

RAPPORT 2020



Groupe de travail sur
le contrôle de conventionnalité



Par lettre du 23 septembre 2019, Madame la première présidente a confié à Madame la présidente Batut le soin de conduire une réflexion collective au sein de la Cour de cassation concernant l'application du contrôle de proportionnalité, dans la continuité des propositions formulées en avril 2017 par Monsieur le président Jean et dans le droit fil des orientations concrètes préconisées par le « Memento du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » élaboré sous la direction de Monsieur le président Pireyre et publié en décembre 2018.

Le groupe de travail était composé de Monsieur le président Lacabarats, Monsieur Rinuy, Madame Canas, Madame Le Cotty, Madame Gelbard-le-Dauphin, Madame Jollec, Madame Djikpa, Madame Kass-Dano, Monsieur Bonnal et Madame Pichon pour le siège, Monsieur Richard de la Tour, Monsieur Gaillardot pour le parquet général et Madame Legohérel pour le cabinet de Monsieur le procureur général, Madame Cherichi et Madame Vacher pour le SDER, Madame Chauchis, Madame Merloz, Madame Azria pour la première présidence. Il a bénéficié des réflexions de Monsieur le président Charruault pour le bureau d'aide juridictionnelle.

Le groupe a présenté un rapport d'étape en janvier 2020. Des échanges ont eu lieu avec les avocats aux Conseils sur les conclusions intermédiaires dégagées par le groupe de travail.

L'ensemble des échanges et des travaux du groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité, prolongeant ceux ayant donné lieu aux rapports des mois d'avril 2017 et décembre 2018, ont ainsi permis d'approfondir la problématique du contrôle de conventionnalité et du rôle appartenant à chacun de ses acteurs.

Depuis longtemps, il est admis sans contestation sérieuse que le juge ne peut être réduit à n'être que la « bouche de la loi » :

Dès lors que les lois sont conçues de manière générale et abstraite, il faut bien que les tribunaux en interprètent le sens et la portée pour les adapter aux situations litigieuses et ils devront même, parfois, aller au-delà, pour « inventer » la solution juridique du procès, puisque le code civil lui-même, en son article 4, oblige le juge à statuer, sous peine de déni de justice, en cas de « silence », « obscurité » ou « insuffisance de la loi ».

La fonction créatrice du juge a pris une dimension nouvelle avec l'émergence, dans les normes applicables, des traités internationaux, lesquels, en application de l'article 55 de la Constitution, ont « *force de loi en France* » comme l'a dit la Cour de cassation pour la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ([Crim., 30 juin 1976, n° 75-93.296](#)).

Etant devenu, par l'effet du principe de l'articulation des normes, le « juge de droit commun » des engagements internationaux régulièrement ratifiés, le juge doit en assurer l'application, voire la prééminence, notamment (mais pas seulement) lorsqu'ils consacrent des droits fondamentaux au profit des citoyens.

L'un des instruments permettant cette application est le contrôle dit de conventionnalité ou de proportionnalité, par lequel le juge mesure la conformité de la loi, ou de l'application qui en est faite, aux principes supérieurs posés par le texte supra-national.

Le principe de proportionnalité est un mécanisme bien connu en droit interne, la loi instaurant parfois des prérogatives qui ne sont pas absolues (exemple : l'article L. 1121-1 du code du travail : l'intérêt de l'entreprise, confrontée aux libertés fondamentales du salarié) ou qui laissent au juge une faculté d'appréciation (exemple : l'article 1231-5, alinéa 2, du code civil, sur la mesure d'une clause pénale).

Quant à la confrontation de la loi aux libertés et droits fondamentaux, elle est pratiquée depuis longtemps par le juge (exemples : [1re Civ., 31 janvier 1989, n° 87-15.139](#), sur la nécessité de respecter la proportionnalité de la mesure de saisie d'une publication de presse par rapport aux droits et intérêts en conflit ; [1re Civ., 29 octobre 1990, n° 88-19.366](#), sur l'équilibre à rechercher entre des droits d'égale valeur, la liberté d'expression étant en l'espèce confrontée au droit au respect des croyances religieuses).

Ce qui est certain en revanche, c'est qu'on assiste à une multiplication des hypothèses de contestation de la loi nationale au regard des droits fondamentaux, dans les domaines les plus divers :

- En matière de droits de la personnalité ([1re Civ., 30 septembre 2015, n° 14-16.273](#) : droit au respect de la vie privée, confronté au droit à la liberté d'expression ; [1re Civ., 22 juin 2017, n° 15-28.467](#) et [6 juillet 2017, n° 16-18.595](#) : droit des œuvres de l'esprit, confronté à la liberté de création ou à la liberté d'entreprendre) ;
- En matière de droit des étrangers ([1re Civ., 11 juillet 2018, n° 18-10.062](#) : droit des étrangers, confronté au droit au procès équitable) ;
- Concernant le droit procédural ([1re Civ., 27 mars 2019, n° 17-24.242](#) : modalités d'audition dans une instance, confrontées au principe de l'égalité des armes) ;
- En matière de procédure civile d'exécution ([2e Civ., 12 avril 2018, n° 17-15.527](#) : mise en œuvre d'une saisie conservatoire confronté au droit au respect des biens) ;
- En matière de propriété immobilière ([3e Civ., 17 mai 2018, n° 16-15.792](#) : droit d'obtenir la démolition d'une construction empiétant sur son fonds et l'expulsion de l'occupant confronté au droit de ce dernier au respect de sa vie privée et familiale et de son domicile) ;
- En matière d'urbanisme ([3e Civ., 16 janvier 2020, n° 19-10.375](#) : droit d'obtenir la démolition d'une construction édiflée en violation des règles d'urbanisme confrontée au droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile) ;
- En matière d'exercice du droit syndical ([Soc., 13 février 2019, n° 18-17.042](#) : conciliation de la liberté syndicale et du droit fondamental à l'égalité entre les sexes) ;
- En matière de santé au travail ([Soc., 31 mai 2017, n° 16-16.949, Bull. 2017, V, n° 96](#) : conciliation entre le droit au respect des biens et droit au recours effectif de l'employeur et les garanties des articles 2 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales protégeant la santé et la vie des salariés en raison des risques liés à leur domaine d'activité professionnelle ou de leurs conditions matérielles de travail) ;
- En matière de procédures collectives ([Com., 13 juin 2019, pourvoi n°18-10.688](#) : caractère confidentiel des procédures de prévention des difficultés des entreprises, confronté à la liberté d'expression) ;
- En matière de droit des contrats ([Com., 29 mai 2019, pourvoi n° 17-27.360](#) : droit de la preuve, confronté au droit au procès équitable) ;

- En matière fiscale ([Com., 28 mars 2019, n° 17-23.671](#)) : mécanisme de plafonnement de l'ISF, confronté au droit de propriété) ;
- En matière de procédure pénale ([Crim., 26 mai 2020, n° 20-81.910, en cours de publication](#) et [Crim., 26 mai 2020, n° 20-81.971, en cours de publication](#)) : prolongation de plein droit de la détention provisoire pendant l'état d'urgence sanitaire, confrontée au droit d'accès à un juge des personnes privées de liberté avant jugement) ;
- En matière de peines et mesures assimilées ([Crim., 31 janvier 2017, n° 16-82.945, Bull. crim. 2017, n° 26](#)) : mesure de remise en état des lieux prévue par le code de l'urbanisme, confrontée au droit à la vie privée et familiale ; [Crim., 1er février 2017, n° 15-84.511, Bull. crim. 2017, n° 30](#)) : peine complémentaire d'inéligibilité prononcée pour provocation à la discrimination raciale, confrontée à la liberté d'expression ; [Crim., 12 juin 2019, n° 18-83.396, Bull. crim. 2019, n° 105](#)) : peine de confiscation du patrimoine, confrontée au droit au respect des biens).

Cette évolution vers un contrôle de conventionnalité de la loi est d'autant plus inéluctable qu'elle a été consacrée par le Conseil constitutionnel lui-même dans une [décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010](#) :

« L'autorité qui s'attache aux décisions du Conseil constitutionnel en vertu de l'article 62 de la Constitution ne limite pas la compétence des juridictions administratives et judiciaires pour faire prévaloir [les engagements internationaux] sur une disposition législative incompatible avec eux, même lorsque cette dernière a été déclarée conforme à la Constitution » (considérant 13).

Le contrôle de conventionnalité, qu'il incombe au juge national d'exercer, revêt en pratique deux formes :

1- Le contrôle de conventionnalité de la règle de droit elle-même.

Le juge a le pouvoir, et le devoir, de vérifier la conformité des règles juridiques internes aux droits et principes conventionnels.

Ce contrôle de conventionnalité de la règle de droit interne, dit « contrôle in abstracto », est un contrôle de pur droit puisqu'il tend à priver une norme de toute possibilité d'application en raison de sa contrariété avec une norme de niveau supérieur.

Les avis rendus par la Cour de cassation le 17 juillet 2019 ([n° 19-70.010](#) et [n° 19-70.011](#)) sont, à ce point de vue, intéressants : la recevabilité de la demande d'avis a été admise parce que l'examen de la compatibilité d'une disposition de droit interne avec les dispositions d'une norme européenne impliquait « *un contrôle abstrait ne nécessitant pas l'analyse d'éléments de fait relevant de l'office du juge du fond* ».

Deux conséquences devraient en être tirées :

- Le moyen invoquant l'incompatibilité d'un texte de droit interne avec une norme conventionnelle est un moyen de pur droit.

Cependant, dès lors qu'elle invite le juge à ne pas appliquer un texte qui appartient à l'ordre juridique, il incombe à la partie intéressée de formuler un moyen articulant de manière circonstanciée la critique de non-conventionnalité de la loi, sans se contenter d'une simple citation du texte international ou européen qui aurait été méconnu, ce que les avocats aux Conseils ont admis dans la note annexée à ce rapport.

- La Cour de cassation exerce nécessairement un contrôle de violation de la loi (« contrôle lourd ») sur les décisions des juges du fond qui se seraient prononcés sur un contrôle in abstracto.

Gardienne de l'interprétation et de la bonne application des textes, la Cour ne saurait se contenter en ce domaine d'un contrôle limité à la rectitude du raisonnement et à l'absence d'erreur manifeste d'appréciation (« contrôle léger »).

2- Le contrôle de conventionnalité de l'application de la règle de droit.

Cette forme de contrôle, dit « *in concreto* », est la plus délicate.

Dans l'hypothèse considérée, la norme elle-même n'est pas en cause, mais c'est son application à une situation particulière qui fait naître un conflit au regard des droits et principes conventionnels.

Or, si le juge refuse d'appliquer une norme interne parce que cette application porterait une atteinte excessive à des droits fondamentaux, il répond peut-être à l'impératif de protection de la partie qui en est titulaire, mais il risque de porter un coup sérieux à d'autres principes fondamentaux, ceux de la sécurité juridique et de la prévisibilité du droit.

Par ailleurs, il est légitime de se demander si ce n'est pas une façon de faire renaître le jugement d'équité, alors que la jurisprudence rappelle régulièrement que « *l'équité n'est pas une source de droit* » (exemple : [2e Civ., 10 juillet 2014, n° 13-19.498](#)).

Malgré de tels inconvénients, le contrôle de conventionnalité lors de l'application des normes de droit interne, découlant de l'article 55 de la Constitution, répond à la nécessité pour le juge de vérifier le respect d'un « juste équilibre » entre les objectifs poursuivis par le législateur et les moyens utilisés pour les atteindre, lesquels ne doivent pas porter une atteinte excessive et insupportable aux droits fondamentaux d'autrui.

Dans l'exercice de cette fonction, la Cour doit, peut-être plus que dans d'autres domaines, prendre en considération les circonstances de fait de chaque espèce.

