

Rapport sur les revirements de jurisprudence

**Remis à Monsieur le
Premier Président Guy Canivet**

Mardi 30 novembre 2004

**Groupe de travail
présidé par Nicolas Molfessis**

Rapport général

- Tome I -

Première Partie – Rapport Général

Sommaire

1.- Introduction

- 1.1. Mission du groupe de travail
- 1.2. Composition du groupe de travail
- 1.3. Méthode de travail et périmètre de l'étude
- 1.4. Justification de la mission

2.- La nécessité d'un droit transitoire des revirements de jurisprudence

- 2.1. La rétroactivité de la règle jurisprudentielle
 - 2.1.1. L'effet rétroactif du revirement de jurisprudence
 - 2.1.2. Reconnaissance du rôle créateur de la jurisprudence
- 2.2. Conséquences néfastes attachées à la rétroactivité des revirements de jurisprudence
 - Imprévisibilité du droit et injustice du revirement
 - Désorganisation et coûts des revirements
 - Dévoiement de la règle de droit
- 2.3.- Hétérogénéité des revirements de jurisprudence

2.3.1. Constat

2.3.2. Conséquences

2.4.- Les différents modèles de traitement dans le temps des décisions de justice

2.4.1. Enseignements tirés du droit comparé et de la jurisprudence de la CJCE

2.4.2. Enseignements tirés de l'arrêt « A.C. ! » du Conseil d'Etat

2.5.- Propositions du groupe de travail

2.5.1. Pour la modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence

Le principe de la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence

§ L'insuffisance des techniques préventives

2.5.2. Pour la consécration, par la Cour de cassation elle-même, de la possibilité de moduler les effets dans le temps des revirements de jurisprudence

L'absence d'obstacle tiré de l'article 5 du Code civil

§ Le caractère injustifié d'une intervention législative

2.5.3. Le pouvoir de moduler les effets dans le temps des revirements de jurisprudence doit appartenir exclusivement à la Cour de cassation

2.5.4. Le pouvoir de procéder à un revirement de jurisprudence comme le pouvoir d'en moduler les effets temporels doivent être réservés aux formations de jugement aptes à assurer l'unité d'interprétation de la règle au sein de la Cour de cassation (Assemblée plénière, Chambre mixte, plénières de Chambre)

2.5.5. La question des critères de la modulation

2.5.6. La question de la procédure à suivre devant la Cour pour décider la modulation dans le temps des effets du revirement de jurisprudence

2.5.7. La situation du justiciable ayant sollicité le revirement de jurisprudence

3.- La question du repérage des revirements de jurisprudence

3.1. Nécessité de pouvoir s'accorder sur l'existence du revirement de jurisprudence

3.2.- Incertitudes tenant au repérage des revirements de jurisprudence

3.3. Propositions du Groupe de travail

1.- Introduction

1.1. Mission du groupe de travail

1.1.1. A la suite de diverses discussions issues de travaux menés dans le cadre du Laboratoire de sociologie juridique de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), le Premier Président de la Cour de cassation a souhaité que soit mis en place un groupe de travail sur les revirements de jurisprudence. Ce groupe de travail a été placé sous l'égide du Service de documentation et d'études de la Cour de cassation.

Précisément, la mission confiée au groupe par le Premier Président a porté sur l'insertion dans le temps des revirements de jurisprudence. L'enjeu fut expressément annoncé : il s'agissait de s'interroger sur l'opportunité d'instaurer, dans notre système juridique, un droit transitoire des revirements de jurisprudence et, le cas échéant, d'envisager les règles qui pourraient être suggérées ainsi que les modalités de leur reconnaissance.

1.1.2. L'originalité de cette tâche tenait à l'ampleur de ses implications. Derrière la question de l'application dans le temps des revirements de jurisprudence, expressément soumise à la réflexion du groupe de travail, ce sont en effet la notion même de jurisprudence, la reconnaissance de son rôle créateur de droit ou encore ses rapports avec la loi qui sont en cause. En outre, l'étude des revirements de jurisprudence impose de porter attention au processus de décision lui-même, et tout spécialement à la difficile question de la motivation des décisions de justice. Une réflexion portant sur le débat judiciaire et sur la nécessité de son élargissement est également apparue rapidement indispensable.

1.2. Composition du groupe de travail

Valérie Amand,
Auditeur à la Cour de cassation

Denys de Béchillon,
Professeur de droit public à l'Université de Pau et des pays de l'Adour

Louis Boré,
Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation

Emmanuel Lesueur de Givry,
Conseiller à la Cour de cassation,
Ancien Directeur du service de documentation et d'études (SDE)

Didier Martin,
Avocat à la cour d'appel de Paris

Nicolas Molfessis,
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II),
Directeur du laboratoire de sociologie juridique

Horatia Muir Watt,
Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I),
Directeur adjoint de l'UMR de droit comparé de l'Université
Panthéon-Sorbonne (Paris I)

André Potocki,
Magistrat, Président de chambre à la Cour d'appel de Paris

Marie-Aleth Trapet,
Auditeur à la Cour de cassation,
Chargée de mission auprès du Directeur du service de
documentation et d'études

1.3. Méthode de travail et périmètre de l'étude

1.3.1. Le groupe de travail a rapidement considéré que la question des revirements de jurisprudence recélait une particularité en droit pénal en raison, d'une part, du caractère constitutionnel des principes régissant l'application de la loi pénale dans le temps et, d'autre part, de la rétroactivité *in mitius*, qui limite de façon

contraignante le principe de non-rétroactivité. Aussi, le groupe de travail a décidé de confier à Didier Rebut, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), le soin de procéder à l'étude des particularismes des revirements de jurisprudence en droit pénal. Son analyse est reproduite dans la seconde partie du présent rapport.

1.3.2. Le groupe a également estimé que sa mission ne pourrait être remplie sans un important apport de droit comparé. C'est dans ces conditions qu'a été mise en place par Horatia Muir Watt et sous sa responsabilité, une équipe de juristes chargée d'étudier les pratiques étrangères, leurs originalités, leurs intérêts et leurs limites. Cette équipe a oeuvré parallèlement au groupe de travail dans le cadre de l'UMR de droit comparé de l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I) et a rendu compte de ses recherches au groupe constitué au sein de la Cour de cassation. Des rapports spéciaux et un rapport général, reproduits dans la seconde partie du présent rapport, ont permis d'alimenter la réflexion. Il a, en outre, semblé indispensable de compléter cette réflexion par une analyse portant sur le droit allemand, laquelle a été confiée à Frédérique Ferrand, Professeur à l'Université Lyon III.

1.3.3. Le groupe de travail a entendu recueillir l'avis de divers praticiens et professionnels sur l'opportunité d'aménager les règles d'application dans le temps des revirements de jurisprudence. A cette fin, divers organismes ont été sollicités. Nombre d'entre eux ont bien voulu apporter, par écrit, leur contribution à cette réflexion commune. Leurs contributions sont reproduites en annexe.

1.4. Justification de la mission

1.4.1. La dénonciation des effets néfastes des revirements de jurisprudence n'est pas récente.

En 1959, Pierre Voirin avait observé que les revirements affectaient « des actes que leurs auteurs sur la foi de la jurisprudence, avaient cru réguliers au moment où ils les ont conclus »[1].

Quelques années plus tard, Jean Rivero devait observer que la jurisprudence nouvelle était, par nature, rétroactive, dès lors que le juge statue par hypothèse sur des faits, des actes ou des situations juridiques qui sont antérieurs à sa décision prétorienne. Il mettait déjà l'accent sur les effets de déstabilisation que les revirements, par leur effet rétroactif, provoquent nécessairement.

Mais une prise de conscience plus générale – on pourrait dire une évolution des esprits – s'est faite jour dans une période plus récente, dont il résulte que nul ne se satisfait plus de constater la rétroactivité des revirements. Plusieurs facteurs concourent ainsi à rendre la réflexion indispensable.

