

# À propos des revirements de jurisprudence : cris et chuchotements

par Mireille Poirier,

Maître de conférences à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV, Institut du travail

## PLAN

- I. La place accordée aux revirements pour l'avenir**
- A. La reconnaissance solennelle de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation
- B. La reconnaissance indirecte de la Chambre sociale de la Cour de cassation
- II. Les raisons des revirements pour l'avenir**
- A. La difficile pesée des droits et intérêts en présence
- B. Le possible recours au principe de faveur (en droit du travail)

**Il y a peu, la question de l'application dans le temps des revirements de jurisprudence (1) faisait grand bruit (2). Que l'on se souvienne : en 2004, M. Guy Canivet, alors président de la Cour de cassation, commandait un rapport sur les revirements de jurisprudence au professeur Nicolas Molfessis.**

**Il est de règle, en effet, que les revirements de jurisprudence s'appliquent immédiatement à tous les litiges, quelle que soit la date des faits et quelle que soit la date de saisine des juridictions. Conséquence : un justiciable pourra avoir agité conformément avec la règle posée au moment où les faits se sont produits et être condamné car, entre le moment où ces faits se sont produits et le moment où le juge a tranché le litige, la jurisprudence a opéré un revirement. De la même manière, un jugement de première instance ou un arrêt d'appel pourront être cassés alors même qu'ils étaient conformes à la jurisprudence en vigueur au moment où ils ont été rendus : n'étant pas conformes à la nouvelle jurisprudence, ils seront cassés sur le fondement de la violation de la loi (3). Autrement dit, contrairement à une loi votée par le Parlement, qui, en principe, n'est pas rétroactive (4), les revirements de**

(1) La notion de revirement de jurisprudence n'est pas simple – voire impossible – à définir. On peut cependant s'accorder pour considérer qu'il y a revirement de jurisprudence lorsqu'une jurisprudence établie est abandonnée (cf. notamment Mme Soraya Amrani Mekki, « A propos des revirements de jurisprudence. Quelques réflexions procédurales », RTD civ. 2005, p. 293 et ss, sp. n° 7). Sans la confondre, on peut rapprocher de cette situation celle dans laquelle une nouvelle jurisprudence est adoptée, sur une question réglée – ou non – par le législateur (cf. notamment M. Philippe Malinvaud, « A propos de la rétroactivité des revirements de jurisprudence », RTD civ. 2005, p. 312 et ss, et sp. n° 9). Sur la notion même de revirement de jurisprudence, cf. notamment Cass. soc. 26 janvier 2005, *Sté Bastille Taxis* (II), Droit Social 2005, 567, note Antoine Jeammaud et Cass. soc. 20 avril 2005, *Tissavel*, JCP E et A 2005, j.p., 983, note François Duquesne.

(2) Sur la question de l'application dans le temps des revirements de jurisprudence, cf. notamment : Paul Roubier, *Le droit transitoire*, 2<sup>e</sup> éd. 1960 ; Pierre Voirin, « Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences », Dalloz 1959, doct., 1467 ; Jean Rivero, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », AJDA 1968, 15 ; Christian Mouly « Le revirement pour l'avenir », JCP G 1994, doct. 3776 ; Thierry Bonneau, « Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement », Dalloz 1995, chr., 24 ; Nicolas Molfessis, « La sécurité juridique et la jurisprudence vue par elle-même », RTD civ. 2000, 666 ; Christophe Radé, « Pour en finir avec la rétroactivité des revirements de jurisprudence », Lexbase hebdo n° 55 du jeudi 23 janvier 2003 ; Catherine Puigelier, « A propos du revirement de jurisprudence en droit du travail », JCP E et A 2004, doct, p. 654 ; Groupe de travail présidé par Nicolas Molfessis, *Rapport sur les revirements de jurisprudence*, Litec

2005 ; Philippe Waquet, « Les revirements et la chambre sociale », Sem. Soc. Lamy 2004, n° 1195, p. 10 ; entretien avec MM. Guy Canivet et Nicolas Molfessis, « Les revirements de jurisprudence ne vaudront-ils que pour l'avenir ? », JCP G 2004, 2295 ; Bernard Teyssié, « A propos des revirements de jurisprudence », TPS 2005, p. 3 ; Patrick Morvan, « Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le rubicond », Dalloz 2005, 247 ; Christophe Radé, « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence », Dalloz 2005, 998 ; Vincent Heuzé, « A propos du rapport sur les revirements de jurisprudence. Une réaction entre indignation et incrédulité » JCP 2005, I, 130 ; Pierre Sargos, « L'horreur économique dans la relation de travail (libres propos sur le « Rapport sur les revirements de jurisprudence ») », Droit Social 2005, p. 125 ; Soraya Amrani Mekki, Christian Atlas, Jean-Luc Aubert, Xavier Bachelier et Marie-Noëlle Jobard-Bachelier, Marie-Anne Frison-Roche, Philippe Malinvaud, Fabrice Melleray, Joël Monerger et Yves Serinet, « A propos de la rétroactivité de la jurisprudence », RTD civ. 2005, 293 et ss ; Pierre Lyon-Caen, « Faut-il vraiment retarder les effets des revirements de jurisprudence », Dr. Ouv. 2005, 139. ; William Dross, « La jurisprudence est-elle seulement rétroactive », Dalloz 2006, 472 ; Patrick Morvan, « Le sacre du revirement prospectif sur l'autel de l'équitable », Dalloz 2007, 835 ; Pascale Deumier, « Evolution du pouvoir de modulation dans le temps : fondement et mode d'emploi d'un nouveau pouvoir des juges », RTD civ. 2007, 72.

(3) La règle nouvelle issue du revirement n'a cependant vocation à s'appliquer qu'aux procès pendants ou nouveaux. Elle ne peut en aucun cas remettre en cause les procès terminés par une décision irrévocable. Cf. Paul Roubier, précité, sp. p. 25.

(4) Art. 2 du Code civil : « La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif. »

jurisprudence, eux, sont par principe rétroactifs (5). C'est cette rétroactivité des revirements de jurisprudence – et non pas les revirements eux-mêmes (6) – qui a fait l'objet de vives discussions.

Rendu en novembre 2004, le rapport *Molfessis* (7) soulignait les « *conséquences néfastes* » attachées à la rétroactivité des revirements de jurisprudence : « *imprévisibilité du droit* » – dans la mesure où les justiciables ne peuvent pas anticiper un revirement de jurisprudence ; « *injustice* » créée par le revirement ; son « *coût financier* » – les revirements pouvant mettre en cause par série des actes dont l'adoption reposait sur un calcul économique ; et « *dévolement de la règle de droit* » – puisque la règle qui s'applique à rebours du temps n'a pas pu servir de règle de conduite.

Le rapport *Molfessis* poursuivait en préconisant que la Cour de cassation « *accepte de limiter dans le temps les effets de ses revirements de jurisprudence dès lors qu'ils entraînent des effets néfastes* ». La Cour de cassation était invitée à « *elle-même choisir les critères justifiant au cas par cas qu'elle empêche l'effet rétroactif de se produire* » ; deux facteurs principaux étant proposés aux juges par le rapport : les conséquences du revirement du point de vue de la prévisibilité de la règle de droit, et la désorganisation ainsi que le coût financier que le revirement entraîne.

On se rappelle aussi des critiques adressées au rapport *Molfessis*, notamment par le Président de la Chambre sociale de la Cour de cassation, M. Pierre Sargos dans un article intitulé : « *L'horreur économique dans la relation de droit (libres propos sur le « Rapport sur les revirements de jurisprudence »)* » (8). Le président de la Chambre sociale adressait principalement deux reproches au Rapport sur les revirements de jurisprudence : ignorer l'être humain et les libertés fondamentales en faisant prévaloir la dimension économique concurrentielle du droit, et ignorer la dialectique démocratique entre le juge et le législateur.