Mais, pour répondre à l'objection d'« impressionnisme juridique » et d'illisibilité de la jurisprudence, il importe que la Cour de cassation maintienne, même pour l'application du contrôle de conventionnalité, sa position de Cour normative.

Comment y parvenir ?

- D'abord, en traitant le moyen d'inconventionnalité prenant appui sur des données factuelles comme tout autre moyen de droit et en rappelant que la Cour a pour mission de contrôler la légalité des décisions attaquées.

Dans cette mesure, le moyen peut être déclaré irrecevable comme mélangé de fait et de droit s'il n'a pas été invoqué devant les juges du fond.

C'est ce que décident régulièrement les chambres de la Cour, même dans une période récente (par exemple : [3e Civ., 23 mai 2019, n° 18-16.160](#) : le moyen tiré d'une atteinte disproportionnée à un droit tiré du premier protocole additionnel à la Convention européenne est nouveau, mélangé de fait et de droit ; [Crim., 4 juin 2019, n° 18-86.964](#) : moyen nouveau tiré d'une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale).

Conformément au « droit commun » du pourvoi, le moyen ne peut être déclaré recevable que s'il s'appuie sur des faits constants tirés de la décision attaquée.

Il serait souhaitable que les avocats aux Conseils explicitent dans leurs mémoires ampliatifs en quoi les moyens d'inconventionnalité qu'ils soulèvent alors qu'ils n'ont pas été présentés, même en substance, devant les juges du fond, peuvent être tenus comme étant de pur droit.

- La Cour devrait également, par exemple par le système d'arrêts dits « pilotes », expliciter dans chaque contentieux susceptible de donner lieu à un débat sur la conventionnalité, les différentes étapes de ce contrôle, afin que les juges du fond sachent sans équivoque sur quels points il leur appartient de se prononcer.

Les règles générales du contrôle sont explicitées dans le dossier, mis à la disposition de tous, au mois de décembre 2018, sur le site internet de la Cour de cassation.

Il est peut-être nécessaire d'en décliner l'application dans les matières traitées par chaque chambre.

- Lorsqu'elle censure une décision ayant omis de procéder au contrôle de conventionnalité qui lui était demandé, ou qui y a procédé dans des conditions défectueuses, la Cour devrait proposer aux juges de renvoi une méthodologie (exemple de méthodologie à destination de la cour de renvoi en matière pénale : [Crim., 12 juin 2019, n° 18-83.396](#), pour la peine de confiscation ; exemple de méthodologie en matière de presse : [1re Civ., 21 mars 2018, n° 16-28.741](#), pour la mise en balance du droit au respect de la vie privée et du principe de la liberté d'expression) précisant, à l'attention de la juridiction de renvoi, les questions qu'elle doit trancher.

Grâce à cette méthode, les juges du fond conserveraient leur souveraineté pour l'appréciation des faits dans un cadre juridique clairement défini par la Cour de cassation.

- Il serait également souhaitable que les chambres développent une réflexion commune sur les critères d'application du « contrôle lourd » ou du « contrôle léger » dans le domaine du contrôle de conventionnalité *in concreto*.

Dès lors que l'inconventionnalité dépend très largement des circonstances de fait du litige, le recours à un « contrôle léger » n'apparaît pas illégitime, si les juges du fond ont bien appliqué la méthodologie du contrôle.

Les avocats aux Conseils ont également souligné que les droits consacrés par la CEDH étant d'intensité variable, les circonstances de chaque affaire pouvaient justifier des variations dans l'intensité du contrôle.

Parmi les critères susceptibles d'être mis en œuvre sur cette question, une attention particulière pourrait être portée à la notion de « marge nationale d'appréciation » consacrée par la Cour européenne des droits de l'homme :

Certes, la note du SDER, jointe en annexe, montre que cette notion est d'un maniement délicat.

Elle pourrait néanmoins constituer une référence utile pour les chambres de la Cour :

Lorsque la Cour européenne laisse aux Etats une importante marge d'appréciation, le contrôle serait « léger ».

Lorsque la marge d'appréciation nationale laissée par la Cour européenne est étroite, la Cour de cassation procéderait à un contrôle « lourd » des appréciations faites par les juges du fond (en ce sens : note de la première chambre civile, jointe en annexe).

- Il serait aussi utile que, lorsqu'elle procède à un « contrôle léger » de la proportionnalité (dernière étape du contrôle de conventionnalité), la Cour ne se contente pas de constater que la balance des intérêts a été faite par les juges du fond. Même si le moyen du pourvoi se borne à reprocher à l'arrêt attaqué une absence de contrôle, il serait souhaitable que la Cour, tout en constatant le mal fondé de la critique, vérifie la méthodologie appliquée ainsi que la rectitude du raisonnement suivi.
- Enfin, quel que soit le cas de figure, un développement de la motivation apparaît nécessaire dans le domaine du contrôle de conventionnalité.

Il l'est, bien sûr, dans les cas où la Cour estime qu'un contentieux déterminé ne peut pas faire l'objet d'un contrôle de conventionnalité *in concreto*.

La jurisprudence s'est déjà engagée dans cette voie (par exemple : [Com., 9 janvier 2019, n° 16-14.727, 16-14.866 et 16-18.201](#) ; [1re Civ., 13 février 2019, n° 18-13.748](#) ; [3e Civ., 4 juillet 2019, n° 18-17.119](#)).

Il convient de souligner la particularité du contrôle opéré concernant la mise en œuvre des règles de procédure civile.

En effet, la deuxième chambre civile effectue, en matière de droit procédural, un contrôle *in abstracto* mais écarte le contrôle *in concreto*. Sa jurisprudence actuelle repose sur l'idée suivante : en ce domaine, le contrôle porte sur la conformité des normes de procédure civile internes aux exigences européennes à un procès équitable, à l'exclusion de toute mise en balance des intérêts, qui porterait atteinte au principe de sécurité juridique puisqu'alors, l'application du droit procédural ne serait plus uniforme et prévisible. Ainsi, si la partie est, par l'application même de ce dispositif, dont le respect aux principes garantis par la Convention a été vérifié par la Cour de cassation, mise en

mesure, de manière effective, d'accomplir les charges procédurales qui lui incombent, l'inaccomplissement des diligences concernées peut recevoir la sanction prévue sans porter une atteinte disproportionnée au droit d'accès au juge. Pour une analyse détaillée des fondements de ce contrôle, il est renvoyé à la note établie par la deuxième chambre civile, jointe en annexe.

Indépendamment de cette hypothèse, un développement de la motivation dans les litiges de conventionnalité permet de fixer des lignes de conduite claires à destination des juges du fond et de faire connaître aux justiciables les conditions dans lesquelles la Cour entend exercer son office.

C'est dans cet esprit que la Cour de cassation a entrepris d'élaborer des trames de décisions déclinant les différentes étapes qui doivent être suivies pour le contrôle de conventionnalité (le droit fondamental invoqué est-il applicable ? ; la mesure contestée constitue-telle une ingérence dans l'exercice de ce droit ? ; a-t-elle une base légale claire et accessible en droit interne ? ; cette ingérence poursuit-elle un but légitime ? ; est-elle enfin nécessaire et proportionnée ?).

Dans le même but d'aide à la décision, et comme cela a déjà été indiqué, on voit dans certaines décisions de la Cour de cassation récentes apparaître l'énoncé par la Cour des critères qui doivent guider les juges dans l'application du principe de proportionnalité.

La Cour ne doit pas cependant s'en tenir à ces aménagements dans la manière de présenter ses décisions.

D'autres actions apparaissent nécessaires, comme celles consistant à réorganiser la documentation en ligne pour la rendre plus facilement accessible et s'assurer de la diffusion de ces documents auprès des juridictions du fond et mener auprès d'elles, avec notamment le concours de l'ENM, des « actions de sensibilisation ». Plus généralement, il semble important de prévoir de poursuivre le dialogue avec l'ensemble des juridictions pour un approfondissement de la réflexion en ce domaine.

Recommandations

Grâce à l'ensemble des réflexions menées depuis plusieurs années sur la question du contrôle de conventionnalité, un certain nombre de recommandations peuvent, dès lors, être formulées :

Certaines portent sur des actions susceptibles d'être engagées à court terme, d'autres à plus long terme.

- A l'attention des avocats aux Conseils :
 - Motiver de manière circonstanciée les moyens d'inconventionnalité invoqués ;
 - Lorsque le moyen n'a pas été soulevé devant les juges du fond, même en substance, expliquer en quoi il peut être considéré comme de pur droit.

- A l'attention de la Cour :
 - Dans ses relations avec les cours d'appel :
 - ✓ Développer les actions communes entre la Cour de cassation et les juridictions du fond permettant d'approfondir la réflexion sur le contrôle de conventionnalité.
 - ✓ Permettre une meilleure connaissance de la jurisprudence de la Cour en assurant une diffusion large et efficace des outils méthodologiques (Mementos).
 - Dans l'examen des pourvois :
 - ✓ Retenir que le moyen invoquant la contrariété d'un texte avec une norme conventionnelle (contrôle *in abstracto*) est de pur droit et justifie l'exercice d'un « contrôle lourd ».
 - ✓ Motiver spécialement les cas dans lesquels un contrôle de conventionnalité *in concreto* ne peut être exercé.
 - ✓ Définir dans chaque contentieux la méthodologie du contrôle par l'élaboration de trames et des arrêts « pilotes » comportant une motivation enrichie.
 - ✓ Développer une réflexion commune sur les conditions d'exercice du contrôle de conventionnalité et les critères de distinction des contrôles « lourds » et « légers ». Instaurer, à cette fin, des temps d'échanges entre chambres sur des contentieux transversaux.

ANNEXES

**I. Note sur l'intensité du contrôle opéré par la première chambre civile
en cas de mise en œuvre
d'un contrôle de conventionnalité / proportionnalité**

Mesdames Sophie Canas et Rachel Le Cotty, conseillères référendaires



**L'intensité du contrôle opéré par la première chambre civile
en cas de mise en œuvre d'un contrôle de conventionnalité / proportionnalité**

Sophie Canas - Rachel Le Cotty

La période qui vient de s'écouler (décembre 2013 - mars 2020) peut être considérée comme une période de transition : la Cour de cassation a décidé de modifier profondément sa grille d'analyse des moyens d'inconventionnalité et de s'approprier le contrôle de proportionnalité qu'elle abandonnait, jusqu'à présent, soit aux juges du fond, soit, de fait, à la Cour européenne des droits de l'homme. Cette évolution l'a conduite à se livrer à un contrôle d'intensité variable, allant du simple contrôle méthodologique (la cour d'appel a-t-elle procédé à la mise en balance des droits ? et, dans l'affirmative, a-t-elle mis en œuvre les critères adéquats ?) à un contrôle « lourd » pouvant l'amener à substituer sa propre appréciation à celle des juges du fond.

Les décisions rendues par la première chambre civile sur cette même période permettent, néanmoins, de dégager les grandes lignes directrices du contrôle qu'elle entend opérer sur les décisions qui lui sont déférées :

1°- Il existe une différence fondamentale entre contrôle *in abstracto* et contrôle *in concreto* : lorsque la Cour de cassation est saisie d'un moyen tiré de l'inconventionnalité de la règle de droit, en tant que telle, et non pas de son application au cas d'espèce, elle ne peut que se livrer à un contrôle lourd, compte tenu de la portée normative de sa décision. C'est ainsi, par exemple, que, saisie du moyen tiré de la méconnaissance, par une loi de validation législative, du principe de prééminence du droit et de la notion de procès équitable, consacrés par l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la première chambre civile vérifie que les juges du fond ont « exactement déduit que l'intervention du législateur n'obéissait pas à d'impérieux motifs d'intérêt général » (1^{re} Civ., 27 juin 2018, pourvoi n° 17-21.850, publié).