En premier lieu, la nécessité de porter attention aux revirements de jurisprudence participe d'une dénonciation, plus générale, des méfaits de toute rétroactivité. L'influence croissante du droit européen se manifeste ici, comme en bien d'autres domaines. La Cour européenne des droits de l'homme comme la Cour de justice des communautés européennes entendent encadrer et limiter les hypothèses d'atteintes à la sécurité juridique, à la prévisibilité du droit et à la confiance légitime. Toutes les sources de règles rétroactives, qu'elles soient légales ou jurisprudentielles, sont ici visées. Par ailleurs, les influences extérieures ne se limitent pas au vent européen qui souffle dans cette direction. La sécurité juridique, en général, est l'objet d'une attention croissante[2]. La jurisprudence du Conseil constitutionnel pourrait à son tour en attester. Divers exemples étrangers jouent également un rôle incitatif certain, de même que la position du Conseil d'État qui vient de connaître un développement très important.

En deuxième lieu, le système juridique français a suffisamment évolué pour qu'il puisse être admis sans trop de discussion que la

jurisprudence est source de règles, lesquelles appellent un régime et un contrôle jusqu'alors rendus impossibles en raison de la fiction de l'absence de pouvoir créateur du juge en droit français. Longtemps sous l'emprise de la défiance à l'égard du juge que les révolutionnaires manifestèrent il y a plus de deux siècles, les juristes français ne sauraient encore nier le rôle créateur de la jurisprudence. Aussi, **un principe de réalisme impose-t-il de réfléchir, aujourd'hui plus que jamais, à la mise en place de règles permettant l'amélioration en même temps que l'encadrement de ce pouvoir.**

En troisième lieu, il est permis de penser que quelques affaires récentes ont accéléré un processus devenu inéluctable. Le caractère inique que peut revêtir l'application rétroactive de la règle jurisprudentielle s'est en effet manifesté de façon particulièrement caractéristique à travers certains arrêts. Il est, notamment, nécessaire d'évoquer ici l'arrêt rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 9 octobre 2001 [3]. Très largement commentée et discutée, la décision posait qu'un médecin pouvait être responsable pour avoir, en 1974, manqué à l'obligation d'informer son patient sur les risques exceptionnels qu'il encourait [4], alors même qu'une telle obligation n'a été consacrée, par la jurisprudence elle-même, qu'en 1998 [5]. La Cour de cassation, fidèle à l'idée que le juge n'est que la bouche d'une loi dont le texte n'avait pas varié, a ainsi considéré qu'est fautif l'acte - ou l'abstention - méconnaissant une obligation qui *n'existait* pas comme telle à la date à laquelle il a été réalisé. Contre l'évidence de ce qui s'était passé en pratique, elle tentera même - paradoxalement - de justifier sa solution en affirmant que « l'interprétation jurisprudentielle d'une même norme à un moment donné ne peut être différente selon l'époque des faits considérés ». Quoi que l'on puisse penser d'une telle assertion et toute question de technique juridique mise de côté, tout un chacun saisit immédiatement à quel point il est difficile de faire comprendre et admettre une telle solution. D'autant que l'arrêt ne s'embarrasse guère de détour, ni ne tente d'échapper à la contradiction, affirmant que le médecin doit être responsable « alors même qu'à l'époque des

faits la jurisprudence admettait qu'un médecin ne commettait pas de faute s'il ne révélait pas à son patient des risques exceptionnels »[6].

En quatrième lieu, la Cour de cassation elle-même, à travers un important arrêt rendu le 8 juillet 2004 rendu par la deuxième Chambre civile a marqué sa volonté de moduler les effets dans le temps de ses décisions[7]. Elle a ainsi, dans le même temps, désavoué l'analyse faite par la cour d'appel – « *si c'est à tort que la cour d'appel a décidé que le demandeur n'avait pas à réitérer trimestriellement son intention de poursuivre l'action engagée...* » - et refusé d'appliquer sa propre interprétation de la règle : « *...la censure de sa décision n'est pas encourue de ce chef, dès lors 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* ». L'avancée est évidemment déterminante. Le présent rapport ne fait rien d'autre que de se placer dans le même mouvement que celui ayant entraîné la deuxième Chambre civile à refuser l'application de sa solution au cas litigieux. Simplement, il s'agit ici d'en expliquer les ressorts et d'en encadrer la possibilité.

1.4.2. Il y a une dizaine d'années, Christian Mouly avait, dans une série d'articles remarquables, attiré l'attention sur les dangers des revirements de jurisprudence[8]. Il prônait alors l'application de l'article 2 du Code civil à la règle jurisprudentielle. Innovante, la proposition témoignait de l'attention grandissante portée à la sécurité juridique sous toutes ses formes. Elle manifestait clairement la nécessité de ménager la prévisibilité du droit, en dénonçant l'insécurité juridique que provoquent les revirements de jurisprudence. L'idée d'un « revirement pour l'avenir », conduisant à retarder l'application de la solution jurisprudentielle nouvelle, ne fut pourtant pas relayée. Sous l'influence du droit européen, du droit comparé, du droit administratif, on peut escompter que le temps d'en débattre plus officiellement soit venu.

2.- La nécessité d'un droit transitoire des revirements de jurisprudence

2.1. La rétroactivité de la règle jurisprudentielle

L'aménagement dans le temps des effets des revirements suppose qu'un double effet soit prêté à la décision qui opère revirement. Il faut admettre à la fois qu'elle possède un effet rétroactif et un effet créateur de droit.

Ces deux justifications sont intrinsèquement liées.

Roubier l'avait d'ailleurs parfaitement observé, reliant le pouvoir créateur du juge à la nécessité d'instaurer un droit transitoire des décisions de justice[9] :

« Le régime de la loi a atteint son apogée, au point qu'on en est arrivé un moment à considérer que le droit était tout entier contenu dans la loi. Etant donnée cette manière de voir, on ne peut être surpris de constater que le droit transitoire n'ait envisagé que les changements de législation, et nullement les changements de jurisprudence. C'est en effet une règle certaine de notre droit français qu'il ne peut y avoir de conflit entre des jurisprudences successives : une jurisprudence nouvelle s'applique toujours dans tous les procès nouveaux, sans que l'on prenne en considération la date à laquelle les faits du procès se sont produits, et quand bien même ces faits seraient antérieurs au changement de jurisprudence. Le motif est bien simple : **on se refuse à voir autre chose dans les arrêts qu'une pure interprétation de la loi, et cette interprétation n'a pas d'autorité au-delà de la cause dans laquelle elle est donnée.** Ce point de vue a été exprimé avec vigueur par Tronchet, à la séance du 14 messidor en IV du Conseil des Anciens : ce que des arrêts ont admis, d'autres peuvent le rejeter ; donc il n'y a pas de changement dans la règle de droit, il y a

seulement des divergences entre les solutions des interprètes. Mais disons aussi que la doctrine contemporaine est devenue plus réaliste : elle a pris contact avec les formations coutumières de la jurisprudence ; elle y voit en général une source du droit moderne, quelques-uns disent même la seule source de droit coutumier moderne.

La question se posera peut-être alors de savoir s'il ne serait pas possible de prévoir - et de régler - les conflits entre des jurisprudences successives. Nous avons admis, il est vrai, qu'il n'y avait pas de conflit lors d'un changement de coutume ; mais **la jurisprudence moderne ne peut être comparée aux formations juridiques inconscientes des coutumes primitives ; elle suppose au contraire un travail actif du juge, appliqué à un règlement, aussi heureux que possible, de la lutte des intérêts ; lorsqu'elle supplée aux lacunes de la législation, son œuvre est toute d'initiative et de volonté ».**

Or, bien que l'effet rétroactif du revirement manifeste le rôle créateur de droit de la décision de revirer, le premier semble plus aisé à reconnaître que le second. L'un et l'autre sont pourtant indéniables, au moins en fait. Et c'est précisément pour cette raison que l'on ne peut éluder le débat sur l'application dans le temps de la décision de revirement. **Admettre à la fois qu'elle a un effet rétroactif et qu'elle constitue une règle nouvelle oblige nécessairement, par comparaison avec la règle législative mais sans assimilation, à maîtriser son insertion dans le droit positif.**

2.1.1- L'effet rétroactif du revirement de jurisprudence

a).- La démonstration de l'effet rétroactif de la décision de revirement devrait être superflue tant un tel effet est avéré. Jean Rivero, qui considérait que la rétroactivité était de l'essence même de la règle jurisprudentielle, en avait donné une explication éclatante^[10] :

« L'arrêt de règlement n'ayant pas cours dans notre droit, il n'y a pour le juge qu'une technique de formulation de la règle de droit : il énonce, dans les considérants, de façon plus ou moins explicite, la formule générale dont il va déduire la solution du cas particulier qui lui a été soumis.

