



AVIS ORAL DE M. MOLINS, PROCUREUR GENERAL

Arrêt n° 654 du 2 avril 2021 - Assemblée plénière

Pourvoi n° 19-18.814

Décision attaquée : arrêt du 5 juillet 2018 de la cour d'appel de Paris

M. A... X...

C/

la société Air liquide France industrie

Le pourvoi soumis à votre assemblée plénière pose des questions complexes et récurrentes qui touchent à l'office de la Cour de cassation mais aussi aux effets dans le temps des revirements de jurisprudence.

Un revirement de jurisprudence est toujours un moment fort, peut-être encore plus en droit du travail, domaine particulièrement créateur de droit, droit vivant, qui évolue avec la société et participe à l'évolution de l'office de la Cour de cassation dans son rôle normatif. La reconnaissance du préjudice d'anxiété pour les travailleurs de l'amiante constitue ainsi une création prétorienne afin d'apporter une réponse spécifique et adaptée à la situation des salariés qui ont été particulièrement exposés à cette substance.

La question de principe est celle de la recevabilité du moyen qui reproche à la Cour d'appel d'avoir statué conformément à l'arrêt de la Cour de cassation qui l'a saisie, et donc, celle des effets dans le temps d'un revirement de jurisprudence opéré par l'assemblée plénière.

Les enjeux de ce débat sont importants, car ils touchent à la fois aux principes d'accès au juge et aux différents recours; ils touchent aux principes de sécurité juridique et de confiance des justiciables dans la Justice, mais aussi au rôle normatif et d'unification de la jurisprudence par votre cour à qui il n'appartient pas, en principe, de juger du litige opposant les parties, mais des conditions dans lesquelles les juridictions du fond ont jugé ce dernier. La Cour de cassation exerce donc son office en usant du contrôle disciplinaire et du contrôle de légalité. C'est ce qui

vous permet de concourir, par votre jurisprudence, et en fonction de principes directeurs qu'il vous revient de dégager, à la construction d'un ordre juridique qui donne une cohérence à des règles de droit multiples et foisonnantes.

Je ne reviendrai pas sur les faits et la procédure qui vous ont été exposés parfaitement par le conseiller rapporteur. Trois questions sont posées à votre Cour aujourd'hui.

Les deux premières sont relatives, l'une au pourvoi incident (recevabilité de l'appel du salarié au regard de la désignation de l'intimé), l'autre, à la recevabilité du pourvoi au regard du délai. Ces deux questions ne me paraissent pas mériter de développement particulier. La première relève à mon sens d'un rejet par une décision non spécialement motivé. Pour la seconde, la recevabilité du pourvoi ne m'apparaît pas sérieusement contestable.

Dans un premier temps, je reviendrai sur la justification de l'application du principe de l'irrecevabilité au regard d'une double interrogation sur le droit au recours effectif et sur le principe de l'application immédiate d'un revirement de jurisprudence. Dans un second temps, j'évoquerai les conséquences de ces conclusions au cas d'espèce.

Le principe de l'irrecevabilité et le droit au recours : une nécessaire évolution

Aucun texte ne prohibe le second pourvoi après l'arrêt de la cour d'appel de renvoi. De même, aucune disposition, ni du code de procédure civile, ni du code de l'organisation judiciaire, ne régit la recevabilité du second pourvoi formé contre la décision de la cour de renvoi lorsque celle-ci a fait sienne l'analyse juridique de l'arrêt de cassation qui l'a saisie et s'y est conformée.

La juridiction de renvoi après cassation conserve son entière liberté de décision et n'est pas tenue de se conformer à la décision de la Cour de cassation : cette « plénitude de juridiction » est consacrée à l'article 638 du code de procédure civile.

Les articles L 431-6 du COJ et 619 du CPP ordonnent le renvoi de l'affaire devant l'assemblée plénière si la juridiction de renvoi résiste à la solution donnée par un arrêt de cassation en statuant dans le même sens que la décision censurée par cet arrêt, et si la décision de la juridiction de renvoi est attaquée par les mêmes moyens.

Le pourvoi formé dans ce cas est-il recevable ? Qu'en est-il des moyens soulevés à l'appui de ce pourvoi ? La solution ne s'impose pas avec évidence car cela conduit, dans le cadre d'un second pourvoi, à demander à la Cour de cassation de revenir sur le point de droit qu'elle a déjà tranché à propos de la même affaire, ou au contraire, de considérer que ce point, sur lequel la juridiction de renvoi s'est prononcée conformément à l'arrêt de cassation, est définitivement jugé.

La jurisprudence a fluctué et s'est fixée le 30 avril 1971 par un arrêt de la chambre mixte, qui dans une espèce où un revirement de jurisprudence s'était produit postérieurement à l'arrêt de cassation ayant saisi la juridiction de renvoi dont la décision était attaquée, a jugé que 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 conformé.

Ce principe a reçu une nouvelle consécration de l'assemblée plénière les 9 juillet 1993, et surtout, les 21 décembre 2006 et 19 juin 2015, et ce, sur avis contraires des premiers avocats généraux.

