



**RAPPORT DE M. PONSOT, CONSEILLER
et proposition de rejet de certains griefs
par une décision non spécialement motivée**

**Arrêt n° 654 du 2 avril 2021 - Assemblée plénière
Pourvoi n° 19-18.814**

Décision attaquée : 05 juillet 2018, Cour d'appel de Paris

M. A... X...

C/

la société Air liquide France industrie

TABLE DES MATIERES

<u>1 - Rappel des faits et de la procédure</u>	<u>3</u>
<u>2 - Analyse succincte des moyens</u>	<u>4</u>
<u>2.1 Le pourvoi principal</u>	<u>4</u>
<u>2.2 Le pourvoi incident</u>	<u>4</u>
<u>3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger</u>	<u>5</u>
<u>4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine</u>	<u>5</u>
<u>4.1 Sur le pourvoi incident</u>	<u>5</u>
<u>4.2 – Sur le pourvoi principal</u>	<u>9</u>
4.2.1 – Sur la recevabilité du pourvoi au regard du délai	<u>9</u>
4.2.2 – Sur la recevabilité du moyen unique	<u>10</u>
<u>4.2.2.2 – Exposé de la solution traditionnelle</u>	<u>10</u>
* L'absence de textes	<u>11</u>
* Les solutions jurisprudentielles	<u>11</u>
* Les justifications de la solution traditionnelle	<u>14</u>
<u>4.2.2.3 – Positions alternatives récemment adoptées</u>	<u>16</u>
<u>par la jurisprudence interne</u>	
<u>4.2.2.4 – Comparaison avec d'autres traditions juridiques</u>	<u>19</u>
* Juridictions administratives	<u>19</u>
* Systèmes étrangers	<u>20</u>
<u>4.2.2.5 – Droit de la Convention de sauvegarde des droits</u>	<u>21</u>
<u>de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH)</u>	
* Le droit d'accès à un tribunal	<u>22</u>
* Le principe de la sécurité juridique	<u>24</u>
<u>4.2.2.6 – Droit de l'Union</u>	<u>26</u>
<u>4.2.2.7 – Appréciations doctrinales</u>	<u>28</u>
<u>4.2.2.8 – Remarques complémentaires</u>	<u>29</u>
* Sur une possible modulation de la solution	<u>29</u>
* Sur l'impact d'un revirement en faveur	<u>31</u>
<u>de la recevabilité du moyen</u>	
4.2.3 – Sur le préjudice d'anxiété	<u>33</u>

1 - Rappel des faits et de la procédure

M. X... a été engagé le 5 avril 1982 en qualité de personnel de fabrication, par la société Air liquide. Courant 2011, son contrat de travail a été transféré à la société Air liquide France industrie (société ALFI).

S'estimant victime d'une discrimination syndicale à raison des différents mandats dont il était détenteur, M. X... a, le 2 août 2010, saisi le conseil de prud'hommes de Paris en vue d'obtenir un re-positionnement professionnel et des rappels de salaires, ainsi que des dommages-intérêts en réparation de son préjudice moral.

Par un jugement du 26 juin 2012, le conseil de prud'hommes a rejeté l'ensemble de ses demandes.

En cause d'appel, faisant valoir qu'il avait travaillé entre 1982 et 1995 dans deux ateliers du site de Vitry-sur-Seine de la société Air liquide où il aurait été exposé à l'amiante, M. X... a présenté une demande additionnelle en paiement de dommages-intérêts en réparation d'un préjudice d'anxiété.

Par un arrêt du 1^{er} avril 2015, la cour d'appel de Paris a annulé le jugement pour défaut de motivation, et, évoquant l'affaire et statuant à nouveau, a débouté le salarié de ses demandes au titre de la discrimination syndicale mais a condamné la société ALFI à lui payer la somme de 20 000 euros au titre du préjudice d'anxiété.

Par un arrêt du 28 septembre 2016 (Soc., 28 sept. 2016, n° 15-19.031), la chambre sociale de la Cour de cassation, a cassé cette décision mais seulement du chef de dispositif condamnant l'employeur à payer au salarié une somme au titre du préjudice d'anxiété, faute pour la cour d'appel d'avoir recherché si les établissements dans lesquels le salarié avait été affecté figuraient sur la liste des établissements éligibles au dispositif de l'allocation de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante (ACAATA), mentionnée à l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998.

Statuant sur renvoi après cassation, la cour d'appel de Paris autrement composée a, par un arrêt du 5 juillet 2018, déclaré recevable l'appel de M. X... mais l'a débouté de sa demande au titre du préjudice d'anxiété, après avoir constaté que les établissements de la société Air Liquide industrie dans lesquels M. X... avait travaillé n'étaient pas inscrits sur la liste des établissements classés.

M. X... s'est pourvu en cassation contre cette décision. Par ordonnance du 24 novembre 2020, le président de la chambre sociale de la Cour de cassation a ordonné le renvoi de l'affaire devant l'assemblée plénière.

2 - Analyse succincte des moyens

2.1 Le pourvoi principal

Le pourvoi principal comporte un moyen unique par lequel M. X... fait grief à l'arrêt de le débouter de sa demande de dommages-intérêts en réparation de son préjudice d'anxiété, alors :

Qu'en application des règles de droit commun régissant l'obligation de sécurité de l'employeur, le salarié qui justifie d'une exposition à l'amiante, générant un risque élevé de développer une pathologie grave, peut agir contre son employeur, pour manquement de ce dernier à son obligation de sécurité, quand bien même il n'aurait pas travaillé dans l'un des établissements mentionnés à l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998 ; qu'en refusant au salarié l'indemnisation de son préjudice d'anxiété résultant de son exposition aux poussières d'amiante dans les établissements de Vitry-sur-Seine et du Blanc Mesnil de la société Air liquide France industrie où il a travaillé de 1982 à 2007 et où l'amiante était utilisé pour l'isolation des installations thermiques, en considération du fait que ces établissements n'étaient pas mentionnés sur la liste ministérielle visée à l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998, la cour d'appel a violé l'article 1147 du code civil alors applicable, ensemble les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail.

2.2 Le pourvoi incident

Dans un moyen unique divisé en trois branches, la société ALFI fait grief à l'arrêt de déclarer recevable l'appel de M. X..., alors :

1°) Que la déclaration d'appel doit, à peine d'irrecevabilité de l'appel, contenir la dénomination exacte de la personne morale que l'appelant entend intimer ; que la déclaration d'appel désignant une personne morale inexistante est nulle ; qu'au cas présent, la société Air liquide France industrie faisait valoir que la saisine de la juridiction de renvoi par M. X... était irrecevable dans la mesure où celui-ci avait intimé dans sa déclaration d'appel la « SA Air liquide (ALFI) », qui n'existait pas, et avait, devant la cour d'appel de renvoi, conclu à deux reprises à l'encontre de la « SA Air liquide » afin d'obtenir sa condamnation au paiement de dommages et intérêts (conclusions pp. 4 à 7) ; que la cour d'appel a constaté que la déclaration d'appel de M. X... visait la « SA Air liquide (ALFI) » et qu'il était admis par les parties que M. X... avait conclu à l'encontre de la SA Air liquide (arrêt p. 3 al. 7 ; p. 4 al. 1 et 2), ce dont il résultait que M. X... n'avait pas intimé la société Air Liquide France Industrie ; qu'en jugeant cependant que l'appel de M. X... était recevable en ce qu'il avait intimé la société « Air liquide France industrie », la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales qui s'évinçaient de ses propres constatations, et a violé les articles 1032 et 1033 du code de procédure civile, ensemble les articles 901, 933 et 58 du même code ;

2°) Que le juge a l'interdiction de dénaturer les documents versés au débat ; qu'au cas présent, la déclaration d'appel de M. X... visait expressément « la SA Air liquide

(ALFI) » et non la société « Air liquide France industrie » ; qu'en estimant que cependant que la déclaration d'appel visait « sans ambiguïté » (arrêt p. 4 al. 4) la société Air liquide France industrie, la cour d'appel a dénaturé ce document, en violation du principe susvisé ;

3°) Que ce n'est que lorsqu'elle porte sur la qualité à agir de l'intimé que l'erreur manifeste commise par l'appelant dans la désignation de l'intimé dans sa déclaration d'appel n'est pas de nature à entraîner l'irrecevabilité de l'appel et que le juge peut remédier à cette erreur en se fondant sur l'objet du litige ; que le juge ne peut en revanche pallier l'erreur de l'appelant portant sur l'identité même de l'intimé ; qu'au cas présent, pour retenir que M. X... avait entendu intimer la société « Air liquide France industrie », la cour d'appel a analysé cette dénomination à l'aune des pièces de la procédure (arrêt p. 4 al. 3) ; qu'en considérant que la dénomination erronée de l'intimée dans la déclaration d'appel ne faisait pas obstacle à la recevabilité de l'appel, cependant que cette erreur se rapportait à l'identité et non à la qualité de la société Air liquide France industrie, la cour d'appel a violé les articles 1032 et 1033 du code de procédure civile, ensemble les articles 901, 933 et 58 du même code.

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

L'examen du pourvoi principal pose la question préalable de la recevabilité du moyen unique qu'il comporte.

Doit-on admettre la recevabilité d'un moyen invitant la Cour de cassation à revenir sur la doctrine de son premier arrêt, à laquelle la juridiction de renvoi s'est conformée, lorsqu'une décision d'assemblée plénière postérieure à l'arrêt sur renvoi a procédé à un revirement de jurisprudence ?

Cette question a reçu jusqu'à présent une réponse négative ¹, et l'assemblée plénière est invitée à se prononcer sur le maintien ou non de sa jurisprudence à cet égard.

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4.1 Sur le pourvoi incident (qui est préalable) : proposition de rejet non spécialement motivé

Le pourvoi incident vise les dispositions de l'arrêt ayant considéré que la déclaration de saisine était régulière en dépit de la désignation du défendeur à la saisine comme étant la société *Air liquide (ALFI)*, société qui, comme telle, n'existe pas.

¹ Ch. mixte 30 avril 1971, n° 61-11.829 ; Ass. plén. 21 décembre 2006 n° 05-11.966.

Les articles 1032 et 1033 du code de procédure civile disposent que la juridiction de renvoi après cassation est saisie par déclaration au greffe de cette juridiction et que cette déclaration contient les mentions exigées pour l'acte introductif d'instance devant cette juridiction.

Que ce soit en matière de procédure avec représentation obligatoire ou sans représentation obligatoire ², la cour d'appel doit être saisie par une déclaration comportant les mentions prescrites de l'article 58 du code de procédure civile.

A l'égard des personnes morales, l'article 58 du code de procédure civile prévoit que l'acte de saisine contient, à peine de nullité, **l'indication de sa dénomination** et de son siège social.

La mention, dans une déclaration d'appel ou de saisine, d'une dénomination différente de celle de la personne morale partie en première instance peut être appréhendée de différentes manières : soit l'on considère que la déclaration vise une partie qui n'était pas partie en première instance, irrégularité sanctionnée par l'irrecevabilité au regard de l'article 547 du code de procédure civile ; soit l'on considère que la déclaration est entachée d'une erreur matérielle sanctionnable au regard de l'article 114 du code de procédure civile (nullité de forme nécessitant la démonstration d'un grief et susceptible de régularisation).

La recherche d'une possible erreur matérielle doit logiquement précéder l'appréciation de la recevabilité de l'appel, et c'est ainsi que l'assemblée plénière a jugé que l'erreur manifeste, dans la désignation de l'intimé, au regard de l'objet du litige, tel que déterminé par les prétentions des parties devant les juges du fond, n'est pas de nature à entraîner l'irrecevabilité de l'appel (Ass. plén., 6 déc. 2004, n° 03-11.053). En l'occurrence, la déclaration d'appel mentionnait que le défendeur était pris en qualité de mandataire judiciaire, alors qu'il avait été attiré à la procédure à titre personnel.

Cette décision a été commentée au rapport annuel pour 2004 (p.305) en ces termes :

« L'arrêt rendu par l'assemblée plénière introduit une plus grande souplesse dans l'appréciation de la recevabilité du recours, en renvoyant à un office éclairé du juge : les juges du second degré sont invités à examiner et à interpréter la mention erronée de l'acte d'appel relative à la qualité de l'intimé, dans le contexte du litige soumis au tribunal puis dévolu à la cour d'appel. Selon les conditions posées par cet arrêt, pour que l'irrecevabilité de l'appel soit écartée :

- il doit s'agir d'une erreur manifeste, c'est-à-dire évidente,
- l'évidence de cette erreur doit être appréciée en considération de l'objet du litige,
- cette appréciation doit conduire, en tenant compte de la chose jugée par le jugement entrepris, à se référer aux prétentions des parties émises en première instance et devant la cour d'appel pour déterminer si la qualité

² Il sera rappelé que, depuis le décret n° 2016-660 du 20 mai 2016, l'appel en matière prud'homale est formé, instruit et jugé suivant la procédure avec représentation obligatoire (article R. 1461-2 du code du travail). Ces dispositions sont applicables aux appels formés à compter du 1^{er} août 2016 (article 46 du décret ; pour une application, v. 2^e Civ., 27 juin 2019, n° 18-12.615). En l'espèce, le premier appel ayant été formé avant le 1^{er} août 2016, la procédure est soumise à la procédure contentieuse sans représentation obligatoire (article 933 du code de procédure civile).

différente attribuée à l'appelant ou à l'intimé dans l'acte d'appel correspond effectivement à un changement de partie ».

La Cour de cassation considère ainsi que la désignation d'une société intimée dans la déclaration d'appel par une dénomination constituant en réalité une enseigne sous laquelle cette partie exerce son activité est un vice de forme qui ne peut entraîner la nullité de l'acte que sur justification d'un grief (2^e Civ., 24 mai 2007, n° 06-11.006, Bull. N° 132).

