

# Avènement de l'espérance légitime ou fin de la rétroactivité ? (les lois de validation rétroactive bousculées par le droit européen)

par Barbara PALLI, Maître de conférences à l'Université de Metz

**Dans son arrêt de cassation du 24 novembre 2010 (1), promis à une large diffusion grâce à sa publication prochaine au rapport annuel, la Chambre sociale opère un revirement de sa jurisprudence au visa de l'article 1<sup>er</sup> du protocole n° 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (2).**

En l'occurrence, cinq salariés d'une association gérant une maison d'enfants à caractère social et éducatif ont saisi la juridiction prud'homale entre décembre 2004 et janvier 2005 d'une demande de rappel des salaires au titre des modalités de mise en œuvre de l'accord de branche sanitaire, sociale et médico-sociale conclu le 1<sup>er</sup> avril 1999 et portant réduction anticipée du temps de travail de 39 à 35 heures. Ils réclamaient notamment une indemnité différentielle en compensation de la réduction de leur temps de travail du 1<sup>er</sup> janvier 2000 (3) au 30 septembre 2001 (4).

Il convient de rappeler que, dans sa jurisprudence antérieure à la loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003, la Chambre sociale avait accueilli favorablement des demandes similaires et avait accordé des rappels de salaires à compter de la date d'entrée en vigueur de la réduction légale du temps de travail, soit du 1<sup>er</sup> janvier 2000, et non à compter de l'agrément ministériel de l'accord de branche sanitaire, sociale et médico-sociale intervenu le 18 septembre 2001 (5).

C'est cette jurisprudence, favorable aux requérants, qu'a voulu neutraliser le législateur en introduisant dans la loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003 un article 8 aux termes duquel « *dans les établissements mentionnés à l'article L. 314-6 du Code de l'action sociale et des*

*familles dont les accords collectifs de réduction du temps de travail (...) sont soumis à la procédure d'agrément ministériel, le complément différentiel de salaire prévu par un accord collectif en vue d'assurer aux salariés la garantie du maintien de leur rémunération mensuelle en vigueur à la date de la réduction collective du temps de travail à trente-cinq heures ou en deçà, n'est dû qu'à compter de la date d'entrée en vigueur des accords d'entreprise (...) relatifs à la réduction collective du temps de travail* ». Or, l'entrée en vigueur de ces accords se situe désormais explicitement à la date de leur agrément ministériel, à l'exception des décisions de justice passées en force de chose jugée et des instances en cours à la date du 18 septembre 2001 (6).

Dans ce contexte rappelé à grands traits, la Chambre sociale était confrontée à la question suivante : une loi rétroactive, dont le but est de neutraliser les effets d'une jurisprudence antérieure, est-elle opposable aux requérants dès lors que leur action se rapporte à une période *antérieure* à sa mise en vigueur ? En d'autres termes, les requérants disposaient-ils en l'occurrence d'un droit acquis - au sens du droit du travail (7) - ou d'une « espérance légitime » - au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme (8) - que la loi

(1) Reproduit ci-après p. 218.

(2) Article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1, Protection de la propriété, « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général (...) » (c'est nous qui soulignons).

(3) Date d'entrée en vigueur de la réduction légale du temps de travail dans les entreprises de plus de vingt salariés.

(4) Sachant que l'accord de branche sanitaire sociale et médico-sociale portant réduction anticipée du temps de travail effectif n'a été agréé que le 18 septembre 2001.

(5) Cass. soc. 4 juin 2002, n° de pourvoi 01-44.049 ; Cass. soc. 27 novembre 2002, n° de pourvoi 01-44.382.

(6) Date d'obtention de l'agrément ministériel.

(7) Pourtant, jusqu'à présent, la notion d'avantage acquis n'est consacrée qu'en matière de dénonciation des conventions et accords collectifs de travail. En ce sens, E. Dockès, L'avantage individuel acquis, Dr. Soc. 1993, p. 826 ; S. Nouredine, Définition de l'avantage individuel acquis en matière de rémunération, CSBP, 2008, p. 386.