Pour l'assemblée plénière, "Le moyen, qui reproche à la juridiction de renvoi d'avoir statué conformément à l'arrêt de cassation qui la saisissait, est irrecevable, peu important que postérieurement à l'arrêt qui saisit la juridiction de renvoi, l'assemblée plénière de la Cour de cassation ait rendu, dans une autre instance, un arrêt revenant sur la solution exprimée par l'arrêt saisissant la juridiction de renvoi". C'est très précisément à cette hypothèse que correspond le présent pourvoi.

Deux observations :

1/ Ce n'est pas le pourvoi mais le moyen qui tend à revenir sur la doctrine de la Cour de cassation qui est déclaré irrecevable, de sorte que le pourvoi peut être attaqué sur d'autres moyens qui n'ont pas été examinés ou qui concernent des points de droit nouveaux. Mais, si comme en l'espèce, le pourvoi ne comporte qu'un moyen unique qui tend à revenir sur la doctrine de la Cour, alors cette interprétation stricte des conditions de la recevabilité du pourvoi revient à fermer la voie du second pourvoi au plaideur.

2/ Par voie de conséquence, le plaideur ne peut revendiquer un droit nouveau consacré par une évolution jurisprudentielle émanant de la formation la plus solennelle de la Cour qui lui ouvre désormais le droit à réparation de son préjudice d'anxiété. C'est précisément parce que cette solution dénie au plaideur un droit à un second pourvoi, un droit au réexamen au fond de son dossier, alors même qu'il peut se prévaloir d'une solution différente, qu'elle est critiquable.

Ce principe d'irrecevabilité est on ne peut plus fragile. Il ne résulte en effet d'aucun texte exprès mais d'un raisonnement « a contrario » des termes de l'article 15 de la loi de 1967 devenu l'article L 431-6 du COJ par une interprétation que l'on peut qualifier d'audacieuse.

En 2005, le président Loriferne soulignait dans son rapport que "la règle consacrée par l'assemblée plénière, est commandée par la logique du recours en cassation. Dès lors que le litige est irrévocablement jugé, l'existence d'un revirement de jurisprudence ultérieur à propos d'une autre affaire n'est pas susceptible d'avoir une incidence quelconque. Définie par l'article 122 du CPC comme un moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, la fin de non-recevoir est un moyen de mettre fin à l'instance en niant l'existence même de l'action. En se plaçant sur le terrain de l'irrecevabilité, la Cour de cassation ne préjuge en rien du bien-fondé de la prétention. Elle se contente de dénier au plaideur le droit d'agir."

Le raisonnement prend sa source dans l'office de la Cour de cassation qui ne juge pas au fond mais sur un litige donné, approuve ou censure les décisions des autres juges. Sur un plan strictement juridique, conformément à l'article 480 du CPC l'autorité de la chose jugée n'est attachée qu'aux décisions qui tranchent au moins une partie du principal. Les arrêts de cassation avec renvoi, par définition, ne tranchent pas le principal mais seulement une question juridique : c'est la cour de renvoi qui va vider le litige. L'autorité juridique " de " la doctrine formulée " par l'arrêt de renvoi de la Cour de cassation est donc conditionnelle et dépend de son approbation par la cour d'appel.

Elle devient pure et simple du jour où la juridiction de renvoi a statué conformément à cette doctrine, le défendeur au premier pourvoi, qui a subi la cassation, se voyant ainsi refuser tout droit de former à son tour un recours en cassation dans le seul but de demander à la Cour suprême de se déjuger et de revenir sur la doctrine confirmée par la cour de renvoi.

Si, au contraire, la juridiction de renvoi résiste à la doctrine juridique de l'arrêt de cassation, son arrêt, sur nouveau pourvoi, sera soumis à l'appréciation de l'assemblée plénière de la Cour.

Cette argumentation juridique justifiant l'irrecevabilité n'est ni suffisante ni totalement convaincante : 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.

Cette résistance à la position de la Cour prévue par le législateur contribue à une meilleure élaboration du droit : " Le législateur aurait pu prévoir qu'après un arrêt de cassation,

la juridiction de renvoi devrait obligatoirement s'incliner devant la position de la Cour sur le modèle du Conseil d'Etat. S'il ne l'a pas voulu, c'est bien qu'il admet le caractère possiblement constructif de toute rébellion.

Cette solution qui ne va pas de soi, confère un caractère irrévocable à l'arrêt de renvoi qui s'est conformé à la doctrine de la Cour et dès lors une autorité de la chose jugée aux motifs du premier arrêt de cassation alors qu'aucun texte ne le prévoit. Elle empêche ainsi la remise en cause du premier arrêt de cassation et par voie de conséquence, elle ferme au plaideur la voie du recours à un second pourvoi alors qu'aucun texte ne le prévoit.

En outre, elle dénie au plaideur un droit d'agir, ce qui constitue une fin de non-recevoir qui n'est pas prévue par les dispositions de l'article 122 CPC et le principe jurisprudentiel n'est donc pas fondé sur cet article.