Il faut reconnaître que le rapport *Molfessis*, pouvait effectivement apparaître comme privilégiant la dimension marchande de la règle de droit (9). De ce point de vue, le Rapport sur les revirements de jurisprudence était « *dans l'air du temps* » – un air susceptible, toutefois, de provoquer quelque malaise... (10)

Il faut reconnaître, aussi, qu'autoriser les juges à décider eux-mêmes de la date d'application de leurs revirements de jurisprudence conduit à renforcer encore plus leurs pouvoirs (11) et à complexifier

(5) Cette différence de nature a souvent été vilipendée : les juges se voient autorisés à faire ce que le législateur lui-même ne peut pas se permettre ! Cela au prétendu motif que la jurisprudence ne serait pas créatrice de droit ! Observons toutefois qu'il est possible d'admettre que, comme la loi, la jurisprudence est créatrice de droit tout en soutenant que la loi et la jurisprudence doivent obéir à des régimes juridiques différents : non-rétroactivité pour la première et rétroactivité pour la seconde - en raison du principe de la séparation (de l'équilibre) des pouvoirs législatifs et judiciaires. Admettre que la jurisprudence est source de droit n'équivaut donc pas à proposer de lui appliquer le même régime juridique que la loi. D'autant plus que, s'il n'y a pas de doute sur ce qu'est une loi nouvelle, il y en a beaucoup plus sur ce qu'est un revirement de jurisprudence (cf. *supra* note (1))... Cf. également Yves-Marie Serinet : « (...) convenir qu'il existe des normes jurisprudentielles n'implique pas d'admettre leur parité avec la règle légale. Il y a une infériorité technique de celles-ci par rapport à celle-là » (...) « *Que la jurisprudence dispose d'un pouvoir de création des règles de droit ne signifie pas qu'elle soit en droit de statuer par voie générale, erga omnes, et réglementaire, in futurum, comme seul le législateur y est autorisé* » (RTD civ. 2005, précité, sp. p. 330 et 332).

(6) Les revirements de jurisprudence sont considérés par tous souhaitables. Exemple : « La jurisprudence ne peut rester figée dans l'immobilité mortifère (...) Le revirement suit, révèle, affirme les exigences fondamentales du droit de son temps » - Joël Monéger, RTD civ. 2005, précité, sp. p. 324 et 326.

(7) « Rapport sur les revirements de jurisprudence », précité.

(8) Précité.

(9) Par exemple, l'application rétroactive du revirement de jurisprudence de la Chambre sociale en matière de clause de non-concurrence (arrêt *Barbier*, cf. *infra*) était vivement critiquée dans le rapport *Molfessis*, en particulier en raison de son coût

financier pour les employeurs. Pour plus de détails, cf. Pierre Sargos, article précité, sp. 1.

(10) « *Faire du calcul d'utilité individuelle la source suprême de l'obligation juridique est la marque distinctive de l'économisme, dernier avatar du fondamentalisme occidental, qui étend aujourd'hui son influence jusqu'au sein de nos juridictions suprêmes (...) l'analyse économique du droit est essentiellement une doctrine normative, qui consiste à rapporter toute règle à un calcul d'utilité, qui serait à la fois la source et la mesure de sa légitimité* » - Alain Supiot, « La valeur de la parole donnée (à propos des chômeurs « recalculés » », Droit Social 2004, 541 et sp. p. 543. Cf. également, du même auteur, « Le droit du travail bradé sur le marché des normes », Droit Social 2005, 1087. « (...) gardons-nous de faire du marché la parangon de tout (...). Fort heureusement les rapports humains ne se réduisent pas à ceux du marché, sauf à avoir de celui-ci la conception du marché aux esclaves » - Pierre Sargos, article précité.

(11) Donner aux juges la possibilité de déroger à la rétroactivité de principe de la décision judiciaire constitue en effet indéniablement un élargissement de leurs pouvoirs (décider du revirement lui-même et, en plus, de son application dans le temps) – élargissement qui s'accorde d'ailleurs assez mal avec la prohibition des arrêts de règlement. Cf. Jean-Luc Aubert, RTD civ. 2005, précité, p. 301 et Vincent Heuzé, article précité, n° 10 *contra* : Patrick Morvan, « Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon », précité, sp. n° 6. Cf. également Xavier Bachelier et Marie-Joëlle Jobard-Bachelier : « La modulation proposée par la Commission remettrait indiscutablement en cause la place que tient la Cour de cassation dans l'ordre juridictionnel et, dans une certaine mesure, quoique l'on dise, la nature même de la règle jurisprudentielle » (RTD civ. 2005, précité, sp. p. 306) ; ou encore Yves-Marie Serinet : « Attribuer au juge la maîtrise du temps effacerait toute limite à son pouvoir » (RTD civ. 2005, précité, sp. p. 331).

encore l'application de la règle de droit (12) – ce qui n'est pas, a priori, l'effet recherché. Le remède proposé par le rapport *Molfessis* n'était-il pas pire que le mal constaté (13) ?

Sur le fond, autoriser les juges à prononcer des revirements seulement pour l'avenir soulève au moins deux difficultés majeures et incontournables au regard des fondements de notre système juridique et politique. Première difficulté : excéder le pouvoir créateur des juges tel qu'il a été jusqu'à aujourd'hui admis. En effet, « le juge qui pose une interprétation qui n'a pas pour raison ultime et directe la solution du cas dépasse les pouvoirs qui lui ont été confiés » (14). Ce faisant, il empiète, une fois de plus, sur les pouvoirs du Parlement. Deuxième difficulté : ne pas faire bénéficier d'un revirement jurisprudentiel le justiciable dont la demande est pourtant à l'origine de ce revirement apparaît difficile à admettre et difficile à faire comprendre (15).

Il est donc rassurant que le rapport *Molfessis* se prononce en faveur du maintien du principe de la rétroactivité des revirements de jurisprudence (16). Les magistrats de la Cour de cassation y sont invités à ne retarder l'effet que de certains de leurs revirements : les plus « néfastes ».

Quoi qu'il en soit, le débat sur le principe même de la possibilité, pour les juges, d'opérer des revirements seulement pour l'avenir, est un débat certes toujours intéressant, mais quelque peu dépassé. En effet, depuis la remise du rapport *Molfessis*, la situation a fortement évolué. L'assemblée plénière de la Cour de cassation a rendu un arrêt le 21 décembre 2006 optant pour une application différée d'un revirement de jurisprudence (17). Le 16 juillet 2007, le Conseil d'État a, quant à lui, refusé d'appliquer un revirement à des contrats en cours (18). Les revirements pour l'avenir ont donc le vent en poupe.

Depuis lors, si la rétroactivité des revirements de jurisprudence reste de principe, l'exception des revirements pour l'avenir a pris corps – à grand renfort de publicité. Dans ces conditions, il est intéressant de s'interroger sur la place accordée aujourd'hui aux revirements pour l'avenir (I), et sur les raisons qui justifient une telle exception au principe de rétroactivité (II). Étant entendu que la Chambre sociale de la Cour de cassation a encore récemment – et très discrètement (19) – refusé de différer l'application de ses revirements de jurisprudence.

## I. La place accordée aux revirements pour l'avenir

La figure du revirement pour l'avenir a obtenu une reconnaissance solennelle de la part de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation (A) et une reconnaissance seulement indirecte de la part de sa Chambre sociale (B). Pour obtenir ce résultat, les

plaideurs se sont fondés – à bon escient – sur l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales qui consacre le droit à un procès équitable (20).

(12) Le revirement pour l'avenir est en effet susceptible de conduire à des complications telles que, par exemple : la coexistence possible de l'ancienne et de la nouvelle jurisprudence ; la résistance possible de certains juges soit au revirement lui-même, soit à son application dans le temps ; l'adoption possible d'un nouveau revirement (et le retour à l'ancienne jurisprudence) ou l'abandon possible de la solution retenue, dans un premier temps, concernant l'application du revirement dans le temps... De sérieuses difficultés en perspectives ! En ce sens, notamment, Jean-Luc Aubert, RTD civ. 2005, précité, sp. p. 303 et Vincent Heuzé, précité, n° 12.

(13) Cf. Pierre Lyon-Caen, « Faut-il vraiment retarder les effets des revirements de jurisprudence ? », précité.

(14) Pascale Deumier, « Évolution du pouvoir de modulation dans le temps : fondement et mode d'emploi d'un nouveau pouvoir des juges », RTD civ. 2007, 72. Cf. également ci-dessus, note 11.

(15) Avec un revirement pour l'avenir, on peut perdre en gagnant (ou gagner en perdant) !

(16) § 2-3 et 2-5-5 du Rapport sur les revirements.

(17) C. cass. Ass. plén. 21 décembre 2006, PBRI, pourvoi n° 06-42507, Dalloz 2007, 835, note Patrick Morvan ; RTD civ. 2007, p. 72, note Pascale Deumier et JCP G 2007, jp, 10111, note Xavier Lagarde.

(18) CE, 16 juillet 2007, Sté Tropic Travaux Signalisation, Les Petites Affiches 2007, n° 208, p. 10, note FrédéricBUY.