Il en est de même lorsque la personne morale est désignée par une dénomination qui correspond au nom commercial de l'un de ses établissements (Soc., 16 fév. 2011, n° 09-43.310), ou lorsque la forme sociale mentionnée est erronée (SARL au lieu de SA : 2^e Civ., 10 mars 2005, n° 03-12.321).

D'une manière plus générale, de nombreuses décisions rappellent le principe énoncé par l'assemblée plénière, selon lequel l'erreur manifeste commise dans la déclaration d'appel sur la qualité de l'intimé, au regard de l'objet du litige, tel que déterminé par les prétentions des parties devant les juges du fond, n'est pas de nature à entraîner l'irrecevabilité de l'appel (2^e Civ., 7 juill. 2011, n° 10-20.145, Bull. N° 153 ; 2^e Civ., 12 juill. 2012, n° 11-22.636; 2^e Civ., 4 juin 2015, n° 14-19.812 ; Com., 15 nov. 2017, n° 16-21.066 ; 2^e Civ., 8 fév. 2018, n° 16-25.547 ; 2^e Civ., 28 juin 2018, n° 17-17.979).

Il en va toutefois différemment si l'appel est dirigé contre d'autres personnes que celles ayant été parties en première instance, l'hypothèse étant alors que la personne visée dans la déclaration d'appel existe réellement. Le cas de figure se rencontre en particulier à propos de sociétés appartenant à un même groupe ou ayant des liens entre elles (2^e Civ., 31 mars 2011, n° 10-11.730 ; 2^e Civ., 19 oct. 2017, n° 16-21.732 ; Soc., 11 mars 2020, n° 18-26.678 ; 2^e Civ., 22 oct. 2020, n° 19-16.372), mais pas uniquement (Soc., 9 mars 2016, n° 14-21.660 ; 2^e Civ., 7 sept. 2017, n° 16-21.756 ; 2^e Civ., 4 avr. 2019, n° 17-26.900).

La Cour de cassation reconnaît enfin aux juges du fond un pouvoir souverain d'appréciation sur la question de savoir si, en l'état d'une erreur manifeste dans la désignation de l'intimé, les indications mentionnées dans la déclaration d'appel permettent d'identifier la partie concernée (3^e Civ., 22 juin 2017, n° 16-14.756).

En l'espèce, le salarié a été engagé par la société Air liquide en 1982, et son contrat de travail a été transféré à la société Air liquide France industrie en 2011. Le litige en première instance et devant la cour d'appel de Paris a opposé M. X... et la société Air liquide France industrie, dite « société ALFI ».

Devant la cour de renvoi, la société Air liquide France industrie a observé que la déclaration de saisine après renvoi effectuée par le salarié désignait comme intimée la société Air liquide (ALFI), société qui n'existait pas, et qui ne pouvait, au mieux, que concerner la société Air liquide.

Elle a fait valoir que la société Air liquide n'avait pas été partie en première instance, ni devant la cour d'appel et soutenu, en conséquence, que l'appel de M. X... ne pouvait pas être dirigé contre celle-ci, en vertu des dispositions de l'article 547 du code de procédure civile selon lesquelles en matière contentieuse l'appel ne peut être dirigé que contre ceux qui ont été partie en première instance.

La cour d'appel a rejeté la fin de non recevoir dans les termes suivants :

Il résulte des pièces de la procédure que M. X..., salarié de la société Air liquide France industrie, a régulièrement engagé son action devant le conseil de prud'hommes de Paris à l'encontre de son employeur désigné sous la dénomination société Air liquide France industrie – ALFI, que dans son arrêt du 1er avril 2015, la cour d'appel de Paris a désigné la partie intimée dans son en-tête sous la dénomination de la société Air liquide France industrie (ALFI) venant aux droits de la société Air liquide et que la déclaration de saisine après renvoi de cassation indique bien que M. X... agit contre son employeur désigné étant la société Air liquide (ALFI), et que le greffe a convoqué la société Air liquide (ALFI) à l'adresse du siège de la SA Air liquide France industrie. Il s'ensuit que la dénomination, même incomplète, de la partie intimée utilisée par M. X... dans sa déclaration d'appel – la société Air liquide (ALFI) ne laisse aucune ambiguïté sur l'identité de celle-ci, puisque l'acronyme ALFI correspond bien à la société Air liquide France industrie. En conséquence, l'appel de M. X... sera déclaré recevable.

Dans une première branche, le pourvoi incident reproche à la cour d'appel de ne pas avoir tiré les conséquences de ses propres constatations en déclarant recevable l'appel, alors qu'elle constatait que la déclaration d'appel de M. X... visait la « SA Air liquide (ALFI) » et que M. X... avait ensuite conclu contre la « SA Air liquide », ce dont il résultait qu'il n'avait pas intimé la société Air liquide France industrie

Cependant, procédant conformément aux principes dégagés par l'assemblée plénière dans son arrêt précité du 6 décembre 2004 à un examen d'ensemble de la situation et replaçant la déclaration de saisine dans son contexte procédural, la cour d'appel a considéré que la dénomination, même incomplète, de la partie intimée ne laissait aucun doute sur le fait qu'il s'agissait de la société Air liquide France industrie.

Ce faisant, la cour d'appel a, à la fois, souverainement constaté l'existence d'une erreur matérielle et constaté que cette erreur n'avait pas causé de grief à la société Air liquide France industrie, celle-ci étant désignée par son acronyme ALFI et convoquée à son adresse par le greffe.³

Au demeurant, la société ALFI a convenu elle-même que, dans ses dernières conclusions, M. X... avait présenté des demandes à son_encontre, et non plus à l'encontre de la société Air liquide, admettant implicitement que la situation a été régularisée.

Ce premier grief n'apparaît donc pas fondé.

Il en est de même de la deuxième branche, qui vise un grief de dénaturation. Un tel grief manque en fait, la cour d'appel n'ayant pas affirmé que la déclaration de saisine mentionnait la société Air liquide France industrie, mais qu'en dépit de la désignation incomplète de cette société, la déclaration « ne laissait aucune ambiguïté sur l'identité de celle-ci ».

³ Il ressort des conclusions d'appel que le siège social de la société Air liquide SA est situé 75 Quai d'Orsay à Paris, tandis que celui de la société Air liquide France industrie est 6 rue Cognacq-Jay.

En effet, la cour d'appel n'a pas donné à la déclaration de saisine un sens différent de son sens évident (cf. Droit et pratique de la cassation en matière civile – LexisNexis n° 541), mais, partant du constat que cette déclaration était incomplète (ce qui exclut qu'elle ait eu un sens évident), a recherché le sens qui devait lui être donné dans le contexte.

Quant à la troisième branche, elle repose sur le postulat erroné selon lequel ce n'est que lorsqu'elle porte sur *la qualité* de l'intimé que l'erreur manifeste commise par l'appelant dans la désignation de l'intimé dans sa déclaration d'appel ou de saisine ne serait pas de nature à entraîner l'irrecevabilité de l'appel et que le juge pourrait remédier à cette erreur en se fondant sur l'objet du litige.

Certes, c'est à propos de la désignation de la qualité de l'intimé que les précédents sont les plus abondants, mais la jurisprudence fournit des exemples, dont certains antérieurs à l'arrêt d'assemblée plénière du 6 décembre 2004, où des erreurs concernant les éléments d'identification de la personne morale étaient en cause et ont été considérées comme ne justifiant pas l'annulation de la déclaration d'appel (2^e Civ., 9 janv. 1985, n° 83-15.586, Bull. N° 6 ; Soc., 6 fév. 1997, n° 95-42.332 2^e Civ., 24 mai 2007, n° 06-11.006, Bull. N° 132 ; Soc., 16 fév. 2011, n° 09-43.310 ; 2^e Civ., 10 mars 2005, n° 03-12.321 ; 3^e Civ., 13 nov. 2013, n° 12-24.870, Bull. N° 142 ; 2^e Civ., 8 fév. 2018, n° 16-25.547).

Ce troisième grief n'apparaît donc pas davantage fondé.

En conséquence, il est proposé de rejeter le pourvoi incident par une décision non spécialement motivée.

4.2 – Sur le pourvoi principal

4.2.1 – Sur la recevabilité du pourvoi au regard du délai

Le mémoire en défense observe que l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 5 juillet 2018 a été notifié à toutes les parties par le greffe de cette juridiction, le salarié ayant personnellement accusé réception de la notification le 19 juillet 2018, et invite donc la Cour de cassation à apprécier, au besoin d'office, la recevabilité du pourvoi formé le 3 juillet 2019.

Rappelons que l'article R. 1454-26 du code du travail, dans son ancienne rédaction, disposait que « les décisions du conseil de prud'hommes sont notifiées aux parties par le greffe de ce conseil ou de la cour d'appel au lieu de leur domicile ». Le décret n° 2016-660 du 20 mai 2016 a modifié ce texte en en retranchant les mots « ou de la cour d'appel ». ⁴

⁴ En l'absence de dispositions transitoires spécifiques dans le décret du 20 mai 2016, la modification ainsi introduite par son article 20 est d'application immédiate et s'applique donc aux instances en cours à la date de sa publication au JO (26 mai 2016). De sorte que si la procédure est demeurée régie par les règles relatives à la procédure sans représentation obligatoire (cf note en bas de page n° 2), l'arrêt rendu a néanmoins été soumis au nouveau régime pour ce qui est de sa signification aux parties.

Il en résulte que la notification des décisions par le greffe n'est plus prévue pour les arrêts des cours d'appel statuant en matière prud'homale : ceux-ci se trouvent désormais soumis au droit commun et donc à l'article 675 du code de procédure civile aux termes duquel « les jugements sont notifiés par voie de signification », c'est à dire une « notification faite par acte d'huissier de justice » (article 651 du code de procédure civile).

Dans des circonstances similaires sur ce point à celles de la présente affaire, la chambre sociale a jugé que :

Attendu que si l'article R. 1454-26 du code du travail, en sa rédaction applicable à l'espèce résultant du décret n° 2016-660 du 20 mai 2016, prévoit que les décisions du conseil de prud'hommes sont notifiées aux parties par le greffe de ce conseil au lieu de leur domicile, ce texte n'en dispose pas de même pour les arrêts des cours d'appel statuant en matière prud'homale ;

D'où il suit que le délai de pourvoi n'ayant pas commencé à courir, le pourvoi est recevable ; (Soc., 20 mars 2019, n° 18-12.582).

En l'espèce, il n'est pas fait état d'une signification de l'arrêt attaqué, de sorte que le délai d'exercice d'un pourvoi en cassation n'a jamais commencé à courir. La recevabilité du pourvoi principal au regard du délai n'apparaît donc pas contestable.

4.2.2 – Sur la recevabilité du moyen unique

4.2.2.1 – Position du problème

Rappelons que le premier arrêt d'appel avait accueilli les demandes indemnitaires présentées par le requérant au titre du préjudice d'anxiété. Sur le pourvoi de la société ALFI ainsi condamnée à payer des dommages-intérêts, la chambre sociale a, conformément à ce qui était alors sa position, cassé cet arrêt pour ne pas avoir recherché si le salarié avait travaillé au sein d'un établissement figurant sur la liste des établissements éligibles au dispositif de l'ACAATA (pour plus de détails cf. *infra* § 4.2.3).

La cour d'appel de renvoi, se conformant à cette doctrine, a procédé à la recherche omise et, constatant que les établissements concernés ne figuraient pas sur la liste administrative, a rejeté la demande.

Postérieurement à cet arrêt sur renvoi, est intervenu un revirement de jurisprudence, l'assemblée plénière, par un arrêt du 5 avril 2019 (Ass. Plén., 5 avr. 2019, n° 18-17.442), décidant désormais qu'un travailleur justifiant avoir été exposé à un risque de contamination à l'amiante peut, quand bien même il n'aurait pas travaillé dans un établissement figurant sur la liste, demander réparation d'un préjudice d'anxiété, à condition de démontrer un risque élevé de développer une pathologie grave.

Selon une jurisprudence constante depuis un arrêt de la chambre mixte du 30 avril 1971 (Ch. Mixte., 30 avr. 1971, n° 61-11.829), réaffirmée par deux arrêts d'assemblée plénière du 21 décembre 2006 (Ass. Plén., 21 déc. 2006, n° 05-11.966, Bull. N° 14 ; Ass. Plén., 21 déc. 2006, n° 05-17.690, Bull. n° 14) et un autre du 19 juin 2015 (Ass. Plén., 19 juin

2015, n° 13-19.582, Bull. n° 2), un moyen critiquant une solution rendue par une cour d'appel de renvoi en conformité avec la doctrine de la Cour de cassation est jugé irrecevable.

Cette solution s'applique non seulement lorsque le revirement dont se prévaut le second pourvoi est, comme dans la présente affaire, postérieur à l'arrêt sur renvoi (Ch. Mixte., 30 avr. 1971, n° 61-11.829 ; Ass. Plén., 21 déc. 2006, n° 05-11.966 préc.), mais également lorsqu'il est antérieur (Ass. Plén., 21 déc. 2006, n° 05-17.690 préc.).

4.2.2.2 – Exposé de la solution traditionnelle

Les affaires précédemment examinées par la chambre mixte ou l'assemblée plénière ont donné lieu à des développements très complets (rapports de M. Loriferne et de Mme Caron ⁵, conclusions de MM. les premiers avocats généraux Lindon, de Gouttes et Charpenel ⁶) auxquels on peut utilement se reporter, et dont les éléments principaux seront exposés ci-après.

* L'absence de textes

Il importe, tout d'abord, de conserver à l'esprit que contrairement à la situation de la *rébellion*, l'hypothèse d'un nouveau pourvoi formé contre un arrêt rendu par une cour d'appel de renvoi conformément à la cassation intervenue n'est pas envisagée par les textes.

En matière de rébellion, la combinaison de la seconde phrase de l'article L. 431-6 et du second alinéa de l'article L. 431-4 du code de l'organisation judiciaire conduit au renvoi obligatoire de l'affaire devant l'assemblée plénière, dont la décision s'imposera, en cas de cassation, à la deuxième juridiction de renvoi sur les points de droit jugés.