Enfin, cette solution ne met pas fin au litige puisque la cour d'appel peut se rebeller et dans ce cas les parties peuvent soulever à l'occasion d'un second pourvoi d'autres moyens que celui critiqué et former un pourvoi incident.

Force est donc de constater que l'autorité de la chose jugée qui ne peut sérieusement fonder cette irrecevabilité, n'est pas acquise. Si d'une part les cours d'appel ont la faculté de résister et d'autre part les plaideurs peuvent soulever à l'occasion d'un second pourvoi d'autres moyens, c'est bien la démonstration que le litige n'est pas clos.

A cet égard, on relèvera que, selon une recherche réalisée sur la période du 1^{er} janvier 2010 au 31 décembre 2019, 60 % des décisions d'assemblée plénière rendues suite à un cas de rébellion ont donné lieu à un arrêt de rejet. Il est donc fréquent, dans le cadre d'un second pourvoi faisant suite à une résistance, de voir l'assemblée plénière désavouer la jurisprudence d'une chambre.

Cette interprétation jurisprudentielle n'est donc pas cohérente avec la procédure du second pourvoi. Elle crée de fait une inégalité de traitement au regard du recours effectif à un tribunal, puisque pour certains le débat est clos, la voie de recours est fermée, alors que pour d'autres le débat et la voie de recours restent ouverts.

On peut légitimement se demander si cette interprétation jurisprudentielle résisterait à un examen de constitutionnalité. Il y a en effet au cas d'espèce, une double inégalité de traitement.

La première inégalité résulte de l'accès au juge de cassation alors qu'aucune loi ne prévoit la différence de traitement et qu'une atteinte substantielle est apportée par la jurisprudence au droit des personnes d'exercer un recours effectif devant une juridiction. Maintenir ce principe d'irrecevabilité, c'est donc maintenir cette inégalité de traitement injustifiée au regard du principe d'égalité devant la loi qui tend à un recours effectif devant une juridiction garanti par la Constitution.

La seconde inégalité de traitement résulte de l'application du principe d'irrecevabilité qui contraint le juge à appliquer une jurisprudence ancienne à un litige qui relève de son champ d'application *ratione temporis*. L'inégalité de traitement juridique surgit alors entre les situations régies par la jurisprudence ancienne et celles régies par la nouvelle jurisprudence. L'irrecevabilité opposée mécaniquement aboutit à maintenir des solutions contraires à la légalité.

En réalité, le principe de l'irrecevabilité ne se justifie que par des raisons de politique judiciaire qui ont perdu leur pertinence au regard de l'actuelle procédure d'admission des pourvois et des nouvelles méthodes de travail de la Cour de cassation.

Il est fondé sur des motifs de sécurité juridique et de bonne administration de la justice visant à décourager les recours dilatoires. Ces motifs avaient été mis en avant par le 1^{er} avocat

général Lindon en 1971 devant la chambre mixte quand il indiquait "si vous admettez la recevabilité du moyen, ce n'est pas une porte que vous ouvrirez mais une écluse". Il justifiait la solution par la nécessité de mettre un point final aux dossiers et de ne pas permettre que la Cour de cassation, dans la même affaire, puisse donner successivement tort et raison à une même partie, affirmation de l'infaillibilité de la Cour sujette à caution quand on songe aux décisions de l'assemblée plénière n'hésitant pas à déjuger les chambres quand c'est nécessaire. Il faut alors bien admettre que, dans ce cas, la Cour va, dans la même affaire donner raison à une partie puis lui donner tort!

Aujourd'hui, ces arguments manquent de pertinence. D'abord, comme le suggère la doctrine, "plutôt que de fulminer une irrecevabilité dont le fondement textuel est incertain, la Cour de cassation pourrait se contenter de rejeter au fond les pourvois qui l'invitent à revenir sur sa doctrine lorsqu'elle ne le désire pas" .

Il faut aussi relativiser les choses: selon une étude réalisée sur la période du 30 avril 1971 au 31 décembre 2020, seuls 239 arrêts, dont les arrêts d'assemblée plénière, ont été recensés déclarant irrecevable un moyen par lequel il est seulement reproché à la cour d'appel de renvoi d'avoir statué en conformité avec l'arrêt de cassation qui l'a saisie; 239 arrêts sur une période de 50 ans, soit en moyenne 5 arrêts par an. Bien sûr, l'argument n'est pas totalement rassurant sur le volume de contentieux supplémentaire qu'entraînerait l'abandon du principe d'irrecevabilité, mais la Cour dispose aujourd'hui, avec l'article 1014 du CPC, d'un outil permettant de décider qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée lorsque le pourvoi est irrecevable ou qu'il n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation. On arrive ainsi au même résultat que le principe d'irrecevabilité: mettre fin au litige rapidement, au travers de l'examen du caractère sérieux du pourvoi.

La mise en place des circuits différenciés avec un circuit court, donnera à la Cour de nouveaux moyens efficaces et effectifs pour examiner rapidement ces pourvois non fondés et mettre fin au litige.