(19) Par des arrêts non publiés. Cependant, « publié au *Bulletin* ou pas, tout arrêt, dès lors qu'il comporte une substance juridique indéniable, est partie constitutive de « la » jurisprudence » - Jean-Luc Aubert, « De quelques risques d'une image troublée de la jurisprudence de la cour de cassation », *Mélanges Draï*, p. 7, et sp. p. 10.

(20) A noter que, dans un premier temps, et sans succès, les plaideurs ont invoqué le « principe de sécurité juridique ». Cf. Cass. soc. 7 janvier 2003, n° 00-46.476, non publié, obs. critiques Christophe Radé à Lexbase, précité, et Cass. soc. 18 janvier 2005, n° 02-46.737, non publié : « la sécurité juridique invoquée [...] ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence immuable, l'évolution de la jurisprudence relevant de l'office du juge dans l'application du droit » (cf. tout récemment Cass. soc. 3 juillet 2008 n° 06-43.241). Puis les plaideurs ont délaissé cet argument au profit du droit à un procès équitable (art. 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales). Bien leur en a pris. Sur le « principe » de sécurité juridique, cf. notamment Patrick Morvan, « Le principe de sécurité juridique : l'antidote au poison de l'insécurité juridique ? », *Droit Social* 2006, 707 et Antoine Mazeaud, « La sécurité juridique et les décisions du juge », *idem*, p. 744.

## A. La reconnaissance solennelle de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation

C'est le 21 décembre 2006 que l'assemblée plénière de la Cour de cassation a, pour la première fois, consacré un revirement pour l'avenir (21). Tant la méthode pour aboutir à ce résultat (1°) que le résultat lui-même (2°) méritent attention.

### 1° Sur la méthode

En 2006, la première Chambre civile de la Cour de cassation a été saisie du point de savoir si un demandeur qui avait agi conformément à la jurisprudence applicable à l'époque de l'introduction de son action en justice en réparation d'une atteinte à la présomption d'innocence, en 1996, pouvait se voir opposer un revirement opéré le 8 juillet 2004 en matière de prescription de cette action en justice – ce qui revenait à le débouter sur le fondement de la nouvelle règle de prescription (22).

La deuxième chambre civile avait été confrontée au même problème en 2004, lorsque – précisément – elle avait opéré ce revirement de jurisprudence. À cette occasion, la deuxième Chambre civile avait adopté une position très originale puisque, dans son arrêt du 8 juillet 2004, elle avait décidé de ne pas appliquer immédiatement le revirement au motif que « *l'application immédiate de cette règle de prescription dans l'instance en cours aboutirait à priver la victime d'un procès équitable au sens de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales* » (23). La deuxième Chambre civile avait donc franchi un premier pas en direction du revirement pour l'avenir (24), avant même que le rapport Molfessis ne soit remis au Premier président de la Cour de cassation.

Deux ans plus tard, en 2006, la première Chambre civile était invitée à confirmer – ou à infirmer – la solution adoptée le 8 juillet 2004 par la deuxième Chambre civile. La première Chambre civile pouvait opérer un revirement par rapport à l'arrêt de 2004 et décider que la nouvelle jurisprudence en matière de prescription de l'action en

justice était, conformément au principe, d'application immédiate aux litiges en cours (25). À l'inverse, elle pouvait suivre la jurisprudence inaugurée le 8 juillet 2004 par la deuxième Chambre civile et décider que la nouvelle jurisprudence n'était valable que pour l'avenir.

La première Chambre civile était donc confrontée à un problème de principe, ce d'autant que le rapport Molfessis était passé par là posant au grand jour la question de l'application dans le temps des revirements de jurisprudence. Au moins deux bonnes raisons pour que la première Chambre civile renvoie cette affaire devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation (26).

Ce choix de méthode doit être souligné. Le rapport Molfessis préconisait, en effet, de réserver le pouvoir de moduler l'application dans le temps des revirements de jurisprudence (27) aux formations de la Cour de cassation aptes à assurer l'unité de l'interprétation de la règle au sein de la Cour de cassation : assemblée plénière, chambre mixte, plénières de chambre (28). Ici, c'est l'Assemblée plénière qui a été sollicitée par la première Chambre civile sur le fondement de l'article L.431-6 du Code de l'organisation judiciaire qui prévoit le renvoi devant cette Assemblée lorsque l'affaire pose « *une question de principe* » (29). Résultat : l'assemblée plénière a pu saisir cette occasion pour adopter une position novatrice en matière d'application dans le temps d'un revirement de jurisprudence.

### 2° - Sur le fond

Dans son arrêt en date du 21 décembre 2006, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation reprend la solution adoptée deux ans plus tôt par la deuxième Chambre civile : elle décide de ne pas appliquer la nouvelle règle de prescription de l'action en justice en matière d'atteinte à la présomption d'innocence au motif que « *l'application immédiate de cette règle de prescription dans l'instance en cours aboutirait à priver la victime d'un procès équitable, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, en lui interdisant l'accès au juge* » (30). L'Assemblée plénière a

(21) Cf. notamment Pascale Deumier, RTD civ. 2007, 72 et Patrick Morvan, « Le sacre du revirement prospectif sur l'autel de l'équitable », précité.

(22) Par ce revirement de juillet 2004, la 2<sup>e</sup> Chambre civile impose au demandeur l'obligation de réitérer trimestriellement son intention de poursuivre l'action engagée en matière d'atteinte à la présomption d'innocence (Cass. 2<sup>e</sup> ch. civ. 8 juillet 2004, Dalloz 2004, jp, 2956, note Christian Bigot).

(23) Cass. 2<sup>e</sup> ch. civ. 8 juillet 2004, précité.

(24) Patrick Morvan, « Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon », précité.

(25) C'est en ce sens que s'était prononcé le Conseiller rapporteur M. Lacabarats : dans son rapport disponible sur le site de la Cour de cassation, il suggérerait à l'Assemblée Plénière d'opter

pour la pleine rétroactivité du revirement de jurisprudence opéré par la deuxième Chambre civile le 8 juillet 2004.

(26) Le renvoi devant l'Assemblée plénière a été ordonné par arrêt du 7 mars 2006 de la 1<sup>re</sup> Chambre civile au visa des articles L. 212-4, L. 131-2 al. 3 et L. 131-3 du Code de l'organisation judiciaire.

(27) Autrement dit d'opter pour un revirement pour l'avenir.

(28) Point 2.5.4 du « Rapport sur les revirements de jurisprudence », précité.

(29) Pour certains auteurs, sans doute satisfaits du choix de méthode fait par la 1<sup>ère</sup> Chambre civile, il convient de réserver à l'Assemblée plénière la question de l'application dans le temps des revirements de jurisprudence. Cf. notamment Christophe Radé, « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence », précité, sp. n° 20.

(30) Ass. plén. 21 décembre 2006, précité.

donc suivi la voie tracée par le rapport *Molfessis* et par la deuxième Chambre civile (31) – dont elle reprend, à peu de choses près, la motivation.

Un revirement pour l'avenir a ainsi été consacré au plus haut niveau de la hiérarchie judiciaire, l'Assemblée plénière optant en faveur d'une nouvelle conception de l'office des juges. Depuis lors, le principe de l'application rétroactive des revirements de jurisprudence rencontre une exception notoire : le revirement de juillet 2004 en matière de prescription de l'action civile fondée sur une atteinte à la présomption d'innocence. Et il pourra, au fil du temps et de la jurisprudence, en rencontrer d'autres.

Étant entendu que là où l'Assemblée plénière vise « l'application immédiate » d'un revirement de jurisprudence, il faut comprendre l'application de ce revirement aux litiges en cours – autant dire, en pratique, une application rétroactive du revirement de jurisprudence. Car c'est bel et bien au principe de l'application rétroactive des revirements de jurisprudence que l'Assemblée plénière a porté exception le 21 décembre 2006.

Il reste que la Cour de cassation, toutes formations confondues, préfère parler d'application « immédiate » du revirement de jurisprudence plutôt que d'application « rétroactive ». Cette option terminologique est sans doute destinée à marquer la différence entre loi et jurisprudence (32) : pour la Cour de cassation, seule la loi pourrait se voir affublée du qualificatif de rétroactive, la jurisprudence étant, quant à elle, d'application immédiate. Même si, en pratique, ce *distinguo* peut apparaître assez artificiel (33), il présente le mérite de ne pas mettre sur un même plan la loi et la jurisprudence – ce qui pédagogiquement, mais aussi fondamentalement, est très louable (34).