Il en résulte nécessairement que, dans la mesure où le juge procède ainsi, en vertu de son pouvoir normatif, à une modification de la règle antérieure, **la règle nouvelle va produire effet, non à partir du jugement, dont le prononcé lui confère l'existence, mais à l'égard des faits ou des actes sur lesquels il statue. Or, au moment où le fait s'est déroulé, où l'acte a été pris, la règle jurisprudentielle était, par hypothèse, fixée dans un certain sens. Ce n'est cependant pas cette règle, en vigueur à l'origine du litige, qui lui sera appliquée, mais celle que le juge lui substituera au terme de celui-ci.** Il y a donc bien rétroactivité de la règle jurisprudentielle, non seulement à l'égard des données du litige à propos duquel elle a été élaborée, mais encore, dans la mesure où le juge s'en tiendra à la nouvelle règle, à l'égard de tous les litiges semblables dont il a été saisi avant la décision qui fait jurisprudence, et qui seront tranchés postérieurement à celle-ci ».

L'explication est bien connue : « le litige est vidé en application d'une norme qui n'était pas partie du droit positif à l'époque de l'acte ou du fait juridique dont est issu le différend »[\[11\]](#).

S'il en est ainsi, c'est parce que le revirement possède une double portée : il consacre une solution nouvelle et, dans le même mouvement, en fait application au litige en cours et donc à des faits antérieurs à sa consécration. L'effet nécessairement rétroactif de la décision de revirement réside dans cette application de la solution nouvelle aux faits de l'espèce qui en fournissent l'occasion.

D'où il ressort que, **pour éviter une telle rétroactivité, il faudra rechercher à séparer ces deux effets de la décision de revirement, qui ont toujours été imbriqués dans notre système**

juridique au point de n'être jamais distingués : la consécration de la solution nouvelle et son application à des faits antérieurs. Ou, autrement dénommés, ce qui, dans la décision, ressortit à la création d'une règle et ce qui relève du jugement lui-même.

b).- Sans doute faut-il observer que l'invocation de la notion même de rétroactivité a pu être contestée[12].

Ainsi, on a pu faire valoir que :

« La décision de justice présente un caractère déclaratif qui imprègne l'interprétation retenue sans que l'on puisse, malgré son application à des faits antérieurs, considérer qu'elle est appliquée rétroactivement. Affirmer le contraire revient à confondre l'effet déclaratif de la décision de justice et la rétroactivité alors que ces deux notions sont distinctes ».

Il en serait ainsi parce la solution nouvelle « ne résulte pas d'une volonté délibérée, mais seulement de l'effet déclaratif des décisions de justice ». Or, « pour que l'on puisse parler de rétroactivité, il faut qu'il y ait volonté de l'auteur de la norme en ce sens »[13].

Indépendamment même des objections théoriques qui pourraient être formulées à son encontre - notamment autour de l'idée qu'elle superpose indûment la mise en scène de la fiction juridique propre au légicentrisme et l'observation du comportement réel des acteurs - une telle analyse est en tout cas dénuée de portée pratique, puisqu'il est admis, dans le même temps, que les arrêts de revirement « entraînent des perturbations et que l'opportunité peut justifier une limitation dans le temps de tels arrêts »[14].

Cette contestation du recours à la notion de rétroactivité pour qualifier l'effet des revirements de jurisprudence est donc, pour le moins, purement abstraite. En pratique, il n'est pas douteux que **la solution nouvelle viendra s'appliquer à des faits antérieurs.**

2.1.2. Reconnaissance du rôle créateur de la jurisprudence

a).- Ce second point mérite sans doute davantage d'explication. Non pas tant que la question de savoir si la jurisprudence est une source de droit soit encore véritablement discutée. Il y a plus de trente cinq ans, Henri Batiffol débutait d'ailleurs sa « Note sur les revirements de jurisprudence » par l'affirmation suivante : « les discussions sur le point de savoir si la jurisprudence est source de droit ont beaucoup plus pour objet aujourd'hui le choix entre les raisons de répondre affirmativement que l'hésitation sur l'affirmative »^[15] .

Mais si le débat peut ici être plus nourri que sur la seule question de la rétroactivité de la décision de justice, c'est parce qu'il peut apparaître inopportun de reconnaître le pouvoir créateur de droit de la jurisprudence. Or, **la modulation dans le temps des revirements, parce qu'elle pose en préalable l'effet novatoire de la décision, est une forme de reconnaissance du pouvoir créateur de la jurisprudence. L'institutionnalisation d'un droit transitoire des revirements de jurisprudence procède donc d'une modification du statut de la jurisprudence, puisqu'elle la reconnaît officiellement comme source de droit.**

b).- En contrepoint, l'attitude de la Cour de cassation contribue à entretenir la fiction de l'absence de pouvoir créateur de droit de ses décisions toutes les fois, précisément, qu'il lui est demandé de faire prévaloir la sécurité juridique en limitant dans le temps ses décisions de revirement.

En effet, dans les diverses hypothèses où un demandeur s'est prévalu de l'atteinte à la sécurité juridique que provoque le revirement, la Cour de cassation a rejeté l'argument.

Ainsi juge-t-elle, d'une formule désormais bien connue, que la sécurité juridique ne saurait « consacrer un droit acquis à une

jurisprudence figée, l'évolution de la jurisprudence relevant de l'office du juge dans l'application du droit »[16].

Son office n'est donc pas de créer une règle mais d'appliquer la loi. Le juge n'est ainsi en charge que de « l'interprétation du droit ». Entretenant la fiction du caractère déclaratif des décisions de justice, la Cour de cassation conteste son pouvoir créateur : elle se contenterait de déclarer le sens que les textes ont toujours eu.

Dès lors, la Cour de cassation dénie l'existence même des revirements de jurisprudence : il ne saurait y avoir lieu de s'interroger sur la portée novatoire de la décision, puisque celle-ci ferait corps avec la loi, dans la dépendance de laquelle elle serait inéluctablement enfermée. Une évolution dans l'interprétation jurisprudentielle de la règle écrite ne serait pas un changement de règle[17].

Aussi, parce que le pouvoir créateur du juge est nié, on ne saurait envisager de reporter dans le temps l'application de la règle jurisprudentielle, faute pour cette dernière d'exister[18].

Voilà pourquoi encore la Cour de cassation affirme également que « le principe de non rétroactivité ne s'applique pas à une simple interprétation jurisprudentielle », selon une formule employée en matière pénale[19].

c).- La question consiste donc à savoir s'il convient de maintenir une telle fiction ou s'il n'est pas temps de donner corps à cette réalité pourtant peu contestable selon laquelle la Cour de cassation crée des règles.

Sans doute pourra-t-on toujours dénoncer le déficit de légitimité du juge à créer du droit – au moins par comparaison avec le législateur – pour justifier que l'on persiste à nier le pouvoir créateur de la jurisprudence. Mais, sous cet angle, le Groupe de travail a estimé qu'il convenait d'adopter une démarche réaliste.