2°- En cas de contrôle *in concreto*, la première chambre civile fait varier l'intensité de son contrôle selon la marge d'appréciation laissée aux juridictions nationales par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, laquelle diffère en fonction des matières concernées et, parfois même, au sein d'une même matière. La mise en œuvre du contrôle implique donc une analyse fine de la jurisprudence européenne et conduit la première chambre civile à moduler, de la même façon, le contrôle qu'elle opère sur les décisions des juges du fond.

3°- En cas de contrôle *in concreto*, et conformément à ce qui vient d'être énoncé, trois types de contrôle peuvent être distingués :

- Dans la majorité des contentieux, la première chambre civile a opté pour un contrôle léger, se refusant ainsi à substituer son appréciation à celle des juges du fond. Il en va ainsi, par exemple, en droit de la filiation (1re Civ., 6 juillet 2016, pourvoi n° 15-19.853, Bull. 2016, I, n° 157 ; 1re Civ., 5 octobre 2016, pourvoi n° 15-25.507, Bull. 2016, I, n° 185 ; 1re Civ., 9 novembre 2016, pourvoi n° 15-25.068, Bull. 2016, I, n° 216 ; 1re Civ., 7 novembre 2018, pourvoi n° 17-25.938, publié ; 1re Civ., 13 juin 2019, pourvoi n° 18-19.100, publié ; 1re Civ., 6 novembre 2019, pourvoi n° 18-17.111, publié). En ces matières, comme dans les domaines où est invoqué l'intérêt supérieur de l'enfant (notion dont l'appréciation est traditionnellement laissée au pouvoir souverain des juges du fond), la mise en balance des intérêts en présence conduit en effet à l'examen de considérations éminemment factuelles, qui ne relèvent pas du contrôle de droit exercé par la Cour de cassation. Celle-ci peut dès lors difficilement, sauf à devenir un troisième degré de juridiction, substituer son appréciation à celle des juges du fond. Elle se livre donc essentiellement à un contrôle de motivation et de méthodologie.

- Dans certaines matières, cependant, la première chambre civile opère un contrôle lourd, qui peut la conduire à substituer sa propre appréciation à celle des juges du fond. C'est le cas, notamment, en droit de la presse, domaine dans lequel la marge d'appréciation laissée aux juridictions nationales par la Cour de Strasbourg dans la mise en balance entre le droit à la liberté d'expression et le droit au respect de la vie privée est particulièrement étroite. La Cour européenne des droits de l'homme se reconnaît, en effet, la faculté de substituer, pour "des raisons sérieuses", son avis à celui des juridictions internes, même en présence d'une motivation "suffisante et respectueuse des critères établis par la jurisprudence de la Cour" (CEDH, 12 septembre 2011, Palomo Sanchez et autres c. Espagne, n° 28955/06, § 57). C'est ce qui explique le contrôle lourd exercé par la première chambre civile (1re Civ., 11 juillet 2018, pourvoi n° 17-22.381, publié ; 1re Civ., 11 mars 2020, pourvoi n° 19-13.716, publié), qui a, en outre, énoncé les critères qui doivent être mis en oeuvre, de façon concrète, par les juridictions du fond pour procéder à cette mise en balance (1re Civ., 21 mars 2018, pourvoi n° 16-28.741, Bull. 2018, I, n° 56 ; 1re Civ., 10 octobre 2019, pourvoi n° 18-21.871, publié).

- A l'inverse, dans certaines hypothèses, le contrôle opéré par la première chambre civile sur la mise en oeuvre, par les juges du fond, du contrôle de conventionnalité est très restreint. Tel est le cas en droit de la nationalité, pour lequel elle limite son contrôle à celui du refus arbitraire (1re Civ., 19 septembre 2019, pourvoi n° 18-20.782, publié). En ce domaine, la Cour européenne des droits de l'homme a, en effet, une position très prudente : elle a posé en principe l'absence de « droit à la nationalité », mais n'exclut pas, toutefois, « qu'un refus arbitraire de nationalité puisse, dans certaines conditions, poser un problème sous l'angle de l'article 8 de la Convention en raison de l'impact d'un tel refus sur la vie privée de l'intéressé » (CEDH, 21 juin 2016, Ramadan c. Malte, n°76136/12).

4°- Enfin, il doit être observé que, dans les contentieux les plus récurrents, la première chambre civile s'efforce de détailler les différentes étapes de son contrôle et d'en préciser les critères, afin de donner aux juges du fond des indications suffisamment précises sur la méthodologie du contrôle de conventionnalité / proportionnalité (voir, par exemple, déjà cités : 1re Civ., 9 novembre 2016,

pourvoi n° 15-25.068, Bull. 2016, I, n° 216 ; 1re Civ., 21 mars 2018, pourvoi n° 16-28.741, Bull. 2018, I, n° 56 ; 1re Civ., 13 juin 2019, pourvoi n° 18-19.100, publié). Ces arrêts, qui pourraient être qualifiés de « pilotes », devraient et ont déjà contribué à limiter le nombre de cassations prononcées dans ces matières, les décisions attaquées mettant progressivement en œuvre les méthodes et critères ainsi dégagés et ne s'exposant plus, dès lors, à des cassations pour manque de base légale.

**II. Note relative au contrôle de proportionnalité pratiqué en matière de
procédure civile par la deuxième chambre civile
de la Cour de cassation**

sous la direction de Monsieur le président Pireyre

Note relative au contrôle de proportionnalité pratiqué en matière de procédure civile par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation

La présente note est destinée à servir de contribution aux travaux, en cours, du groupe de travail sur le contrôle de proportionnalité.

Elle répond à la préoccupation d'exposer et d'expliquer dans quelles conditions et sous quelles limites la deuxième chambre civile de la Cour de cassation procède au contrôle de proportionnalité en matière de procédure civile et quelle est la politique jurisprudentielle qu'elle construit en ce domaine.

REMARQUES LIMINAIRES

Pleinement intégré, désormais, dans les contrôles opérés par la Cour de cassation, le « contrôle de proportionnalité » - expression particulière de sa mission de contrôle normatif, prescrite par l'article 604 du code de procédure civile - s'est défini et a fixé ses standards en référence à une catégorie bien déterminée de contrôles qu'opère la Cour européenne des droits de l'homme sous la dénomination usuelle de « contrôle de conventionalité *in concreto* ».

Il doit être regardé comme ne recouvrant qu'une part seulement du contrôle de conventionalité opéré par la Cour de cassation depuis l'arrêt de principe de chambre mixte du 24 mai 1975 (*Administration des Douanes c/ Société des cafés Jacques Vabre et Société Weigel*, pourvoi n° 73-13.556, Bull. 1975, Ch. mixte n°4).

Limité au sein de la sphère globale du contrôle de conventionalité, le contrôle de proportionnalité l'est aussi dans son champ d'application quant aux catégories droits de l'homme sur lesquels il s'exerce.

On rappellera, à cet égard (cf. *Éléments de réflexion en vue de la présentation de M. le juge Potocki à la Cour de cassation le 1^{er} juin 2018*) - que la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, comme la plupart des conventions internationales consacrant des droits de l'homme, distingue entre les droits intangibles ou absolus et les droits relatifs.

Seuls les droits intangibles ou absolus – en l'occurrence, le droit de ne pas être soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants, le droit de ne pas être tenu en esclavage ou en servitude, ainsi que le droit à la non-rétroactivité de la loi pénale, garantis respectivement par les articles 3, 4 et 7 de la Convention européenne, engendrent des obligations absolues pour les Etats. En revanche, les droits relatifs ou conditionnels « *tombent dans le champ d'intervention de la compétence étatique pour limiter leur jouissance ou leur exercice et bénéficient d'une protection relative. Ces droits conditionnels sont susceptibles, toujours de non-application temporaire (les dérogations) et aussi, parfois, d'application imparfaite (les restrictions).* »¹ Le contrôle de proportionnalité ne concerne que ces droits relatifs.

1 F. Sudre Droit européen et international des droits de l'homme PUF 9ème ed. n°147.

Les droits absolus excluent, quant à eux, la mise en œuvre d'un contrôle de proportionnalité.

Les droits protégés par la Convention sont, on le sait, classés en fonction leur objet. Parmi eux, la Convention fait une place particulière aux « droits de la procédure ». On a pu écrire à leur sujet qu'ils « *constituent la seule catégorie de droits dont le contenu ne renvoie pas à une liberté matérielle mais aux garanties dont dispose un individu dans un Etat de droit afin de faire valoir ses droits et libertés.* »².

Ces droits sont au nombre de trois : droit à un procès équitable (article 6) ; droit à un recours effectif (article 13) ; principe de légalité des délits et des peines (article 7), lequel n'est ici mentionné que pour mémoire puisqu'il concerne la matière pénale, étrangère à l'objet de la présente contribution.

Les droits de procédure ont un régime propre. L'originalité de la structure même des dispositions qui les garantissent le fait apparaître. En effet, alors que les articles 8, 9, 10 et 11 comportent, dans un premier paragraphe, l'affirmation du droit concerné, suivie, dans un second paragraphe - usuellement dénommé « clause d'ordre public » - de l'énoncé des conditions et limites dans lesquelles doivent être renfermées les restrictions susceptibles de lui être apportées, la lettre des articles 6 et 7 ne fait nulle mention de la possibilité même de telles restrictions. Une réserve doit, cependant, être faite à cet égard quant aux conditions et limites de l'interdiction d'accès à la salle d'audience, expressément prévues par l'article 6, §1, *in fine*.

A cette exception près, les limitations qui peuvent être apportées à l'exercice de certains de ces droits ont été fixées par la jurisprudence de la Cour européenne. C'est ainsi, par exemple, qu'elle a dégagé le principe selon lequel le droit d'accès à un tribunal n'est pas absolu et se prête à des limitations...mais que celles-ci ne doivent pas restreindre l'accès ouvert à l'individu d'une manière telle ou à un point tel que le droit d'accès s'en trouve atteint dans sa substance même.

C'est précisément en raison de cette spécificité des « droits de procédure » consacrés par la Convention que le *Mémento du contrôle de conventionalité au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, issu des travaux de la commission de mise en œuvre de la réforme de la Cour de cassation, établi en décembre 2018 et diffusé sur le site internet de la Cour de cassation, souligne (§ 3.4. *Le contrôle de conventionalité exercé sur les normes de procédure*, n°65, pages 14 et 15) que « *la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, qui a en attribution, notamment, la procédure civile, soumet, s'il y a lieu, les normes de procédure à une vérification de conventionalité comportant un contrôle de proportionnalité in abstracto, à l'exclusion, toutefois, d'un contrôle in concreto qu'elle estime, en principe, incompatible avec les impératifs de prévisibilité et de sécurité juridiques que requièrent les règles de procédure civile (2^e Civ., 24 septembre 2015, pourvoi n° 13-28.017; 22 mars 2018, pourvoi n° 17-12.049).* »

Cette question avait été longuement examinée par la commission précitée et le passage reproduit ci-dessus était le fruit de débats approfondis.

2 F. Sudre op cité n° 203.

Dans les lignes qui suivent, on soulignera, tout d'abord, que cette singularité du contrôle de conventionnalité opéré en matière procédurale par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation se fait à juste titre l'écho des particularités de la jurisprudence la Cour européenne dans le domaine des « droits de procédure ».

Ces dernières tiennent, d'évidence, à la place déterminante, prédominante, qu'y occupent les impératifs du principe de sécurité juridique qui impose que les « règles du jeu » gouvernant le procès soient connues des parties d'une façon suffisamment précise, claire et prévisible. Ce faisant, la Cour de cassation s'en tient à l'accomplissement de son office d'interprétation du droit interne en conformité avec la Convention et d'uniformisation de son application (I).

