

COUR DE CASSATION

**RECUEIL ANNUEL
DES ÉTUDES
2023**



La Documentation
française



**La lutte contre les enlèvements
d'enfants à travers les frontières :
dix ans de jurisprudence de la première
chambre civile de la Cour de cassation
(2012-2022)**

**Le contrôle de proportionnalité pratiqué
par la Cour de cassation en matière
de procédure civile**

**Les exclusions de garantie
en droit des assurances**

**La prescription
en droit du travail**



A V E R T I S S E M E N T

La Cour de cassation entend rappeler ce qui suit :

En application du code de la propriété intellectuelle, toute reproduction ou représentation, intégrale ou partielle de la présente publication, faite par quelque procédé que ce soit (reprographie, microfilmage, scannérisation, numérisation...), sans le consentement de l'éditeur ou de ses ayants droit ou ayants cause, est illicite et constitue une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

Il est également précisé que l'usage abusif et collectif de la photocopie met en danger l'équilibre économique des circuits du livre.

© Direction de l'information légale et administrative, Paris, 2023

Direction artistique pour la couverture et les pages 1 et 2 : Service de communication de la Cour de cassation

ISBN : 978-2-11-157853-1

ISSN : 0984-5925

LISTE DES CONTRIBUTEURS

M. Hugues Fulchiron, conseiller en service extraordinaire à la première chambre civile de la Cour de cassation ;

Mme Lise Leroy-Gissingner, conseillère doyenne à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation ;

M. François Besson, conseiller à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation ;

M. Samuel Ittah, conseiller référendaire à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation ;

M. Jean-François Zedda, conseiller référendaire à la troisième chambre civile de la Cour de cassation ;

La chambre sociale de la Cour de cassation en les personnes de M. Philippe Flores, conseiller ; Mme Sylvaine Laulom, avocate générale en service extraordinaire ; Mmes Marie-Pierre Lanoue et Julie Thomas-Davost, conseillères référendaires ; Mme Anne Molina, avocate générale référendaire.

MEMBRES DU COMITÉ ÉDITORIAL

Mme la présidente Sandrine Zientara, présidente de chambre, directrice du SDER (présidente du comité) ;

M. Édouard Rottier (conseiller référendaire, directeur du projet *Open data* et chef du pôle diffusion et valorisation de la jurisprudence - SDER) ;

Mme Céline Gaudillère (auditrice, cheffe du bureau de la diffusion et de la valorisation de la jurisprudence - SDER) ;

Mme Florence Marguerite (conseillère référendaire, chargée de mission de la première présidence) ;

Mme Valérie Champ (conseillère référendaire - première chambre civile) ;

Mme Julie Vigneras (conseillère référendaire, chargée de mission - deuxième chambre civile) ;

M. Jean-François Zedda (conseiller référendaire - troisième chambre civile) ;

M. Ronan Guerlot (conseiller référendaire - chambre commerciale, financière et économique) ;

Mme Marie-Pierre Lanoue (conseillère référendaire - chambre sociale) ;

M. Benjamin Joly (conseiller référendaire - chambre criminelle) ;

Mme Sylvaine Laulom (avocate générale en service extraordinaire - chambre sociale) ;

M. Bruno Sturlèse (avocat général - troisième chambre civile) ;

Mme Frédérique Dreifuss-Netter (conseillère honoraire désignée en sa qualité d'ancienne universitaire) ;

Mme Anna Mourao (juriste assistante au bureau de la diffusion et de la valorisation de la jurisprudence - SDER).

La coordination a été assurée par le bureau de la diffusion et de la valorisation de la jurisprudence du service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation (SDER), sous la responsabilité de Mme Céline Gaudillère.

SOMMAIRE

LISTE DES CONTRIBUTEURS	3
MEMBRES DU COMITÉ ÉDITORIAL	3
LA LUTTE CONTRE LES ENLÈVEMENTS D'ENFANTS À TRAVERS LES FRONTIÈRES : DIX ANS DE JURISPRUDENCE DE LA PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE DE LA COUR DE CASSATION (2012- 2022), Étude de la première chambre civile	7
LE CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ PRATIQUÉ PAR LA COUR DE CASSATION EN MATIÈRE DE PROCÉDURE CIVILE, Étude de la deuxième chambre civile	33
LES EXCLUSIONS DE GARANTIE EN DROIT DES ASSURANCES, Étude des deuxième et troisième chambres civiles	51
LA PRESCRIPTION EN DROIT DU TRAVAIL, Étude de la chambre sociale	89
TABLE DES MATIÈRES	119



**LA LUTTE CONTRE
LES ENLÈVEMENTS
D'ENFANTS À TRAVERS
LES FRONTIÈRES : DIX
ANS DE JURISPRUDENCE
DE LA PREMIÈRE
CHAMBRE CIVILE
DE LA COUR DE
CASSATION (2012-2022),
Étude de la première
chambre civile ¹**

1. Étude rédigée par M. Hugues Fulchiron, conseiller en service extraordinaire à la première chambre civile de la Cour de cassation.

Résumé : La lutte contre les enlèvements d'enfants constitue un des grands enjeux de la coopération judiciaire internationale en matière familiale. Elle suppose la mise en œuvre d'instruments européens et internationaux très innovants, tels que la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 et les règlements Bruxelles II *bis* et Bruxelles II *ter*, sous le regard vigilant de la CJUE mais aussi de la CEDH, soucieuses de préserver les droits des intéressés et, au premier chef, de garantir le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant victime de l'enlèvement. La Cour de cassation veille à la stricte application par les juges du fond, ainsi qu'à la bonne articulation, des règles nationales, européennes et internationales, dans la recherche permanente d'un juste équilibre entre efficacité des mécanismes européens et conventionnels (notamment le principe du retour immédiat de l'enfant dans le pays où il avait sa résidence habituelle avant son déplacement illicite), respect de l'intérêt supérieur de l'enfant, protection des droits des parents, garantie d'un processus juridictionnel équitable, célérité des procédures et effectivité des décisions.

INTRODUCTION

Pour lutter contre les déplacements illicites d'enfants à travers les frontières, la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 et les règlements dits Bruxelles II *bis*² et Bruxelles II *ter*³ ont mis en place des mécanismes de coopération particulièrement innovants. L'ensemble du système repose sur le principe du retour immédiat de l'enfant dans le pays où il avait sa résidence habituelle avant le déplacement. L'examen de dix ans de jurisprudence (2012-2022) de la Cour de cassation traduit la volonté d'assurer l'efficacité des mécanismes européens et internationaux tout en garantissant, sous le regard vigilant de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), le respect des droits de toutes les personnes intéressées et, avant tout chose, la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Parmi les droits de l'enfant que proclame la Convention relative aux droits de l'enfant, dite aussi Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE), il en est un qui, dans un monde où personnes et familles circulent de plus en plus, revêt une importance particulière : le droit de l'enfant de conserver des relations avec ses deux parents⁴. En cas de conflit familial, la tentation est grande en effet pour un des parents de mettre une frontière entre l'enfant et l'autre parent en essayant de jouer sur la diversité des juges et des lois et en misant, au besoin, sur les phénomènes de « nationalisme » des autorités et des opinions publiques locales⁵.

Consciente du problème et de ses enjeux, la CIDE affirme à son article 11 l'obligation pour les États de lutter contre les enlèvements d'enfants.

Si la question engendre des drames humains auxquels ne peuvent être apportées que des réponses juridiques partielles et toujours insuffisantes, le droit peut au moins offrir aux parents les instruments susceptibles de faire respecter leurs prérogatives, et, surtout, d'assurer la protection de l'enfant et de ses droits.

Parmi les nombreux instruments internationaux destinés à lutter contre ce fléau, la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants s'impose aujourd'hui comme le texte de référence⁶. Elle repose sur deux postulats. D'une part, l'enfant est considéré comme la première victime de l'enlèvement : il faut le protéger en dissuadant le parent ravisseur potentiel de passer à l'acte. Pour cela, la Convention pose un principe simple : le retour immédiat de l'enfant dans son pays de résidence habituelle afin de « désactiver » le phénomène de frontière

2. Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000.

3. Règlement (UE) 2019/1111 du Conseil du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants (refonte).

4. Article 9 de la CIDE.

5. H. Fulchiron (dir.), *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, Bruylant, 2004.

6. Sur ce texte, cf. le site de la Conférence de La Haye de droit international privé, les nombreux travaux qui y figurent et la base de jurisprudence INCADAT.

derrière lequel s'abrite le parent ravisseur. D'autre part, il est nécessaire, dans l'intérêt de l'enfant, de maintenir les liens entre celui-ci et chacun de ses parents.

La règle est donc celle du retour immédiat (article 1^{er}) : les autorités de l'État « refuge » saisies par le parent dont les droits ont été violés doivent ordonner le retour de l'enfant, sans se prononcer sur le fond de l'affaire, *i. e.* sur les modalités d'exercice de la responsabilité parentale, notamment sur le droit de garde. Seules sont compétentes pour statuer sur ces questions les autorités de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle avant le déplacement illicite. De plus, selon l'article 11, alinéa 1, les autorités administratives et judiciaires de l'État requis « doivent procéder d'urgence en vue du retour de l'enfant ». Prêtant la main à la Convention, la CEDH, s'appuyant sur le droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, fait peser sur les États parties une « obligation positive » de prendre « les mesures nécessaires au retour de l'enfant » et de les prendre « le plus rapidement possible »⁷.

Il ne peut être fait exception au retour que dans les hypothèses visées par la Convention de La Haye aux articles 12, 13 et 20 (*cf. infra*). Pour renforcer l'effectivité de la procédure tendant au retour de l'enfant, la Convention a notamment prévu la mise en place d'autorités centrales chargées de satisfaire aux obligations qui s'imposent aux États parties, des délais pour prendre les mesures de retour (tant il est vrai que le temps est une arme redoutable entre les mains du parent qui a enlevé l'enfant), la spécialisation des juridictions⁸ et, surtout, des mécanismes de coopération entre autorités centrales et entre autorités judiciaires.

La Convention a connu un grand succès, par le nombre de ratifications dont elle a fait l'objet, mais aussi par ses résultats : soutenue par une politique très active de la Conférence de La Haye (rédaction de Guides de bonnes pratiques, sessions de suivi, formations et séminaires de magistrats, création d'un site rassemblant la jurisprudence rendue sur la Convention par les juridictions du monde entier, etc.⁹), elle constitue l'instrument de référence dans la lutte contre les enlèvements.

L'Union européenne a également fait de la lutte contre les enlèvements une de ses priorités. Par souci d'efficacité, elle a choisi de s'appuyer sur les mécanismes conventionnels plutôt que de créer son propre instrument. L'idée, portée par le règlement Bruxelles II *bis* et développée encore par le règlement Bruxelles II *ter*, est de pousser plus loin la logique conventionnelle dans les rapports entre États membres.

7. Pour une présentation en français de la Convention, *cf.* E. Gallant, *JCl. Droit international*, fasc. 549-30 « Enlèvement international d'enfants : la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 », LexisNexis, 19 juillet 2019. Pour une bibliographie complète, *cf.* le site de la Conférence de La Haye de droit international privé.

8. En France le traitement des enlèvements d'enfants est réservé à certains tribunaux judiciaires répartis sur le territoire.

9. *Cf.* le site de la Conférence de La Haye de droit international privé, notamment les Guides de bonnes pratiques et les Manuels, les comptes rendus des commissions spéciales et des groupes de travail, les communications judiciaires, la « boîte à outils », les bases de données statistiques, la « Lettre des juges », la précieuse base de données jurisprudentielles INCADAT et la création d'un réseau judiciaire spécialisé.

Le règlement Bruxelles II *bis* a ainsi précisé certaines notions, notamment la notion de garde conjointe. Il a assuré l'audition de l'enfant qui, dans certains pays membres, revêt une importance considérable en raison de la lecture qu'ils font de leurs engagements internationaux ou, comme en Allemagne, de leurs exigences constitutionnelles. Il a accéléré le processus décisionnel en fixant des délais stricts. Il a limité encore le recours aux exceptions prévues par l'article 13 : ainsi, selon l'article 11, § 4, du règlement, une juridiction ne peut refuser le retour de l'enfant, en raison du danger que courrait celui-ci¹⁰, « s'il est établi que des dispositions adéquates ont été prises pour assurer la protection de l'enfant après son retour ». Surtout, le règlement est allé au-delà de la Convention en donnant le dernier mot aux autorités de la résidence habituelle : selon l'article 11, § 8, « nonobstant une décision de non-retour rendue en application de l'article 13 de la Convention de La Haye de 1980, toute décision ultérieure ordonnant le retour de l'enfant rendue par une juridiction compétente en vertu du présent règlement est exécutoire » de plein droit, « en vue d'assurer le retour de l'enfant ».

La lutte contre les enlèvements d'enfants constitue un des principaux objectifs du règlement Bruxelles II *ter*¹¹, entré en application le 1^{er} août 2022¹². Il lui consacre un chapitre entier¹³. En particulier, le nouveau règlement précise les délais à respecter pour rendre une décision de retour exécutoire¹⁴. Il concentre les juridictions compétentes pour statuer sur le fondement de la Convention¹⁵. Il limite les voies de recours et invite le juge à examiner si la décision ordonnant le retour doit être exécutoire par provision quand bien même son droit interne ne prévoirait pas une telle possibilité. Il oblige l'État membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle avant son déplacement ou son non-retour illicites à procéder à un examen minutieux de l'intérêt supérieur de l'enfant avant qu'une décision de garde définitive, impliquant éventuellement le retour de l'enfant, ne soit rendue¹⁶. S'il existe un risque que l'enfant soit exposé à un grave danger ou se retrouve dans une situation intolérable en cas de renvoi dans le pays de résidence habituelle, il prévoit la possibilité pour les juridictions de l'État membre de refuge d'ordonner des mesures de protection d'urgence pouvant également, le cas

10. Cf. article 13, b, de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980.

11. Sur ce texte, cf. not. S. Corneloup et T. Kruger, « Le règlement 2019/1111, Bruxelles II : la protection des enfants gagne du ter(rain) », *Rev. crit. DIP* 2020, p. 215.

12. Le règlement s'applique « aux actions judiciaires intentées, aux actes authentiques dressés ou enregistrés et aux accords enregistrés le ou après le 1^{er} août 2022 » (article 100). Pour les décisions rendues, même après le 1^{er} août 2022 à la suite d'actions judiciaires intentées avant le 1^{er} août 2022, l'ancien règlement Bruxelles II *bis* continue à s'appliquer.

13. Chapitre III, articles 22 et s.

14. Six semaines pour statuer en première instance, sauf circonstances exceptionnelles, six semaines pour les juridictions supérieures (article 24, §§ 2 et 3).

15. Le règlement favorise la communication directe entre autorités centrales ou entre juges compétents pour apprécier les « dispositions adéquates » mises en place dans l'État membre vers lequel le retour de l'enfant doit être ordonné (article 27, § 4).

16. Ce qui implique l'obligation d'entendre l'enfant, en recourant au besoin à des techniques telles que la vidéoconférence.

échéant, « voyager avec l'enfant » dans l'État de sa résidence habituelle lorsqu'une décision définitive sur le fond doit être prise (article 27, § 5¹⁷).

La volonté de lutter contre les enlèvements d'enfants est relayée par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), qui, à plusieurs reprises, s'est prononcée en faveur d'une application « proactive », si l'on ose dire, des mécanismes réglementaires¹⁸.

Après quelques hésitations dans les premières années d'application de la Convention, les juridictions françaises se sont prononcées en faveur d'une interprétation stricte du texte sous le contrôle vigilant de la Cour de cassation¹⁹. La plupart des juridictions étrangères ont fait le même choix, comme en témoigne la base de données jurisprudentielles disponible sur le site de la Conférence de La Haye de droit international privé²⁰. En Europe, une telle position ne pouvait qu'être confortée par celle de la CJUE.

Reste que la volonté de donner aux mécanismes conventionnels et réglementaires leur pleine efficacité doit se combiner avec le souci de respecter les droits des personnes intéressées dans chaque cas particulier et, au premier chef, les droits et l'intérêt supérieur de l'enfant, apprécié *in concreto*. La CEDH y veille, qui s'assure, notamment, que chacun a bénéficié des garanties d'un procès équitable et que les décisions prises l'ont été en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant concerné²¹. En résulte une certaine tension dans l'application de la Convention, les juges nationaux devant, en la matière, faire usage d'une attention et d'une célérité particulières. À eux de trouver le juste équilibre.

L'examen de dix ans de jurisprudence (2012-2022) de la Cour de cassation traduit cette volonté d'assurer l'efficacité des mécanismes européens et internationaux (I) dans le respect des droits des intéressés et de l'intérêt supérieur de l'enfant (II).

17. Ces mesures seront reconnues de plein droit dans cet État et cesseront de s'appliquer dès que ses juridictions auront pris les dispositions nécessaires (par exemple sur le droit de visite du parent auteur de l'enlèvement).

18. Cf. D. Porcheron, « La jurisprudence des deux Cours européennes (CEDH et CJUE) sur le déplacement illicite d'enfant : vers une relation de complémentarité ? », *JDI* juillet 2015, doctr. 8, p. 821 et s.

19. Cf. E. Gallant, *JCl. Droit international*, fasc. 549-30 « Enlèvement international d'enfants : la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 », précité.

20. Base de données INCADAT.

21. Cf. F. Marchadier, « La contribution de la Cour européenne des droits de l'homme à l'efficacité des conventions de La Haye de coopération judiciaire et administrative », *Rev. crit. DIP* 2007, p. 677.

I. ASSURER L'EFFICACITÉ DES INSTRUMENTS DE COOPÉRATION

Pour assurer l'efficacité des mécanismes de coopération, la Cour de cassation veille à ce que les juges du fond respectent l'articulation entre les procédures au fond et la procédure de retour (A) et s'astreint à une interprétation stricte des termes de la Convention et du règlement (B).

A. Le respect de l'articulation entre procédures au fond et procédure de retour

À la base de tout le système, la Convention pose le principe selon lequel seul le juge de l'État où le mineur avait sa résidence habituelle avant le déplacement est compétent pour statuer au fond, *i. e.* sur la responsabilité parentale. Selon l'article 16 de la Convention : « Après avoir été informées du déplacement illicite d'un enfant ou de son non-retour dans le cadre de l'article 3, les autorités judiciaires ou administratives de l'État contractant où l'enfant a été déplacé ou retenu ne pourront statuer sur le fond du droit de garde jusqu'à ce qu'il soit établi que les conditions de la présente Convention pour un retour de l'enfant ne sont pas réunies, ou jusqu'à ce qu'une période raisonnable ne se soit écoulée sans qu'une demande en application de la Convention n'ait été faite. » La règle est également posée par l'article 9 du règlement Bruxelles II *ter* et par l'article 7 de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants.

Or, pour essayer de déjouer le mécanisme de retour immédiat, il arrive souvent que l'auteur du déplacement tente d'obtenir du juge du pays dans lequel il a installé sa nouvelle résidence une décision lui confiant l'enfant. La Cour de cassation censure les juges du fond qui auraient statué en méconnaissance des textes²². Lorsque les deux procédures (en retour et sur le fond) sont engagées parallèlement, le juge qui est saisi sur le fond doit donc surseoir à statuer en attendant l'issue de la procédure sur le déplacement illicite : selon la Cour, la cassation de l'arrêt refusant d'ordonner le retour immédiat conduit à l'annulation de la décision prise sur le fond qui se rattache à la première décision « par un lien de dépendance nécessaire »²³.

Il est également fréquent que le parent à qui l'enfant a été enlevé engage une procédure de retour immédiat devant le juge de l'État refuge et, parallèlement, introduise une action au fond dans l'État de sa résidence habituelle afin que la garde lui soit confiée exclusivement. Aux termes de l'article 17 de la Convention de La Haye de 1980 : « Le seul fait qu'une décision relative à la garde ait été rendue ou soit susceptible d'être reconnue dans l'État requis ne peut justifier le refus de renvoyer l'enfant dans le cadre de cette Convention, mais les autorités judiciaires ou administratives de l'État requis peuvent prendre en considération les motifs de cette décision qui rentreraient dans le

22. 1^{re} Civ., 25 janvier 2005, pourvoi n° 02-17.411, *Bull.* 2005, I, n° 36, ou, dans le cadre du règlement Bruxelles II *bis*, 1^{re} Civ., 5 mars 2014, pourvoi n° 12-24.780, *Bull.* 2014, I, n° 32.

23. 1^{re} Civ., 13 janvier 2016, pourvoi n° 15-13.812.

cadre de l'application de la Convention. » Il en va de même, *a fortiori*, lorsque la décision du juge du pays d'origine est une décision provisoire qui confie l'enfant au parent qui l'a enlevé pour la durée de la procédure²⁴.

À l'inverse, le juge qui statue sur la demande de retour n'est pas tenu par les motifs de la décision étrangère rendue sur le fond qui aurait attribué la garde au parent demandeur au retour²⁵. Mais, comme l'indique l'article 17 précité, il peut la « prendre en considération ».

Enfin, le principe de séparation des procédures sur le fond et sur le retour immédiat trouve son prolongement dans l'incompétence du juge qui ordonne le retour de l'enfant dans son pays d'origine pour statuer sur les conditions d'accueil de l'enfant chez le parent auprès duquel il est retourné. Il appartient aux autorités de l'État de résidence habituelle de l'enfant de statuer sur cette question, ce qui n'empêche nullement le juge qui ordonne le retour d'organiser les modalités de celui-ci. C'est ainsi que la Cour a jugé que : « sous le couvert d'un grief non fondé d'excès de pouvoir et d'une violation de l'article 12 de la Convention précitée, le moyen tend à remettre en cause, devant la Cour de cassation, les appréciations par lesquelles la cour d'appel a souverainement déterminé les modalités d'exécution de sa décision, en organisant le retour de l'enfant conformément aux objectifs du texte précité »²⁶ ; « c'est sans excéder ses pouvoirs que la cour d'appel a déterminé les modalités d'exécution de sa décision, en organisant le retour de l'enfant conformément aux objectifs des textes susvisés, après avoir exactement retenu que les conditions d'accueil de celle-ci par M. X... se trouvaient sous le contrôle des juridictions italiennes »²⁷.

B. L'interprétation stricte des termes de la Convention et du règlement

Le respect de la lettre des textes se traduit notamment par une stricte acception de deux notions clés de la Convention : les notions de déplacement illicite (A) et de résidence habituelle (B), deux notions qui ont suscité un contentieux relativement important.

1. La notion de déplacement illicite

En vertu de l'article 3 de la Convention²⁸, « Le déplacement ou le non-retour d'un enfant est considéré comme illicite :

a) lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde, attribué à une personne, une institution ou tout autre organisme, seul ou conjointement, par le droit de l'État

24. 1^{re} Civ., 8 juillet 2021, pourvoi n° 21-13.556, publié au *Bulletin* : le juge allemand, juge de la résidence habituelle, avait provisoirement transféré le droit de la résidence habituelle à la mère qui avait déplacé l'enfant en France ; *adde* 1^{re} Civ., 20 avril 2022, pourvois n° 21-23.055 et n° 21-23.056 dans une affaire franco-polonaise.

25. 1^{re} Civ., 27 juin 2019, pourvoi n° 19-14.464, publié au *Bulletin*.

26. 1^{re} Civ., 4 mars 2015, pourvoi n° 14-13.984.

27. 1^{re} Civ., 14 juin 2017, pourvoi n° 17-10.980.

28. Cf. article 2, § 11, du règlement Bruxelles II *ter*.

dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour ; et

b) que ce droit était exercé de façon effective seul ou conjointement, au moment du déplacement ou du non-retour, ou l'eût été si de tels événements n'étaient survenus.

Le droit de garde visé en a) peut notamment résulter d'une attribution de plein droit, d'une décision judiciaire ou administrative, ou d'un accord en vigueur selon le droit de cet État. »

Le juge doit constater que celui qui se plaint de l'enlèvement dispose bien d'un droit de garde²⁹ au sens de la Convention. Selon l'article 5 : « a) le "droit de garde" comprend le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence ».

La conception que se fait la Convention du « droit de garde » est donc très particulière. Elle est entièrement autonome, par rapport au droit de garde tel qu'il existe dans les différents droits nationaux, ce qui ne peut être que source d'ambiguïtés. En France, par exemple, le droit de garde a disparu des textes du code civil depuis 1987, mais il reste présent dans les esprits, avec une confusion persistante entre droit de garde et exercice de l'autorité parentale. Pour savoir si celui qui se plaint d'un enlèvement disposait bien d'un droit de garde au sens de la Convention, il convient donc d'analyser le droit étranger et/ou la décision étrangère pour savoir quels étaient les droits et obligations dont était investi l'intéressé et de les analyser par rapport à l'article 5, a, en faisant abstraction des qualifications nationales.

Ainsi, dans un arrêt du 24 juin 2015³⁰, la Cour de cassation censure-t-elle une cour d'appel qui avait refusé de dire qu'il y avait déplacement illicite alors que le juge mexicain avait fixé seulement à titre provisoire la résidence habituelle de l'enfant chez sa mère et que le père restait investi des autres composantes de la *patria potestad* du droit mexicain, la décision étant de plus assortie d'une interdiction de sortie du territoire : le père était donc bien titulaire d'un « droit de garde » au sens de la Convention.

De même, dans une affaire où, une décision russe ayant fixé la résidence de l'enfant chez sa mère et ayant reconnu un droit de communication au père, celui-ci demandait le retour de l'enfant emmené en France par sa mère, la Cour de cassation approuve-t-elle les juges du fond, qui avaient relevé que l'ensemble des procédures engagées devant les juridictions russes montraient « que la mère et le père disposaient de droits et d'obligations égaux à l'égard de l'enfant, notamment le droit de réclamer la fixation de son lieu de résidence, ce qui constitu[e] une composante du droit de garde au

29. 1^{re} Civ., 29 février 2012, pourvoi n° 11-15.613.

30. 1^{re} Civ., 24 juin 2015, pourvoi n° 14-14.909, *Bull.* 2015, I, n° 154.

sens de la Convention de La Haye »³¹. Il peut également y avoir droit de garde au sens de la Convention même si la résidence habituelle de l'enfant n'a pas été fixée chez le parent qui se plaint de l'enlèvement : tout dépend des prérogatives que la loi ou le juge reconnaissent à celui-ci³².

Pour que le changement de résidence soit constitutif d'un déplacement illicite, encore faut-il qu'il n'ait pas fait l'objet d'un accord entre les parents. Au juge du fond d'apprécier l'existence d'un tel accord³³. Il convient enfin de rappeler que la Convention ne s'applique pas si l'enfant a atteint l'âge de 16 ans³⁴.

Le caractère illicite du déplacement s'apprécie à la date de celui-ci. Dans un arrêt du 8 juillet 2021³⁵, tout en rejetant le pourvoi, la Cour de cassation rappelle qu'en application de l'article 17 de la Convention, « le seul fait qu'une décision relative à la garde ait été rendue ou soit susceptible d'être reconnue dans l'État requis ne peut justifier le refus de renvoyer l'enfant », mais que les autorités judiciaires ou administratives de l'État en question « peuvent prendre en considération les motifs de cette décision qui rentreraient dans le cadre de l'application de la Convention ».

31. 1^{re} Civ., 2 décembre 2015, pourvoi n° 14-25.015. Cf. 1^{re} Civ., 23 septembre 2015, pourvoi n° 15-15.869, pour une famille installée en Colombie dont la loi prévoit que le droit de garde est « exercé conjointement par les deux parents » ; 1^{re} Civ., 14 mars 2012, pourvoi n° 11-17.011 : la famille était installée au Chili, la mère revient en France avec les enfants, le juge chilien ayant accordé à la mère une autorisation de sortie du territoire pour quinze jours, la cour d'appel, constatant « qu'aucune décision de justice n'était intervenue s'agissant du droit de garde », celle-ci incombait à la mère et que le droit pour le père de s'opposer à la sortie du territoire ne lui conférait pas un droit de garde, la décision est cassée : la loi chilienne soumettant la sortie du territoire à l'autorisation du père et le juge ne l'ayant accordée que pour une durée limitée, il y avait violation d'un droit de garde au sens de la Convention ; 1^{re} Civ., 14 juin 2017, pourvoi n° 17-10.980 : un tribunal italien avait confié aux parents l'exercice conjoint de l'autorité parentale, les parents devant « décider ensemble du lieu de résidence de l'enfant » : ils étaient donc tous deux titulaires du droit de garde au sens de la Convention ; 1^{re} Civ., 4 mai 2017, pourvoi n° 17-11.031, *Bull.* 2017, I, n° 100 : la Cour de cassation approuve les juges du fond qui avaient relevé que si la garde de l'enfant avait été confiée à la mère par le juge israélien, le père bénéficiait « d'un large droit de visite et d'hébergement, qu'il exerçait avant le départ précipité de sa fille pour la France », et qu'il disposait en vertu de la loi israélienne « du droit de consentir à tout changement de la résidence de l'enfant et à toute décision prise dans son intérêt » : il disposait donc d'un droit de garde au sens de la Convention ; 1^{re} Civ., 28 mars 2018, pourvoi n° 17-31.427 : la cour d'appel a constaté qu'en vertu de la loi serbe sur la famille du 24 février 2005, « lorsqu'un parent vit seul avec l'enfant sans que le tribunal se soit prononcé sur l'attribution des droits parentaux, l'exercice de ces droits [...] incombe exclusivement [à celui-ci] » : il n'y a donc pas violation d'un droit de garde.

32. 1^{re} Civ., 13 décembre 2017, pourvoi n° 17-19.727.

33. 1^{re} Civ., 23 mars 2017, pourvoi n° 16-28.730.

34. 1^{re} Civ., 24 septembre 2014, pourvoi n° 13-17.553.

35. 1^{re} Civ., 8 juillet 2021, pourvoi n° 21-13.556, publié au *Bulletin*.

2. La détermination de la résidence habituelle

Il s'agit là d'une question essentielle car elle permet de dire s'il y a eu ou non déplacement illicite³⁶. Comme le souligne la professeure Estelle Gallant³⁷, « le déplacement illicite est caractérisé par la réunion de deux éléments : un élément géographique (c'est le déplacement en lui-même) et un élément juridique (c'est le fait que le déplacement ait été réalisé en violation du droit de garde). La résidence habituelle de l'enfant revêt une utilité pour qualifier le déplacement illicite dans ces deux composantes ».

Pas plus que les autres conventions de La Haye, la Convention de 1980 ne donne de définition de la notion de résidence habituelle : il s'agit, traditionnellement, de préserver la souplesse de cette notion, afin qu'elle puisse être adaptée aux besoins propres à tel ou tel instrument, compte tenu de l'objet et des finalités de celui-ci. Dans son rapport explicatif sur la Convention de La Haye de 1980³⁸, Mme Élisabeth Pérez-Vera souligne que le déplacement illicite est celui qui tend à soustraire l'enfant de « son milieu habituel », de son « environnement familial et social dans lequel sa vie se déroulait » jusqu'alors. La CEDH est sur la même ligne qui, dans son arrêt *Rouiller c. Suisse*, estime que la Convention est applicable à l'hypothèse d'un déplacement d'un côté à l'autre de la frontière franco-suisse, ce déplacement, aussi limité soit-il dans sa distance (7 km seulement), devant être considéré comme illicite dans la mesure où il « était susceptible d'avoir des conséquences non négligeables pour l'avenir des enfants, notamment leur scolarisation dans le système suisse et leur développement personnel dans un environnement culturel et social différent de celui qui était le leur en France »³⁹.

La notion de résidence habituelle a fait l'objet d'une importante jurisprudence de la CJUE. Pour assurer la coordination entre Convention et règlement Bruxelles II *bis* (désormais Bruxelles II *ter*), celui-ci se « cale » sur la Convention, en reprenant ses dispositions sur la notion de déplacement illicite. Selon l'article 2, § 11, du règlement Bruxelles II *bis* (article 2, § 11, du règlement Bruxelles II *ter*), le déplacement est illicite lorsque :

« a) il a eu lieu en violation d'un droit de garde résultant d'une décision judiciaire, d'une attribution de plein droit ou d'un accord en vigueur en vertu du droit de l'État membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour

et

b) sous réserve que le droit de garde était exercé effectivement, seul ou conjointement, au moment du déplacement ou du non-retour, ou l'eût été si de tels événements n'étaient survenus. La garde est considérée comme étant exercée conjointement

36. Cf. P. McEleavy, « La résidence habituelle, un critère de rattachement en quête de son identité : perspectives de *common law* », in *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé*, années 2008-2010, Pedone, 2011, p. 127.

37. E. Gallant, *JCl. Droit international*, fasc. 549-30 « Enlèvement international d'enfants : la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 », précité, n° 42 et réf. cit.

38. E. Pérez-Vera, « Rapport explicatif », in *Actes et documents de la Quatorzième session*, t. 3 Enlèvement d'enfants, Conférence de La Haye de droit international privé, 1982, p. 426 et s., n° 12.

39. CEDH, arrêt du 22 juillet 2014, *Rouiller c. Suisse*, n° 3592/08, § 61.

lorsque l'un des titulaires de la responsabilité parentale ne peut, conformément à une décision ou par attribution de plein droit, décider du lieu de résidence de l'enfant sans le consentement d'un autre titulaire de la responsabilité parentale. »

La notion de résidence habituelle est donc au cœur du dispositif. Elle est d'autant plus importante qu'elle commande la compétence des juridictions. Conformément, là encore, à la tradition, le règlement n'en donne pas de définition. Il s'agit d'une notion autonome qui doit être définie dans le cadre du règlement considéré.

La CJUE a rendu plusieurs décisions par lesquelles elle définit la notion de résidence habituelle au sens du règlement⁴⁰. Elle adopte pour cela une démarche factuelle reposant sur la technique du faisceau d'indices. Dans son arrêt du 2 avril 2009, elle définit la résidence habituelle comme le « lieu qui traduit une certaine intégration de l'enfant dans un environnement social et familial. À cette fin, doivent notamment être pris en considération la durée, la régularité, les conditions et les raisons du séjour sur le territoire d'un État membre et du déménagement de la famille dans cet État, la nationalité de l'enfant, le lieu et les conditions de scolarisation, les connaissances linguistiques ainsi que les rapports familiaux et sociaux entretenus par l'enfant dans ledit État ».

La Cour de cassation adopte la même démarche casuistique et la même technique : celle du faisceau d'indices. Mais elle fait plus que reprendre la méthode. Elle reprend dans le corps de ses décisions les éléments de définition donnés par la CJUE, en se référant aux arrêts de la Cour de justice. Elle met en application la Convention à la lumière du règlement tel qu'interprété par la CJUE : elle évite ainsi tout hiatus entre Convention et règlement, ce qui est d'autant plus important que dans l'espace européen les décisions de retour prise par l'État de résidence habituelle ont vocation à circuler sans contrôle préalable⁴¹.

Ainsi, dans un arrêt du 4 mars 2015⁴², la Cour affirme-t-elle que :

« Vu les articles 3 et 4 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, ensemble les articles 2, 11) et 11, § 1, du règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale ;

Attendu qu'au sens de ces textes est illicite tout déplacement d'un enfant fait en violation d'un droit de garde exercé effectivement et attribué à une personne par le droit ou le juge de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle avant son

40. CJCE, arrêt du 2 avril 2009, *A*, C-523/07 ; CJUE, arrêt du 22 décembre 2010, *Mercredi*, C-497/10 PPU ; CJUE, arrêt du 9 octobre 2014, *C*, C-376/14 PPU ; CJUE, arrêt du 8 juin 2017, *OL*, C-111/17 PPU ; CJUE, arrêt du 28 juin 2018, *HR*, C-512/17 ; CJUE, arrêt du 17 octobre 2018, *UD*, C-393/18 PPU.

41. Cf. article 42 du règlement Bruxelles II *bis* : « 1. Le retour de l'enfant visé à l'article 40, paragraphe 1, point b), résultant d'une décision exécutoire rendue dans un État membre est reconnu et jouit de la force exécutoire dans un autre État membre sans qu'aucune déclaration lui reconnaissant force exécutoire ne soit requise et sans qu'il ne soit possible de s'opposer à sa reconnaissance si la décision a été certifiée dans l'État membre d'origine conformément au paragraphe 2. »

42. 1^{re} Civ., 4 mars 2015, pourvoi n° 14-19.015, *Bull.* 2015, I, n° 49.

déplacement ; qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (arrêt du 2 avril 2009, A, C-523/07, arrêt du 22 décembre 2010, Mercredi, C-497/10 PPU, arrêt du 9 octobre 2014, C, C-376/14 PPU) que la résidence habituelle de l'enfant doit être établie en considération de facteurs susceptibles de faire apparaître que la présence physique de l'enfant dans un État membre n'a nullement un caractère temporaire ou occasionnel et que la résidence de l'enfant correspond au lieu qui traduit une certaine intégration dans un environnement social et familial et qu'à cette fin doivent être notamment pris en compte non seulement la durée, la régularité, les conditions et les raisons du séjour sur le territoire d'un État membre et du déménagement de la famille dans cet État, la nationalité de l'enfant, le lieu et les conditions de scolarisation, les connaissances linguistiques ainsi que les rapports familiaux et sociaux de l'enfant dans ledit État mais aussi l'intention des parents ou de l'un des deux de s'établir avec l'enfant dans un autre État membre, exprimée par certaines mesures tangibles telles que l'acquisition ou la location d'un logement dans cet État ».

En l'espèce les juges du fond, pour écarter la demande de retour de l'enfant, avaient retenu que l'essai de vie commune entre la mère qui résidait jusque-là en France, et le père, qui travaillait en Belgique où la famille l'avait rejoint, avait duré seulement cinq mois et n'avait donc pas eu pour conséquence de transférer la résidence habituelle en Belgique. Leur décision est cassée : « en statuant ainsi, alors que la résidence de l'enfant doit être déterminée à la lumière de l'ensemble des circonstances de fait particulières dont la commune intention des parents de transférer cette résidence ainsi que les décisions prises en vue de l'intégration de l'enfant, la cour d'appel, qui s'est prononcée en considération de la seule durée du séjour de la mère et de sa fille, n'a pas donné de base légale à sa décision »⁴³.

De même, selon la Cour, justifie légalement sa décision la cour d'appel qui juge que ni la nationalité française de l'enfant, ni son inscription en école maternelle après son déplacement, ni sa vaccination en France ne déterminent le lieu de la résidence habituelle : la famille a vécu quelque temps en France mais les données de l'espèce prouvent que dans l'esprit de la mère ce séjour n'était que temporaire ; seule détentrice de l'exercice de l'autorité parentale en application de la loi serbe, elle pouvait, seule, décider de la résidence habituelle de l'enfant⁴⁴.

Deux questions particulières ont donné lieu à des précisions de la part de la Cour de cassation.

Quid, d'une part, en cas de double enlèvement ? Dans l'affaire soumise à la Cour de cassation le 5 novembre 2020⁴⁵, l'enfant naît en France dans un couple franco-polonais. Le père consent à un séjour ponctuel de l'enfant et de sa mère en Pologne. La mère y retient l'enfant. Le père saisit l'autorité centrale polonaise, puis part en Pologne et ramène l'enfant en France sans l'accord de la mère. La mère vient voir sa

43. Dans le même sens et avec les mêmes références à la jurisprudence de la CJUE, 1^{re} Civ., 13 décembre 2017, pourvoi n° 17-23.673 ; 1^{re} Civ., 17 mai 2017, pourvoi n° 16-20.141 ; 1^{re} Civ., 28 février 2018, pourvoi n° 17-17.624 ; 1^{re} Civ., 6 décembre 2018, pourvoi n° 18-21.141 ; 1^{re} Civ., 7 novembre 2019, pourvoi n° 19-18.514.

44. 1^{re} Civ., 28 mars 2018, pourvoi n° 17-31.427.

45. 1^{re} Civ., 5 novembre 2020, pourvoi n° 19-24.870.

filles et l’emmène en Pologne, sans le consentement du père. Mais avant cela, elle avait demandé le retour de l’enfant en Pologne, lieu de sa nouvelle résidence, sur le fondement de la Convention de La Haye. La Cour de cassation confirme la décision des juges du fond pour qui il n’y avait pas eu de déplacement illicite, faute de résidence habituelle en Pologne.