Article L. 431-6 :

Le renvoi devant l'assemblée plénière peut être ordonné lorsque l'affaire pose une question de principe, notamment s'il existe des solutions divergentes soit entre les juges du fond, soit entre les juges du fond et la Cour de cassation ; il doit l'être lorsque, après cassation d'un premier arrêt ou jugement, la décision rendue par la juridiction de renvoi est attaquée par les mêmes moyens.

Article L. 431-4 :

En cas de cassation, l'affaire est renvoyée, sous réserve des dispositions de l'article L. 411-3, devant une autre juridiction de même nature que celle dont émane l'arrêt ou le jugement cassé ou devant la même juridiction composée d'autres magistrats.

Lorsque le renvoi est ordonné par l'assemblée plénière, la juridiction de renvoi doit se conformer à la décision de cette assemblée sur les points de droit jugés par celle-ci.

⁵ D. Loriferne, BICC, n° 636, 1^{er} mars 2007, p. 58 ; D. Caron, BICC, n° 830, 1^{er} nov. 2015, p. 8.

⁶ R. Lindon, *La semaine juridique*, 1971, II, 16800 ; R. de Gouttes, BICC, n° 636, 1^{er} mars 2007, p. 67 ; Y. Charpenel, BICC, n° 830, 1^{er} nov. 2015, p. 48.

Pour que l'on se situe dans une hypothèse de rébellion, il faut donc, selon l'article L. 431-6 ci-dessus reproduit, que la décision rendue par la juridiction de renvoi *soit attaquée par les mêmes moyens*, ce qui suppose que cette juridiction de renvoi ne s'est pas conformée à l'arrêt de cassation et qu'elle a adopté la position qui était celle de la juridiction dont la décision avait été frappée par le premier pourvoi.

En dehors de cette hypothèse, les textes sont muets, ce qui a conduit la Cour de cassation à devoir elle-même décider si la question pouvait être remise en discussion à l'occasion d'un nouveau pourvoi.

* Les solutions jurisprudentielles

L'émergence d'une solution prétorienne s'est, dans un premier temps, traduite par des hésitations.

On cite traditionnellement deux arrêts rendus à quelques semaines de distance et en sens contraire par la chambre criminelle en 1835, le premier ayant considéré que *le demandeur n'était pas recevable à présenter et faire valoir le même moyen devant la Cour*⁷, le second ayant, au contraire, décidé *qu'aucune disposition législative ne s'oppose à ce qu'une partie qui a été assignée dans un précédent pourvoi comme défenderesse se présente ensuite comme demanderesse en cassation contre l'arrêt intervenu par suite de l'arrêt de cassation rendu sur le pourvoi de l'autre partie*.⁸

Par la suite, à deux reprises au moins, la jurisprudence apparaît s'être orientée en faveur de la recevabilité du moyen.⁹

Toutefois, depuis l'arrêt précité de la chambre mixte du 30 avril 1971, la position de la Cour de cassation – du moins en ce qui concerne ses formations solennelles¹⁰ – est fermement fixée en faveur de l'irrecevabilité du moyen critiquant la solution adoptée par la juridiction de renvoi conformément à la doctrine de l'arrêt de cassation.

En 2003, M. Molfessis avait ainsi identifié 200 arrêts environ rendus conformément à la nouvelle jurisprudence, soit un peu plus de 6 arrêts par an sur la période.¹¹ Les recherches effectuées pour les besoins du présent rapport ont confirmé cet ordre de grandeur, avec 235 arrêts rendus par les différentes chambres en près de 50 ans, outre quatre affaires jugées par l'assemblée plénière en 1993 (Ass. Plén., 9 juill. 1993, n° 89-19.211) et les trois affaires

⁷ Crim., 17 janvier 1835 - Rép. Dalloz - 1847 - V - Cassation n° 126.

⁸ Crim., 21 février 1835 - Sirey 1835 - I - 307, rendu sous la présidence de Portalis et sur les conclusions du procureur général Dupin.

⁹ Crim., 9 février 1954 : Gaz. Pal. 1954.1T p. 117 suivi de Crim., 2 mai 1956 : Gaz. Pal. 1956, 2, p. 211 ;

Civ. 1^{re}, 3 mars 1965, n° 63-11.221, Bull. civ. 1965 n° 165 p. 125 suivi de Civ., 1^{re} 11 mars 1968, n° 66-13.018 : Bull. civ. 1968, I, n° 92.

¹⁰ On réserve ici les solutions rendues par la 1^{ère} chambre civile les 10 janvier 2018 (pourvoi n° 16-22.494) et 30 janvier 2019 (pourvoi n° 16-25.259), dont il sera question au paragraphe 4.2.2.3.

¹¹ N. Molfessis, « Doctrine de la Cour de cassation et reconnaissance des précédents », RTDciv. 2003, p. 567.

déjà citées de 2006 et 2015, où la Cour de cassation était invitée à faire évoluer sa position, soit un peu moins de 5 affaires par an en moyenne.¹²

Les formules rédactionnelles adoptées par les différentes formations de la Cour de cassation ont connu quelques variantes, sans conséquence sur le contenu et la portée de la solution.¹³

Il importe, à ce stade, de souligner que c'est le moyen, et non le pourvoi, qui est déclaré irrecevable. Certains auteurs ont vu dans cette irrecevabilité une manière d'éviter que la Cour de cassation se prononce sur le fond et affiche des positions inconciliables :

Toute la subtilité de la décision était dans ce jugement d'irrecevabilité. D'un coté, le défendeur ne peut que se réjouir de la cohérence d'une solution qui conduit à taire les débats en dépit du revirement de jurisprudence survenu, où s'exprime l'idée même de sécurité juridique. De l'autre, en déclarant le moyen irrecevable, la Cour de cassation parvient à éviter l'affirmation d'une solution contraire à celle consacrée par voie de revirement. Elle esquive l'alternative diabolique en se déroband au jugement¹⁴

L'irrecevabilité du moyen et non du pourvoi est, au demeurant, la seule solution techniquement possible lorsque – ce qui est très fréquemment le cas – le moyen litigieux n'est qu'un grief parmi d'autres.

Quant au fondement juridique de la solution, il apparaît, au vu de l'arrêt de la chambre mixte du 30 avril 1971, tiré d'une lecture *a contrario* des dispositions de la loi du 3 juillet 1967 (désormais codifiées dans le code de l'organisation judiciaire) :

Or attendu que l'article 15 de la loi du 3 juillet 1967 prévoit la possibilité de saisir la Cour de cassation, laquelle doit alors statuer en assemblée plénière, lorsque le deuxième arrêt rendu dans la même affaire, entre les mêmes parties procédant en la même qualité, est attaqué par les mêmes moyens ;

¹² Les recherches effectuées pour les besoins du présent rapport n'ont pu porter sur les affaires ayant donné lieu à une décision de non-admission ou à un rejet non spécialement motivé, ce qui est de nature à rendre compte du léger écart avec les résultats obtenus en 2003, qui portaient pour l'essentiel sur une période où ce type de traitement des pourvois était inconnu. Ces recherches permettent de constater une tendance à la hausse au cours des cinq dernières années (43 affaires sur 5 ans, soit un quasi-doublement), ce qui est peut-être le signe d'une moindre acceptation de la solution traditionnelle par les plaideurs.

¹³ On rencontre en effet les formules suivantes :

Le moyen, qui reproche à la juridiction de renvoi d'avoir statué conformément à l'arrêt de cassation qui la saisissait, est irrecevable,

ou : *Le moyen, qui reproche à la juridiction de renvoi d'avoir statué en conformité de la doctrine de l'arrêt de cassation qui l'avait saisie, est irrecevable,*

ou : *Le moyen, qui invite la Cour de cassation à revenir sur la doctrine de son précédent arrêt, alors que la juridiction de renvoi s'y est conformée, est irrecevable,*

ou : *La juridiction de renvoi s'étant conformée à l'arrêt de cassation, le moyen est irrecevable.*

¹⁴ N. Molfessis, Chronique précitée p. 569.

Qu'au contraire, la Cour de cassation ne peut être appelée à revenir sur la doctrine affirmée en son premier arrêt lorsque la juridiction de renvoi s'y est conformée ;

Qu'il en résulte que n'est pas recevable le moyen par lequel il est seulement reproché à la cour de renvoi d'avoir statué en conformité de l'arrêt de cassation qui l'a saisie ;

Ce raisonnement fondé sur une lecture *a contrario* du dispositif prévu en cas de rébellion a pu être considéré comme constituant une base juridique fragile et en tout cas audacieuse.¹⁵

Dans ses conclusions devant l'assemblée plénière du 21 décembre 2006, M. de Gouttes constatait ainsi que :

Le fait que soit prévue la saisine de l'assemblée plénière lorsque la cour d'appel de renvoi refuse de s'incliner n'exclut pas nécessairement la possibilité d'examiner un pourvoi frappant un arrêt s'inclinant devant la Cour de cassation. Il ne découle pas, en effet, de la lettre des textes que le réexamen d'une affaire soit limité à l'hypothèse d'un conflit entre le juge de cassation et le juge de renvoi. Admettre l'irrecevabilité peut laisser entendre que la solution retenue par la Cour de cassation devient une doctrine incontestable dès lors que la cour de renvoi choisit de s'incliner. Pourtant, techniquement parlant, le premier arrêt de cassation n'est pas revêtu d'une autorité de chose jugée empêchant sa remise en cause, puisque les juges de renvoi ont la faculté de se rebeller . Il faudrait dès lors considérer, pour justifier l'irrecevabilité, que c'est l'arrêt de renvoi qui donne sa pleine force juridique à la "doctrine" de la Cour de cassation qu'il choisit d'adopter. Mais cette aptitude des juges de renvoi à attribuer à la décision de la Cour de cassation une "puissance doctrinale définitive" ne s'impose pas en elle-même.

Notons que, dans les arrêts ultérieurs où l'assemblée plénière a été vainement invitée à revenir sur cette position, le raisonnement juridique conduisant à la solution n'est pas exprimé.

* Les justifications de la solution traditionnelle

Si on laisse de côté la question du fondement juridique de la solution (lecture *a contrario* des dispositions relatives à la rébellion), les justifications qui ont été avancées, notamment par M. Lindon dans ses conclusions devant la chambre mixte du 30 avril 1971, sont de différents ordres, quoique généralement envisagées comme relevant toutes des nécessités d'une bonne administration de la justice.

- Le refus pour la Cour de cassation de se contredire.

Le rapport annuel pour 1971 introduisait le commentaire de l'arrêt de la chambre mixte de la manière suivante :

¹⁵ P. Deumier, La doctrine de la Cour de cassation : opinion ou précédent ? : RTD civ. 2006, p. 73 ; J. et L. Boré, la cassation en matière civile, Dalloz, éd. 2015 2016, n° 133-13.

Non bis in idem – Cette formule latine que nous employons parce qu'elle ne comporte pour quiconque aucune obscurité, peut illustrer une décision rendue par une chambre mixte (...)

Avant de poursuivre :

Fallait-il décider, en quelque sorte a contrario ¹⁶, que lorsqu'il n'y a pas eu de résistance de la part du juge de renvoi, la même question ne peut de nouveau être soumise à la Cour de cassation ? Celle-ci a jugé qu'un tel pourvoi, qui l'invite en somme à se déjuger dans la même affaire, et alors que le juge de renvoi s'est conformé à sa doctrine, était irrecevable.

Au-delà des considérations « d'image de marque » de la Cour de cassation et d'affaiblissement de son autorité – par ailleurs mises en avant –, la difficulté pour la Cour de donner successivement tort et raison à une même partie dans une même affaire est apparue se doubler, pour la juridiction de renvoi, de celle de devoir nécessairement se mettre en rébellion, soit contre le premier arrêt de cassation, soit contre le second, ouvrant ainsi la voie à un nouveau pourvoi (Concl. Lindon).

C'est en quelque sorte un souci de cohérence de la Cour de cassation avec elle-même qui la conduit, dans une même affaire, à refuser de reconsidérer sa position à laquelle la juridiction de renvoi s'est conformée, et non l'idée parfois émise que l'arrêt sur renvoi aurait conféré l'autorité de chose jugée à la décision initiale de la Cour. ¹⁷

Cette justification, qui se conçoit aisément à périmètre constant, ne rend toutefois pas clairement compte des raisons pour lesquelles un revirement intervenu entre-temps ne pourrait être pris en considération.

- La séparation des pouvoirs, la prohibition des arrêts de règlement (article 5 du code civil) et l'hostilité traditionnelle du droit français à la règle du précédent.

Une conception du rôle du juge cantonné à donner une solution au litige dont il est saisi, conception qui trouve aussi un prolongement dans la condamnation des motivations par référence ¹⁸, explique davantage le refus de prendre en compte un revirement intervenu dans une autre affaire.

En présence d'un revirement, la Cour de cassation ne pourra que se trouver en porte-à-faux vis-à-vis des positions qu'elle a successivement adoptées : pour y échapper, il faut alors considérer que le revirement intervenu ne peut avoir d'effet que dans l'affaire qu'il concerne, dans la logique du principe de l'autorité relative de la chose jugée.

Soulignons à cet égard que la « doctrine de la Cour de cassation », à laquelle, depuis l'arrêt de la chambre mixte de 1971, les différentes formations de la Cour se réfèrent pour déclarer irrecevables les moyens visant à remettre en cause une décision qui s'y est

¹⁶ On notera une forme d'hésitation, sous la plume du rédacteur, quant au fondement de la solution.