On mettra, ensuite, en évidence, le fait que dans la mise en œuvre de ce contrôle, la chambre a développé une jurisprudence qui s'est forgée en prenant pour objet une grande diversité de textes de droit interne, examinés et appréciés en conformité et à la lumière des normes conventionnelles et qui s'articule de façon cohérente avec celle élaborée par Cour européenne (II).

I. LA SPECIFICITE DU CONTROLE CONVENTIONNEL DE LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME S'AGISSANT DES DROITS DE PROCEDURE

En matière de droits de procédure, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme s'organise, pour l'essentiel, autour de trois axes :

- l'affirmation du droit à un tribunal, à partir duquel la Cour a dégagé le droit d'accès à un tribunal ;
- le respect de l'application des règles procédurales relatives au droit à un procès équitable (principe de la contradiction ; égalité des armes ; publicité des débats ; jugement dans un délai raisonnable...) ;
- la consécration du principe de sécurité juridique, lequel participe du principe de prééminence du droit³.

L'article 6, §1, de la Convention est, on le voit, la source d'une pluralité de droits, à la différence de la plupart des articles garantissant des droits matériels.

De cette spécificité de l'article 6, §1, découlent les caractères diversifié et hétérogène de son contrôle.

C'est ainsi qu'en plusieurs cas, l'examen de la violation alléguée de l'article 6, §1, de la Convention n'appelle pas un contrôle de proportionnalité, en raison notamment de la nature et du contenu du droit en cause.

³ Voir, par exemple, CEDH, *Geouffre de la Pradelle c/ France*, 16 décembre 1992, 12964/87, qui fixe une exigence de clarté et de prévisibilité en matière d'accès au juge.

Ainsi en est-il du principe d'égalité des armes, du principe de la contradiction (Voir, par exemple, CEDH, *Niderhöst-Huber c/ Suisse*, 18 février 1997, Rec. 1997, 101, § 30 ; *Reinhardt et Slimane Kaïd c/ France*, 31 mars 1998, req n° 21/1997/805/1008 et 22/1997/806/1009) ou encore du droit à un tribunal impartial et indépendant (CEDH, *Piersack c/ Belgique*, 26 octobre 1984, req. n° 8692/79 ; *Hauschildt c. Danemark*, 24 mai 1989, req. n° 10486/83 ; *De Cubber c. Belgique*, 26 octobre 1984, req. n° 9186/80).

Bien différente est, en revanche, l'approche retenue par la Cour européenne lorsqu'il lui appartient d'apprécier le respect ou la méconnaissance du droit d'accès à un tribunal. Dès l'affirmation de ce droit par son arrêt de principe CEDH, *Golder c/ Royaume-Uni*, du 21 février 1975 (req. n°4451/70), la Cour européenne a jugé que celui-ci n'était pas absolu et qu'il pouvait donner lieu à des limitations implicites « *car il commande, de par sa nature même, une réglementation par l'Etat* » (CEDH, *Fogarty c/ Royaume-Uni*, 21 novembre 2001, req. n° 37112/97).

Le raisonnement qu'elle suit à cet égard parcourt les trois étapes ci-après :

- en la matière, les Etats jouissent d'une marge d'appréciation (CEDH, *García Manibardo c. Espagne*, 15 février 2000, n° 38695/97, § 36 ; *Berger c. France*, 10 juillet 2001, 2000-II, n° 48221/99, § 30 ; *Gruais et Bousquet c. France*, 10 janvier 2006, 2002-X, n° 67881/01, § 26) ;

- pour autant, les limitations mises en œuvre ne doivent pas restreindre l'accès à un tribunal offert à un individu d'une manière ou à un point tel que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même ;

- en outre, de telles limitations ne se concilient avec l'article 6, §1, que si elles tendent à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but poursuivi.

Pour le dire autrement, la limitation opérée par le texte de droit interne doit être proportionnée au but poursuivi (CEDH, *Bellet c. France*, 4 décembre 1995, § 31, série A n° 333-B ; *Guérin c. France*, 29 juillet 1998, § 37, Recueil des arrêts et décisions 1998-V ; *Gruais et Bousquet*, précité, § 26 ; *Sabeh El Leil c. France* [GC], 29 juin 2011, n° 34869/05, § 47).

Dans ce champ précis du droit d'accès à un tribunal, à la différence des droits précédemment mentionnés, la Cour européenne exerce ainsi un contrôle de proportionnalité. Pour autant, ce contrôle est spécifique en ce qu'il ne repose pas sur une balance des intérêts telle que celle qui est pratiquée lorsqu'est alléguée la violation de l'un des droits protégés au titre des articles 8, 9, 10 et 11 de la Convention (en matière de garanties des libertés, de droits dits matériels). Aussi parle-t-on, dans le premier cas, de contrôle de proportionnalité *restreint* pour le distinguer du contrôle *étendu* auquel donnent lieu ces dernières situations (I.1.).

Il est vrai qu'en usant du concept de « formalisme excessif » forgé par sa jurisprudence, la Cour européenne peut, par occurrences, opérer, en matière de droits procéduraux, un contrôle qui s'approche d'un contrôle *in concreto*.

Pour autant, l'interprétation de la norme de droit interne en conformité aux droits garantis par la Convention à laquelle se livre la deuxième chambre civile en matière procédurale, dans le dessein d'uniformiser de manière précise, claire et prévisible, les principes et règles en matière procédurale, est de nature, en anticipant, en quelque sorte, un tel contrôle, tout en se plaçant sur un autre terrain, à priver d'objet sa mise en œuvre éventuelle par la Cour européenne (I.2.).

I.1. L'absence de balance des intérêts individuels pour apprécier le respect du droit à un procès équitable

En premier lieu, la spécificité de la jurisprudence en matière de droits procéduraux réside dans l'absence de confrontation de deux droits fondamentaux, également garantis (à mêmes niveau et valeur) par la Convention, laquelle a vocation à se résoudre notamment par une « balance des intérêts en présence »⁴.

Cette dernière s'inscrit dans un contrôle de proportionnalité *stricto sensu*, constituant la phase 5 du contrôle de conventionnalité, dit étendu, tel qu'il doit être pratiqué dans une situation de confrontation des articles 8 et 10 (liberté d'expression *versus* protection de la vie privée et familiale). C'est, en effet, cette situation de confrontation de droits également protégés qui implique la nécessité d'un contrôle de proportionnalité *in concreto* puisque, si bien, le principe d'effectivité des droits commande de résoudre cette confrontation en considération des données factuelles propres à l'espèce en cause.

A l'inverse, les règles de procédure n'instituent pas, par elles-mêmes, des droits subjectifs. Elles peuvent être regardées comme de *règles du jeu* qui valent et s'imposent à tous les plaideurs. Dès lors que seront assurés l'accès au juge et l'égalité des armes, l'examen de leur violation alléguée ne conduit nullement à mettre en balance deux droits subjectifs, mais, bien différemment, à mettre les parties en mesure de faire valoir leurs droits subjectifs respectifs.

On comprend, dès lors, que le contrôle de proportionnalité des formalités et délais procéduraux auquel se livre la Cour européenne, parce que ne sont nullement en cause des intérêts ou des droits subjectifs qu'il lui appartiendrait de mettre en balance, consiste en une vérification, à la fois plus limitée et moins complexe, suivant un test ou un standard de contrôle réduit à trois séquences, de ce que l'application de la règle de droit interne mise en cause est ou non compatible avec les exigences découlant de leur garantie conventionnelle.

4 Il s'agit en l'occurrence « d'intérêts particuliers ».

Ainsi que le fait clairement ressortir un auteur, commentant l'arrêt CEDH, *Fogarty C/ Royaume-Uni*, 21 novembre 2001, précité : « la jurisprudence européenne démontre, qu'en pratique, le contrôle s'effectue généralement en deux temps : la recherche du but légitime et le contrôle de proportionnalité, celui-ci absorbant le contrôle de l'absence d'atteinte à la substance du droit d'accès. Pour apprécier la légitimité du but poursuivi par ces limitations, la Cour utilise les principes de bonne administration de la justice et de sécurité juridique, considérant que la réglementation relative aux formalités et aux délais à respecter pour former un recours vise à assurer une bonne administration de la justice et le respect, en particulier, du principe de sécurité juridique (*CEDH, Léoni c. Italie*, 26 oct. 2000, §23) ». ⁵

Le constat selon lequel la Cour européenne tend aujourd'hui, en recourant au standard du « *formalisme excessif* », évoqué *supra*, à opérer davantage que par le passé un contrôle *in concreto* de l'application par les juridictions nationales de l'article 6, §, 1⁶ ne nous paraît pas de nature à remettre en cause les appréciations qui précèdent pour des raisons de deux ordres, qui se complètent.

Tout d'abord, le contrôle pratiqué par la Cour européenne n'a pas, ne peut ni ne doit avoir la même finalité que celui qu'une cour suprême nationale a charge d'effectuer en l'adaptant à sa mission d'uniformisation des règles de droit interne applicables.

En outre, en procédant, comme elle le fait systématiquement en matière procédurale, à une interprétation de la norme interne en conformité ou à la lumière de la norme conventionnelle européenne, la deuxième chambre civile se met en situation de prévenir, en la rendant sans objet, la mise en œuvre par la Cour européenne d'un contrôle *in concreto* de l'application des règles nationales au regard de l'article 6, §1 de la Convention.

I.2. La nécessité pour les cours suprêmes d'instituer des normes de procédure respectant per se le droit à un procès équitable

Si, de son côté, la Cour européenne est contrainte d'exclure toute interprétation des textes de droit interne dès lors qu'elle « *ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du*

5 Laure Milano in Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ouvrage collectif sous la direction de F. Sudre, Thémis droit PUF, 7ème ed., p. 323 et 323

6 Une interprétation, particulièrement rigoureuse, faite par les juridictions internes d'une règle de procédure (on parle alors de *formalisme excessif*) peut priver les requérants du droit d'accès à un tribunal (CEDH, *Pérez de Rada Cavanilles c. Espagne*, 28 octobre 1998, 28090/95, § 49 ; *Miragall Escolano et autres c. Espagne*, 25 janvier 2000, 38366/97, § 38 ; *Sotiris et Nikos Koutras Attee c. Grèce*, 16 novembre 2000, 39442/98, § 20 ; *Běleš et autres c. République tchèque*, 12 novembre 2002, 28394/95, § 50 ; *RTBF c. Belgique*, 29 mars 2011, 50084/06, §§ 71-72 et 74 ; *Miessen c. Belgique*, 18 octobre 2016, 31517/12, §§ 72-74 ; *Zubac c. Croatie* [GC], 5 avril 2018, 40160/12, § 97).

De même, une interprétation déraisonnable d'une exigence procédurale porte atteinte au droit à une protection juridictionnelle effective (CEDH, *Miragall Escolano et autres c. Espagne*, 25 janvier 2000, déjà cité, § 37).

mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention » (CEDH, *Affaire Linguistique belge*, 23 juillet 1968, série A, n° 6, §10), au contraire, « *il incombe au premier chef aux autorités nationales, et singulièrement aux cours et tribunaux, d'interpréter et d'appliquer le droit interne* » (CEDH, *Andersson c/ Suède*, 25 février 1992, req. 12963/87, série A, n° 226, § 82).

Il découle ainsi du principe de subsidiarité, sur lequel repose le mécanisme de recours devant la Cour européenne, que le rôle imparti aux cours suprêmes des États parties à la Convention diffère substantiellement de celui revenant à la Cour européenne.