Quid, d’autre part, dans le cas d’un tout jeune enfant, voire d’un enfant *in utero* ? Dans l’arrêt du 26 octobre 2011⁴⁶, la Cour de cassation avait admis qu’il y avait déplacement illicite dans une hypothèse où la mère enceinte qui, vivant aux États-Unis, était partie au chevet de son père, en France, où elle avait finalement décidé de rester⁴⁷. Cette lecture était, à bien des égards, fidèle à l’esprit du texte : certes, l’enfant n’a jamais vécu dans le pays de sa « résidence habituelle », mais c’est bien là qu’il aurait dû vivre, conformément à la volonté de ses parents, avant que la mère ne décide unilatéralement de s’installer dans un autre pays. Mais dans un arrêt du 8 juin 2017⁴⁸, la CJUE a estimé que dès lors qu’un enfant n’avait pas vécu dans le pays où vivaient ses parents avant sa naissance, il ne pouvait y avoir déplacement illicite⁴⁹ : « L’article 11, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil, du 27 novembre 2003, relatif à la compétence, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000, doit être interprété en ce sens que, dans une situation, telle que celle au principal, dans laquelle un enfant est né et a séjourné de manière ininterrompue avec sa mère pendant plusieurs mois, conformément à la volonté commune de ses parents, dans un État membre autre que celui où ces derniers avaient leur résidence habituelle avant sa naissance, l’intention initiale des parents quant au retour de la mère, accompagnée de l’enfant, dans ce dernier État membre ne saurait permettre de considérer que cet enfant y a sa “résidence habituelle”, au sens de ce règlement. En conséquence, dans une telle situation, le refus de la mère de retourner dans ce même État membre accompagnée de l’enfant ne saurait être considéré comme un “déplacement ou non-retour illicites” de l’enfant, au sens dudit article 11, paragraphe 1. »

Dans un arrêt du 12 juin 2020⁵⁰, la première chambre civile, renvoyant expressément à l’arrêt de la CJUE du 8 juin 2017 dont elle cite de larges extraits, s’est rangée à cette interprétation⁵¹.

46. 1^{re} Civ., 26 octobre 2011, pourvoi n° 10-19.905, *Bull.* 2011, I, n° 178.

47. Rapp. pour un nourrisson : 1^{re} Civ., 7 décembre 2016, pourvoi n° 16-20.858, *Bull.* 2016, I, n° 238.

48. CJUE, arrêt du 8 juin 2017, *OL*, C-111/17 PPU.

49. Rapp. CJUE, arrêt du 17 octobre 2018, *UD*, C-393/18 PPU.

50. 1^{re} Civ., 12 juin 2020, pourvoi n° 19-24.108, publié au *Bulletin*.

51. En l’espèce, l’enfant était né en Grèce où vivaient ses parents. Alors que l’enfant n’avait que six semaines, la mère, accompagnée de son mari, vient en France afin de se reposer auprès de ses parents. Elle décide d’y rester, malgré le désaccord de son mari. Les juges du fond avaient suivi un raisonnement comparable à celui de la Cour de cassation en 2011. Leur décision a été cassée.

II. GARANTIR LE RESPECT DES DROITS DES PERSONNES

L'originalité et l'efficacité de la Convention de La Haye repose sur le principe du retour immédiat de l'enfant dans le pays de sa résidence habituelle et sur les mécanismes mis en place pour en assurer l'effectivité. Le respect de ce principe constitue la pierre d'angle de la Convention, mais aussi des règlements Bruxelles II *bis* et Bruxelles II *ter*. Il revient aux juges nationaux de maintenir le cap, malgré les incompréhensions, les tentations « nationalistes » ou les doutes qui peuvent naître dans tel ou tel cas particulier. De ce point de vue, on peut dire qu'après quelques difficultés dans les premières années d'application de la Convention, les juges français ont intégré la logique du retour immédiat. Mais, comme l'a rappelé la CEDH, cette logique doit être mise en œuvre dans le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant apprécié *in concreto* : la tension entre les exigences de la Convention et du règlement, et celles de la CEDH, suppose donc, de la part des juges nationaux, une attention particulière à l'intérêt de chaque enfant concerné (A). Plus généralement, la Cour veille à ce que les décisions soient prises dans le cadre d'un processus décisionnel respectueux des droits des parties (B).

A. Une stricte application des exceptions au retour immédiat, dans le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant

Tout à leur volonté d'assurer le retour immédiat de l'enfant dans le pays de sa résidence habituelle, les rédacteurs de la Convention de 1980 n'ont prévu que de rares exceptions au principe : elles constituent une « soupape de sécurité » et n'ont vocation à jouer que dans des circonstances exceptionnelles. Elles sont prévues aux articles 13 et 20 de la Convention. Le retour peut être refusé lorsque le titulaire du droit de garde avait consenti au déplacement (article 13, a), lorsqu'il « existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique » (article 13, b), lorsque l'enfant « s'oppose à son retour » et qu'il est approprié, compte tenu de son âge et de sa maturité, « de tenir compte de cette opinion » (article 13, alinéa 3) et lorsque le retour de l'enfant « ne serait pas permis par les principes fondamentaux de l'État requis » (article 20). De plus, lorsque l'autorité judiciaire ou administrative de l'État requis n'a pas été saisie dans l'année qui suit le déplacement illicite, le retour de l'enfant est ordonné seulement s'il n'est pas établi que l'enfant est intégré dans son nouveau milieu.

Toute interprétation trop large des textes ruinerait l'efficacité du système. Le règlement Bruxelles II *bis* a d'ailleurs, dans les relations entre États membres de l'Union européenne, restreint encore le jeu des exceptions : selon l'article 11, § 4, du règlement, une juridiction ne peut refuser le retour de l'enfant en raison du danger que courrait celui-ci⁵² « s'il est établi que des dispositions adéquates ont été prises pour assurer la protection de l'enfant après son retour »⁵³.

52. Cf. article 13, b, de la Convention de La Haye.

53. Cf. article 27 du règlement Bruxelles II *ter*.

Le texte le plus souvent invoqué est l'article 13, b, de la Convention, loin devant l'article 12 qui, *a priori*, paraît plus exigeant.

Certes, une mauvaise appréciation de l'intégration par le juge du fond peut entraîner la cassation. Ainsi, dans l'arrêt rendu par la première chambre civile le 13 juillet 2017⁵⁴, les juges du fond, pour dire que l'enfant ne pouvait « être considérée comme intégrée dans son nouveau milieu », avaient retenu que « l'enfant, qui réside en France depuis deux ans avec sa mère et ses demi-frères et sœur, est scolarisée depuis septembre 2015, comprend sans difficulté le français et le parle couramment, mais que sa mère, qui ne s'exprime pas en français, est en demande d'asile en France, ne peut y travailler et réside chez un tiers, qui l'héberge avec ses trois enfants ». La cassation était inévitable : « en statuant ainsi, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, dont il résultait que l'enfant s'était intégrée dans son nouveau milieu, a violé les textes susvisés ». Mais en général, c'est le rejet qui s'impose⁵⁵.

Beaucoup plus riche est la jurisprudence sur l'article 13, b, qui est très souvent invoqué et qui aurait pu devenir le « talon d'Achille » de la Convention⁵⁶. L'opposition entre la CJUE, profondément attachée au principe, et la CEDH plus sensible à la prise en compte de l'intérêt de l'enfant dans le cas particulier, en témoigne. Fidèle à l'esprit de la Convention, la Cour de cassation s'est tenue à une stricte application de la notion de danger, ce qui rend les décisions de non-retour très rares.

1. Une interprétation stricte de la notion de danger

Selon l'article 13, b, de la Convention, l'autorité saisie d'une demande de retour n'est pas tenue de l'ordonner lorsqu'il est établi « qu'il existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable ».

L'appréciation de la notion de danger relève du pouvoir souverain des juges du fond. Mais la Cour de cassation vérifie que ceux-ci ont examiné concrètement les éléments de fait soumis à leur appréciation et les circonstances invoquées de part et d'autre pour justifier le retour ou le non-retour⁵⁷. Par là même, elle contribue à la définition de la notion de danger.

C'est au parent qui invoque le danger d'en apporter la preuve⁵⁸. Il peut être lié au retour de l'enfant dans le pays de sa résidence habituelle ou au départ du pays dans lequel il vit désormais.

54. 1^{re} Civ., 13 juillet 2017, pourvoi n° 17-11.927, *Bull.* 2017, I, n° 181.

55. *Cf.* 1^{re} Civ., 4 mars 2015, pourvoi n° 14-13.984.

56. Pour une étude exhaustive de l'article 13, b, et de son application par les juridictions des États parties, *cf.* le « Guide de bonnes pratiques en vertu de la Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, Partie VI, Article 13(1)(b) », 2020 (*cf.* le site de la Conférence).

57. *Cf.* 1^{re} Civ., 4 mars 2015, pourvoi n° 14-13.984 ; 1^{re} Civ., 19 novembre 2014, pourvoi n° 14-17.493, *Bull.* 2014, I, n° 193 ; 1^{re} Civ., 22 novembre 2018, pourvoi n° 18-20.546.

58. 1^{re} Civ., 25 septembre 2013, pourvoi n° 12-22.651 ; 1^{re} Civ., 25 septembre 2013, pourvoi n° 12-25.864 ; 1^{re} Civ., 7 novembre 2019, pourvoi n° 19-18.514 ou 1^{re} Civ., 5 novembre 2020, pourvoi n° 20-17.842.

a) Danger lié au retour de l'enfant dans son pays de résidence habituelle

Le plus souvent, le danger invoqué provient du parent auprès de qui l'enfant est appelé à vivre. Sont notamment mis en avant la violence du père vis-à-vis de l'enfant et/ou de l'autre parent ou des accusations d'abus sexuels. Ainsi, dans un arrêt du 25 octobre 2017⁵⁹, la Cour de cassation confirme-t-elle une décision de non-retour au motif que « l'arrêt relève, d'abord, qu'il ressort de plusieurs témoignages ainsi que de l'enregistrement d'une conversation entre M. Y... et sa belle-mère que celui-ci a proféré, à plusieurs reprises, des menaces de représailles et de mort contre son épouse, ensuite, qu'un psychologue a constaté l'état anxieux d'un des enfants quant à un éventuel retour en Serbie, après l'évocation de la violence de son père à l'égard de sa mère ; qu'il retient que Mme X... justifie d'un danger grave encouru par les enfants en cas de retour immédiat en Serbie, au sens des textes précités ; que, de ces énonciations et appréciations, la cour d'appel a pu déduire qu'au regard du comportement actuel de leur père, l'intérêt supérieur des enfants commandait de ne pas ordonner leur retour dans l'État de leur résidence habituelle »⁶⁰.

Les violences parentales peuvent aussi être des violences psychiques, dont les conséquences risquent d'être dramatiques pour l'enfant, comme le souligne la première chambre civile dans un arrêt du 27 juin 2019⁶¹ : « l'arrêt relève, d'abord, qu'il résulte du rapport d'expertise pédopsychiatrique réalisé en juillet 2018 que le caractère obsessionnel et contrôlant de M. F..., ainsi que la proximité relationnelle père/fils, induisent un comportement tyrannique de H... avec son père, ensuite, que le psychologue traitant décrit un enfant, qui, faisant état d'actes de maltraitance, apparaît agité, agressif, très apeuré, voire terrorisé, à l'idée d'aller vivre chez son père, au Luxembourg, allant jusqu'à exprimer des idées suicidaires à cette perspective, enfin, que l'enfant a présenté en janvier 2019, un état d'anxiété très important, accompagné d'hallucinations auditives et visuelles ».

59. 1^{re} Civ., 25 octobre 2017, pourvoi n° 17-20.063.

60. *Adde* 1^{re} Civ., 14 février 2019, pourvoi n° 18-23.916, pour un enfant victime de sévices de la part d'un père dépressif et alcoolique : l'enfant « très fragile, souffre d'importants troubles du comportement, notamment d'anorexie, qui nécessitent des soins hospitaliers, et ressent comme une angoisse de mort la possibilité de retourner vivre auprès de son père » ; 1^{re} Civ., 14 octobre 2021, pourvoi n° 21-15.811, publié au *Bulletin* : le père reprochait aux juges du fond de ne pas avoir pris contact avec les autorités portugaises pour savoir si des mesures adéquates n'avaient pas été prises pour assurer la protection des enfants en cas de retour ; selon la Cour, après avoir constaté que la mère et les enfants « avaient été victimes de comportements violents de M. [O] et retenu que celui-ci vivait en France depuis [plusieurs mois], que ses conditions de vie s'il retournait au Portugal étaient ignorées et qu'il n'était plus en contact avec aucun service portugais depuis presque un an, de sorte qu'il n'était pas établi que des dispositions adéquates avaient été prises pour assurer la protection des enfants en cas de retour, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de consulter l'autorité centrale portugaise sur le caractère approprié d'éventuelles mesures de protection, a pu en déduire qu'il existait un risque grave » faisant obstacle au retour.

61. 1^{re} Civ., 27 juin 2019, pourvoi n° 19-14.464, publié au *Bulletin*.

Mais encore faut-il apporter la preuve des violences ou des abus⁶².

Des considérations liées à la santé, aux addictions ou aux capacités éducatives déficientes du parent qui serait amené à prendre en charge l'enfant sont également mises en avant pour s'opposer au retour. Mais, là encore, la Cour de cassation veille : les faits allégués, s'ils sont établis, doivent être de telle nature qu'ils mettent l'enfant en grave danger ou le placent dans une situation intolérable.

Ainsi, dans un arrêt du 7 décembre 2016⁶³, la Cour de cassation retient que « pour dire n'y avoir lieu d'ordonner le retour au Canada de l'enfant, après avoir constaté que le droit de garde appartenait conjointement au père et à la mère, en application de la loi québécoise, l'arrêt relève que, bien que les capacités éducatives de M. Y... ne soient pas sérieusement contestées, il est très pris par son activité professionnelle et que Z..., qui n'a jamais quitté sa mère, ne connaît pas son père, celui-ci étant reparti au Canada deux jours après sa naissance et n'ayant exercé que durant trois jours le droit de visite qui lui avait été accordé par le juge aux affaires familiales, de sorte qu'il existe un risque grave que le retour immédiat de l'enfant au Canada ne l'expose à un danger psychique ou ne la place, compte tenu de son très jeune âge, dans une situation intolérable [...] en se déterminant par des motifs impropres à caractériser, au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant, le danger grave encouru par celui-ci en cas de retour immédiat, ou la situation intolérable qu'un tel retour créerait à son égard, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »⁶⁴.

62. Cf. 1^{re} Civ., 10 février 2016, pourvoi n° 15-19.565 : le père accusait la mère de viol sur ses deux enfants ; 1^{re} Civ., 12 juillet 2017, pourvoi n° 17-11.840, *Bull.* 2017, I, n° 172 ; 1^{re} Civ., 28 février 2018, pourvoi n° 17-17.624 : les allégations de violence et d'alcoolisme du père « ne sont pas établies » ; 1^{re} Civ., 14 mars 2018, pourvoi n° 18-10.438, selon la Cour : « l'arrêt retient qu'il n'est pas établi que Mme E... ait adopté un comportement maltraitant à l'égard de A...-F... et que les pièces médicales produites révèlent seulement l'existence, chez l'enfant, d'un sentiment d'anxiété et de tristesse en lien avec la situation familiale, ce que son audition par la juridiction a confirmé, de sorte que, malgré le refus exprimé par l'enfant âgée de 10 ans, son retour auprès de sa mère en Espagne ne l'exposerait pas à un danger grave physique ou psychique ni ne la placerait dans une situation intolérable ; que la cour d'appel, qui a statué en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant, a ainsi légalement justifié sa décision ».

63. 1^{re} Civ., 7 décembre 2016, pourvoi n° 16-20.858, *Bull.* 2016, I, n° 238.

64. Cf. également 1^{re} Civ., 10 juillet 2013, pourvoi n° 13-14.562, dans une affaire où étaient remises en cause les capacités éducatives du père ; 1^{re} Civ., 4 mai 2017, pourvoi n° 17-11.031, *Bull.* 2017, I, n° 100 ; 1^{re} Civ., 14 février 2019, pourvoi n° 18-23.916, précité, dans une hypothèse de violences conjugales.

Peut également être avancée l'absence de lien avec l'autre parent⁶⁵.

Plus généralement, le danger prétendu peut provenir des conditions de vie dans le pays d'accueil⁶⁶.

De même, dans une affaire soumise à la Cour le 16 novembre 2017⁶⁷, la cour d'appel, pour écarter la demande tendant au retour, avait retenu « d'une part, que la famille occupait au Canada une cabane exigüe, isolée dans la forêt, sans eau courante ni électricité, alors qu'en France, où ils sont scolarisés depuis janvier 2015, les trois enfants disposent de deux chambres, d'autre part, que M. X..., qui affirme être domicilié à Nelson, Colombie-Britannique, sans autre précision, ne produit aucun élément sur les conditions d'accueil matérielles et sociales des enfants en cas de retour au Canada ; que l'arrêt ajoute que les enfants ont exprimé leur appréhension d'un retour définitif au Canada ». Selon la Cour, « en se déterminant ainsi, par des motifs impropres à caractériser, au regard de l'intérêt supérieur des enfants, le danger grave encouru par ceux-ci en cas de retour immédiat, ou la situation intolérable qu'un tel retour créerait à leur égard, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés »⁶⁸.

Enfin le danger peut être directement ou indirectement lié au contenu du droit étranger ou aux mesures qui auraient été prises à l'encontre de l'auteur de l'enlèvement,

65. 1^{re} Civ., 20 mars 2019, pourvoi n° 18-20.850. Selon la Cour « attendu que l'arrêt constate que les allégations de délaissement ou de défaillances paternelles, dénoncées par Mme I..., ne sont pas corroborées par les pièces versées aux débats et que les juridictions helvétiques, après une mesure d'investigation et l'audition des parents, ont estimé nécessaire d'interdire à celle-ci d'établir le domicile de L... en dehors de la Suisse, l'analyse du service enquêteur ayant mis en évidence que la mère ferait passer ses propres intérêts avant ceux de son enfant en cas de déménagement et qu'il y a urgence à élargir le droit de visite de M. X... afin de ne pas mettre en danger la relation père-fille ; qu'il relève que Mme I..., qui est à l'origine du départ brutal juste avant la mise en place progressive des nuitées de l'enfant au domicile paternel, ne peut se prévaloir du risque grave pour l'enfant d'être séparée d'elle, sans avoir vécu chez son père ; qu'il ajoute que la liberté d'aller et venir de Mme I... doit se conjuguer avec l'intérêt primordial de laisser s'épanouir la relation entre le père et l'enfant ; qu'en l'état de ces énonciations et appréciations, la cour d'appel, qui n'avait pas à procéder à une recherche qui ne lui était pas demandée et qui n'était pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, a statué en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant, justifiant ainsi légalement sa décision ».

66. 1^{re} Civ., 4 mai 2017, pourvoi n° 17-11.031, *Bull.* 2017, I, n° 100 : « Attendu que l'arrêt constate que la qualité du système de santé en Israël est très satisfaisante, que les personnes atteintes du SIDA bénéficient d'un traitement gratuit, que [l'enfant] était suivie en Israël pour sa séropositivité et que le traitement antiviral préconisé par le médecin israélien est le même que celui prescrit en France ; qu'il relève que M. Z..., à l'exception de sa séropositivité, ne souffre d'aucun trouble physique ou mental qui pourrait représenter un danger pour l'enfant, si elle devait vivre avec lui, et que tous les tests de dépistage de produits stupéfiants, à l'exception du cannabis prescrit à titre médical, se sont avérés négatifs ; qu'il énonce encore que rien n'empêche Mme Y... de retourner vivre avec sa fille en Israël, État dont elle possède la nationalité ».

67. 1^{re} Civ., 16 novembre 2017, pourvoi n° 17-20.635.

68. De même, dans une affaire soumise à la Cour de cassation le 6 décembre 2018 (1^{re} Civ., 6 décembre 2018, pourvoi n° 18-21.141), les enfants avaient vécu plus de dix ans au Canada en pleine nature, loin de toute scolarisation régulière. Selon la Cour, « en relevant, d'une part, que Mme D... avait accepté pendant dix ans le mode de vie qui était celui de la famille au Canada, sans considérer que les enfants pouvaient courir un danger ou être soumis à une situation intolérable, et qu'elle ne démontrait pas que les conditions matérielles actuelles seraient différentes de celles qu'ils ont connues, d'autre part, que les enfants auraient été scolarisés dans ce pays, s'ils y étaient revenus à la date prévue, la cour d'appel a procédé à la recherche prétendument omise ».

au risque de priver ultérieurement l'enfant de contact avec lui. Mais encore faut-il en faire la preuve ; la Cour a ainsi pu rejeter un pourvoi dans une affaire où la mère affirmait que si l'enfant retournait au Japon auprès de son père, elle risquait « d'être privée de ses droits parentaux », compte tenu de la loi et des pratiques judiciaires japonaises, sans établir la réalité de ces affirmations⁶⁹.

b) Danger lié au départ du pays où l'enfant a été déplacé

Ce type de danger est presque systématiquement invoqué par le parent qui a enlevé l'enfant. Dans l'argumentation des parties, il se confond parfois avec l'article 12, alinéa 2, de la Convention, ce qui explique d'ailleurs que celui-ci ne soit pas plus souvent invoqué (*cf. supra*). Pour la Cour de cassation, « le danger ou la situation intolérable résulte aussi bien du nouveau changement des conditions de vie actuelles de l'enfant déplacé que des conditions nouvelles ou retrouvées dans l'État de sa résidence habituelle »⁷⁰. Pour éviter d'« ouvrir une brèche » dans le principe du retour immédiat, la Cour de cassation, après avoir paru hésiter⁷¹, a adopté une position très stricte.

On le constate notamment lorsque sont invoqués les risques psychologiques liés à la rupture des liens entre l'enfant et le parent avec qui il vit. Certes, la Cour de cassation n'a pas hésité à casser une décision qui avait ordonné le retour de l'enfant au Japon au motif que la mère ne démontrait pas qu'elle se trouvait dans l'impossibilité de retourner et de séjourner sur le territoire japonais alors qu'elle s'y est engagée, et d'y raccompagner son fils : « en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si, en cas de retour de la mère avec l'enfant au Japon, cette dernière n'allait pas se trouver privée de ses droits parentaux, exposant ainsi son fils F..., âgé de trois ans et ayant toujours vécu auprès d'elle, à un risque grave de danger psychologique, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »⁷². Mais sur pourvoi contre l'arrêt rendu après cassation, la première chambre civile⁷³ a approuvé la cour d'appel d'avoir ordonné, en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant, le retour immédiat de l'enfant au Japon : « L'arrêt relève que N... est né au Japon et y a toujours vécu, avec ses deux parents jusqu'au mois de juillet 2017, de sorte qu'il ne saurait y avoir pour lui de traumatisme psychologique à retourner dans le pays où il habitait et où demeure sa famille paternelle et observe que la rupture brutale de toute relation avec son père, particulièrement dommageable pour le mineur, a été totalement niée par sa mère. Il ajoute que le Japon a signé et ratifié la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 le 13 avril 2014, que cette ratification a été acceptée sans réserve par

69. 1^{re} Civ., 28 janvier 2021, pourvoi n° 20-12.213. Sur cet arrêt, intervenu alors que le Japon, très critiqué pour ses positions jugées « nationalistes », venait de ratifier la Convention de La Haye de 1980, *cf.* C. Chalas, « La Convention de La Haye du 25 octobre 1980 à l'épreuve de l'enlèvement international d'enfants franco-japonais », *Rev. crit. DIP* 2021, p. 799 ; A. Blanquet, « Le risque juridique au sein de la Convention de La Haye de 1980 : le cas des enlèvements internationaux d'enfants au Japon – À propos de l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 28 janvier 2021 », *JDI* janvier 2022, var. 1., p. 103 et s.

70. 1^{re} Civ., 12 juillet 1994, pourvoi n° 93-15.495, *Bull.* 1994, I, n° 248.

71. *Cf.* E. Gallant, *JCl. Droit international*, fasc. 549-30 « Enlèvement international d'enfants : la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 », précité, n° 90 et réf. cit.

72. 1^{re} Civ., 22 novembre 2018, pourvoi n° 18-20.546.

73. 1^{re} Civ., 21 novembre 2019, pourvoi n° 19-19.388.

la France et qu'il existe en droit de la famille japonais des procédures de médiation, ainsi qu'une procédure de divorce par consentement mutuel. Il retient qu'il ne peut être préjugé de la situation juridique susceptible d'être créée par une instance en divorce au Japon. Enfin, il estime que Mme X... ne justifie pas qu'elle ne pourrait plus séjourner au Japon alors que M. B... formule diverses propositions amiables pour qu'elle puisse y résider avec l'enfant. En l'état de ces énonciations et appréciations, la cour d'appel, qui a procédé aux recherches prétendument omises, a statué en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant, justifiant ainsi légalement sa décision. »

En toute hypothèse, la prise en compte de ce type de danger ne peut être qu'exceptionnelle. Ainsi, dans un arrêt du 13 février 2013⁷⁴, est censurée la cour d'appel qui, pour dire n'y avoir lieu à ordonner le retour de l'enfant aux États-Unis, avait relevé que « si les défaillances éducatives alléguées par Mme X... à l'encontre de M. Y... ne sont pas caractérisées, d'une part, il serait dommageable pour l'enfant, compte tenu de son très jeune âge, de remettre en cause son nouvel équilibre, d'autre part, son retour générerait des difficultés d'organisation des relations avec sa mère, celle-ci étant enceinte et dans l'impossibilité de se déplacer à court terme, ce qui réitérerait pour l'enfant un traumatisme de séparation et un sentiment d'abandon » ; selon la Cour « en se déterminant par des motifs impropres à caractériser, au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant, le danger grave encouru par celui-ci en cas de retour immédiat, ou la situation intolérable qu'un tel retour créerait à son égard, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »⁷⁵.

De même, dans un arrêt du 30 novembre 2022⁷⁶, la Cour casse l'arrêt qui, pour dire n'y avoir lieu d'ordonner le retour de [B] en Espagne, avait constaté que « celle-ci, âgée d'à peine quatre ans, vit, depuis son arrivée en France à l'âge de deux ans, avec sa mère, au domicile de ses grands-parents maternels, où elle est scolarisée depuis quelques mois, qu'elle y a donc ses repères et ses habitudes et que sa mère constitue depuis sa naissance son repère fondamental. Il en déduit qu'une séparation prolongée avec sa mère, dans des conditions nécessairement conflictuelles et douloureuses, l'exposerait à un grave danger pour son équilibre psychique. Il ajoute qu'un tribunal espagnol, appelé à statuer sur les mesures provisoires relatives à l'enfant, en a confié la garde à la mère. Il en conclut que son intérêt supérieur est de rester en France auprès de sa mère » ; selon la Cour, « en se déterminant par des motifs impropres à caractériser, au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant, le danger grave encouru par celle-ci en cas de retour immédiat ou la situation intolérable qu'un tel retour créerait à son égard, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

L'attachement de la Cour de cassation au respect des mécanismes conventionnels se traduit par la rareté des décisions accueillant une exception de non-retour. Parmi la centaine d'arrêts étudiés, on compte seulement quatre décisions en ce sens. Dans l'une, la Cour de cassation reproche aux juges du fond de ne pas avoir recherché, comme

74. 1^{re} Civ., 13 février 2013, pourvoi n° 11-28.424, *Bull.* 2013, I, n° 12.

75. Voir 1^{re} Civ., 19 novembre 2014, pourvoi n° 14-17.493, *Bull.* 2014, I, n° 193 ; 1^{re} Civ., 4 mai 2017, pourvoi n° 17-11.031, *Bull.* 2017, I, n° 100, précité ; 1^{re} Civ., 16 octobre 2019, pourvoi n° 19-19.606 ; 1^{re} Civ., 28 janvier 2021, pourvoi n° 20-12.213 ; 1^{re} Civ., 16 février 2022, pourvoi n° 21-19.061, publié au *Bulletin*.

76. 1^{re} Civ., 30 novembre 2022, pourvoi n° 22-16.976.

il le leur était demandé, si le retour de l'enfant ne risquait pas de créer une situation de danger au sens de l'article 13, b, de la Convention – c'est d'ailleurs la seule décision portant cassation d'un arrêt d'appel ayant ordonné le retour⁷⁷. Les trois autres approuvent les juges du fond d'avoir retenu l'existence d'un tel danger, en raison, dans les trois cas, de la violence du parent requérant⁷⁸.

2. Dans le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant

Tous les mécanismes conventionnels complétés, pour les États membres, par les dispositions des règlements Bruxelles II *bis* et Bruxelles II *ter* sont dominés par la considération de l'intérêt supérieur de l'enfant.

La Cour de cassation y est très attachée, qui place ses décisions sous l'égide de l'article 3 de la CIDE. Ainsi, pour les décisions de rejet du pourvoi, la Cour a-t-elle forgé un attendu de principe aux termes duquel : « Attendu, ensuite, qu'il résulte de l'article 13, b, de la Convention précitée [Convention de La Haye du 25 octobre 1980] qu'il ne peut être fait exception au retour immédiat de l'enfant que s'il existe un risque de danger grave ou de création d'une situation intolérable ; que, selon l'article 3, § 1, de la Convention de New York du 20 novembre 1989, ces circonstances doivent être appréciées en considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant ». À partir de là, la Cour reprend l'examen de la situation tel qu'il a été effectué par les juges du fond et en déduit si, dans le cas particulier, les juges du fond ont statué en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant, qu'il s'agisse d'ordonner le retour⁷⁹ ou, par exception, de s'y opposer⁸⁰.

La Cour de cassation respecte donc la dialectique très particulière mise en place par la Convention et renforcée par les règlements de l'UE. L'intérêt de l'enfant est, fondamentalement, appréhendé *in abstracto*, *i. e.* comme l'intérêt des enfants en général, les textes étant construits sur le postulat selon lequel l'intérêt de l'enfant, l'intérêt de *tous* les enfants, est d'être protégé contre les enlèvements : le mécanisme de retour immédiat tend à cette fin en évitant toute prime au fait accompli. L'enfant victime de l'enlèvement dans le cas particulier est un enfant parmi d'autres : on le protège en protégeant la catégorie à laquelle il appartient. La prise en compte de son intérêt « individuel », apprécié cette fois *in concreto*, compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, se fait dans un second temps : elle intervient nécessairement, car toute décision doit être prise en considération de l'intérêt de l'enfant concerné⁸¹, mais elle ne peut conduire à écarter qu'à titre exceptionnel le mécanisme de protection générale que constitue le retour immédiat.

77. 1^{re} Civ., 22 novembre 2018, pourvoi n° 18-20.546.

78. 1^{re} Civ., 25 octobre 2017, pourvoi n° 17-20.063, précité ; 1^{re} Civ., 14 février 2019, pourvoi n° 18-23.916 et 1^{re} Civ., 27 juin 2019, pourvoi n° 19-14.464, publié au *Bulletin*.

79. Voir par exemple 1^{re} Civ., 4 mai 2017, pourvoi n° 17-11.031, *Bull.* 2017, I, n° 100 ou 1^{re} Civ., 21 novembre 2019, pourvoi n° 19-19.388, précité.

80. Voir par exemple 1^{re} Civ., 27 juin 2019, pourvoi n° 19-14.464, publié au *Bulletin*.

81. Cf. article 3 de la CIDE.

L'équilibre est difficile à trouver, et l'on a pu craindre que la CEDH, soucieuse de garantir le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant apprécié *in concreto*, ne le remette en cause en vérifiant de façon très approfondie que les États se sont assurés que la mesure de retour immédiat est bien conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant apprécié *in concreto*⁸². Une telle exigence aurait corrélativement risqué de causer un conflit frontal avec la CJUE, très attachée aux mécanismes mis en place par le règlement Bruxelles II *bis* sur les bases de la Convention de La Haye⁸³.

Face aux critiques, la CEDH a souhaité « clarifier » sa position. Dans un arrêt du 26 novembre 2013⁸⁴, elle a affirmé que « [l']intérêt supérieur de l'enfant ne se confond pas avec celui de son père ou de sa mère, outre qu'il renvoie nécessairement à des éléments d'appréciation divers liés au profil individuel et à la situation spécifique de l'enfant. Néanmoins, il ne saurait être appréhendé d'une manière identique selon que le juge est saisi d'une demande de retour en application de la Convention de La Haye ou d'une demande de statuer au fond sur la garde ou l'autorité parentale, cette dernière relevant d'une procédure en principe étrangère à l'objet de la Convention de La Haye (articles 16, 17 et 19 [...]). Partant, dans le cadre d'une demande de retour faite en application de la Convention de La Haye, qui est donc distincte d'une procédure sur le droit de garde, la notion d'intérêt supérieur de l'enfant doit s'apprécier à la lumière des exceptions prévues par la Convention de La Haye, lesquelles concernent l'écoulement du temps (article 12), les conditions d'application de la Convention (article 13 a) et l'existence d'un "risque grave" (article 13 b)), ainsi que le respect des principes fondamentaux de l'État requis sur la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (article 20). Cette tâche revient en premier lieu aux autorités nationales requises, qui ont notamment le bénéfice de contacts directs avec les intéressés. Pour ce faire au regard de l'article 8 de la Convention, les juridictions internes jouissent d'une marge d'appréciation, laquelle s'accompagne toutefois d'un contrôle européen en vertu duquel la Cour examine, sous l'angle de la Convention, les décisions qu'elles ont rendues dans l'exercice de ce pouvoir [...]. Précisément, dans le cadre de cet examen, la Cour rappelle qu'elle n'entend pas substituer son appréciation à celle des juridictions internes (voir, par exemple, *Hokkanen*, précité, et *K. et T. c. Finlande* [GC], n° 25702/94, § 154, CEDH 2001-VII). Elle doit cependant s'assurer que le processus décisionnel ayant conduit les juridictions nationales à prendre la mesure litigieuse a été équitable et qu'il a permis aux intéressés de faire valoir pleinement leurs droits, et ce dans le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant (*Eskinazi et Chelouche c. Turquie* (déc.), n° 14600/05, CEDH 2005-XIII, *Maumousseau et Washington*, précité, et *Neulinger et Shuruk*, précité, § 139) ».

82. CEDH, gde ch., arrêt du 6 juillet 2010, *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, n° 41615/07 ; CEDH, gde ch., arrêt du 26 novembre 2013, *X. c. Lettonie*, n° 27853/09.

83. CJUE, arrêt du 1^{er} juillet 2010, *Povse*, C-211/10 PPU ; CJUE, arrêt du 22 décembre 2010, *Aguirre Zarraga*, C-491/10 PPU.

84. CEDH, gde ch., arrêt du 26 novembre 2013, *X. c. Lettonie*, n° 27853/09, §§ 100 à 102.

Il convient de souligner que dans le « conflit » potentiel entre la CJUE et la CEDH, la Cour de cassation s'était rangée du côté de la première en maintenant sa jurisprudence⁸⁵, tout en respectant les exigences posées par la CEDH⁸⁶.

Plus généralement, la Cour de cassation veille, sous le regard attentif de la CEDH⁸⁷, au respect d'un processus décisionnel respectueux des droits des parties.

B. L'exigence d'un processus décisionnel respectueux des droits des parties

En matière d'enlèvement comme dans les autres contentieux de l'autorité parentale, le temps constitue un facteur essentiel. Le parent qui a enlevé l'enfant en joue souvent, qui engage des procédures au fond devant le juge du pays « refuge » quand bien même il sait que celui-ci n'est pas compétent, multiplie les incidents de procédure, dans le pays refuge comme dans le pays de la résidence habituelle du mineur, ou lance à des fins purement dilatoires des procédures pénales contre l'autre parent, en l'accusant par exemple de violence ou d'abus sexuels, forçant le juge du retour immédiat à ralentir sa marche, afin de s'assurer de la vraisemblance, ou non, des faits allégués.

Convention et règlement imposent au juge du retour de statuer dans de brefs délais : selon l'article 11 de la Convention, « les autorités judiciaires ou administratives de tout État contractant doivent procéder d'urgence en vue du retour de l'enfant » et selon l'article 24 du règlement Bruxelles II *ter* : « 1. Une juridiction saisie d'une demande de retour d'un enfant visée à l'article 22 agit rapidement dans le cadre de la procédure relative à la demande, en utilisant les procédures les plus rapides prévues par le droit national. 2. Sans préjudice du paragraphe 1, une juridiction de première instance, sauf si cela se révèle impossible en raison de circonstances exceptionnelles, rend sa décision six semaines au plus tard après sa saisine. 3. Sauf si cela se révèle impossible en raison de circonstances exceptionnelles, une juridiction de niveau supérieur rend sa décision six semaines au plus tard après que tous les actes de procédure nécessaires ont été accomplis et qu'elle est en mesure d'examiner le recours, en prévoyant une audition ou d'une autre manière. »

Le droit français respecte ces prescriptions. Ainsi, l'article 1210-6 du code de procédure civile dispose que : « La demande aux fins d'obtenir le retour de l'enfant, en application de la Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, est formée, instruite et jugée selon la procédure accélérée au fond ». En particulier, l'article 1210-12 du même code prévoit que le délai pour

85. Cf. 1^{re} Civ., 5 mars 2014, pourvoi n° 12-24.780, *Bull.* 2014, I, n° 32.

86. Ainsi, sur le plan procédural, rappelle-t-elle régulièrement que le ministère public est tenu d'assister à l'audience lorsqu'il est partie principale, *i. e.* lorsque par application des mécanismes conventionnels, il demande le retour de l'enfant (ex. 1^{re} Civ., 5 octobre 2016, pourvoi n° 16-15.103 ; 1^{re} Civ., 5 juillet 2018, pourvoi n° 18-15.441 ; 1^{re} Civ., 21 juin 2018, pourvoi n° 17-26.673). *Adde* pour l'audition de l'enfant, 1^{re} Civ., 12 avril 2012, pourvoi n° 11-20.357.

87. F. Marchadier, « La contribution de la Cour européenne des droits de l'homme à l'efficacité des conventions de La Haye de coopération judiciaire et administrative », *Rev. crit. DIP* 2007, p. 677.

former un pourvoi en cassation est de quinze jours. Afin d'accélérer le traitement des dossiers, est mise en œuvre la procédure de réduction des délais de l'article 1009 du code de procédure civile.

La CEDH est très attentive au respect, par les États, de cette exigence de célérité, la durée excessive d'une procédure pouvant violer à la fois le droit à un procès équitable et le droit au respect de la vie familiale⁸⁸ : selon la Cour, « dans ce genre d'affaires, le caractère adéquat d'une mesure se juge à la rapidité de sa mise en œuvre, car le passage du temps peut avoir des conséquences irrémédiables sur les relations entre l'enfant et le parent qui ne vit pas avec lui »⁸⁹.

Reste que la célérité des procédures ne doit pas intervenir au détriment du respect des droits des parties. Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle rappelé à diverses reprises que le ministère public, qui joue un rôle essentiel dans la procédure de retour immédiat⁹⁰, était tenu d'assister à l'audience lorsqu'il était partie principale. La Cour censure ainsi la décision des juges d'appel au motif « qu'il ne résulte ni des mentions de l'arrêt ni d'aucun autre moyen de preuve que le ministère public, partie principale, ait été présent à l'audience des débats »⁹¹ ; le moyen n'est donc pas fondé s'il résulte des pièces de la procédure qu'il était présent⁹². La Cour de cassation a également précisé que lorsque le ministère public introduit une procédure judiciaire afin d'obtenir le retour de l'enfant, le parent victime de la violation du droit de garde peut faire tierce opposition à la décision de non-retour dès lors qu'il n'est pas volontairement intervenu à l'instance⁹³. Ajoutons, sur la possibilité d'intervention volontaire, que la CEDH a pu reprocher à la Cour de cassation d'avoir « fait preuve d'un formalisme excessif » en prononçant l'irrecevabilité du pourvoi provoqué du parent alléguant être victime d'un déplacement illicite en raison du non-respect d'une condition de forme imputable au procureur général près la cour d'appel, auteur du pourvoi principal⁹⁴.