¹⁷ En ce sens, P. Hébraud, RTDciv 1971.694 ; N. Molfessis, *Op. Cit.*

¹⁸ J. et L. Boré, *Op. Cit.* n° 77.65, p. 408

conformée, ne signifie rien d'autre que « la cassation prononcée dans l'affaire en cause », et ne doit surtout pas être comprise comme visant une règle prétorienne.¹⁹

Dans son rapport devant l'assemblée plénière de 2006, M. Loriferne s'est par ailleurs interrogé sur la compatibilité de l'application obligatoire dans une instance en cours, d'une solution juridique dégagée à l'occasion d'une autre affaire, avec la plénitude de juridiction que confère l'article 638 du code de procédure civile à la juridiction de renvoi²⁰. En d'autres termes, il serait paradoxal que la juridiction de renvoi, qui a la liberté de se conformer ou non à l'arrêt de cassation rendu dans l'affaire dont elle est saisie, puisse voir sa décision remise en cause parce qu'elle ne s'est pas conformée à une décision prise dans une autre affaire. Ceci reviendrait à créer un nouveau cas d'ouverture à cassation.

M. Loriferne soulignait enfin que la thèse de la recevabilité du nouveau pourvoi conduirait à élargir le champ de l'effet rétroactif des revirements de jurisprudence, dont la nocivité est pourtant décriée.

- La nécessité que les procès aient une fin.

Exposer une décision rendue conformément à la doctrine de la Cour de cassation à un nouveau pourvoi constituerait un facteur d'incertitude et d'allongement de la durée des procès. (Concl. M. Lindon)

La justification ainsi avancée, qui renvoie à des préoccupations séculaires²¹, n'en est pas moins toujours d'actualité. Il a pu être relevé, à cet égard, que la possibilité qui serait offerte à un plaideur de remettre en cause une décision rendue conformément à la cassation prononcée irait à l'encontre d'un des objectifs ayant présidé aux réflexions actuelles sur la réforme de la Cour de cassation, à savoir de réduire le délai de traitement des dossiers.²²

Cette justification, dans laquelle l'idée de bonne administration de la justice trouve tout naturellement sa place, rejoint la thématique du bon emploi des ressources publiques – nécessairement limitées – qui peuvent être allouées au secteur de la justice.²³

On peut enfin voir une résonance de cette préoccupation dans l'idée que le pourvoi en cassation est une voie de recours extraordinaire.²⁴

¹⁹ En ce sens, N. Molfessis, *Op. Cit.*

²⁰ Dans le même sens R. Libchaber, JCP G. n° 36, 31 août 2015, 909.

²¹ L'exposé des motifs de l'Édit de Lyon de juillet 1501, en créant le Parlement de Provence, ambitionnait d'éviter « les serpentements de procédure » c'est-à-dire « d'appeler les sentences données par les juges jusqu'à quatre, cinq ou six fois avant de devenir à la définitive, tellement que les procès étaient comme immortels » (cité par C. Bouty, Répertoire de procédure civile Dalloz – Chose jugée § 12).

²² C. Bouix, « Réflexions sur le traitement des seconds pourvois en cassation » Procédures n° 6, Juin 2018, § 21.

²³ La jurisprudence de la CEDH, tout en consacrant sur ce point une forme de relativisme, montre bien que cette question *des ressources de la collectivité des individus* constitue l'une des limites implicitement admises du droit au recours : CEDH 17 janvier 2012, *Stanev c. Bulgarie*, req. n° 36760/06, § 230 ; CEDH 5 avril 2018, *Zubac c. Croatie*, req. n° 40160/12, (v. *infra* § 4.2.2.5)

4.2.2.3 – Positions alternatives récemment adoptées par la jurisprudence interne

Dans deux arrêts récents, la première chambre civile s'est distanciée de la position traditionnelle de la Cour de cassation, en acceptant d'examiner un second pourvoi visant un arrêt pourtant rendu conformément à sa doctrine, en l'état d'éléments intervenus postérieurement.

Ainsi, dans une première affaire jugée le 10 janvier 2018 (1^{re} Civ., 10 janv. 2018, n° 16-22.494, Bull. N° 2), la première chambre civile a déclaré recevable un moyen dirigé contre un arrêt de renvoi rendu conformément à l'arrêt de cassation, eu égard à l'intervention d'une loi modifiant la solution sur laquelle reposait la cassation.

Cette décision, certes intervenue dans un domaine et un contexte juridiques particuliers (la question en litige était celle des modalités de renonciation à l'immunité d'exécution dont bénéficient les missions diplomatiques des Etats étrangers, en l'état d'une solution jurisprudentielle isolée, contredite ensuite par une réforme législative), a été motivée par des considérations d'égalité de traitement, de cohérence et de sécurité juridique, conduisant ainsi la première chambre à opérer un revirement (en réalité un retour à une jurisprudence antérieure) et à donner, en quelque sorte, une portée rétroactive à la réforme législative intervenue dans l'intervalle, dont elle soulignait pourtant l'inapplicabilité au litige :

Attendu que ces dispositions législatives, qui subordonnent la validité de la renonciation par un Etat étranger à son immunité d'exécution, à la double condition que cette renonciation soit expresse et spéciale, contredisent la doctrine isolée résultant de l'arrêt du 13 mai 2015, mais consacrent la jurisprudence antérieure (1^{re} Civ., 28 septembre 2011, pourvoi n° 09-72.057, Bull. 2011, I, n° 153 ; 1^{re} Civ., 28 mars 2013, pourvois n° 10-25.938 et n° 11-10.450, Bull. 2013, I, n° 62 et 63) ; que certes, elles concernent les seules mesures d'exécution mises en œuvre après l'entrée en vigueur de la loi et, dès lors, ne s'appliquent pas au présent litige ; que, toutefois, compte tenu de l'impérieuse nécessité, dans un domaine touchant à la souveraineté des Etats et à la préservation de leurs représentations diplomatiques, de traiter de manière identique des situations similaires, l'objectif de cohérence et de sécurité juridique impose de revenir à la jurisprudence confortée par la loi nouvelle ;

Quoi qu'il en soit des particularités de ce litige, la solution retenue s'écarte de la jurisprudence issue de l'arrêt de la chambre mixte du 30 avril 1971, en ce qu'elle a nécessité de déclarer recevable un moyen remettant en cause une décision rendue conformément à l'arrêt de cassation. Qui plus est, cette solution a été retenue alors que l'élément de nature à modifier l'appréciation du litige (la loi n° 2016-1691 du 9 déc. 2016) est intervenu postérieurement à l'arrêt sur renvoi (qui était du 30 juin 2016).²⁵

²⁴ Il reste que le pourvoi est en principe ouvert « dans tous les cas où le législateur ne l'a pas exclu par une disposition claire et formelle » : Cass. civ, 12 mai 1812, cité par J.-F. Weber *La Cour de cassation*, La Documentation française 2006, p. 33,

²⁵ Pour une appréciation critique, v. B. Haftel, *La Cour de cassation, la cohérence, et la sécurité juridique*. A propos du nouveau revirement dans l'affaire *Commisimpex*, Dalloz 2018, p. 541.

Dans l'autre affaire, jugée le 30 avril 2019 (1^{re} Civ., 30 janv. 2019, n° 16-25.259), la première chambre civile, saisie d'un second pourvoi formé contre un arrêt sur renvoi rendu conformément à la cassation prononcée, avait posé une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne. Au vu de la réponse apportée par la CJUE, la première chambre a décidé de reconsidérer sa position, donnant ainsi gain de cause à l'auteur du pourvoi formé contre l'arrêt sur renvoi.²⁶

La question en jeu était celle de l'interprétation à donner à l'article 23 du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000 (dit *règlement Bruxelles I*) : de façon schématique, elle était de savoir si une clause attributive de juridiction ne visant pas spécifiquement les litiges nés de pratiques anticoncurrentielles pouvait s'appliquer, lorsque le comportement anticoncurrentiel allégué est constitutif d'un abus de position dominante. Tirant les conséquences *a contrario* d'un arrêt rendu quelques mois auparavant par la CJUE dans un cas où la clause visait des faits d'entente, la première chambre, dans le premier arrêt de cassation (1^{re} Civ., 7 oct. 2015, n° 14-16.898, Bull. N° 235), avait exclu cette possibilité en présence d'une clause muette à cet égard, sans distinguer selon la nature des comportements incriminés.

Statuant sur renvoi préjudiciel, la Cour de justice (arrêt du 24 octobre 2018, Apple Sales International e.a. C-595/17) a toutefois établi une distinction et dit pour droit que des pratiques anticoncurrentielles constitutives d'un abus de position dominante se matérialisaient dans les relations contractuelles nouées entre les sociétés signataires de la clause, et qu'elles ne sont donc pas étrangères au rapport contractuel à l'occasion duquel la clause attributive de juridiction avait été conclue, permettant à cette clause de recevoir application. Et c'est cette solution que la première chambre civile a retenue dans son arrêt du 30 avril 2019, opérant un revirement.

Dans cette affaire, la question de recevabilité s'est posée d'abord et avant tout au moment où la première chambre s'est interrogée sur la nécessité d'une question préjudicielle : au regard des principes résultant de l'arrêt de la chambre mixte du 30 avril 1971 et des arrêts postérieurs, la première chambre n'aurait, en effet, même pas dû se poser la question, et déclarer le moyen irrecevable. L'arrêt avant dire droit saisissant la CJUE de la question préjudicielle (1^{re} Civ., 11 oct. 2017, n° 16-25.259, Bull. N° 216) ne fait pas mention de cette question, cependant que le rapporteur, M. Matet, et l'avocat général, M. Sassoust, y consacrent des développements.

Le second arrêt (1^{re} Civ., 30 janvier 2019) expose quant à lui les raisons ayant conduit à examiner le moyen :

Et attendu que, par arrêt du 20 octobre 2011 (C-396/09 Interedil), la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit que le droit de l'Union s'oppose à ce qu'une juridiction nationale soit liée par une règle de procédure nationale, en vertu de laquelle

A noter que la 1^{ère} chambre civile a réitéré sa position tout récemment 1^{re} Civ., 3 février 2021, n° 19-10.669.

²⁶ Pour plus de détails sur cette affaire, cf. V. Vigneau « Application d'une clause attributive de juridiction à une action en indemnisation pour pratiques anticoncurrentielles », RJDA 2019, 5/19, p. 395.

les appréciations portées par une juridiction supérieure nationale s'imposent à elle, lorsqu'il apparaît que les appréciations portées par la juridiction supérieure ne sont pas conformes au droit de l'Union, tel qu'interprété par la Cour de justice de l'Union européenne ;

Ainsi, c'est la primauté du droit de l'Union tel qu'interprété par la CJUE qui justifie que soient mises à l'écart les règles – en l'occurrence prétoriennes – du droit national conduisant à imposer aux juridictions du fond la doctrine de la Cour de cassation et faisant obstacle à ce qu'un nouveau pourvoi soit formé lorsque, dans une affaire donnée, la juridiction de renvoi s'est conformée à cette doctrine.

La position de la CJUE exprimée dans son arrêt du 20 octobre 2011 sera examinée plus en détail ci-après (§ 4.2.2.6).

Observons à ce stade qu'au moment où la première chambre l'a saisie sur renvoi préjudiciel, la CJUE n'avait pas encore pris position sur la question : jusqu'alors, la Cour de justice avait seulement admis, et à propos d'ententes (article 101 du TFUE), la possibilité pour des clauses attributives de juridiction de déroger aux règles de compétence internationale, dès lors que ces clauses se référaient expressément à la responsabilité encourue du fait d'une infraction au droit de la concurrence. En l'absence d'une telle référence dans la clause, la Cour de cassation française en excluait l'application indistinctement à l'égard de toutes les pratiques anticoncurrentielles, cependant que la Cour suprême du Portugal jugeait une telle clause applicable à un litige relatif à un abus de position dominante (article 102 du TFUE).

C'est donc en anticipant la possibilité que la réponse attendue s'avère contraire à sa propre doctrine que la Cour de cassation a pris le parti de poser à la CJUE une question préjudicielle.²⁷

Ainsi, non seulement l'élément de nature à remettre en cause la doctrine de la Cour de cassation (c'est à dire la réponse donnée par la CJUE à la question préjudicielle) s'est-il produit après l'arrêt de la cour d'appel de renvoi (rendu conformément à la doctrine qui était jusqu'alors celle de la Cour de cassation), mais au surplus, au moment où la première chambre a elle-même décidé d'examiner le second pourvoi (donc de juger le moyen recevable) et de saisir la CJUE, la question était incertaine.

On mesure toute la distance qui sépare l'option ainsi prise par la première chambre civile de celle retenue, par exemple, dans l'arrêt précité de l'assemblée plénière du 21 décembre 2006 (pourvoi n° 05-17.690), où l'élément nouveau (à savoir un revirement de jurisprudence décidé par l'assemblée plénière) s'était produit avant que la cour d'appel de renvoi se prononce.

A titre d'observation commune à ces deux décisions rendues par la première chambre civile, on notera que les arrêts sur renvois, rendus conformément à ce qui était alors sa doctrine, n'ont pas été cassés, mais seulement annulés. La nuance est importante.

²⁷ La position de la 1^{ère} chambre civile était critiquée par la doctrine : C. Nourissat, « Clauses attributives de juridiction : quand la Cour de cassation souffle le chaud et le froid... », Procédures, 2015, comm. 358 ; M.-E. Ancel, L. Marion, « Clauses d'élection de for : le parcours du combattant », JCP éd. E 2016, 1087.

Rappelons que lorsque la décision frappée de pourvoi est légale au vu des circonstances de fait et de droit en vigueur au jour où elle a été rendue, mais qu'un événement postérieur doit conduire à sa censure, le dispositif de l'arrêt de la Cour de cassation se borne à mentionner que la décision est « annulée », sans prononcer sa « cassation ».

L'annulation sans cassation intervient ainsi chaque fois qu'est accueilli un moyen tiré de la perte de fondement juridique de la décision attaquée. Selon J. et L. Boré, *la perte de fondement juridique atteint un arrêt qui était parfaitement légal au jour de son prononcé ; elle a sa source dans un fait postérieur à l'arrêt*.²⁸

4.2.2.4 – Comparaison avec d'autres traditions juridiques

*** Juridictions administratives**

La situation des juridictions administratives, lorsque le Conseil d'Etat intervient en tant que juge de cassation, contraste avec celle des juridictions judiciaires.