J'ajoute enfin que la Cour EDH juge qu'une évolution jurisprudentielle n'est pas en elle-même, contraire à la bonne administration de la justice lorsque celle-ci ne procède pas d'une circonstance imprévisible, et dès lors que l'absence d'approche dynamique et évolutive risquerait de faire obstacle à toute réforme. La bonne administration de la justice ne peut être jugée satisfaite par une décision qui ferme au justiciable la possibilité du seul recours lui permettant de faire valoir un droit. Le terme du procès ne doit pas être obtenu à n'importe quel prix.

L'argument tiré de la bonne administration de la justice n'est donc pas pertinent. Il ne fait pas obstacle à l'évolution du principe de l'irrecevabilité du moyen. Bien au contraire, il plaide pour sa nécessaire évolution.

Qu'en est-il de la pertinence du principe de la sécurité juridique ?

Ce principe est une notion susceptible de justifier tant une solution que son contraire. Si la sécurité juridique est entendue comme synonyme de prévisibilité et de confiance, alors l'irrecevabilité du moyen critiquant la position de la Cour peut incarner " un îlot de sécurité ", selon l'expression consacrée par M. Libchaber et appelle à appliquer le principe de non rétroactivité de toute règle nouvelle, condition élémentaire de la prévisibilité.

Si au contraire, la sécurité juridique s'entend comme la garantie que la Cour de cassation remplit sa mission d'appliquer le droit le plus positif, comme l'assurance donnée aux citoyens que le juge traque perpétuellement les erreurs d'appréciations qu'il est susceptible d'avoir commises, le procès équitable s'entend comme le droit fondamental de tout justiciable à ce que sa prétention soit entendue par un juge. Alors, l'immobilisme du principe de l'irrecevabilité tendant à dénier l'accès au juge, aboutissant à laisser dans l'ordonnement juridique des décisions contradictoires, est contraire à la légalité et source d'incohérence, d'inégalité et d'insécurité.

Le maintien du principe de l'irrecevabilité du moyen dans son acception actuelle de la sécurité juridique est contradictoire et paradoxal avec la conception de la sécurité juridique rapportée à l'office du juge telle que votre Cour l'a consacrée et réaffirmée notamment par un arrêt d'assemblée plénière du 23 janvier 2004 sur le fondement du principe de prééminence du droit et de la notion de procès équitable, consacrés par l'article 6 de la Convention EDH en indiquant que " la sécurité juridique ne peut fonder un droit acquis à une jurisprudence figée ni à l'interprétation figée d'une loi ".

Cette conception de la sécurité juridique s'inscrit en cohérence avec la jurisprudence de la Cour EDH sur le droit au recours et au procès équitable au sens de l'article 6. Elle milite pour qu'il soit mis fin à ce principe d'irrecevabilité.

Le principe de l'irrecevabilité, la sécurité juridique et le droit au recours

La Cour EDH considère que le droit d'accès à un tribunal doit être concret et effectif. Cette effectivité exige qu'un individu « jouisse d'une possibilité claire et concrète de contester un acte constituant une ingérence dans ses droits ».

Néanmoins ce droit d'accès ne revêt pas un caractère absolu et des restrictions sont admises. La Cour EDH encadre et limite de manière générale les hypothèses d'atteinte à la sécurité juridique lato sensu. Ainsi, elle juge que « la réglementation en question, ou l'application qui en est faite, ne doit pas empêcher le justiciable d'utiliser une voie de recours disponible ». Les tribunaux doivent, en appliquant des règles de procédure, éviter un excès de formalisme qui porterait atteinte à l'équité de la procédure.

On peut penser que le principe d'irrecevabilité porte atteinte à l'équité de la procédure. En l'espèce, il est bien dénié "un second degré d'accès" au plaideur permettant de tenir compte de l'évolution jurisprudentielle alors même que cette restriction n'est pas prévue par la loi. Cette barrière empêche les parties de se prévaloir d'un revirement de jurisprudence qui leur ouvre désormais un droit à l'indemnisation de leur préjudice d'anxiété. Selon la Cour EDH les limitations au droit à un tribunal ne sauraient restreindre l'accès ouvert à un justiciable à un point tel que son droit à un tribunal s'en trouve atteint dans sa substance même. Tel est le cas lorsque sa réglementation cesse de servir les buts de la "sécurité juridique" et de la "bonne administration de la justice" et constitue une sorte de "barrière" qui empêche le justiciable de voir son litige tranché au fond par la juridiction compétente.

La Cour EDH a ainsi jugé que : "La question relevant du principe de la sécurité juridique, il ne s'agit pas d'un simple problème d'interprétation de la légalité ordinaire, mais de l'interprétation déraisonnable d'une exigence procédurale qui a empêché l'examen du fond d'une demande d'indemnisation, ce qui emporte la violation du droit à une protection effective par les cours et tribunaux.

En tout état de cause, la Cour EDH tend à laisser aux Etats une certaine marge d'appréciation pour définir les conditions de recevabilité des recours. Elle s'attache surtout à la motivation des choix opérés dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité.