88. Cf. not. CEDH, arrêt du 1^{er} février 2011, *Karoussiotis c. Portugal*, n° 23205/08 ; CEDH, arrêt du 21 février 2012, *Karrer c. Roumanie*, n° 16965/10 ; CEDH, arrêt du 13 janvier 2015, *Hobolm c. Slovaquie*, n° 35632/13.

89. Sur l'ensemble de la question, cf. Ph. Bonfils et A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, Dalloz, 3^e éd., 2021, n° 755, p. 443 et réf. cit.

90. Cf. les articles 1210-7 et suivants du code de procédure civile.

91. 1^{re} Civ., 5 octobre 2016, pourvoi n° 16-15.103 ; 1^{re} Civ., 7 décembre 2016, pourvoi n° 16-23.471, *Bull.* 2016, I, n° 237 ; 1^{re} Civ., 21 juin 2018, pourvoi n° 17-26.673 ; 1^{re} Civ., 5 juillet 2018, pourvoi n° 18-15.441.

92. 1^{re} Civ., 13 juillet 2017, pourvoi n° 17-11.927, *Bull.* 2017, I, n° 181.

93. 1^{re} Civ., 16 février 2022, pourvoi n° 21-19.061, publié au *Bulletin*.

94. CEDH, arrêt du 5 novembre 2015, *Henrioud c. France*, n° 21444/11.

CONCLUSION

La France a fait partie des premiers États signataires de la Convention de La Haye. Près de trente ans après son entrée en vigueur, le 1^{er} décembre 1983, le texte semble bien intégré dans le paysage juridique français. Par sa jurisprudence, la Cour de cassation tente d'assurer le respect de la lettre comme de l'esprit des textes conventionnels et réglementaires, son action se développant sous le regard particulièrement vigilant des juges de la CEDH, dans la recherche permanente d'un juste équilibre entre efficacité des mécanismes conventionnels, respect de l'intérêt supérieur de l'enfant, protection des droits des parents, garantie d'un processus juridictionnel équitable, célérité des procédures et effectivité des décisions.



**LE CONTRÔLE DE
PROPORTIONNALITÉ
PRATIQUÉ PAR LA
COUR DE CASSATION
EN MATIÈRE DE
PROCÉDURE CIVILE,**
Étude de la deuxième
chambre civile

Résumé : Les règles de procédure civile n'instituant pas, par elles-mêmes, des droits subjectifs et pouvant être regardées comme des *règles du jeu* qui valent et s'imposent à tous les plaideurs, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation met seulement en œuvre, au regard de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, un contrôle de conventionnalité *in abstracto* des textes qui les édictent. Ce contrôle se fonde, dans un certain nombre de cas, sur le principe de sécurité juridique. Il n'exclut pas un contrôle *in concreto* fondé sur une disposition de la norme interne. Il s'appuie également sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'erreur induite.

Avertissement : La présente étude reprend la note de contribution de la deuxième chambre civile au groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité présidé par Mme la présidente Batut, dont le rapport a été déposé au cours de l'année 2020. Cette note relative au contrôle de proportionnalité pratiqué en matière de procédure civile par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, rédigée sous la direction de M. le président Pireyre, a été complétée et actualisée pour rendre compte des évolutions les plus récentes de la jurisprudence de la chambre.

INTRODUCTION

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 (CEDH) sous la dénomination usuelle de « contrôle de conventionnalité *in concreto* ».

Il doit être regardé comme ne recouvrant qu'une part seulement du contrôle de conventionnalité opéré par la Cour de cassation depuis l'arrêt de principe de chambre mixte du 24 mai 1975¹.

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

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 droits intangibles ou absolus et droits relatifs².

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 États. 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) »³. Le contrôle de proportionnalité ne concerne que ces droits relatifs. 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 de 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 un individu dispose dans un État de droit afin de faire valoir ses droits et libertés »⁴.

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 étude.

1. Ch. mixte, 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, publié au *Rapport annuel*.

2. En ce sens : *Éléments de réflexion en vue de la présentation de M. le juge Potocki à la Cour de cassation le 1^{er} juin 2018*.

3. F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 13^e éd., 2016, n° 129, p. 202-203.

4. *Ibid.*, n° 356.

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*.

À 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.

La Cour de cassation se fait à juste titre l'écho des particularités de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans le domaine des « droits de procédure ». Dans la mise en œuvre de ce contrôle, la deuxième chambre civile, compétente en matière de procédure civile, a développé une jurisprudence privilégiant un contrôle *in abstracto* des normes applicables.

Ce contrôle s'opère selon une méthode propre aux droits de procédure (I). Il a trouvé un terrain privilégié en matière d'accès au juge (II).

I. MÉTHODOLOGIE DU CONTRÔLE DE CONVENTIONNALITÉ OPÉRÉ PAR LA COUR DE CASSATION À LA LUMIÈRE DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

A. Aperçu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de contrôle de proportionnalité

Le contrôle de conventionnalité peut s'exercer sur le fondement des articles 6 et 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il ne sera question cependant, dans ce texte, que de l'article 6, qui concerne l'essentiel des arrêts rendus par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, laquelle n'est que très rarement saisie de moyens soulevant l'application de l'article 13.

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

Ces droits se développent autour de trois axes :

- l'affirmation du droit à un tribunal, à partir duquel la Cour européenne 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 droit⁵.

Le contrôle opéré est adapté à la diversité de ces droits. Comme tel, il est contrasté.

Si les droits de procédure sont l'objet d'un contrôle spécifique, la notion de formalisme excessif en renouvelle les termes.

1. Les droits de procédure, un contrôle spécifique

En premier lieu, certains droits, en raison de leur nature ou de leur contenu, n'entraînent pas de contrôle de proportionnalité. Il en est ainsi du principe de la contradiction⁶ ou du droit à un tribunal impartial et indépendant⁷.

5. Par exemple, CEDH, arrêt du 16 décembre 1992, *Geoffre de la Pradelle c. France*, n° 12964/87, qui fixe une exigence de clarté et de prévisibilité en matière d'accès au juge.

6. Par exemple, CEDH, arrêt du 18 février 1997, *Nideröst-Huber c. Suisse*, n° 18990/91, § 30 ; CEDH, gde ch., arrêt du 31 mars 1998, *Reinhardt et Slimane-Käid c. France*, n° 23043/93 et n° 22921/93.

7. CEDH, arrêt du 1^{er} octobre 1982, *Piersack c. Belgique*, n° 8692/79 ; CEDH, Pl., arrêt du 24 mai 1989, *Hauschildt c. Danemark*, n° 10486/83 ; CEDH, arrêt du 26 octobre 1984, *De Cubber c. Belgique*, n° 9186/80.

En second lieu, lorsqu'un contrôle existe, la spécificité de la jurisprudence en matière de droits procéduraux réside dans l'absence de confrontation de deux droits fondamentaux, également garantis, à même niveau et même valeur, par la Convention, laquelle a vocation à se résoudre notamment par une « balance des intérêts en présence »⁸.

Cette dernière s'inscrit dans un contrôle de proportionnalité *stricto sensu*, dit étendu, tel qu'il doit être pratiqué dans une situation de confrontation des articles 8 et 10 (protection de la vie privée et familiale *versus* liberté d'expression) et plus largement lorsque s'affrontent des droits qui, en raison de la structure du texte qui les énonce, sont dits « à clause d'ordre public », autrement dit dont la protection de principe comporte un certain nombre de restrictions que les autorités nationales peuvent apporter à leur exercice. C'est, en effet, cette situation de confrontation de droits également protégés qui implique la nécessité d'un contrôle de proportionnalité *in concreto* puisque le principe d'effectivité des droits commande de résoudre cette confrontation en considération des données factuelles propres à l'espèce en cause.

Il en va bien différemment des règles de procédure, lesquelles n'instituent pas, par elles-mêmes, des droits subjectifs. Elles peuvent être regardées comme des *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 pas à mettre en balance deux droits subjectifs, mais à mettre les parties en mesure de faire valoir leurs droits subjectifs respectifs.

Il n'en découle pas que la Cour européenne des droits de l'homme s'abstient à leur égard de tout contrôle de proportionnalité *in concreto*, mais que son contrôle est plus restreint et de beaucoup ou, si l'on préfère, est d'une intensité moindre.

Le raisonnement qu'elle suit à cet égard parcourt les trois étapes suivantes :

- en la matière, les États jouissent d'une « marge d'appréciation »⁹ ;
- 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 tels 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.

Ainsi, la limitation opérée par le texte de droit interne doit être proportionnée au but poursuivi¹⁰.

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

9. CEDH, arrêt du 15 février 2000, *García Manibardo c. Espagne*, n° 38695/97, § 36 ; CEDH, arrêt du 3 décembre 2002, *Berger c. France*, n° 48221/99, § 30 ; CEDH, arrêt du 10 janvier 2006, *Gruais et Bousquet c. France*, n° 67881/01, § 26.

10. CEDH, arrêt du 4 décembre 1995, *Bellet c. France*, n° 23805/94, § 31 ; CEDH, gde ch., arrêt du 29 juillet 1998, *Guérin c. France*, n° 25201/94, § 37 ; CEDH, *Gruais et Bousquet c. France*, précité, § 26 ; CEDH, gde ch., arrêt du 29 juin 2011, *Sabeh El Leil c. France*, n° 34869/05, § 47.

À titre d'illustration, s'agissant plus particulièrement du droit d'accès à un tribunal, affirmé par un arrêt de principe de la CEDH, *Golder c. Royaume-Uni*, du 21 février 1975¹¹, le contrôle de proportionnalité s'inscrit dans un équilibre 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.

Cette tension, propre à la matière procédurale, a conduit la Cour européenne à retenir d'abord 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 du principe de la sécurité juridique.

Néanmoins, ces principes ne sont applicables que sous la triple limite, d'une part, que ces règles soient précises, intelligibles et 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 »¹², pour ne pas porter une atteinte substantielle au droit d'accès effectif au juge, et sans « souplesse excessive qui aboutirait à supprimer les conditions de procédure établies par les lois »¹³.

2. Le concept de formalisme excessif et le renouvellement des termes du contrôle

En usant davantage que par le passé du concept de « formalisme excessif »¹⁴, la Cour européenne peut opérer, en matière de droits procéduraux, un contrôle qui s'approche d'un contrôle *in concreto*.

11. CEDH, Pl., arrêt du 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, n° 4451/70 ; CEDH, gde ch., arrêt du 21 novembre 2001, *Fogarty c. Royaume-Uni*, n° 37112/97.

12. Voir CEDH, arrêt du 9 juin 2022, *Xavier Lucas c. France*, n° 15567/20.

13. Par exemple, CEDH, arrêt du 15 janvier 2009, *Guillard c. France*, n° 24488/04, § 36, et CEDH, arrêt du 26 juillet 2007, *Walchli c. France*, n° 35787/03, § 29.

14. 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, arrêt du 28 octobre 1998, *Pérez de Rada Cavanilles c. Espagne*, n° 28090/95, § 49 ; CEDH, arrêt du 25 janvier 2000, *Miragall Escolano et autres c. Espagne*, n° 38366/97, n° 38688/97, n° 40777/98, n° 40843/98, n° 41015/98, n° 41400/98, n° 41446/98, n° 41484/98, n° 41487/98 et n° 41509/98, § 38 ; CEDH, arrêt du 16 novembre 2000, *Sotiris et Nikos Koutras Attee c. Grèce*, n° 39442/98, §§ 20 et 22 ; CEDH, arrêt du 12 novembre 2002, *Běleš et autres c. République tchèque*, n° 47273/99, § 50 ; CEDH, arrêt du 29 mars 2011, *RTBF c. Belgique*, n° 50084/06, §§ 71-72 et 74 ; CEDH, arrêt du 18 octobre 2016, *Miessen c. Belgique*, n° 31517/12, §§ 72-74 ; CEDH, gde ch., arrêt du 5 avril 2018, *Zubac c. Croatie*, n° 40160/12, § 97).

De même, une « interprétation déraisonnable d'une exigence procédurale » porte atteinte au droit à une protection juridictionnelle effective (CEDH, arrêt du 25 janvier 2000, *Miragall Escolano et autres c. Espagne*, n° 38366/97, déjà cité, § 37).

De même, « en faisant prévaloir le principe de l'obligation de communiquer par voie électronique pour saisir la cour d'appel sans prendre en compte les obstacles pratiques auxquels s'était heurté le requérant pour la respecter, la Cour de cassation a fait preuve d'un formalisme que la garantie de la sécurité juridique et de la bonne administration de la justice n'imposait pas et qui doit, dès lors, être regardé comme excessif », CEDH, arrêt du 9 juin 2022, *Xavier Lucas c. France*, n° 15567/20, § 57.

Ce contrôle de proportionnalité des formalités et délais procéduraux auquel se livre la Cour européenne, parce que ne sont pas 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 compatible ou non avec les exigences découlant de leur garantie conventionnelle.

L'examen de la situation concrète du requérant au regard d'un formalisme excessif est ainsi moins étendu que celle du requérant qui invoque une atteinte des articles 7 ou 8 de la Convention.

On ajoutera que les juridictions nationales, étant appelées à une interprétation de la norme interne en conformité ou à la lumière de la norme conventionnelle, sont 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.

S'agissant plus particulièrement du contrôle du droit d'accès effectif à un juge, l'examen 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. Un tel contrôle n'appelle 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 matériel¹⁵ (ainsi par exemple de l'impossibilité de spécifier un recours en annulation contre une décision d'arbitrage sur le réseau privé virtuel des avocats [RPVA]) ou d'ordre juridique (ainsi, par exemple, de l'obligation de constituer un avocat). 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*.

B. Contrôle de la Cour de cassation sur les normes de procédure civile

La Cour de cassation se fait à juste titre l'écho des particularités de la jurisprudence de la Cour européenne dans le domaine des « droits de procédure ».

La deuxième chambre civile a forgé une jurisprudence fondée sur 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 la Cour européenne.

Le contrôle de conformité s'opère selon une méthode adaptée aux droits de procédure. Il a trouvé un terrain privilégié d'application et de développement en matière d'accès au juge.

15. Ainsi de la jurisprudence CEDH, arrêt du 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, n° 6289/73.

1. Un contrôle découlant du principe de subsidiarité et de l'office de la Cour de cassation

Si 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 mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention »¹⁶, au contraire, « il incombe au premier chef aux autorités nationales, et singulièrement aux cours et tribunaux, d'interpréter et [d']appliquer le droit interne »¹⁷.

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.

C'est précisément du fait de l'office du juge de cassation en matière de contrôle de conventionnalité et en raison de la spécificité des « droits de procédure » consacrés par la Convention que le *Mémento du contrôle de conventionnalité 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 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 conventionnalité 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 [*Bull.* 2015, II, n° 207] ; 22 mars 2018, pourvoi n° 17-12.049) »¹⁸.

2. Un contrôle dépendant de la nature du droit garanti

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. Relevant de l'ordre public renforcé, pour s'assurer de l'effectivité de leur mise en œuvre, la Cour de cassation est conduite à assurer une vérification le plus souvent approfondie, du droit à un procès équitable.

16. CEDH, Pl., arrêt du 23 juillet 1968, affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique », n° 1474/62, n° 1677/62, n° 1691/62, n° 1769/63, n° 1994/63 et n° 2126/64, § 10.

17. CEDH, arrêt du 25 février 1992, *Margareta et Roger Andersson c. Suède*, n° 12963/87, § 82.

18. *Mémento du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 2018, § 3.4 Le contrôle de conventionnalité exercé sur les normes de procédure, n° 65, p. 14.

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 Cour de cassation invite les juges du fond¹⁹ ;
- de l'exigence de la motivation des décisions de justice ;
- de la tenue d'une audience publique ;
- du droit à être jugé dans un délai raisonnable.

À 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 un procès équitable en cause. On précisera juste, pour ce qui est du respect du droit au jugement dans un délai raisonnable, que l'appréciation par la Cour de cassation du respect *in concreto* de cette exigence n'a pas lieu dans le procès dont la durée est en cause, car « la sanction qui s'attache à la violation de l'obligation pour la juridiction de se prononcer dans un délai raisonnable, n'est pas l'annulation de la procédure mais la réparation du préjudice résultant éventuellement du délai subi »²⁰.

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.

C'est en matière d'accès au juge que la Cour de cassation trouve un terrain privilégié de développement de son contrôle.

19. 2^e Civ., 7 avril 2016, pourvois n° 15-16.091 à n° 15-16.093, *Bull.* 2016, II, n° 103 ; 2^e Civ., 4 juin 2020, pourvoi n° 19-10.443, publié au *Bulletin*.

20. 2^e Civ., 9 février 2012, pourvoi n° 11-17.212, *Bull.* 2012, II, n° 25.

II. RÈGLES DE PROCÉDURE ET GARANTIES DU DROIT D'ACCÈS AU JUGE

Le contrôle de la Cour de la cassation a trouvé un terrain privilégié 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.

Ainsi doivent être compris de nombreux arrêts de la Cour de cassation 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.

La Cour de cassation a ainsi considéré que « ne constitue pas une atteinte disproportionnée au droit d'accès au juge » la fixation, au jour de l'ordonnance du conseiller de la mise en état, du point de départ du délai de déféré de cette ordonnance à la cour d'appel²¹, ou encore la caducité de l'appel résultant de l'absence de notification des conclusions à l'avocat constitué par l'intimé, bien que la signification de ces conclusions ait été faite à l'intimé lui-même²².

La haute juridiction a également affirmé que ni l'obligation impartie par l'article 909 du code de procédure civile²³, ni la sanction résultant de la notification des conclusions d'appelant à un avocat non constitué par l'intimé²⁴ ne portent atteinte au droit à un procès juste et équitable.

Dans le même sens, la Cour de cassation a récemment indiqué qu'est conforme à l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales la caducité prononcée suite à l'absence de signification par l'appelant « de la déclaration d'appel dans le délai de dix jours à compter de l'avis de fixation à bref délai [...] nonobstant le dépôt d'une demande d'aide juridictionnelle postérieurement à cette déclaration d'appel »²⁵.

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, notamment au sujet du caractère proportionné de la péremption d'instance²⁶, du respect du principe de la contradiction en cas de relevé d'office d'un moyen²⁷, de l'irrecevabilité de l'appel d'une décision du juge des tutelles au motif que la personne n'a pas qualité à agir²⁸.

21. 2^e Civ., 21 février 2019, pourvoi n° 17-28.285, publié au *Bulletin*.

22. 2^e Civ., 5 septembre 2019, pourvoi n° 18-21.717, publié au *Bulletin*.

23. 2^e Civ., 5 décembre 2019, pourvoi n° 18-14.112, publié au *Bulletin*. Pour rapprochement : 2^e Civ., 6 septembre 2018, pourvoi n° 17-18.150.

24. 2^e Civ., 27 février 2020, pourvoi n° 19-10.849, publié au *Bulletin*.

25. 2^e Civ., 4 juin 2020, pourvoi n° 19-24.598, publié au *Bulletin*.

26. 2^e Civ., 16 décembre 2016, pourvoi n° 15-27.917, publié au *Bulletin*.

27. 2^e Civ., 21 février 2019, pourvoi n° 17-31.350, publié au *Bulletin*.

28. 1^{re} Civ., 27 janvier 2021, pourvoi n° 19-22.508, publié au *Bulletin*.

Si le contrôle des formalités et délais impératifs fait, en général, l'objet d'un contrôle *in abstracto* (A), il faut toutefois réserver les hypothèses de contrôle *in concreto* (B).

A. Contrôle de proportionnalité des formalités et délais impératifs

Empruntant à la méthode d'analyse de la Cour européenne en matière d'excès de formalisme, la Cour de cassation vérifie que le formalisme en cause est justifié ou non par un intérêt légitime, selon une approche *in abstracto* par nature, et sa prévisibilité matérielle et juridique.

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.

À titre d'exemple, la Cour de cassation a jugé qu'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 à ce dernier qu'à compter du jour où elle est portée à sa connaissance par sa notification »²⁹. D'autre part, elle considère que le point de départ du délai pour former un déféré à l'encontre de la décision du conseiller chargé d'instruire l'affaire mettant fin à l'instance dans une procédure d'appel, non soumise aux dispositions en matière de représentation obligatoire, ne constitue pas « une atteinte disproportionnée au droit d'accès au juge si [...] la partie [a] été informée de la date à laquelle [l'ordonnance] serait rendue »³⁰.

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*.

Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle affirmé que « l'obligation, découlant sans ambiguïté [des] 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 »³¹. Les mêmes considérations ont été suivies en matière d'interdiction de recourir à la communication électronique³², de point de départ du délai de déféré intervenant dès le prononcé de l'or-

29. 2^e Civ., 28 juin 2018, pourvois n° 17-16.658 et n° 17-16.578, *Bull.* 2018, II, n° 138.

30. 2^e Civ., 25 mars 2021, pourvoi n° 18-23.299, publié au *Bulletin*.

31. 2^e Civ., 1^{er} décembre 2016, pourvoi n° 15-25.972, *Bull.* 2016, II, n° 260.

32. 2^e Civ., 10 novembre 2016, pourvoi n° 15-25.431, *Bull.* 2016, II, n° 247. 2^e Civ., 17 novembre 2022, pourvoi n° 21-16.185, publié au *Bulletin*.

donnance d'un conseiller de la mise en état³³, ou encore de la coordination des règles relatives à l'appel d'une ordonnance du juge de la mise en état³⁴. La Cour de cassation a également estimé que l'application immédiate aux requêtes en déféré de la solution retenue par un arrêt rendu par la deuxième chambre civile en date du 11 janvier 2018³⁵ n'a pas privé l'appelante, représentée par un avocat, du droit d'accès au juge, au motif que la jurisprudence susmentionnée « n'était pas imprévisible »³⁶. De même a-t-elle jugé que la règle selon laquelle la déclaration d'appel doit mentionner les chefs du dispositif du jugement critiqué, et qu'à défaut l'effet dévolutif n'opère pas, fait partie des règles qui « encadrent les conditions d'exercice du droit d'appel dans les procédures dans lesquelles l'appelant est représenté par un professionnel du droit, poursuivent un but légitime au sens de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en l'occurrence la célérité de la procédure et une bonne administration de la justice. Elles sont, en outre, accessibles et prévisibles, et ne portent pas une atteinte disproportionnée au droit d'accès au juge d'appel, un rapport raisonnable de proportionnalité existant entre les moyens employés et le but visé »³⁷.

S'agissant de la procédure d'appel sans représentation obligatoire, par un arrêt du même jour³⁸, la deuxième chambre civile a, cependant, réaffirmé sa jurisprudence initiée par un arrêt du 9 septembre 2021³⁹ aux termes de laquelle si, pour les procédures avec représentation obligatoire, il a été déduit de l'article 562, alinéa 1, du code de procédure civile 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 et que de telles règles sont dépourvues d'ambiguïté pour des parties représentées par un professionnel du droit, un tel degré d'exigence dans les formalités à accomplir par l'appelant en matière de procédure sans représentation obligatoire constituerait une charge procédurale excessive, dès lors que celui-ci n'est pas tenu d'être représenté par un professionnel du droit », la faculté de régularisation de la déclaration d'appel ne pouvant être de nature à y remédier.

À 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 juge⁴⁰. À titre d'exemple, il a été jugé, dans une hypothèse dans laquelle était applicable un texte qui limitait à certains actes l'usage de la communication électronique, « qu'à défaut d'une règle dépourvue d'ambiguïté et d'une jurisprudence précise se prononçant sur la possibilité du recours au mode électronique pour la remise d'une requête à jour fixe au premier président d'une cour d'appel avant le 1^{er} septembre 2020, la sanction de

33. 2^e Civ., 21 février 2019, pourvoi n° 17-28.285, publié au *Bulletin*.

34. 2^e Civ., 2 juillet 2020, pourvoi n° 19-11.624, publié au *Bulletin*.

35. 2^e Civ., 11 janvier 2018, pourvoi n° 16-23.992, *Bull.* 2018, II, n° 3.

36. 2^e Civ., 4 juin 2020, pourvois n° 18-23.248 et n° 18-23.249, publié au *Bulletin*.

37. 2^e Civ., 30 juin 2022, pourvoi n° 21-12.720, publié au *Bulletin*.

38. 2^e Civ., 30 juin 2022, pourvoi n° 21-15.003, publié au *Bulletin*.

39. 2^e Civ., 9 septembre 2021, pourvois n° 20-13.662 et suivants, publié au *Bulletin* et au *Rapport annuel*.

40. 2^e Civ., 19 mars 2020, pourvoi n° 18-23.923, publié au *Bulletin* ; 2^e Civ., 19 mars 2020, pourvoi n° 19-12.990, publié au *Bulletin*.

l'irrecevabilité de l'appel, au motif que la requête tendant à voir fixer une date d'audience par le premier président a été remise par voie électronique et non sur support papier, constitu[ait] une atteinte disproportionnée au droit d'accès au juge. [...] Le prononcé d'une telle sanction résultant de l'interprétation de la réglementation alors applicable mais insuffisamment prévisible » aboutirait, en effet, à priver la partie qui a eu néanmoins recours à la voie électronique pour un acte non expressément prévu par le texte « d'un procès équitable au sens de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »⁴¹.

Il en va de même de l'application immédiate d'une règle de procédure résultant de l'interprétation nouvelle d'une disposition, qui pourrait priver des parties du droit à un procès équitable. En un tel cas, la Cour de cassation a écarté l'application d'une telle règle. Pour ce faire, elle n'a pas procédé *in concreto*, dans un dossier particulier, mais, à l'occasion d'un tel dossier, a affirmé, par une règle de principe, que la règle issue de l'interprétation nouvelle ne pourrait être appliquée « dans les instances introduites par une déclaration d'appel antérieure à la date [de son] arrêt ». Puis, dans un second temps seulement de son raisonnement, la Cour de cassation en a naturellement déduit, dans le cas d'espèce, que se trouvait légalement justifié l'arrêt de la cour d'appel qui n'avait pas fait application de cette règle⁴².

Demeure, en tous les cas, à apprécier la faisabilité de la diligence considérée. La Cour de cassation s'en assure parfois aux termes d'un raisonnement explicite. Ainsi, ne constitue pas une violation au droit à un procès équitable la restriction de l'usage de la communication électronique découlant de la disposition en cause dès lors qu'elle « est dénuée d'ambiguïté pour un professionnel avisé » et qu'elle « 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 »⁴³. Il en est de même pour les recours par lettre recommandée devant le premier président en matière de contestations d'honoraires⁴⁴.

Cette appréciation de la faisabilité d'une diligence peut s'effectuer de façon abstraite et juridique, comme le démontre un arrêt de la Cour de cassation relatif aux 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 tous les 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 Cour⁴⁵.

Ce contrôle de conventionnalité *in abstracto* des règles de procédure instituant des formalités et délais péremptoires pratiqué par la Cour de cassation trouve une illustration éclatante en matière d'arrêt impératif du cours des procédures durant l'examen

41. 2^e Civ., 8 décembre 2022, pourvoi n° 21-14.144.

42. 2^e Civ., 17 septembre 2020, pourvoi n° 18-23.626, publié au *Bulletin* ; 2^e Civ., 9 juin 2022, pourvoi n° 20-22.588, publié au *Bulletin*.

43. 2^e Civ., 10 novembre 2016, pourvoi n° 15-25.431, *Bull.*, 2016, II, n° 247.

44. 2^e Civ., 17 novembre 2022, pourvoi n° 21-16.185, publié au *Bulletin*.

45. 2^e Civ., 14 novembre 2019, pourvoi n° 18-23.631, publié au *Bulletin*.

d'une demande d'aide juridictionnelle. Cette solution générale, dégagée par la jurisprudence⁴⁶, est par elle limitée aux procédures dans lesquelles elle ne conduit pas à entraver le droit d'accès au juge de la partie adverse⁴⁷.

Suivant cette logique, est conforme aux exigences du procès équitable l'absence d'effet dévolutif attaché à un acte d'appel irrégulier comme portant en objet « appel total » sans énoncer les chefs de jugement qu'il critique expressément dès lors qu'il n'a été ni annulé ni régularisé par une nouvelle déclaration d'appel et qu'il a été suivi de conclusions⁴⁸. Le même raisonnement a été adopté au sujet de la compatibilité avec l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde de la sanction de caducité prononcée suite à l'absence de notification des conclusions à l'avocat constitué par l'intimé, dans l'hypothèse où la signification de ces conclusions a été ultérieurement faite à l'intimé lui-même⁴⁹. Dans le même sens, la Cour de cassation a retenu que la formalité nécessaire pour interjeter appel contre un jugement d'orientation, étant « dénuée d'ambiguïté » et ne procédant « d'aucun formalisme excessif », ne méconnaissait pas le droit d'accès au juge⁵⁰.

B. Champs limités du contrôle de proportionnalité *in concreto*

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.

1. Contrôle *in concreto* fondé sur une disposition de droit interne

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'appel⁵¹, en cas de motif légitime, selon de nombreux textes spécifiques⁵², ou

46. Par exemple : 2^e Civ., 6 juin 2019, pourvoi n° 18-11.668, publié au *Bulletin*.

47. Par exemple : 2^e Civ., 21 mars 2013, pourvoi n° 11-18.447.

48. 2^e Civ., 30 janvier 2020, pourvoi n° 18-22.528, publié au *Bulletin*.

49. 2^e Civ., 5 septembre 2019, pourvoi n° 18-21.717, publié au *Bulletin*.

50. 2^e Civ., 20 mai 2021, pourvois n° 19-19.258 et n° 19-19.259, publié au *Bulletin*.

51. Article 910-3 du code de procédure civile.

52. Par exemple, l'article 468 du code de procédure civile.

encore en cas de risque de conséquences manifestement excessives ou d'impossibilité de s'y conformer⁵³.

Cette condition pourra également présenter un caractère général, telles l'exclusion de toute annulation pour vice de forme en l'absence de grief⁵⁴ ou l'impossibilité de transmettre un acte par voie électronique pour une cause étrangère à celui qui l'accomplit⁵⁵.

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 opposition⁵⁶, 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.

2. Contrôle *in concreto* fondé sur la notion d'« erreur induite »

Fondée tout à la fois sur le droit d'accès au juge et le principe de la contradiction, une construction jurisprudentielle originale procédant de l'idée qu'une juridiction ne saurait priver une partie d'un accès au juge en raison d'une erreur procédurale qu'elle a elle-même provoquée investit, dans ces hypothèses, le juge d'un contrôle *in concreto*.

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.

53. Article 524 du code de procédure civile.

54. Article 114 du code de procédure civile.

55. Article 748-7 du code de procédure civile. Cf. 2^e Civ., 19 mai 2022, pourvoi n° 21-10.423, publié au *Bulletin*.

56. Article 540 du code de procédure civile.

Dans ces hypothèses, dès lors qu'est retenue l'existence d'une erreur induite, au terme d'une appréciation qui, par nature, ne peut être portée qu'*in concreto*, la Cour de cassation 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 matière⁵⁷.

C'est au regard de ces éléments que la Cour de cassation a affirmé que le juge, disposant d'un pouvoir discrétionnaire pour accorder ou refuser le renvoi d'une audience, ne peut refuser une demande de renvoi dont le principe a été préalablement accepté et porté à la connaissance du défendeur avant l'audience⁵⁸. Dans le même sens, le juge qui a dispensé une partie de comparaître dans le cadre d'une procédure orale, ne peut écarter par la suite ses observations présentées par écrit⁵⁹. Enfin, une atteinte au principe de la contradiction est caractérisée lorsque le juge relève d'office l'irrecevabilité de l'appel faute de paiement par l'appelant du droit de timbre prévu par l'article 1635 *bis* P du code général des impôts, sans avoir invité l'avocat de l'appelant à s'expliquer sur ce point⁶⁰.

Néanmoins, on peut citer, *a contrario*, la mention dans l'avis du greffe du délai de droit commun d'un mois d'avoir à signifier la déclaration d'appel n'est pas « de nature à induire en erreur » une partie obligatoirement représentée par un avocat « professionnel averti »⁶¹.

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, en énonçant que « 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 »⁶².

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.

57. 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, arrêt du 26 octobre 2000, *Leoni c. Italie*, n° 43269/98 : erreur commise par le greffe d'une cour d'appel ; CEDH, arrêt du 11 janvier 2001, *Platakou c. Grèce*, n° 38460/97 : erreur commise par un huissier de justice ; CEDH, arrêt du 17 janvier 2006, *Barbier c. France*, n° 76093/01 : transmission tardive d'un appel par les services pénitentiaires).

58. 2^e Civ., 24 septembre 2015, pourvoi n° 14-21.145, *Bull.* 2015, II, n° 219.

59. 2^e Civ., 25 juin 2015, pourvoi n° 14-22.158, *Bull.* 2015, II, n° 166.

60. 2^e Civ., 11 mai 2017, pourvois n° 16-17.083 et n° 16-17.084, *Bull.* 2017, II, n° 96.

61. 2^e Civ., 7 juin 2018, pourvoi n° 17-14.694.

62. Ass. plén., 8 avril 2016, pourvoi n° 14-18.821, *Bull.* 2016, Ass. plén, n° 1, publié au *Rapport annuel*.

CONCLUSION

Le contrôle de conventionnalité mis en œuvre par 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.

À 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 deuxième chambre civile de la Cour de cassation 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 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.



LES EXCLUSIONS DE GARANTIE EN DROIT DES ASSURANCES, Étude des deuxième et troisième chambres civiles¹

1. Étude rédigée par Mme Lise Leroy-Gissing, conseillère doyenne à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, M. François Besson, conseiller à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, M. Samuel Ittah, conseiller référendaire à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, et M. Jean-François Zedda, conseiller référendaire à la troisième chambre civile de la Cour de cassation.

Résumé : Si le législateur a souhaité, dans un souci de protection de l'assuré, limiter la liberté contractuelle des parties dans l'énoncé des clauses d'exclusion de garantie, c'est au juge que revient, à défaut de définition légale de telles clauses, la délicate tâche de les distinguer des clauses définissant le risque ou conditionnant la garantie. Saisie d'un abondant contentieux, la Cour de cassation s'efforce de guider le travail de qualification des juges par des définitions de principe. Elle s'applique, en outre, à harmoniser la jurisprudence relative à l'appréciation du caractère formel et limité des clauses d'exclusion.

Indépendamment des exclusions dont les parties peuvent convenir, la loi impose celle des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré. La jurisprudence a longtemps considéré qu'il s'agissait, sous deux appellations différentes, d'exclure une faute unique, impliquant la recherche par l'assuré du dommage tel qu'il s'est produit. La faute dolosive a, toutefois, pris peu à peu son autonomie, sous l'impulsion de la deuxième chambre civile qui, depuis une décennie, affine la définition propre de cette faute, distincte de celle de la faute intentionnelle. Le récent ralliement de la troisième chambre civile consacre cette conception dualiste des exclusions légales de garantie.

INTRODUCTION

En 2011, la Cour de cassation consacrait l'étude de son *Rapport annuel* à la notion de risque et embrassait naturellement dans son champ certaines questions clés du droit des assurances, puisque la notion de risque est au cœur du mécanisme assurantiel : l'assurance, c'est un risque, une prime, un sinistre et une prestation lit-on souvent². L'on sait pourtant que ce mécanisme, simple au plan individuel, repose en réalité sur un système complexe de mutualisation des risques, la charge des conséquences économiques du dommage étant transférée de la victime à la collectivité des assurés versant des primes, lesquelles doivent être calculées à partir de la probabilité mathématique de la réalisation du risque. Ces considérations conduisent ainsi certains à ajouter la notion de « mutualité » à celles de risque, de prime et de sinistre.

Cette étude évoquait notamment « l'exclusion légale de risque »³, c'est-à-dire le dommage résultant de la faute intentionnelle de l'assuré, et l'exclusion conventionnelle du risque.

Plus de dix ans après, il a semblé intéressant de centrer la présente étude sur ces deux questions, qui, pour ne pas être nouvelles, n'en sont pas moins toujours au cœur de l'actualité jurisprudentielle de la deuxième chambre civile et de la troisième chambre civile de la Cour de cassation⁴.

Mécanisme destiné à protéger les personnes contre les aléas de la vie et les opérateurs économiques contre ceux affectant leur activité, sa mise en œuvre doit être aussi prévisible que possible et ne doit pas laisser les contractants dans l'incertitude quant à la couverture du risque. L'assuré, notamment lorsqu'il assure sa responsabilité professionnelle, doit être certain que tous les risques pour lesquels il souhaitait se voir garanti le sont bien. L'assureur, qui a fixé le montant des primes en considération des risques qu'il entendait garantir, ne doit pas être pris au dépourvu par une application inattendue du contrat.

Parce que la sécurité apportée par le mécanisme assurantiel est nécessaire à l'équilibre économique et social mais aussi à la stabilité financière des États, le législateur, national et européen, a organisé le contrôle par l'État des opérateurs intervenant sur ce marché⁵. Il a également limité, à bien des égards, leur liberté contractuelle. Cette atteinte au principe du consensualisme s'explique par le souci de satisfaire l'impératif de clarté et d'intelligibilité du contrat afin d'assurer la prévisibilité de sa mise en œuvre. Elle est également nécessaire pour restaurer un certain équilibre contractuel, puisque, dans bien des cas, le contrat d'assurance est un contrat d'adhésion, unissant des parties d'inégale force, rédigé par les services juridiques hautement spécialisés des sociétés d'assurance.

2. Il n'est pas question dans la présente étude des opérations de capitalisation, qui sont qualifiées d'assurance par le législateur et la jurisprudence, tout en étant dénuées d'aléa.

3. *Rapport annuel* de la Cour de cassation, 2011, p. 227.

4. La deuxième chambre civile comporte une section « responsabilité extracontractuelle et assurances », en charge du contentieux général des assurances et la troisième chambre civile, en charge du droit immobilier, connaît des assurances liées à l'acte de construire.

5. Articles L. 310-1 et suivants du code des assurances.

L'article L. 113-1 du code des assurances est une illustration des limites portées à la liberté contractuelle des parties⁶. Par cette disposition, le législateur ne permet à l'assureur d'exclure certains risques, *a priori* couverts par le contrat, que par une clause « formelle et limitée », dont l'article L. 112-4 conditionne par ailleurs la validité à leur rédaction en caractères « très apparents ». De même, il contraint les parties au contrat, en excluant de la couverture par l'assurance la faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré.

L'on pourrait penser que ces exigences légales, clairement exprimées, permettraient d'atteindre l'objectif de clarté et de précision nécessaire à la définition du champ de la garantie souscrite.

Cependant, tout praticien du droit des assurances, et nombre d'assurés, savent que tel n'est pas le cas... Ici, comme dans bien d'autres branches du droit, le praticien se heurte à des difficultés de qualification qui expliquent que, malgré l'ancienneté de ce texte, il soit encore au cœur de l'actualité⁷. En témoigne, notamment, le nombre important de pourvois dont la deuxième chambre civile a été récemment saisie portant sur l'application d'une clause d'exclusion insérée dans des contrats garantissant les pertes d'exploitation en cas d'épidémie⁸.

S'agissant des exclusions conventionnelles, la première difficulté réside dans l'identification, parmi les stipulations du contrat d'assurance, de celles posant une exclusion de garantie. Si la définition de la clause d'exclusion de garantie par la Cour de cassation est aujourd'hui claire et ancienne⁹, il n'en reste pas moins que son application à la variété des formulations utilisées par les contrats ne permet pas de décider infailliblement ce qui constitue une clause d'exclusion de la garantie, une définition de la garantie ou encore une condition de celle-ci, et les questionnements sont en permanence renouvelés.

Une fois l'opération de qualification de la clause réalisée, il reste à déterminer, et c'est là une seconde difficulté, si la clause d'exclusion répond aux conditions de validité posées par le premier alinéa de l'article L. 113-1 du code des assurances : la clause est-elle « formelle et limitée » ?

Cette question continue d'occuper les juridictions et particulièrement la Cour de cassation, sollicitée dans son office d'harmonisation de la jurisprudence. L'abondance du contentieux et le nombre d'arrêts publiés sur cette question¹⁰ témoignent de la difficulté de l'exercice. La Cour de cassation est parvenue au fil de ses arrêts à une

6. Article L. 113-1 du code des assurances : « Les pertes et les dommages occasionnés par des cas fortuits ou causés par la faute de l'assuré sont à la charge de l'assureur, sauf exclusion formelle et limitée contenue dans la police.