(8) En ce sens, A. Gric, Z. Mataga, M. Longar et A. Vifan, *Le droit à la propriété dans la Convention européenne des Droits de l'Homme*, un guide sur la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'Homme et de ses protocoles, Précis n° 10, septembre 2007, notamment page 8, <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/>

rétroactive ne saurait remettre en cause à moins de justifier d'un motif d'utilité publique (9) ?

Il convient de rappeler ici que la condamnation par la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) d'une loi rétroactive applicable aux procédures en cours ne relève pas tout à fait de la même logique que la condamnation éventuelle d'une loi applicable à des faits antérieurs mais pour des instances qui n'ont pas encore été engagées.

Dans le premier cas, il s'agit de sanctionner une ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice, de telle sorte que la condamnation est fondée sur l'article 6 de la Convention. En effet, dans l'affaire *Arnolin et a. c/ France* du 9 janvier 2007 (10), la CEDH a jugé que « *si en principe, le pouvoir législatif n'est pas empêché de régler en matière civile, par des nouvelles dispositions à portée rétroactive (...), le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 s'opposent, sauf pour impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du litige* ».

En revanche dans le second cas, c'est-à-dire lorsque les instances sont engagées postérieurement à la loi rétroactive tout en se rapportant à des faits antérieurs, il s'agirait plutôt d'une atteinte au droit des biens et la condamnation serait fondée sur l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1. Tel a été le cas en l'espèce. La particularité du litige soumis à la Chambre sociale de la Cour de cassation le 24 novembre 2010 consistait en effet à ce que la Haute juridiction judiciaire devait en l'occurrence statuer sur une hypothèse où la justice n'a été saisie que *postérieurement* à l'entrée en vigueur de la loi rétroactive.

La CEDH estime depuis longtemps que la notion de *bien* au sens de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n°1 de la Convention européenne des droits de l'Homme ne se limite pas aux seuls droits mobiliers et immobiliers, ni aux droits actuels, mais s'étend également aux créances. Dans son arrêt *Draon c. France* du 6 octobre 2005 (11), la Cour de Strasbourg précise que « *pour qu'une créance puisse être considérée comme une "valeur patrimoniale" tombant sous le coup de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1, il*

*faut que le titulaire de la créance démontre que celle-ci a une base suffisante en droit interne, par exemple qu'elle est confirmée par une jurisprudence bien établie. Dès lors que cela est acquis peut entrer en jeu la notion d'"espérance légitime"* ». D'ailleurs, tant dans l'arrêt *Draon c/France* que dans l'arrêt *Pressos Compania Naviera SA et autres c/ Belgique* (12), il était précisément question d'une jurisprudence favorable qui faisait naître chez les requérants une espérance légitime de voir leurs créances se concrétiser.

Il convient par conséquent d'admettre que l'existence d'une « *jurisprudence bien établie* », comme en l'occurrence la jurisprudence développée à propos de l'indemnité différentielle de réduction du temps de travail (13), suffisait en principe pour caractériser un bien au sens de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme (14).

La Chambre sociale de la Cour de cassation avait déjà eu l'occasion, le 5 juin 2008 (15), de statuer dans une affaire où l'instance n'a été engagée qu'après la mise en vigueur de la loi remettant en cause la jurisprudence (16) favorable aux requérants (17). La Chambre sociale avait estimé à cette occasion que « *n'ayant saisi la juridiction prud'homale que (...) postérieurement à l'entrée en vigueur de cette loi (...) les salariés ne peuvent prétendre avoir été privés d'une « espérance légitime » ou d'une « valeur patrimoniale préexistante faisant partie de leur biens » au sens de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1 annexé à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales* ».

Statuant sur l'indemnité différentielle prévue par l'accord collectif de branche sanitaire, sociale et médico-sociale le 3 juin 2008, c'est-à-dire deux jours avant la Cour de cassation, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence s'est fondée quant à elle sur le seul article 8 de la loi n° 2003-47 pour estimer qu'à partir du moment où les recours ont été engagés *postérieurement* à l'entrée en vigueur de la loi, « *aucune créance relative au complément différentiel litigieux ne pouvait naître puisque le non-paiement de ce complément, découlant de l'application*

(9) Voir note de bas de page n° 2.