Étant précisé, enfin, que cette première reconnaissance d'un revirement pour l'avenir ne

concerne pas une règle de fond mais une règle de procédure, puisqu'il s'agit d'une règle de prescription de l'action en justice. Ce qui est loin d'être négligeable : l'enjeu juridique (35) est moindre que s'il s'était agi d'une règle de fond.

Que ce soit avant ou après cet arrêt d'Assemblée plénière en date du 21 décembre 2006, la Chambre sociale de la Cour de cassation n'a, quant à elle, pas – encore ? – opté en faveur d'un revirement pour l'avenir.

## B. La reconnaissance indirecte de la Chambre sociale de la Cour de cassation

Sur le plan de la méthode, confrontée au problème de l'application dans le temps de ses revirements de jurisprudence, et à la différence de la première Chambre civile, la Chambre sociale de la Cour de cassation n'a pas jugé nécessaire de faire appel à l'Assemblée plénière. Elle a tout d'abord statué par un arrêt publié, l'arrêt *Samse* en date du 17 décembre 2004 (1°). Ont suivi plusieurs autres arrêts de la même veine, mais qui, cette fois, n'ont pas reçu les honneurs de la publication (2°). S'agissant de l'application dans le temps des revirements de jurisprudence, c'est donc la discrétion qui semble aujourd'hui de rigueur à la Chambre sociale de la Cour de cassation (36).

### 1° - L'arrêt *Samse* du 17 décembre 2004

Une quinzaine de jours après la remise du rapport *Molfessis*, la Chambre sociale de la Cour de cassation avait livré sa position en matière d'application dans le temps de ses revirements de jurisprudence. L'espèce était intéressante puisqu'il s'agissait de la question des effets dans le temps de la jurisprudence *Barbier* en matière de clause de non-concurrence (37) – l'application immédiate de ce revirement ayant été vivement critiquée dans le

(31) Mais pas la voie préconisée par le Conseiller rapporteur M. Lacabarats. Cf. supra note 25.

(32) En ce sens, cf. Bernard Gauriau, obs. sous Cass. soc. 17 décembre 2004, *Samse*, Droit Social 2005, 334.

(33) Mme Pascale Deumier stigmatise ici un « piège terminologique » (RTD civ. 2007, précité).

(34) On rejoint ici M. Christian Atias lorsqu'il souligne son « attachement ferme et irréductible [à la prohibition des arrêts de règlement ainsi qu']à la distinction de l'autorité judiciaire, d'une part, et des pouvoirs législatifs et réglementaires, d'autre part » ; et ajoute « il y a là pour moi, une question de légitimité démocratique » (RTD civ. 2005, précité).

(35) Et non pas judiciaire.

(36) Cette différence de méthode entre la première Chambre civile et la Chambre sociale de la Cour de cassation peut être diversement interprétée. Il est possible de considérer que la Chambre sociale de la Cour de cassation entend garder la maîtrise de l'application dans le temps de ses revirements de jurisprudence. Réfractaire – ou non – à toute modulation, elle préférerait ne pas donner trop de publicité aux arrêts qu'elle

rend en la matière. Il est tout autant possible d'estimer que, pour la Chambre sociale, les affaires dont elle a été saisie ne rentraient manifestement pas dans l'un des cas où le revirement de jurisprudence peut être retardé. Aucune « question de principe » ne se posant, les arrêts n'avaient même pas à être publiés. La Chambre sociale attendrait, pour saisir l'Assemblée plénière d'être confrontée à une hypothèse où un revirement serait susceptible d'être différé. Quelle que soit la bonne interprétation, le fait que la Chambre sociale ait décidé de ne pas publier ces récents arrêts est assez discutable. La position de cette Chambre gagne en effet à être connue : c'est une pierre jetée à l'édifice de la construction jurisprudentielle du droit transitoire des revirements de jurisprudence.

(37) L'arrêt *Barbier* en date du 10 juillet 2002 (Dr. Ouv. 2002, 533, note David Taté ; Dalloz 2002, jp, 2491, note Yves Serra ; Droit Social 2002, 954 et 949, chron. crit. Raymonde Vatinet) constitue un revirement de jurisprudence car il pose pour la première fois l'exigence d'une contrepartie financière en matière de clause de non-concurrence.

rapport *Molfessis*, notamment en raison de son coût financier pour les employeurs (38).

Comme chacun sait, la Chambre sociale de la Cour de cassation ne va pas suivre les préconisations du Rapport sur les revirements : l'arrêt *Samse* du 17 décembre 2004 (39) confirme que l'exigence jurisprudentielle de contrepartie financière à la clause de non concurrence est « d'application immédiate ». La Chambre sociale s'en est expliqué : l'exigence de contrepartie financière à la clause de non concurrence « répond à l'impérieuse nécessité d'assurer la sauvegarde et l'effectivité de la liberté fondamentale d'exercer une activité professionnelle ».

Il faut souligner que la motivation adoptée dans l'arrêt *Samse* se présente indéniablement comme une concession faite aux laudateurs des revirements pour l'avenir – et au rapport *Molfessis*. En effet, d'après la Chambre sociale, si le revirement en matière de clause de non concurrence est d'application immédiate, c'est parce qu'il répond à une « impérieuse nécessité » : celle d'assurer la sauvegarde et l'effectivité d'une liberté fondamentale. Une interprétation *a contrario* de l'arrêt *Samse* permet donc de comprendre qu'en l'absence d'une « impérieuse nécessité », la Chambre sociale pourrait éventuellement accepter de différer l'application de l'un de ses revirements de jurisprudence.

Avec l'arrêt *Samse*, la Chambre sociale de la Cour de cassation ouvre finalement une porte aux revirements pour l'avenir – à l'égard desquels elle ne témoigne pas une franche hostilité. Il reste qu'en pratique, cette porte peut – ou non – déboucher sur une voie sans issue. L'avenir nous dira, en effet, si l'interprétation *a contrario* de l'arrêt *Samse* présente un intérêt pratique ; si l'hypothèse que la Chambre sociale opère, ou ait opéré, un revirement de jurisprudence en l'absence d'« impérieuse nécessité » se réalise – auquel cas elle pourrait envisager un revirement pour l'avenir et,

pourquoi pas ?, saisir l'Assemblée plénière pour qu'elle statue en ce sens.

En attendant ces hypothétiques revirements pour l'avenir, la Chambre sociale de la Cour de cassation a rendu plusieurs arrêts postérieurs à l'arrêt *Samse* dans lesquels elle opte clairement pour l'application immédiate de ses revirements de jurisprudence.

## 2° Les arrêts ultérieurs

Deux arrêts non publiés au Bulletin, rendus tous deux le 27 septembre 2007, paraissent assez symptomatiques de la position actuelle de la Chambre sociale de la Cour de cassation face à ses revirements de jurisprudence.

On savait qu'en matière de clause de non concurrence le revirement sur l'exigence de contrepartie financière était d'application « immédiate ». Un arrêt *REI* du 26 septembre 2007 (40) ne fait que reprendre cette solution consacrée quelques années plus tôt, notamment dans l'arrêt *Samse* (41). Le contentieux était classique : un salarié engagé en 1998 par un contrat de travail contenant une clause de non-concurrence dépourvue de contrepartie financière avait été licencié en 2001 pour un motif économique. Le salarié avait intenté une action prud'homale pour obtenir, d'une part des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, et, d'autre part, des indemnités compensatrices de la clause de non concurrence.

Le salarié licencié obtiendra, notamment, la condamnation de son employeur au paiement d'une somme de 12 000 euros en contrepartie de l'indemnité de non concurrence. Pour la Chambre sociale, le fait que l'employeur se soit conformé à la jurisprudence en vigueur au moment de la conclusion de la clause de non concurrence est sans incidence : le revirement de 2002 est d'application immédiate (42), en raison de l'impérieuse nécessité d'assurer la sauvegarde de la liberté fondamentale du travail.