Toutefois, l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré. »

7. Cf. le rapport d'activité 2021 du Médiateur de l'assurance qui alerte sur le caractère flou de certaines clauses d'exclusion, spéc. p. 14.

8. Les premiers arrêts ont été rendus le 1^{er} décembre 2022, voir notamment : 2^e Civ., 1^{er} décembre 2022, pourvoi n° 21-19.341, publié au *Bulletin* et au *Rapport annuel*.

9. 1^{re} Civ., 26 novembre 1996, pourvoi n° 94-16.058, *Bull.* 1996, I, n° 413, publié au *Rapport annuel*.

10. Selon le service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation, le nombre d'arrêts publiés par la deuxième chambre civile et la troisième chambre civile a été en augmentation en 2021 et 2022.

définition qui se voudrait opérationnelle : la clause formelle est celle qui ne nécessite pas interprétation ; la clause limitée est celle qui ne vide pas la garantie de sa substance.

Mais la clarification des concepts n'épuise pas les interrogations soumises aux juges, qui sont, sinon infinies, du moins très nombreuses, notamment en raison de l'extrême variété des situations pouvant donner lieu à exclusion : une clause est-elle suffisamment claire et précise si elle comporte une énumération non limitative de situations exclues de la garantie ou si elle utilise des termes aux contours imprécis ? Une clause est-elle formelle si elle comporte, au contraire, des termes tellement complexes ou empruntant à un vocabulaire tellement technique que seuls des spécialistes en connaissent le sens ? Une clause peut-elle être tenue pour non formelle s'agissant d'un assuré et claire et précise pour un autre, en considération de leurs compétences particulières ?

Pour considérer qu'une clause n'est pas limitée, faut-il que la garantie soit vidée de toute sa substance ou seulement d'une part importante de celle-ci ? Ce test est-il appliqué en prenant en compte l'ensemble du contrat ou, lorsque celui-ci comporte plusieurs garanties, garantie par garantie ? Le législateur a-t-il eu l'intention d'invalider toute la clause d'exclusion ou simplement le cas considéré par le juge comme non formel ?

Ces questions ne sont pas nouvelles mais, par des arrêts récents, la Cour de cassation s'est efforcée d'y apporter quelques réponses de principe, destinées à améliorer la sécurité juridique des assurés et des assureurs.

L'exclusion légale de garantie, dont la complexité n'est pas liée à l'inventivité rédactionnelle des parties, a également soulevé des difficultés d'interprétation liées à la notion de « faute intentionnelle ou dolosive » et a fait récemment l'objet d'évolutions majeures, qui justifient leur présentation.

Prévue au second alinéa du même article L. 113-1 du code des assurances, l'exclusion de garantie des dommages provenant de la faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré ne se comprend que parce que le premier alinéa énonce un principe fondamental de l'assurance : les pertes et dommages causés par les comportements fautifs de l'assuré sont garantis. Ainsi, ce n'est que par une exclusion conventionnelle ou par l'exclusion légale qu'ils peuvent ne pas l'être.

Il s'est avéré délicat de cerner les contours de la notion de « faute intentionnelle ou dolosive » en droit des assurances¹¹. D'abord analysée par la communauté des juristes et la jurisprudence comme recouvrant une seule et même situation – la faute commise volontairement par l'assuré qui a recherché la production du dommage tel qu'il s'est effectivement réalisé –, il est apparu à nombre de juristes, au fil des ans et de l'évolution de la société, qu'il pouvait être moralement choquant de faire supporter par les assureurs et donc, par la communauté des assurés, l'indemnisation de préjudices trouvant leur cause dans un comportement gravement fautif de l'assuré, lorsque celui-ci, sans avoir eu l'intention de causer le dommage tel qu'il s'est réalisé, a néanmoins eu conscience que son comportement aurait inéluctablement des conséquences dommageables pour des tiers ou pour les biens assurés. Cette évolution dans l'approche de l'assurabilité du

11. Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur estiment que cette disposition est affectée d'une « erreur sémantique » en ce qu'elle vise le dol et suggèrent que le mot « dolosive » devrait être supprimé en raison des « doutes et ambiguïtés » qu'il a pu susciter, *Droit des assurances*, Dalloz, 14^e éd., 2017, n° 426 et s.

sinistre met en évidence que le fondement de l'exclusion légale n'est pas seulement technique (la disparition de l'aléa propre au mécanisme assurantiel) mais aussi moral¹².

Bien que la voie des exclusions conventionnelles soit ouverte pour exclure, le cas échéant, ce type de comportement, c'est finalement par le biais d'une modification de l'acception donnée à l'exclusion légale de garantie de la faute intentionnelle ou dolosive que cette évolution a pris corps dans la jurisprudence de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, en donnant à la faute dolosive une acception propre. L'étude permettra cependant de constater que cette évolution, répondant à un objectif largement partagé, fait naître de nouvelles interrogations, notamment quant à son application à tous les domaines de l'assurance et plus spécialement au domaine de l'assurance de construction.

12. Notamment G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Les régimes spéciaux et l'assurance de responsabilité*, LGDJ, 4^e éd., 2017, n° 407, et L. Mayaux, « La notion de faute intentionnelle de l'assuré : quelle évolution ? », in *Les grandes questions du droit des assurances*, LGDJ, 2011, p. 119 et s.

I. LES EXCLUSIONS CONVENTIONNELLES

La première préoccupation des parties qui concluent un contrat d'assurance est de délimiter le périmètre du risque qui sera garanti. Sauf en matière d'assurance obligatoire, où leur volonté sera fortement, sinon entièrement, contrainte par celle du législateur, elles devront décider ce qui est compris dans la garantie et ce qui ne l'est pas. Le contrat d'assurance étant un contrat onéreux et aléatoire, ce sera matière d'arbitrages économiques : quels risques veut-on voir couverts et à quel prix ?

Le contrat d'assurance est, en outre, un contrat consensuel¹³ où prime la rencontre des volontés : les parties peuvent présenter leur convention comme elles l'entendent. Ainsi, une même couverture pourra faire l'objet de présentations fort différentes, selon que les parties choisiront un large périmètre pour ensuite y pratiquer de vastes trous ou qu'elles choisiront, au contraire, de cerner d'emblée, par une définition très restrictive, le risque couvert.

Le législateur ne commande pas une méthode plutôt qu'une autre si bien que peuvent être souscrites des polices « à péril dénommé » tout autant que des polices « tout risque sauf ». Percevant, néanmoins, le danger de clauses obscures, réduisant, de manière subreptice, la couverture souscrite, le législateur a posé un garde-fou : ce qui est retranché de la garantie qui était, *a priori*, offerte doit l'être de manière « formelle et limitée »¹⁴, qui plus est en « caractères très apparents »¹⁵.

Les mêmes exigences ne s'appliquent pas aux clauses définissant le risque ou conditionnant la garantie. La jurisprudence ajoute une distinction supplémentaire en répartissant la charge de la preuve différemment selon que l'on a affaire à une condition de la garantie ou à une exclusion. S'il incombe à l'assuré qui réclame la garantie de prouver que ses conditions sont réunies¹⁶, il appartient à l'assureur, qui s'oppose au règlement du sinistre en vertu d'une exclusion, de prouver que celle-ci peut trouver à s'appliquer au cas d'espèce¹⁷. En cas de litige, la qualification de la clause revêt, dès lors, une importance particulière puisque le régime juridique applicable et, partant, la protection offerte à l'assuré ne seront pas les mêmes. Seules pourront être déclarées invalides, pour violation des règles des articles L. 113-1 et L. 112-4 du code des assurances¹⁸, les clauses qui peuvent être qualifiées de clauses d'exclusion.

La difficulté réside dans le fait que toutes ces clauses participent d'un même objectif : déterminer si la garantie trouve à s'appliquer. Les clauses d'exclusion pourront ainsi être confondues avec des clauses qui, soit définissent l'objet de la garantie en ce qu'elles tendent à préciser l'« aire » du contrat d'assurance, soit conditionnent la garantie, en ce qu'elles soumettent la couverture du risque à la réalisation d'actes de prévention ou à la survenance de certains événements. La distinction est donc

13. 1^{re} Civ., 21 mai 1990, pourvoi n° 87-19.014, *Bull.* 1990, I, n° 109.

14. Article L. 113-1 du code des assurances.

15. Article L. 112-4 du même code.

16. 1^{re} Civ., 29 octobre 2002, pourvoi n° 99-10.650, *Bull.* 2002, I, n° 243.

17. 1^{re} Civ., 15 octobre 1980, pourvoi n° 79-17.075, *Bull.* 1980, I, n° 258.

18. Les clauses édictant des nullités et des déchéances sont également soumises à l'exigence des caractères très apparents, mais il ne sera pas question de ces clauses dans la présente étude.

délicate entre ce qui relève de l'exclusion et ce qui relève de la définition du risque et des conditions de la garantie (A).

Lorsque la clause relève de la catégorie des exclusions, dans quels cas peut-elle être considérée comme « formelle » et « limitée » ? Quelle sanction attacher, en outre, au non-respect des exigences légales de forme et fond ? (B)

A. La distinction toujours délicate entre les conditions de la garantie et les exclusions de garantie

Assurés comme assureurs ayant besoin de prévisibilité et de sécurité, des définitions claires sont nécessaires pour diminuer le risque de la requalification. L'exercice de qualification des clauses est l'un des plus délicats du droit des assurances¹⁹, car tant la doctrine que la jurisprudence semblent peiner à fixer une frontière qui n'est pas clairement exprimée par le législateur et qui paraît échapper à toute analyse systématique.

1. Définir pour distinguer : l'approche de la doctrine et de la jurisprudence

Le législateur ne donnant aucune définition de l'exclusion au sens de l'article L. 113-1 du code des assurances, quel contenu donner à cette notion ? La doctrine souligne de longue date les « ténèbres » qui enveloppent la matière²⁰. Des auteurs essaient de donner des clés pour éclairer le débat. La Cour de cassation s'efforce également de guider le travail de qualification des juges par des définitions de principe.

a) Définitions doctrinales

Pour certains²¹, il faut distinguer les « exclusions externes » ou « exclusions du contrat » et les « exclusions internes » ou « exclusions de garantie ». Les premières pourraient être implicites et ne relèveraient pas du régime des articles L. 113-1 et L. 112-4 du code des assurances car « la définition de l'objet du contrat, qui cerne les conditions générales de la garantie, suppose *ipso facto et a contrario* la *non-assurance* de tout ce qui reste en dehors de l'aire contractuelle »²². Ainsi, souscrire un contrat d'assurance incendie pour une maison n'entraîne pas la garantie vol sans qu'il soit besoin de l'exprimer.

19. L. Mayaux, « La distinction des exclusions et des conditions », in *Les grandes questions du droit des assurances*, *op. cit.*, p. 91 et s. ; Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, *Droit des assurances*, *op. cit.*, n° 464 et s.

20. G. Durry, « La distinction de la condition de la garantie et de l'exclusion de risque (Une proposition de réforme pour trancher le nœud gordien) », in *Responsabilité civile et assurances, études offertes à Hubert Groutel*, LexisNexis, 2006, p. 129 et s. ; L. Mayaux, « Exclusions, conditions et déchéances : au cœur des ténèbres », *Revue générale des assurances et des responsabilités*, (Belgique), 2012, n° 9, p. 14908 ; F. Leduc, « Condition de la garantie ou clause d'exclusion », *RDC* mars 2014, p. 72.

21. Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, *Droit des assurances*, *op. cit.*, n°s 465 et 466.

22. *Ibid.*, n° 465.

S'agissant des conditions de la garantie, il est parfois enseigné que seules « les conditions permanentes du risque garanti (comme l'accomplissement d'une mesure de prévention) » peuvent être qualifiées de conditions de la garantie car elles portent sur « un événement adventice [...] et non un élément essentiel du contrat ». Inversement, « seules les circonstances concomitantes au sinistre, qu'elles soient relatives à ses causes ou à ses conséquences, d[evraie]nt être qualifiées d'exclusion »²³.

Un auteur propose les définitions suivantes²⁴ :

- « – La condition est un événement permanent qui affecte l'obligation de couverture du risque et qui est extérieur à celui-ci.
- L'exclusion, circonstance particulière de réalisation du sinistre ou élément restrictif de la définition de celui-ci, affecte l'obligation de règlement. [...]
- La définition du risque précise le risque qui doit être couvert dès l'origine. »

Pour un autre, « cet affinement à l'extrême des catégories, définition de la garantie, condition de la garantie, exclusion externe, exclusion indirecte, exclusion directe, [...] semble au mieux vain, au pire totalement perturbateur. Le bon sens commande de lire la clause afin de déterminer si elle décrit l'aire contractuelle ou si elle la perce »²⁵.

En tout état de cause, ces catégories ne sont pas nécessairement retenues par les juges. Interprétant l'article L. 113-1 du code des assurances, la Cour de cassation a donné sa propre définition de la clause d'exclusion.

b) Définitions jurisprudentielles

Au regard des enjeux précédemment analysés et de sa complexité, la qualification des clauses délimitant la garantie donne lieu à un abondant contentieux. Par un arrêt « fondateur », commenté au *Rapport annuel*, la Cour de cassation a énoncé que s'analysait en une clause d'exclusion de garantie « la clause qui prive l'assuré du bénéfice de la garantie [...] en considération de circonstances particulières de réalisation du risque »²⁶.

Inversement, institue des conditions de la garantie et non une exclusion la clause qui formule « des exigences générales et précises auxquelles la garantie [est] subordonnée »²⁷.

Concrètement, l'exclusion pourra concerner les caractères de l'évènement aléatoire dont les conséquences sont garanties (exclusion, par exemple, des évènements non accidentels ou des accidents issus de la pratique sportive). Elle pourra également

23. L. Mayaux et A. Pimbert, *Rép. civ.* Dalloz, V^o Contrat d'assurance, juillet 2021 (actualisation octobre 2022), n^o 200 et s. ; L. Mayaux, « La distinction des exclusions et des conditions », in *Les grandes questions du droit des assurances*, op. cit., p. 91 et s. ; J. Bigot, V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayaux, R. Schulz et K. Sontag, *Le contrat d'assurance*, t. 3, LGDJ, 2^e éd., 2014, n^o 1686 et s.

24. S. Abravanel-Jolly, « Nécessité du maintien de la distinction entre exclusion et condition de garantie », *D.* 2012, p. 957.

25. A. Péliissier, « Distinction définition de garantie et exclusion : qualifier sans motiver est-il le seul moyen de trancher le nœud gordien ? », *RGDA* septembre 2019, p. 42.

26. 1^{re} Civ., 26 novembre 1996, pourvoi n^o 94-16.058, *Bull.* 1996, I, n^o 413, publié au *Rapport annuel*.

27. 1^{re} Civ., 23 février 1999, pourvoi n^o 96-21.744, *Bull.* 1999, I, n^o 59.

concerner le siège du risque (exclusion des dommages affectant certains biens de l'assuré), ou encore la période comprise dans la durée de la garantie.

Quant aux conditions de la garantie, elles porteront souvent sur des mesures destinées à prévenir le risque ou à en amoindrir les conséquences, comme, par exemple, l'installation de dispositifs antivol ou de détection et de lutte contre l'incendie. Pour que ces obligations puissent être considérées comme des conditions de la garantie et non des exclusions, il faut qu'elles puissent être distinguées du sinistre lui-même. Si elles ne consistent, finalement, qu'en des circonstances de la réalisation du risque, il ne s'agira pas de vraies conditions.

2. La subtilité des définitions et les enjeux de la qualification

a) Le contrôle de qualification : un contrôle lourd

Depuis la fin des années 1990, la Cour de cassation s'attache, autant que les pourvois le permettent, à décliner les principes ci-dessus énoncés, en encadrant de manière étroite, par un contrôle « lourd », le travail de qualification des juges du fond²⁸.

Ont été analysées comme des clauses édictant des conditions de garantie :

- la stipulation d'une police d'assurance qui impose « en préalable à l'existence de la garantie l'installation d'un dispositif antivol agréé par l'assureur »²⁹ ;
- la clause subordonnant le bénéfice de la garantie du risque transport à l'emploi d'un emballage d'un type déterminé³⁰ ;
- la clause prévoyant la « vérification trimestrielle » d'une installation d'alarme, dont la Cour de cassation retient qu'elle était « requise indépendamment des circonstances de la réalisation du risque »³¹ ;
- la clause prévoyant la remise, par le locataire du bien assuré, de divers documents³² ;
- la clause subordonnant la garantie vol au gravage des vitres du véhicule assuré³³ ;

28. Un contrôle « lourd » intervient lorsque la cour d'appel ne pouvait, à partir de ses constatations de fait, qu'aboutir à la solution retenue, sous peine de voir son arrêt cassé pour violation de la loi : les arrêts de rejet utilisent alors des expressions très fortes, telles que « exactement », « à bon droit », lorsque le juge a énoncé pertinemment une règle. S'agissant de la qualification de la clause d'exclusion, voir par exemple 2^e Civ., 7 juillet 2022, pourvoi n° 21-14.288, publié au *Bulletin* ; 2^e Civ., 14 octobre 2021, pourvoi n° 20-14.094, publié au *Bulletin*, prononçant une cassation pour violation de la loi.

29. 1^{re} Civ., 29 octobre 2002, pourvoi n° 99-10.650, *Bull.* 2002, I, n° 243.

30. 1^{re} Civ., 16 juillet 1998, pourvois n° 96-17.807 et n° 96-19.869, *Bull.* 1998, I, n° 246, retenant en revanche qu'institue une exclusion de garantie la clause qui écarte la garantie pour les dommages subis par les marchandises transportées du fait « d'une absence, insuffisance ou inadaptation de l'emballage », faute de se référer « à un emballage d'un type déterminé ».

31. 1^{re} Civ., 9 février 1999, pourvoi n° 97-12.288.

32. 1^{re} Civ., 23 février 1999, pourvoi n° 96-21.744, *Bull.* 1999, I, n° 59.

33. 1^{re} Civ., 27 mars 2001, pourvoi n° 98-19.481, *Bull.* 2001, I, n° 82, publié au *Rapport annuel*.

- la clause d’une police responsabilité civile aérienne prévoyant que la garantie ne s’applique « lors d’un baptême de l’air que lorsque le pilote de l’aéronef est titulaire d’une licence de pilote professionnel ou à défaut a été spécialement agréé par l’assureur »³⁴ ;
- la clause selon laquelle « l’assureur indemnise l’assuré des dommages résultant de la disparition ou de la détérioration du véhicule assuré, causé par un vol par effraction du véhicule assuré »³⁵.

Ont été analysées comme des clauses d’exclusion de garantie :

- la clause selon laquelle « la garantie des vols caractérisés est acquise si en cours de stationnement l’antivol posé sur la direction est toujours enclenché » alors qu’en apparence, en raison de sa formulation, elle se présentait comme une condition de garantie³⁶ ;
- la clause visant « les effets et dommages résultant d’un manque de réparations et/ou défaut caractérisé d’entretien incombant à l’assuré et connu de lui »³⁷ ;
- la clause qui prévoit que « n’entre ni dans l’objet ni dans la nature du contrat l’assurance des dommages ou responsabilités ayant pour origine un défaut d’entretien ou de réparation, incombant à l’assuré et connu de lui », en ce qu’elle « prive l’assuré du bénéfice de la garantie en considération de circonstances particulières de réalisation du risque »³⁸ ;
- la clause d’une police multirisques habitation, excluant le risque de vol « en cas d’inhabitation du local assuré pendant quatre-vingt-dix jours par an »³⁹ ;
- la clause excluant de la garantie « responsabilité civile d’entrepositaire de marchandises » les dommages qui résultent de vols ou d’inondations, en ce qu’elle « prive l’assuré du bénéfice de cette garantie en considération de circonstances particulières de réalisation du risque »⁴⁰.

b) La qualification à l’aune de la liberté contractuelle

Si l’on voit, au travers des clauses reproduites dans ces arrêts, que l’exercice de qualification des clauses dépend en grande partie de leur présentation formelle, il appartient au juge, tenu de « restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux »⁴¹, de ne pas s’arrêter aux apparences et de rechercher si l’on a affaire à une clause d’exclusion ou une clause précisant les conditions de la garantie.

Ainsi, doit être requalifiée comme déterminant l’étendue de la garantie la clause qui place hors du champ de la garantie les dommages résultant d’un manquement aux obligations de faire, de ne pas faire ou de délivrance, « même si elle se présente sous

34. 1^{re} Civ., 4 juin 2002, pourvois n° 99-15.159 et n° 99-16.373, *Bull.* 2002, I, n° 156.

35. 2^e Civ., 22 octobre 2009, pourvoi n° 08-19.565.

36. 1^{re} Civ., 26 novembre 1996, pourvoi n° 94-16.058, *Bull.* 1996, I, n° 413, publié au *Rapport annuel*.

37. 2^e Civ., 20 novembre 2014, pourvoi n° 11-27.102 – pour une clause très similaire : 2^e Civ., 2 juin 2005, pourvoi n° 04-11.574.

38. 2^e Civ., 14 octobre 2021, pourvoi n° 20-14.094, publié au *Bulletin*.

39. 2^e Civ., 5 juillet 2006, pourvoi n° 04-10.273, *Bull.* 2006, II, n° 180.

40. 2^e Civ., 31 mars 2022, pourvoi n° 20-17.662.

41. Article 12 du code de procédure civile.

l'indication erronée de clause d'exclusion ». Elle n'est donc pas soumise aux dispositions de l'article L. 113-1 du code des assurances⁴².

– Les exclusions indirectes

Cette nécessaire requalification a donné lieu à l'émergence, en jurisprudence, du concept d'exclusion indirecte, pour désigner le procédé consistant à stipuler une exclusion de garantie sous l'apparence d'une définition positive du risque. Les exclusions, même indirectes, doivent répondre aux exigences de l'article L. 113-1 du code des assurances⁴³. Sans cette notion d'exclusion indirecte, il suffirait, pour contourner les règles de forme et de fond propres aux exclusions, de prendre soin de présenter les restrictions apportées à la garantie en considération de circonstances particulières de réalisation du risque, par le biais de divers compléments circonstanciels dans la définition du risque.

La Cour de cassation a, ainsi, qualifié d'exclusion indirecte :

- s'agissant de l'assurance du fait des personnes dont on doit répondre, « la clause limitant la garantie aux dommages accidentels », en ce qu'elle exclut indirectement les dommages résultant d'une faute volontaire⁴⁴ ;
- la clause selon laquelle la garantie ne s'applique que si les travaux sont réalisés « conformément aux règles en vigueur lors de leur exécution » (normes françaises homologuées, règles de calcul et cahiers des charges DTU (documents techniques unifiés), cahiers des charges et/ou règles établies par les organismes compétents à caractère officiel) en ce qu'elle exclut « indirectement tous les travaux non conformes, non seulement au cahier des charges DTU mais à l'ensemble des règles en vigueur »⁴⁵ ;
- la garantie s'appliquant aux dégâts des eaux provenant de conduites non enterrées, en ce qu'elle exclut indirectement les dommages provenant de conduites enterrées⁴⁶.
- En revanche, ne constitue pas une exclusion indirecte mais une condition de la garantie le fait d'exiger que le pilote soit titulaire du brevet de pilotage professionnel⁴⁷.

– Les clauses mixtes

Le travail de qualification du juge est rendu encore plus complexe par le fait que certaines clauses peuvent, en fait, comprendre des stipulations relevant de natures différentes. Il faudra alors faire la part entre ce qui conditionne ou définit la garantie et ce qui exclut, de manière directe ou indirecte.

42. 2^e Civ., 18 mars 2004, pourvoi n° 03-10.062, *Bull.* 2004, II, n° 129 ; 3^e Civ., 10 novembre 2021, pourvoi n° 19-25.436.

43. 1^{re} Civ., 17 février 1993, pourvoi n° 91-11.653, *Bull.* 1993, I, n° 73.

44. 1^{re} Civ., 15 juin 2000, pourvoi n° 98-21.502.

45. 1^{re} Civ., 4 avril 1984, pourvoi n° 83-10.046, *Bull.* 1984, I, n° 129.

46. 3^e Civ., 26 mars 2008, pourvoi n° 07-14.406 ; 3^e Civ., 16 mars 2022, pourvoi n° 18-23.954, publié au *Bulletin*.

47. 1^{re} Civ., 4 juin 2002, pourvois n° 99-15.159 et n° 99-16.373, *Bull.* 2002, I, n° 156.

Ce caractère « amphibie » de la clause, selon l'expression d'un auteur⁴⁸, oblige le juge à faire une application distributive des règles du droit des assurances. Travail distributif qui sera d'autant plus ardu lorsque ce sont les mêmes parties de la clause, et non des parties distinctes, qui présentent un caractère mixte. Ainsi, la clause selon laquelle le contrat « a pour objet de garantir l'adhérent contre les conséquences pécuniaires des responsabilités spécifiques de sa profession d'architecte, qu'il encourt dans l'exercice de celle-ci, telle qu'elle est définie par la législation et la réglementation en vigueur à la date de l'exécution de ses prestations », définit le risque assuré (responsabilité de l'architecte). Toutefois, lorsque l'assureur se prévaut de cette clause pour refuser sa garantie au motif que l'architecte a manqué à ses règles déontologiques, il invoque en fait une exclusion de garantie si le manquement constitue « une circonstance particulière de la réalisation du risque »⁴⁹.

– La restriction de garantie par le biais de l'activité déclarée en assurance construction obligatoire

Les clauses types obligatoires de l'assurance dommages-ouvrage et de l'assurance décennale comportent une liste limitative d'exclusions. Il n'est pas possible de réduire la garantie par le biais d'une exclusion conventionnelle de certains dommages en raison de leur origine ou de leur siège⁵⁰. Plus délicate est la question de la nature des travaux assurés. Les parties ne peuvent exclure la garantie à raison de la technique de construction utilisée⁵¹. Pour maîtriser le risque, les assureurs ont voulu circonscrire la garantie à l'emploi de techniques éprouvées, en excluant les procédés « non traditionnels » ou les produits « n'ayant pas obtenu un avis technique favorable ». Une telle exclusion n'est pas valable⁵².

Mais dans le même temps, la Cour de cassation juge que, « si le contrat d'assurance de responsabilité obligatoire que doit souscrire tout constructeur ne peut comporter des clauses [d']exclusion autres que celles prévues par l'annexe I à l'article A. 243-1 du code des assurances, la garantie de l'assureur ne concerne que le secteur d'activité professionnelle déclaré par le constructeur »⁵³. L'activité de construction de maison individuelle doit ainsi être déclarée pour être couverte. Elle ne se confond pas avec celle d'entrepreneur général du bâtiment⁵⁴.

48. L. Mayaux, « La distinction des exclusions et des conditions », in *Les grandes questions du droit des assurances*, op. cit., p. 91 et s., spéc. n° 149, p. 100, à propos des clauses d'assurance contre le vol de marchandises posant des conditions générales (mise en place d'équipements antivol) et des exclusions (utilisation effective de ces équipements).

49. En l'occurrence, l'exécution de travaux sans permis de construire préalable, 3^e Civ., 20 avril 2022, pourvoi n° 21-16.297, publié au *Bulletin*.

50. Par exemple : la clause limitant la garantie aux seuls dommages affectant la structure de la piscine ne peut faire échec « aux règles d'ordre public relatives à l'étendue de l'assurance de responsabilité obligatoire en matière de construction » (3^e Civ., 4 février 2016, pourvois n° 14-29.790 et n° 15-12.128, *Bull.* 2016, III, n° 20).

51. 3^e Civ., 10 septembre 2008, pourvoi n° 07-14.884, *Bull.* 2008, III, n° 126.

52. 3^e Civ., 25 janvier 1995, pourvois n° 93-13.576 et n° 93-13.577, *Bull.* 1995, III, n° 27.

53. 1^{re} Civ., 29 avril 1997, pourvoi n° 95-10.187, *Bull.* 1997, I, n° 131 ; 3^e Civ., 17 décembre 2003, pourvoi n° 02-11.539, *Bull.* 2003, III, n° 235.

54. 3^e Civ., 18 octobre 2018, pourvoi n° 17-23.741, publié au *Bulletin* et au *Rapport annuel*.

Il convient donc de déterminer si, dans certains cas, on a affaire à une exclusion prohibée ou une définition valable du secteur d'activité. En effet, certaines activités sont étroitement liées à un procédé technique. La Cour de cassation admet que certains procédés spécifiques entrent dans la définition même de l'activité. Ainsi, « le recours à un procédé d'aménagement de combles avec surélévation de la toiture, conformément à des techniques particulières nécessitant des compétences spécifiques, contenu dans la clause relative à l'objet du contrat d'assurance, ne constitue pas une simple modalité d'exécution de l'activité déclarée par un entrepreneur à son assureur, mais l'activité elle-même »⁵⁵. Et, dès lors qu'il ne s'agit pas d'une exclusion, la charge de la preuve pèse sur l'assuré, qui devra établir que les travaux ont été exécutés selon le procédé déclaré.

3. La distinction entre conditions et exclusions : un « nœud gordien » ?

a) La pertinence des définitions

Sachant que des concepts imprécis ou trop subtils peuvent être source d'insécurité juridique, l'on peut se demander, ainsi que le font certains commentateurs, si les définitions dégagées par la jurisprudence sont suffisantes pour guider de manière sûre le travail de qualification.

Les définitions, indépendamment de leur trop grande subtilité, seraient insuffisantes pour régler tous les problèmes de frontière. M. Georges Durry estime, dans une étude publiée en 2006⁵⁶, que la formule de l'arrêt fondateur du 26 novembre 1996 précité n'est pas « une clé générale de distinction ». Selon lui, « la distinction que faisait l'arrêt de 1996 était, en réalité et malgré les apparences, dépourvue de toute vertu classificatrice. Ce sont en effet toujours des "circonstances particulières à la réalisation du risque" qui permettent à l'assureur de soutenir qu'une clause de la police prévoyait justement, dans ces circonstances, la non-garantie »⁵⁷. Mme Sabine Abravanel-Jolly, qui partage pour partie cet avis, note que la distinction issue de l'arrêt du 26 novembre 1996 serait, ainsi, « insuffisante », ce qui expliquerait « en partie que les juges, soit ne s'y retrouvent plus, soit ne remettent plus en cause une éventuelle qualification erronée »⁵⁸.

Certains auteurs déplorent, encore, une hégémonie des exclusions et la tentation des juges de rétablir une équité contractuelle en étendant au-delà de leur champ d'application les règles de forme et de fond de l'article L. 113-1 du code des assurances. Certaines clauses recevraient ainsi la qualification d'exclusion pour être plus facilement écartées, afin de préserver les intérêts de l'assuré ou de la victime⁵⁹.

55. 3^e Civ., 30 janvier 2019, pourvoi n° 17-31.121, publié au *Bulletin*.

56. G. Durry, « La distinction de la condition de la garantie et de l'exclusion de risque (Une proposition de réforme pour trancher le nœud gordien) », in *Responsabilité civile et assurances, études offertes à Hubert Groutel, op. cit.*, p. 129 et s., spéc. p. 136.

57. *Ibid.*, p. 138.

58. S. Abravanel-Jolly, « Nécessité du maintien de la distinction entre exclusion et condition de garantie », *D.* 2012, p. 957.

59. A. Pélissier, « Distinction définition de garantie et exclusion : qualifier sans motiver est-il le seul moyen de trancher le nœud gordien ? », *RGDA* septembre 2019, p. 42.

Une notion est particulièrement visée : celle d'exclusion indirecte. Tout en reconnaissant son utilité, certains auteurs mettent en garde contre une acception trop large de cette notion. La « qualification d'exclusion indirecte » devrait être exceptionnelle, « lorsqu'il existe un motif impérieux de protection de l'assuré »⁶⁰.

b) D'autres voies existent-elles ?

Ces critiques et la persistance d'un abondant contentieux ont conduit certains universitaires à suggérer d'autres définitions, voire des modifications législatives tendant à supprimer la notion même de clause d'exclusion.

Un auteur propose de maintenir la distinction entre exclusions et conditions, mais en précisant les critères permettant d'effectuer le partage. L'exclusion consisterait en la stipulation d'un « élément restrictif de la définition [du sinistre] ». Au contraire de la condition, qui affecterait l'obligation de couverture, l'exclusion n'affecterait que l'obligation de règlement⁶¹.

D'autres auteurs s'interrogent sur la justification de la distinction. La jurisprudence de la Cour de cassation permettrait déjà un rapprochement entre condition et exclusion, puisque, pour la première, il est exigé un caractère précis. Il ne serait pas nécessaire de maintenir une distinction qui est en réalité impossible. Il conviendrait seulement d'attirer l'attention de l'assuré sur les obligations précises qui sont mises à sa charge. Pour trancher « le nœud gordien », il faudrait supprimer le « sauf exclusion formelle et limitée contenue dans la police » de l'article L. 113-1 du code des assurances et « récrire le dernier alinéa de l'article L. 112-4 » pour préciser que l'exclusion s'entend d'une « exigence supplémentaire imposée à l'assuré pour être garanti et consistant dans un acte ou une abstention précis »⁶².

Un autre considère que les textes en vigueur, qu'il s'agisse du droit commun ou du droit spécial, permettent déjà une unification des régimes. Toute clause ayant « pour objet de rétrécir le risque assuré » par rapport à un périmètre générique, qui se résumerait à l'évènement générique incertain et au siège du risque, constituerait une exclusion, y compris celles qualifiées aujourd'hui de condition de la garantie, dont il serait souhaitable qu'elles fussent également « formelles et limitées ». La liste des branches et sous-branches d'assurances dressée par l'article R. 321-1 du code des assurances pourrait servir à « l'identification de l'évènement générique mis en risque »⁶³.

Compte tenu de l'insécurité juridique qui peut résulter du contentieux de la qualification des clauses du contrat d'assurance, certains auteurs font des recommandations pour rendre l'issue des litiges plus prévisible.

60. H. Groutel, F. Leduc, Ph. Pierre et M. Asselain, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, LexisNexis, 2008, n° 441.

61. S. Abravanel-Jolly, « Nécessité du maintien de la distinction entre exclusion et condition de garantie », *D.* 2012, p. 957.

62. G. Durry, « La distinction de la condition de la garantie et de l'exclusion de risque (Une proposition de réforme pour trancher le nœud gordien) », in *Responsabilité civile et assurances, études offertes à Hubert Groutel, op. cit.*, p. 129 et s., spéc. p. 143-144.

63. F. Leduc, « Condition de la garantie ou clause d'exclusion », *RDC* mars 2014, p. 72.

S'agissant plus précisément des mesures de prévention, il a pu être recommandé aux assureurs de recourir au droit commun contractuel plutôt qu'au droit spécial des assurances. Un auteur conseille de stipuler que le manquement de l'assuré permettra d'engager sa responsabilité « sur le fondement de l'article 1231-1 du code civil »⁶⁴. Ce procédé serait certes moins intéressant qu'une non-garantie mais, compte tenu des risques de requalification, l'assureur peut « tout perdre » à vouloir persister dans la voie du droit spécial des assurances.

B. Les clauses d'exclusion de garantie et les exigences de forme et de fond

L'article L. 112-4, dernier alinéa, du code des assurances impose que les clauses d'exclusion de garantie soient mentionnées dans les contrats d'assurance en « caractères très apparents ».

Et il résulte de l'article L. 113-1 du code des assurances que l'assureur ne peut être dispensé de garantir les pertes et dommages causés par le cas fortuit ou par la faute non intentionnelle de l'assuré que si le contrat d'assurance comporte une clause d'exclusion « formelle et limitée », c'est-à-dire une clause qui se réfère à des faits, circonstances ou obligations définis avec précision de telle sorte que l'assuré puisse connaître exactement l'étendue et les limites de sa garantie, laquelle, selon une formule jurisprudentielle usuelle, ne saurait « vider la garantie de sa substance ».

1. L'exigence de caractères « très » apparents

À la différence des autres clauses du contrat d'assurance, dont l'article L. 112-3, alinéa 1, du code des assurances prévoit qu'elles doivent être rédigées en « caractères apparents », celles édictant des nullités, des déchéances ou des exclusions doivent figurer en caractères « très » apparents (article L. 112-4, dernier alinéa, du même code). La Cour de cassation contrôle⁶⁵ que le juge a bien vérifié, lorsque cela lui est demandé, que la clause invoquée était présentée de façon telle qu'elle a été portée spécialement à l'attention du souscripteur et n'a pu lui échapper.

Ce qui s'induit de cette exigence renforcée – qui ne concerne pas le rappel des nullités, déchéances ou exclusions impératives prévues par la loi⁶⁶ – est que l'attention du souscripteur du contrat doit être spécialement/particulièrement attirée sur ces clauses de nature à restreindre ses droits.

Pour cette raison, l'un des procédés auquel il est recouru, même s'il n'est que purement indicatif et ne résulte pas d'une exigence légale ou réglementaire, consiste

64. A. Pélissier, « La portée juridique des obligations de faire stipulées dans les contrats d'assurance », *RGDA* février 2018, p. 99.

65. 2^e Civ., 14 octobre 2021, pourvoi n° 20-11.980, publié au *Bulletin* ; 2^e Civ., 15 avril 2010, pourvoi n° 09-11.667 ; 2^e Civ., 27 mars 2014, pourvoi n° 13-15.835, à propos d'une clause de déchéance.

66. Cf. 1^{re} Civ., 19 décembre 2000, pourvoi n° 99-18.380, s'agissant d'une clause de nullité.

à rechercher si les clauses soumises apparaissent matériellement distinctes des autres stipulations du contrat. Le fait qu'elles soient rédigées en caractères gras, ou dans une taille ou une typographie différentes peuvent guider le juge du fond, dont l'appréciation en ce domaine reste souveraine⁶⁷.

Il a été jugé que la clause insérée dans les conditions particulières (dénommées « convention spéciale » dans l'affaire en cause) « se bornant à renvoyer aux conditions générales, en prévoyant qu'«il n'est pas autrement dérogé aux clauses, conventions et exclusions des conditions générales» n'était pas soumise aux exigences de l'article L. 112-4 du code des assurances »⁶⁸.

2. L'exigence du caractère « formel et limité »

Bien que la formule soit souvent maniée comme si elle renvoyait à une notion unique dont les deux termes n'auraient pas lieu d'être dissociés, il est possible de les différencier et d'en analyser plus précisément les contours, ce à quoi s'attache la Cour de cassation dans des arrêts récents⁶⁹.

Ainsi, par des arrêts publiés du 1^{er} décembre 2022⁷⁰, rendus sur des pourvois concernant les pertes d'exploitation subies par certaines entreprises en raison des fermetures administratives ordonnées durant l'épidémie de Covid-19, arrêts qui font l'objet d'une publication au *Rapport annuel* de la Cour de cassation, la deuxième chambre civile a précisé qu'une clause d'exclusion n'est pas formelle « lorsqu'elle ne se réfère pas à des critères précis et nécessite interprétation » et qu'elle n'est pas limitée « lorsqu'elle vide la garantie de sa substance, en ce qu'après son application elle ne laisse subsister qu'une garantie dérisoire ».

a) Une exclusion précise ne nécessitant pas interprétation

La Cour de cassation a clairement exprimé, dans un arrêt de sa première chambre civile du 8 octobre 1974⁷¹, l'idée selon laquelle « le législateur veut que la portée ou l'étendue de l'exclusion soit nette, précise, sans incertitude pour que l'assuré sache exactement dans quels cas et dans quelles conditions il n'est pas garanti ».

Si la première chambre civile se référait ici plus spécifiquement à l'exigence de limitation, son arrêt traduit cependant bien la nécessité pour l'assuré d'être parfaitement en mesure, lorsqu'il prend connaissance de la clause d'exclusion de garantie, de percevoir clairement que, dans telle ou telle situation où il se trouverait placé, il ne bénéficierait pas de la couverture de l'assurance.

67. 2^e Civ., 8 avril 2004, pourvoi n° 02-14.120 ; 1^{re} Civ., 2 décembre 2003, pourvoi n° 01-10.324.

68. 2^e Civ., 26 novembre 2020, pourvoi n° 19-16.797.

69. 3^e Civ., 16 mai 2019, pourvois n° 18-12.685 et n° 18-14.334 ; 3^e Civ., 14 mai 2020, pourvoi n° 18-22.160 ; 2^e Civ., 1^{er} décembre 2022, pourvoi n° 21-19.341 ; pourvoi n° 21-19.342 ; pourvoi n° 21-19.343 et pourvoi n° 21-15.392, ces quatre arrêts étant publiés au *Bulletin* et au *Rapport annuel*.