La question ici soulevée n'est pas de savoir s'il est opportun que la Cour de cassation crée des règles. Il n'est pas douteux qu'elle possède un tel pouvoir créateur et en use en diverses circonstances. Les décisions par lesquelles elle pose un nouveau principe ou encore retient une interprétation innovante, distincte de celle qui prévalait jusque là, ont indéniablement *vocation* à avoir un effet normatif[20]. Dès lors que la portée créatrice de ses décisions est admise, on doit en prendre acte pour envisager dans quelle mesure l'effet rétroactif qui y est attaché est, ou non, source d'insécurité juridique[21]. C'est à cette seule condition qu'il sera éventuellement possible d'y porter remède.

Ainsi, le groupe de travail a-t-il estimé que la fiction de l'absence d'effet créateur de la décision de revirement faisait obstacle, par hypothèse, à toute possibilité de remédier aux inconvénients qui pourraient y être attachés, et que la seule possibilité d'améliorer éventuellement un système juridique au sein duquel la jurisprudence joue un rôle prépondérant est de reconnaître l'existence d'un tel rôle pour en permettre l'aménagement.

d). Il faut au demeurant souligner que la Cour de cassation elle-même a en d'autres circonstances reconnu le rôle créateur de la jurisprudence. Ainsi a-t-elle jugé, en Assemblée plénière, qu'une loi de validation était conforme à l'intérêt général en ce qu'elle avait pour objet de rompre avec une solution jurisprudentielle « nouvelle » : « obéit à d'impérieux motifs d'intérêt général l'intervention du législateur destinée à aménager les effets d'une jurisprudence nouvelle de nature à compromettre la pérennité du service public de la santé et de la protection sociale auquel participent les établissements pour personnes inadaptées et handicapées »[22]. Elle a donc bien affirmé, ce faisant, le pouvoir de la jurisprudence comme source autonome de droit, face à la loi.

En outre, la même Assemblée plénière a récemment admis la possibilité de soumettre les lois interprétatives à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, pour refuser qu'elles puissent avoir, sauf « impérieux motif d'intérêt général », une « portée rétroactive »^[23] : la Cour de cassation a ainsi refoulé la fiction du caractère déclaratif des lois interprétatives qui justifiait, jusqu'alors, qu'elles produisent des effets dans le passé. Comment admettre, dès lors, qu'elle puisse continuer à donner corps avec autant de constance à la fiction du caractère déclaratif de ses propres décisions lorsque ce sont les changements mêmes de ses décisions qui déterminent l'état positif du droit applicable ?

Nécessaire dans un système juridique qui repose tout entier sur l'affirmation de la suprématie de la loi et sur son exclusivisme, la négation du rôle créateur de la jurisprudence n'est plus justifiée dans un système qui veut s'intéresser à l'insertion des règles qui ont cours en son sein. L'attention croissante portée à l'accès au droit, à la connaissance des règles et, plus généralement, à la sécurité juridique, imposent de lever la fiction de l'absence de pouvoir normatif de la jurisprudence. Elle ne saurait être soustraite, par statut, au contrôle croissant des règles qui caractérise les systèmes juridiques rationalisés.

Au demeurant, la légitimité des acteurs juridiques ne tient pas au respect intangible d'une distribution théorique des compétences normatives, consistant, au cas présent, à faire un départ tranché entre la loi et le juge. Il faut prendre en compte l'acceptabilité sociale des fictions juridiques et ne pas négliger le réalisme que le traitement des phénomènes juridiques réclame. Parce que le juge n'est pas la bouche figée de la loi, il n'est pas admissible que le système juridique dans son entier se comporte, sans nuance et toujours, comme s'il l'était. Admettre son pouvoir n'est pas ouvrir sur un Gouvernement des juges qui ferait retour à une conception avec laquelle les révolutionnaires ont voulu, il y a plus de deux siècles, rompre. La profondeur d'ancrage de l'État de droit dans notre pays, avec ce qu'elle suppose de solidité et de stabilité des institutions

démocratiques, permet sans nul doute aujourd'hui de composer avec le dogme d'un juge serviteur de la loi. Et ce d'autant plus que force restera toujours aux institutions démocratiquement élues puisque le législateur, voire, s'il le faut, le constituant, peuvent toujours décider de s'opposer au pouvoir normatif du juge. Dans les sociétés démocratiques, les évolutions juridiques s'opèrent toujours sous réserve : le souverain peut dresser un lit de justice, selon la formule du Doyen Vedel, s'il entend avoir le dernier mot.

2.2. Conséquences néfastes attachées à la rétroactivité des revirements de jurisprudence

Evoquer les conséquences néfastes de la rétroactivité des revirements de jurisprudence ne signifie pas qu'il faille condamner les revirements eux-mêmes. Le groupe de travail a entendu souligner la nécessité qu'il y a de distinguer les revirements et leurs effets.

Les revirements de jurisprudence sont la manifestation de la vie du droit, le signe de son adaptation aux faits. Un droit sans revirement de jurisprudence – à supposer l'hypothèse envisageable, ce qui n'est pas - serait au fond un droit entièrement sclérosé. Comme l'a affirmé Yves Chartier : « les revirements font partie de la Cour de cassation, comme d'ailleurs des autres juridictions. Une jurisprudence qui ne se modifie pas est souvent aussi une jurisprudence qui se dessèche. Que serait devenu le droit de la responsabilité si la Cour de cassation n'avait pas pu adapter aux circonstances du temps les vieux textes du Code civil ? »[\[24\]](#).

Il n'est sans doute pas raisonnable d'imaginer que le législateur puisse montrer une réactivité suffisante pour assurer l'évolution et l'adaptation du droit aux réalités du monde. Par voie de conséquence, un droit trop fixé, entièrement prédéterminé, serait source d'une angoisse absolue. Maints avantages sont ainsi attachés à ce que la jurisprudence change et évolue. Le revirement de

jurisprudence est donc avant tout la manifestation heureuse d'une certaine plasticité – nécessaire - du droit.

Ce sont donc les *effets* négatifs induits par les revirements qui doivent retenir l'attention critique. Précisément en raison de l'insécurité juridique qu'ils peuvent entraîner.

Le groupe de travail, après avoir recueilli l'avis de diverses organisations professionnelles, syndicats et personnalités, a considéré que les effets néfastes des revirements pouvaient être regroupés autour de trois séries de considérations.

Ø Imprévisibilité du droit et injustice du revirement

Le revirement de jurisprudence peut avoir pour effet, en premier lieu, d'imposer aux justiciables l'application d'une règle qu'ils ignoraient et dont ils ne pouvaient anticiper la survenue au moment où ils ont agi. C'est le point essentiel. Il a tant été souligné que sa démonstration semble superflue. Ce mal, dont la cause est directement liée à l'effet rétroactif du revirement, n'est pas discutable.

Comme l'a écrit Christian Mouly :

« Dans un Etat de droit, où les solutions juridiques tracent le paysage dans lequel chaque individu détermine ses prévisions et ses actions, seules sont admissibles des normes et solutions connues de tous au moment où les prévisions sont formées et les actions engagées. Les normes ne doivent pas être rétroactives, car la rétroactivité fausse les données ; elle spolie ceux qui se sont engagés en fonction de l'état du droit antérieur ; elle mine la prévisibilité et bafoue la croyance commune. Elle porte atteinte au principe supérieur de sécurité juridique, dont la Cour européenne des droits de l'homme fait grand cas ».

S'agissant des revirements, l'auteur ajoutait :

« Leur rétroactivité est pire que celle des autres arrêts puisqu'elle conduit à sanctionner ceux-là mêmes qui se sont conformés au droit antérieur. Elle devient insoutenable ».

On pourrait aisément gloser sur cette imprévisibilité. Elle signe l'incompréhension du droit et dès lors porte en elle le risque de son rejet : comment expliquer à un médecin qu'il a commis une faute engageant sa responsabilité à l'égard d'un patient sans manquement à une règle obligatoire à l'époque où il a prodigué les soins à l'origine du litige ? Comment justifier, sans faire appel à des notions que seuls les juristes manient – sans pour autant nécessairement y adhérer –, une solution qui défie le bon sens pour s'acquitter du tribut de l'effet déclaratif de la jurisprudence ?