(38) C'est parfois autant le revirement lui-même, que son application immédiate, qui a fait l'objet de critiques (cf. par exemple Christophe Radé, « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence », précité, et Raymonde Vatinet, précitée). La Cour de cassation a effectivement été très audacieuse en imposant une contrepartie financière aux clauses de non concurrence. Mais c'est le désintérêt du législateur pour ce type de clauses, portant atteinte à la liberté de travail des salariés, qui a conduit les juges à faire preuve de créativité. Et nul doute que l'exigence de contrepartie financière posée en 2002 dans l'arrêt *Barbier* est plus protectrice de la liberté du travail que ne l'est l'exigence de protection de l'intérêt légitime de l'entreprise posée en 1992 dans l'arrêt *Godissart*. « Le législateur démissionne, et il n'est pas étonnant que la Cour de cassation prenne le relais » (« parfois à tort » ajoute l'auteur) - Antoine Mazeaud, dans « La jurisprudence sociale créatrice de droit : regard sur la Chambre sociale de la Cour de cassation », Etudes offertes à Jean Pélissier, Dalloz 2003, 383, sp. p. 397. Dans le même sens, Philippe Malinvaud : « S'il était permis de formuler un vœu, ou plutôt de faire un rêve, on souhaiterait que le

législateur remplisse mieux sa fonction, ce qui éviterait au juge d'avoir parfois à s'écarter de la sienne pour pallier les carences de la loi. Si le législateur était plus attentif à adapter la loi aux besoins nouveaux, peut-être y aurait-il moins matière à revirement de jurisprudence » (RTD civ. 2005, précité, sp. p. 318).

(39) Soc. 17 décembre 2004, *Samse*, Droit Social 2005, 334, obs. Bernard Gauriau, Dr. Ouv. 2005 p.146, obs. Emmanuel Gayat et Arnaud de Senga. Cf également les observations de M. Pierre-Yves Gautier publiées à la RTD civ. 2005, 159.

(40) Pourvoi n° 06-42707.

(41) Et dans d'autres arrêts postérieurs à l'arrêt *Samse*, eux aussi non publiés : Cass. soc. 23 février 2005, pourvoi n° 02-42.615 ; Cass. soc. 8 juin 2005, pourvoi n° 03-45.342 ; Cass. soc. 27 septembre 2005, pourvoi n° 03-45.753.

(42) Ce qui, pour la Chambre sociale, n'est contraire ni à l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ni aux articles 1, 2 et 1134 du Code civil.

Soulignons qu'en l'espèce, le salarié avait été injustement privé de son emploi par la société REI (43) et avait cependant respecté une clause de non concurrence dépourvue de contrepartie financière. C'est tout à fait le genre de situation qui conduit à approuver l'audace de la Chambre sociale de la Cour de cassation en matière de clause de non concurrence, et sa ténacité à appliquer immédiatement le revirement de 2002 (44).

L'arrêt *Michelin* du 26 septembre 2007 (45) est plus novateur puisqu'il porte, non pas pour la énième fois sur une clause de non concurrence, mais sur un reçu pour solde de tout compte. Les faits de l'espèce sont assez curieux : un salarié engagé en 1967 et licencié en 1980 par la société Michelin attend vingt-quatre ans pour tenter, fin 2004, une action en licenciement sans cause réelle et sérieuse contre son employeur (46).

Lors de la rupture du contrat de travail, en 1980, le salarié avait signé un reçu pour solde de tout compte. Ce reçu avait été rédigé en termes généraux : il ne donnait pas le détail des sommes réglées au salarié et visait toutes les indemnités au titre de l'exécution et de la cessation du contrat de travail. En 1980, et bien que cela fut très contestable, les juges admettaient que ce type de reçu ait un effet libératoire pour l'employeur en interdisant au salarié de porter une quelconque réclamation devant le conseil de prud'hommes.

Le problème est qu'en 1998 la jurisprudence a évolué : les juges ont posé comme condition à l'opposabilité du reçu pour solde de tout compte qu'il comporte le détail des sommes versées au salarié (47). Il s'agissait de savoir

si le reçu signé en 1980 était valable bien que ne répondant pas aux conditions posées en jurisprudence dix-huit ans plus tard... C'était tout le problème de l'application immédiate des revirements de jurisprudence.

Les juges du fond avaient décidé d'appliquer la jurisprudence de 1998 aux faits de l'espèce. Ils sont approuvés en cela par la Chambre sociale de la Cour de cassation (48) : celle-ci refuse, une fois de plus, de différer l'application d'un de ses revirements de jurisprudence, comme l'y invitait pourtant le demandeur au pourvoi. À l'image du revirement en matière de clause de non concurrence, le revirement en matière de reçu pour solde de tout compte doit, pour la Chambre sociale, s'appliquer immédiatement.

Cette seconde espèce montre clairement le problème posé par l'application dans le temps des revirements de jurisprudence : le juge se voit permis ce que le législateur lui-même n'est généralement pas autorisé à faire : appliquer une règle de manière rétroactive (49). Rigidité d'un côté, souplesse de l'autre. C'est toute la différence *de nature* entre une intervention législative et une évolution jurisprudentielle – différence qui, pourtant, est aujourd'hui sur la sellette (50).

En fin de compte, depuis l'arrêt d'Assemblée plénière en date du 21 décembre 2006, le revirement pour l'avenir est passé du stade d'une figure théorique à celui d'une figure bien réelle. Il reste à se demander dans quels cas et pour quelle(s) raison(s) cette exception doit primer sur le principe de l'application immédiate des revirements de jurisprudence.

## II. Les raisons des revirements pour l'avenir

Face à un revirement de jurisprudence, passé ou présent, les juges peuvent désormais être amenés à se prononcer sur le point de savoir si ce revirement doit être d'application immédiate, ou s'il ne doit jouer que pour l'avenir. Pour prendre parti, il leur faut réaliser une

délicate pesée des droits et des intérêts en présence (A). Dans ce travail de pesée, le principe de faveur, bien connu des « travailistes », pourrait présenter quelque utilité (B).

(43) Le licenciement a été jugé dépourvu de cause réelle et sérieuse dans la mesure où l'employeur n'avait pas respecté son obligation de reclassement.

(44) Cf. note 38.

(45) Pourvoi n° 06-43850.

(46) Une telle action obéit à la prescription trentenaire, la demande est donc recevable. Ce type de contentieux est amené à disparaître puisque le délai de prescription de droit commun vient tout récemment d'être ramené de 30 à 5 ans (loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile ; nouvel article 2224 du Code civil).

(47) Cass. soc. 19 mai 1998, Droit Social 1998, 721, obs. Catherine Marraud.

(48) Chambre sociale qui considère que, ce faisant, la Cour d'appel n'a pas méconnu les dispositions de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

(49) Pour preuve : l'évolution du droit applicable au reçu pour solde de tout compte. Couronnant l'évolution juridique, la valeur

libératoire de ce reçu a finalement été strictement limitée par la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 ; ce reçu n'a plus aujourd'hui de valeur libératoire qu'à l'égard des sommes qui y figurent (art. L. 122-17 ancien Code du travail et L. 1234-20 du nouveau Code du travail). Cependant cette loi de 2002 n'est applicable qu'aux reçus signés à compter du 20 janvier 2002, tandis que la règle jurisprudentielle de 1998 s'applique à un reçu signé en 1980. À noter, au passage, qu'au moment où ces lignes sont écrites, un projet de loi « portant modernisation du marché du travail », a été adopté en commission mixte paritaire (« petite loi », 12 juin 2008). Il prévoit de modifier à nouveau l'article L. 1234-20 du Code du travail. La valeur libératoire du reçu pour solde de tout compte ne serait pas modifiée (elle ne concernerait toujours que les sommes qui figurent sur le reçu), mais une faculté de dénonciation (pendant une durée de six mois) serait réintroduite (article 4-4° de la « petite loi ») qui modifie l'article L. 1234-20 du Code du travail).

(50) Sur cette différence de nature *irréductible* entre la loi et la jurisprudence, cf. *supra* note 5.

## A. La difficile pesée des droits et intérêts en présence

C'est donc au cas par cas que les juges pourront décider l'application immédiate – ou différée – de leurs revirements de jurisprudence. Mais, selon quel(s) critère(s), quelle méthode ? Les arrêts rendus jusqu'à présent tant par la Chambre sociale (1°) que par l'Assemblée plénière (2°) de la Cour de cassation permettent d'esquisser quelques éléments de réponse.

Le rapport *Molfessis* préconisait, quant à lui, de recourir au revirement pour l'avenir soit lorsque les juges constatent une disproportion manifeste entre les avantages de la rétroactivité normale et ses inconvénients au regard des anticipations légitimes des justiciables, soit lorsqu'ils décèlent un impérieux motif d'intérêt général (51). La jurisprudence évoquée ci-après s'est faite – peu ou prou – l'écho de cette proposition.