Bien-entendu, cette mission d'interprétation du droit interne pesant sur les juridictions nationales, qui, par définition, s'opère *in abstracto*, doit être conduite à la lumière des exigences de la Convention européenne (Cf. Avis de la Cour de cassation, 12 juillet 2018, n° 18-70.008, FS-P+B+R+I, par lequel, au terme de l'analyse d'un texte de procédure à la lumière des exigences du droit d'accès au juge, la haute juridiction affirme que ce texte « doit être interprété en ce sens que (...) », étant observé que cette interprétation de la loi s'éloigne très sensiblement de la lettre du texte).

Les principes qui viennent d'être rappelés concernent tout particulièrement le champ du droit processuel. C'est ainsi que la Cour européenne prend soin d'affirmer qu'« *il incombe aux États contractants d'agencer leur système judiciaire de manière à leur permettre de répondre aux exigences de l'article 6, §1* » (CEDH, *Guincho c./ Portugal*, 10 juillet 1984, req. No 8990/80, § 38).

Voici mise en pleine lumière la particularité du droit procédural qui, avant toute autre considération, doit répondre, par lui-même, en soi, aux exigences du droit à un procès équitable. Il s'impose aux ordres juridiques internes, singulièrement à leurs cours suprêmes, de constituer des normes de procédure qui satisfont à cet impératif. Mais ce dernier ne peut être atteint que si le contrôle de la mise en œuvre des règles considérées s'effectue à l'abri de toute balance des intérêts qui en ruinerait l'application prévisible et uniforme.

Les cours suprêmes sont ainsi incitées - quand bien même elles n'y sont pas formellement contraintes - à interpréter les textes de procédure civile de façon à en rendre l'application intrinsèquement conforme aux exigences du droit à un procès équitable. Mais dès lors que cette finalité est atteinte, le contrôle concret auquel elles ont charge de procéder lors de l'examen d'un pourvoi peut et doit se limiter à la vérification - qui procède de l'exercice habituel de l'office du juge de cassation français (cf. article 604 du code de procédure civile) - qu'au cas de l'espèce, le texte concerné, tel qu'interprété, a été convenablement appliqué par les juges du fond.

Ainsi doivent être compris de nombreux arrêts de la deuxième chambre civile qui, après avoir interprété un dispositif normatif, énoncent que la partie est, par l'application même de ce dispositif, dont le respect aux principes garantis par la Convention a été vérifié par la Cour de cassation, mise en mesure effective d'accomplir les charges procédurales qui lui incombent, de sorte que l'inaccomplissement des diligences concernées peut recevoir la sanction prévue sans porter une atteinte disproportionnée au droit d'accès au juge.

Cette jurisprudence s'est notamment développée et systématisée à la faveur de la réforme de la procédure d'appel, en 2011, en raison des délais - couperets rythmant cette procédure, lesquels affectent, par construction, l'accès au juge.

Pour illustration :

- 2^e Civ., 21 février 2019, pourvoi n° 17-28.285, F-P+B : « qu'en application de l'article 916 du code de procédure civile la requête en déferé doit être formée dans les quinze jours de la date de l'ordonnance du conseiller de la mise en état déferée à la cour d'appel ; que cette disposition poursuit un but légitime de célérité de traitement des incidents affectant l'instance d'appel, en vue du jugement de celui-ci dans un délai raisonnable ; que l'irrecevabilité frappant le déferé formé au-delà de ce délai ne constitue pas une atteinte disproportionnée au droit d'accès au juge, dès lors que les parties sont tenues de constituer un avocat, professionnel avisé, en mesure d'accomplir les actes de la procédure d'appel, dont fait partie le déferé, dans les formes et délais requis ».

- 2^e civ., 5 septembre 2019, pourvoi n° 18-21.717, F-P+B+I : « qu'il résulte sans ambiguïté de [l'article 911 du code de procédure civile] qu'en l'absence de signification par l'appelant de ses conclusions à l'intimé préalablement à la notification qui lui est faite par ce dernier de sa constitution d'avocat, l'appelant est tenu, à peine de caducité, de notifier ses conclusions à cet avocat ; que cette notification, qui a lieu entre avocats, de la constitution d'intimé met l'avocat de l'appelant en mesure de respecter cette exigence, laquelle poursuit l'objectif légitime de permettre à l'avocat de l'intimé de disposer pour conclure de la totalité du temps qui lui est imparti à cette fin par l'article 909 du code de procédure civile ».

- 2^e Civ., 5 décembre 2019, pourvoi n° 18-14.112, F-P+B+I : Les prescriptions de [l'article 909 du code de procédure civile], qui tendent à garantir l'efficacité et la célérité de la poursuite du procès civil en appel, mettent de façon effective l'intimé en mesure de se défendre et à cet effet de recevoir communication des actes et des pièces, de sorte que l'irrecevabilité qu'il prévoit ne porte pas atteinte au droit à un procès juste et équitable (Pour rapprochement : 2^e Civ., 6 septembre 2018, pourvoi n° 17-18.150, diffusé).

- 2^e Civ., 27 février 2020, pourvoi n° 19-10.849, F-P+B+I : « L'appelant est mis en mesure de respecter [l'exigence de l'article 911 du code de procédure civile] dès lors qu'il doit procéder à la signification de ses conclusions à l'intimé lui-même, sauf s'il a, préalablement à cette signification, été informé, par voie de notification entre avocats, de la constitution d'un avocat par l'intimé. / La notification de conclusions à un avocat qui n'a pas été préalablement constitué dans l'instance d'appel est entachée d'une irrégularité de fond et ne répond pas à l'objectif légitime poursuivi par le texte, qui n'est pas seulement d'imposer à l'appelant de conclure avec célérité, mais aussi de garantir l'efficacité de la procédure et les droits de la défense, en mettant l'intimé en mesure de disposer de la totalité du temps imparti par l'article 909 du code de procédure civile pour conclure à son tour. Il en découle que la constitution ultérieure par l'intimé de l'avocat qui avait été destinataire des conclusions de l'appelant n'est pas de nature à remédier à cette irrégularité. »

Si les réformes de la procédure civile favorisent ce type de contrôle, des exemples tirés d'autres domaines procéduraux peuvent également être mis en avant :

- 2^e Civ., 21 février 2019, pourvoi n° 17-31.350, F-P+B+I : les parties ont été mise en mesure de s'expliquer sur le moyen relevé d'office.

- 2^e Civ., 16 décembre 2016, pourvoi n° 15-27.917, Bull. 2016, II, n° 281 : sur le caractère proportionné de la péremption d'instance.

Cette jurisprudence s'étend au droit de l'exécution (2e Civ., 12 avril 2018, pourvoi n° 17-15.527, Bull. 2018, II, n° 82), étant mentionné que, de façon exceptionnelle, ce droit a pu donner lieu à un contrôle *in concreto* (2e Civ., 3 mai 2007, pourvoi n° 05-19.439, Bull. 2007, II, n° 121).

On comprend ainsi que cette singularité des droits de procédure garantis par la Convention européenne, qui sont pluriels, fonde et justifie, tout à la fois, une approche spécifique de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation dans la réalisation du contrôle de conventionnalité des textes de procédure.

Cette approche spécifique se traduit dans une grande diversité du champ des contrôles opérés, à l'image de la jurisprudence développée par la Cour de Strasbourg en ces mêmes matières.

II. UNE JURISPRUDENCE DE LA 2EME CHAMBRE CIVILE CARACTERISEE PAR LA GRANDE DIVERSITE DE SES CONTRÔLES DES NORMES INTERNES AU REGARD DES NORMES CONVENTIONNELLES

Si le contrôle de proportionnalité en matière procédurale est - on l'a montré - spécifique, nécessairement restreint et, pour l'essentiel, réalisé *in abstracto*, il n'en revêt pas moins un contenu qui diffère assez sensiblement selon la nature de la garantie du procès équitable mise en cause.

Une distinction s'impose à cet égard entre les règles de procédure destinées à garantir un accès effectif au juge, lesquelles concernent principalement la réglementation des formalités et délais de procédure (II.1.), et les autres règles de procédure, destinées à assurer une bonne administration de la justice (II.2.).

II.1. Le contrôle des règles de procédures destinées à garantir le droit à un accès effectif au juge

Le droit d'accès au juge est sans doute celle des composantes du droit à un procès équitable qui est la plus fréquemment mise en œuvre par la Cour de cassation.

Sa garantie s'inscrit dans un équilibre délicat entre, d'une part, les objectifs légitimes de bonne administration de la justice et de célérité de la procédure et, d'autre part, les exigences du droit d'accès au juge qu'on rapprochera, ci-après, de l'effectivité des droits de la défense.

Cette tension, ainsi présentée, propre à la matière procédurale, a conduit la Cour européenne à élaborer une construction jurisprudentielle originale. Suivant une formule que reproduisent ses arrêts, la Cour de Strasbourg retient que la réglementation relative aux formalités et aux délais à observer pour former un recours vise à assurer la bonne administration de la justice et le respect, en particulier, du principe de la sécurité juridique.

Elle juge ainsi, de manière constante, que les intéressés doivent s'attendre à ce que ces règles soient appliquées et que si le droit d'exercer un recours est, bien entendu, soumis à des conditions légales, les tribunaux doivent, en appliquant des règles de procédure, éviter à la fois un excès de formalisme, qui porterait atteinte à l'équité de la procédure, et une souplesse excessive, qui aboutirait à supprimer les conditions de procédure établies par les lois (par exemple, CEDH, *Guillard c/ France*, 15 janvier 2009, req. 24488/04).

On voit qu'ainsi, le droit positif européen des droits de l'homme ménage une place importante à la nécessité d'appliquer de façon prévisible et efficiente des règles de procédure, indispensables à la bonne administration de la justice (cette expression revient souvent dans la jurisprudence considérée), sous la triple limite, d'une part, que ces règles soient précises, intelligibles et, comme telles, prévisibles, d'autre part, qu'elles soient mises en œuvre dans le respect de l'égalité des justiciables (sous réserve qu'ils se trouvent en situation comparable), enfin, qu'elles le soient sans formalisme excessif, pour ne pas porter une atteinte substantielle au droit d'accès effectif au juge.

Il est encore à préciser que ce dernier, qui n'en souffre pas moins les limites inhérentes à toute réglementation des droits de recours, s'apprécie *in globo*, toutes hauteurs d'instances confondues.

Pour les besoins de l'examen des modes de contrôle de proportionnalité pratiqués en ce domaine, on distinguera entre les formalités et délais péremptoires et ceux qui ouvrent un pouvoir d'appréciation du juge.

II.1.1. Le contrôle de proportionnalité des formalités et délais péremptoires

L'examen approfondi de la jurisprudence de la Cour européenne montre que celle-ci ne retient un excès de formalisme que dans les hypothèses dans lesquelles le formalisme en cause :

- n'était pas justifié par un objectif légitime. On notera qu'un tel contrôle n'appelle pas de vérification qu'*in abstracto* ;

- ou bien n'était pas prévisible pour la partie qui en a été victime ou bien encore ne pouvait être accompli par la partie qui en a été victime, que ce soit pour des raisons d'ordre matériel (V. la jurisprudence CEDH, *Airey c/ Irlande*, 9 octobre 1979, req. n°6289/73), ou d'ordre juridique (ainsi, par exemple, de l'obligation de constituer un avocat). On soulignera que l'appréciation de ces conditions de prévisibilité et de faisabilité présente, pour l'essentiel, un caractère objectif en tant qu'elle participe de standards favorisant et privilégiant un raisonnement *in abstracto*.

Ainsi s'agissant d'un acte d'une procédure, un justiciable non représenté par un avocat ne pourra s'attendre à l'application d'une formalité ou d'un délai qu'à la condition qu'il en ait été préalablement et effectivement avisé. Pour illustration : 2^e Civ., 28 juin 2018, pourvoi n° 17-16.658, Bull. 2018, II, F-P+B : une décision statuant sur le recours contre une décision du bureau d'aide juridictionnelle, qui est prononcée sans débat et à une date qu'aucune disposition n'impose de porter préalablement à la connaissance de l'auteur du recours, ne peut, conformément aux

exigences du droit à un procès équitable, être opposée qu'à compter du jour où elle est portée à sa connaissance par sa notification ; 2e Civ., 4 avril 2019, pourvoi n° 18-12.014, F-P+B+I).