70. 2^e Civ., 1^{er} décembre 2022, précités.

71. 1^{re} Civ., 8 octobre 1974, pourvoi n° 73-12.497, *Bull.* 1974, I, n° 253. Voir également, *infra* : 3^e Civ., 24 novembre 2016, pourvoi n° 15-25.415, *Bull.* 2016, III, n° 158.

C'est en ce sens qu'exerçant son contrôle⁷², la Cour de cassation prohibe, en une formule plus ample, l'imprécision de la clause lorsque celle-ci se réfère à des « critères imprécis et à des hypothèses non limitativement énumérées ». Il en est ainsi, notamment, lorsque la clause fait appel à des notions ou des normes trop vagues, qui nécessitent une appréciation ou une interprétation que l'assuré n'est pas en mesure de porter ou de faire.

À l'occasion des arrêts susmentionnés concernant la garantie des pertes d'exploitation liées à la pandémie due au coronavirus, la Cour de cassation a défini la clause formelle comme étant une clause précise et ne nécessitant pas interprétation⁷³.

S'il n'est pas toujours possible de discerner, en raison de la formule globale retenue par nombre d'arrêts de la Cour de cassation censurant des clauses jugées comme non « formelles et limitées » ou ne présentant pas un « caractère formel et limité », laquelle de ces deux conditions a été retenue, il apparaît néanmoins utile de citer divers de ces précédents illustrant plus spécialement l'exigence d'une exclusion de garantie formelle, qui permet de fournir à l'assuré une vision claire et précise des cas dans lesquels la garantie de l'assureur ne lui sera pas due.

À titre d'exemples, les clauses suivantes ont été invalidées à cet égard :

- la clause aux termes de laquelle l'assuré doit « veiller en bon père de famille à la préservation et à la sécurité de l'immeuble », qui ne lui permet nullement de connaître l'étendue de sa garantie⁷⁴ ; celles excluant l'indemnisation des dommages « provenant d'absence de réparation ou de défaut d'entretien caractérisé »⁷⁵ ou « dus à un défaut d'entretien caractérisé vous incombant et connu de vous »⁷⁶ ;
- la clause d'une police couvrant le risque de vol dans un appartement, qui, certes formelle et limitée en ce qu'elle exclut la garantie lorsque le vol aura été facilité par le fait de laisser les clés sur la porte, sous un paillason ou dans la boîte aux lettres, ne l'est pas en revanche en ce qui concerne la négligence consistant à laisser la clé en « tout lieu aisément accessible de l'extérieur »⁷⁷ ;
- la clause d'une assurance maladie excluant les « maladies sexuellement transmissibles », qui se réfère « non pas à une maladie clairement mentionnée dans le contrat, mais à des maladies non précisées et seulement déterminées par leur mode de contamination »⁷⁸, celle excluant de la garantie, « sans autre précision », « les maladies ou accidents occasionnés par l'alcoolisme ou par l'usage de stupéfiants hors toute prescription

72. Il s'agit en principe d'un contrôle dit « lourd », ainsi qu'en attestent par exemple les arrêts 2^e Civ., 27 avril 2017, pourvoi n° 16-15.721 et 2^e Civ., 29 mars 2018, pourvoi n° 17-21.708 (approuvant des cours d'appel d'avoir « exactement relevé » et « décidé à bon droit »).

73. Arrêts précités 2^e Civ., 1^{er} décembre 2022, pourvoi n° 21-19.341 ; pourvoi n° 21-19.342 ; pourvoi n° 21-19.343 et pourvoi n° 21-15.392, publiés au *Bulletin* et au *Rapport annuel*.

74. 1^{re} Civ., 12 mars 1993, pourvoi n° 91-17.010.

75. 2^e Civ., 5 février 2015, pourvoi n° 14-10.507.

76. 2^e Civ., 15 janvier 2015, pourvoi n° 13-19.405.

77. 1^{re} Civ., 10 décembre 1996, pourvoi n° 94-21.477, *Bull.* 1996, I, n° 442.

78. 1^{re} Civ., 4 mai 1999, pourvoi n° 97-16.924, *Bull.* 1999, I, n° 140.

médicale »⁷⁹ et celle excluant « sans autre précision », la garantie en cas d'incapacité ou d'invalidité résultant de « troubles psychiques »⁸⁰ ;

– la clause excluant de la garantie « les dommages résultant d'une inobservation volontaire ou inexcusable des règles de l'art, imputable à l'assuré, ainsi que les obligations de parachèvement incombant aux entrepreneurs dont l'assuré n'aurait pas imposé ni surveillé la réalisation lorsque cette mission lui incombe et les conséquences en résultant, ne permettait pas à l'assuré de déterminer avec précision l'étendue de l'exclusion, en l'absence de définition contractuelle du caractère volontaire ou inexcusable de l'inobservation des règles de l'art »⁸¹.

Ont en revanche été jugées formelles :

– la clause d'une police « subordonnant la garantie d'une entreprise au respect de normes définies avec précision dans un avis technique déterminé et imposant une obligation nettement définie de passation d'un contrat d'entretien »⁸² et celle excluant, en matière de dégât des eaux, l'indemnisation des « dommages provenant d'installations "de fortune" ou précaires »⁸³ ;

– la clause excluant « les seuls risques d'affections cardio-vasculaires »⁸⁴ ;

– celles excluant de la garantie les « affections de l'appareil digestif » et les « affections neuropsychiques »⁸⁵, l'ensemble des « affections non organiques » définies comme celles « ne se traduisant pas par des signes objectifs révélés par l'examen clinique ou par des examens complémentaires »⁸⁶ ;

– celles excluant « toute atteinte discale ou vertébrale et leurs conséquences »⁸⁷, « les sinistres résultant d'affections disco-vertébrales, leurs suites et leurs conséquences »⁸⁸ et « les affections disco-vertébrales lombaires, leurs suites et conséquences »⁸⁹ ;

– la clause d'une assurance de garantie d'accident excluant les « conséquences des actes et traitements thérapeutiques », jugée comme se référant à « des notions et critères précis » et comme étant « dénuée d'ambiguïté »⁹⁰ ;

– la clause excluant le « décès causé par des médicaments pris en l'absence de toute prescription médicale, fût-ce dans des quantités raisonnables et compatibles avec un usage thérapeutique »⁹¹ ;

79. 2^e Civ., 18 janvier 2006, pourvoi n° 04-17.872, *Bull.* 2006, II, n° 16.

80. 2^e Civ., 2 avril 2009, pourvoi n° 08-12.587, *Bull.* 2009, II, n° 81.

81. 3^e Civ., 24 novembre 2016, pourvoi n° 15-25.415, *Bull.* 2016, III, n° 158.

82. 1^{re} Civ., 10 décembre 1996, pourvoi n° 94-16.957, *Bull.* 1996, I, n° 442.

83. 1^{re} Civ., 7 mai 2002, pourvoi n° 99-13.375.

84. 1^{re} Civ., 20 janvier 1993, pourvoi n° 90-10.261.

85. 1^{re} Civ., 30 mai 1995, pourvoi n° 92-10.061.

86. 2^e Civ., 23 septembre 2004, pourvoi n° 03-15.801.

87. 2^e Civ., 13 janvier 2011, pourvoi n° 10-11.806.

88. 2^e Civ., 26 mars 2015, pourvoi n° 14-15.272.

89. 2^e Civ., 2 juillet 2015, pourvoi n° 14-19.967.

90. 2^e Civ., 27 avril 2017, pourvoi n° 16-15.721.

91. 2^e Civ., 29 mars 2018, pourvoi n° 17-21.708.

- la clause d’une police d’assurance automobile excluant la garantie des « dommages subis par votre véhicule lorsque le conducteur se trouve au moment du sinistre sous l’empire d’un état alcoolique tel que défini par la réglementation en vigueur ou sous l’emprise de stupéfiants ou substances non prescrits médicalement »⁹² ;
- la clause d’une police d’assurance de responsabilité d’un constructeur excluant « les erreurs d’implantation de l’ouvrage »⁹³.

L’absence de définition des termes utilisés dans une clause d’exclusion est parfois relevée par la Cour de cassation⁹⁴. Cependant, il ne saurait en être déduit qu’elle soumet l’admission du caractère formel d’une clause à la définition de ses termes par le contrat⁹⁵.

Peuvent être rattachés à l’exigence de précision de la clause les arrêts par lesquels ont été sanctionnées des clauses comportant une énumération non limitative, soit qu’elles se terminent par des points de suspension, soit qu’elles utilisent certaines locutions témoignant de leur caractère non limitatif comme « tels que », « notamment », « en particulier » ou « autres »⁹⁶. Ainsi, a été jugée non formelle et limitée la clause excluant les invalidités ou incapacités résultant de diverses affections du dos et plus généralement d’« autre mal de dos »⁹⁷.

Enfin, la jurisprudence ne permet pas de trancher la question de savoir si le caractère précis et clair d’une clause doit s’apprécier *in concreto*, en tenant compte de la capacité de l’assuré en cause à comprendre la clause litigieuse, compte tenu de ses connaissances et aptitudes, ou si cette appréciation doit se faire au regard de tout assuré⁹⁸.

S’agissant des contrats litigieux dans les arrêts précités du 1^{er} décembre 2022, prévoyant la garantie des pertes d’exploitation en cas de fermeture administrative consécutive à certaines causes, dont l’épidémie, il a été jugé qu’était formelle la clause qui excluait la couverture de ces pertes d’exploitation, « lorsque, à la date de la décision de fermeture, au moins un autre établissement, quelles que soient sa nature et son activité, fai[sai]t l’objet, sur le même territoire départemental, d’une mesure de fermeture administrative, pour une cause identique »⁹⁹.

En effet, la clause d’exclusion s’appliquait lorsque la cause de la fermeture administrative, figurant nécessairement dans une décision administrative, était la même que l’une

92. 2^e Civ., 5 mars 2015, pourvoi n° 14-11.982.

93. 3^e Civ., 24 mars 2016, pourvoi n° 15-10.396.

94. 3^e Civ., 24 novembre 2016, pourvoi n° 15-25.415, *Bull.* 2016, III, n° 158 ; 2^e Civ., 13 décembre 2012, pourvoi n° 11-22.412.

95. 2^e Civ., 19 mai 2016, pourvoi n° 15-18.477.

96. 1^{re} Civ., 9 avril 1991, pourvoi n° 88-15.648 ; 1^{re} Civ., 25 octobre 1989, pourvoi n° 87-18.391, *Bull.* 1989, I, n° 326.

97. 2^e Civ., 18 janvier 2006, pourvoi n° 04-17.279, *Bull.* 2006, II, n° 17 et 2^e Civ., 17 juin 2021, pourvoi n° 19-24.467, publié au *Bulletin* et au *Rapport annuel*.

98. Un arrêt du 7 juillet 2022 (2^e Civ., 7 juillet 2022, pourvoi n° 21-14.288, publié au *Bulletin*) fait référence à la compréhension de l’assuré au regard de ses compétences, mais l’arrêt de la Cour se borne à citer les termes de l’arrêt d’appel de sorte qu’aucune conséquence de principe ne peut en être déduit.

99. 2^e Civ., 1^{er} décembre 2022, pourvoi n° 21-19.341 ; pourvoi n° 21-19.342 ; pourvoi n° 21-19.343 et pourvoi n° 21-15.392, publiés au *Bulletin* et au *Rapport annuel*.

de celles énumérées au contrat, de sorte que les contours de l'exclusion étaient clairs, sans qu'il y ait lieu de se livrer à une analyse des termes utilisés par la garantie elle-même.

Sans pouvoir proposer une méthode infaillible ayant vocation à guider le juge du fond dans la lecture et l'analyse des clauses d'exclusion de garantie prêtant à litige, il peut être indiqué que sa propre réflexion conduit parfois la Cour de cassation à rechercher, lorsqu'il subsiste un doute sur le caractère formel d'une clause d'exclusion de garantie, si l'assureur, le plus souvent, rédacteur de la convention d'assurance, et libre d'apporter des restrictions aux garanties que la loi ne rend pas obligatoires, aurait pu – ou non – mieux définir et préciser l'exclusion qu'il a instituée, en la rédigeant en des termes plus clairs et compréhensibles.

b) Une exclusion ne vidant pas la garantie de sa substance

C'est dans un arrêt du 17 février 1987¹⁰⁰ que la Cour de cassation a retenu pour la première fois le principe selon lequel des exclusions de garantie ne doivent pas avoir pour effet d'annihiler les garanties prévues par le contrat.

Par cet arrêt, elle décidait de censurer la cour d'appel qui avait fait application de clauses d'exclusion au motif qu'elles étaient « claires et précises », en retenant que « par leur nombre et par leur étendue, ces exclusions n'étaient ni formelles ni limitées et qu'elles annulaient pratiquement toutes les garanties prévues ».

Quelques mois plus tard, la Cour rendait un arrêt énonçant en principe que « toute exclusion de garantie, qu'elle se présente de façon directe ou indirecte, fût-ce au travers des “définitions” figurant en tête de la police, ne peut qu'être formelle et limitée et ne saurait aboutir, sans retirer son objet au contrat d'assurance, à annuler dans sa totalité la garantie stipulée »¹⁰¹.

Cette condition impérative a été reprise sous diverses formulations¹⁰² mais de façon constante dans la jurisprudence de la Cour de cassation et s'exprime désormais, selon une formule la plus récente, par l'affirmation selon laquelle une clause d'exclusion de garantie ne saurait être tenue pour formelle et limitée dès lors qu'elle a pour effet de « vider la garantie de sa substance »¹⁰³.

Si la Cour de cassation ne relève pas d'office le caractère non formel ou limité d'une clause d'exclusion de garantie, et si elle n'impose pas aux juges du fond de le faire¹⁰⁴, elle s'assure en revanche que, lorsqu'ils y ont été invités, ils ont recherché si l'exclusion de garantie invoquée ne privait pas la garantie d'objet.

100. 1^{re} Civ., 17 février 1987, pourvoi n° 85-15.350, *Bull.* 1987, I, n° 55.

101. 1^{re} Civ., 23 juin 1987, pourvoi n° 85-17.010, *Bull.* 1987, I, n° 202.

102. Suppression de toutes garanties, perte d'objet... pour exemple : 1^{re} Civ., 21 mai 1990, pourvoi n° 87-16.299, *Bull.* 1990, I, n° 114, énonçant que « ne peuvent recevoir application les exclusions qui annulent les effets de la garantie formellement accordée par la police ».

103. Pour une application récente : 2^e Civ., 26 novembre 2020, pourvoi n° 19-16.435, publié au *Bulletin*.

104. 1^{re} Civ., 14 octobre 1997, pourvois n° 95-17.438 et n° 95-19.868.

À titre d'exemples, la Cour de cassation a jugé que n'étaient pas limitées :

- la clause d'un contrat garantissant la responsabilité d'une entreprise excluant « les frais qu'il est nécessaire d'engager pour retirer, réparer, améliorer, remplacer ou refaire les produits, matériels ou travaux réalisés et/ou facturés par l'assuré dans le cadre du même marché concerné par le sinistre » ainsi que le risque d'entreprise, et ne laissant dans le champ de la garantie que les dommages causés aux tiers du fait de l'activité professionnelle de l'assuré. De telles dispositions revenaient à vider le contrat de sa substance et n'étaient ainsi ni formelles ni limitées « dans la mesure où elles excluraient de la garantie, si elles étaient reconnues valides, l'ensemble de l'activité de l'entreprise »¹⁰⁵ ;
- la clause d'un contrat couvrant les conséquences pécuniaires de la responsabilité civile professionnelle de l'assuré pour des dommages « consécutifs à des dommages corporels et matériels garantis subis par autrui avant la livraison de biens », qui revenait à exclure tout sinistre en rapport avec l'activité d'exploitation de son entreprise par l'assuré¹⁰⁶.

La question s'est longtemps posée de savoir si la clause non limitée est celle qui annihile toute la garantie ou celle qui n'en laisse subsister « pratiquement rien », qui ne maintient qu'une garantie « dérisoire » ou « illusoire » ou qui rend très peu probable que la garantie puisse s'appliquer.

C'est dans le sens de cette dernière solution, qui a les faveurs de la doctrine majoritaire, que la Cour de cassation vient de se prononcer très clairement par ses arrêts précités du 1^{er} décembre 2022, dans lesquels figure le chapeau suivant : « Une clause d'exclusion n'est pas limitée lorsqu'elle vide la garantie de sa substance, en ce qu'après son application, elle ne laisse subsister qu'une garantie dérisoire »¹⁰⁷.

On précisera enfin que l'analyse de ce qui subsiste de la garantie après mise en œuvre d'une exclusion s'apprécie en principe, pour un contrat comportant plusieurs types de garanties distinctes, garantie par garantie¹⁰⁸.

3. La sanction des clauses non conformes

La clause d'exclusion de garantie non formelle et limitée est-elle : inopposable, réputée non écrite, ou nulle ? En partie, ou en totalité ?

a) La nature de la sanction

Aucun pourvoi n'a jamais invité la Cour de cassation à se prononcer expressément sur la nature de la sanction et la plupart des arrêts se bornent à relever que les clauses ne sont pas formelles et/ou limitées.

105. 2^e Civ., 5 juin 2008, pourvoi n° 07-16.045.

106. 2^e Civ., 11 juin 2009, pourvois n° 08-12.843 et n° 08-13.016.

107. Arrêts précités 2^e Civ., 1^{er} décembre 2022, pourvoi n° 21-19.341 ; pourvoi n° 21-19.342 ; pourvoi n° 21-19.343 et pourvoi n° 21-15.392, publiés au *Bulletin* et au *Rapport annuel*.

108. 2^e Civ., 9 février 2012, pourvoi n° 10-31.057, *Bull.* 2012, II, n° 22 ; 2^e Civ., 1^{er} décembre 2022, précités.

Cependant, quelques arrêts concluent que de telles clauses doivent être « réputée[s] non écrite[s] »¹⁰⁹.

D'autres se bornent à conclure – de façon juridiquement plus neutre – que la clause d'exclusion de garantie, n'étant pas formelle et limitée, ne peut « recevoir application »¹¹⁰.

Toutefois, il est assez traditionnellement admis qu'en exigeant que les exclusions de garantie soient formelles et limitées, l'article L. 113-1 du code des assurances énonce des conditions de validité¹¹¹ qui s'ajoutent à l'exigence purement formelle posée par l'article L. 112-4, en sorte que, par effet de parallélisme, il pourrait en être conclu que la nullité est la sanction qui doit s'attacher à la méconnaissance de cette exigence. C'est ce qu'a jugé explicitement la Cour de cassation dans certains arrêts¹¹².

b) La mesure de la sanction

Si certains arrêts¹¹³ avaient pu être interprétés comme permettant la validation partielle d'une clause comportant une expression non formelle et limitée, la deuxième chambre civile a rendu très récemment un arrêt qui, invalidant une clause d'exclusion de garantie en ce qu'elle visait les « affections psychiques », a fait le choix d'étendre la sanction à l'intégralité de la clause alors pourtant qu'elle incluait spécifiquement, dans ces affections, les « dépressions nerveuses » telle celle dont l'assuré était précisément atteint¹¹⁴. Par un raisonnement inspiré de la jurisprudence communautaire relative aux clauses abusives¹¹⁵, il a été considéré qu'il n'appartenait pas au juge de « réviser » le contenu d'une clause affectée d'une cause de nullité pour la rendre conforme aux exigences légales.

Outre la possibilité pour les parties au contrat d'assurance de stipuler que, dans certaines circonstances, la garantie ne sera pas due, le législateur a de longue date considéré que certains comportements de l'assuré, ayant conduit à la réalisation du dommage, justifient une absence de garantie. Tels est le cas, lorsque les dommages proviennent d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré.

109. 2^e Civ., 8 octobre 2009, pourvoi n° 08-13.149 ; 1^{re} Civ., 10 juillet 1995, pourvoi n° 91-19.319, *Bull.* 1995, I, n° 308 ; 1^{re} Civ., 4 mai 1999, pourvoi n° 97-16.924, *Bull.* 1999, I, n° 140.

110. 2^e Civ., 26 novembre 2020, pourvoi n° 19-16.435, publié au *Bulletin* ; 2^e Civ., 15 janvier 2015, pourvoi n° 13-19.405 ; 2^e Civ., 5 février 2015, pourvoi n° 14-10.507 ; 2^e Civ., 9 février 2012, pourvoi n° 10-31.057, *Bull.* 2012, II, n° 22.

111. 1^{re} Civ., 12 mai 1993, pourvoi n° 91-17.010.

112. 1^{re} Civ., 13 novembre 2002, pourvoi n° 98-15.967 ; 3^e Civ., 26 novembre 2003, pourvoi n° 01-16.126, *Bull.* 2003, III, n° 205 ; 3^e Civ., 24 novembre 2016, pourvoi n° 15-25.415, *Bull.* 2016, III, n° 158.

113. Notamment 1^{re} Civ., 10 décembre 1996, pourvoi n° 94-16.957, *Bull.* 1996, I, n° 442 ; 2^e Civ., 7 mars 2019, pourvoi n° 18-10.199.

114. 2^e Civ., 31 mars 2022, pourvoi n° 19-24.847 ; voir également, pour une clause non formelle et limitée et ne pouvant recevoir application dès lors qu'elle mentionne : « et autre “mal de dos” », peu important que l'affection dont est atteint l'assuré soit l'une de celles précisément énumérées à la clause : 2^e Civ., 17 juin 2021, pourvoi n° 19-24.467, publié au *Bulletin* et au *Rapport annuel*.

115. CJUE, gde ch., arrêt du 26 mars 2019, *Abanca Corporación Bancaria*, C-70/17 et C-179/17.

II. L'EXCLUSION LÉGALE : LA FAUTE INTENTIONNELLE OU DOLOSIVE

Si la garantie du dommage causé par la faute de l'assuré est la règle, une exclusion légale a été prévue dès la loi fondatrice du droit des assurances du 13 juillet 1930, s'agissant de sa faute intentionnelle. En effet, l'article 12, alinéa 2, de ladite loi, qui est repris dans les mêmes termes au second alinéa de l'article L. 113-1 du code des assurances, disposait que « l'assureur ne répond pas [...] des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré ». Ce faisant, la loi reprenait, en lui donnant des contours différents, la jurisprudence de la Cour de cassation¹¹⁶.

Cette disposition a, pendant longtemps, été considérée comme instituant une exclusion légale « moniste subjective ». « Moniste » car il n'y avait qu'une seule faute intentionnelle susceptible d'exclure la garantie et « subjective » puisque c'est la volonté de l'assuré, analysée *in concreto*, de causer, par sa faute, le dommage tel qu'il s'est réalisé, qu'il fallait caractériser, pour que l'assureur puisse prétendre à l'inassurabilité du dommage occasionné par une telle faute¹¹⁷.

Cette conception, qui a fait l'objet de critiques sévères de la part de la doctrine spécialisée en droit des assurances, qui lui reprochait de permettre la couverture de dommages nés de comportements, notamment de professionnels, constituant une prise de risque délibérée, a évolué, en jurisprudence, depuis une dizaine d'années, vers une analyse dualiste de la faute intentionnelle et dolosive.

A. L'identité des fautes intentionnelle et dolosive

1. La théorie classique de l'identité des fautes intentionnelle et dolosive

Dans le vocabulaire juridique d'Henri Capitant¹¹⁸ la faute délictuelle est définie « par opposition à [la] faute quasi délictuelle » comme la « faute accomplie avec [l'] intention de causer le dommage ».

116. Cass. civ., 15 mars 1876, *Bull.* 1876, I, n° 31 ; S. 1876, I, p. 337.

117. La jurisprudence est ancienne et constante. Parmi des arrêts abondants :

– 1^{re} Civ., 24 janvier 1966, *Bull.* 1966, I, n° 51 : L'assuré qui, voulant se suicider par le gaz, laisse s'accumuler une importante masse de gaz, ne recherche pas les dommages occasionnés à l'immeuble. Il commet seulement une faute lourde qui reste assurable.

– 1^{re} Civ., 19 juin 1967, *Bull.* 1967, I, n° 224 : « le fait intentionnel qui suppose que son auteur a voulu réaliser l'acte dommageable, ne peut se confondre avec le fait simplement volontaire d'un auteur qui n'en attendait pas les conséquences ». Dans le même sens : 1^{re} Civ., 5 janvier 1970, pourvoi n° 68-10.389, *Bull.* 1970, I, n° 2.

118. H. Capitant (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 1930, p. 250.

Georges Brière de L'Isle¹¹⁹ indique qu'« il est clair que la faute, même consciente, ne peut être qualifiée d'intentionnelle que si l'on relève chez son auteur la volonté de causer le dommage ».

M. Jean Bigot¹²⁰ précise que, « dans la conception classique, il n'y a pas de différence entre le dol, en matière contractuelle, et la faute intentionnelle, en matière délictuelle : l'un et l'autre supposent l'intention de nuire à autrui ou au cocontractant [...] ».

Dans leur traité, les professeurs Maurice Picard et André Besson¹²¹ qualifient la faute dolosive de faute intentionnelle car c'est la même notion.

C'est la recherche du résultat dommageable qui caractérise aussi bien la faute intentionnelle que la faute dolosive car c'est elle qui, supprimant l'aléa, « justifie l'exclusion de la garantie de l'assureur »¹²².

La présentation du projet de loi établi à partir des travaux réalisés par la commission présidée par Henri Capitant, déposé sur le bureau de la Chambre des députés le 7 avril 1925¹²³, témoigne de cette conception. On lit, sous l'article 12 de ce qui deviendra la loi du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurance¹²⁴ que « Seule la faute intentionnelle n'est pas prise en charge par l'assureur, et l'expression "dolosive" n'ajoute rien au terme "intentionnelle". Ces deux qualifications données à la faute exclue de la garantie de l'assureur sont équivalentes, elles répondent à la même notion : tout dommage causé avec intention est dolosif, le dol est un manquement intentionnel à une obligation. L'assurance du dol n'est pas seulement contraire à l'ordre public et à la morale, elle est impossible, parce qu'il n'y a plus de risque, c'est-à-dire plus d'éventualité fortuite, quand il y a dol : on est en présence d'une éventualité purement potestative que l'assureur ne peut couvrir »¹²⁵.

Les travaux parlementaires ne révèlent pas que les rédacteurs de la loi de 1930 aient entendu contredire l'analyse juridique de ses rapporteurs, aux termes de laquelle l'expression « dolosive » n'ajoutait rien à celle d'« intentionnelle »¹²⁶.

119. G. Brière de L'Isle, « La faute intentionnelle (À propos de l'assurance de la responsabilité civile professionnelle) », *D.* 1973, chron. p. 259, spéc. p. 260.

120. J. Bigot, « Assurances de responsabilité : les limites du risque assurable », *RGAT* 1978, t. 49, n° 2, p. 169, spéc. p. 179.

121. M. Picard et A. Besson, *Les assurances terrestres en droit français. Le contrat d'assurance*, t. premier, LGDJ, 3^e éd., 1970, n° 66.

122. G. Brière de L'Isle, « La faute intentionnelle (À propos de l'assurance de la responsabilité civile professionnelle) », *D.* 1973, chron. p. 259, spéc. p. 263.

123. Projet de loi relatif au contrat d'assurance, déposé par Justin Godart sur le bureau de la Chambre des députés le 7 avril 1925, *JORF*, 13 mai 1925, Doc. AN., n° 1544, p. 637 et s.

124. *JORF*, 13 mai 1925, Doc. AN, n° 1544, p. 640.

125. Dans leur ouvrage, J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, indiquent que « Agir – ou s'abstenir – intentionnellement, c'est "le faire exprès". C'est pourquoi l'on dit, classiquement, que la faute intentionnelle est caractérisée par l'intention de nuire », *Les obligations*, 2. *Le fait juridique*, Dalloz, 13^e éd., 2009, n° 110, p. 126.

126. *Contra* : S. Abravanel-Jolly, « La faute intentionnelle ou dolosive en droit des assurances », *Bjda* 2019, n° 66.

Le législateur de 1930 apparaît ainsi, très clairement, « moniste ». Il n'y a qu'une seule faute intentionnelle, qui est autrement dénommée *dol* lorsque l'obligation méconnue, au détriment de la victime du dommage, est contractuelle. Et elle est « subjective ». Puisque c'est l'intention de l'auteur de la faute de causer le dommage qui doit être caractérisée.

2. Les tentatives avortées pour créer un dualisme au sein de la faute intentionnelle

Sur la longue durée, la jurisprudence a maintenu à la faute intentionnelle et dolosive, en droit des assurances, son caractère univoque et subjectif. Cependant, quelques tentatives de faire évoluer cette conception avaient vu le jour, vite abandonnées, jusqu'à l'époque récente.

Dans le domaine du droit commun des contrats, dans l'intérêt des victimes de manquements contractuels, la jurisprudence a retenu une nouvelle définition de la faute dolosive, pour la première fois, par un arrêt rendu le 4 février 1969, afin d'écartier, sur le fondement de l'article 1150 du code civil¹²⁷, la limitation de responsabilité résultant d'une clause pénale. Dans cet arrêt¹²⁸, la Cour de cassation, a ainsi retenu que « le débiteur commet une faute dolosive lorsque, de propos délibéré, il se refuse à exécuter ses obligations contractuelles, même si ce refus n'est pas dicté par l'intention de nuire à son cocontractant ».

Par plusieurs arrêts rendus au début des années 1970, en matière de responsabilité notariale, la première chambre civile de la Cour de cassation a jugé que l'assureur d'un notaire pouvait refuser de prendre en charge les condamnations prononcées contre celui-ci en application de l'article 12 de la loi du 13 juillet 1930, même si le dommage subi par ses clients n'avait pas été l'objectif recherché par le notaire.

Dans un arrêt du 10 février 1972¹²⁹, notamment, la Cour de cassation a relevé que la cour d'appel qui avait retenu qu'un notaire avait « pris volontairement un risque et accepté l'éventualité d'un préjudice », avait pu « décider qu'il avait commis une faute intentionnelle » au sens de l'article 12 de la loi du 13 juillet 1930.

Cette jurisprudence a, ainsi, modifié la définition de la faute intentionnelle inassurable, et la doctrine y a vu la création d'une nouvelle faute « dolosive », en droit des

127. L'article 1150 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, prévoyait : « Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son *dol* que l'obligation n'est point exécutée. » Le nouvel article 1231-3 du code civil, issu de ladite ordonnance, intégrant la jurisprudence qui, dans le droit commun (mais pas en droit des assurances), assimile la faute lourde au *dol* dispose désormais : « Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive. »

128. 1^{re} Civ., 4 février 1969, *Bull.* 1969, I, n° 60.

129. 1^{re} Civ., 10 février 1972, pourvoi n° 70-13.531, *Bull.* 1972, I, n° 45, *JCP G* 1972, II, 17201, note M. Dagot ; *D.* 1972, p. 709, note J.-L. Aubert. La notion de faute dolosive autonome n'est pas évoquée. C'est la définition de la faute intentionnelle qui est modifiée, dans le domaine de la responsabilité professionnelle notariale.

assurances. M. Jacques Ghestin, notamment, analysant cette jurisprudence¹³⁰, a considéré que, dès lors que les parties étaient liées par un contrat et que c'est avec mauvaise foi que l'auteur de la faute avait violé ses obligations contractuelles, on se trouvait, alors, en présence de la faute dolosive envisagée par le législateur dans l'article L. 113-1 du code des assurances. Georges Brière de L'Isle¹³¹ a critiqué cette jurisprudence analysée comme rendant inassurable la faute lourde, *contra legem*.

Par ailleurs, un arrêt isolé et non publié rendu en 2005¹³², également dans le domaine de la responsabilité contractuelle, a pu être analysé comme faisant prévaloir une conception objective de la faute intentionnelle, caractérisée par un manquement délibéré de l'assuré à ses obligations contractuelles préexistantes, avec une « prise de risque consciente », se trouvant à l'origine d'un dommage inéluctable dont il « ne pouvait pas ne pas être conscient ». Par cet arrêt, il a été jugé, alors que le dommage n'avait pas été voulu par l'assuré, qui avait seulement pris un risque délibéré, que, dès lors que « tout aléa avait disparu », la faute intentionnelle de l'assuré se trouvait caractérisée, déchargeant l'assureur de son obligation de garantie.

Après ces brèves tentatives d'élargissement de la faute intentionnelle à la prise de risque délibéré, par un professionnel, de la survenance du dommage qu'il n'avait pas voulu, la jurisprudence est, pour longtemps, revenue à la conception traditionnelle, « moniste » et « subjective »¹³³, de la faute intentionnelle, en droit des assurances¹³⁴. On lit ainsi, dans un arrêt parfois qualifié de « fondateur »¹³⁵ bien que reprenant une solution classique, du 10 avril 1996¹³⁶, qu'au sens de l'article L. 113-1, alinéa 2, du code des assurances « la faute intentionnelle qui exclut la garantie de l'assureur est celle qui suppose la volonté de causer le dommage et pas seulement d'en créer le risque ». Ce retour à l'esprit de la loi du 13 juillet 1930 a longtemps constitué l'état du droit positif.

*

130. J. Ghestin, « La faute intentionnelle du notaire dans l'exécution de ses obligations contractuelles et l'assurance responsabilité », *D.* 1974, chron. p. 31.

131. G. Brière de L'Isle, « La faute intentionnelle (À propos de l'assurance de la responsabilité civile professionnelle) », *D.* 1973, chron. p. 259. L'auteur explique que les victimes n'ont pas eu à pâtir de l'inassurabilité des fautes des notaires puisqu'elles ont pu bénéficier de la caisse de garantie des notaires.

132. 2^e Civ., 22 septembre 2005, pourvoi n° 04-17.232.

133. Dès l'année 2006, la deuxième chambre civile, pour caractériser la faute intentionnelle commise par un avocat, réaffirme que l'assureur devait sa garantie à ce professionnel, sauf à ce que soit caractérisée « l'intention de causer le dommage tel qu'il est survenu » (2^e Civ. 24 mai 2006, pourvoi n° 03-21.024).

134. 1^{re} Civ., 29 octobre 1985, pourvoi n° 84-14.039, *Bull.* 1985, I, n° 272. Et, en matière d'assurance de la responsabilité professionnelle notariale : 1^{re} Civ., 3 janvier 1991, pourvoi n° 88-16.637 ; 2^e Civ., 1^{er} juillet 2010, pourvoi n° 09-10.590, *Bull.* 2010, II, n° 129, *D.* 2010, chron. p. 2102, n° 10, note H. Adida-Canac et S. Grignon Dumoulin ; 3^e Civ., 30 mars 2010, pourvois n° 09-12.652 et n° 09-13.307.

135. Par S. Abravanel-Jolly, « La faute intentionnelle ou dolosive en droit des assurances », *Bjda* 2019, n° 66.

136. 1^{re} Civ., 10 avril 1996, pourvoi n° 93-14.571, *Bull.* 1996, I, n° 172 ; 1^{re} Civ., 25 mars 1980, pourvoi n° 78-16.137, *Bull.* 1980, I, n° 97.

Cependant, la définition stricte de la faute intentionnelle a suscité des critiques doctrinales, notamment en matière d'assurance de responsabilité professionnelle, au motif que « les conditions de la faute intentionnelle subjective ne [peuvent] jamais être réunies pour cette assurance », puisqu'on ne peut « imaginer un professionnel quelconque, assuré en RC contractuelle, vouloir causer le dommage tel qu'il est survenu à son client [...] Qu'il soit incompetent peut-être, mais il n'agit certainement pas dans l'intention de nuire »¹³⁷.

La doctrine a relevé que, pour décharger l'assureur des fautes délibérées commises par son assuré, « deux voies étaient envisageables : l'une, conventionnelle, consistant à autoriser l'assureur à stipuler une exclusion de garantie en cas de violation consciente de ses obligations par l'assuré ; l'autre, légale, visant à priver l'assuré de sa garantie sur le fondement de l'exclusion d'ordre public de la faute intentionnelle »¹³⁸.

Les assureurs ont donc tenté, au travers de « l'insertion dans les polices de clauses d'exclusion, d'écarter leur garantie dans l'hypothèse où, selon des formules contractuelles variées mais au fond similaires, les dommages résultent "d'une inobservation inexcusable des règles de l'art"¹³⁹ »¹⁴⁰, sont « la conséquence prévisible et inévitable des modalités de l'exécution du travail choisies par l'assuré »¹⁴¹ ou encore sont « non aléatoires comme ceux découlant inévitablement de la nature du travail et des modalités d'exécution des travaux fixées par l'assuré, notamment s'il n'a pas observé, de façon raisonnable, les règles de l'art définies dans les documents techniques des organismes compétents, à caractère officiel, ou à défaut par la profession »¹⁴².

Mais cette voie s'est avérée délicate, en raison des vices rédactionnels affectant souvent de telles clauses, insuffisamment claires et précises pour pouvoir être considérées comme répondant à l'exigence que les clauses d'exclusion soient « formelle[s] et limitée[s] »¹⁴³.

Dans les assurances de choses, les assureurs ont également essayé d'exclure de la garantie les fautes volontaires des assurés, caractérisant une prise de risque délibérée de leur part, à l'origine de dommages non recherchés mais provoqués par un comportement volontaire blâmable. Des clauses diverses, mais à la teneur similaire, ont, ainsi, entendu exclure les dommages « intentionnellement causés et provoqués ».

Si, dans un premier temps, un arrêt a pu estimer que ces clauses étaient licites et ne nécessitaient pas d'être interprétées pour exclure de la garantie y compris les dommages non voulus par l'assuré mais résultant d'une action volontaire de sa part¹⁴⁴, la

137. Notamment, S. Abravanel-Jolly, « La faute intentionnelle ou dolosive en droit des assurances », *Bjda* 2019, n° 66.

138. Cf. à ce sujet : M. Asselain, « Violation délibérée de ses obligations professionnelles par l'assuré : à la recherche d'une sanction », *Resp. civ. et assur.* avril 2009, étude 6.

139. 1^{re} Civ., 8 octobre 1974, pourvoi n° 73-12.497, *Bull.* 1974, I, n° 253.

140. M. Asselain, « Violation délibérée de ses obligations professionnelles par l'assuré : à la recherche d'une sanction », *Resp. civ. et assur.* avril 2009, étude 6.

141. 1^{re} Civ., 28 février 1984, pourvoi n° 83-11.123, *Bull.* 1984, I, n° 72.

142. 3^e Civ., 15 décembre 1999, pourvoi n° 98-13.776.

143. Article L. 113-1 du code des assurances.

144. 2^e Civ., 18 octobre 2012, pourvoi n° 11-23.900.

jurisprudence a, depuis, adopté avec constance une position contraire¹⁴⁵, récemment réaffirmée dans deux arrêts rendus en formation de section du 20 janvier 2022, publiés, aux termes desquels elle a rappelé qu'une clause d'exclusion « ne peut être tenue pour formelle et limitée, au sens de l'article L. 113-1, alinéa 1, du code des assurances, dès lors qu'elle doit être interprétée »¹⁴⁶.

Dans ce contexte, des interrogations émergeaient quant à une évolution de la faute légalement inassurable.

B. La prise d'autonomie de la faute dolosive comme seconde exclusion légale de garantie

1. L'apparition d'une faute dolosive autonome

a) Les premiers arrêts sur le terrain d'élection du dol

C'est dans le domaine contractuel, terrain naturel du dol, que les deux premiers arrêts conférant une autonomie à la faute dolosive ont été rendus.

La troisième chambre civile, par un arrêt du 7 octobre 2008¹⁴⁷, non publié, a initié ce courant jurisprudentiel. Dans cette affaire, une société, à qui un refus de garantie avait été opposé, soutenait qu'elle n'avait pas « voulu le dommage tel qu'il s'était réalisé » au détriment de son cocontractant. Mais son pourvoi a été rejeté parce que, s'étant « volontairement abstenue d'exécuter les travaux conformément aux prévisions contractuelles », et ayant « délibérément violé par dissimulation ou par fraude ses obligations contractuelles, sans ignorer que des désordres allaient apparaître très rapidement », la cour d'appel avait pu déduire de ces manquements délibérés qu'ils « constituaient une faute dolosive ayant pour effet de retirer aux contrats d'assurance leur caractère aléatoire ».