### 1° La position de la Chambre sociale de la Cour de cassation

Dans l'arrêt *Samse* du 17 décembre 2004 (52), la Chambre sociale de la Cour de cassation prend le soin de justifier les raisons pour lesquelles la nouvelle exigence jurisprudentielle de contrepartie financière aux clauses de non concurrence est, d'après elle, d'« application immédiate » (53) : « l'exigence d'une contrepartie financière à la clause de non-concurrence répond à l'impérieuse nécessité d'assurer la sauvegarde et l'effectivité de la liberté fondamentale d'exercer une activité professionnelle ». La Chambre sociale utilise donc le critère de l'« impérieuse nécessité » pour décider de ne pas céder aux préconisations du rapport *Molfessis* – l'impérieuse nécessité étant, précisément, l'un des motifs avancés dans le rapport *Molfessis* pour justifier la nécessité d'opérer un revirement pour l'avenir...

Cette formule est à rapprocher de la motivation des décisions rendues en matière de rétroactivité de la loi (54) : en principe non-rétroactive, la loi peut cependant rétroagir si telle est l'intention du législateur et si cette application rétroactive répond à un « impérieux motif d'intérêt général » (55). Judicieusement, la Chambre sociale applique le même type de raisonnement à la jurisprudence (56) : la rétroactivité du revirement en matière de clause de non-concurrence se fonde sur une « impérieuse nécessité » - en l'occurrence celle d'assurer « la sauvegarde et l'effectivité de la liberté fondamentale d'exercer une activité professionnelle ».

Le critère retenu, dans l'arrêt *Samse*, pour opter en faveur de l'application immédiate d'un revirement de jurisprudence se trouve donc dans l'impérieuse nécessité d'assurer la sauvegarde et l'effectivité d'une liberté fondamentale. Ce n'est cependant pas le seul critère employé, aujourd'hui, par la Chambre sociale pour régler le problème de l'application dans le temps de ses revirements de jurisprudence.

Dans l'arrêt *Michelin* du 26 septembre 2007 (57), la Chambre sociale décide, une fois de plus, d'appliquer immédiatement un de ses revirements de jurisprudence, cette fois en matière de reçu pour solde de tout compte. Mais elle ne reprend pas la motivation imaginée dans l'arrêt *Samse*. La Chambre sociale se contente ici d'affirmer qu'en appliquant immédiatement le revirement, la Cour d'appel « n'a pas méconnu les dispositions de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales qui garantit le droit d'accès au juge et le droit à un procès équitable ».

Même s'il s'agit d'un arrêt non destiné à la publication, il faut regretter sa motivation elliptique... Il est cependant possible d'en retenir que le droit d'accéder à la justice est, dans ce cas, le critère employé par la Chambre sociale pour décider de l'application immédiate de l'un de ses revirements de jurisprudence.

En effet, la signature d'un reçu pour solde de tout compte rédigé en termes généraux avait pour objet - et pour effet – d'interdire au salarié de s'adresser aux juges (58). Le revirement de 1998 a permis à ces derniers de poser des conditions supplémentaires pour que la signature d'un tel reçu puisse être efficacement opposée au salarié. Ce revirement de jurisprudence avait donc vocation à protéger le droit d'agir en justice – en l'occurrence celui du salarié. C'est apparemment pour cette raison que la Chambre sociale a décidé qu'il devait être d'application immédiate.

« Impérieuse nécessité » d'assurer la protection d'une liberté fondamentale, ou, plus récemment et plus discrètement, « droit d'accès au juge », tels sont les outils employés jusqu'ici par la Chambre sociale de la Cour de cassation pour se prononcer en matière d'application dans le temps de ses revirements de jurisprudence – et pour opter en faveur d'une application immédiate. Qu'en est-il de l'Assemblée plénière de la Haute juridiction ?

(51) Cf. § 2-5-5 du Rapport sur les revirements, précité.

(52) Précité.

(53) Sur cette terminologie, cf. *supra*.

(54) En ce sens, cf. notamment Patrick Guiomard (Dalloz 2005, IR, 111) et Pierre-Yves Gautier (RTD civ. 2005, 160).

(55) Sur la rétroactivité de la loi, cf. dernièrement Pascale Deumier, RTD civ. 2004, p.598 et 603.

(56) Cf. également, mais dans un sens diamétralement opposé, le Rapport sur les revirements de jurisprudence, précité, § 2-5-5.

(57) Précité.

(58) Cf. *supra*.

## 2° La position de l'Assemblée plénière.

Les explications sur la méthode employée par les magistrats de l'Assemblée plénière doivent être recherchées non seulement dans le texte de l'arrêt du 21 décembre 2006 (59), mais également, et pour une large part, dans la présentation qui en a été faite dans le Rapport annuel de la Cour de cassation (60).

Dans l'arrêt lui-même, l'Assemblée plénière indique que « *l'application immédiate de cette règle de prescription dans l'instance en cours [c'est-à-dire l'application immédiate du revirement de jurisprudence] aboutirait à priver la victime d'un procès équitable, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, en lui interdisant l'accès au juge* ».

De cette motivation, elle aussi assez elliptique, il faut retenir qu'en l'espèce l'Assemblée plénière met en avant le droit d'accéder au juge – qu'elle rattache au droit au procès équitable de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Le raisonnement est logique au regard des faits de l'espèce : le revirement de 2004 en matière de prescription de l'action fondée sur l'atteinte à la présomption d'innocence a créé une obligation supplémentaire (61) qui, faute d'avoir été respectée par la demanderesse (et pour cause !), aurait pu l'empêcher de voir son action en justice prospérer. Son droit d'accès au juge était bel et bien contrarié par le revirement de jurisprudence.

Logique, donc... Cependant la motivation de l'arrêt d'Assemblée plénière livre peu d'information sur la démarche suivie par les magistrats... Pour plus de précision, il faut se rapporter à d'autres documents, et notamment au Rapport annuel de la Cour de cassation – année 2006.

Ainsi, ce rapport précise, au titre de l'arrêt du 21 décembre 2006 : « *Dans son rapport remis au premier président de la Cour de cassation le 30 novembre 2004, le groupe de travail [présidé par le professeur Molfessis] avait suggéré que la Cour de cassation admette la possibilité de moduler dans le temps les effets des revirements de jurisprudence, en appréciant au cas par cas les situations et les motifs impérieux d'intérêt général justifiant cette modulation. C'est dans cet esprit que l'assemblée plénière a statué (...)* » (62).

Il faut en déduire que, pour l'Assemblée plénière, l'exception au principe de l'application immédiate d'un revirement de jurisprudence doit reposer sur des « *motifs impérieux d'intérêt général* ». On retrouve, quasiment, le même critère que celui utilisé par la Chambre sociale dans l'arrêt *Samse* du 17 décembre 2004, mais utilisé dans un sens diamétralement opposé. Alors que pour la Chambre sociale, l'application immédiate du revirement en matière de clause de non-concurrence se justifie par « *l'impérieuse nécessité* » d'assurer la protection d'une liberté fondamentale, pour l'Assemblée plénière, c'est l'application différée du revirement de jurisprudence en matière de prescription de l'action en justice (63) qui se trouve justifiée par des « *motifs impérieux d'intérêt général* ».

Ces deux positions ne sont cependant pas contradictoires. En effet, les solutions rendues par les deux formations de la Cour de cassation sont, elles-mêmes, diamétralement opposées : application immédiate pour la Chambre sociale, application seulement à l'avenir pour l'Assemblée plénière. Surtout, il faut déduire de ces deux décisions que le critère de « *l'impérieux motif d'intérêt général* » apparaît susceptible de guider le choix fait par les magistrats, tant en faveur d'une application immédiate que d'une application différée de leurs revirements de jurisprudence.

Dernière précision utile fournie par le rapport annuel : « *s'il appartient à la Cour, au vu des éléments d'information qui lui sont fournis par le débat contradictoire, d'apprécier s'il existe une disproportion manifeste entre les avantages attachés à la rétroactivité de principe du revirement et les inconvénients qu'emporte cette rétroactivité sur la situation des justiciables, la protection du droit d'action en justice pour une atteinte aux droits de la personnalité fait partie des exigences du procès équitable que la Cour doit prendre en considération* » (64).

Autant dire que, confrontée au problème de l'application dans le temps d'un revirement de jurisprudence, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation procède au bilan avantages/inconvénients de la rétroactivité de principe (65). En cas de disproportion manifeste, au regard d'un impérieux motif d'intérêt général, le revirement peut être différé (66). Par exemple, dans l'arrêt du 21 décembre 2006, c'est le droit au juge, « *impérieux motif d'intérêt général* », qui fait

(59) Précité.