Selon l'article L. 821-2 du code de justice administrative :

S'il prononce l'annulation d'une décision d'une juridiction administrative statuant en dernier ressort, le Conseil d'Etat peut soit renvoyer l'affaire devant la même juridiction statuant, sauf impossibilité tenant à la nature de la juridiction, dans une autre formation, soit renvoyer l'affaire devant une autre juridiction de même nature, soit régler l'affaire au fond si l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie.

Lorsque l'affaire fait l'objet d'un second pourvoi en cassation, le Conseil d'Etat statue définitivement sur cette affaire.

Or, selon une jurisprudence constante depuis un arrêt Botta du 8 juillet 1904, Lebon, p. 557, concl. Romieu²⁹, rendu sur un pourvoi en cassation formé contre un arrêt de la Cour de comptes, la juridiction de renvoi est tenue de se conformer à la solution de droit donnée par le Conseil d'Etat. La décision qui ne s'y conforme pas, encourt, et pour ce seul motif, l'annulation (CE 6 avril 1938, ville de Valenciennes, Lebon p. 356 ; CE 1er juin 1949, Le Bris, Lebon p. 259).³⁰

Pour des applications récentes, v. notamment CE, 9 octobre 2013, n°354025, Société Secra ; CE, 11 juin 2014, n°363168, Société Fralsen Holding ; CE, 13 mars 2015, n°364612, Office de développement de l'économie agricole d'outre-mer.

Selon M. Stahl³¹, *l'autorité de chose jugée s'impose immédiatement aux juges du fond, qui ne peuvent la méconnaître sans commettre d'erreur de droit. Cette autorité s'attache (...) aux décisions du juge de cassation, sans possibilité de « rébellion ».*

²⁸ J. et L. Boré, *Op. Cit.* n° 76.00 et s., p. 395 et s.

²⁹ v. M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Devolvé, B. Genevois, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 22ème ed., Paris : Dalloz, 2019, n°13, p.79 et s.

³⁰ R. Odent, *Contentieux administratif*, tome II, Paris : Dalloz, 2007 (réed. 1950), p. 641 et 642.

³¹ J-H. Stahl, *Recours en cassation*, *Rep. de contentieux administratif*, avril 2019, § 105.

Dans le même sens M. Chapus relève que, *en matière administrative, et contrairement à ce qu'il en est dans le système judiciaire, l'obligation pour le juge de renvoi de se conformer à la chose jugée est toujours immédiate.*³²

L'autorité de chose jugée s'attache non seulement au dispositif, mais également à chacun des motifs de la décision qui en sont le support nécessaire (v. par exemple : CE, sect, 28 novembre 1949, Sté des automobile Berliet, Lebon p. 579 ; CE, 30 décembre 2010, n°330521, SCI Les Mouettes ; CE, 7 novembre 2012, n°334424, M. et Mme Gaigne).

Notons que les recherches effectuées pour les besoins du présent rapport n'ont pas permis d'identifier de décisions dans lesquelles le Conseil d'Etat se serait prononcé sur un moyen, soulevé à l'occasion d'un second pourvoi, tiré de la contrariété entre la solution de droit appliquée par la juridiction de renvoi conformément à l'arrêt de cassation qui l'a saisie et un changement de jurisprudence intervenu postérieurement.

* Systemes étrangers

Sous les réserves d'usage qui s'imposent dès lors qu'il s'agit de comparer des systèmes judiciaires présentant leurs propres spécificités, les recherches effectuées auprès de quelques pays européens dotés d'un organe juridictionnel équivalent à la Cour de cassation française ont permis de constater que la solution communément admise est que la juridiction de renvoi doit se conformer à la solution juridique retenue dans la décision de cassation.³³

Concernant la Belgique, dont la Cour de cassation a longtemps fonctionné selon des règles très proches de celles de son homologue française, avec notamment un mécanisme prévu en cas de rébellion de la juridiction de renvoi, une réforme de 2017 a abandonné ce système pour lui substituer l'obligation faite à la juridiction de renvoi de se conformer à la solution donnée.

Désormais, aux termes de l'article 1110, alinéa 4, du code judiciaire, la juridiction de renvoi *se conforme à l'arrêt de la Cour de cassation sur le point de droit jugé par cette Cour. Aucun recours en cassation n'est admis contre la décision de cette juridiction, en tant que celle-ci est conforme à l'arrêt de cassation.*

Il n'apparaît pas que, depuis cette réforme de 2017, la Cour de cassation belge ait été confrontée à la question de la recevabilité d'un pourvoi, en présence d'un revirement intervenu dans l'intervalle.

En Allemagne, la Cour fédérale de justice (le *Bundesgerichtshof*), lorsqu'elle annule le jugement déféré, statue elle-même au fond, si la solution du litige ne nécessite pas de nouvelles constatations sur les faits, et, à défaut, renvoie l'affaire à la juridiction dont la

³² R. Chapus, Droit du contentieux administratif, Paris : Montchrestien, 11ème éd., 1999, § 1246

³³ Observons que certains pays, quoique de tradition juridique proche de celle de la France, ne connaissent pas le système du renvoi : ainsi, le *Tribunal supremo* espagnol, lorsqu'il accueille le recours, doit résoudre lui-même le litige, sans renvoi (article 487, § 3, de la *Ley de Enjuiciamiento civil*).

décision a été censurée : en ce cas, la solution juridique à la base de l'annulation s'impose alors à celle-ci (article 653 [2] du code de procédure civile).³⁴

En outre, le site du *Bundesgerichtshof* précise que *bien que la force obligatoire des jugements de la Cour fédérale de justice soit formellement limitée au seul litige, les juridictions inférieures suivent son interprétation de la loi presque sans exception.*

Ajoutons qu'un pourvoi devant le *Bundesgerichtshof* à l'encontre d'une décision rendue par la juridiction de renvoi n'est recevable que si la juridiction en a prévu la possibilité dans sa décision : cette possibilité ne sera, en pratique, pas envisagée dès lors que la décision se conforme à la décision d'annulation.

En Italie, la *Corte suprema di cassazione*, lorsqu'elle casse la décision qui lui est déférée, a le pouvoir et le devoir d'énoncer le principe de droit qui devra présider à la résolution du litige, principe auquel la juridiction de renvoi devra se conformer (article 384 du code de procédure civile). Toutefois, les principes établis par la *Corte suprema di cassazione* ne sont pas contraignants pour les juges du fond lorsqu'ils doivent trancher des affaires différentes.

Les recherches effectuées pour les besoins du présent rapport n'ont pas permis d'identifier de cas où la *Corte suprema di cassazione* aurait eu à se prononcer sur la recevabilité d'un pourvoi formé contre une décision qui se serait conformée à sa décision.

Aux Pays-Bas, enfin, les décisions de la juridiction suprême en matière civile, pénale et fiscale, le *Hoge Raad*, qui juge en droit, lient la juridiction de renvoi (articles 424 du code de procédure civile et 440 du code de procédure pénale). La juridiction de renvoi doit reprendre le procès dans l'état où il se trouvait lorsque la juridiction ayant rendu le jugement cassé a statué. En principe, les parties ne sont pas admises à invoquer de nouveaux faits, de nouvelles preuves, ou former de nouvelles demandes ou de nouvelles défenses.

Toutefois, le *Hoge Raad* a admis la possibilité de tenir compte de certains développements survenus après le prononcé de la décision cassée, notamment lorsque la loi a changé, ce qui autorise les parties à modifier leurs moyens.

Lorsqu'un revirement de jurisprudence se produit entre le moment où la décision rendue a été cassée et le moment où le *Hoge Raad* statue, celui-ci donne alors instruction à la juridiction de renvoi d'autoriser les parties à actualiser leurs demandes (*Hoge Raad* 14 janvier 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA427).

Les recherches effectuées pour les besoins du présent rapport n'ont pas permis d'identifier de cas où un revirement se serait produit entre la décision de cassation et l'examen du litige par la juridiction de renvoi.

³⁴ Selon C. Witz (Le droit allemand, Dalloz, 3e éd., 2018, p. 43), *une résistance de la juridiction de renvoi est inconcevable.*

4.2.2.5 – Droit de la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales (CESDH)

La Cour européenne des droits de l’homme (CEDH) n’a, en l’état, pas eu à se prononcer sur la conventionalité du dispositif privant un plaideur de la possibilité de contester la solution adoptée par une juridiction de renvoi conformément à la doctrine de sa juridiction de cassation. Cette absence de précédent ne doit pas surprendre, si l’on considère la singularité du système français qui vient d’être signalée.

Dès lors, il reviendra à l’assemblée plénière d’apprécier dans quelle mesure la solution – quelle qu’elle soit – qu’elle aura à adopter est de nature à soulever un problème d’inconventionalité, ou si elle se situe dans le champ des *limitations implicitement admises* ou des *marges d’appréciation* laissées aux Etats membres.

La question doit être appréciée au regard du droit d’accès à un tribunal et du droit à la sécurité juridique, qui, l’un et l’autre, découlent de l’article 6 § 1 de la CESDH.

*** Concernant le droit d’accès à un tribunal**

Ce droit a été affirmé à de nombreuses reprises, de même que son caractère non absolu, sous réserve que les limitations dont il peut faire l’objet n’apportent pas une restriction telle que le droit à un tribunal s’en trouve atteint dans sa substance même. Ces principes ont été récemment réaffirmés par la CEDH dans l’arrêt de grande chambre du 15 mars 2018, *Naït-Liman c. Suisse* [GC], req. n° 51357/07 :

112. La Cour rappelle que le droit d’accès à un tribunal – c’est-à-dire le droit de saisir un tribunal en matière civile – constitue un élément inhérent au droit énoncé à l’article 6 § 1 de la Convention, qui pose les garanties applicables en ce qui concerne tant l’organisation et la composition du tribunal que la conduite de la procédure. Le tout forme le droit à un procès équitable protégé par l’article 6 § 1 (Baka c. Hongrie [GC], n° 20261/12, § 120, CEDH 2016 ; et Golder c. Royaume-Uni, 21 février 1975, § 36, série A n° 18).

113. Le droit à un procès équitable, garanti par l’article 6 § 1 de la Convention, doit s’interpréter à la lumière du principe de la prééminence du droit, qui exige l’existence d’une voie judiciaire effective permettant de revendiquer les droits civils (voir, parmi d’autres, Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse [GC], n° 5809/08, § 126, CEDH 2016 ; Eşim c. Turquie, n° 59601/09, § 18, 17 septembre 2013, et Běleš et autres c. République tchèque, n° 47273/99, § 49, CEDH 2002 IX). Chaque justiciable a droit à ce qu’un tribunal connaisse de toute contestation relative à ses droits et obligations de caractère civil. C’est ainsi que l’article 6 § 1 de la Convention consacre le droit à un tribunal, dont le droit d’accès, à savoir le droit de saisir un tribunal en matière civile, constitue un aspect particulier (voir, parmi d’autres, Howald Moor et autres c. Suisse, n°s 52067/10 et 41072/11, § 70, 11 mars 2014, et Golder, précité, § 36).

114. Toutefois, le droit d’accès à un tribunal n’est pas absolu et se prête à des limitations implicitement admises, car il appelle de par sa nature même une réglementation par l’État, lequel jouit à cet égard d’une certaine marge d’appréciation (Baka, précité, § 120 ; Al-Dulimi et Montana Management Inc., précité, § 129 ; Yabansu et autres c. Turquie, n° 43903/09, § 58, 12 novembre 2013, et Howald Moor et autres, précité, § 71). Cela étant, ces limitations ne sauraient restreindre l’accès ouvert à un justiciable de manière ou à un point tels que son droit à un tribunal s’en trouve atteint dans sa substance même (Baka, précité, § 120 ; Al-Dulimi et Montana Management Inc., précité, § 129 ; Stanev c. Bulgarie [GC], n° 36760/06, § 230, CEDH 2012, et Howald Moor et autres, précité, § 71).

115. En outre, les limitations appliquées ne se concilient avec l'article 6 § 1 de la Convention que si elles poursuivent un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (*Baka*, précité, § 120 ; *Al-Dulimi et Montana Management Inc.*, précité, § 129 ; *Stubbings et autres c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1996, § 50, Recueil 1996 IV ; *Stagno c. Belgique*, n° 1062/07, § 25, 7 juillet 2009, et *Howald Moor et autres*, précité, § 71).

Dans un arrêt du 31 janvier 2012 *Assunção Chaves c. Portugal* req. n° 61226/08, § 70, la CEDH a rappelé que le droit d'accès à un tribunal devait faire l'objet d'une appréciation globale, *les garanties devant être assurées devant toutes les juridictions, qu'elles soient du premier degré, d'appel, ou de cassation, une juridiction supérieure pouvant effacer la violation initiale d'une clause de la Convention*.

S'agissant spécifiquement de l'exercice d'un pourvoi en cassation, tout en énonçant que l'appréciation doit s'effectuer *in globo*, la CEDH a, dans l'arrêt du 24 avril 2008, *Kemp et autres c. Luxembourg*, req. n° 17140/05, admis que les conditions de recevabilité d'un pourvoi en cassation pouvaient être plus rigoureuses que pour un appel (§ 48), et précisé que les requérants doivent pouvoir s'attendre à ce que les règles relatives aux formalités pour exercer un recours, qui visent à assurer la bonne administration de la justice et le respect, en particulier, du principe de sécurité juridique, soient appliquées (§ 49).

Il n'est pas indifférent de rappeler que la CEDH admet le principe de procédés de filtrage des pourvois. C'est ainsi, tout d'abord que dans un arrêt du 19 décembre 1997 *Brualla Gómez De la Torre c. Espagne*, req. n° 26767/95, elle a considéré que la fixation d'un montant minimum pour former un pourvoi en cassation ne contrevient pas en soi au droit à l'accès à un tribunal, et a admis que le doublement du taux, destiné à éviter un encombrement excessif du rôle du Tribunal suprême par des affaires de moindre importance ne portaient pas atteinte à la substance de son droit à un tribunal, dès lors qu'en l'occurrence, la procédure devant le Tribunal suprême succédait à un examen par un tribunal de première instance puis par une juridiction d'appel disposant de la plénitude de juridiction.

