminants quant à la résolution du litige, telle la qualification de contrat commercial plutôt que celle de contrat de travail. On comprend que des voix autorisées (G. Cornu et J. Foyer, Procédure civile, PUF, 3e éd., 1996, § 42) aient pu conseiller au plaideur, dans le doute, de toujours former un contredit, ce qui ne saurait constituer une solution satisfaisante.

Quant à son régime, le contredit n'est pas traité par le code de procédure civile comme l'une des voies de recours, dont la liste est énumérée à l'article 527 de ce code, qui se trouvent dotées d'un régime commun, que rien ne justifie pourtant d'écarter dans le cas du contredit. La Cour de cassation a d'ailleurs été amenée à appliquer certaines dispositions qui, prises à la lettre, ne concernaient pourtant pas le contredit, mais les autres voies de recours.

La spécificité la plus emblématique du contredit est le point de départ de son délai, qui court à compter du jour de la décision. Cette solution étant incompatible avec l'exercice du droit à un recours toutes les fois que les parties n'ont pas été informées de la date à laquelle la décision serait prononcée, la Cour de cassation a dû, rapidement, y apporter une exception purement prétorienne, par un report, dans ce cas, du point de départ

du délai de contredit au jour où la décision a été portée à la connaissance des parties. Si une notification fera ainsi courir le délai du contredit, en l'absence de texte l'imposant dans le code de procédure civile, la connaissance de la décision pourra résulter de tout autre moyen, de sorte qu'on entrevoit toutes les difficultés, ne serait-ce que probatoires, qui s'ensuivent, et qui ont été accrues par la possibilité, depuis le 1er janvier 2005, de prononcer les décisions par leur mise à disposition au greffe. En outre, la lettre de l'article 680 du code de procédure civile, qui n'évoque que l'opposition, l'appel et le pourvoi, ne permet pas en principe d'appliquer la jurisprudence protectrice dégagée par la Cour de cassation sur le fondement de ce texte. Il apparaît difficile de maintenir pour le contredit un tel régime dérogatoire, qu'il est donc utile de supprimer.

On peut certes observer que le contredit a été institué en vue d'un traitement plus efficace et plus simple des exceptions d'incompétence. Toutefois, l'efficacité du traitement des exceptions d'incompétence résulte d'un ensemble plus vaste de dispositions (relatives aux conditions de recevabilité temporelle et formelle de l'exception d'incompétence, à la transmission directe du dossier à la juridiction désignée comme compétente, etc.), que la présente proposition n'entend nullement abroger. Ensuite, quant à la procédure de contredit devant la cour d'appel, on peut estimer qu'elle ne présente plus réellement d'avantage par rapport aux procédures d'appel accélérées instituées depuis lors, en particulier la procédure d'appel à jour fixe, qui revêt le même avantage que le contredit de devoir être motivé. On peut d'ailleurs douter que l'absence de représentation obligatoire pour la procédure de contredit et l'oralité de cette procédure constituent de véritables plus-values, tant le débat sur la compétence est désormais devenu technique.

Il est donc proposé le remplacement du contredit par un appel immédiat, ouvert contre tout jugement statuant sur la compétence. Cet appel devrait être interjeté dans les quinze jours suivant la notification du jugement statuant sur la compétence. L'instruction de cet appel devrait avoir lieu selon l'une des procédures d'appel accélérées : ainsi l'appel serait-il jugé suivant la procédure de l'article 905 du code de procédure civile, applicable au référé, voire selon la procédure à jour fixe si l'appelant l'estime nécessaire pour préserver ses droits. Dans tous les cas, un pourvoi immédiat demeurerait ouvert".

Si la Cour de cassation devait se livrer à une appréciation in concreto des éléments de l'espèce, elle trouvera dans la décision frappée de pourvoi toutes les circonstances de fait permettant d'apprécier le caractère ou non disproportionné de l'atteinte portée aux droits du demandeur.

Dans la présente procédure, il est incontestable que M. X... a été induit en erreur par les énonciations contenues dans l'acte de notification du 15 mai 2012 et pouvait raisonnablement croire que le jugement rendu par le conseil de prud'hommes était susceptible d'appel, du moins jusqu'à ce qu'il soit informé par le greffe que la voie de recours appropriée était celle du contredit.

Il s'est montré réactif aux notifications du greffe en se conformant aux indications qui lui ont été données, relevant successivement appel puis contredit, étant observé que la notification dite rectificative lui a été adressée par lettre expédiée le 22 mai 2012, soit quatre jours seulement avant la fin du délai de remise du contredit, expirant le 26 mai 2012.

La pratique suivie, semble t'il, par nombre de conseils de prud'hommes consistant à notifier systématiquement les décisions rendues, même lorsque ce n'est pas

nécessaire, explique en grande partie la situation dans laquelle s'est retrouvé le demandeur.

Contrairement à ce que suggère le mémoire ampliatif, on ne peut pas considérer de manière générale que les dispositions combinées des articles 82 et 680 du code de procédure civile, telles qu'elles sont interprétées par la jurisprudence méconnaissent le droit d'accès au juge, composante du procès équitable au sens de l'article 6 §1 de la CEDH.

Mais c'est l'application qui en a été faite dans la présente affaire qui porte une atteinte disproportionnée à ce droit fondamental.

En l'occurrence, l'envoi par le greffe d'une notification erronée a certainement entravé le droit pour l'intéressé de contester la décision d'incompétence, ne lui laissant, après correction de cette erreur, qu'un délai particulièrement abrégé pour déposer le recours adéquat.

Je suis donc d'avis de considérer que les circonstances particulières de l'espèce militent en faveur d'un contrôle de proportionnalité et imposent d'écarter l'application de règles qui portent une atteinte disproportionnée à l'accès au juge par rapport aux objectifs poursuivis d'efficacité et de célérité de la procédure civile.

C'est pourquoi je conclus à la CASSATION sur le fondement de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