(60) Rapport de la Cour de cassation, année 2006, p. 246. Consultable sur le site internet de la Cour de cassation.

(61) Rappel : par ce revirement de juillet 2004, la deuxième Chambre civile impose au demandeur l'obligation de réitérer trimestriellement son intention de poursuivre l'action engagée en matière d'atteinte à la présomption d'innocence.

(62) Page 246 du Rapport annuel de la Cour de cassation, précité.

(63) En matière d'atteinte à la présomption d'innocence.

(64) Page 247 du Rapport annuel, année 2006, précité.

(65) Ce qui n'apparaît malheureusement pas à la lecture de l'arrêt.

(66) Ou non peut-on vraisemblablement ajouter...

pencher la balance en faveur de l'application différée du revirement de jurisprudence (67).

Un droit transitoire des revirements de jurisprudence est ainsi en construction – au « cas par cas ». Et il est assez difficile d'en tracer, dès aujourd'hui, les contours précis ; même si l'on constate que le critère du « motif impérieux d'intérêt général » (68) revient à plusieurs reprises.

S'agissant du domaine particulier des relations subordonnées de travail, il peut être suggéré de recourir, pour élaborer ce régime transitoire, à un principe bien connu des travailistes : le principe de faveur.

## B. Le possible recours au principe de faveur (en droit du travail)

Même si le principe de faveur est assez bien connu des travailistes, la place qu'il occupe mérite quelques précisions (1°), avant de proposer de recourir à lui en matière d'application dans le temps des revirements de jurisprudence (2°).

### 1° La place du principe de faveur (69)

En 1999, le principe de faveur était qualifié de « règle émergente » par M. Antoine Jeammaud (70). En 2001, M. Fabrice Bocquillon se posait la question de savoir ce qu'il en restait (71). En 2002, M. Jean Pélissier mettait en doute jusqu'à son existence (72)... Le principe de faveur n'a jamais autant attiré l'attention de la doctrine que depuis son érosion !

C'est en effet en pleine période de régression des droits des salariés que la doctrine travailiste a souligné qu'en cas de conflit de normes en droit du travail, la règle la plus favorable aux salariés devait être préférée (73). Au plan idéologique – et juridique, il était sans aucun doute important de mettre, à ce moment-là, en exergue la

conception progressiste du droit du travail que sous-entend le principe de faveur.

Encore aujourd'hui, *en droit positif*, il reste de principe (74) qu'« en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable aux salariés qui doit recevoir application » (75). D'ailleurs ce principe de faveur a été consacré par les plus hautes juridictions puisqu'il a été qualifié de principe « fondamental » par la Cour de cassation (76) et de principe « général » par le Conseil d'État (77).

Même si l'évolution juridique la plus récente conduit à une réduction de son champ d'application (78), le principe de faveur reste finalement un instrument juridique indispensable au droit du travail (79), tant en théorie qu'en pratique.

En théorie, il offre une vision progressiste – humaniste ? – de l'évolution de la matière dans la mesure où la norme la plus favorable du point de vue de la partie faible au contrat (le salarié) doit être préférée (80). En pratique, le principe de faveur est, encore aujourd'hui, assez fréquemment amené à jouer (81) ; et dans ce cas il permet de procéder à un travail de comparaison entre normes en concours, pour effectuer un choix.

Puisque, confrontés à un revirement de jurisprudence, les juges doivent désormais et au cas par cas, se poser la question du bilan avantages/inconvénients de l'application immédiate de leur revirement au regard d'impérieux motifs d'intérêt général – ce qui leur permet d'effectuer un choix entre deux normes jurisprudentielles, il apparaît assez logique de leur proposer, ici encore et pour ce qui concerne le droit du travail (82), de recourir au principe de faveur.

(67) C'est également le droit au juge qui a permis, plus tard, à la Chambre sociale d'opter en faveur de l'application immédiate de l'un de ses revirements en matière de reçu pour solde de tout compte - cf. *supra*.

(68) Exemples : protection d'une liberté fondamentale, droit d'accès au juge.

(69) Les développements de ce 1°) sont en partie empruntés à notre ouvrage : *Dictionnaire du procès prud'homal*, Ellipses, 2007, sp. pp. 194 et ss.

(70) Antoine Jeammaud, « Le principe de faveur, enquête sur une règle émergente », *Droit Social* 1999, 115.

(71) Fabrice Bocquillon, « Que reste-t-il du principe de faveur ? », *Droit Social* 2001, 255.

(72) Jean Pélissier, « Existe-t-il un principe de faveur en droit du travail ? », *Mélanges Despax*, PU de Toulouse, 2002, 389.

(73) Cf. notamment Antoine Jeammaud, précité.

(74) Quand bien même ce principe connaît des limites et un nombre croissant d'exceptions. Cf. notamment Jean Pélissier, précité et *Dictionnaire du procès prud'homal*, précité.

(75) Cass. soc. 26 mars 1980, Bull. Civ. V, n° 298. cf. également Cass. soc. 17 juillet 1996, deux arrêts, Bull. Civ. V, n° 296 et 297, Dr. Ouv. 1997 p.34.

(76) Cass. soc. 26 mars 1980 et 17 juillet 1996, précités.

(77) CE 8 juillet 1994, *CGT*, Recueil Lebon, p. 356.

(78) Les attaques les plus frontales proviennent d'interventions législatives successives qui ont modifié tant les rapports entre la loi et les conventions collectives que les rapports des conventions collectives entre elles. Cf. par exemple, et en dernier lieu, Marie-Armelle Souriac, « L'articulation des niveaux de négociation », *Droit Social* 2004, 579.

(79) Par exemple en droit transitoire... Cf. *infra*.

(80) Évidemment, le recours au principe de faveur présuppose d'opter pour une approche humaniste – progressiste ? – du droit, de préférence à une approche « économique » de celui-ci. À rapprocher de Pierre Sargos et Alain Supiot, précités.

(81) En particulier cas de concours entre normes de sources différentes : loi/contrat de travail, loi/conventions collectives, contrats de travail/usages de l'entreprise.

(82) Statuer au cas par cas n'exclut pas, bien au contraire, de décider matière par matière - en respectant les spécificités de chacune d'entre elles.

## 2° Principe de faveur et revirements de jurisprudence

Le droit transitoire du travail ménage une place au principe de faveur (83). La Cour de cassation juge ainsi qu'en droit du travail « *l'ordre public social impose l'application immédiate aux contrats de travail en cours et conclus avant leur entrée en vigueur des lois nouvelles ayant pour objet d'améliorer la condition ou la protection des salariés* » (84) – contrairement au principe de survie de la loi ancienne qui prévaut en matière contractuelle. Ou encore qu'« *un accord collectif même dérogoire, ne peut priver un salarié de droits qu'il tient de la loi pour la période antérieure à la signature de l'accord* » (85) – ce qui revient à admettre qu'une convention collective puisse améliorer, même pour le passé, les droits que les salariés tiennent de la loi (86).

Dernière illustration : l'article L. 2254-1 du Code du travail (87) dispose que « *lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord collectif de travail, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf dispositions plus favorables* » – ce qui revient à admettre une application immédiate des dispositions plus favorables des conventions collectives, même aux contrats de travail en cours (88).

Faire appel au principe de faveur en matière de droit transitoire des revirements de jurisprudence n'aurait donc rien d'aberrant, voire même ne serait pas à proprement parler novateur. Cela irait dans le droit fil de la loi et de la jurisprudence qui combinent, comme on vient de le voir, droit transitoire et principe de faveur. Pas d'aberration, donc. Mais serait-ce judicieux ?

Tout d'abord, au plan pratique, le recours au principe de faveur faciliterait le travail des juges. Il n'est pas simple, en effet, de réaliser la pesée entre les avantages et les inconvénients de l'application immédiate des

revirements de jurisprudence, pour tenter de traquer un déséquilibre (89). Le recours à d'impérieux motifs d'intérêt général, s'il est susceptible de guider l'analyse, peut lui aussi prêter à de délicates discussions (90).

Même si le principe de faveur n'est pas toujours d'un maniement très aisé (91), déterminer si le revirement de jurisprudence dont l'application immédiate est discutée est favorable, ou non, du point de vue de la condition de salarié, est une tâche a priori plus praticable que celle qui consiste à mettre en balance les avantages et les inconvénients de l'application immédiate du revirement lui-même (92).