Dans un arrêt du 5 avril 2018, *Zubac c. Croatie*, req. n° 40160/12, elle a récemment réaffirmé que l'existence d'un seuil déterminé pour le taux de ressort applicable aux recours devant la Cour suprême d'un Etat membre poursuivait un but légitime et n'était pas disproportionnée.

Elle a également admis le principe d'une procédure préalable d'admission des pourvois en cassation dans un arrêt du 28 janvier 2003 *Burg et autres contre France*, req. n° 34763/02, confirmant ainsi la position qu'elle avait précédemment prise pour le Conseil d'Etat dans l'arrêt du 21 mars 2002, *Immeubles Groupe Kosser c. France*, req. n° 38748/97.

En sens inverse, il apparaît que les cas dans lesquels la CEDH a été amenée à constater une violation du droit d'accès à un tribunal concernent principalement des questions où étaient en jeu la détermination du point de départ du délai d'exercice d'un recours (CEDH 25 janvier 2000 *Miragall Escolano et autres c. Espagne*, req. n° 38366/97 et s. ; CEDH 12 novembre 2002, *Zvolsky et Zvolska c. République tchèque*, req. n° 46129/99 ; CEDH 28 octobre 1998 *Pérez De Rada Cavanilles c. Espagne*, req. n° 28090/95 ; CEDH 30 octobre 2018, *Kursun c. Turquie*, req. n° 22677/10), le défaut d'accomplissement d'une formalité purement matérielle, non imputable au requérant (CEDH 16 novembre 2000 *Sotiris et Nikos Koutras Attee c. Grèce*, req. n° 39442/98), une erreur d'appréciation de la valeur en litige pour déterminer l'admissibilité d'un recours (CEDH 31 janvier 2017 *Hasan Tunç et autres c. Turquie*, req. n° 19074/05) ou encore l'exigence d'une réplique aux arguments adverses

conditionnant la recevabilité d'un pourvoi en cassation (CEDH 18 octobre 2016 Miessen c. Belgique, req. n° 31517/12).

De façon synthétique, on peut avancer que le droit d'accéder à un tribunal présente en réalité deux aspects sur lesquels les exigences de la CEDH n'ont pas la même intensité : d'un côté, *le droit d'intenter une procédure devant un tribunal*, à propos duquel la CEDH fait montre d'une grande sévérité, de l'autre, *le droit de voir sa cause réellement entendue par un juge*, où elle procède avec davantage de souplesse, notamment pour ce qui est des phases procédurales devant les juridictions suprêmes ou de cassation³⁵.

A la lumière des éléments qui précèdent on peut relever que, du point de vue d'une appréciation globale de la procédure, le requérant a, en l'espèce, bénéficié de la possibilité de voir son recours examiné au fond à deux reprises³⁶, ce qui permet de se demander si son droit d'accès à un tribunal a été atteint dans sa substance. En admettant que ce puisse être le cas et en laissant de côté le fait que l'irrecevabilité qui lui est opposée par son contradicteur ne concerne pas le recours lui-même mais le moyen soulevé (ce qui, en l'espèce, revient au même), on peut avancer que le requérant pouvait s'attendre à ce que la règle invoquée, qui repose sur une jurisprudence réaffirmée à plusieurs reprises par la formation la plus solennelle de la Cour de cassation, le soit. Enfin, cette règle, qui tend à maîtriser la durée des procès et à assurer la sécurité juridique, ne procède pas d'une exigence purement formelle qui serait hors de proportion avec de tels objectifs.

* En ce qui concerne le principe de la sécurité juridique

Ce principe, à la différence du précédent, joue *a priori* en défaveur de la thèse du pourvoi, puisque la recevabilité du moyen suppose que l'assemblée plénière abandonne la jurisprudence qui était jusqu'à présent la sienne. Le défendeur au pourvoi pourrait ainsi objecter que le revirement opéré déjoue ses prévisions et porte atteinte à la sécurité juridique.

Consacré de longue date, le principe de sécurité juridique n'a toutefois pas une portée absolue ; il a été notamment exprimé sous ses différents aspects et limites dans l'arrêt du 26 mai 2011, Legrand c. France, req. n° 23228/08

33. La Cour rappelle que l'un des éléments fondamentaux de la prééminence du droit, à la lumière de laquelle s'interprète le droit à un procès équitable garanti par l'article 6 § 1, est le principe de la sécurité des rapports juridiques. Ce principe implique, entre autres, que la solution donnée de manière définitive à tout litige par les tribunaux ne soit plus remise en cause (Brumărescu c. Roumanie [GC], n° 28342/95, § 61, CEDH 1999-VII).

34. De plus, l'accessibilité, la clarté et la prévisibilité des dispositions légales et de la jurisprudence assurent l'effectivité du droit d'accès à un tribunal, s'agissant notamment des règles de forme, de délais de recours et de prescription (De Geouffre de la Pradelle c. France, 16 décembre 1992, § 33, série A n° 253-B, Bellet c. France, 4 décembre 1995, § 37, série A n° 333-B, et Brumărescu, précité, § 65).

³⁵ V. D. Szymczak, « Le filtrage des recours devant les cours suprêmes nationales : la position de la Cour européenne des droits de l'Homme », in Rapport du Club des juristes sur « La régulation des contentieux devant les cours suprêmes », octobre 2014, pp. 160 à 173

³⁶ Il sera rappelé qu'il n'avait pas formé de demandes indemnitaires au titre du préjudice d'anxiété en première instance.

35. La Cour a par ailleurs jugé, dans l'arrêt *Marckx c. Belgique* (13 juin 1979, § 58, série A n° 31), que le principe de sécurité juridique, nécessairement inhérent au droit de la Convention comme au droit communautaire, dispensait l'Etat belge de remettre en cause les actes ou les situations antérieures au prononcé de l'arrêt de la Cour, mais il s'agissait là d'un obiter dictum en réponse à l'intérêt qu'avait manifesté le Gouvernement belge à connaître la portée dans le temps de l'arrêt de la Cour dans cette affaire (*Unédic c. France*, n° 20153/04, § 73, 18 décembre 2008).

36. Pour autant, la Cour a également estimé que les exigences de la sécurité juridique et de protection de la confiance légitime des justiciables ne consacrent pas de droit acquis à une jurisprudence constante (*Unédic*, précité, § 71). Dans cette affaire, elle a ainsi jugé, s'agissant d'un revirement qui concernait l'application d'une règle de fond, qu'aucune entrave n'avait été apportée à l'un des droits garantis par l'article 6 (*Unédic*, précité, §§ 75 et 78).

37. Elle rappelle à cet égard qu'une évolution de la jurisprudence n'est pas en soi contraire à une bonne administration de la justice, dès lors que l'absence d'une approche dynamique et évolutive empêcherait tout changement ou amélioration (*Atanasovski c. « l'ex-République yougoslave de Macédoine »*, n° 36815/03, § 38, 14 janvier 2010).

38. C'est ainsi que dans l'arrêt *Marckx*, la Cour s'est fondée sur deux principes généraux de droit rappelés par la Cour de Justice des Communautés européennes : « les conséquences pratiques de toute décision juridictionnelle doivent être pesées avec soin », mais « on ne saurait (...) aller jusqu'à infléchir l'objectivité du droit et compromettre son application future en raison des répercussions qu'une décision de justice peut entraîner pour le passé » (précité, § 58).

La CEDH considère ainsi qu'une évolution de la jurisprudence n'est pas en soi contraire à une bonne administration de la justice (CEDH, 29 novembre 2016, *Paroisse Gréco-catholique Lupeni et autres c. Roumanie* [GC], req. n° 76943/11, § 116), car l'abandon d'une approche dynamique et évolutive risquerait d'entraver toute réforme ou amélioration (CEDH, *Nejdet Sahin et Perihan Sahin* [GC], req. n° 13279/05, § 58).

L'exigence de prévisibilité de la norme suppose toutefois une obligation de motivation renforcée en cas d'évolution de la jurisprudence. Ainsi, dans l'arrêt du 14 janvier 2010, *Atanasovski c. Ex-République yougoslave de Macédoine*, req. n° 36815/03, la CEDH est venue préciser que l'existence d'une jurisprudence bien établie imposait à la juridiction suprême nationale d'exposer de façon détaillée les motifs de son revirement.³⁷

³⁷ 38. In these circumstances, the Court observes that the Supreme Court changed the jurisprudence in the applicant's case by deciding it contrary to already established case-law on the matter. In this connection, the Court notes that case-law development is not, in itself, contrary to the proper administration of justice since a failure to maintain a dynamic and evolutive approach would risk rendering it a bar to reform or improvement. However, it recalls that the existence of an established judicial practice should be taken into account in assessing the extent of the reasoning to be given in a case (see, *mutatis mutandis*, *Gorou v. Greece (no. 2)* [GC], no. 12686/03, § 38, ECHR 2009). In the present case, the Supreme Court deviated from both the lower courts' and its own jurisprudence on the matter. In this connection, the Court recalls that the requirement of judicial certainty and the protection of legitimate expectations do not involve the right to an established jurisprudence (see *Unédic v. France*, no. 20153/04, § 74, 18 December 2008). However, given the specific circumstances of the case, the Court considers that the well-established jurisprudence imposed a duty on the Supreme Court to make a more substantial statement of reasons justifying the departure. That court was called upon to provide the applicant with a more detailed explanation as to why his case had been decided contrary to the already existing case-law. A mere statement that the employers were no longer required to provide concrete reasons for reassignment, but only to refer to one of the terms specified in the Collective Agreement was insufficient. While such a technique of scarce reasoning by the highest court is, in

Ajoutons que si une divergence de jurisprudence entre deux juridictions ne saurait en soi constituer un motif autonome de manquement aux exigences de l'article 6 § 1, des divergences de jurisprudence persistantes au sein d'une structure juridictionnelle hiérarchisée et l'absence de mécanismes permettant de les résoudre sont de nature, par l'incertitude qu'elles engendrent, à porter atteinte au droit à un procès équitable (CEDH, 24 mars 2009, Tudor Tudor c/ Roumanie, req. n° 21911/03).

En conséquence, il n'apparaît pas que l'abandon de la solution précédemment consacrée par la chambre mixte et l'assemblée plénière à propos de l'exercice d'un nouveau pourvoi contreviendrait aux exigences du droit à la sécurité juridique tel qu'appréhendé par la CEDH. S'agissant d'une jurisprudence bien établie, il importerait seulement que son abandon fasse l'objet d'une motivation renforcée, ce qui est d'ores et déjà la pratique de la Cour de cassation.

Notons enfin que le revirement demandé n'aurait pas pour effet de priver le requérant de son droit d'accès à un tribunal (au sens de l'arrêt Legrand c. France précité, § 41), puisque, bien au contraire, ce revirement aurait pour effet de réaliser cet accès.

4.2.2.6 – Droit de l'Union

Dans l'arrêt du 20 octobre 2011, Interedil, C-396/09, auquel s'est expressément référée la première chambre civile dans l'arrêt précité du 30 avril 2019 (cf. *supra* paragraphe 4.2.2.3), la CJUE a dit pour droit que :

Le droit de l'Union s'oppose à ce qu'une juridiction nationale soit liée par une règle de procédure nationale, en vertu de laquelle les appréciations portées par une juridiction supérieure nationale s'imposent à elle, lorsqu'il apparaît que les appréciations portées par la juridiction supérieure ne sont pas conformes au droit de l'Union, tel qu'interprété par la Cour.

La CJUE était saisie d'une question préjudicielle portant sur l'interprétation de l'article 3 du règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil, du 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité, et plus précisément sur la détermination du centre des intérêts principaux d'une société débitrice, l'enjeu étant de savoir devant les tribunaux de quel Etat membre une procédure de faillite pouvait être ouverte contre cette société.

Dans cette affaire, un créancier poursuivant avait requis l'ouverture d'une procédure de faillite (*fallimento*) devant le *Tribunale di Bari* ; contestant la compétence de cette juridiction en raison du transfert de son siège social au Royaume-Uni, la société débitrice a élevé une contestation sur la compétence devant la Cour de cassation italienne (*Corte suprema di cassazione*), laquelle a désigné le *Tribunale di Bari* comme étant la juridiction compétente. Doutant de cette solution, bien que, selon une jurisprudence bien établie, la décision prise par la *Corte suprema di cassazione* soit définitive et contraignante, le *Tribunale di Bari* a saisi la CJUE d'une question préjudicielle.

principle, acceptable, in the circumstances of the present case it failed to satisfy the requirements of a fair trial.

Ces précisions permettent de constater que, dans cette affaire, la Cour de cassation italienne n'est pas à proprement intervenue comme juge de cassation, mais comme organe régulateur de la compétence territoriale (*règlement de juges*) : sa décision désignant le tribunal compétent n'est pas une décision de cassation par laquelle elle aurait censuré l'analyse d'une juridiction inférieure et dicté la solution adéquate à une juridiction de renvoi, mais une décision dans laquelle elle a elle-même tranché un litige de compétence, sa décision s'imposant d'elle-même.

Dans cette mesure, on pourrait considérer que la portée de la décision de la CJUE est à relativiser. Néanmoins, la généralité des termes employés par la Cour de justice incitent à donner une portée plus large à la décision prise, qui rappelle la primauté du droit de l'Union (et le caractère obligatoire de l'interprétation qu'elle en donne) sur les règles de procédure des Etats-membres pouvant faire échec à son application.