La jurisprudence en matière de notification, qui implique un contrôle, dans chaque espèce, des conditions dans lesquelles cette formalité est intervenue (effectivité et régularité de la notification ; absence de grief), garantit, de façon effective, au cas par cas, le strict respect du droit d'accès au juge.

Dans la situation où un acte de procédure doit être accompli par un avocat, le standard du *professionnel du droit* autorise à affirmer que l'intéressé doit s'attendre à l'application de la réglementation en vigueur, pourvu, cependant, que celle-ci soit dénuée d'ambiguïté. Cette dernière notion ne peut, à l'égard d'un professionnel du droit, qu'être appréciée *in abstracto* :

- 2^e Civ., 1^{er} décembre 2016, pourvoi n° 15-25.972, Bull. 2016, II, n° 260 : l'obligation, découlant sans ambiguïté de textes, de remettre par voie électronique la déclaration de saisine à la juridiction de renvoi ne porte pas atteinte au droit à un procès équitable ;

- 2^e Civ., 10 novembre 2016, pourvoi n° 15-25.431, Bull. 2016, II, n° 247 : mêmes considérations dans un cas d'interdiction de recourir à la communication électronique ;

- 2^e Civ., 21 février 2019, pourvoi n° 17-28.285, F-P+B+I : et encore pour le point de départ délai du déféré intervenant dès le prononcé de l'ordonnance d'un conseiller de la mise en état.

A l'inverse, certains dispositifs procéduraux présentent une ambiguïté telle que l'exigence de sécurité juridique découlant du droit à un procès équitable impose d'en écarter l'application chaque fois qu'une telle application empêche l'accès au juge (2^e civ., 19 mars 2020, pourvoi n° 18-23.923, FS-P+B+R+I et 2^e civ., 19 mars 2020, pourvoi n° 19-12.990, FS-P+B+R+I).

Demeure, en tous les cas, à apprécier la faisabilité de la diligence considérée. La deuxième chambre civile s'en assure parfois aux termes d'un raisonnement explicite. On en donnera pour exemple :

2e Civ., 10 novembre 2016, pourvoi n° 15-25.431, Bull. 2016, II, n° 247 : La restriction de l'usage de la communication électronique découlant de la disposition en cause est conforme aux exigences du procès équitable dès lors que, répondant à l'objectif de sécurisation de l'usage de la communication électronique, elle est dénuée d'ambiguïté pour un professionnel avisé comme un auxiliaire de justice lorsqu'il recourt à la communication électronique et ne le prive pas de la possibilité d'adresser au greffe les mémoires prévus par l'article R. 13-49 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique alors applicable dans les conditions fixées par ce texte.

Cette appréciation de la faisabilité d'une diligence peut s'effectuer de façon abstraite et juridique. Pour illustration :

2e civ., 14 novembre 2019, pourvoi n° 18-23.631, F-P+B+I : s'agissant des conséquences rétroactives d'une infirmation, susceptible de porter une atteinte au principe de sécurité juridique, découlant de l'article 6, §1, de la Convention de sauvegarde, justifiant que cette rétroactivité soit écartée, non seulement dans le cas d'espèce donnant lieu à l'arrêt de la Cour de cassation, mais également dans les tous cas où se trouvent réunies les mêmes conditions. On relèvera que l'arrêt énonce de façon abstraite cette solution jugée seule à même de garantir la prévisibilité juridique de la solution ainsi dégagée par la Cour.

Ce contrôle de conventionnalité *in abstracto* des règles de procédure instituant des formalités et délais péremptoires pratiqué par la deuxième chambre civile trouve une illustration éclatante en matière d'arrêt impératif du cours des procédures durant l'examen d'une demande d'aide juridictionnelle.

Cette solution générale, dégagée par la jurisprudence (par exemple : 2e Civ., 6 juin 2019, pourvoi n° 18-11.668, FS-P+B+I), est par elle limitée aux procédures dans lesquelles elle ne conduit pas à entraver le droit d'accès au juge de la partie adverse (pour une illustration : 2e Civ., 21 mars 2013, pourvoi n° 11-18.447, non publié).

On peut encore citer pour exemples :

- 2e Civ., 16 décembre 2016, pourvoi n° 15-27.917, Bull. 2016, II, n° 281 : La péremption de l'instance d'appel est encourue lorsque, après avoir conclu en application des articles 908 et 909 du code de procédure civile, les parties n'ont pas pris d'initiative pour faire avancer l'instance ou obtenir du conseiller de la mise en état la fixation, en application de l'article 912 du code de procédure civile, des débats de l'affaire. Le constat de la péremption de l'instance, qui tire les conséquences de l'absence de diligences des parties en vue de voir aboutir le jugement de l'affaire et qui poursuit un but légitime de bonne administration de la justice et de sécurité juridique afin que l'instance s'achève dans un délai raisonnable, ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit à un procès équitable.

- 2e Civ., 6 juin 2019, pourvoi n° 18-11.668, FS-P+B+I : Le délai d'appel n'étant pas interrompu par la demande d'aide juridictionnelle en application de l'article 38 du décret du 19 décembre 1991 portant application de la loi sur l'aide juridique, dans sa version antérieure au décret du 27 décembre 2016, le droit de l'appelant à l'assistance effective d'un avocat, en application de l'article 6, §1, de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, imposait que le délai de huit jours pour déposer la requête à fin d'autorisation d'assigner à jour fixe, prévue à l'article 919 du code de procédure civile, fût interrompu par la demande d'aide juridictionnelle.

- 2e Civ., 30 janvier 2020, pourvoi n° 18-22.528, FS-P+B+I : « En vertu de l'article 562 du code de procédure civile, dans sa rédaction issue du décret n° 2017-891 du 6 mai 2017, l'appel défère à la cour la connaissance des chefs de jugement qu'il critique expressément et de ceux qui en dépendent, la dévolution ne s'opérant pour le tout que lorsque l'appel tend à l'annulation du jugement ou si l'objet du litige est indivisible. En outre, seul l'acte d'appel opère la dévolution des chefs critiqués du jugement. Il en résulte que lorsque la déclaration d'appel tend à la réformation du jugement sans mentionner les chefs de jugement qui sont critiqués, l'effet dévolutif n'opère pas. Par ailleurs, l'obligation prévue par l'article 901, 4°, du code de procédure civile, de mentionner, dans la déclaration d'appel, les chefs de jugement critiqués, dépourvue d'ambiguïté, encadre les conditions d'exercice du droit d'appel dans le but légitime de garantir la bonne administration de la justice en assurant la sécurité juridique et l'efficacité de la procédure d'appel. Enfin, la déclaration d'appel affectée de ce vice de

forme peut être régularisée par une nouvelle déclaration d'appel, dans le délai imparti à l'appelant pour conclure au fond conformément à l'article 910-4, alinéa 1, du code de procédure civile. Il résulte de ce qui précède que ces règles ne portent pas atteinte, en elles-mêmes, à la substance du droit d'accès au juge d'appel. »

- 2^e civ., 14 novembre 2019, pourvoi n° 18-23.631, F-P+B+I : L'ordonnance du conseiller de la mise en état, qui a prononcé l'irrecevabilité de la déclaration d'appel et était revêtue dès son prononcé de l'autorité de la chose jugée, a immédiatement mis fin à l'instance d'appel, de sorte que l'arrêt infirmatif de la cour d'appel, rendu à l'issue d'une procédure de déféré dénuée d'effet suspensif, s'il a anéanti l'ordonnance infirmée, n'a pu, sans porter atteinte au principe de sécurité juridique découlant de l'article 6, §1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que faire à nouveau courir (dans sa totalité) le délai pour conclure de l'article 908 du code de procédure civile, qui avait pris fin avec l'ordonnance déférée.

- 2^e civ., 5 septembre 2019, pourvoi n° 18-21.717, F-P+B+I : En application de l'article 911 du code de procédure civile, sous les sanctions prévues par les articles 908 à 910 de ce code, les conclusions sont signifiées aux parties qui n'ont pas constitué avocat dans le mois suivant l'expiration du délai de leur remise au greffe de la cour d'appel, cependant, si, entre-temps, celles-ci ont constitué avocat avant la signification des conclusions, il est procédé par voie de notification à leur avocat. Il résulte sans ambiguïté de ce texte qu'en l'absence de signification par l'appelant de ses conclusions à l'intimé préalablement à la notification qui lui est faite par ce dernier de sa constitution d'avocat, l'appelant est tenu, à peine de caducité, de notifier ses conclusions à cet avocat. Cette notification, qui a lieu entre avocats, de la constitution d'intimé met l'avocat de l'appelant en mesure de respecter cette exigence, laquelle poursuit l'objectif légitime de permettre à l'avocat de l'intimé de disposer pour conclure de la totalité du temps qui lui est imparti à cette fin par l'article 909 du code de procédure civile. Par conséquent, c'est sans méconnaître les exigences du droit à un procès équitable qu'une cour d'appel, dont l'arrêt doit être approuvé, prononce la caducité d'une déclaration d'appel après avoir constaté que l'appelant s'était borné, dans le délai prévu par l'article 911, à signifier ses conclusions à l'intimé lui-même, alors que l'avocat de ce dernier avait, préalablement à cette signification, notifié sa constitution à l'avocat de l'appelant.

II.1.2. - Les formalités et délais soumis au pouvoir d'appréciation du juge

Si certaines sanctions procédurales affectant le droit d'accès au juge opèrent, en principe, de plein droit, dès lors que les conditions objectives s'en trouvent réunies, la sanction de nombreux autres formalités et délais de procédure est, en vertu des dispositions de droit interne les régissant, soumise à l'appréciation du juge.

Le droit procédural civil français comporte, en effet, de très nombreux formalités et délais dont l'application se trouve soumise à une condition qui permet aux juges d'assurer une vérification *in concreto* du respect du droit d'accès à un tribunal. Cette construction normative traduit notamment la préoccupation, qui va croissante, du pouvoir législatif et du pouvoir réglementaire d'intégrer dans le droit interne français les droits de procédure consacrés et garantis par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

La condition en cause pourra être propre (interne) à la formalité ou au délai considéré. Ainsi de l'exclusion des sanctions en cas de force majeure dans la procédure d'appel (article 910-3 du code de procédure civile), en cas de motif légitime, selon de nombreux textes spécifiques (article 468 du code de procédure

civile), en encore en cas de risque de conséquences manifestement excessives ou d'impossibilité de s'y conformer (article 526 du code de procédure civile).

Cette condition pourra également présenter un caractère général, telles l'exclusion de toute annulation pour vice de forme en l'absence de grief (article 114 du code de procédure civile) ou l'impossibilité de transmettre un acte par voie électronique pour une cause étrangère à celui qui l'accomplit (article 748-7 du code de procédure civile).

Obéissant à une logique analogue, certains dispositifs tendent à assurer, *a posteriori*, le respect du droit d'accès au juge, qu'il s'agisse du relevé de forclusion pour l'exercice d'un appel ou d'une opposition (article 540 du code de procédure civile), de l'ouverture d'une voie de recours à l'encontre d'une décision, nonobstant l'absence de texte le prévoyant, en cas de méconnaissance par le juge qui l'a rendue de l'étendue de ses pouvoirs (construction jurisprudentielle) ou encore d'un pouvoir de rétractation reconnu au juge (référé rétractation, rapport d'une caducité prononcée par erreur...).