De son côté, depuis un arrêt du 20 octobre 2011, la CJUE considère que le droit de l'Union s'oppose à ce qu'une règle de procédure nationale empêche une bonne application du droit européen. Or, la solution d'irrecevabilité du pourvoi a justement pour conséquence d'imposer le maintien de la jurisprudence antérieure devenue désuète et donc la persistance de décisions de justice divergentes.

L'effectivité du recours en cassation ne peut se satisfaire de ce qu'un premier pourvoi a pu être formé; il implique qu'un second pourvoi soit ouvert pour tenir compte de l'interprétation d'un arrêt d'assemblée plénière conformément au principe du procès équitable. L'opposition rigoureuse de l'irrecevabilité constituerait en réalité une interprétation disproportionnée d'une exigence procédurale au regard des exigences de l'article 6 de la Convention EDH.

Il en résulte que les arguments invoqués ne justifient pas le maintien de ce principe d'irrecevabilité mais au contraire tendent à sa nécessaire évolution. Comme l'écrivaient Ripert et Boulanger, "le droit est une matière vivante et non stratifiée et la Cour de cassation est là pour l'exprimer et corriger inlassablement ce qui fonctionne mal dans notre système normatif et sa propre religion". Notre système juridique doit donc faire preuve de l'élasticité nécessaire pour savoir fonctionner efficacement lorsque les temps changent. Il ne faut jamais dire jamais, ni se condamner à l'immobilisme, immobilisme qui serait aujourd'hui, de continuer à éviter la difficulté au moyen de la fiction de l'irrecevabilité.

L'évolution de votre jurisprudence me paraît donc nécessaire pour deux raisons: la première est la mission de cohérence qui est dévolue au juge de cassation afin d'assurer l'unité et l'effectivité du droit. La seconde est la modulation dans le temps des effets de la rétroactivité d'un revirement de jurisprudence.

1^{ère} raison: La mission de cohérence dévolue au juge de cassation

Traditionnellement la Cour de cassation a pour fonction de contrôler la légalité et la régularité des décisions des juridictions du fond. Elle s'assure que les juges du fond se sont confortés à la règle de droit dont elle garantit l'uniformité d'interprétation et d'application. Toute violation d'une règle de droit ouvre un accès à la Cour de cassation. En censurant cette violation, la Cour assure l'unité dans l'interprétation de cette règle sur toute l'étendue du territoire national. Elle garantit ainsi une cohérence jurisprudentielle. Elle est au service de la cohérence du droit.

Elle a également pour mission de clarifier, de sauvegarder et de développer les règles de droit notamment en tranchant des questions juridiques de principe. Elle garantit ainsi une cohérence normative qui s'entend de l'intégration d'une nouvelle norme au droit positif mais aussi de l'articulation de la norme nationale avec la norme internationale.

Or, le principe d'irrecevabilité revient à appliquer une décision obsolète, à valider une décision devenue contraire au droit positif en son dernier état, alors que le revirement de jurisprudence constitue par principe une amélioration du droit qui, comme telle, justifie le réexamen d'affaires délicates.

Il y a donc un paradoxe entre le rôle du juge de cassation d'assurer la cohérence par l'application du droit le plus positif et l'application systématique et sans modération du principe d'irrecevabilité du moyen qui l'empêche d'assurer cette mission alors même que le débat n'est pas clos.

Les conséquences en sont d'une part, que ce principe d'irrecevabilité fige le système juridique, incapable d'assurer la bonne insertion de la nouvelle règle dans l'ordre existant et contrairement à l'effet recherché, met en péril l'unité du droit, la cohérence de la solution nouvelle par rapport au droit positif le plus moderne, en perpétuelle évolution et influencé par ses sources nationales et internationales dont le juge de cassation est le garant.

D'autre part, par voie de conséquence, ce principe de l'irrecevabilité conduit la Cour de cassation à manquer à son devoir de dire le droit le plus positif, en limitant sa capacité d'examen au fond des pourvois, et expose la responsabilité de l'État, sur le fondement de l'article L141-1 du COJ. L'irrecevabilité opposée mécaniquement aboutit en effet à maintenir des solutions contraires à la légalité et dans ce cadre la Cour de cassation laisse prospérer ces solutions discutables, qui sont soumises à son contrôle, mais qu'elle préfère ignorer.

Le principe d'irrecevabilité fait obstacle à la mise en œuvre du rôle du juge de cassation.

C'est précisément afin de pouvoir mettre en œuvre cette cohérence normative, que la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation, a récemment écarté le principe de l'irrecevabilité du moyen.

Dans un arrêt du 10 janvier 2018 (Commisimpex contre Congo), elle a accepté d'examiner un second pourvoi visant un arrêt rendu conformément à l'arrêt de cassation eu

égard à l'intervention d'une loi modifiant la solution sur laquelle reposait la cassation. Elle a motivé sa décision ainsi: "que toutefois, compte tenu de l'impérieuse nécessité 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". Cette décision a été saluée par certains auteurs (P. Deumier) comme inaugurant un objectif de cohérence et de sécurité juridique jusqu'alors inédit et pourtant omniprésent en jurisprudence.