La rétroactivité comporte ainsi le risque de contredire les prévisions et anticipations des acteurs, alors que c'est le droit lui-même qui les avait rendues parfaitement légitimes.

En matière contractuelle, le risque est bien celui d'une violation de la volonté de parties à l'acte, dès lors qu'elles ont contracté sous l'empire d'un état donné du droit tandis que leur situation pourrait être appréciée à l'aune de règles nouvelles.

Aussi, c'est le risque d'imprévisibilité du droit lié à la rétroactivité de la règle jurisprudentielle qu'il convient d'éviter.

Ø Désorganisation et coûts des revirements

On aura compris que la rétroactivité des revirements de jurisprudence peut placer les acteurs juridiques dans une situation d'insécurité insupportable. Notamment en ceci qu'elle déjoue toute prévisibilité : les sujets de droit peuvent être sanctionnés, sans

préavis, pour des actes ou des abstentions qui n'étaient pas illicites au moment où ils ont été commis[25].

Par suite, les revirements peuvent remettre en cause par série des actes ou des agissements dont l'adoption volontaire reposait sur un calcul économique et supposait une organisation logiquement mise en place en considération de la solution antérieure. Le revirement condamne dès lors le schéma instauré sur la foi de la solution abandonnée. Il crée donc un coût *a posteriori*, puisqu'il affecte des actes qui furent anticipés comme n'en comportant pas.

En raison même de cette imprévisibilité, la rétroactivité des revirements de jurisprudence peut produire des effets fondamentalement anti-économiques. Nul n'ignore que les processus d'anticipation, qui reposent pour partie sur la prévisibilité du droit, ont partie liée avec le dynamisme économique. La sécurité juridique est indispensable au fonctionnement d'un marché rationalisé et à la prise de choix des opérateurs sur ce marché. Max Weber l'avait parfaitement relevé, replaçant la discussion dans l'orbe de la rationalisation du droit : « *pour les intéressés au marché la rationalisation et la systématisation du droit signifient en général [...] prévisibilité croissante du fonctionnement de la juridiction, une des conditions les plus importantes à l'existence d'entreprises économiques devant fonctionner de façon permanente, plus spécialement les entreprises capitalistes qui ont besoin de la "sécurité juridique du commerce" »*[26].

S'il est difficile de le chiffrer en l'absence d'étude approfondie, on entrevoit donc facilement qu'un coût économique important risque toujours de se voir associé à la rétroactivité du revirement. Christian Mouly faisait ainsi valoir que l'application rétroactive de l'article 1907 du Code civil au régime de l'intérêt débiteur des comptes courants par une décision du 9 février 1988, alors que la Cour de cassation jugeait de façon constante le contraire, pourrait entraîner un coût que le Ministère des finances a évalué à cinquante milliards de francs.

On aurait au demeurant tort de croire que le risque pèse unilatéralement sur les seules entreprises et uniquement sur les seuls secteurs juridiquement structurés et organisés. La répercussion sur le tarif des prestations ou sur le prix des produits, qui peut résulter de la naissance d'une charge imprévue sur les entreprises, affecte potentiellement la situation des consommateurs de ces produits ou services. Ce qui s'énonce autrement : le destinataire final est souvent le premier à souffrir des conséquences économiques et des surcoûts engendrés par un changement de solution. Car il faut bien que les répercussions des revirements soient assumées, souvent par ceux-là même qui sont censés en profiter...

Au reste, la peur de l'inconnu que produit le revirement peut avoir des effets d'anticipation, eux-aussi préjudiciables à ceux que les revirements entendent protéger. Il n'est ainsi pas dit que les acteurs économiques n'adoptent pas des comportements orientés par la crainte d'un éventuel revirement. Autrement dit, qu'ils expriment d'emblée un manque de confiance dans la règle qui leur est applicable, celle-ci ayant en effet vocation à disparaître rétroactivement.

Cela pourrait se traduire, par exemple, par un surcroît de pesanteurs que s'imposeraient certains, par prévention, et corrélativement par l'exigence de contreparties destinées à assumer les coûts d'une règle qui n'existe pourtant pas et n'existera peut-être jamais. Les processus d'anticipation des revirements mettent en scène le combat de la rationalité contre l'irrationnel.

Il en ressort à nouveau que le débat sur le revirement n'intéresse pas que les seules parties au litige. Les intérêts particuliers ne sont pas - il s'en faut de beaucoup - les seuls à se trouver impliqués dans le jeu.

C'est aussi en ce sens qu'un intérêt proprement général s'attache à ce que puisse être modulée l'application dans le temps des créations prétorienne.

Ø Dévoiement de la règle de droit

On s'accorde à penser que les normes juridiques fournissent à leurs destinataires un guide et un cadre pour leur action. Elles donnent aux sujets de droit des repères et des modèles pour déterminer leur conduite dans le monde. La rationalité sous-jacente à un système juridique impose donc que les individus puissent ainsi, en connaissance, régler leurs comportements. Or, dans le cas du revirement à effet rétroactif, cette intention est intégralement empêchée. La règle qui s'applique à rebours du temps n'a jamais pu diriger aucune conduite avant que d'apparaître et de fonder la sanction de celui qui, sans le savoir, lui a contrevenu. L'utilité sociale d'une telle norme est totalement illisible[27].

Difficilement supportable, parce qu'elle porte une contradiction profonde avec l'idée même d'un État de droit, cette issue est pourtant inéluctable dès lors que notre système juridique se refuse à admettre que la jurisprudence constitue une source de droit, ce qui signifie qu'elle est la matrice de situations juridiques bien réelles qu'il convient d'insérer dans l'ordre juridique.

Comme l'avait justement souligné J. Rivero, « la technique d'édition de la règle juridictionnelle qui lie formulation de la règle et application à l'espèce, condamne [le juge] à la rétroactivité : la sécurité juridique se trouve ici nécessairement sacrifiée au progrès présumé du droit ».

Au reste, une telle insécurité risque de se solder par un surcroît d'actions en justice. Le revirement de jurisprudence, en ce qu'il peut offrir à un justiciable une issue qui mette à mal les anticipations de son adversaire, est facteur de « litigiosité ». Il incite à tenter sa chance pour tirer profit de la versatilité de la règle. D'où un surcroît de pourvois dans les domaines en prise aux revirements.

Il faudrait ajouter à ces développements les inconvénients propres à la matière pénale. Le rapport de Didier Rebut, reproduit en deuxième partie du présent rapport, démontre combien les

revirements perturbent les règles d'application dans le temps des lois pénales, au risque tantôt d'une « véritable insécurité procédurale », tantôt d'une « atteinte à l'exigence constitutionnelle et internationale de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères qui s'applique sans aucun doute aux solutions jurisprudentielles, même si la chambre criminelle a expressément jugé le contraire ».

2.3.- Hétérogénéité des revirements de jurisprudence

Si l'on admet, d'une part, que la jurisprudence n'est pas la loi et, d'autre part, que ce qui doit être stigmatisé, ce sont les hypothèses dans lesquelles la solution nouvelle déjoue les prévisions des justiciables, avec les conséquences rappelées précédemment, alors il est essentiel de souligner que les revirements de jurisprudence n'engendrent pas tous les mêmes effets. D'où il résulte qu'**ils n'appellent pas un même traitement et ne requièrent pas tous un aménagement dans le temps de leurs effets.**

2.3.1. Constat

Tous les revirements de jurisprudence se saisissent, par hypothèse, de faits antérieurs à leur édicition, mais tous ne déjouent pas à l'identique les anticipations des justiciables. L'insécurité provoquée par l'application aux faits passés de la solution nouvelle varie en effet selon les situations. **Tous les revirements n'ont pas de conséquences injustes ni ne désorganisent les secteurs économiques visés par la décision.** En particulier, une règle nouvelle – et donc un changement de règle - peut parfaitement n'avoir aucune incidence sur les prévisions des acteurs.