Plusieurs auteurs¹⁴⁸ ont approuvé cette solution, qui exige « la conscience, chez l'assuré, du caractère inéluctable du dommage », en présence d'une « faute lucrative qui ne dit pas son nom »¹⁴⁹, commise par un professionnel.

145. 2^e Civ., 12 juin 2014, pourvois n^o 13-15.836, n^o 13-16.397, n^o 13-17.509, n^o 13-21.386 et n^o 13-25.565 ; *Resp. civ. et assur.* octobre 2014, comm. 321, note H. Groutel.

146. 2^e Civ., 20 janvier 2022, pourvoi n^o 20-10.529, publié au *Bulletin* et 2^e Civ., 20 janvier 2022, pourvoi n^o 20-13.245, publié au *Bulletin*.

147. 3^e Civ., 7 octobre 2008, pourvoi n^o 07-17.969 ; *RGDA* octobre 2008, p. 912, note J. Kullmann.

148. J. Kullmann, « Assurances en général », *RGDA* octobre 2008, p. 912, et J. Bigot, « Assurance construction », *RGDA* janvier 2008, p. 130. Mme Abravenel-Joly indique ainsi qu'« avec d'autres auteurs, nous estimons que l'essence de l'assurance n'est pas de garantir des dommages causés par le comportement malhonnête ou délibéré de l'assuré », « La faute intentionnelle ou dolosive en droit des assurances », *Bjda* 2019, n^o 66.

149. R. Bigot, « La faute intentionnelle ou le phœnix de l'assurance de responsabilité civile professionnelle », *RLDC* avril 2009, n^o 59.

Cette solution n'a toutefois pas eu d'autre suite, dans la jurisprudence de la troisième chambre civile, qui est revenue à la conception « moniste subjective » de la faute intentionnelle, par la suite¹⁵⁰.

C'est par un arrêt du 28 février 2013¹⁵¹ que la deuxième chambre civile a, clairement, marqué l'autonomie de la faute dolosive. Dans un litige qui s'inscrivait, là encore, dans un contexte contractuel, elle a rejeté le pourvoi formé par l'assureur d'un fournisseur d'équipement, qui déniait sa garantie, en relevant que la cour d'appel avait fait ressortir, « d'une part, que l'assuré n'avait pas eu la volonté de créer les dommages tels qu'ils étaient survenus, d'autre part, que ses actes et comportement n'avaient pas fait disparaître tout aléa du seul fait de la volonté de l'assuré », de sorte qu'elle avait « pu déduire que l'assureur ne caractérisait ni une faute intentionnelle ni une faute dolosive au sens de l'article L. 113-1 du code des assurances ».

M. Jean Bigot¹⁵² a approuvé cette solution, en considérant que la faute dolosive est une notion « probablement moins floue que la faute intentionnelle, si l'on veut bien la rapprocher de sa source naturelle : le droit civil. Elle n'est pas dirigée contre l'assureur, mais contre le cocontractant de l'assuré et au profit de l'assuré : il veut tirer un avantage illicite du contrat en se soustrayant frauduleusement à ses obligations contractuelles : il dissimule à son client la non-conformité, la défectuosité ou le contenu de ses prestations, en rendant certaine la réclamation de celui-ci ».

Autonome par rapport à la faute intentionnelle, la faute dolosive, avec les arrêts précités, ne l'est pas encore par rapport au contrat.

b) La généralisation de cette nouvelle notion hors du champ de la responsabilité contractuelle

Par un arrêt du 12 septembre 2013¹⁵³, la deuxième chambre civile a qualifié de faute dolosive la faute d'un assuré qui n'était pas contractuelle puisque l'assuré était la seule victime des dommages causés à son propre véhicule résultant de ce qu'il avait volontairement tenté de franchir un cours d'eau. Le sommaire de l'arrêt indique que « la cour d'appel qui, constatant qu'un assuré, bien que n'ayant pas recherché les conséquences dommageables qui en étaient résultées, avait volontairement tenté de franchir le cours d'une rivière avec un véhicule non adapté à cet usage, a pu retenir que l'assuré avait commis une faute dolosive » au sens de l'article L. 113-1 du code des assurances.

M. Jérôme Kullmann¹⁵⁴ s'est alors interrogé sur une « double autonomie de la faute dolosive », en droit des assurances, par rapport à la faute intentionnelle, d'une part, et par rapport à la responsabilité contractuelle, d'autre part.

150. 3^e Civ., 1^{er} juillet 2015, pourvois n^o 14-19.826 et n^o 14-50.038 ; 3^e Civ., 1^{er} juillet 2015, pourvois n^o 14-10.210, n^o 14-11.971, n^o 14-13.403 et n^o 14-17.230.

151. 2^e Civ., 28 février 2013, pourvoi n^o 12-12.813, *Bull.* 2013, II, n^o 44.

152. J. Bigot, A. Pélissier et L. Mayaux, « Faute intentionnelle, faute dolosive, faute volontaire : le passé, le présent et l'avenir », *RGDA* février 2015, p. 75.

153. 2^e Civ., 12 septembre 2013, pourvoi n^o 12-24.650, *Bull.* 2013, II, n^o 168.

154. J. Kullmann, « Connaissance, conscience et volonté : retour sur les fautes intentionnelle et dolosive, à l'occasion de deux arrêts sur le suicide et les dommages causés à autrui », *RGDA* septembre 2020, p. 7.

Mme Anne Péliissier¹⁵⁵, relevant que la faute dolosive, dans la jurisprudence de la deuxième chambre civile, s'est « émancipée » et « évadée » de « la seule relation contractuelle », a indiqué qu'il n'y aurait aucune difficulté à ce que la faute dolosive revête ainsi une « définition spécifique en droit des assurances ».

Si donc un contrat existe, entre l'assuré et la victime du dommage, c'est le manquement délibéré au contrat¹⁵⁶ avec la conscience qu'un dommage en résultera inéluctablement pour le cocontractant, qui caractérise la faute dolosive mais, en l'absence d'un tel contrat entre l'assuré et la victime du dommage¹⁵⁷, c'est l'acte commis délibérément avec la conscience qu'un dommage en résultera, pour un tiers victime, qui caractérise la faute dolosive. Et ce sans qu'on doive en passer, dans ce dernier cas, par la caractérisation d'une faute contractuelle de l'assuré à l'égard de son propre assureur.

2. La stabilisation de la définition de la faute dolosive inassurable

L'arrêt précité du 12 septembre 2013 avait pu faire naître une interrogation puisque la Cour de cassation y avait jugé que la cour d'appel, qui avait énoncé que la faute commise « faussait l'élément aléatoire attaché à la couverture du risque », avait pu retenir que le conducteur qui « avait volontairement tenté de franchir le cours de rivière avec un véhicule non adapté à cet usage [...] avait ainsi commis une faute dolosive excluant la garantie de l'assureur »¹⁵⁸.

Or, si la simple prise d'un risque « faussant » l'aléa avait dû suffire pour caractériser la faute dolosive inassurable, la définition donnée à cette dernière aurait été assez comparable à celle de la faute inexcusable, qui, en assurance maritime¹⁵⁹ ou en droit aérien¹⁶⁰, est « la faute délibérée qui implique la conscience de la probabilité du dommage et son acceptation téméraire sans raison valable ».

Un auteur¹⁶¹, soulignant le risque qu'une telle « interprétation excessivement élargie de l'article L. 113-1 [du code des assurances] ferait courir aux victimes [...] de perdre le bénéfice de l'assurance », a fait observer que « s'il n'y a que *risque*, même grand, de provoquer un dommage, et non une certitude, la faute est, tout au plus, inexcusable, et par conséquent assurable ».

155. J. Bigot, A. Péliissier et L. Mayaux, « Faute intentionnelle, faute dolosive, faute volontaire : le passé, le présent et l'avenir », *RGDA* février 2015, p. 75.

156. En l'absence d'un tel manquement délibéré, il n'y a pas dol. Cf. 2^e Civ., 4 février 2016, pourvoi n° 15-10.363.

157. Par exemple tous les arrêts précités qui concernent les assurés suicidaires ayant occasionné des dommages à des tiers victimes avec lesquels ils n'étaient pas liés par contrat.

158. 2^e Civ., 12 septembre 2013, pourvoi n° 12-24.650, *Bull.* 2013, II, n° 168.

159. Loi n° 66-420 du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritimes.

160. Article L. 6421-4, alinéa 2, du code des transports.

161. D. Bakouche, « La faute dolosive exclusive de garantie (à propos d'un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 12 septembre 2013) », *Resp. civ. et assur.* novembre 2013, étude 8.

Un arrêt du 25 octobre 2018¹⁶² est venu préciser que c'est bien la disparition totale de l'aléa qui caractérise la faute dolosive, avec la conscience, chez l'assuré, du caractère inéluctable du dommage.

Dans deux arrêts rendus le 20 mai 2020¹⁶³, la deuxième chambre civile a réaffirmé l'autonomie des deux fautes en énonçant qu'une cour d'appel avait retenu « exactement » que « la faute intentionnelle et la faute dolosive, au sens de l'article L. 113-1 du code des assurances, sont autonomes, chacune justifiant l'exclusion de garantie dès lors qu'elle fait perdre à l'opération d'assurance son caractère aléatoire »¹⁶⁴.

Dans l'un des deux pourvois¹⁶⁵, la deuxième chambre civile a considéré que la cour d'appel avait pu déduire la commission d'une faute dolosive du fait que l'assuré, en usant d'un mode opératoire dépassant « très largement ce qui était nécessaire » pour se suicider, avait eu « la volonté de provoquer une forte explosion » qui rendait l'incendie subséquent de l'immeuble inévitable, ce qu'il ne pouvait pas ignorer. Dans le second pourvoi¹⁶⁶, la Cour de cassation juge qu'une cour d'appel « caractérise l'absence de faute dolosive », dès lors que rien ne permettait de conclure que l'assuré, qui s'était jeté sous le train arrivant en gare pour mettre fin à ses jours, « avait conscience des conséquences dommageables de son acte pour la SNCF », de sorte que le contrat d'assurance n'avait de ce fait pas perdu « tout caractère aléatoire ».

Plusieurs arrêts ont, depuis, confirmé cette approche et les juges du fond voient leurs décisions cassées s'ils s'abstiennent de rechercher si l'assuré fautif avait « conscience » du « caractère inéluctable du dommage » subi par la victime¹⁶⁷. La définition de la faute dolosive s'est, ainsi, stabilisée autour de la formule suivante, dans un arrêt publié du 20 janvier 2022¹⁶⁸ : « La faute dolosive s'entend d'un acte délibéré de l'assuré commis avec la conscience du caractère inéluctable de ses conséquences dommageables. »

La faute dolosive n'est donc pas une faute objective puisqu'elle ne résulte pas du seul constat de la disparition totale de l'aléa. S'y ajoute un élément subjectif, analysé *in concreto*, tenant au fait que l'assuré doit avoir eu la conscience de ce que, inéluctablement,

162. 2^e Civ., 25 octobre 2018, pourvoi n° 16-23.103, publié au *Bulletin*.

163. 2^e Civ., 20 mai 2020, pourvoi n° 19-11.538, publié au *Bulletin* ; 2^e Civ., 20 mai 2020, pourvoi n° 19-14.306, publié au *Bulletin* ; *JCP G* 2020, doct. 1268, n° 2, note M. Bacache ; *D.* 2020, chron. p. 2198, n° 3, note N. Touati et C. Bohnert ; *JCP E* 2020, 1413, n° 5, note P.-G. Marly ; *Resp. civ. et assur.* octobre 2020, comm. 178, note D. Bakouche ; *Gaz. Pal.* 27 octobre 2020, p. 46, note D. Noguéro ; *RGDA* septembre 2020, p. 7, note J. Kullmann ; *RD bancaire et financier* juillet 2020, comm. 82, note N. Leblond ; *JCP G* 2020, act. 950, note L. Mayaux ; *Gaz. Pal.* 7 juillet 2020, p. 10, note A. Touzain ; *JCP G* 2020, doct. 768, n° 20, note J. Kullmann.

164. 2^e Civ., 20 mai 2020, pourvoi n° 19-11.538, publié au *Bulletin*.

165. Même arrêt.

166. 2^e Civ., 20 mai 2020, pourvoi n° 19-14.306, publié au *Bulletin*.

167. Cela vaut aussi bien en matière d'assurance de responsabilité contractuelle que délictuelle : 2^e Civ., 10 novembre 2021, pourvoi n° 19-12.659 ; 2^e Civ., 20 janvier 2022, pourvoi n° 20-13.245, publié au *Bulletin* ; 2^e Civ., 10 mars 2022, pourvoi n° 20-19.052 ; pourvoi n° 20-19.053 ; pourvoi n° 20-19.054 ; pourvoi n° 20-19.056 et pourvoi n° 20-19.057 ; A. Pélissier, « Précision sur le critère de la conscience du caractère inéluctable du dommage dans le contexte de la faute dolosive du suicidé », *RGDA* mai 2022, p. 25.

168. 2^e Civ., 20 janvier 2022, pourvoi n° 20-13.245, publié au *Bulletin*.

il allait, par son action volontaire, occasionner le dommage, ce qu'il appartient à l'assureur de prouver.

Si cette nouvelle définition de la faute dolosive, dont la Cour de cassation vérifie l'application par un contrôle lourd, élargit le domaine de la faute volontaire inassurable, elle est néanmoins précise et restrictive et assure un équilibre entre la nécessité de ne pas encourager ou, du moins, de ne pas assurer de garantie, à des comportements inéluctablement générateurs de dommages, et celle de ne sanctionner que « les seuls défauts d'aléa connus [de l'assuré] », principe d'application générale en droit des assurances¹⁶⁹.

3. La généralisation de la nouvelle définition de la faute dolosive

La deuxième chambre civile de la Cour de cassation a affiné, depuis une décennie, la définition de la faute dolosive pour lui donner toute sa place dans l'ordre des fautes inassurables. Sa définition apparaît désormais stabilisée.

Qu'en est-il des autres chambres ? La première chambre civile conserve une définition stricte de la faute intentionnelle¹⁷⁰ mais sans que cela préjuge d'un refus d'admettre une faute dolosive autonome. Par un arrêt non publié de 2016¹⁷¹, la chambre criminelle a semblé faire un pas vers le « dualisme », en rejetant un moyen au motif qu'il résultait des constatations de la cour d'appel « que l'assuré n'avait ni volontairement causé le dommage ni supprimé l'aléa inhérent au contrat par un manquement délibéré à ses obligations, la cour d'appel a justifié sa décision ». Mais aucun arrêt de cette chambre n'est venu consacrer clairement cette position, en reprenant, notamment, les critères retenus par la deuxième chambre civile.

La troisième chambre civile, chargée du contentieux de l'assurance de construction, avait rendu, comme on l'a vu, un arrêt précurseur le 7 octobre 2008¹⁷², qui rompait avec la définition traditionnelle de la faute dolosive en droit des assurances mais qui rejoignait celle qui était donnée à la faute permettant d'écarter la forclusion décennale en droit de la construction. Aux termes de cette décision, commettait une faute dolosive faisant perdre au contrat d'assurance son caractère aléatoire le constructeur qui violait délibérément « par dissimulation ou par fraude ses obligations contractuelles ».

L'arrêt faisait un pas vers l'inassurabilité de certaines fautes, en dehors du cadre strict du dommage intentionnel. Cette décision, non publiée, était cependant restée isolée. Par des arrêts ultérieurs, la troisième chambre civile avait renoué avec la définition stricte de la faute inassurable. Même après les arrêts de la deuxième chambre civile de 2013 affirmant l'autonomie de la faute dolosive, elle avait maintenu sa position

169. D. Bakouche, « Exclusion : faute dolosive (appréciation) », *Resp. civ. et assur.* octobre 2020, comm. 178 ; A. Péliissier, « Précision sur le critère de la conscience du caractère inéluctable du dommage dans le contexte de la faute dolosive du suicidé », *RGDA* mai 2022, p. 25.

170. 1^{re} Civ., 8 janvier 2020, pourvois n° 18-19.782 et n° 18-19.832.

171. Crim., 6 décembre 2016, pourvoi n° 15-81.592.

172. 3^e Civ., 7 octobre 2008, pourvoi n° 07-17.969.

et avait continué d'exiger des juges, pour l'application de l'exclusion légale, la caractérisation d'une intention de l'assuré de créer le dommage tel qu'il était survenu¹⁷³.

L'hésitation de la troisième chambre civile pouvait se comprendre, au regard des conséquences que pouvait avoir un élargissement de la faute inassurable dans un régime de responsabilité dont l'équilibre repose en grande partie sur la fiabilité des garanties d'assurance obligatoires. Laissant peu de place à la liberté contractuelle, les clauses types qui régissent l'assurance obligatoire de construction ne dérogent pas à l'exclusion de la faute intentionnelle ou dolosive. Cette exclusion est au contraire expressément rappelée par ces clauses, dans des termes proches de l'alinéa 2 de l'article L. 113-1 du code des assurances¹⁷⁴. Même en matière d'assurance obligatoire, le comportement de l'assuré peut, ainsi, faire perdre à la victime le bénéfice de l'assurance. Mais, comme l'article L. 113-1 du code des assurances, les clauses types ne définissent pas la faute dolosive.

Une définition autonome de la faute dolosive, telle que retenue par la deuxième chambre civile depuis 2013, peut plus facilement priver le maître de l'ouvrage de toute indemnisation, même en présence de désordres de gravité décennale, puisque l'exclusion légale est opposable au tiers lésé et que la solvabilité du constructeur fautif est souvent compromise. On sait, en effet, que les défaillances sont très nombreuses dans le secteur de la construction¹⁷⁵ et que, face aux difficultés économiques et à la concurrence, le respect des règles de l'art peut passer au second plan. Un équilibre doit être trouvé entre les intérêts du tiers lésé et les principes de l'assurance.

Au regard de l'arrêt rendu par la deuxième chambre civile le 12 septembre 2013, qui évoquait l'aléa seulement faussé, on pouvait craindre que la faute dolosive se confondît avec la faute lourde ou inexcusable, ou que cette faute revêtît un caractère purement objectif, indépendamment de la conscience de l'assuré de ses conséquences inéluctables. Ce risque, bien identifié¹⁷⁶, explique sans doute les réticences de la troisième chambre civile à se rallier au « dualisme ». Pour un auteur, « si toutes les fautes professionnelles volontaires des constructeurs commises avec la conscience que le sinistre est inéluctable sont exclusives de garanties, ce sont des milliers de maîtres de l'ouvrage qui seront privés d'indemnisation. L'assurance construction n'offrira plus la sécurité à laquelle il est légitime de s'attendre et cette onde de choc aura sans aucun doute une

173. 3^e Civ., 1^{er} juillet 2015, pourvois n° 14-10.210, n° 14-11.971, n° 14-13.403 et n° 14-17.230 ; 3^e Civ., 1^{er} juillet 2015, pourvois n° 14-19.826 et n° 14-50.038 ; 3^e Civ., 29 juin 2017, pourvoi n° 16-14.264.

174. « La garantie du contrat ne s'applique pas aux dommages résultant exclusivement : a) Du fait intentionnel ou du dol du souscripteur ou de l'assuré [...] » (clauses types de l'annexe II de l'article A. 243-1 du code des assurances).

175. Selon une étude Altares de 2022, un quart des défaillances d'entreprises concerne le secteur de la construction.

176. G. Viney, « Faute intentionnelle et faute dolosive », *RDC* juillet 2014, p. 184 ; A. Péliissier, « Faute intentionnelle ou dol » *RD imm.* 2021, p. 262.

influence sur l'ensemble du droit de la construction, à commencer par la responsabilité et les contrats, et sur l'ensemble de l'économie de la construction »¹⁷⁷.

La définition de la faute dolosive, telle qu'elle résulte notamment de l'arrêt du 20 janvier 2022¹⁷⁸, à savoir « un acte délibéré de l'assuré commis avec la conscience du caractère inéluctable de ses conséquences dommageables », a permis de lever ces craintes.

Un premier arrêt, non publié, rendu en 2021¹⁷⁹ par la troisième chambre civile, a été analysé comme une concession au dualisme car il admettait que, même en l'absence de faute intentionnelle, le constructeur assuré pouvait, par son comportement, « supprim[er] l'aléa inhérent au contrat d'assurance », de sorte que la garantie de l'assureur était légalement exclue. Cette décision a été commentée comme un rapprochement des deux chambres sur la définition de la faute inassurable¹⁸⁰, même si la particularité des faits de l'espèce¹⁸¹ pouvait expliquer le sens de la décision, dans laquelle ne figurent pas, en outre, les termes clés de la définition donnée à la faute dolosive par la deuxième chambre civile.

C'est finalement par une décision du 30 mars 2023¹⁸² que la troisième chambre civile a clairement affirmé son ralliement au « dualisme ». Écartant la nécessité de démontrer la recherche du dommage pour retenir une faute dolosive, cet arrêt reprend, mot pour mot, la définition donnée à cette faute par l'arrêt du 20 janvier 2022, qu'il cite dans son « chapeau » : en matière d'assurance de construction, la troisième chambre civile n'entend plus faire une interprétation de l'exclusion légale distincte de celle du droit commun de l'assurance.

Au regard des faits de l'espèce, il convient de ne pas se méprendre sur le sens de cette décision. En effet, l'arrêt attaqué retenait la faute dolosive d'un constructeur qui avait reproduit sans autorisation les œuvres d'un artiste, mais en donnant à cette faute une définition moins stricte que celle retenue par la Cour de cassation. Cependant, le moyen du pourvoi exigeait seulement l'application du « monisme » en réclamant la démonstration d'une volonté de l'assuré de causer le dommage tel qu'il était survenu, y compris pour la faute dolosive. Il ne critiquait pas, subsidiairement, la définition donnée par la cour d'appel à la faute dolosive. Par sa réponse, qui reprend les termes exacts de la deuxième chambre civile, la troisième chambre civile signifie clairement qu'elle n'entend pas donner à la faute dolosive une définition moins stricte.

177. A. Péliissier en conclusion de l'article précité – « Faute intentionnelle ou dol », *RD imm.* 2021, p. 262 ; Voir J. Bigot, A. Péliissier et L. Mayaux, « Faute intentionnelle, faute dolosive, faute volontaire : le passé, le présent et l'avenir », *RGDA* février 2015, p. 75, où elle évoque également les remèdes législatifs qui pourraient conserver la garantie à la victime tout en maintenant la sanction à l'égard de l'assuré.

178. 2^e Civ., 20 janvier 2022, pourvoi n° 20-13.245, publié au *Bulletin*.

179. 3^e Civ., 10 juin 2021, pourvoi n° 20-10.774.

180. A. Péliissier, « Reconnaissance discrète de la faute dolosive par la troisième chambre civile », *RGDA* juillet 2021, p. 23 ; C. Charbonneau, « Une nouvelle floraison dans le jardin de la faute dolosive », *RD imm.* 2021, p. 433.

181. Dans cette affaire, le tiers lésé avait lui-même contribué à son dommage, qui résultait d'une volonté commune du maître de l'ouvrage et de l'architecte assuré « de s'affranchir des contraintes du permis de construire ».

182. 3^e Civ., 30 mars 2023, pourvoi n° 21-21.084, publié au *Bulletin* et au *Rapport annuel*.

Les risques, identifiés ci-dessus, qui pourraient résulter d'une acception trop large de la faute dolosive, devraient conduire la Cour de cassation à contrôler la qualification de la faute retenue par les juges du fond, afin que le caractère subjectif de la faute dolosive soit préservé. La tentation pourrait être grande, en effet, de considérer qu'un professionnel ne pourrait jamais ignorer les conséquences s'attachant aux manquements délibérés aux règles de l'art, telles qu'elles résultent des normes homologuées, qui, même non obligatoires, définissent les règles du « bien construire » et sont, précisément, destinées à prévenir des dommages et garantir la pérennité de l'ouvrage. La subjectivité de la faute dolosive impose, cependant, d'établir que le constructeur assuré avait conscience que le dommage survenu se produirait inéluctablement. L'éclairage de techniciens sera fondamental pour apprécier, au cas par cas, l'aléa qui pouvait subsister dans la survenance des dommages au regard du manquement commis.

Il conviendra, ainsi, d'éviter que l'altération de l'aléa soit assimilée à sa disparition, car une telle interprétation extensive viderait la déchéance de garantie pour inobservation inexcusable des règles de l'art de sa substance.

Le travail de qualification des juges du fond sera essentiel pour distinguer, d'une façon rigoureuse, la suppression de la simple altération de l'aléa.

CONCLUSION

Cette étude de deux questions juridiques, très circonscrites, du droit des assurances permet de constater que ce domaine du droit, même en l'absence de modification législative, se transforme et évolue pour tenir compte des pratiques des opérateurs du secteur et des évolutions de la société. Il est de l'office du juge, à l'écoute de la doctrine et de la société, de contribuer à cette adaptation permanente du droit. Ce faisant, le juge est parfois placé devant des choix délicats, pour ne pas dire, devant des « cas de conscience »¹⁸³.

Si l'objet premier de l'assurance est de prémunir les assurés contre les conséquences pécuniaires de certains risques, l'assurance de responsabilité constitue également un moyen de protéger les victimes, qui échappent ainsi au risque d'insolvabilité du responsable. Il relève d'un choix de société de décider de faire supporter ce risque aux assureurs, c'est-à-dire à la collectivité des assurés, plutôt qu'aux victimes ou inversement.

Dans certains domaines, le choix du législateur est clair. Ainsi, en matière d'assurance automobile, à l'initiative du droit de l'Union européenne, le choix a été fait de protéger la victime, parce qu'elle subit généralement un dommage corporel : la faute de l'assuré, et la nullité du contrat d'assurance qui peut en résulter, ne lui est pas opposable¹⁸⁴. Dans d'autres, la nullité du contrat résultant de la faute de l'assuré reste opposable à la victime qui ne pourra plus s'appuyer sur la solidité financière d'un assureur. Cette circonstance ne peut rester étrangère à la pesée des avantages et inconvénients de certaines évolutions jurisprudentielles.

Il convient, en outre, de ne pas méconnaître les limites de l'exercice de clarification ou d'adaptation du droit par le juge de cassation. À cet égard, il faut d'abord rappeler que le juge de cassation, comme tout juge, ne choisit pas les litiges qu'il tranche et ne peut s'emparer de questions qui ne lui sont pas soumises. Il faut ensuite souligner que la Cour de cassation, sauf moyen relevé d'office par elle, ce qui nécessite qu'il soit de pur droit, est liée par les moyens articulés par les parties contre la décision attaquée. Ainsi, elle ne peut relever d'office la nullité d'une clause qui ne serait pas formelle et limitée. Et si aucune des parties ne s'est emparée de cette question devant la cour d'appel, l'avocat aux Conseils ne pourra davantage le faire, le moyen étant alors irrecevable, pour être nouveau et, généralement, mélangé de fait et de droit. Ainsi, certains arrêts peuvent-ils, pour le non-spécialiste, paraître « laisser vivre » des clauses qui avaient été déclarées nulles par un arrêt antérieur.

Ces considérations expliquent que l'évolution du droit par la jurisprudence ne peut se faire que par touches successives et avec mesure.

183. Expression utilisée par A. Péliissier s'agissant de l'évolution possible de la troisième chambre civile précédemment évoquée, « Reconnaissance discrète de la faute dolosive par la troisième chambre civile », *RGDA* juillet 2021, p. 23.

184. Article L. 211-7-1 du code des assurances.



LA PRESCRIPTION EN DROIT

DU TRAVAIL,

Étude de la chambre
sociale

Résumé : Depuis quelques années, le droit de la prescription en droit du travail a été bouleversé. Outre la réforme du 17 juin 2008, le législateur a multiplié les dispositions spécifiques, empilant les prescriptions annale, biennale, triennale et quinquennale. Le juge du travail s'est trouvé confronté à l'application et à l'articulation de ces différents textes. La chambre sociale de la Cour de cassation a dû répondre à de nombreuses interrogations, générant une jurisprudence reflétant la complexité des dispositifs législatifs. L'objet de cette étude est d'en présenter une synthèse, d'en expliquer la cohérence ainsi que les lignes directrices.

INTRODUCTION

Jusqu'en 2008, les règles relatives à la prescription ont été d'une assez grande stabilité en droit du travail et le temps des débats semblait révolu.

Avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, le droit du travail connaissait pour l'essentiel trois délais de prescription. Le délai trentenaire de droit commun, prévu par l'article 2262 du code civil, régissait « toutes les actions, tant réelles que personnelles » ; n'y étaient soustraites que les actions engagées par un salarié « en paiement du salaire » qui, en application de l'article L. 3245-1 du code du travail, se prescrivaient « par cinq ans conformément à l'article 2277 du code civil ». Par ailleurs, l'article L. 1235-7 du code du travail limitait à douze mois le délai de prescription applicable aux contestations « portant sur la régularité ou la validité » d'un licenciement pour motif économique.

La loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, qui visait à simplifier et à moderniser les règles applicables en matière de prescription, a notamment considérablement réduit la durée de la prescription extinctive de droit commun, la fixant désormais à cinq ans, contre une durée de trente ans auparavant, avec un point de départ glissant et une date butoir de vingt ans¹. Le délai de prescription est alors devenu pour l'essentiel quinquennal par l'application tant des dispositions de droit commun du code civil que des dispositions spécifiques du code du travail, créées par la loi du 17 juin 2008, qu'il s'agisse de la prescription propre aux actions en paiement du salaire ou de la prescription propre aux discriminations.

À la suite de la loi du 17 juin 2008, le législateur a multiplié les dispositions de droit du travail relatives à la prescription. Ce mouvement s'inscrit dans le cadre des nombreuses réformes du droit du travail, qui se succèdent et qui vont souvent comporter des dispositions spécifiques relatives à la prescription, dans l'objectif de « sécuriser » la relation entre employeurs et salariés.

Au-delà de ces dispositions spécifiques et de la loi du 17 juin 2008, deux réformes majeures sont intervenues et définissent le régime général de la prescription en droit du travail.

La loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi pose le principe d'une réduction à deux ans du délai applicable aux actions portant sur l'exécution

1. Ainsi, selon les articles L. 1471-1 et L. 3245-1 du code du travail, le point de départ de la prescription est le jour où celui qui exerce l'action « a connu ou aurait dû connaître les faits » lui permettant de l'exercer (voir seconde partie). Cette règle « ne peut avoir pour effet de porter le délai de la prescription extinctive au-delà de vingt ans à compter du jour de la naissance du droit » (article 2232 du code civil).

et la rupture du contrat de travail, sans faire obstacle aux délais plus courts². Les délais spécifiques plus longs en matière de harcèlement, de discrimination et de réparation d'un dommage corporel sont maintenus. Celui des actions en paiement et répétition de salaires reste spécifique tout en étant réduit à une durée de trois ans. Il faut noter que la loi du 14 juin 2013 est issue de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 sur la sécurisation de l'emploi et que la réduction des délais de prescription répond à une demande de sécurisation de la part des employeurs.

L'ordonnance Macron n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail a réduit une nouvelle fois le délai concernant les actions portant sur la rupture du contrat de travail en le ramenant à un an.

Ainsi, sous réserve de durées plus spécifiques, les prescriptions des actions en droit du travail peuvent être annale, biennale, triennale ou quinquennale :

- exécution du contrat de travail : deux ans (article L. 1471-1 du code du travail) ;
- paiement ou répétition du salaire : trois ans (article L. 3245-1 du code du travail) ;
- rupture du contrat de travail : un an (article L. 1471-1 du code du travail) ;
- discrimination et harcèlement : cinq ans (article L. 1134-5 du code du travail).

L'application et l'articulation de ces différents textes, auxquels doit être ajouté l'article 2224 du code civil, ont suscité et suscitent toujours un contentieux important devant les juridictions du fond et la Cour de cassation a dû résoudre un grand nombre de problématiques, notamment la détermination de la prescription applicable et le point de départ de son délai. La chambre sociale, consciente des enjeux, a mis en place un groupe de travail et organisé une audience thématique au mois de juin 2021 pour assurer une cohérence de la réponse jurisprudentielle à ce morcellement législatif de la prescription.

La jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation doit également tenir compte des normes internationales. La question de la conventionnalité de ces nouveaux délais de prescription, qui ont pu passer de trente ans à un ou deux ans en quelques années, n'a pas manqué d'être soulevée et la Cour s'est prononcée plus précisément sur le nouveau délai de deux ans des actions portant sur l'exécution ou la rupture du contrat de travail issu de la loi du 14 juin 2013. La Cour européenne des droits de l'homme laisse en la matière une assez grande liberté aux États. Les délais légaux de prescription et de péremption figurent parmi les restrictions légitimes pouvant être apportées au droit d'accès à un tribunal, car ils permettent tout à la fois de « garantir la sécurité

2. Parallèlement aux réformes générales de la prescription, les dispositions spécifiques se sont multipliées. Elles ne seront pas ici analysées, nous en mentionnons simplement ici quelques-unes, sans recherche d'exhaustivité, afin d'illustrer le foisonnement actuel des délais de prescription en droit du travail. Ainsi, le délai de prescription est d'un an pour les actions en constatation de la rupture conventionnelle du contrat de travail (article L. 1237-14 du code du travail), six mois pour les actions en contestation du reçu pour solde de tout compte (article L. 1234-20 dudit code), d'un an pour les actions en contestation de la rupture consécutive à l'adhésion à un contrat de sécurisation de l'emploi (article L. 1233-67 du même code). Toute contestation relative aux aspects collectifs d'un grand licenciement collectif (article L. 1235-7-1 du code du travail), du contenu d'un accord portant rupture conventionnelle collective (article L. 1237-19-8 dudit code), est régie par une prescription de deux mois.

juridique en fixant un terme aux actions, mettre les défendeurs potentiels à l'abri de plaintes tardives peut-être difficiles à contrer, et empêcher l'injustice qui pourrait se produire si les tribunaux étaient appelés à se prononcer sur des événements survenus loin dans le passé à partir d'éléments de preuve auxquels on ne pourrait plus ajouter foi et qui seraient incomplets en raison du temps écoulé »³. La chambre sociale a ainsi pu juger que la réduction du délai de prescription par la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 ne constitue pas une atteinte disproportionnée au droit d'accès au juge dès lors que ce délai « a pour finalité de garantir la sécurité juridique en fixant un terme aux actions du salarié dûment informé des voies et délais de recours qui lui sont ouverts devant la juridiction prud'homale »⁴.

Si la question de la conformité au droit de l'Union européenne des délais de prescription en droit du travail n'a, elle, pas été soulevée jusqu'à présent, elle n'est pas indifférente dans le domaine du droit du travail entrant dans le champ du droit de l'Union européenne, comme c'est le cas, par exemple, en matière de temps de travail. L'autonomie procédurale des États membres est certes reconnue par la Cour de justice de l'Union européenne mais elle est encadrée et cette dernière a déjà eu à connaître des délais de prescription définis par les États membres dans le domaine notamment des congés payés. La Cour de justice a précisé que « l'obligation pour les États membres d'assurer l'effectivité des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union implique [...] une exigence de protection juridictionnelle effective, consacrée également à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui vaut, entre autres, en ce qui concerne la définition des modalités procédurales relatives aux actions en justice fondées sur de tels droits »⁵. En ce qui concerne l'analyse des caractéristiques d'un délai de prescription, la Cour de justice a précisé que celle-ci « doit porter sur la durée d'un tel délai ainsi que sur les modalités de son application, en ce compris la modalité retenue pour déclencher l'ouverture de ce délai »⁶.

Très concrètement, la Cour de justice a ainsi considéré que l'article 7 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail et l'article 31, § 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne « s'opposent à une réglementation nationale en vertu de laquelle le droit au congé annuel payé acquis par un travailleur au titre d'une période de référence est prescrit à l'issue d'un délai de trois ans qui commence à courir à la fin de l'année au cours de laquelle ce droit est né, lorsque l'employeur n'a pas effectivement mis le travailleur en mesure d'exercer ce droit »⁷. Il faut en conclure que si la prescription peut être triennale, elle ne sera opposable au salarié que s'il a été informé de ses droits. La jurisprudence de la chambre sociale de

3. CEDH, arrêt du 22 octobre 1996, *Stubbings et autres c. Royaume-Uni*, n° 22083/93 et n° 22095/93, § 51.

4. Soc., 20 avril 2022, pourvoi n° 19-17.614, publié au *Bulletin*.

5. CJUE, arrêt du 10 juin 2021, *BNP Paribas Personal Finance*, C-776/19 à C-782/19, § 29. Sur les délais de prescription voir également, CJUE, arrêt du 10 février 2022, *Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld*, C-219/20. Si la brièveté des délais de prescription est le plus souvent contestée, la longueur peut l'être également au nom de la sécurité juridique, voir CJUE, arrêt du 10 février 2022, C-219/20, précité, en matière de détachement des travailleurs.

6. CJUE, arrêt du 10 juin 2021, C-776/19 à C-782/19, § 30, précité.

7. CJUE, arrêt du 22 septembre 2022, *LB*, C-120/21.

la Cour de cassation doit donc nécessairement intégrer les obligations découlant du droit de l'Union⁸.

Cette étude propose dès lors de présenter une synthèse de cette jurisprudence et d'en expliquer la cohérence ainsi que les lignes directrices par l'examen de la détermination du délai applicable (I), laquelle connaît un critère principal et des exceptions, puis de l'écoulement du délai de prescription (II), à travers la question de son point de départ puis celle de son interruption par la demande en justice.

8. Soc., 29 mars 2017, pourvois n° 15-22.057 et n° 15-22.369, les indemnités de congés payés étant traitées comme des salaires, la prescription est bien triennale, et le délai de prescription court à compter de « l'expiration de la période légale ou conventionnelle au cours de laquelle les congés payés auraient pu être pris ».

I. LA DÉTERMINATION DU DÉLAI APPLICABLE

Le législateur ayant organisé la coexistence de plusieurs délais de prescription (décennal, quinquennal, triennal, biennal, annuel ou semestriel), la question de la détermination du délai applicable présente une acuité toute particulière en matière prud'homale. Une difficulté supplémentaire résulte de la concurrence pouvant résulter entre l'article L. 1471-1 du code du travail, qui prévoit un délai biennal pour les demandes relatives à l'exécution du contrat de travail, et l'article L. 3245-1 du code du travail, qui fixe un délai triennal pour les demandes de nature salariale, alors que le paiement du salaire est une des obligations essentielles que l'employeur doit exécuter⁹. Cette distinction entre les prescriptions biennale et triennale est d'autant plus cruciale que l'article 2254 du code civil interdit tout aménagement de la prescription des salaires, alors qu'en matière indemnitaire les parties peuvent convenir d'un raccourcissement ou d'un allongement de la prescription¹⁰.

Reprenant un critère qui avait déjà été utilisé, la chambre sociale de la Cour de cassation a, dans une série d'arrêts de 2021, posé le principe général selon lequel la durée de la prescription est déterminée par la nature de la créance invoquée (A). Plusieurs arrêts permettent de voir comment ce principe est décliné par la chambre (B). L'objet de la demande permet enfin de distinguer le délai de droit commun de l'article 2224 du code civil des délais de prescription spéciaux définis par le code du travail (C). Il convient en dernier lieu de différencier les actions relatives au harcèlement et à la discrimination qui restent, elles, soumises au délai quinquennal de prescription (D).

A. Un critère principal : l'objet de la demande

La distinction entre les prescriptions biennale et triennale repose sur le point de savoir si l'objet de la demande porte sur des droits acquis en contrepartie du travail ou s'ils ont une autre nature. Ainsi, lorsque le salarié invoque une inégalité de traitement, la demande de rappel de salaire qui en découle relève de la prescription triennale¹¹, alors que la demande de dommages-intérêts échappe aux prévisions de l'article L. 3245-1 du code du travail¹² pour entrer dans le champ de l'article L. 1471-1 du même code. Naturellement, les créances indemnitaires, comme l'indemnité de requalification d'un contrat de travail à durée déterminée en contrat à durée indéterminée¹³, constituent le cœur du champ d'application du délai biennal. Soulignons toutefois que le juge ne peut pas s'arrêter au seul intitulé des sommes réclamées, dans la mesure où certaines indemnités ont néanmoins une nature salariale. C'est le cas de l'indemnité de préavis¹⁴,

9. Soc., 23 octobre 2013, pourvoi n° 12-14.237, *Bull.* 2013, V, n° 248 ; Soc., 21 septembre 2022, pourvoi n° 20-17.627, publié au *Bulletin*.