Du reste, dans une affaire précédente (arrêt du 5 octobre 2010, Elchinov, C-173/09), la CJUE avait été encore plus explicite :

Le droit de l'Union s'oppose à ce qu'une juridiction nationale, à laquelle il incombe de statuer à la suite du renvoi qui lui a été fait par une juridiction supérieure saisie sur pourvoi, soit liée, conformément au droit procédural national, par des appréciations portées en droit par la juridiction supérieure, si elle estime, eu égard à l'interprétation qu'elle a sollicitée de la Cour, que lesdites appréciations ne sont pas conformes au droit de l'Union.

La brèche ainsi introduite par la CJUE dans les règles de droit interne soumettant une juridiction nationale à la solution de la juridiction de cassation concerne prioritairement les situations dans lesquelles un tel mécanisme joue directement : cas des systèmes dans lesquels la décision de cassation s'impose immédiatement à la juridiction de renvoi, procédure de rébellion du droit français.

Mais il est manifeste qu'elle doit également jouer dans le cas de figure où – comme dans le présent pourvoi – c'est sans y être juridiquement contrainte que la juridiction de renvoi a adopté la doctrine de la Cour de cassation ; car de cette adhésion volontaire à la doctrine de la Cour par la juridiction de renvoi découle une règle prétorienne contraignante : l'irrecevabilité du moyen visant à remettre en cause cette doctrine, à l'occasion d'un nouveau pourvoi.

C'est en tout cas en ce sens que la première chambre civile s'est déterminée dans l'arrêt précédemment cité du 30 avril 2019.

Il reste que la position prise par la CJUE, consistant à approuver et même encourager la mise en œuvre du mécanisme du renvoi préjudiciel, à un tel stade du procès, et à affirmer à cette occasion la primauté du droit communautaire, ne préjuge pas de la situation qui serait advenue si, par exemple dans l'affaire jugée par la première chambre civile le 30 avril 2019, le renvoi préjudiciel n'avait pas été mis en œuvre et le moyen déclaré irrecevable. Il est peu vraisemblable qu'en s'abstenant de poser une question préjudicielle à un stade aussi avancé du litige, la Cour de cassation aurait exposé l'Etat français à une action en manquement.

Observons à cet égard que la CJUE est attentive à préserver la sécurité juridique : elle l'a affirmé à propos de la remise en cause des actes communautaires entraînant des effets de droit ³⁸, mais également à propos des décisions juridictionnelles des Etats de l'Union :

En vue de garantir aussi bien la stabilité du droit et des relations juridiques qu'une bonne administration de la justice, il importe que des décisions juridictionnelles devenues définitives après épuisement des voies de recours disponibles ou après expiration des délais prévus pour ces recours ne puissent plus être remises en cause. (CJCE 30 sept. 2003, Köbler, aff. C-224/01 n° 38. – CJUE, 2e ch. 10 juill. 2014, Impresa Pizzarotti, aff. C-213/13).

Elle a ainsi jugé que l'impératif de stabilité de la chose jugée justifiait l'absence de réexamen d'une décision irrévocable contraire au droit communautaire (CJCE 1^{er} juin 1999 Eco Swiss China Time Ltd, aff. C-126/97 ; 16 mars 2006, Rosmarie Kapferer, aff. C-234/04, JCP 2006. II. 10174, note Kostova-Bourgeix ; RTD civ. 2006. 728, obs. Remy-Corlay ; CJUE, gde ch. 6 oct. 2015, Târsia, aff. C-69/14, Europe 2015, 10, comm. 476, obs. Simon).

4.2.2.7 – Appréciations doctrinales

Approuvée dans un premier temps par une partie de la doctrine ³⁹, la solution dégagée par la chambre mixte en 1971 a suscité des doutes et des interrogations grandissantes, à la faveur de la réaffirmation du principe par l'assemblée plénière.

La plupart des auteurs s'accordent sur la nécessité de contenir l'aspiration individuelle à *tenter sa chance*, et de ne pas ouvrir la porte à un *acharnement judiciaire*. On note ainsi qu'*il est peu satisfaisant qu'un débat de droit déjà tranché puisse être perpétuellement recommencé devant la Cour suprême, à la requête de plaideurs infatigables et obstinés, pour qui les frais ne comptent pas.* ⁴⁰

Pour autant, tant la lecture *a contrario* des textes que les nécessités d'une bonne administration de la justice ne sont généralement plus perçues comme constituant un fondement suffisant à la solution.⁴¹ Certains auteurs vont jusqu'à évoquer *des motivations fatiguées*, et dénoncer *la posture un peu caricaturale tenant à l'infaillibilité de la Cour suprême.* ⁴²

En résumé, l'irrecevabilité *se comprend et serait mieux acceptée si la solution avait été posée par la loi.* ⁴³

³⁸ CJCE 30 janv. 1997, aff. C-178/95, Rec. CJCE-I 585. CJCE 12 oct. 1978, aff. 156/77, Rec. CJCE-I 1881. – 9 mars 1994, aff. C-188/92, Rec. CJCE-I 833. – 22 oct. 2002, aff. C-241/01)

³⁹ P. Hébraud, *Op. Cit.* ; H. Guyader " Conditions d'examen des pourvois dirigés contre des arrêts de renvoi conformes à la position déjà acquise" JCP, G, 2007, II, 10016.

⁴⁰ J. et L. Boré, *Op. Cit.*, n° 133-13

⁴¹ En ce sens, P. Fleury-Le Gros, La Semaine juridique Ed Entreprise n° 17, 26 avril 2007, 1529.

⁴² R. Libchaber, « Le mécanisme du pourvoi dans l'élaboration de la jurisprudence », JCP G. n° 36, 31/08/15, 909.

⁴³ R. Libchaber, *Op. Cit.* Dans le même sens : F. G'Sell- Macrez, « Retour sur la portée des revirements de jurisprudence : à propos des arrêts La Briocherie et Centea du 21 décembre 2006 », revue Lamy des affaires, n°15, n° 882, p. 35.

Or, si la solution est apparue compréhensible dans le principe, elle cesse de l'être pour beaucoup d'auteurs en présence d'un revirement : *cette position raisonnable ne va plus de soi quand la légalité objective a changé et qu'une règle nouvelle est invocable devant la Cour alors que le litige n'est pas clos : est-il choquant de lui demander de revoir sa position, de sorte à se ranger à celle qu'elle suit dorénavant ?* (R. Libchaber, *Op. Cit.*)

De même, on a fait observer que *la règle issue du revirement est, par hypothèse, préférable à la précédente : en faire bénéficier les parties pouvait être souhaitable.* (F. G'Sell-Macrez, *Op. Cit.*).

Il y aurait même *une injustice, si un revirement de jurisprudence est intervenu entre-temps, à ce que le plaideur déjà jugé ne puisse en bénéficier, en formant un pourvoi contre l'arrêt de la juridiction de renvoi.* (J. et L. Boré, *Op. Cit.*).

M. Lichaber estime que *l'irrecevabilité mécaniquement opposée à certains moyens aboutit à maintenir des solutions contraires à la légalité* et que, ce faisant, la Cour exposerait la responsabilité de l'Etat.

Dans les circonstances particulières de l'une des deux affaires jugées par l'assemblée plénière en 2006, où celle-ci avait jugé irrecevable le pourvoi formé contre un arrêt s'étant conformé à l'arrêt de cassation en faisant une application rétroactive de la loi Murcef, cependant que, dans l'intervalle, l'assemblée plénière avait abandonné cette solution, certains commentateurs ont considéré qu'*en statuant de la sorte, l'assemblée plénière expose la France à une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme pour violation de l'article 6 de la C.E.D.H. ainsi que de l'article 1^{er} du Protocole additionnel de cette convention, en privant le plaideur d'une espérance légitime d'obtenir le gain de son procès.*⁴⁴

Ce risque de condamnation ne fait toutefois pas l'unanimité, d'autres auteurs stigmatisant au contraire *l'instrumentalisation de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme pour faire rebondir sans cesse les affaires qui, en leur temps, ont été correctement jugées.*⁴⁵

Observons que l'arrêt de la première chambre civile du 30 janvier 2019, dans lequel la primauté du droit de l'Union a permis de faire échec à l'irrecevabilité du moyen, a été bien accueilli par les commentateurs, même s'il l'a surtout été au regard de la solution elle-même.⁴⁶

4.2.2.8 – Remarques complémentaires

*** Sur une possible modulation de la solution**

Dans son avis devant l'assemblée plénière, M. de Gouttes avait proposé que la solution à donner à la recevabilité du moyen soulevé au soutien d'un deuxième pourvoi contre un arrêt de renvoi rendu conformément à l'arrêt de cassation puisse dépendre de certains critères. C'est ainsi qu'il proposait que le moyen soit déclaré recevable dans trois

⁴⁴ L. Ruet et C. Ruet, Defrénois mai 2007, Jurisprudence n° 38552, p. 363, § 9.

⁴⁵ H. Guyader, *Op. Cit.*

⁴⁶ C. Nourissat *Op. Cit.* ; L. Idot, *Revue critique de droit international privé* 2019, P. 786 ; C. Mongouachon, *Europ* n° 8-9, août 2019, chron. 3

situations : lorsqu'un revirement (ou un événement de nature à changer la doctrine de la Cour) s'est produit avant l'examen de l'affaire par la juridiction de renvoi ; lorsque ce revirement est le fait de l'assemblée plénière ; lorsque la règle nouvelle est imposée par une norme internationale ayant primauté sur le droit interne. Il signalait la possibilité d'un critère complémentaire tenant au caractère effectif ou non de l'effet rétroactif du revirement à l'égard des parties, tout en soulignant la difficulté de mise en œuvre de ce dernier critère.

Une proposition voisine a été exprimée par M. Libchaber dans sa chronique précitée.⁴⁷

Selon cet auteur, le moyen reprochant à la cour d'appel d'avoir statué conformément à l'arrêt de cassation qui la saisissait *est irrecevable, sauf à ce qu'une norme nouvelle, invocable devant la Cour, soit susceptible de conduire à une solution différente*. Ce pourrait être le cas lorsque *l'évolution est due à une loi déclarée rétroactive, à un revirement de jurisprudence ou à l'intervention d'une norme supérieure dont la prise en compte s'impose aussitôt à la Cour : norme internationale, décision du Tribunal des conflits voire du Conseil constitutionnel*.⁴⁸

Il a été parfois avancé que la mise en œuvre de tels critères supposerait un débat préalable, de fond, s'accommodant mal avec l'examen d'une fin de non-recevoir.⁴⁹

L'objection n'apparaît pas totalement dirimante : l'examen d'une fin de non-recevoir nécessite parfois de procéder à une appréciation de circonstances de fait et de droit, selon une intensité proche d'un débat de fond. La fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée, par exemple, peut s'avérer d'une grande complexité et nécessite, quoi qu'il en soit, de comparer ce qui a été jugé avec la prétention nouvellement formée ; cet exercice présente de fortes similitudes avec celui consistant à apprécier si un revirement s'est produit et si ce revirement est de nature à modifier la solution à donner au litige.

Il convient, à cet égard, de rappeler que la pratique de la Cour de cassation étant désormais de recourir à une motivation développée ou enrichie lorsqu'elle procède à un revirement de jurisprudence, l'identification du revirement et l'appréciation de sa portée s'en trouvent grandement facilitées au regard de la situation antérieure.⁵⁰

S'agissant du critère tenant à l'intervention d'une norme internationale de niveau supérieur, critère que la première chambre civile a d'ores et déjà mis en œuvre (cf. *supra* § 4.2.2.3), son application peut, certes, s'avérer délicate lorsque la norme en question ne répond pas expressément au point en discussion, mais procède d'un principe général susceptible de dicter la solution du litige.

⁴⁷ Dans le même sens : F. G'Sell- Macrez, *Op. Cit.*

⁴⁸ A noter que cet auteur marque sa préférence pour une solution plus radicale mais supposant de modifier les textes : imposer à la juridiction de renvoi de suivre la position exprimée, dès la première cassation. Ceci éviterait la prolongation des litiges et permettrait aux décisions de la Cour de tendre *vers des îlots de stabilité, certes transitoires, contrastant avec l'instabilité qui est devenue notre quotidien*.

⁴⁹ En ce sens, rapport Loriferne sous Ass. plén. 21 décembre 2006, p. 59 ; C. Bouix, *Réflexions sur le traitement des seconds pourvois en cassation Procédures n° 6*, Juin 2018, § 17.

⁵⁰ Sur la difficulté du « repérage » d'un revirement, v. N. Molfessis, *Les revirements de jurisprudence*, pp. 135-160 *in* *La cour de cassation et l'élaboration du droit*, Etudes juridiques, Economica, 2004, § 4.

Il est incontestable qu'en ce cas, l'appréciation de la pertinence de la règle invoquée conduira à *interroger* le fond du litige. C'est particulièrement vrai du droit de la CESDH, encore que celui-ci soit de plus en plus développé grâce au *corpus* normatif que constitue la jurisprudence de la CEDH. C'est sans doute moins vrai du droit de l'Union, particulièrement en ce qui concerne le droit dérivé. Dans tous les cas, la nécessité de procéder à un examen de la pertinence de la norme constitue une difficulté éventuelle d'appréciation mais non un obstacle juridique.

Quant au critère tenant au niveau de la formation à l'origine du revirement (critère formel), il ne soulève par nature aucune difficulté de mise en œuvre.

Observons que depuis la réforme introduite par la loi du 3 janvier 1979, l'assemblée plénière peut être saisie en dehors de l'hypothèse d'une rébellion, lorsque *l'affaire pose une question de principe*.⁵¹ Ce rôle nouvellement confié à l'assemblée plénière dans l'élaboration de la jurisprudence, qui ne pouvait être anticipé au moment où, en 1971, la position de la Cour de cassation s'est cristallisée sur l'irrecevabilité d'un moyen visant à remettre en cause la doctrine retenue dans le premier arrêt de cassation, aurait pu conduire la Cour à opérer un revirement en 2006.

Il constitue, quoi qu'il en soit, un critère objectif incontestable.