Le Groupe a fait porter son analyse sur une quarantaine d'exemples, choisis aléatoirement par le Service de documentation et d'études de la Cour de cassation. De l'analyse effectuée, il peut être rendu compte au travers de trois remarques.

a).- En premier lieu, le revirement ne déjouera aucunement les prévisions des parties au litige lorsque leur comportement [28] n'aura pas dépendu de la solution jurisprudentielle retenue à l'époque des faits.

Il en va le plus souvent ainsi. De fait, **la plupart des revirements de jurisprudence n'ont pas de prise sur les anticipations des justiciables.** Ils ne déjouent pas leurs prévisions.

Il en est ainsi des revirements qui visent à **améliorer**, en la modifiant, la situation juridique des justiciables sans préjudice pour un tiers (c'est le cas, par exemple, de la décision autorisant la modification de l'état civil des transsexuels).

Mais il en est également ainsi des **revirements qui préjudicient à l'une des parties au litige, sans pour autant avoir méconnu ses anticipations.** De nombreuses hypothèses de changement entrent dans ce schéma. Parmi celles-ci, on peut penser :

- à la modification des conditions d'une action en justice ou de l'exercice d'un droit (ainsi en est-il, par exemple, lorsque de nouvelles conditions sont posées pour l'action directe du mandataire substitué ; lorsque la protection de l'image des biens est restreinte ; lorsqu'est admise la nullité d'un contrat pour cause immorale alors qu'une partie ignorait le caractère immoral du motif déterminant de la conclusion du contrat ; en cas de changement dans la définition du « consommateur » pris en compte par un texte spécial) ;

- au changement dans l'appréciation du caractère d'une nullité et donc du droit d'agir de l'une des parties (c'est l'hypothèse, par exemple, d'un revirement consacrant une nullité relative à la place d'une nullité absolue et en déduisant que l'action ne peut être exercée par celui qui n'est pas protégé par la loi) ;

- au changement dans les conditions du droit applicable ou de la preuve de la règle de droit (ainsi de la jurisprudence sur la preuve de la loi étrangère) ;

- à la modification du fondement de l'action (liée, par exemple, au déplacement des limites temporelles du contrat de transport de personnes, ou bien encore à l'obligation d'agir sur le fondement exclusif d'un texte spécial - éviction de l'article 1382 du Code civil en cas d'abus de la liberté d'expression prévu et réprimé par la loi du 29 juillet 1881) ;
- à la modification des modalités de preuve ou au changement d'appréciation de la force probante d'un type de document, etc.

On pourrait multiplier les hypothèses. Plusieurs points doivent être observés.

On remarquera qu'un revirement peut parfaitement conduire à rendre responsable une personne qui ne l'aurait pas été sous l'empire de la solution abandonnée, ou à alourdir sa situation, *sans pour autant déjouer ses prévisions*. Lorsque la Cour de cassation admet la réparation du préjudice de la concubine souffert par ricochet, elle ne méconnaît pas les prévisions de l'auteur du dommage. Il en va de même lorsqu'elle change la nature de la présomption pesant sur les parents du fait du préjudice causé par leur enfant mineur ou qu'elle assouplit les conditions de mise en œuvre de leur responsabilité.

On observera encore que le revirement peut également affecter une situation contractuelle tout en ne portant pas atteinte aux prévisions des parties. Ainsi, le revirement de jurisprudence en matière de détermination du prix dans les contrats-cadres n'a pas déjoué les anticipations légitimes des contractants. En jugeant que l'article 1129 du Code civil n'est pas applicable à la détermination du prix, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation[29] a posé une solution conduisant à entraver les actions en nullité introduites sur le fondement de la jurisprudence antérieure. Elle n'a pas porté atteinte à la sécurité juridique, et a même contribué, sans doute, à renforcer la sécurité contractuelle, du moins si l'on admet que les contractants, en s'engageant, cherchent à conclure un accord valable et non pas nul.

On relève alors qu'**en rendant licite et plus généralement valide une stipulation contractuelle qui ne l'était pas sous l'empire de la jurisprudence antérieure, la Cour de cassation ne semble pas déjouer pas les prévisions des parties**, sauf à estimer que l'une d'entre elles aurait volontairement inséré dans le contrat une stipulation affectant sa validité[30]. Dans ce dernier cas, elle ne serait pas digne d'une protection contre l'application d'une jurisprudence nouvelle au contrat qu'elle avait antérieurement conclu. Maintes illustrations pourraient en être fournies. Il en est ainsi du revirement par lequel la Cour de cassation a jugé licite la cession de clientèle civile, là où antérieurement elle jugeait le contraire.

En toute hypothèse, on observera qu'il est indispensable **de procéder, au cas par cas, à une recherche des anticipations qui ont pu ou auraient pu être celles du justiciable auquel le revirement va porter préjudice**. C'est à cette condition que l'on peut statuer sur l'imprévisibilité que représente le revirement.

b). **En second lieu, en revanche, il faut considérer que la décision de revirer méconnaît les anticipations légitimes des justiciables à chaque fois qu'un comportement a été ou aurait pu être orienté par la solution que le revirement entend abandonner.**

Le schéma est ici l'inverse du précédent. Le justiciable y est en effet trompé par la solution en laquelle il pouvait croire. C'est le cas lorsqu'il s'expose à être sanctionné pour ne pas avoir respecté une solution qu'il ne pouvait pourtant connaître et donc anticiper. C'est ce qui se produit notamment lorsqu'un comportement licite devient fautif par suite du changement de solution - l'exemple le plus caractéristique d'une telle situation reste celui de l'absence d'information, par le médecin, sur les risques encourus par le patient dans le contexte de l'arrêt précité du 9 octobre 2001.

Les prévisions raisonnables d'une partie sont encore méconnues lorsque le revirement revient à rendre nul tout ou partie d'un acte

juridique valable sous l'empire de la solution abandonnée. Ainsi, lorsque la Cour de cassation juge que les clauses de non-concurrence doivent comporter une contrepartie financière pour être licites, selon la solution posée par un arrêt du 10 juillet 2002[31].

Une même imprévisibilité du droit se manifeste lorsque le revirement prive le justiciable d'une action qu'il pensait pouvoir exercer et dont il avait, sur la foi de la solution antérieure, respecté les conditions d'exercice.

c).- En troisième lieu, l'analyse montre aisément que, *sur une même question de droit*, la solution retenue en conséquence du revirement peut ou non déjouer les prévisions des parties. Il en sera ainsi, par exemple, selon que la décision de revirement reviendra à valider ou au contraire à prohiber le comportement jugé. Le prix doit-il être déterminé dans les contrats-cadres pour que ces derniers soient valablement formés ? Un changement de solution conduisant à répondre par l'affirmative déjouera les prévisions des contractants en conduisant à la nullité des actes conclus. A l'inverse, un revirement se soldant par une réponse négative ne violera logiquement pas les prévisions contractuelles.

On constate simplement ici à nouveau que **les règles qui pourraient présider à la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence doivent être parfaitement distinctes de celles qui peuvent régir l'application de la loi dans le temps.** On ne peut abstraitement raisonner ni au regard de la notion de droit acquis ni à partir du concept de situation juridique. Il ne s'agit pas de protéger un droit ou une situation, mais de garantir le respect des attentes des justiciables là où elles ne peuvent pas être considérées comme infondées au regard du droit initialement applicable. L'approche qu'il convient de retenir est pragmatique : elle ne tient pas – du moins pas exclusivement – au seul domaine visé. Par suite, il ne saurait exister de solution directrice propre à l'application dans le temps de la règle jurisprudentielle en matière

contractuelle, en matière délictuelle, relative à la prescription ou à la preuve, etc.