10. Soc., 22 novembre 2017, pourvoi n° 16-16.561, *Bull.* 2017, V, n° 199.

11. Soc., 30 juin 2021, pourvois n° 20-12.960 et n° 20-12.962, publié au *Bulletin*.

12. Soc., 27 novembre 2019, pourvoi n° 16-26.209.

13. Soc., 22 novembre 2017, pourvoi n° 16-16.561, *Bull.* 2017, V, n° 199.

14. Soc., 16 décembre 2015, pourvoi n° 14-15.997, *Bull.* 2015, V, n° 271.

de l'indemnité de congés payés¹⁵ ou encore de l'indemnité de nourriture versée au matelot¹⁶. Réciproquement, le juge doit vérifier la nature réelle d'une somme habituellement payée en même temps que le salaire et retenir la prescription biennale lorsqu'il s'agit du remboursement de frais exposés à l'occasion de l'activité professionnelle¹⁷.

Les conditions de mobilisation de la créance ne sont pas déterminantes, dans la mesure où il faut d'abord vérifier sa nature. C'est pourquoi la demande de monétisation des droits affectés par le salarié à son compte épargne-temps ne peut pas être regardée comme une simple mesure d'exécution du contrat de travail. Ces droits, qui résultent de l'épargne de jours de congés, de repos ou de réduction du temps de travail, sont « acquis en contrepartie du travail ». Ils présentent dès lors une nature salariale et sont soumis au délai de prescription triennal de l'article L. 3245-1 du code du travail¹⁸. Il n'en va pas de même pour la créance au titre de la participation des salariés aux résultats de l'entreprise qui, faute d'être de nature salariale, ne saurait relever de la prescription triennale de l'article L. 3245-1 du code du travail¹⁹.

Reprenant un critère, déjà utilisé par l'assemblée plénière²⁰ et la chambre mixte²¹, la chambre sociale de la Cour de cassation a, dans une série d'arrêts rendus le 30 juin 2021, dégagé une formule générale : la durée de la prescription est déterminée par la nature de la créance invoquée²². La chambre sociale, qui avait déjà retenu que la demande est caractérisée par son objet et non par le moyen invoqué à son soutien²³, a unifié l'ensemble des formules utilisées, sans modifier les solutions acquises, par exemple en

15. *Ibid.*

16. Soc., 5 octobre 2010, pourvoi n° 09-41.492, *Bull.* 2010, V, n° 211.

17. Soc., 20 novembre 2019, pourvoi n° 18-20.208, publié au *Bulletin*.

18. Soc., 30 juin 2021, pourvoi n° 19-14.543, publié au *Bulletin*.

19. Soc., 1^{er} février 2005, pourvoi n° 02-14.452 ; Soc., 9 novembre 2011, pourvoi n° 10-12.941 ; Soc., 23 mars 2022, QPC n° 21-22.455, publié au *Bulletin*.

20. Ass. plén., 10 juin 2005, pourvoi n° 03-18.922, *Bull.* 2005, Ass. plén., n° 6, publié au *Rapport annuel* : le sommaire est ainsi rédigé : « Si le créancier peut poursuivre pendant trente ans l'exécution d'un jugement condamnant au paiement d'une somme payable à termes périodiques, il ne peut, en vertu de l'article 2277 du code civil applicable en raison de la nature de la créance, obtenir le recouvrement des arriérés échus plus de cinq ans avant la date de sa demande. »

21. Ch. mixte, 26 mai 2006, pourvoi n° 03-16.800, *Bull.* 2006, Ch. mixte, n° 3, publié au *Rapport annuel* : le sommaire est ainsi rédigé : « La durée de la prescription est déterminée par la nature de la créance et la circonstance que celle-ci soit constatée par un acte authentique revêtu de la formule exécutoire n'a pas pour effet de modifier cette durée. »

22. Soc., 30 juin 2021, pourvoi n° 19-10.161, publié au *Bulletin* ; pourvoi n° 18-23.932, publié au *Bulletin* ; pourvois n° 20-12.960 et n° 20-12.962, publié au *Bulletin* ; pourvoi n° 19-14.543, publié au *Bulletin*.

23. Soc., 12 novembre 1987, pourvoi n° 85-42.064, *Bull.* 1987, V, n° 642.

matière d'irrégularité d'une convention de forfait en jours²⁴ ou de requalification d'un contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps plein²⁵.

B. Déclinaisons du critère principal

En cas de demandes multiples, chacune d'entre elles doit être examinée de façon distincte et appréciée selon son objet précis²⁶, ce qui peut conduire à retenir la prescription pour certaines et à l'écartier pour d'autres. Soulignons qu'il n'est pas possible de contourner l'expiration du délai de prescription en modifiant artificiellement l'objet de la demande, par exemple en travestissant une demande de paiement de salaire en demande de dommages-intérêts²⁷.

Le départ entre les champs d'application respectifs des délais biennal et triennal s'avère plus délicat dans certaines situations.

Il en est ainsi tout d'abord lorsqu'une demande de rappel de salaire repose sur une contestation de la classification professionnelle du salarié, mentionnée dans le contrat de travail. Malgré tout, le salaire reste la contrepartie du travail accompli par le salarié et ce dernier peut aspirer à la classification qui correspond aux fonctions effectivement réalisées²⁸. Dès lors, le caractère erroné des mentions contractuelles n'a pas d'incidence sur la détermination du délai de prescription puisque le salarié peut prétendre, tout au long de l'exécution du contrat de travail, au salaire correspondant aux tâches qui lui sont effectivement confiées par l'employeur. La contestation de la classification professionnelle appliquée par l'employeur constitue le moyen sur lequel est fondée une demande tendant au paiement d'une créance salariale. Cette demande est donc enfermée, non dans le délai de deux ans de l'article L. 1471-1 du code du travail, mais dans le délai triennal de l'article L. 3245-1 du même code²⁹.

Un raisonnement similaire a été tenu pour une fin de non-recevoir tirée de la prescription opposée à un salarié qui demandait des rappels de salaire en raison de la requalification du contrat de travail à temps partiel en contrat à temps complet. Une telle contestation peut naître d'une insuffisance des mentions du contrat de travail³⁰

24. Soc., 27 mars 2019, pourvois n° 17-23.314 et n° 17-23.375, publié au *Bulletin* : « Le salarié, dont la demande de rappel de salaire au titre des heures supplémentaires n'est pas prescrite, est recevable à contester la validité de la convention de forfait annuel en jours stipulée dans son contrat de travail. »

25. Soc., 19 décembre 2018, pourvoi n° 16-20.522 ; Soc., 9 septembre 2020, pourvoi n° 18-24.831 : « l'action en requalification du contrat de travail en contrat à temps complet est une action en paiement du salaire soumise au délai de prescription prévu par l'article L. 3245-1 du code du travail ».

26. Soc., 28 mars 2018, pourvoi n° 17-13.226.

27. Soc., 28 mars 2018, pourvoi n° 12-28.606, *Bull.* 2018, V, n° 58. Les faits étaient antérieurs à la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013.

28. Soc., 19 décembre 1979, pourvoi n° 78-41.447, *Bull.* 1979, V, n° 1019.

29. Soc., 30 juin 2021, pourvoi n° 19-10.161, publié au *Bulletin*.

30. Soc., 9 avril 2008, pourvoi n° 06-41.596, *Bull.* 2008, V, n° 84.

ou d'une trop grande variabilité des horaires de travail³¹. Dans les deux cas, le salarié peut rester dans l'ignorance de ses rythmes de travail et, finalement, se tenir en permanence à la disposition de l'employeur. Certes, lorsque le litige résulte des insuffisances du contrat de travail, les parties peuvent, dès sa naissance, se convaincre de l'existence du vice. Pour autant, ce dernier n'est pas immédiatement consommé lors de la conclusion du contrat de travail puisque, dans ce cas, la chambre sociale a reconnu une présomption simple de travail à temps complet que l'employeur peut renverser : « l'absence d'écrit mentionnant la durée du travail et sa répartition fait présumer que l'emploi est à temps complet et [...] il incombe à l'employeur qui conteste cette présomption de rapporter la preuve, d'une part, de la durée exacte hebdomadaire ou mensuelle convenue, d'autre part, que le salarié n'était pas placé dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler et qu'il n'avait pas à se tenir constamment à la disposition de l'employeur »³².

Les conditions d'exécution du contrat de travail sont donc déterminantes pour vérifier si la présomption de travail à temps complet est ou non renversée et pour trancher le litige. Ainsi, l'inexécution par l'employeur de ses obligations a une conséquence directe sur la situation du salarié et les conditions dans lesquelles il est amené à assurer sa prestation de travail.

Notons que, lorsque les insuffisances du contrat portent sur la durée de travail convenue et pas seulement sur la répartition des horaires, des difficultés supplémentaires vont s'ajouter pour déterminer le volume de travail que l'employeur est tenu de fournir, l'obligation pour le salarié de servir la prestation correspondante, le seuil de déclenchement des heures complémentaires et des majorations éventuellement applicables³³, le plafond des heures complémentaires qui détermine la possibilité de refus du salarié d'en accomplir d'autres³⁴, ou encore le seuil d'application de la réévaluation légale de la durée du travail en cas de dépassement durable de la durée prévue par le contrat³⁵.

Nul doute que ces difficultés, qui vont irriguer le contrat de travail à temps partiel pendant toute son exécution, sont de nature à altérer les possibilités pour le salarié d'organiser, en dehors du temps de travail, d'autres activités, rémunérées ou non. La requalification en contrat de travail à temps complet tire les conséquences de cette situation, en reconnaissant le droit du salarié à un contrat de travail à temps plein, avec l'obligation pour l'employeur de fournir le travail correspondant et de payer le salaire qui en découle. Dès lors, la demande de requalification d'un contrat de travail à temps partiel se traduit par une demande en paiement de créances salariales correspondant à l'indisponibilité du salarié consécutive à l'inexécution par l'employeur de ses obligations en matière de rythme de travail.

31. Soc., 18 mars 2003, pourvoi n° 01-41.726.

32. Soc., 9 janvier 2013, pourvoi n° 11-16.433, *Bull.* 2013, V, n° 5 ; Soc., 17 décembre 2014, pourvoi n° 13-20.627, *Bull.* 2014, V, n° 308 ; Soc., 11 mai 2016, pourvoi n° 14-17.496, *Bull.* 2016, V, n° 100.

33. Article L. 3123-8 du code du travail.

34. Article L. 3123-10 du code du travail.

35. Article L. 3123-13 du code du travail.

Cette créance de salaire doit être payée selon l'échéance habituelle en matière de rémunération et le délai de prescription court donc à compter du terme prévu³⁶. C'est pourquoi, dans un premier temps, la chambre sociale avait retenu que « l'action en requalification du contrat de travail en contrat à temps complet est une action en paiement du salaire soumise au délai de prescription prévu par l'article L. 3245-1 du code du travail »³⁷. Puis, à l'occasion de la série d'arrêts rendus le 30 juin 2021, elle a modifié sa formule en s'appuyant sur l'objet de la demande : « La durée de la prescription étant déterminée par la nature de la créance invoquée, la demande de rappel de salaire fondée sur la requalification d'un contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps complet est soumise à la prescription triennale de l'article L. 3245-1 du code du travail »³⁸.

La même dynamique a été constatée en matière de rappel de salaire fondé sur l'invalidité d'une convention de forfait en jours. Pour assurer le respect des principes de santé et de sécurité au travail garantis tant par le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 que par le droit de l'Union européenne, la chambre sociale juge que l'accord collectif ouvrant le recours au forfait en jours doit garantir le respect de durées raisonnables de travail et des repos journaliers et hebdomadaires, ainsi que le caractère raisonnable de l'amplitude et de la charge de travail avec une bonne répartition de celle-ci tout au long de l'année³⁹, et imposer à l'employeur de veiller à la surcharge de travail du salarié afin d'y remédier⁴⁰. Cette jurisprudence, qui a justifié l'abandon par le Comité européen des droits sociaux de certaines de ses critiques contre le dispositif légal⁴¹ et a été consolidée par le législateur lors de l'adoption de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, a pour objet d'assurer l'effectivité des règles relatives au repos et à la santé de cadres ou de salariés autonomes et de déroger au décompte en heures de la durée du travail, dans le respect des repos quotidiens et hebdomadaires. L'existence d'un accord collectif comportant des garanties suffisantes constitue à la fois une condition de validité de la convention individuelle conclue par les parties et une garantie quant à l'effectivité des obligations de santé et de sécurité pesant sur l'employeur tout au long de l'exécution de cette convention. Là encore, en cas d'accord collectif insuffisant, le vice constaté est de nature à dégrader les conditions d'exécution du forfait en jours et, par là même, la possibilité pour l'employeur de bénéficier du dispositif dérogeant au droit commun de la durée de travail. Comme pour le contrat de travail à temps partiel, l'irrégularité affecte directement les conditions d'exécution du contrat de travail et les obligations respectives des parties en termes de santé et de sécurité, mais aussi d'obligation de fournir du travail et de payer le salaire correspondant, cette obligation n'ayant pas la même nature selon que l'on procède à un décompte en heures ou en jours.

36. Soc., 9 juin 2022, pourvoi n° 20-16.992, publié au *Bulletin*.

37. Soc., 19 décembre 2018, pourvoi n° 16-20.522 ; Soc., 9 septembre 2020, pourvoi n° 18-24.831.

38. Soc., 30 juin 2021, pourvoi n° 19-10.161, publié au *Bulletin*.

39. Soc., 29 juin 2011, pourvoi n° 09-71.107, *Bull.* 2011, V, n° 181, publié au *Rapport annuel* ; Soc., 24 mars 2021, pourvoi n° 19-12.208, publié au *Bulletin*.

40. Soc., 6 novembre 2019, pourvoi n° 18-19.752, publié au *Bulletin*.

41. CEDS, conclusions 2014 – France – Article 2-1.

La thèse selon laquelle le délai de prescription applicable serait le délai de deux ans, à compter de la conclusion de la convention irrégulière, avait pour conséquence de permettre l'exécution, au-delà de l'expiration du délai biennal, d'un forfait en jours ne répondant pas aux exigences de santé et de sécurité au travail, au risque de ranimer les interrogations sur la compatibilité du dispositif légal avec les règles de santé et de repos consacrées, tant par le préambule de la Constitution de 1946 que par le droit de l'Union. Rappelons à cet égard que les dérogations aux règles de durée du travail ne sont ouvertes par l'article 17 de la directive 2003/88/CE que « dans le respect des principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs ». En pratique, dans les litiges, la nullité de la convention de forfait en jours vient au soutien d'une demande de rappel de salaire au titre des heures supplémentaires dues en raison du décompte en heures applicable par suite de l'invalidité de la convention individuelle.

Dès lors, les garanties que doit offrir l'accord collectif conditionnent l'exécution de la convention individuelle de forfait en jours. En cas d'insuffisance, l'employeur qui se soustrait à ses obligations en matière de santé et de sécurité ne peut plus prétendre à une dérogation au décompte du temps de travail en heures. Du reste, le législateur a pris en compte dans certaines conditions le comportement de l'employeur lors de l'exécution du contrat. Ainsi, l'article 12 de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 prévoit que l'exécution d'une convention de forfait en jours conclue sur le fondement d'un accord collectif irrégulier peut être poursuivie sous réserve que l'employeur respecte l'article L. 3121-65 du code du travail, lui permettant ainsi, sous réserve d'un comportement vertueux, d'échapper pour l'avenir aux conséquences d'un accord collectif invalide.

Du fait de l'invalidité de la convention de forfait en jours, le salarié peut prétendre à un décompte de la durée du travail en heures, selon les règles de droit commun, et au paiement du rappel de salaire au titre des heures supplémentaires qui peut en résulter⁴². Dans l'arrêt du 30 juin 2021 précité, la chambre sociale a traité la question de l'invalidité du forfait en jours comme un moyen au soutien de la demande de rappel de salaire : « La durée de la prescription étant déterminée par la nature de la créance invoquée, l'action en paiement d'un rappel de salaire fondée sur l'invalidité d'une convention de forfait en jours est soumise à la prescription triennale prévue par l'article L. 3245-1 du code du travail »⁴³.

Enfin, la question s'est posée pour les demandes relatives à la requalification d'un ou plusieurs contrats de travail à durée déterminée en contrat de travail à durée indéterminée, qui se rattachent à l'exécution du contrat puisque cette requalification vient sanctionner un manquement aux conditions de recours au contrat à durée déterminée et emporte disparition du terme contractuel stipulé dans le contrat irrégulier. Même si la violation d'une règle de fond peut rester clandestine et n'être révélée qu'au terme des contrats irréguliers, question qui relève du point de départ du délai de prescription et non de sa durée, la requalification est acquise dès lors que l'existence du vice est constatée⁴⁴. Peu importe les conditions d'exécution du contrat ou le comportement postérieur des parties, par exemple, le fait que le salarié ait accepté de conclure plusieurs

42. Soc., 4 février 2015, pourvoi n° 13-20.891, *Bull.* 2015, V, n° 23.

43. Soc., 30 juin 2021, pourvoi n° 18-23.932, publié au *Bulletin*.

44. Soc., 28 novembre 2006, pourvoi n° 05-40.775, *Bull.* 2006, V, n° 352 ; Soc., 2 mars 2017, pourvoi n° 16-10.038.

contrats à durée déterminée irréguliers⁴⁵, ou qu'il ait refusé de signer un contrat à durée indéterminée⁴⁶.

L'objet de la demande tend d'abord à obtenir la requalification en contrat à durée indéterminée et la reconnaissance du statut afférent, étant précisé que cette action fait l'objet de dispositions spécifiques prévoyant notamment les conditions dans lesquelles un contrat à durée déterminée est réputé à durée indéterminée⁴⁷, la saisine directe du bureau de jugement du conseil de prud'hommes et un délai de jugement accéléré⁴⁸, l'octroi d'une indemnité de requalification⁴⁹ et l'exécution provisoire de plein droit de la décision prud'homale⁵⁰. Si le contrat est en cours, le salarié se verra ainsi reconnaître le statut de salarié permanent de l'entreprise⁵¹, sans que, sauf situation particulière⁵², les autres conditions du contrat, comme la durée du travail⁵³ ou le salaire⁵⁴, soient affectées. Si la relation de travail a pris fin, par l'effet du terme du contrat intervenu avant la décision de requalification, le salarié pourra prétendre aux indemnités prévues en cas de rupture d'un contrat à durée indéterminée⁵⁵. L'ensemble de ces considérations a conduit la chambre sociale à juger que le délai de prescription applicable était celui de deux ans, prévu par l'article L. 1471-1 du code du travail, que la requalification soit justifiée par un vice de forme⁵⁶ ou un vice de fond⁵⁷.

Cette solution a naturellement été transposée aux contrats de mission dont l'action en requalification en contrat à durée indéterminée est prévue par les articles L. 1251-39, L. 1251-40 et D. 1251-3 du code du travail⁵⁸.

Une fois la requalification acquise, le salarié peut, en raison de son nouveau statut, prétendre à diverses créances. Le délai de prescription sera déterminé en fonction de l'objet de chacune d'elles. L'indemnité de requalification, en contrat de travail à durée indéterminée, que la juridiction prud'homale doit mettre à la charge de l'employeur en application de l'article L. 1245-1 du code du travail, qui n'a pas de caractère salarial⁵⁹, relève du délai biennal prévu à l'article L. 1471-1 du code du travail. Si le contrat requalifié en contrat à durée indéterminée a été rompu par l'effet du terme du contrat à durée déterminée irrégulier, le salarié a droit à l'ensemble des diverses sommes dues en

45. Soc., 25 octobre 1995, pourvoi n° 91-45.016.

46. Soc., 21 mars 2012, pourvoi n° 10-11.762.

47. Article L. 1245-1 du code du travail.

48. Article L. 1245-2, alinéa 1, du code du travail.

49. Article L. 1245-2, alinéa 2, du code du travail.

50. Article R. 1245-1 du code du travail.

51. Soc., 6 novembre 2013, pourvoi n° 12-15.953, *Bull.* 2013, V, n° 259.

52. Soc., 20 novembre 2012, pourvoi n° 11-23.445.

53. Soc., 9 octobre 2013, pourvoi n° 12-17.882, *Bull.* 2013, V, n° 226, publié au *Rapport annuel*.

54. Soc., 5 octobre 2017, pourvois n° 16-13.581 à n° 16-13.584, *Bull.* 2017, V, n° 172.

55. Soc., 25 mai 2005, pourvoi n° 03-43.146, *Bull.* 2005, V, n° 175, publié au *Rapport annuel*.

56. Soc., 3 mai 2018, pourvoi n° 16-26.437, *Bull.* 2018, V, n° 68.

57. Soc., 29 janvier 2020, pourvoi n° 18-15.359, publié au *Bulletin*.

58. Soc., 30 juin 2021, pourvoi n° 19-16.655, publié au *Bulletin* ; Soc., 11 mai 2022, pourvoi n° 20-12.271, publié au *Bulletin*.

59. Soc., 22 novembre 2017, pourvoi n° 16-16.561, *Bull.* 2017, V, n° 199.

cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Les indemnités de préavis et de congés payés, qui ont un caractère salarial, sont soumises à la prescription triennale de l'article L. 3245-1 du code du travail⁶⁰. Par ailleurs, le salarié, qui est réputé avoir occupé un emploi à durée indéterminée depuis le jour de son engagement⁶¹, peut prétendre à divers rappels de salaire au titre de l'ancienneté ou au titre des périodes séparant les contrats à durée déterminée requalifiés. Ces demandes sont soumises à la prescription triennale de l'article L. 3245-1 du code du travail⁶².

C. Articulation des délais prévus par le droit du travail avec le délai de droit commun

L'objet de la demande permet également de distinguer le délai de droit commun de l'article 2224 du code civil des délais de prescription spéciaux définis par le code du travail. Tel est le cas lorsque le litige porte sur la qualification juridique de la relation contractuelle, l'existence d'un contrat de travail étant revendiquée par l'une des parties et déniée par l'autre. Or, la question de la qualification juridique du contrat se situe en amont de l'exécution de ce contrat et il est difficile de lui opposer le délai biennal des litiges relatifs à l'exécution du contrat de travail, alors même que l'existence d'un tel contrat n'est pas encore reconnue et que le juge saisi du litige pourrait d'ailleurs écarter la qualification de contrat de travail réclamée par l'une des parties. Retenir le délai de l'article L. 1471-1 du code du travail, en s'appuyant sur les moyens invoqués par celui qui se prétend salarié, aurait eu pour conséquence d'anticiper sur la solution au litige, alors que la prescription est une question préalable à la décision sur le fond. En réalité, même si des demandes en paiement de salaire ou d'indemnité de licenciement peuvent en découler, la question soumise au juge se trouve bien en amont de l'exécution du contrat de travail, puisque cette qualification de contrat de travail est justement l'objet du litige. C'est pourquoi la Cour de cassation a jugé que « l'action par laquelle une partie demande de qualifier un contrat, dont la nature juridique est indéterminée ou contestée, de contrat de travail, revêt le caractère d'une action personnelle et relève de la prescription de l'article 2224 du code civil »⁶³.

Ainsi les dispositions dérogatoires du code du travail, fixant les règles de prescription propres aux litiges nés d'un contrat de travail, n'empiètent pas sur les dispositions de droit commun de l'article 2224 du code civil, dès lors que la question ne porte pas, ou pas encore, sur l'exécution de la relation de travail. En revanche, si la qualification de contrat de travail est accueillie, les demandes qui en découlent seront soumises aux délais de prescription prévus par le code du travail, trois ans pour les demandes de nature salariale, deux ans pour les questions relatives à l'exécution du contrat et un an pour celles relatives à sa rupture. Cette solution se rattache au mouvement jurisprudentiel

60. Soc., 16 décembre 2015, pourvoi n° 14-15.997, *Bull.* 2015, V, n° 271.

61. Soc., 6 novembre 2013, pourvoi n° 12-15.953, *Bull.* 2013, V, n° 259 ; Soc., 3 mai 2016, pourvoi n° 15-12.256, *Bull.* 2016, V, n° 81 ; Soc., 29 janvier 2020, pourvoi n° 18-15.359, publié au *Bulletin*.

62. Soc., 29 janvier 2020, pourvoi n° 18-15.359, publié au *Bulletin*.

63. Soc., 11 mai 2022, pourvoi n° 20-14.421, publié au *Bulletin* ; Soc., 11 mai 2022, pourvoi n° 20-18.084, publié au *Bulletin*.

plus général considérant qu'en l'absence de texte spécifique le délai de droit commun de l'article 2224 du code civil a vocation à s'appliquer⁶⁴.

D. Des exceptions : la discrimination et le harcèlement

Tant le harcèlement que la discrimination restent soumis au délai quinquennal de prescription, au terme d'une évolution différente, marquée par la volonté du législateur.

Rappelons qu'avant la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, en matière contractuelle, la prescription extinctive de droit commun était, depuis 1804, de trente ans⁶⁵. Selon les articles L. 3245-1 du code du travail et 2277, puis 2224, du code civil, jusqu'au 17 juin 2013, date d'entrée en vigueur de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, la prescription en matière de salaires était de cinq ans.

Dans le silence de la loi quant à la combinaison de ces différents délais de prescription quinquennale et trentenaire, la chambre sociale avait, dès 2005, jugé que l'action en réparation du préjudice résultant d'une discrimination syndicale portant sur l'évolution de carrière se prescrivait par trente ans⁶⁶.

Lors de la réforme du droit de la prescription en 2008, la question de la réduction du délai de prescription en matière de discrimination a été particulièrement débattue. Le législateur a expressément retenu, à l'article L. 1134-5 du code du travail, que « l'action en réparation du préjudice résultant d'une discrimination se prescri[vai]t par cinq ans », en assortissant cette réduction du délai d'un point de départ particulier et d'une détermination des contours du préjudice non limitée à la période de faits non prescrits (voir *infra*).

S'agissant du harcèlement, aucun texte propre ne réglant la durée de la prescription, il y avait lieu de faire application des textes de droit commun issus du droit civil, soit les articles 2262 puis 2224 du code civil. La prescription de l'action en matière de harcèlement est donc passée de trente à cinq ans en 2008.

Par la suite, le législateur a expressément maintenu le délai de prescription à cinq ans en matière de harcèlement et de discrimination, nonobstant les délais plus courts applicables en matière d'action portant sur l'exécution du contrat de travail ou sur la rupture du contrat de travail (article L. 1471-1 du code du travail, issu de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013).

Aucune dérogation n'ayant été prévue pour les actions reposant sur les atteintes à l'égalité de traitement, la chambre sociale a jugé que « lorsque le salarié invoque une atteinte au principe d'égalité de traitement, la durée de la prescription est déterminée par la nature de la créance objet de sa demande »⁶⁷.

64. Soc., 9 juin 2021, pourvoi n° 19-21.931, publié au *Bulletin* ; 2^e Civ., 13 octobre 2022, pourvoi n° 21-13.373, publié au *Bulletin*.

65. Article 2262 du code civil, dans sa version applicable jusqu'au 19 juin 2008, date d'entrée en vigueur de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008.

66. Soc., 15 mars 2005, pourvois n° 02-43.560 et n° 02-43.616, *Bull.* 2005, V, n° 86, publié au *Rapport annuel*.

67. Soc., 23 juin 2021, pourvoi n° 18-24.810, publié au *Bulletin* ; Soc., 30 juin 2021, pourvois n° 20-12.960 et n° 20-12.962, publié au *Bulletin*.

II. L'ÉCOULEMENT DES DÉLAIS DE PRESCRIPTION

« Dans le temps, la prescription est un espace, dont le trajet n'est ni contenu, ni toujours stable »⁶⁸. Plusieurs éléments peuvent en influencer le cours, en premier lieu, l'événement qui en déclenchera le décompte, le point de départ (A), en second lieu, l'un des actes de nature à en interrompre le cours, la demande en justice (B).

A. La fixation du point de départ

La question du point de départ d'un délai de prescription est essentielle pour déterminer si l'action du demandeur est recevable ou non. Outre que l'événement, qui en est à l'origine, déclenche le décompte du délai de prescription, sa détermination présente un enjeu majeur car l'effet d'un même délai de prescription peut être très différent en fonction de l'évènement retenu pour son enclenchement.

Les lois successives, réformant la prescription extinctive en droit civil en 2008 et en droit du travail en 2013, ont fixé les critères de détermination des points de départ des différents délais de prescription. Certains sont dits fixes. Ainsi, pour les actions relatives à la rupture du contrat de travail, l'article L. 1471-1, alinéa 2, du code du travail, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, fixe un point de départ objectif, celui de la notification de la rupture, dont la chambre sociale a été amenée à préciser les contours, au regard de la diversité des modes de rupture d'un contrat de travail⁶⁹. De même, l'article L. 1235-7 du code du travail, dans sa rédaction issue de cette même ordonnance, dispose que le point de départ du délai de prescription de toute contestation portant sur le licenciement pour motif économique est soit la dernière réunion du comité social et économique, soit, dans le cadre de l'exercice par le salarié de son droit individuel à contester le licenciement pour motif économique, la notification de celui-ci.

D'autres dispositions, comme les articles 2224 du code civil, L. 1471-1 et L. 3245-1 du code du travail, édictent, en revanche, un point de départ dit glissant ou flottant, en fixant celui-ci au jour où celui qui exerce l'action « a connu ou aurait dû connaître les faits » lui permettant de l'exercer. Cette formule, éminemment subjective, a donné lieu à un important contentieux devant la chambre sociale de la Cour de cassation, au regard de la diversité des situations que peut embrasser cette notion mais également des interprétations très diverses, voire contraires, données à celle-ci tant par les juridictions prud'homales que les cours d'appel. La mise en œuvre de cette notion a donc conduit la chambre sociale à objectiver l'appréciation de ce point de départ originel, en définissant pour chaque action, à partir du critère légal, la date de la connaissance des faits permettant au titulaire du droit d'agir, afin, une fois encore, de trouver un équilibre entre sécurité juridique et effectivité du recours ouvert aux justiciables (1), la discrimination et le harcèlement n'échappant pas à ce processus (2).

68. J. Klein, *Le point de départ de la prescription*, *Économica*, 2013, n° 4, p. 3.

69. S'agissant de la prise d'acte : Soc., 27 novembre 2019, pourvoi n° 17-31.258.

1. L'objectivation des points de départ malgré la diversité des situations rencontrées

Dans un contrat synallagmatique, tel que le contrat de travail, les parties sont tenues à l'exécution d'obligations réciproques. Le droit d'agir d'un des cocontractants naît de l'inexécution par l'autre de son obligation. La connaissance de cette défaillance, par le titulaire du droit, peut être immédiate lorsqu'elle est apparente et qu'elle produit immédiatement ses effets.

Il en est ainsi s'agissant de l'obligation pour l'employeur de respecter un certain formalisme lors de la rédaction d'un contrat à durée déterminée. En effet, afin de prévenir les abus en matière de recours à ce contrat précaire⁷⁰, le législateur a défini à l'article L. 1242-12 du code du travail la forme et le contenu du contrat à durée déterminée, qui doit être rédigé par écrit et comporter la définition précise de son motif, sous peine d'être réputé conclu pour une durée indéterminée. La chambre sociale a considéré que « le délai de prescription [biennal] d'une action en requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, fondée sur l'absence d'une mention au contrat susceptible d'entraîner sa requalification, court à compter de la conclusion [du] contrat »⁷¹. C'est en effet à cette date que le respect de ce formalisme se matérialise objectivement et que le salarié a une connaissance précise de la présence ou non de ces mentions, et ce y compris lorsque celles-ci tendent à la définition précise du motif du recours au contrat précaire⁷², comme cela est le cas du nom et de la qualification professionnelle du salarié remplacé dans le cadre du contrat à durée déterminée prévu aux 1^o, 3^o, 4^o et 5^o de l'article L. 1242-2 du code du travail⁷³.

Il en est de même lorsque l'employeur est tenu de respecter un délai de carence entre l'expiration d'un contrat à durée déterminée et le recours à un autre contrat à durée déterminée ou un contrat de travail temporaire pour pourvoir le poste du salarié dont le contrat a pris fin⁷⁴. À défaut, il s'expose au risque de voir le contrat requalifié en contrat à durée indéterminée⁷⁵. La chambre sociale a retenu que le point de départ du délai de prescription biennal de cette action était le « premier jour d'exécution du second de ces contrats » et non la date de signature du second contrat⁷⁶. En effet, les salariés peuvent signer leur contrat de manière anticipée, alors même qu'un contrat à durée déterminée est toujours en cours. En revanche, au premier jour d'exécution du second contrat, le salarié ne peut ignorer si l'employeur a respecté ou non l'obligation qui lui était faite de ne pourvoir le poste du salarié, dont le contrat a pris fin, par un nouveau contrat précaire qu'après l'expiration du délai impart.

70. Article L. 1221-2, alinéa 1, du code du travail : « Le contrat de travail à durée indéterminée est la forme normale et générale de la relation de travail. »

71. Soc., 3 mai 2018, pourvoi n° 16-26.437, *Bull.* 2018, V, n° 68.

72. Soc., 23 novembre 2022, pourvoi n° 21-13.059, publié au *Bulletin*.

73. Soc., 30 avril 2003, pourvoi n° 01-40.937, *Bull.* 2003, V, n° 149, publié au *Rapport annuel*.

74. Article L. 1244-3 du code du travail.

75. Soc., 30 septembre 2014, pourvoi n° 13-18.162, *Bull.* 2014, V, n° 217.

76. Soc., 5 mai 2021, pourvoi n° 19-14.295, publié au *Bulletin*.

Si le contrat de travail est requalifié en contrat à durée indéterminée, le salarié pourra solliciter un rappel de salaire, soumis au délai de prescription triennal de l'article L. 3245-1 du code du travail. Cette demande trouve, comme on l'a vu (voir *supra*), sa justification dans la fiction de la requalification-sanction et dans l'obligation de l'employeur de payer le salaire à son terme. La chambre sociale juge que ce délai de prescription triennal « court à compter de la date à laquelle la créance salariale est devenue exigible. Pour les salariés payés au mois, la date d'exigibilité du salaire correspond à la date habituelle du paiement des salaires en vigueur dans l'entreprise et concerne l'intégralité du salaire afférent au mois considéré »⁷⁷. Cette date constitue le terme de l'obligation de l'employeur de payer le salaire, date à laquelle le salarié est en mesure de connaître la défaillance de son cocontractant. Le manquement est alors apparent et son effet immédiat, puisqu'il fait naître le droit de créance du salarié. La particularité de cette obligation est qu'elle est à exécution successive et perdue tout au long de l'exécution du contrat. Ainsi, chaque défaillance de l'employeur à son obligation de payer le salaire à l'échéance fera courir un délai de prescription propre à chaque terme de créance.

Cette solution ancienne⁷⁸ implique que les juges du fond recherchent « la date à laquelle les créances étaient exigibles » pour statuer sur la fin de non-recevoir tirée de la prescription. Elle s'applique à toutes les créances qui relèvent de la qualification de salaire : l'indemnité de préavis⁷⁹, la contrepartie financière à une clause de non-concurrence⁸⁰ ou l'indemnité de congés payés⁸¹. S'agissant de cette dernière, la chambre sociale a jugé que le point de départ du délai de la prescription devait « être fixé à l'expiration de la période légale ou conventionnelle au cours de laquelle les congés payés auraient pu être pris »⁸².

Que se passerait-il si le salarié sollicitait une indemnité de congés payés en soutenant que, durant l'exécution du contrat, son employeur ne l'avait pas mis en mesure de prendre ses congés payés ? Si cette question n'a encore jamais été posée à la Cour de cassation, le *Bundesarbeitsgericht* (Cour fédérale du travail allemande) a saisi la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle tendant à déterminer si l'application de dispositions nationales en matière de prescription au droit à un congé annuel payé était conforme au droit de l'Union lorsque l'employeur n'a pas respecté les obligations d'incitation et d'information du travailleur quant à la prise de ses congés. Dans ce litige opposant un salarié à son employeur en vue de l'obtention d'une indemnité financière au titre de jours de congés annuels payés, l'employeur invoquait la prescription du droit au congé annuel payé. La Cour de justice de l'Union européenne a jugé que : « L'article 7 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, et l'article 31, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne doivent être interprétés en ce sens que : ils s'opposent à une réglementation nationale

77. Soc., 9 juin 2022, pourvoi n° 20-16.992, publié au *Bulletin*.

78. Soc., 14 novembre 2013, pourvoi n° 12-17.409, *Bull.* 2013, V, n° 271.

79. Soc., 16 décembre 2015, pourvoi n° 14-15.997, *Bull.* 2015, V, n° 271.

80. Soc., 26 septembre 2002, pourvoi n° 00-40.461, *Bull.* 2002, V, n° 283, publié au *Rapport annuel*.

81. Soc., 16 décembre 2015, pourvoi n° 14-15.997, *Bull.* 2015, V, n° 271.

82. Soc., 14 novembre 2013, pourvoi n° 12-17.409, *Bull.* 2013, V, n° 271.

en vertu de laquelle le droit au congé annuel payé acquis par un travailleur au titre d'une période de référence est prescrit à l'issue d'un délai de trois ans qui commence à courir à la fin de l'année au cours de laquelle ce droit est né, lorsque l'employeur n'a pas effectivement mis le travailleur en mesure d'exercer ce droit »⁸³.

La Cour de cassation devra sans doute tirer les conséquences de cette décision. Ce raisonnement ne lui est cependant pas étranger lorsque, dans un souci d'objectivisation du point de départ des différents délais de prescription, elle prend en compte le caractère clandestin que peut revêtir, pour l'un des cocontractants, la défaillance de l'autre partie dans l'exécution de son obligation et le fait que cette inexécution puisse produire des effets tout au long de la relation contractuelle, à tout le moins jusqu'à ce que cette inexécution cesse.

Ainsi, lorsque le contrat de travail à durée déterminée est écrit et comporte une définition précise de son motif, qu'il est conclu pour l'un des cas prévus à l'article L. 1242-2 du code du travail, l'employeur s'expose néanmoins à une requalification en contrat à durée indéterminée, à la demande du salarié⁸⁴, s'il a eu recours à un contrat précaire pour un motif inexact ou pour pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise⁸⁵. L'action du salarié tend à faire sanctionner en justice le manquement de l'employeur aux conditions de recours à ce contrat précaire, conditions édictées afin de prévenir les abus résultant de l'utilisation de ce type de contrat, dans un souci de protection du salarié.

La chambre sociale a considéré, dans cette situation, que le délai de prescription biennal, applicable à cette action, courait à compter du « terme du contrat ou, en cas de succession de contrats à durée déterminée, [à compter du] terme du dernier contrat »⁸⁶. Cette solution s'impose au regard du caractère continu de la défaillance de l'employeur, qui ne se révèle dans son entièreté au salarié qu'à la fin de la relation contractuelle. Sauf à porter une atteinte excessive à l'effectivité des droits au recours du salarié, l'écoulement du temps ne peut effacer le vice affectant le contrat puisqu'il continue à produire ses effets jusqu'à son terme.

La même solution a été adoptée pour la requalification de contrats de mission d'un salarié intérimaire en contrat à durée indéterminée à l'égard de l'entreprise utilisatrice, et ce même lorsque l'action du salarié porte sur une succession de contrats séparés par des périodes d'inactivité, ces dernières n'ayant pas d'effet sur le point de départ du délai de prescription⁸⁷.

Outre les cas prévus à l'article L. 1242-2 du code du travail, le législateur a autorisé la conclusion d'un contrat à durée déterminée notamment pour « favoriser le recrutement de certaines catégories de personnes sans emploi »⁸⁸. Il s'agit des contrats de travail aidés (contrat unique d'insertion, contrat d'accompagnement dans l'emploi, contrat

83. CJUE, arrêt du 22 septembre 2022, *LB*, C-120/21 ; *JCP S* 2022, 1263, note J. Cavallini.

84. Soc., 30 octobre 2002, pourvoi n° 00-45.572, *Bull.* 2002, V, n° 332.

85. Article L. 1245-1 du code du travail.

86. Soc., 29 janvier 2020, pourvoi n° 18-15.359, publié au *Bulletin*.

87. Soc., 30 juin 2021, pourvoi n° 19-16.655, publié au *Bulletin* ; Soc., 11 mai 2022, pourvoi n° 20-12.271, publié au *Bulletin*.