(10) CEDH, 9 janvier 2007, *Arnolin et 24 autres affaires c./ France*, requête n° 20127/03 et s., Dr. Ouv. 2007 p. 196 n. M. Bonnechère.

(11) CEDH, 6 octobre 2005, *Draon c. France*, n° 1513/03, § 68.

(12) CEDH, 20 novembre 1995, *Pressos Compania Naviera SA et autres c. Belgique*, série A n° 332, p. 21, § 31.

(13) *Supra* note de bas de page n° 5.

(14) Pour une opinion différente concernant le caractère « bien établi » de la jurisprudence accordant l'indemnité différentielle depuis l'entrée en vigueur de la loi de réduction du temps de travail, voir J.-B. Walter, *Immortelle espérance ? A propos de*

rappels de salaires, Cass. soc. 24 nov. 2010, Dr. Soc. février 2011, p. 155.

(15) Cass. soc. 5 juin 2008, n° de pourvois 06-46.295 et 06-46.297, Bull. civ. V, n° 124.

(16) Cass. soc. 29 juin 1999, *Aufère*, n° de pourvois 97-41567, 97-44382 et 97-45376, Dr. Ouv. 1999 p. 354, n. M. Poirier.

(17) Il s'agissait d'une affaire portant sur la même cause que celle ayant donné lieu à l'arrêt *Arnolin et a. c/France* de la CEDH : heures d'équivalence jugées par la jurisprudence antérieure non opposables aux requérants, dans la mesure où elles avaient été instituées par voie d'accord collectif agréé mais non étendu et dont l'application avait été validée rétroactivement par l'article 29 de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000.

de cet article, était devenu licite en l'absence de rétroactivité de cette application » (18).

En revanche, dans son arrêt du 24 novembre 2010 (reproduit ci-après) la Chambre sociale casse l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence et prend le contre-pied de sa propre jurisprudence du 5 juin 2008. Elle affirme qu'à partir du moment où les demandes de rappel de salaires portaient sur une période *antérieure* à l'entrée en vigueur de la loi du 17 janvier 2003, la Cour d'appel aurait dû conclure en l'existence d'une espérance légitime, c'est-à-dire d'un « bien » au sens de l'article 1<sup>er</sup> du protocole n° 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Si cette constatation semble *a priori* conforme à la jurisprudence de la CEDH précitée, il nous semble en revanche que la Cour de cassation s'écarte des limites tracées jusqu'ici. En affirmant que l'espérance légitime survit à la loi rétroactive même lorsque les instances n'ont été engagées qu'après son entrée en vigueur, la Cour de cassation vide la rétroactivité de sa substance. En effet, on voit mal quel serait l'intérêt d'une loi rétroactive qui ne saurait régir ni les litiges en cours ni ceux engagés postérieurement tout en se rapportant à des faits antérieurs. Or il convient de rappeler que tant la CEDH dans l'arrêt *Arnolin et a. c/ France* (19) que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans son arrêt du 23 avril 2004 (20) admettent en principe la validité des lois rétroactives pourvu qu'elles satisfassent à d'impérieux motifs d'intérêt général. Dans ces conditions, il nous semble que la Chambre sociale ait fait un pas vers la condamnation pure est simple des lois rétroactives.

Cependant, dans l'arrêt du 24 novembre 2010, elle ne condamne pas explicitement la loi rétroactive et cherche à se raccrocher maladroitement à la méthodologie développée par la CEDH. Ainsi, après avoir constaté l'existence d'un bien au sens de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n°1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, casse-t-elle l'arrêt d'appel au motif que les juges du fond avaient failli à leur devoir de « vérifier si l'application rétroactive de cette loi respectait le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de sauvegarde du droit au respect des biens » (21). Or cette formulation, qui relève plus de l'insuffisance de motifs que de la violation de la loi, laisse

à la Cour d'appel libre cours d'apprécier dans le futur le respect de l'équilibre précité.