L'exercice, dans les conditions qui viennent d'être évoquées, par le juge du fond, de son pouvoir d'appréciation *a priori* ou *a posteriori* tend à garantir l'adéquation entre la sanction encourue et la finalité assignée à la règle.

En cela, il présente plusieurs traits d'un contrôle de proportionnalité *in concreto*, opéré sur le mode restreint, simplifié, propre aux règles de procédure.

L'assimilation ne peut, toutefois, être complète. L'accent doit, en effet, être mis sur le fait que chacun des dispositifs considérés enferme la mise en œuvre des vérifications auxquelles il incombe au juge de procéder à l'intérieur de bornes bien déterminées. Quant à la Cour de cassation, elle s'assure, à l'examen du pourvoi et à la faveur des moyens articulés à l'appui, que le juge du fond a correctement rempli la mission qui lui était dévolue à cet égard, au terme, soit d'un contrôle de motivation, si l'office de la juridiction concernée relève du pouvoir d'appréciation souverain de cette dernière, soit d'un contrôle normatif (« de fond », si l'on peut dire) si l'office en cause procède de l'exercice d'un pouvoir contrôlé.

II.2. Le contrôle des règles de procédure destinées à garantir une bonne administration de la justice

Ainsi qu'il a été dit *supra*, le domaine particulier de l'accomplissement des formalités et délais est centré sur le droit d'accès au juge, lui-même surplombé par l'exigence de sécurité juridique.

Les autres composantes (droits garantis) de l'article 6, §1, obéissent à des finalités assez différentes. Pour s'assurer de l'effectivité de leur mise en œuvre, la deuxième chambre civile, comme, plus largement la Cour de cassation en son ensemble, sont conduites à assurer une vérification *in concreto*, le plus souvent approfondie, du droit à un procès équitable.

Ainsi en va-t-il :

- du droit à un tribunal indépendant et impartial, dont on soulignera que la vérification, jugée peu compatible avec une approche *in abstracto*, réclame un examen concret auquel la deuxième chambre civile invite les juges du fond : 2e Civ., 7 avril 2016, pourvoi n° 15-16.091, Bull. 2016, II, n° 103) ;
- de l'exigence de la motivation des décisions de justice ;
- de la tenue d'une audience publique ;
- du droit au jugement dans un délai raisonnable.

A chaque fois qu'elle est saisie d'un moyen de cassation pris de la violation de l'une de ces composantes du droit à un procès équitable, la Cour de cassation est conduite à effectuer une vérification des éléments factuels propres au cas de l'espèce, en sanctionnant toute atteinte à l'effectivité de l'une ou l'autre des composantes du droit à procès équitable en cause.

De même peut-on rattacher à cette catégorie, le principe de la contradiction, consubstantiel à l'exercice par le juge de sa fonction juridictionnelle. Dans toutes les situations dans lesquelles il trouve matière à s'appliquer, la vérification de son respect ou de sa méconnaissance donne lieu à un contrôle approfondi par toutes les chambres de la Cour de cassation. Aussi bien, ce point n'est-il ici mentionné que pour simple mémoire.

On consacrerait, en revanche, quelques développements à une construction jurisprudentielle particulière, fondée tout à la fois sur le principe de la contradiction et sur le droit d'accès au juge, selon laquelle une juridiction ne peut priver une partie d'un accès au juge en raison de la commission d'une erreur procédurale qu'elle a elle-même provoquée.

Il s'agit de situations, qui ne sont pas rares, dans lesquelles la partie - qu'elle soit représentée ou non - est induite en erreur par la juridiction, rendant par conséquent imprévisible la formalité qu'elle aurait dû accomplir.

Dans ces hypothèses, dès lors qu'est retenue l'existence d'une erreur provoquée, au terme d'une appréciation qui, par nature, ne peut qu'être portée qu'*in concreto*, la deuxième chambre civile écarte systématiquement la sanction de l'erreur. Ce faisant, elle ne fait que se conformer à une jurisprudence aussi précise que constante de la Cour européenne en cette matière⁷. Pour illustrations :

- 2e civ., 24 septembre 2015, pourvoi n° 14-21.145, Bull. 2015, II, n° 219 : La faculté d'accorder ou de refuser le renvoi d'une affaire ne relève du pouvoir discrétionnaire du juge que si les parties ont été mises en mesure d'exercer leur droit à un débat oral et le juge, qui veille au bon déroulement de l'instance, doit, en toutes circonstances, faire observer le principe de la contradiction et s'assurer que le défendeur a été en mesure d'être entendu.

⁷ Selon la Cour européenne, si le non-respect des conditions pour agir résulte d'une erreur commise par un auxiliaire de justice, l'irrecevabilité du recours constitue une entrave au droit d'accès à un tribunal (CEDH, *Léoni c/ Italie*, 26 octobre 2000, req. n° 43269/98 : erreur commise par le greffe d'une cour d'appel ; *Platakou c/ Grèce*, 11 janvier 2001, req. n° 38460/97 : erreur commise par un huissier de justice, *Barbier c/ France*, 17 janvier 2006, req. n° 76093/01 : transmission tardive d'un appel par les services pénitentiaires.

Encourt la censure le jugement rendu par le juge d'un tribunal d'instance statuant en matière de surendettement qui refuse à l'audience des débats une demande de renvoi adressée par courriel en écartant le motif invoqué alors qu'il résulte des pièces de la procédure que le défendeur avait été préalablement informé par un courriel en réponse émanant du tribunal que sa demande avait été accueillie et l'audience reportée.

- 2e civ., 25 juin 2015, pourvoi n° 14-22.158, Bull. 2015, II, n° 166 : Viole les articles 177 et 277 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991, ensemble les articles 446-1 et 946 du code de procédure civile, le premier président d'une cour d'appel, statuant en matière de contestation d'honoraires d'avocat, qui écarte les conclusions d'une partie alors qu'il l'avait dispensée de comparaître, ce dont il résultait qu'elle pouvait valablement présenter ses observations par écrit, sous réserve de respecter le principe de la contradiction.

- 2e Civ., 11 mai 2017, pourvoi n° 16-17.084, Bull. 2017, II, n° 96 : En application de l'article 16 du code de procédure civile, ensemble les articles 963 du même code et 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'irrecevabilité de l'appel faute de justification de l'acquiescement par l'appelant du droit prévu à l'article 1635 bis P du code général des impôts ne peut être prononcée sans que l'avocat de l'appelant ait été invité à s'expliquer sur ce défaut de justification ou qu'à tout le moins un avis d'avoir à justifier de cet acquiescement lui ait été préalablement adressé par le greffe. Encourt en conséquence la censure l'arrêt d'une cour d'appel qui prononce une telle irrecevabilité alors que l'avis préalablement adressé par le greffe à l'avocat de l'appelant en vue de cette justification comportait une erreur sur l'identité de l'avocat destinataire de cette demande de sorte qu'il n'était pas établi que l'appelant, dont l'avocat n'avait pas été invité à s'expliquer sur la fin de non-recevoir, avait été à tout le moins mis en mesure par cet avis de régulariser la situation donnant lieu à cette fin de non-recevoir.

- (*a contrario*), 2e Civ., 7 juin 2018, pourvoi n° 17-14.694, non publié : « que l'article 902 , alinéa 2, du code de procédure civile n'exige pas la mention, dans l'avis donné par le greffe à l'avocat de l'appelant d'avoir à signifier la déclaration d'appel, du délai d'un mois dans lequel cette signification doit avoir lieu en application de l'alinéa 3 de ce même article ; que l'avis du greffe (...) adressé à cette fin à [l'appelant] indiquant ce délai d'un mois, n'est pas en soi de nature à induire en erreur l'avocat, professionnel averti, qui en est destinataire en qualité de représentant d'une partie demeurant à l'étranger, quant au bénéfice de la prorogation de ce délai dont il dispose en vertu de l'article 911-2 du même code. »

On mentionnera incidemment que dans son arrêt du 8 avril 2016, l'assemblée plénière de la Cour de cassation, appelée, à l'occasion d'un pourvoi, qui lui avait été renvoyé, à se prononcer sur la possibilité d'exercer un contrôle de proportionnalité *in concreto*, n'a pas raisonné différemment :

- Ass. plén., 8 avril 2016, pourvoi n° 14-18.821, Bull. 2016, Ass. plén, n° 1 : Le délai de contredit prévu par l'ancien article 82 du code de procédure civile ne court pas contre la partie qui a reçu, avant son expiration, une notification du jugement, non prévue par ces dispositions, mentionnant une voie de recours erronée.

On précisera, enfin, que si certains des arrêts de cassation qui viennent d'être évoqués sont rendus au visa de l'article 6, §1, de la Convention, d'autres se contentent de viser les textes de droit interne dès lors que leur application peut suffire à asseoir la censure de la décision en cause. Il en va ainsi, en particulier, des textes régissant le principe de la contradiction, dont, par nature, l'appréciation du respect ou de la méconnaissance est fonction des circonstances de l'espèce.

EN GUISE DE CONCLUSION

Le contrôle de conventionnalité mis en œuvre par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation en matière de droits procéduraux s'inspire de l'esprit qui anime la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droits de procédure et épouse la logique qui la sous-tend.

A ce titre, il diffère selon le droit en cause et procède, le plus souvent, d'une mise en balance, non pas des intérêts particuliers en présence, mais de l'atteinte au droit invoqué au regard de l'objectif poursuivi par la loi de procédure.

Il répond à un objectif double, pleinement assumé : d'une part, élaborer une jurisprudence claire, précise, lisible et prévisible, propre à garantir une sécurité juridique aux parties au procès, lesquelles doivent être mises en mesure de connaître à l'avance les règles de procédure applicables ; d'autre part, assurer le respect des droits garantis par les articles 6, §1, et 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, tels qu'interprétés par la jurisprudence de la Cour européenne.

Pour maintenir, à l'équilibre, ces deux ordres de préoccupation, en tension, le contrôle de conventionnalité exercé par la chambre en cette matière exige un ajustement fin, qui, selon le droit garanti ou sa composante en cause, peut varier dans ses modes de réalisation.

C'est bien en mettant ses pas dans ceux de la Cour européenne des droits de l'homme que la deuxième chambre civile de la Cour de cassation use de tous les ressorts du contrôle de conventionnalité *in abstracto*, qu'elle recourt systématiquement à l'interprétation des textes de droit interne en conformité et à la lumière de la norme européenne et qu'elle donne, enfin, une pleine efficacité aux mécanismes législatifs ou réglementaires investissant le juge d'un pouvoir d'appréciation *in concreto* destiné à assurer le respect du droit d'accès effectif à un tribunal.

**

*

**III. Note sur la notion de marge d'appréciation de l'Etat
dans la jurisprudence
de la Cour européenne des droits de l'homme**

Service des relations internationales
Mme Merloz



La notion de marge d'appréciation de l'Etat dans la jurisprudence de la Cour EDH

La notion de marge d'appréciation n'apparaît pas dans le texte de la Convention ni même dans ses travaux préparatoires. Il s'agit d'une création jurisprudentielle apparue pour la première fois dans le rapport de la Commission dans l'affaire Grèce c Royaume Uni en 1958 et qui a depuis connu un développement majeur.

Il est très difficile de dresser un tableau précis de l'usage que fait la Cour EDH de la notion de marge d'appréciation. En effet, la Cour EDH statuant *in concreto*, chaque conclusion à laquelle la Cour EDH arrive dans ses arrêts sur la question de la marge d'appréciation est nécessairement liée aux circonstances de chaque espèce. La notion de marge nationale d'appréciation est un outil de régulation qui est amené à évoluer en permanence.