Dans un second arrêt du 30 janvier 2019, elle a motivé sa décision dans un souci de cohérence normative au regard d'une norme internationale, en l'espèce le droit de l'Union tel qu'interprété par la Cour de justice de l'Union européenne qui, Par arrêt du 20 octobre 2011, s'est opposée à ce qu'une règle de procédure nationale empêche une bonne application du droit européen. Un moyen, qui reproche à la juridiction de renvoi d'avoir statué conformément à l'arrêt de cassation qui la saisissait, est donc recevable lorsqu'il soutient, à bon droit, que les appréciations portées par la juridiction supérieure ne sont pas conformes au droit de l'Union. **D'où il suit que, bien que la cour d'appel de renvoi se soit conformée à la doctrine de l'arrêt qui l'avait saisie, l'annulation est encourue."**

Dans ces deux arrêts, le principe de l'irrecevabilité a été à juste titre écarté car il n'était pas compatible avec le rôle du juge de cassation garant de la cohérence générale du droit le plus positif.

La seconde raison réside dans la possible modulation dans le temps des effets de la rétroactivité d'un revirement de jurisprudence.

Ce n'est pas la reconnaissance du rôle créateur de droit de la jurisprudence qui est en débat aujourd'hui, mais bien ses effets dans le temps. Si comme le dispose l'article 2 du code civil: " la loi ne vaut que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif ", en revanche, par nature, son interprétation par le juge est rétroactive puisque la décision de justice statue nécessairement sur des actes ou des faits du passé. L'effet rétroactif de la jurisprudence découle de son caractère interprétatif.

Cette rétroactivité s'applique au revirement de jurisprudence, de sorte que la nouvelle règle a vocation à s'appliquer aux instances en cours, ce qui est en cohérence avec l'évolution du rôle normatif du juge de cassation.

Il est évident que la portée de l'application à l'instance en cours du revirement de jurisprudence et par voie de conséquence de la possibilité de faire valoir un changement normatif recouvrira des situations très différentes, et ce d'autant qu'il s'agira d'une procédure civile ou pénale. Ce sont ces craintes de l'effet rétroactif et de sa portée qui ont conduit à l'immobilisme et à une solution d'évitement.

Pourtant, le principe de rétroactivité de la jurisprudence n'implique pas pour autant soumission aveugle à l'autorité d'un précédent, serait-il d'assemblée plénière. Ainsi, pour limiter les effets découlant de la rétroactivité, certaines juridictions se réservent la possibilité de moduler ou de restreindre la portée d'un arrêt dans le temps : la CJUE, la Cour EDH, le Conseil d'Etat, le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation.

Cette " paralysie " de la rétroactivité du revirement a été consacrée par un arrêt de votre assemblée plénière le 21 décembre 2016, le même jour où la même formation consacrait à nouveau le principe de l'irrecevabilité du moyen. Il y a un paradoxe certain à ce que, le même jour, la Cour ait réaffirmé le principe de l'irrecevabilité du moyen afin d'éviter le " délicat problème de l'application dans le temps des revirements de jurisprudence et donc la question de l'application de la nouvelle jurisprudence aux instances en cours " et en même temps, consacré le principe de la modulation dans le temps des effets de la rétroactivité d'un revirement de jurisprudence.

Ce paradoxe est d'autant plus marqué qu'à ce jour, la modulation des effets dans le temps des revirements de jurisprudence est admise par toutes les chambres de la Cour et qu'elle

est décidée in concreto. Si l'arrêt de revirement ne dit rien sur la modulation des effets de son revirement, ce qui est précisément notre cas d'espèce, par principe la jurisprudence nouvelle s'applique de plein droit à tout ce qui a été fait sur la base de la jurisprudence ancienne. Mais lors de la mise en œuvre de ce principe, le juge de cassation doit procéder à une évaluation des inconvénients qui pourraient justifier qu'il soit fait exception au principe de la rétroactivité de la jurisprudence et rechercher, au cas par cas, s'il existe entre les avantages qui y sont attachés et ses inconvénients, une disproportion manifeste.

C'est ce qu'a fait notamment la 1^{ère} chambre dans un arrêt du 6 avril 2016 dans une affaire où se posait le problème de la régularité d'assignations, dont les énonciations étaient conformes à la jurisprudence, mais qui avaient été délivrées à une date à laquelle les parties en cause ne pouvaient ni connaître ni prévoir l'obligation nouvelle de mentionner le texte édictant la peine encourue. L'arrêt constate que l'application immédiate, à l'occasion d'un revirement de jurisprudence, de cette règle de procédure dans l'instance en cours aboutirait à priver ces derniers d'un procès équitable en leur interdisant l'accès au juge".