2.3.2. Conséquences

Des observations qui précèdent, on peut tirer une triple conclusion.

a). Le groupe de travail estime qu'il est nécessaire de procéder, au cas par cas, à une recherche des anticipations légitimes qui ont pu être celles des justiciables auxquels le revirement va porter préjudice. L'analyse doit toutefois se faire logiquement *in abstracto* : il ne s'agit pas de savoir si tel justiciable a effectivement fondé son comportement sur la règle prétorienne qui sera abandonnée par le revirement ; il s'agit de déterminer si un justiciable normalement diligent et supposé connaître la règle jurisprudentielle - au même titre que la règle législative - a pu adopter un comportement qui soit fonction de la solution jurisprudentielle.

b). Le groupe de travail entend souligner le fait que, **fréquemment, il peut y avoir hésitation sur l'effet préjudiciable (ou non) du revirement.** Il convient d'ailleurs d'observer que nombre d'exemples sur lesquels le groupe a pu faire porter sa réflexion ont entraîné des hésitations entre les membres.

C'est l'une des raisons pour lesquelles il apparaît indispensable au groupe de travail que l'interrogation sur les effets d'un éventuel revirement soit elle-même l'objet d'un débat judiciaire distinct de celui portant sur la décision de revirer. Un tel débat doit être nourri d'informations diverses fournies au juge aux fins de lui permettre d'apprécier la portée de la décision de revirement qui pourrait être rendue. Dans une large mesure, il permet aussi de libérer ce débat de fond : mieux à même de moduler les effets de sa décision en sorte d'en limiter (ou d'en annihiler) certains effets secondaires indésirables, la Cour serait mieux à même de décider d'infléchir sa position de principe sur tel ou tel point de droit.

Il n'en irait évidemment ainsi que si l'on devait admettre que le juge doit être mis en situation lui-même d'apprécier les effets de son revirement pour mettre en œuvre, le cas échéant, des règles de modulation dans le temps de la décision de revirer. Mais on reviendra sur ce point plus avant.

c). Le mal à traiter résidant dans l'imprévisibilité du revirement, il est essentiel de pouvoir, au mieux, prévenir la soudaineté des changements de solutions. Le groupe de travail, qui sera conduit à recommander la mise en place de règles de modulation dans le temps des revirements de jurisprudence, estime également nécessaire que le juge recoure aux techniques par lesquelles il annonce le revirement et permet par là-même son anticipation (v. *infra*).

2.4.- Les différents modèles de traitement dans le temps des décisions de justice [32]

Le Groupe de travail a estimé nécessaire d'enrichir sa réflexion à partir d'exemples tirés des systèmes étrangers. Il en va de même de l'enseignement à tirer de la position de la Cour de justice des communautés européennes. En outre, l'arrêt A.C. du Conseil d'Etat, rendu le 11 mai 2004 à propos de la modulation des effets dans le temps de l'annulation des décisions administratives, est venu offrir un nouveau cadre de réflexion en droit français, auquel il est, ici, apparu indispensable de porter attention.

2.4.1. Enseignements tirés du droit comparé et de la jurisprudence de la CJCE

Le Groupe de travail a sollicité l'UMR de droit comparé de l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), en la personne de Horatia Muir Watt, aux fins de l'éclairer sur les systèmes de Common law et

sur la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes[33]. En outre, une recherche sur le droit allemand a été effectuée par Frédérique Ferrand. De ces études, dont on trouvera la substance dans la seconde partie du présent rapport, on peut tirer différents enseignements.

a).- Les analyses effectuées attestent que **l'existence de règles visant à moduler dans le temps les décisions de justice est intimement liée à la place qu'occupe le juge dans le système juridique. Elle dépend clairement de la place accordée à la jurisprudence et de sa reconnaissance comme source de droit.** Sous cet aspect, le droit comparé conforte l'idée émise précédemment, selon laquelle l'aménagement dans le temps des décisions et la limitation de leur rétroactivité suppose admis le pouvoir créateur du juge.

Ø Ainsi, en Angleterre, la question de la légitimité de la pratique du *prospective overruling* – qui consiste à limiter à l'avenir les effets de la décision - prend place au sein d'une réflexion plus large sur la fonction de juger (*theory of adjudication*) ; elle est notamment au cœur des discussions autour de l'aptitude du système juridique à intégrer les exigences, évolutives, de la pratique sociale.

De même, aux Etats-Unis, c'est précisément le pouvoir quasi-législatif de la Cour Suprême fédérale, en tant que gardienne de la Constitution, qui l'a conduite à se reconnaître la maîtrise des effets dans le temps de ses propres jugements. La célèbre décision *Brown v Board of Education*, sur laquelle revient le rapport de droit comparé ci-dessous, déclarant inconstitutionnelle la ségrégation raciale pratiquée par des établissements scolaires dans de nombreux Etats, atteste ainsi que le juge remplit une fonction quasi-législative ; il est dépositaire de la vérité constitutionnelle, sa décision dépassant largement les limites qu'impose son rôle purement judiciaire. Le contentieux assume un rôle politique dans l'intérêt du public (*public interest litigation*), caractéristique de l'activité judiciaire contemporaine.

On relèvera également le fait que l'orientation politique de la Cour Suprême fédérale influence fortement sa propension à admettre ou non l'effet rétroactif de sa jurisprudence.

Ø En Allemagne, **le pouvoir créateur de la jurisprudence est également reconnu de manière officielle. Aussi, si le débat autour de la rétroactivité des revirements de jurisprudence a été engagé par la doctrine allemande, c'est précisément parce que la loi allemande reconnaît expressément aux juridictions suprêmes le droit de procéder à un « développement du droit »** (*Rechtsfortbildung*). Dès lors, les revirements ont une existence officielle.

b).- **Dans les différents systèmes, il existe une panoplie de techniques – on pourrait dire parfois de « stratégies » - ayant pour but atténuer l'effet de surprise qui accompagne inéluctablement le revirement de jurisprudence.** Ainsi, on ne saurait considérer qu'il existe des systèmes visant à empêcher la rétroactivité et d'autres dans lesquels on se contenterait de techniques indirectes de lutte contre l'imprévisibilité de la solution nouvelle. Le cumul existe à l'évidence.

Ces techniques visent soit à composer avec le revirement, notamment afin de limiter les méfaits de la rétroactivité de changements qui ne sont pas assumés comme tels, soit à informer sur la possibilité de revirements futurs.

On observera que **ces différents procédés postulent toujours des décisions suffisamment motivées.**

Ø *Dans les systèmes de common law*, le Rapport du groupe de droit comparé dirigé par H. Muir Watt a évoqué les procédés suivants :

o *Distinguishing* - Le terme désigne une technique consistant à « déguiser » le revirement pour transformer la décision nouvelle en affinement d'une jurisprudence existante. Cette manière de procéder est le moteur essentiel de l'évolution de la *common law*. Même en présence d'une jurisprudence apparemment bien acquise, la nouveauté ne sera pas présentée comme une rupture, une négation du passé, mais comme un prolongement de celui-ci. On s'aperçoit facilement de la part de subjectivité que comporte la mise en oeuvre du *distinguishing*. Le raisonnement par analogie, méthode de progression par excellence de la *common law*, laisse toute liberté à l'interprète pour décider dans quelle mesure un nouveau cas est suffisamment apparenté à l'ancien pour relever de son emprise ou y échapper.

o *Obiter dictum* –C'est une technique voisine de la précédente. Elle consiste, on le sait, à annoncer un changement logiquement imminent. C'est en réalité, dans le cas présent, une incitation au *distinguishing* lors du prochain contentieux portant sur la même question de droit, le juge indiquant lui-même dans quelles circonstances, non réalisées en l'occurrence, il opterait pour une solution différente. La portée des *dicta* n'étant jamais à l'abri de la discussion, la qualité de la motivation est à nouveau d'une importance essentielle.

o *Not following* - Dans le cas où un précédent qui paraissait s'imposer n'a pas été suivi, la position d'arrêts sinon rebelles du moins originaux est parfois signalée comme « s'écartant de » (*departing from*) ou « ne suivant pas » (*not following*) la décision antérieure, sans qu'il y ait pour autant de la part de son auteur une volonté (parfois une compétence) de supprimer celui-ci. Cette technique se différencie du *distinguishing* en ce qu'elle implique un désaccord plutôt que la découverte d'une situation différente. Elle présente l'avantage d'introduire un changement sans rétroactivité. Il paraît cependant difficile de ne pas voir, sous les mots, une variante édulcorée de *prospective overruling*.