La présente analyse est dès lors par définition schématique. De façon générale, on peut relever que la notion de marge d'appréciation de l'Etat est liée aux principes de subsidiarité (la Cour n'a pas vocation à revenir sur l'appréciation faite par les juridictions internes, elle n'est pas un 4^{ème} degré de juridiction) et de proportionnalité. En outre, l'existence de la marge d'appréciation de l'Etat et son caractère plus ou moins large sont liés à l'existence ou non d'un consensus européen en ce domaine (même si cette notion de consensus européen n'est pas sans soulever des questions comme le souligne le professeur Sudre dans son article « La mystification du consensus européen »)

La notion de marge d'appréciation joue un rôle important pour les articles comprenant une clause dite d'ordre public (articles 8 à 11) ainsi que pour les articles 1 du Protocole n°1 (droit de propriété) et l'article 14 (non-discrimination). Son rôle est plus réduit voire inexistant pour les autres articles.

Brève analyse article par article :

Article 2 (droit à la vie) : L'article 2 figure parmi les articles primordiaux de la Convention et aucune dérogation au titre de l'article 15 n'y est autorisée en temps de paix. Combiné à l'article 3, il consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe (Giuliani et Gaggio c. Italie [GC], § 174). À ce titre, il doit faire l'objet d'une interprétation stricte (McCann et autres c. Royaume-Uni, § 147). **La notion de marge d'appréciation intervient dans le cadre du champ des obligations positives de l'Etat :** *dans le contexte des obligations positives de l'État, lorsqu'elle a été saisie de*

questions scientifiques, juridiques et éthiques complexes portant en particulier sur le début ou la fin de la vie et en l'absence de consensus entre les États membres, la Cour a reconnu à ces derniers une certaine marge d'appréciation (arrêt Lambert § 144-148)

Articles 3 (interdiction de la torture) ; **4** (interdiction de l'esclavage) ; **7** (légalité des peines) : **pas de marge d'appréciation (droits absolus)**

De la même façon la notion de marge d'appréciation n'entre pas en compte dans le cadre de **l'article 4 du protocole n°7** (non bis in idem)

Article 5 (droit à la liberté et la sûreté) : la notion de marge d'appréciation n'intervient pas vraiment dans le cadre de cet article. On peut relever un arrêt DL c Bulgarie (19 mai 2016) relatif au placement d'une mineure dans un centre pour « enfants en crise » dans lequel la Cour a relevé que « dans la mise en oeuvre d'un système pédagogique et éducatif, l'État jouit d'une certaine marge d'appréciation (D.L. c. Bulgarie, § 77). »

Par ailleurs dans l'arrêt SV c Danemark (GC 22 octobre 2018) : Avec les articles 2, 3 et 4, l'article 5 de la Convention figure parmi les principales dispositions garantissant les droits fondamentaux qui protègent la sécurité physique des personnes, et en tant que tel, il revêt une importance primordiale. Il a essentiellement pour but de protéger l'individu contre une privation de liberté arbitraire ou injustifiée. Trois grands principes en particulier ressortent de la jurisprudence de la Cour : la règle selon laquelle les exceptions, dont la liste est exhaustive, appellent une interprétation étroite et ne se prêtent pas à l'importante série de justifications prévues par d'autres dispositions (les articles 8 à 11 de la Convention en particulier) ; la régularité de la privation de liberté, sur laquelle l'accent est mis de façon répétée du point de vue tant de la procédure que du fond, et qui implique une adhésion scrupuleuse à la prééminence du droit ; et l'importance de la promptitude ou de la célérité des contrôles juridictionnels requis (Buzadji c. République de Moldova [GC], no [23755/07](#), § 84, CEDH 2016 (extraits), avec les références qui s'y trouvent citées). (...)

*§123 Comme la Cour l'a déjà dit, l'article 5 ne saurait s'interpréter de manière à empêcher la police de remplir ses devoirs de maintien de l'ordre et de protection du public, sous réserve qu'elle respecte le principe qui sous-tend cette disposition, à savoir la protection de l'individu contre l'arbitraire (Ostendorf, précité, § 88). **La police doit jouir d'une certaine marge d'appréciation dans l'adoption de décisions opérationnelles.***

Article 6 (procès équitable) : la notion de marge d'appréciation est utilisée mais ne joue pas un rôle majeur

cf Viard c France (9 janvier 2014) La Cour rappelle que le « droit à un tribunal », dont le droit d'accès constitue un aspect, n'est pas absolu et se prête à des limitations implicitement admises, notamment en ce qui concerne les conditions de la recevabilité d'un recours, **car il appelle de par sa nature même une réglementation par l'Etat, lequel jouit à cet égard d'une certaine marge d'appréciation** (García Manibardo c. Espagne, no [38695/97](#), § 36, CEDH 2000-II, Berger c. France, no [48221/99](#), § 30, CEDH 2002-X, et Gruais et Bousquet c. France, no [67881/01](#), § 26, 10 janvier 2006). Néanmoins, les limitations appliquées ne doivent

pas restreindre l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même. En outre, elles 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 (Bellet c. France, arrêt du 4 décembre 1995, § 31, série A n° 333-B, Guérin c. France, 29 juillet 1998, § 37, Recueil des arrêts et décisions 1998-V, Gruais et Bousquet, précité, § 26, et Sabeh El Leil c. France [GC], n° [34869/05](#), § 47, 29 juin 2011).

Articles 8-11 (vie privée⁸ ; liberté de pensée et de croyance⁹ ; liberté d'expression¹⁰, liberté d'association¹¹) : la notion de marge d'appréciation des Etats est couramment utilisée et joue un rôle majeur. Elle est plus ou moins large selon les circonstances de l'espèce. La notion apparaît dans le cadre de l'examen de la proportionnalité de l'ingérence (nécessaire dans une société démocratique) Exemples : si absence de consensus européen en général large marge d'appréciation notamment sur un sujet de société (sauf dans le cas de la GPA car droit à l'identité des enfants cf Mennesson) ; s'il s'agit des rapports entre l'Eglise et l'Etat : ample marge d'appréciation ; si intérêts concurrents, issus de droits de même niveau, sont en balance (article 8 / 10 par exemple), elle est large ; elle est moindre s'agissant de la liberté d'expression en matière de débat d'intérêt général.

Article 14¹² : la marge d'appréciation est prise en compte dans le cadre du contrôle de proportionnalité de la justification de la différence de traitement : *les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement. L'étendue de cette marge varie selon les circonstances, les domaines et le contexte.*

Article 15 (dérogation)¹³ : marge d'appréciation de l'Etat quant à l'appréciation des circonstances nationales justifiant de recourir à l'article 15

Article 1P1 (droit de propriété¹⁴) : marge d'appréciation de l'Etat notamment pour définir ce qu'est l'intérêt général ou l'utilité publique. Voir par ex Belane Nagy c Hongrie (13 décembre 2016, GC) : *La Cour estime naturel que la marge d'appréciation laissée au législateur dans la mise en œuvre des politiques économiques et sociales soit étendue et elle respectera les choix de ce dernier en matière d'« utilité publique », sauf s'ils se révèlent manifestement dépourvus de base raisonnable (voir, mutatis mutandis, Ex-roi Grèce et autres c. Grèce [GC], n° 25701/94, § 87, CEDH 2000-XII, Wiczorek, précité, § 59, Frimu et 4 autres requêtes c. Roumanie (déc.), n° 45312/11, 45581/11, 45583/11, 45587/11 et 45588/11, § 40, 7 février*

⁸ Ex affaire Klass c Allemagne 6 septembre 1978

⁹ Ex affaire SAS c France 1^{er} juillet 2015

¹⁰ Ex affaire Handyside c Royaume Uni 7 décembre 1976

¹¹ Ex Barraco c France (§42) 5 mars 2009

¹² Affaire linguistique belge 23 juillet 1968 ; affaire Molla Sali c Grèce (GC) §136 2018

¹³ Affaire Lawless c Irlande commission 19 décembre 1959

¹⁴ Affaire Phocas c France 23 avril 1996 §55 : Avec le Gouvernement et la Commission, la Cour rappelle que les Etats contractants jouissent d'une grande marge d'appréciation pour mener leur politique d'urbanisme (arrêt Sporong et Lönnroth précité, p. 26, par. 69). Elle tient pour établi que ladite ingérence répondait aux exigences de l'intérêt général.

2012, *Panfile c. Roumanie (déc.)*, n° 13902/11, 20 mars 2012, et *Gogitidze et autres c. Géorgie*, n° 36862/05, § 96, 12 mai 2015).

**IV. Réponse de l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat
et à la Cour de cassation**

Réponse de l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation au groupe de travail sur le contrôle de proportionnalité.

L'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation partage, pour l'essentiel, les conclusions du rapport d'étape qui lui a été transmis.

Le contrôle de proportionnalité est, en effet, profondément différent selon qu'il est effectué *in abstracto* ou *in concreto*.

Lorsqu'il porte sur la conventionnalité d'une norme juridique, il est, à l'évidence, de pur droit et la Cour de cassation doit contrôler elle-même cette conventionnalité.

Lorsqu'il porte sur la conventionnalité de l'application d'une norme juridique à une situation de fait, il n'est de pur droit que si les constatations de fait de l'arrêt attaqué permettent à la Cour de cassation d'effectuer ce contrôle.

Et il ne semble pas anormal ou choquant que l'intensité de son contrôle varie en fonction des droits et libertés mis en cause.

Il s'agit, en effet, d'un contrôle de la qualification juridique des faits. Or, ce type de contrôle a toujours varié dans la jurisprudence de la Cour, celle-ci contrôlant certaines qualifications juridiques considérées comme essentielles, et laissant à l'appréciation souveraine des juges du fond d'autres qualifications pour lesquelles elle souhaite qu'ils disposent d'une importante marge d'appréciation. Les variations du contrôle sur la qualification de faute l'illustre très bien. Cette qualification est, normalement, contrôlée par le juge de cassation, mais elle ne l'est pas en matière de divorce ou de licenciement.

Or, les droits et libertés garantis par la Convention européenne des droits de l'homme sont d'une intensité variable. La Cour européenne le reconnaît elle-même. Ainsi, les « traitements inhumains et dégradants » ne peuvent, en aucun cas, être tolérés, alors que l'atteinte à la vie privée peut l'être dans certains cas. De même, la Cour reconnaît une marge d'appréciation aux Etats différente selon les questions qui lui sont soumises.

L'Ordre des avocats aux Conseils ne considère donc pas comme choquant que l'intensité du contrôle de la Cour de cassation varie d'un droit fondamental à un autre. Ce qui ne serait pas satisfaisant, c'est que pour un même droit fondamental, l'intensité du contrôle varie entre les chambres mais tel ne semble pas être le cas.

Si l'on ne peut pas être, sur ce point, absolument affirmatif, c'est parce que l'étendue du contrôle n'est pas toujours définie avec précision. Ainsi, certaines décisions (V. par ex. : Civ. 1, 12 sept. 2019, n° 18-20.472) ne permettent pas de savoir si la Cour de cassation a approuvé simplement les juges du fond d'avoir procédé à la balance des intérêts ou si elle a validé cette balance elle-même. Une clarification de l'étendue du contrôle serait donc bienvenue.

Sur la question de la rédaction des moyens, il nous semble que, d'ores et déjà, les moyens fondés sur une atteinte disproportionnée à un droit fondamental sont plus développés, dans leur formulation, que les moyens « classiques ».

Quant à la qualification de moyen de pur droit, le demandeur a toujours, à l'évidence, intérêt à l'invoquer si le moyen de cassation est nouveau. S'il ne le fait pas, il s'expose à voir son

moyen déclaré irrecevable, même si le juge doit, selon nous, d'office s'interroger sur cette qualification.

Louis Boré

Président de l'Ordre

François Molinié

Président désigné de l'Ordre



COUR DE CASSATION

5 quai de l'Horloge TSA 79201 - 75055 Paris cedex 01

courdecassation.fr