De surcroît, cette approche pose par ailleurs problème car la démarche de la CEDH est en principe différente. La question de la proportionnalité de l'ingérence par rapport à l'objectif d'utilité publique s'apprécie normalement une fois cet objectif établi. En effet, à partir du moment où l'existence d'un bien au sens de l'article 1<sup>er</sup> du protocole n° 1 a été caractérisée, il aurait fallu s'assurer que la loi rétroactive, constitutive par hypothèse d'une ingérence au droit de propriété, ne servait pas en l'occurrence une cause d'utilité publique. Selon les défendeurs « *l'intervention du législateur était destinée à aménager les effets d'une jurisprudence nouvelle de nature à compromettre la pérennité du service public de la santé, de la protection sociale auquel participaient les établissements de santé et établissements sociaux et médico-sociaux à but non lucratif* ». Or, nous savons bien que ce qui était en cause en réalité, ce n'était pas la pérennité du service public de la santé, mais seulement l'alourdissement des dépenses de l'Etat dans la mesure où il aurait pu lui être demandé d'assurer le versement des indemnités différentielles dues par les établissements sociaux et médico-sociaux. Cependant, dans son arrêt *Arnolin et a. c/ France*, la CEDH a déjà jugé qu'« *un motif financier ne permet pas à lui seul de justifier une telle intervention législative* » (22). En d'autres termes, l'ingérence au droit de propriété était en l'occurrence vraisemblablement injustifiée.

Mise à part la radicalité de ce revirement jurisprudentiel, ce qui frappe le plus dans l'arrêt du 24 novembre 2010, c'est sa pédagogie. La Chambre sociale casse l'arrêt d'appel au visa de l'article 1<sup>er</sup> du protocole n° 1 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme tout en prenant le soin d'adapter la définition des « biens » aux besoins de l'espèce. Caractérise ainsi un bien « *l'intérêt patrimonial qui constitue une « espérance légitime » de pouvoir obtenir le paiement de rappels de salaires pour les compléments différentiels de salaires prévus par un accord collectif en vue d'assurer aux salariés la garantie du maintien de leur rémunération mensuelle en vigueur à la date de réduction collective du temps de travail* ».

Il convient donc de conclure qu'en reconnaissant la survie de principe de l'« espérance légitime » face à une

(18) Le sens de cette dernière phrase demeure obscur tant il est certain qu'il y a bien eu application rétroactive.

(19) Arrêt précité, v. note de bas de page n° 12.

(20) Cass. Ass. Pl. 23 avril 2004, arrêt n° 507, 03-13.617. Dans deux décisions, le Conseil constitutionnel reconnaît aussi la validité des lois rétroactives pourvu qu'elles aient un but d'intérêt général. Cons. Const., 22 juillet 1980, n° 80-119 DC et Cons. Const. 9 avril 1996, n° 96-375 DC.

(21) Il se peut aussi que la formulation employée par la Chambre sociale soit inspirée de la jurisprudence récente du Conseil

d'Etat : CE Ass. 27 mai 2005, publié au recueil Lebon « *Si ces stipulations [de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme] ne font en principe pas obstacle à ce que le législateur adopte de nouvelles dispositions remettant en cause, fût-ce de manière rétroactive, des droits découlant de lois en vigueur, c'est à la condition de ménager un juste équilibre entre l'atteinte portée à ces droits et les motifs d'intérêt général susceptibles de la justifier* ».

(22) CEDH, *Arnolin et a. c/France*, préc., § 76.

loi rétroactive, la Chambre sociale a rendu une décision pleine d'audace. Cependant, elle n'a pas osé finalement aller jusqu'au bout de sa logique et écarter la loi rétroactive pour violation injustifiée du droit de propriété. Elle a préféré décharger la responsabilité sur les juges du fond, qui doivent maintenant s'atteler à la tâche ingrate

du contrôle de proportionnalité. Une décision qui va assurément dans le bon sens, même si la Chambre sociale n'assume pas pleinement le rôle de promoteur des droits fondamentaux (23) dans lequel elle s'est volontairement investie.

**Barbara Palli**

(23) En ce sens, J. Mouly et J-P Marguénaud, La Chambre sociale de la Cour de cassation, pionnière de la diffusion de la Convention EDH en France, *JCP éd. G.*, 2008, doct. I 221.