* Sur l'impact d'un revirement en faveur de la recevabilité du moyen

Dans ses conclusions devant la chambre mixte, M. Lindon soulignait en recourant à différentes métaphores le risque d'afflux de pourvois auquel la Cour de cassation s'exposerait en déclarant recevable le moyen. Le fait est que la solution adoptée a eu un effet dissuasif, si on en juge par le nombre réduit de cas dans lesquels les parties ont tenté de faire revenir la Cour de cassation sur sa doctrine, à l'occasion d'un nouveau pourvoi (sur les éléments chiffrés, cf. § 4.2.2.2) .

La question de l'impact d'un revirement sur ce point est d'importance, même s'il est difficile d'en quantifier l'ampleur. Cette ampleur dépend en outre de la solution retenue.

Si la recevabilité devait, tout d'abord, obéir au critère temporel précédemment mentionné, il est permis de considérer, compte tenu de la rareté relative des revirements de jurisprudence – c'est encore plus vrai si l'on devait ne retenir que les revirements décidés en assemblée plénière (critère formel) – que le nombre d'affaires dans lesquelles un revirement se produit entre le prononcé de la décision de cassation et l'examen de l'affaire par la juridiction de renvoi demeurerait réduit.⁵²

Dans le cas où, au contraire, le moyen devait être déclaré recevable même lorsque, à la date à laquelle la juridiction s'est prononcée, le revirement ne s'est pas encore produit, on

⁵¹ Loi n° 79-9 du 3 janvier 1979 modifiant certaines dispositions relatives à la Cour de cassation. Ces dispositions figurent désormais à l'article L. 431-6 du code de l'organisation judiciaire – v. supra § 4.2.2.2)

⁵² Le nombre d'affaires concernées dans un tel cas de figure devrait correspondre au nombre d'affaires pendantes, à la date où se produit le revirement, devant des juridictions saisies sur renvoi après cassation sur la question ayant motivé la cassation puis le revirement.

peut craindre qu'en dehors de l'hypothèse très particulière de la présente affaire ⁵³, les parties soient incitées – ne serait-ce que pour des raisons de responsabilité de leur avocat – à former conservatoirement un pourvoi, quitte à l'abandonner si, à la date limite de dépôt de leur mémoire en demande, aucun revirement ou aucun événement de nature à modifier la doctrine de la Cour de cassation n'est intervenu.

Le risque d'inflation du nombre des affaires portées devant la Cour par l'effet d'un nouveau pourvoi apparaît dès lors sérieux. Pour autant, ses conséquences ne doivent pas être surévaluées. En effet, deux situations peuvent se présenter :

-soit aucun revirement ne s'est produit à la date limite de dépôt du mémoire en demande ; en ce cas, les parties devraient logiquement se désister, ne serait-ce que pour s'épargner une condamnation aux frais irrépétibles. Le seul effet serait alors pour la Cour d'avoir à constater un grand nombre de désistements. Et si les parties ne se désistent pas, on peut penser que de telles affaires seraient par nature éligibles au « circuit court » ⁵⁴, et n'affecteraient ainsi le fonctionnement des chambres que dans une mesure limitée.

-soit un revirement s'est produit : en ce cas, les affaires concernées seraient appelées à suivre un cours normal et, selon toute logique, donner lieu à une nouvelle décision de cassation, ce qui, en l'état, exclut le circuit court. Mais même en ce cas, le nombre d'affaires concernées resterait circonscrit. ⁵⁵

Ajoutons à cela – même si les hypothèses demeurent encore relativement rares – que la Cour de cassation, toutes formations confondues, n'hésite plus à différer les effets de sa décision, lorsqu'elle pose un principe nouveau ou qu'elle opère un revirement. ⁵⁶

⁵³ Rappelons (cf. paragraphe 4.2.1) qu'en l'espèce, faute de signification, de l'arrêt sur renvoi, le délai d'exercice d'un second pourvoi n'a jamais commencé à courir. C'est ce qui a permis au requérant de former un nouveau pourvoi en connaissance du revirement opéré par l'assemblée plénière près d'un an après le prononcé, par la cour d'appel de renvoi, de la décision attaquée.

⁵⁴ En ce sens, C. Bouix, *Op. Cit.* n° 19. Par circuit court, il faut entendre ici le rejet du pourvoi par une décision non spécialement motivée, donnant également lieu à la rédaction d'un rapport plus succinct.

⁵⁵ Le nombre d'affaires concernées devrait ici correspondre au nombre des pourvois frappant, sur la question à propos de laquelle le revirement s'est produit, une décision sur renvoi après cassation reçus pendant une durée de cinq mois (durée du délai de dépôt du mémoire en demande en matière civile), augmentée du délai moyen séparant le prononcé d'une décision par une juridiction statuant en dernier ressort et la formalisation d'un pourvoi en cassation. En matière criminelle, où les délais sont plus courts, le nombre d'affaires concernées devrait être moindre.

⁵⁶ V. notamment Ass. plén., 21 décembre 2006, pourvoi n° 00-20.493, Bull. 2006, Ass. plén, n° 15 ; Ass. plén., 15 avr . 2011, pourvoi n° 10-17.049 , Bull. 2011, Ass. plén. n° 2 ; Com., 20 février 2019, pourvoi n° 17-21.861 ; Com., 21 mars 2018, pourvoi n° 16-28.412, Bull. 2018, IV, n° 33 ; 1re Civ., 1 mars 2017, pourvoi n° 16-12.490, Bull. 2017, I, n° 51 ; 1re Civ., 6 avril 2016, pourvoi n° 15-10.552, Bull. 2016, I, n° 80 ; Com., 26 octobre 2010, pourvoi n° 09-68.928, Bull. 2010, IV, n° 159 ; Soc., 26 mai 2010, pourvoi n° 09-60.400, Bull. 2010, V, n° 114 ; Com., 13 novembre 2007, pourvoi n° 05-13.248, Bull. 2007, IV, n° 243 ; Soc. 13 juin 2007, pourvois n°^{os} 06-40.826, 06-40.827, 06-40.828, 06-40.829, 06-40.823, 06-40.824 et 06-40.825, et n°^{os} 05-45.694 et 05-45.696, Bull. civ. V, n° 99 ; 2e Civ., 8 juillet 2004, pourvoi n° 01-10.426, Bull., 2004, II, n° 387 ; Crim., 25 novembre 2020, pourvoi n° 18-86.955 (en cours de publication) ; Crim., 18 février 2015, pourvoi n° 14-82.019, Bull. crim. 2015, n° 30 ; Crim., 4 janvier 2011, pourvoi n° 10-85.520, Bull. crim. 2011, n° 3 ; Crim., 18 janvier 2011, pourvoi n° 10-83.750, Bull. crim. 2011, n° 9.

Sans doute la modulation dans le temps est-elle d'abord et avant tout inspirée par des considérations de prévisibilité et de sécurité juridique, et non de bonne administration de la justice ; il reste que le report dans le temps des effets d'un revirement est de nature à fournir une réponse à la question de la recevabilité d'un moyen qui s'en réclamerait.⁵⁷

*

Retenons de l'ensemble des développements qui précèdent que la recevabilité du moyen invitant la Cour de cassation à revenir sur la solution retenue par un premier arrêt de cassation n'apparaît ni dictée ni exclue par les principes de droit d'accès à un tribunal ou de sécurité juridique, tels que dégagés par la CEDH. Aucune norme tirée du droit de l'Union n'étant invoquée, sa primauté n'est, en l'espèce, d'aucun secours.

Pour autant, les nécessités d'une bonne administration de la justice, à la lumière desquelles avait été adopté l'arrêt fondateur de la chambre mixte du 30 avril 1971, doivent être réexaminées à l'aune des évolutions intervenues depuis, qu'il s'agisse de la reconnaissance du rôle de l'assemblée plénière dans la formation de la jurisprudence, de l'affirmation, plus généralement, du rôle normatif de la Cour de cassation, de la diffusion de sa jurisprudence, de la motivation développée des revirements, ou encore de la différenciation des circuits de traitement des pourvois.

Une modulation de la réponse à donner à la question posée en faisant intervenir un critère temporel ou un critère formel (tenant à la date de la décision ou au niveau de la formation ayant opéré le revirement dont se réclame le moyen), apparaît possible et pourrait conduire à des résultats différents, selon que ces critères sont appliqués alternativement ou cumulativement au cas d'espèce.

Une option plus radicale pourrait être de s'affranchir de tout critère, et de faire prévaloir une vision plus affirmée et plus assumée de la Cour de cassation dans la construction du droit, conduisant à donner plein effet à tout revirement décidé dans une autre affaire, sauf à ce que – qui vaut pour les autres options – les effets de ce revirement aient été eux-mêmes différés dans le temps.

L'impact sur le flux des pourvois d'une évolution – quelle qu'elle soit – de la position de la Cour de cassation sur la recevabilité d'un moyen ainsi présenté au soutien d'un nouveau pourvoi demeure toutefois difficile à évaluer : le constat rétrospectif que la solution dégagée en 1971 a eu un effet dissuasif rend difficile d'apprécier ce qui se serait produit si c'est l'option contraire qui avait été privilégiée. Néanmoins la Cour de cassation apparaît mieux armée qu'il y a cinquante ans pour faire face à l'émergence de pourvois qui ne pourraient se prévaloir d'aucun revirement ou changement de norme.

⁵⁷ Sur la question – très complexe – de l'effet dans le temps des revirements de jurisprudence, v. notamment N. Molfessis, « Les revirements de jurisprudence », p. 135 à 160 *in* La cour de cassation et l'élaboration du droit, Etudes juridiques, Economica, 2004, n° 20 ; P. Fleury-Le Gros, *Op. Cit.* ; P. Morvan, « Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon », *Dalloz* 2005, p. 247.

4.2.3 – Sur le préjudice d’anxiété

Le moyen unique, tiré d’une violation des articles 1147 ancien du code civil, L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail, reproche à l’arrêt d’avoir refusé d’indemniser le salarié du préjudice d’anxiété qu’il déclarait avoir subi en raison de son exposition aux poussières d’amiante, au motif que les établissements où il y avait été exposé n’étaient pas mentionnés dans la liste établie en application de l’article 41 de la loi du 23 décembre 1998.

Rappelons que l’article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 de financement de la sécurité sociale pour 1999 a institué en faveur des travailleurs qui ont été particulièrement exposés à l’amiante, sans être atteints d’une maladie professionnelle consécutive à cette exposition, un mécanisme de départ anticipé à la retraite. Ce régime est limité aux salariés travaillant ou ayant travaillé au sein d’un établissement dont la liste est établie par arrêté ministériel, pendant la période où y étaient fabriqués ou traités l’amiante ou des matériaux contenant de l’amiante.

Sur le fondement de ce dispositif, la chambre sociale de la Cour de cassation a admis, pour les salariés ayant travaillé dans un des établissements mentionnés à l’article 41 de la loi du 23 décembre 1998 précitée, la réparation d’un préjudice spécifique d’anxiété tenant à l’inquiétude permanente générée par le risque de déclaration à tout moment d’une maladie liée à l’amiante (Soc., 11 mai 2010, n° 09-42.241 et a., Bull. 2010, V, n° 106)

En revanche, elle a exclu du bénéfice de cette réparation les salariés exposés à l’amiante ne remplissant pas les conditions prévues par l’article 41 précité ou dont l’employeur n’était pas inscrit sur la liste fixée par arrêté ministériel, y compris sur le fondement d’un manquement de l’employeur à son obligation de sécurité (Soc., 3 mars 2015, n° 13-26.175, Bull. N° 41 ; Soc., 26 avr. 2017, n° 15-19.037, Bull. N° 71 ; Soc., 21 sept. 2017, n° 16-15.130 et a., Bull. 2017, V, n° 161).

Cette distinction n’a pas empêché l’émergence d’un contentieux important concernant des salariés ne relevant pas des dispositions de l’article 41 précité mais ayant toutefois été exposés à l’inhalation de poussières d’amiante dans des conditions de nature à compromettre gravement leur santé.

Dans ce contexte, l’assemblée plénière a été saisie afin de permettre un réexamen complet de la question de la réparation du préjudice d’anxiété des salariés exposés à l’amiante.

Dans son arrêt du 5 avril 2019 (Ass. plén., 5 avr. 2019, n° 18-17.442), l’assemblée plénière, sans revenir sur le régime applicable aux travailleurs relevant des dispositions de l’article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998, a reconnu la possibilité pour un salarié justifiant d’une exposition à l’amiante, générant un risque élevé de développer une pathologie grave, d’agir contre son employeur, sur le fondement du droit commun régissant l’obligation de sécurité de l’employeur, quand bien même il n’aurait pas travaillé dans l’un des établissements figurant sur la liste fixée par arrêté.

Conformément aux règles du droit commun, elle a toutefois rappelé qu’il incombe au salarié de démontrer le préjudice personnellement subi, résultant du risque élevé de développer une pathologie grave.

De même, reprenant les termes de la jurisprudence de la chambre sociale en matière d'obligation de sécurité de l'employeur issus de l'arrêt Air France du 25 novembre 2015 (Soc., 25 nov. 2015, n° 14-24.444, Bull. N° 234), l'assemblée plénière a précisé que l'employeur peut s'exonérer de sa responsabilité en prouvant qu'il a mis en œuvre les mesures visées aux articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail.

Cet arrêt a été commenté au rapport annuel pour 2019, p. 103 et suivantes. Pour un panorama complet des questions tant juridiques que médicales et de santé publique auxquelles renvoie la question, il convient de se reporter au rapport de Mme Vieillard, conseiller rapporteur, et à l'avis de Mme Courcol-Bouchard, premier avocat général.

Ces éléments très complets éclairent le débat sur l'indemnisation du préjudice d'anxiété lié à l'amiante, observation étant faite que la société ALFI n'invite pas, dans son mémoire en défense, la Cour à faire évoluer sa jurisprudence à cet égard.

L'assemblée plénière, en supposant qu'elle considère le moyen recevable, devra apprécier si la solution dégagée dans son arrêt du 5 avril 2019 peut recevoir application au cas d'espèce, et en tirer les conséquences de droit.

*