Au plan théorique, il est possible de soutenir que le principe de faveur constitue, en droit du travail, cet « *impérieux motif d'intérêt général* » qui guide aujourd'hui l'action des juges en matière d'application dans le temps de leurs revirements de jurisprudence.

Surtout, il faut souligner que le recours à un « principe de faveur » est, depuis longtemps, en gestation dans l'édification d'un droit transitoire jurisprudentiel. Ainsi, dès 1968 (93), Jean Rivero proposait de prendre parti pour l'administré contre l'administration et de n'appliquer immédiatement un revirement de jurisprudence que si celui-ci est favorable à l'administré : « *On pourrait également songer à introduire ici une distinction, empruntée au droit pénal, selon que la règle nouvelle est plus sévère ou plus indulgente, que l'ancienne. La rétroactivité de la « lex mitior » ne saurait apparemment choquer* » (94). En 1993, Christian Mouly proposait, quant à lui, le raisonnement suivant : « *si le revirement supprime un avantage, le revirement ne s'applique pas à l'intéressé (...); si le revirement créé un avantage, il s'applique à l'intéressé (...)* » (95).

Dans cette dernière optique, la question se pose avec acuité de savoir laquelle des deux parties au procès doit bénéficier d'un « principe de faveur »... En droit du travail,

(83) Sur le droit transitoire du travail, et son articulation possible avec le principe de faveur, cf. notamment Christophe Radé sous Cass. soc. 11 juillet 2000, Dalloz 2001, jp, 149.

(84) Cass. soc. 12 juillet 2000, Bull. Civ. V, n° 278 et RJS 2000, n° 1033.

(85) Cass. soc. 11 juillet 2000, Dalloz 2001, jp, 149, note Christophe Radé.

(86) En ce sens, Christophe Radé, note précitée sous Cass. soc. 11 juillet 2000.

(87) Ancien article L. 135-2.

(88) En ce sens Christophe Radé, note précitée.

(89) « On le voit, la balance des intérêts risque de mener à des débats sans fin opposant ceux pour qui doit primer la règle nouvelle et l'intérêt général qu'elle porte et ceux qui adoptent le point de vue de la situation particulière des parties au procès, l'approche du droit objectif ou celle du droit subjectif (...), l'approche économique ou humaniste » - Pascale Deumier, obs. sous Cass. ass. Plén. 21 décembre 2006, RTD civ 2007, sp. p. 80.

(90) Sans parler du recours à une notion aussi floue que celle d'équité. Comp. Patrick Morvan, « Le sacre du revirement prospectif sur l'autel de l'équitable », précité.

(91) Cf. notamment Yves Chalaron, « L'application de la disposition la plus favorable », Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen, Dalloz 1989, 243.

(92) L'application du principe de faveur suppose, en premier lieu, d'identifier les normes en concours et, en second lieu, de déterminer laquelle des deux normes est la plus favorable au salarié. En droit transitoire jurisprudentiel, ces deux tâches sont facilitées : les deux normes en concours sont l'ancienne et la nouvelle jurisprudence ; en pratique il apparaît simple de déterminer si la nouvelle jurisprudence est plus favorable à la partie patronale ou à la partie salariale – cf. les exemples des revirements en matière de clause de non concurrence et de reçu pour solde de tout compte évoquées ci-dessus.

(93) Année mythique...

(94) Jean Rivéro, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », précité, sp. p. 17.

(95) Christian Mouly « Le revirement pour l'avenir », précité, sp. n° 33.

cependant, la réponse apparaît évidente : le principe de faveur est tout entier orienté vers l'amélioration de condition et de la protection du salarié.

S'agissant de la construction d'un droit transitoire jurisprudentiel (96), les juges du travail peuvent donc s'appuyer sur le principe de faveur. Cette faculté est offerte tant aux magistrats de la Chambre sociale de Cour de cassation qu'aux juges du fond – Conseils de prud'hommes et Chambres sociales des Cours d'appel.

(96) En droit pénal, ce sont les intérêts du prévenu qui devraient être privilégiés (principe de la *lex mitior*). L'idée du recours à un principe de faveur en droit transitoire jurisprudentiel fait d'ailleurs son chemin du côté des juridictions pénales. Ainsi, dans un arrêt en date du 13 novembre 2007, la Cour d'appel de Toulouse a décidé, pour apprécier l'existence d'un délit d'entrave, « de se référer à l'état du droit au jour où les faits ont été commis » – ce qui revient à ne pas tenir compte d'une évolution jurisprudentielle postérieure à la commission d'infraction – CA Toulouse, 3<sup>e</sup> chambre, 13 novembre 2007, *Juris Data* n° 2007-355183 ; commentaire de M. Olivier Pouysset à paraître au JCP G 2008. On peut regretter qu'en pratique, dans cette affaire, la solution très originale retenue par la Cour d'appel de Toulouse l'ait conduite à exonérer un employeur de sa responsabilité pénale pour délit d'entrave à l'exercice des fonctions syndicales... Mais il ne faut vraisemblablement voir là que le fruit du hasard !

(97) Assemblée plénière, Chambre mixte, plénières de chambre (cf. Rapport sur les revirements). À noter toutefois que proposition a

Car, si nombreux sont ceux qui souhaitent que les revirements pour l'avenir soient réservés à certaines formations de la Cour de cassation (97), nul doute que les juges du fond, comme les juges du droit seront, à l'avenir, confrontés au problème de l'application dans le temps des revirements de jurisprudence (98). Ces différents juges auront alors l'occasion de faire vivre le principe de faveur, et la conception progressiste du droit du travail qui l'anime... Un peu d'humanité dans ce monde de brutes !

**Mireille Poirier**

été faite que les juges du fond, saisis de la question de l'application dans le temps d'un revirement de jurisprudence, utilisent la procédure de saisine pour avis de la Cour de cassation afin de permettre de dégager des principes clairs applicables à tous les litiges – cf. Christophe Radé, « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence », précité, sp. n° 20. Quant au rapport Molfessis, il précise que le pouvoir de moduler les effets dans le temps des revirements de jurisprudence ne saurait être dévolu aux juges du fond (§ 2.5.3). Cela ne reviendrait-il pas à se priver d'un débat dans lequel les juges du fond ont, eux aussi, leur mot à dire ? « Tout juge, en vertu de sa fonction, de son titre, produit de la jurisprudence. Toute décision judiciaire est une composante de la jurisprudence » - Christian Atias, « D'une vaine discussion sur une image inconsistante : la jurisprudence en droit privé », RTD civ. 2007, 23.

(98) Cela paraît même assez inévitable...

NDLR : v. CPH Nanterre (Comm. - départ.) 11 janv. 2008, ci-après p. 496.



## PROCES DU TRAVAIL, TRAVAIL DU PROCES sous la direction de **Marianne Keller**

Première partie : Les justices du travail

**Règlement juridictionnel ou amiable des différends du travail ?**

**De "l'audience initiale" : un rappel à l'ordre public social pour le déroulement régulier de l'audience initiale, incluant le bureau de conciliation, devant les Conseils de prud'hommes**

**Le sort des demandes prud'homales en 2004**

**Le particularisme de la transaction en droit du travail**

**L'arbitrage, justice du travail**

Deuxième partie : Les actions en justice

**Comparaison des actions à caractère collectif en procédure civile et droit du travail**

**L'action syndicale en exécution des conventions collectives**

**L'action du syndicat en exécution de la convention collective en droit allemand**

**Nature et vertus de l'action de substitution**

**L'action en justice du comité d'entreprise pour la défense de ses prérogatives économiques (ou les vertus altruistes d'une action propre)**

**Le nouvel article L. 321-16 du Code du travail améliore-t-il vraiment la sécurité juridique ?**

Quatrième partie : Les instances du procès du travail

**La règle de l'unicité de l'instance**

**Les spécificités de l'appel en matière prud'homale**

**L'oralité dans la procédure prud'homale**

**La représentation obligatoire devant la Cour de cassation**

**La généralisation de la représentation obligatoire**

**La cassation sans renvoi - D'une bonne idée à une pratique fâcheuse**

**La non-admission des pourvois**

**L'instance en matière de contentieux électoral**

Troisième partie : L'office du juge

**L'office du juge du travail en matière de droit**

**Le juge du travail et la demande**

**L'office du juge en matière de preuve**

**L'office du juge administratif en contentieux public du travail**

**L'intervention du juge pénal en droit du travail**

**L'office du juge communautaire dans le contentieux international du travail**

**Le juge et le droit applicable dans les litiges internationaux du travail**