Le juge de cassation procède donc à un contrôle de proportionnalité pour apprécier s'il doit être fait exception au principe d'application immédiate, à l'occasion d'un revirement de jurisprudence, d'une règle nouvelle dans l'instance en cours, sur le fondement du procès équitable au sens de l'article 6, § 1, de la Convention EDH. Il s'agit de mettre en balance les avantages et les inconvénients de la rétroactivité, balance qui doit accuser une disproportion manifeste pour autoriser une modulation, renforçant ainsi son caractère exceptionnel et la primauté du principe de rétroactivité.

Le juge procède à ce contrôle de proportionnalité, au cas par cas, in concreto, en fonction des intérêts en balance, d'une part, les droits fondamentaux au procès équitable et l'impératif d'uniformité de son interprétation qui fondent le revirement, et d'autre part, les raisons puissantes justifiant la rétroactivité de principe de la jurisprudence.

Depuis peu, dans plusieurs arrêts, la chambre sociale et la première chambre civile de la Cour affirment la nécessité de tenir compte de " l'évolution du droit "voire de l'évolution de la jurisprudence", ou encore de " l'évolution simultanée de la législation et de la jurisprudence" , ou de "l'objectif de cohérence et de sécurité juridique".

Force est de constater que ce pouvoir de modulation du juge permet de trouver une logique d'équilibre entre le principe de la légalité, de l'unité du droit, de l'application immédiate, à l'occasion d'un revirement de jurisprudence, d'une règle nouvelle dans l'instance en cours, et du procès équitable, en cohérence avec l'évolution du rôle normatif du juge de cassation.

Je vous rappelle que la Cour EDH considère elle-même que le caractère rétroactif de la jurisprudence de la Cour de cassation ne porte pas atteinte au droit à un procès équitable. Elle écarte le grief d'une violation de l'article 6 § 1 au motif 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 " .

Les craintes liées à l'application du revirement de jurisprudence à l'instance en cours sont donc désormais dépassées et le maintien du principe de l'irrecevabilité est inutile au regard de l'équilibre instauré par le mécanisme de modulation de l'effet rétroactif d'un revirement commandé par l'équité.

Je vous invite donc à revenir sur votre jurisprudence, et à mettre fin au principe d'irrecevabilité du moyen qui tend à remettre en cause la doctrine de la Cour aux motifs que ce principe n'est pas fondé juridiquement et qu'il est contradictoire avec l'évolution du rôle normatif du juge de cassation et la modulation dans le temps de l'application immédiate, à l'occasion d'un revirement de jurisprudence, d'une règle de droit nouvelle à l'instance en cours.

Cette solution trouve appui dans le mécanisme de modulation de l'effet rétroactif d'un revirement commandé par l'équité et trouve son fondement dans le procès équitable. Elle permet également de mettre fin aux divergences de jurisprudence entre les chambres de la Cour

puisque le principe d'irrecevabilité peut y faire obstacle et laisser dans l'ordonnement juridique des décisions contradictoires.

Ainsi vous pourriez, sur le fondement que la Cour a déjà retenu dans son arrêt d'assemblée plénière du 23 janvier 2004, procéder à un revirement en retenant que le principe de prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 de la Convention EDH s'opposent au principe de l'irrecevabilité du moyen qui tend à remettre en cause la doctrine de la Cour ».

Si toutefois, vous ne souhaitiez pas aller si loin et préféreriez avancer par petits pas, vous pourriez moduler l'application du principe de l'irrecevabilité en prévoyant des exceptions.

Pour ma part, je n'engage pas la Cour à entrer dans trop de distinctions sur les exceptions au risque de générer un système d'une complexité telle qu'il sera inapplicable, et donnera lieu à contentieux sur l'interprétation du champ des exceptions.

Ainsi, j'invite la Cour à admettre la recevabilité du moyen sur les critères suivants : une norme nouvelle, applicable à la résolution du litige et susceptible de conduire à une solution différente, sur le fondement déterminant de l'article 6 de la Convention EDH. Cette solution semble cumuler les avantages: assurer l'exercice de la mission normative de la Cour et ce, sans risquer d'appeler des seconds pourvois inutiles.

Ce qui compte en effet, c'est la valeur normative de l'évolution, sa cause, sa portée et son effet immédiat sur l'instance en cours. Le changement normatif peut donc émaner d'une loi déclarée rétroactive ou interprétative ou dont les effets ont vocation à s'appliquer immédiatement au procès en cours.

Comme pour notre cas d'espèce, le changement normatif peut émaner d'un revirement de JRP de la Cour de cassation. Peu importe la date à laquelle le revirement est intervenu puisque le litige n'est pas clos. Ce qui compte c'est la valeur normative du revirement et son effet immédiat à l'instance en cours.

Le changement normatif peut enfin émaner d'une norme supérieure applicable au cas d'espèce et dont la prise en compte s'impose aussitôt à la Cour: ce peut être une norme internationale (droit de l'Union, Conv. EDH), une décision de la Cour EDH ou de la CJUE, une décision du Tribunal des conflits ou du Conseil constitutionnel (décision, décision QPC ou encore réserve d'interprétation puisque celle-ci "s'agglomère en effet au texte examiné, en ajoutant à la loi, avec la même force qu'elle de sorte qu'elle s'est " incorporée à la loi ").