## Annexe

**1° CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME – Premier Protocole additionnel (article 1<sup>er</sup>) – Protection de la propriété – Droit au respect de ses biens – Espérance légitime de paiement de rappels de salaires – Restrictions – Exigences de l'intérêt général – Appréciation – Office du juge.**

**2° TEMPS DE TRAVAIL – Réduction – Accord collectif – Garantie de maintien de rémunération – Compléments différentiels de salaires – Demande en paiement postérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 17 janvier 2003 – Recevabilité – Conditions – Détermination.**

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 24 novembre 2010

S. et a. contre Association Saint Martin (pouvoirs n° 08-44.181 s.)

Vu l'article 1<sup>er</sup> du protocole n° 1 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et l'article 8 de la loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003 ;

Attendu que caractérise un bien, au sens du premier de ces textes, l'intérêt patrimonial qui constitue une "espérance légitime" de pouvoir obtenir le paiement de rappels de salaires pour les compléments différentiels de salaire prévus par un accord collectif en vue d'assurer aux salariés la garantie du maintien de leur rémunération mensuelle en vigueur à la date de la réduction collective du temps de travail ;

Attendu, selon les arrêts attaqués, que Mme S. et quatre autres salariées de l'association Saint-Martin, qui gère une maison d'enfants à caractère social et éducatif, ont saisi, entre décembre 2004 et janvier 2005 la juridiction prud'homale notamment d'une demande de rappel de salaires, pour la période du 1<sup>er</sup> janvier 2000 au 30 septembre 2001, en se prévalant de l'accord de branche sanitaire, sociale et médico-sociale visant à mettre en œuvre la réduction du temps de travail conclu le 1<sup>er</sup> avril 1999 et en soutenant qu'elles avaient, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2000, un droit acquis à la perception de sommes consécutives aux modalités financières de la réduction du temps de travail ; que l'employeur s'est opposé à cette demande sur le fondement de l'article 8 de la loi du 17 mars 2003, qui dispose "*dans les établissements mentionnés à l'article L. 314-6 du Code de l'action sociale et des familles dont les accords collectifs de réduction de temps de travail ou les décisions unilatérales prises en application de conventions collectives nationales ou d'accords collectifs nationaux sont soumis à la procédure d'agrément ministériel, le complément différentiel de salaires prévu par accord collectif en vue d'assurer aux salariés la garantie du maintien de la rémunération mensuelle en vigueur à la date de la réduction collective du temps de travail à trente-cinq heures*

*ou en deçà, n'est dû qu'à compter de la date d'entrée en vigueur des accords d'entreprise ou d'établissement ou des décisions unilatérales relatifs à la réduction collective du temps de travail. Cette entrée en vigueur est subordonnée à l'agrément ministériel prévu au même article. Ces dispositions s'appliquent sous réserve des décisions de justice passées en force de chose jugée. Elles ne s'appliquent pas aux instances en cours à la date du 18 septembre 2002"* ;

Attendu que pour déclarer irrecevables ces demandes les arrêts retiennent qu'en l'état des recours engagés par les salariés postérieurement à l'entrée en vigueur de l'article 8 de la loi du 17 janvier 2003, aucune créance salariale relative au complément différentiel litigieux ne pouvait naître puisque le non-paiement de ce complément, découlant de l'application de cet article, était devenu licite en l'absence de rétroactivité de cette application ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que les demandes de rappels de salaires invoquées portaient sur la période du 1<sup>er</sup> janvier 2000 au 30 septembre 2001, antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 17 janvier 2003, ce dont elle devait déduire l'existence d'une espérance légitime, et qu'il lui appartenait de vérifier si l'application rétroactive de cette loi respectait un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de sauvegarde du droit au respect des biens, la Cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, les arrêts rendus le 3 juin 2008, entre les parties, par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant lesdits arrêts et, pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, autrement composée.

(Mme Collomp, prés. - M. Flores, rapp. - M. Foerst av. gén. - M<sup>e</sup> Blanc, SCP Boutet, av.)