88. Article L. 1242-3 du code du travail.

initiative emploi...). L'obligation de formation est une des conditions d'existence de ces contrats de travail « à défaut de laquelle ils doivent être requalifiés en contrat à durée indéterminée »⁸⁹. Cette obligation est imposée à l'employeur tant que dure la relation contractuelle. Dès lors, la chambre sociale a posé comme principes que l'exécution de cette obligation « s'apprécie au terme du contrat » et que « le point de départ du délai de prescription de l'action par laquelle un salarié sollicite la requalification de contrats d'accompagnement dans l'emploi à durée déterminée successifs en un contrat à durée indéterminée [...] court à compter du terme de chacun des contrats concernés »⁹⁰. Ce n'est en effet qu'à l'issue de chacun des contrats que peut s'apprécier le respect par l'employeur de son obligation de formation.

L'employeur est également tenu, tout au long de la relation contractuelle, d'une obligation de sécurité à l'égard du salarié, en vertu de laquelle il doit prendre les mesures nécessaires pour assurer sa sécurité et protéger sa santé physique et mentale⁹¹. À ce titre, l'assemblée plénière de la Cour de cassation⁹² a reconnu aux salariés ayant été particulièrement exposés à l'amiante, sans être atteints d'une maladie professionnelle consécutive à cette exposition, mais ne relevant pas des dispositions dérogatoires de l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998, la possibilité de solliciter, sur le fondement de la responsabilité contractuelle de l'employeur, la réparation d'un préjudice d'anxiété. Cette solution a été étendue aux salariés exposés à toute « substance nocive ou toxique »⁹³.

La chambre sociale a jugé que le point de départ du délai de prescription biennal de cette action était « la date à laquelle le salarié a[vait] eu connaissance du risque élevé de développer une pathologie grave résultant de son exposition à l'amiante », sans qu'il puisse « être antérieur à la date à laquelle cette exposition a pris fin »⁹⁴. À l'instar de l'action spécifique ouverte aux salariés pouvant bénéficier du dispositif de l'allocation de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante (ACAATA), le point de départ du délai de prescription n'est pas le jour de la connaissance de leur exposition à l'amiante – qui correspondrait dans ce cas à la date de leur embauche dans un poste les mettant au contact de l'amiante – mais bien le jour où ils ont connaissance du risque élevé de développer une pathologie grave qu'elle a induit. En effet, la connaissance des faits leur permettant d'exercer leurs droits, suivant les termes de l'article L. 1471-1 du code du travail, implique que les intéressés détiennent l'ensemble des éléments nécessaires à la connaissance de la dangerosité de l'exposition à laquelle ils sont ou ont été soumis. De même, le délai de prescription de l'action en réparation ne peut commencer à courir que du jour où les faits générateurs du préjudice dont ils demandent réparation ont entièrement cessé, car sinon les salariés se trouveraient placés dans une situation illégale qui perdure sans pouvoir, du fait de la prescription acquise, faire sanctionner cette illégalité par le juge. Cette solution permet en outre « de rapprocher le régime de

89. Soc., 13 octobre 2011, pourvoi n° 09-43.154.

90. Soc., 15 décembre 2021, pourvoi n° 19-14.018, publié au *Bulletin*.

91. Soc., 28 février 2006, pourvoi n° 05-41.555, *Bull.* 2006, V, n° 87, publié au *Rapport annuel*.

92. Ass. plén., 5 avril 2019, pourvoi n° 18-17.442, publié au *Bulletin* et au *Rapport annuel*.

93. Soc., 11 septembre 2019, pourvois n°s 17-24.879 et suivants, publié au *Bulletin*.

94. Soc., 8 juillet 2020, pourvois n° 18-26.585 à n° 18-26.634 et n° 18-26.636 à n° 18-26.655, publié au *Bulletin* ; Soc., 30 septembre 2020, pourvoi n° 19-10.352, publié au *Bulletin*.

la prescription de l'action des salariés [ne relevant pas du régime de l']ACAATA avec celle des salariés [en relevant] ». En effet, « lorsqu'il existe un arrêté de classement, celui-ci est toujours rétroactif et donc laisse aux salariés la possibilité d'agir [dans des hypothèses où l'exposition a cessé] »⁹⁵.

Parmi les obligations de l'employeur, celle relative à l'affiliation de son personnel à un régime de retraite complémentaire et au règlement des cotisations présente une place particulière, en raison du caractère opaque pour les salariés de son exécution qui crée, dans la plupart des cas, un décalage important entre la date de la défaillance et la prise de conscience des conséquences dommageables. La chambre sociale a jugé que dans ces hypothèses, la prescription ne court « qu'à compter de la liquidation par le salarié de ses droits à la retraite », cette « créance dépendant d'éléments qui ne sont pas connus du créancier et qui résultent de déclarations que le débiteur est tenu de faire »⁹⁶. Cette date correspond au « jour où le salarié titulaire de la créance à ce titre a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son action, sans que puissent y faire obstacle les dispositions de l'article 2232 du code civil »⁹⁷. Cet article dispose que : « Le report du point de départ, la suspension ou l'interruption de la prescription ne peut avoir pour effet de porter le délai de la prescription extinctive au-delà de vingt ans à compter du jour de la naissance du droit. »

Interprétant l'article 2232 du code civil à la lumière de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Cour de cassation retient que ce délai butoir ne peut faire obstacle au droit d'action du salarié. En effet, dans une affaire concernant les ayants droit d'un salarié victime de l'amiante dont l'action avait été déclarée prescrite en application d'un délai « absolu » de prescription de dix ans courant à compter de la date d'exposition à de la poussière d'amiante, la Cour de Strasbourg a retenu l'existence d'une violation du droit au procès équitable. Elle a relevé que, compte tenu de « la période de latence des maladies liées à l'exposition à l'amiante », la disposition nationale en cause avait pour effet d'entraîner la prescription de l'action en justice avant que la victime ait « pu avoir objectivement connaissance » de ses droits et, en conséquence, que le droit d'accès à un tribunal s'en trouvait « atteint dans sa substance même »⁹⁸. C'est un raisonnement similaire que la Cour de cassation adopte ici à l'égard de l'action du salarié privé d'une partie de ses droits à une retraite complémentaire.

Comment, enfin, objectiver les faits permettant au salarié de connaître son droit d'agir lorsque le litige porte sur une question juridique qui se situe en amont de l'exécution du contrat de travail, telle que celle de la qualification juridique de la relation contractuelle ? La chambre sociale a jugé que « l'action par laquelle une partie demande de qualifier un contrat, dont la nature juridique est indécise ou contestée, de contrat de travail, revêt le caractère d'une action personnelle et relève de la prescription de

95. Pour une étude d'ensemble, voir A.-M. Grivel (avocate générale à la Cour de cassation [chambre sociale]), « Où l'on reparle du préjudice d'anxiété », *Dr. soc.* 2021, p. 59. Pour un exemple : Soc., 15 décembre 2021, pourvoi n° 20-11.046, publié au *Bulletin*.

96. Soc., 11 juillet 2018, pourvoi n° 17-12.605, *Bull.* 2018, V, n° 141.

97. Soc., 3 avril 2019, pourvoi n° 17-15.568, publié au *Bulletin*.

98. CEDH, arrêt du 11 mars 2014, *Howald Moor et autres c. Suisse*, n° 52067/10 et n° 41072/11, §§ 74 à 80.

l'article 2224 du code civil »⁹⁹. La qualification dépendant des conditions dans lesquelles est exercée l'activité, le point de départ de ce délai est la date à laquelle la relation contractuelle, dont la qualification est contestée, a cessé. En effet, selon une jurisprudence constante, la qualification de contrat de travail repose sur la réalité de la relation contractuelle¹⁰⁰. Or, cette réalité se constate tout au long de l'exécution du contrat. Ce n'est qu'à la fin de la relation contractuelle que le titulaire connaît l'ensemble des faits lui permettant d'exercer son droit. Cette solution peut être rapprochée de ce qu'a jugé la chambre criminelle de la Cour de cassation en matière de délit de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié, en considérant qu'il s'agissait d'une infraction continue et que « la prescription de l'action publique ne cour[ai]t qu'à compter du jour où la situation illicite a[avait] pris fin, soit par la fin de la relation de travail, soit par la poursuite de celle-ci dans le respect des formalités prévues à l'article L. 8221-1 du code du travail »¹⁰¹.

Cette analyse permet ainsi de constater qu'en dépit de la diversité des situations que les délais de prescription applicables en droit du travail sont amenés à régir, la chambre sociale de la Cour de cassation a dégagé des lignes directrices lui permettant d'objectiver ces derniers, dans un souci constant d'équilibre entre sécurité juridique et respect du principe d'effectivité du droit au recours du salarié, que l'on retrouve également en matière de discrimination et de harcèlement moral.

2. Le maintien de règles dérogatoires s'agissant de la discrimination et du harcèlement moral

La répétition de faits est un élément constitutif¹⁰² du harcèlement et c'est souvent progressivement, au fil de ces faits, que le salarié prend conscience qu'il en est victime.

Comment tenir compte de cette répétition des faits ? Et de l'emprise du harceleur qui peut persister ?

La chambre sociale de la Cour de cassation s'est prononcée sur ces questions, au visa de l'article 2224 du code civil¹⁰³, dans un arrêt de 2021¹⁰⁴, dont il résulte les éléments suivants :

– pour déterminer si l'action en réparation du harcèlement est ou non prescrite, il convient de rechercher si le dernier acte de harcèlement allégué est ou non prescrit.

99. Soc., 11 mai 2022, pourvoi n° 20-14.421, publié au *Bulletin* et Soc., 11 mai 2022, pourvoi n° 20-18.084, publié au *Bulletin*.

100. Ass. plén., 4 mars 1983, pourvois n° 81-11.647 et n° 81-15.290, *Bull.* 1983, Ass. plén., n° 3 ; Soc., 3 juin 2009, pourvois n° 08-40.981 à n° 08-40.983 et n° 08-41.712 à n° 08-41.714, *Bull.* 2009, V, n° 141, publié au *Rapport annuel* ; Soc., 4 mars 2020, pourvoi n° 19-13.316, publié au *Bulletin* et au *Rapport annuel*.

101. Crim., 13 octobre 2020, pourvoi n° 19-87.172.

102. Article L. 1152-1 du code du travail.

103. Qui dispose que le point de départ du délai de prescription des actions personnelles ou mobilières est le « jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ».

104. Soc., 9 juin 2021, pourvoi n° 19-21.931, publié au *Bulletin*.

La chambre sociale rejoint sur ce point la solution retenue par la chambre criminelle qui juge que « la prescription de l'action publique, pour le délit de harcèlement moral, ne commence à courir qu'à compter du dernier acte de harcèlement incriminé »¹⁰⁵ ;

– s'il ne l'est pas, l'action au titre du harcèlement n'étant pas prescrite, l'ensemble des faits invoqués par le salarié en cause comme permettant de présumer l'existence d'un harcèlement moral doivent être analysés, « quelle que soit la date de leur commission ».

Si les faits de harcèlement peuvent perdurer au-delà de la période d'activité *stricto sensu*, notamment pendant le congé de fin de carrière ou postérieurement à la mise en arrêt de travail pour maladie¹⁰⁶, la chambre sociale ne retient pas que, par principe, en cas d'arrêt maladie, la prescription commence à courir seulement à la rupture du contrat de travail¹⁰⁷. Il est nécessaire d'examiner les faits invoqués au soutien de la demande au titre du harcèlement.

S'agissant de la discrimination, le législateur a fixé, par l'article L. 1134-5 du code du travail issu d'un amendement parlementaire, un point de départ spécifique pour la prescription : la « révélation ».

M. Émile Blessig, dans son rapport fait au nom de la commission des lois sur la proposition de loi portant réforme de la prescription en matière civile, déposé le

105. Crim., 19 juin 2019, pourvoi n° 18-85.725, *Bull. crim.* 2019, n° 128.

106. Soc., 26 juin 2019, pourvoi n° 17-28.328, publié au *Bulletin* : cassation pour violation de l'article L. 1152-1 du code du travail, la cour d'appel devant « rechercher, comme il le lui était demandé, si le salarié, qui invoquait des faits postérieurs à son départ en congé de fin de carrière, tels que le refus de fournir des outils nécessaires à son activité syndicale en le privant pendant deux ans d'un accès à l'intranet de l'entreprise, [...] des erreurs systématiques quant au calcul des cotisations de retraite complémentaire et supplémentaire [...], établissait ainsi des faits qui permettent de présumer un harcèlement moral entre le 9 juillet 2009 et le 1^{er} octobre 2012 », date de départ à la retraite du salarié ; Soc., 9 juin 2021, pourvoi n° 19-21.931, publié au *Bulletin* : est approuvée la cour d'appel qui, ayant relevé que « la salariée soutenait avoir été victime d'agissements de harcèlement moral au-delà de sa mise en arrêt de travail pour maladie et demandait pour ce motif la nullité de son licenciement prononcé le 17 novembre 2009 », en a déduit que la salariée « avait jusqu'au 17 novembre 2014 pour saisir le conseil de prud'hommes, peu important qu'elle ait été en arrêt maladie à partir du 7 avril 2009 » ; Soc., 29 juin 2022, pourvoi n° 21-15.684 : est censurée la cour d'appel ayant déclaré « irrecevables comme prescrites les demandes de la salariée » alors qu'elle avait relevé que celle-ci « soutenait avoir été victime d'agissements de harcèlement moral qui s'étaient poursuivis pendant son arrêt de travail pour maladie et qu'elle demandait pour ce motif la nullité de son licenciement pour inaptitude et impossibilité de reclassement prononcé le 16 août 2011, ce dont il résultait que son action, engagée le 19 mai 2016, n'était pas prescrite ».

107. Soc., 9 novembre 2022, pourvoi n° 21-19.555 : la salariée, engagée en 2003, avait fait l'objet de plusieurs arrêts de travail et avait bénéficié d'un mi-temps thérapeutique du 4 septembre au 31 octobre 2011 avant d'être à nouveau placée en arrêt de travail le 3 juillet 2013 puis de démissionner le 23 juillet 2013. Soutenant avoir été victime de harcèlement moral, elle avait saisi la juridiction prud'homale le 13 août 2018 de demandes tendant à analyser sa démission en licenciement nul. Le pourvoi faisait valoir que dès lors qu'un salarié a été victime d'agissements de harcèlement moral de la part de l'employeur et d'une emprise de celui-ci au-delà de sa mise en arrêt maladie et qu'il demande une requalification de sa démission en licenciement nul, « le délai de prescription de l'action ne commence à courir qu'à compter de la démission ». La chambre sociale approuve la cour d'appel d'avoir déclaré prescrites les demandes, « ayant constaté que la salariée n'invoquait aucun fait de harcèlement moral postérieurement au 3 juillet 2013, date à partir de laquelle elle a été placée en arrêt de travail pour maladie avant de démissionner le 23 juillet 2013, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ».

30 avril 2008, en expose ainsi la genèse : « En effet, la discrimination se caractérise par le fait qu'il est très difficile de déterminer un "fait générateur" identifiable : au contraire, elle prend la forme d'une série de décisions de l'employeur. On peut même considérer que la discrimination présente un caractère continu dans certains cas. En outre, les salariés exercent le plus souvent leur droit à réparation de la discrimination qu'ils ont subie après avoir quitté l'entreprise. [...] C'est donc bien la définition du point de départ du délai de prescription qui peut résoudre la difficulté. [...] Votre rapporteur souligne que la "révélation" n'est pas la simple connaissance de la discrimination par le salarié ; elle correspond au moment où il dispose des éléments de comparaison mettant en évidence la discrimination. Tant que le salarié ne dispose pas d'éléments probants, la discrimination ne peut pas être considérée comme révélée et, donc, le délai de prescription de l'action du salarié ne peut pas courir. Compte tenu des dispositions proposées par le Sénat, la réduction de trente ans à cinq ans du délai de prescription ne nuira pas aux capacités d'action des salariés »¹⁰⁸.

La « révélation » constitue ainsi un point de départ de la prescription de l'action qui diffère du point de départ de droit commun et inclut la conscience suffisamment précise par la victime des faits générateurs de la discrimination, continus ou réitérés.

La chambre sociale exerce un contrôle léger en la matière¹⁰⁹.

Elle a précisé en 2021 les règles applicables dans le cas particulier où les effets de la discrimination perdurent. En l'état de la jurisprudence, il s'agit d'hypothèses de discrimination « de carrière », où l'employeur n'a pas agi pour opérer le « rattrapage » qui aurait mis fin à la discrimination¹¹⁰.

108. Rapport n° 847 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur la proposition de loi portant réforme de la prescription en matière civile, par É. Blessig, député, p. 21.

109. Soc., 29 mai 2019, pourvoi n° 18-14.484 : « d'abord [...] la cour d'appel ayant retenu, d'une part, que les déclarations de candidature à un emploi d'auxiliaire, remplies par les salariés non français, indiquaient expressément qu'ils étaient engagés aux conditions du règlement PS 21, dont ils avaient "pris connaissance", que l'EPIC SNCF mobilisés établissait régulièrement des bilans sociaux, dont se prévaut d'ailleurs le salarié, aux termes desquels la situation des agents contractuels était clairement distinguée de celle des salariés permanents, que les statuts des divers agents étaient régulièrement publiés et que le salarié était donc informé, dès la date de son embauche, qu'il relevait d'un régime différent de celui des agents statutaires, d'autre part, que la discrimination fondée sur la nationalité était caractérisée par une différence de traitement dans l'évolution de la carrière par rapport à celles des agents statutaires découlant d'une série d'actes et de décisions concrets, qui se sont étalés dans le temps jusqu'à la rupture du contrat de travail, laquelle marque la fin de la carrière du salarié et la position atteinte en dernier lieu, a pu en déduire que c'est à cette date que se situait la révélation de la discrimination ».

110. Soc., 31 mars 2021, pourvoi n° 19-22.557, publié au *Bulletin* : au visa des articles L. 1134-5 du code du travail et 26, II, de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, la chambre sociale juge que « si la salariée faisait état d'une discrimination syndicale ayant commencé dès l'obtention de son premier mandat en 1977 et dont elle s'est plainte en 1981, période couverte par la prescription trentenaire, elle faisait valoir que cette prescription s'était poursuivie tout au long de sa carrière en termes d'évolution professionnelle, tant salariale que personnelle, ce dont il résultait que la salariée se fondait sur des faits qui n'avaient pas cessé de produire leurs effets avant la période non atteinte par la prescription ». L'arrêt de la cour d'appel qui déclare l'action prescrite pour avoir expiré le 5 novembre 2011, trente ans après la lettre de l'inspecteur du travail relayant la demande de changement de poste de la salariée, qui avait saisi la juridiction prud'homale le 10 avril 2012 d'une action relative à une discrimination, est dès lors cassé.

Le 20 octobre 2021, M. Jean-Guy Huglo, doyen de la chambre sociale de la Cour de cassation, lors des états généraux du droit social¹¹¹, a expliqué que « tant que le fait générateur perdure et produit des effets illégaux, il ne peut y avoir de point de départ de la prescription. La solution de l'arrêt du 31 mars 2021 [...] s'inspire de la jurisprudence sur le préjudice d'anxiété selon laquelle tant que le salarié est exposé à l'amiante et que l'employeur viole son obligation de sécurité, la prescription ne peut pas courir¹¹². La chambre sociale a utilisé ce même raisonnement en matière de forfait-jours. Quand le salarié signe son contrat de travail qui comporte une clause de forfait-jours illicite, on pourrait considérer que la révélation de l'illicéité de la clause existe dès ce moment. La chambre sociale considère à l'inverse que tant que le salarié est soumis à la clause de forfait-jours, la prescription ne court pas¹¹³. À défaut, dans toutes ces hypothèses, le salarié serait dans une situation illégale mais ne pourrait pas faire valoir ses droits, ce qui est impossible eu égard au droit au juge ». Ainsi qu'il a été dit précédemment, seule la créance de salaire résultant de l'invalidité du forfait en jours est susceptible d'être prescrite dans les conditions de l'article L. 3245-1 du code du travail.

Notons que l'évaluation des dommages-intérêts est dissociée de la prescription de l'action : s'agissant de la discrimination, le code du travail prévoit expressément que si l'action en réparation du préjudice subi suite à la discrimination n'est pas prescrite, les dommages-intérêts « réparent l'entier préjudice résultant de la discrimination, pendant toute sa durée »¹¹⁴ ; s'agissant du harcèlement, la chambre sociale de la Cour de cassation ayant jugé que si l'action n'est pas prescrite, l'ensemble des faits invoqués par le salarié comme permettant de présumer l'existence d'un harcèlement moral doivent être analysés, quelle que soit la date de leur commission, la même solution, qui découle du principe de réparation intégrale du préjudice, devrait s'appliquer.

B. L'interruption du délai de prescription par la demande en justice

La demande en justice est l'une des causes d'interruption du délai de prescription prévues à l'article 2241 du code civil. La saisine du conseil de prud'hommes, même incompetent, interrompt la prescription¹¹⁵. L'interruption consécutive à cette demande a pour effet d'effacer le délai de prescription acquis et d'en faire courir un nouveau de même durée¹¹⁶. L'interruption de prescription liée à la saisine du conseil de prud'hommes produit ses effets jusqu'à l'extinction de l'instance, laquelle se matérialise au jour où le jugement est devenu définitif, ou, en cas d'appel, à la date à laquelle a été signifié l'arrêt d'appel¹¹⁷. De nombreuses questions se sont posées sur la portée de l'effet inter-

111. F. Champeaux, « Ce qu'il faut savoir sur la prescription », *Semaine sociale Lamy* n° 1976, 22 novembre 2021.

112. Soc., 8 juillet 2020, pourvois n° 18-26.585 à n° 18-26.634 et n° 18-26.636 à n° 18-26.655, publié au *Bulletin*.

113. Soc., 27 mars 2019, pourvois n° 17-23.314 et n° 17-23.375, publié au *Bulletin*.

114. Article L. 1134-5 du code du travail.

115. Article R. 1452-1 du code du travail.

116. Article 2231 du code civil.

117. 3^e Civ., 15 février 2006, pourvoi n° 04-19.864, *Bull.* 2006, III, n° 41.

ruptif de la demande en justice lorsqu'une nouvelle action est formée au cours d'une même instance, notamment en matière prud'homale en raison du principe de l'unicité de l'instance applicable à toutes les instances introduites avant le 1^{er} août 2016 (1). Le décret n° 2016-660 du 20 mai 2016 relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail ayant abrogé les articles R. 1452-6 et R. 1452-7 du code du travail, la chambre sociale de la Cour de cassation aura à se prononcer sur les conséquences qui pourraient en découler (2).

1. Pour les instances introduites avant le 1^{er} août 2016

L'effet de l'interruption de la prescription est dit relatif, c'est-à-dire que l'interruption n'a d'efficacité que relativement à l'action qu'elle concerne directement et n'agit donc pas à l'égard d'une autre action distincte de la première dans son objet. Cet effet relatif est toutefois écarté lorsque deux actions, bien qu'ayant une cause distincte, tendent vers un seul et même but, de sorte que la seconde est virtuellement comprise dans la première¹¹⁸.

Si la chambre sociale a d'abord eu une conception stricte de cet effet interruptif de prescription attaché à une demande en justice¹¹⁹, considérant qu'il ne s'étendait pas « à une seconde demande différente de la première par son objet », le principe d'unicité de l'instance¹²⁰ propre à la procédure prud'homale l'a conduite à s'écarter de la formule retenue par les autres chambres de la Cour. Elle a ainsi jugé que « si, en principe, l'interruption de la prescription ne peut s'étendre d'une action à l'autre, il en est autrement lorsque les deux actions, au cours d'une même instance, concernent l'exécution du même contrat de travail »¹²¹. Cette extension des effets de l'interruption de la prescription à toutes les demandes dérivant du même contrat de travail a été appliquée en cas de saisine de la formation de référé, « même si certaines demandes avaient été présentées au cours de l'instance au fond »¹²², mais également à des demandes aussi bien additionnelles¹²³ que reconventionnelles formées tant par le salarié¹²⁴ que par l'employeur¹²⁵.

La chambre sociale a cependant jugé que « l'effet interruptif attaché à une demande relative à l'exécution du contrat de travail ou à sa rupture ne s'étend pas à la demande reconventionnelle tendant à [...] la nullité du même contrat »¹²⁶. Par cet arrêt, la Cour

118. 3^e Civ., 26 mars 2014, pourvois n° 12-24.203 et n° 12-24.208, *Bull.* 2014, III, n° 42 ; 1^{re} Civ., 9 mai 2019, pourvoi n° 18-14.736, publié au *Bulletin*.

119. Soc., 15 avril 1992, pourvoi n° 88-45.457, *Bull.* 1992, V, n° 278.

120. Articles R. 1452-6 et R. 1452-7 du code du travail, dans leur rédaction antérieure au décret n° 2016-660 du 20 mai 2016.

121. Soc., 8 avril 2010, pourvoi n° 08-42.307, *Bull.* 2010, V, n° 91.

122. Soc., 24 septembre 2014, pourvois n° 13-10.233 et n° 13-10.234, *Bull.* 2014, V, n° 200.

123. Soc., 26 mars 2014, pourvoi n° 12-10.202, *Bull.* 2014, V, n° 88.

124. Soc., 21 décembre 2006, pourvoi n° 04-47.426, *Bull.* 2006, V, n° 411, publié au *Rapport annuel* ; Soc., 7 février 2018, pourvoi n° 16-23.008.

125. Soc., 7 février 2018, pourvoi n° 16-11.088.

126. Soc., 15 septembre 2021, pourvoi n° 19-24.011, publié au *Bulletin*.

de cassation entend redonner tout son sens à sa jurisprudence : une demande en nullité d'un contrat de travail n'est pas une demande relative à l'exécution du contrat de travail ou à sa rupture. Retenir que la prescription de la demande reconventionnelle en nullité du contrat de travail présentée par l'employeur aurait été interrompue par la saisine du conseil de prud'hommes par le salarié de demandes relatives à l'exécution du contrat de travail viendrait à priver d'effet la règle jurisprudentielle selon laquelle « l'exception de nullité ne peut être [opposée] que pour faire échec à la demande d'exécution d'un acte juridique qui n'a pas encore été exécuté »¹²⁷.

Cependant cette jurisprudence pourrait évoluer avec l'abrogation du principe de l'unicité de l'instance par le décret n° 2016-660 du 20 mai 2016, applicable aux actions introduites après le 1^{er} août 2016.

2. Pour les actions introduites après le 1^{er} août 2016 : éléments de réflexion

Si, à l'heure de la rédaction de cette étude sur la prescription en droit du travail, la chambre sociale de la Cour de cassation ne s'est pas encore prononcée sur la portée des effets de l'interruption d'instance dans des affaires introduites après le 1^{er} août 2016, quelques éléments de réflexion peuvent être avancés à titre prospectif.

À compter de cette date, les demandes liées au contrat de travail entre les mêmes parties ne font plus obligatoirement l'objet d'une seule instance. Un salarié peut donc engager des instances successives contre son employeur et, à l'inverse, l'employeur peut présenter, à l'occasion d'une nouvelle instance, des prétentions nées ou révélées antérieurement à une précédente saisine du conseil de prud'hommes.

Par ailleurs, du fait de la suppression du principe de l'unicité de l'instance, les effets de la saisine doivent être aménagés à hauteur d'appel au regard des dispositions des articles 564 et 566 du code de procédure civile qui prohibent les demandes nouvelles.

À défaut de définition légale de la demande nouvelle et s'appuyant sur l'approche pragmatique développée par les autres chambres de la Cour de cassation, la chambre sociale a jugé que « les prétentions ne sont pas nouvelles en appel dès lors qu'elles tendent aux mêmes fins que celles soumises aux premiers juges. Est recevable en appel la demande en nullité du licenciement qui tend aux mêmes fins que la demande initiale au titre d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, dès lors que ces demandes tendent à obtenir l'indemnisation des conséquences du licenciement qu'un salarié estime injustifié »¹²⁸. Cette décision est en conformité avec le principe selon lequel « il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci »¹²⁹. Dès lors que les demandes au titre d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse et celle au titre de la nullité du licenciement tendent aux mêmes fins, le salarié pourrait se voir opposer l'autorité de la chose jugée si, débouté de sa demande au titre de la nullité du licenciement par une décision répondant aux trois conditions – identité de cause, d'objet et de parties – de l'article 1351,

127. 1^{re} Civ., 15 janvier 2015, pourvois n° 13-25.512 et n° 13-25.513, *Bull.* 2015, I, n° 9.

128. Soc., 1^{er} décembre 2021, pourvoi n° 20-13.339, publié au *Bulletin*.

129. Ass. plén., 7 juillet 2006, pourvoi n° 04-10.672, *Bull.* 2006, Ass. plén., n° 8, publié au *Rapport annuel*.

devenu 1355, du code civil, il engageait une nouvelle action au titre d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Cette solution permet d'éviter d'éventuelles contrariétés de décisions mais également de résoudre les problèmes liés aux délais de prescription applicables, puisque ceux-ci peuvent être différents en fonction de la nature de la créance objet de la demande ou si un texte spécifique le prévoit (un an pour les actions liées à la rupture du contrat de travail et cinq ans par exemple si le fondement de la nullité du licenciement est le harcèlement moral ou la discrimination).

La chambre sociale a également jugé que : « Les parties ne peuvent ajouter aux prétentions soumises au premier juge que les demandes qui en sont l'accessoire, la conséquence ou le complément nécessaire. Est irrecevable en appel la demande au titre du paiement des heures supplémentaires dès lors que cette demande n'est pas l'accessoire, la conséquence, ou le complément nécessaire des demandes de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et pour exécution déloyale du contrat de travail formées par le salarié devant les premiers juges »¹³⁰.

Nul doute que cette esquisse des contours de la notion de demande nouvelle guidera la chambre sociale de la Cour de cassation sur la portée des effets attachés à l'interruption de la prescription par la demande en justice, pour les instances introduites après le 1^{er} août 2016.

130. Soc., 25 mai 2022, pourvoi n° 21-11.478, publié au *Bulletin*.

CONCLUSION

Les lois du 17 juin 2008 et du 14 juin 2013 avaient pour objectif de simplifier et d'unifier le régime de la prescription tout en en réduisant les délais. En droit du travail, les réformes de la prescription, qu'il s'agisse de la réforme du 14 juin 2013 ou de celle opérée par l'ordonnance Macron du 22 septembre 2017, se sont inscrites sous la bannière de la sécurité. Mais le ver était dans le fruit et le morcellement accéléré des prescriptions a suscité une explosion du contentieux liée à une multiplication des difficultés d'application et d'articulation de ces textes, démontrant s'il en était besoin l'inaccessibilité de l'objectif. La chambre sociale de la Cour de cassation poursuit à travers sa jurisprudence une même finalité en tentant de mettre en cohérence l'interprétation de textes qui ne le sont pas nécessairement et en recherchant l'équilibre entre l'objectif de sécurité juridique et l'effectivité du recours ouvert aux justiciables. Ce faisant, alors même que les dernières réformes ont apparemment marqué en ce domaine l'autonomisation du droit du travail au regard du droit commun, la chambre sociale a pu s'inspirer de jurisprudences issues d'arrêts d'assemblée plénière ou de chambre mixte. À cet égard, le droit du travail est loin d'être isolé. Les règles de droit commun de la prescription font également l'objet de débats importants devant les chambres civiles et suscitent un contentieux qui peut être à l'origine d'évolutions de l'interprétation de ces règles. L'articulation entre règles générales et spéciales est complexe¹³¹. C'est peut-être l'enseignement principal que l'on peut tirer de cette analyse. Si le contentieux du droit du travail, comme d'autres contentieux, nécessite des réponses spécifiques, il s'articule nécessairement avec les règles générales applicables et contribue également à l'évolution de ces règles.

131. On songe par exemple à la divergence actuelle, et pour l'heure non résolue, entre la première chambre civile et la chambre commerciale, financière et économique, d'une part, et la troisième chambre civile, d'autre part, s'agissant de la prescription applicable en matière de vices cachés et de l'application du délai butoir de droit commun de l'article 2232 du code civil (3^e Civ., 8 décembre 2021, pourvoi n° 20-21.439, publié au *Bulletin* ; 3^e Civ., 25 mai 2022, pourvoi n° 21-18.218, publié au *Bulletin*, et 1^{re} Civ., 6 juin 2018, pourvoi n° 17-17.438, *Bull.* 2018, I, n° 106 ; 1^{re} Civ., 8 avril 2021, pourvoi n° 20-13.493, publié au *Bulletin* et *Com.*, 16 janvier 2019, pourvoi n° 17.21.477, publié au *Bulletin*).

TABLE DES MATIÈRES

LISTE DES CONTRIBUTEURS	3
MEMBRES DU COMITÉ ÉDITORIAL	3
SOMMAIRE	5
LA LUTTE CONTRE LES ENLÈVEMENTS D'ENFANTS À TRAVERS LES FRONTIÈRES : DIX ANS DE JURISPRUDENCE DE LA PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE DE LA COUR DE CASSATION (2012-2022), Étude de la première chambre civile	7
INTRODUCTION	9
I. ASSURER L'EFFICACITÉ DES INSTRUMENTS DE COOPÉRATION	13
A. Le respect de l'articulation entre procédures au fond et procédure de retour.....	13
B. L'interprétation stricte des termes de la Convention et du règlement.....	14
1. La notion de déplacement illicite.....	14
2. La détermination de la résidence habituelle.....	17
II. GARANTIR LE RESPECT DES DROITS DES PERSONNES	21
A. Une stricte application des exceptions au retour immédiat, dans le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant.....	21
1. Une interprétation stricte de la notion de danger.....	22
a) Danger lié au retour de l'enfant dans son pays de résidence habituelle.....	23
b) Danger lié au départ du pays où l'enfant a été déplacé.....	26
2. Dans le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant.....	28
B. L'exigence d'un processus décisionnel respectueux des droits des parties.....	30
CONCLUSION	32
LE CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ PRATIQUÉ PAR LA COUR DE CASSATION EN MATIÈRE DE PROCÉDURE CIVILE, Étude de la deuxième chambre civile	33

INTRODUCTION	35
I. MÉTHODOLOGIE DU CONTRÔLE DE CONVENTIONNALITÉ OPÉRÉ PAR LA COUR DE CASSATION À LA LUMIÈRE DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME	37
A. Aperçu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de contrôle de proportionnalité	37
1. Les droits de procédure, un contrôle spécifique	37
2. Le concept de formalisme excessif et le renouvellement des termes du contrôle	39
B. Contrôle de la Cour de cassation sur les normes de procédure civile	40
1. Un contrôle découlant du principe de subsidiarité et de l'office de la Cour de cassation	41
2. Un contrôle dépendant de la nature du droit garanti	41
II. RÈGLES DE PROCÉDURE ET GARANTIES DU DROIT D'ACCÈS AU JUGE	43
A. Contrôle de proportionnalité des formalités et délais impératifs	44
B. Champs limités du contrôle de proportionnalité <i>in concreto</i>	47
1. Contrôle <i>in concreto</i> fondé sur une disposition de droit interne	47
2. Contrôle <i>in concreto</i> fondé sur la notion d'« erreur induite »	48
CONCLUSION	50
LES EXCLUSIONS DE GARANTIE EN DROIT DES ASSURANCES, Étude des deuxième et troisième chambres civiles	51
INTRODUCTION	53
I. LES EXCLUSIONS CONVENTIONNELLES	57
A. La distinction toujours délicate entre les conditions de la garantie et les exclusions de garantie	58
1. Définir pour distinguer : l'approche de la doctrine et de la jurisprudence	58
a) Définitions doctrinales	58
b) Définitions jurisprudentielles	59
2. La subtilité des définitions et les enjeux de la qualification	60
a) Le contrôle de qualification : un contrôle lourd	60
b) La qualification à l'aune de la liberté contractuelle	61
3. La distinction entre conditions et exclusions : un « nœud gordien » ? ...	64
a) La pertinence des définitions	64
b) D'autres voies existent-elles ?	65

B. Les clauses d'exclusion de garantie et les exigences de forme et de fond	66
1. L'exigence de caractères « très » apparents.....	66
2. L'exigence du caractère « formel et limité »	67
a) Une exclusion précise ne nécessitant pas interprétation	67
b) Une exclusion ne vidant pas la garantie de sa substance.....	71
3. La sanction des clauses non conformes.....	72
a) La nature de la sanction	72
b) La mesure de la sanction.....	73
II. L'EXCLUSION LÉGALE : LA FAUTE INTENTIONNELLE OU DOLOSIVE	74
A. L'identité des fautes intentionnelle et dolosive.....	74
1. La théorie classique de l'identité des fautes intentionnelle et dolosive..	74
2. Les tentatives avortées pour créer un dualisme au sein de la faute intentionnelle.....	76
B. La prise d'autonomie de la faute dolosive comme seconde exclusion légale de garantie	79
1. L'apparition d'une faute dolosive autonome	79
a) Les premiers arrêts sur le terrain d'élection du dol.....	79
b) La généralisation de cette nouvelle notion hors du champ de la responsabilité contractuelle.....	80
2. La stabilisation de la définition de la faute dolosive inassurable	81
3. La généralisation de la nouvelle définition de la faute dolosive	83
CONCLUSION.....	87
LA PRESCRIPTION EN DROIT DU TRAVAIL, Étude de la chambre sociale.....	89
INTRODUCTION	91
I. LA DÉTERMINATION DU DÉLAI APPLICABLE	95
A. Un critère principal : l'objet de la demande	95
B. Déclinaisons du critère principal.....	97
C. Articulation des délais prévus par le droit du travail avec le délai de droit commun	102
D. Des exceptions : la discrimination et le harcèlement.....	103
II. L'ÉCOULEMENT DES DÉLAIS DE PRESCRIPTION.....	104
A. La fixation du point de départ.....	104
1. L'objectivation des points de départ malgré la diversité des situations rencontrées	105
2. Le maintien de règles dérogatoires s'agissant de la discrimination et du harcèlement moral	110

B. L'interruption du délai de prescription par la demande en justice	113
1. Pour les instances introduites avant le 1 ^{er} août 2016.....	114
2. Pour les actions introduites après le 1 ^{er} août 2016 : éléments de réflexion	115
CONCLUSION	117

Nous avons le plaisir de vous présenter le second numéro du Recueil des études de la Cour de cassation.

Il réunit de courtes études thématiques, sélectionnées parmi des sujets proposés par les chambres, le parquet général ou par les cours d'appel, en raison de leur intérêt jurisprudentiel, de leur impact pour les juridictions du fond, des enjeux sociétaux qu'ils comportent ou encore de l'incidence de certaines décisions en droit de l'Union européenne et de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Laissant aux auteurs des études thématiques une pleine liberté d'écriture, ce recueil n'en constitue pas moins une publication officielle de la juridiction, dont l'ambition est de mettre en perspective la jurisprudence de la Cour et d'en expliquer le sens et la portée, dans des matières et sur des sujets sélectionnés par un comité éditorial, en plein accord avec les chambres et le parquet général.

Les thèmes retenus au Recueil 2023 sont les suivants :

- La lutte contre les enlèvements d'enfants à travers les frontières : dix ans de jurisprudence de la première chambre civile de la Cour de cassation (2012-2022).
- Le contrôle de proportionnalité pratiqué par la Cour de cassation en matière de procédure civile.
- Les exclusions de garantie en droit des assurances.
- La prescription en droit du travail.

Ces études prennent appui sur des décisions récentes revêtant une actualité particulière et s'inscrivant dans un débat d'intérêt général. Elles démontrent, s'il en était besoin, combien la Cour se trouve, par les demandes qui lui sont présentées, aux prises avec des sujets contemporains qui traversent la société toute entière.

Direction de l'information légale et administrative

La Documentation française

<https://www.vie-publique.fr/publications>



ISBN : 978-2-11-157853-1



COUR DE CASSATION