Application au cas d'espèce

Si vous décidez, comme je vous le suggère, de mettre fin au principe d'irrecevabilité, vous jugerez alors que le moyen est recevable et annulerez la décision de la cour d'appel. Par voie de conséquence, vous renverrez l'examen au fond de l'affaire à l'appréciation souveraine des juges du fond.

Si au contraire, vous mainteniez le principe de l'irrecevabilité, vous devriez alors procéder à ce stade de la recevabilité à l'appréciation de l'exception soulevée, d'une part sur la réalité du revirement et d'autre part sur le caractère effectif de l'effet rétroactif du revirement à l'égard du plaideur afin d'apprécier les mérites de l'accès au juge de cassation au moyen d'un contrôle de proportionnalité tel qu'il est pratiqué par la Cour EDH.

Si vous adoptiez cette seconde solution, je souhaite vous apporter les observations suivantes.

Par arrêt du 5 juillet 2018, la cour d'appel de Paris a débouté le salarié de sa demande au titre du préjudice d'anxiété au motif que l'indemnisation du préjudice d'anxiété des travailleurs exposés à l'amiante répond à un régime spécifique qui n'est ouvert qu'aux salariés relevant du dispositif de l'allocation de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante (ACAATA).

Le 5 avril 2019, l'assemblée plénière a jugé que désormais tout salarié justifiant d'une exposition à l'amiante générant un risque élevé de développer une pathologie grave peut agir contre son employeur sur le fondement d'un manquement à son obligation de sécurité, quand bien même il ne relèverait pas du dispositif ACAATA.

Ce revirement ouvre un droit nouveau au plaideur, le droit à réparation de son préjudice d'anxiété. Il est intervenu alors que le litige n'est pas clos. L'arrêt du 5 avril 2019 n'ayant pas prévu de dispositions sur les effets du revirement, cette jurisprudence s'applique de plein droit à tout ce qui a été fait sur la base de la jurisprudence ancienne. Enfin, le second pourvoi en cassation est l'unique possibilité ouverte au plaideur pour faire valoir ce nouveau droit. Le principe de l'irrecevabilité le lui interdit.

Il convient donc de procéder à un contrôle de proportionnalité dans le cadre duquel la Cour pourrait constater que l'application du principe d'irrecevabilité, en ce qu'il atteint la substance même du droit du plaideur à faire valoir un droit effectif résultant d'une évolution jurisprudentielle au moyen du seul accès ouvert, porte une atteinte disproportionnée à son droit d'accès au tribunal au sens de l'article 6§ 1 de la Convention EDH.

Ainsi le droit d'accès au juge de cassation serait justifié et vous pourriez juger que l'application du principe d'irrecevabilité du moyen qui tend à revenir sur la doctrine de la Cour, doit être écarté. Il conviendrait donc d'annuler l'arrêt de la cour d'appel de ce chef.

Sur le fond du dossier

Il appartient au plaideur de démontrer qu'il peut se prévaloir d'un droit nouveau applicable au litige sur lequel il peut fonder son action en responsabilité contre l'employeur. En l'espèce, ce droit à réparation résulte du revirement de l'assemblée plénière du 5 avril 2019. Il lui appartient de démontrer que la norme nouvelle est applicable au litige et le caractère effectif de l'effet rétroactif du revirement son égard. Les précédents développements qui relèvent d'un examen au fond du pourvoi le démontrent.

Toutefois, en l'absence de dispositions transitoires prévues à l'arrêt du 5 avril 2019, le juge devra apprécier par un contrôle de proportionnalité s'il doit être fait exception au principe de l'application immédiate à l'occasion d'un revirement de jurisprudence, d'une règle nouvelle dans l'instance en cours et par voie de conséquence, s'il convient de moduler les effets rétroactifs du revirement, sur le fondement du procès équitable.

Je l'ai dit: les précédents développements sur la valeur normative du revirement du 5 avril 2019 plaident en faveur de son application immédiate. Mais il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement s'il existe une disproportion manifeste entre les avantages et les inconvénients qui sont attachés à la mise en œuvre du principe selon lequel l'application immédiate, à l'occasion d'un revirement de jurisprudence, d'une nouvelle norme dans l'instance en cours, aboutirait à priver le plaideur d'un procès équitable.

En outre, toujours selon l'arrêt du 5 avril 2019, il appartient au plaideur qui se prévaut du droit à réparation de son préjudice d'anxiété de rapporter la preuve d'une faute, du lien de causalité et de l'existence d'un préjudice. Ces éléments ressortent d'une appréciation souveraine des juges du fond auxquels il conviendrait de renvoyer le présent litige.

J'en ai terminé et vous incite, au bénéfice de ces observations, à mettre fin à ce principe d'irrecevabilité qui constituera un pas de plus dans l'affirmation, dans le respect de l'article 5 du code civil, du rôle normatif du juge de cassation.