Ø Dans le système allemand, on retrouve à nouveau plusieurs mécanismes censés rendre le revirement prévisible.

o Une des pratiques de la Cour constitutionnelle fédérale consiste à signaler dans l'arrêt lui-même, et parfois même sur chaque question juridique soulevée par le recours, à *quelle majorité la décision a été obtenue*. Le « score » obtenu permet d'anticiper sur l'éventuel abandon de la solution retenue et donc de prévoir un éventuel revirement.

o La Cour constitutionnelle pratique également les opinions dissidentes (*abweichende Meinungen*). La publication des opinions dissidentes, en cours également à la Cour européenne des droits de l'homme, permet de mesurer la solidité de la solution retenue et, comme précédemment, d'envisager un éventuel futur revirement.

o Les juridictions allemandes ont également recours à la pratique des *obiter dicta*, de façon cependant assez aléatoire et exceptionnelle. L'annonce peut être indirecte : elle se traduit par la critique incidente d'un précédent ou par une prise de distance par rapport à la position antérieure de la Cour. Elle peut également être directe : elle consiste alors en l'affirmation d'une nouvelle règle pourtant sans incidence sur le cas à trancher.

c).- Lorsqu'elle existe, la modulation dans le temps des effets des décisions de justice reste exceptionnelle.

Ø Un tel caractère exceptionnel est nettement marqué dans la jurisprudence de la CJCE dans le domaine où le problème s'est principalement posé, à savoir celui de la modulation dans le temps des effets des appréciations portées sur l'interprétation ou sur la validité juridique d'un acte communautaire dérivé[34]. Ainsi, l'arrêt *Roders*⁸ souligne le caractère exceptionnel de l'admission de la non-rétroactivité et présente une bonne synthèse de la jurisprudence communautaire à cet égard. Ainsi, aux termes de cet arrêt :

«... une limitation des effets de l'arrêt statuant sur la demande d'interprétation apparaît tout à fait exceptionnelle... En effet, la Cour n'a eu recours à cette solution que dans des circonstances bien précises, lorsqu'il existait un risque de répercussions économiques graves dues en particulier au nombre élevé de rapports juridiques constitués de bonne foi sur la base de la réglementation considérée comme étant valablement en vigueur, et qu'il apparaissait que les particuliers et les autorités nationales avaient été incités à un comportement non conforme à la réglementation communautaire en raison d'une incertitude objective et importante quant à la portée des dispositions communautaires, incertitude à laquelle avaient éventuellement contribué les comportements mêmes adoptés par d'autres États membres ou par la Commission...

Cette limitation se fonde avant tout sur le principe de sécurité juridique ainsi qu'il l'est expressément indiqué dans l'arrêt de principe *Defrenne/Sabena* :

« Que, dans ces conditions, il convient de constater que, dans l'ignorance du niveau global auquel les rémunérations auraient été établies, des considérations impérieuses de sécurité juridique tenant à l'ensemble des intérêts en jeu, tant publics que privés, empêchent en principe de remettre en cause les rémunérations pour des périodes passées ».

Pour le reste, la rétroactivité est donc le principe. Ainsi que l'affirme l'arrêt *Denkavit* :

« L'interprétation que, dans l'exercice de la compétence que lui confère l'article 177, la Cour de justice donne d'une règle du droit communautaire, éclaire et précise, lorsque besoin en est, la signification et la portée de cette règle, telle qu'elle doit ou aurait du être comprise et appliquée depuis le moment de sa mise en vigueur. Il en résulte que la règle ainsi interprétée peut et doit être appliquée par le juge même à des rapports juridiques nés et constitués avant l'arrêt statuant sur la demande d'interprétation, si par ailleurs, les conditions permettant de porter

devant les juridictions compétentes un litige relatif à l'application de ladite règle se trouvent réunies ».

Ø En Allemagne, le revirement de jurisprudence produit, en principe, un effet rétroactif. La Cour constitutionnelle fédérale de Karlsruhe a en effet déclaré que **le principe d'absence de rétroactivité des lois ne pouvait être appliqué sans autre forme de procès aux décisions des tribunaux, car ceux-ci seraient alors tenus par leur jurisprudence même si elle s'avérait erronée ou inadaptée aux conditions sociales, politiques ou économiques**[35]. La Cour constitutionnelle souligne notamment qu'il n'y a pas lieu de se demander si une telle rétroactivité aurait été inconstitutionnelle si elle avait été le fait d'un changement législatif et non pas jurisprudentiel, refusant l'extension pure et simple à la jurisprudence des solutions retenues en matière de lois rétroactives. Dans le cas contraire, les tribunaux seraient liés par leur jurisprudence même si elle n'était plus adaptée.

La Cour fédérale de Justice prend d'ailleurs parfois en compte la nature controversée ou non de la question de droit, en doctrine et en jurisprudence, pour en déduire que le demandeur victime du revirement aurait dès lors dû agir de façon plus diligente et en tout cas envisager un possible revirement[36].

Ce n'est donc que dans des hypothèses spécifiques que la Cour fédérale de Justice déroge au principe de la rétroactivité, pour tenir compte de la sécurité juridique et de la confiance qu'une partie a pu de bonne foi avoir en la jurisprudence existante au moment de son engagement ou de la mesure réalisée. C'est d'ailleurs la Cour constitutionnelle fédérale qui l'y incite. Elle a, par exemple, considéré dans un arrêt du 14 janvier 1987[37] mettant en cause une décision de la Cour fédérale du Travail, qu'un revirement de jurisprudence de cette dernière n'était pas conforme à l'État de droit (*Rechtsstaatsprinzip*), les juges de cassation n'ayant pas suffisamment respecté la confiance que le requérant avait en la pérennité des solutions antérieures.

Dans un arrêt du 1er février 1978[38], la Cour a également limité l'effet rétroactif d'un changement de jurisprudence. Elle a décidé que l'accès au tribunal demeurerait possible, conformément au § 261, al. 3, n°2 du Code allemand de procédure civile (ZPO)[39], même si la jurisprudence autorisant cet accès avait été modifiée après l'introduction de la demande. La Cour note que dans ses effets pratiques, le revirement peut être assimilé à un changement législatif.

Ø La Chambre des Lords, en Angleterre, ne déroge pas au constat, à telle enseigne que, si elle a récemment admis qu'un changement - assumé - de jurisprudence puisse ne produire ses effets que pour l'avenir[40], c'est de façon dérogatoire et, au fond, dissimulée. Elle l'a fait dans une hypothèse où une obligation d'information renforcée était imposée à un établissement de crédit à l'égard d'une caution, en précisant que cette obligation ne pouvait valoir que pour l'avenir, les contrats de cautionnement conclus avant la date de prononcé de l'arrêt n'étant pas concernés par la norme nouvelle.

On peut ainsi considérer que la technique du revirement pour l'avenir reste au cas présent « déguisée », en ce sens que la Chambre des Lords n'a pas renoncé formellement à son hostilité traditionnelle à l'égard du *prospective overruling*[41].

Il n'est pas sans intérêt d'observer que cette technique permet également aux « joueurs (et donc plaideurs) à répétition » (*repeat players*), tels les établissements de crédit, d'être associés à l'élaboration de la nouvelle norme.

Ø Même aux Etats-Unis où la modulation dans le temps a trouvé en quelque sorte son modèle, à travers le *prospective overruling*, le revirement pour l'avenir ne constitue pas le principe.

On sait que le *prospective overruling* consiste à appliquer aux revirements de jurisprudence un régime transitoire fondé sur des principes analogues à ceux qui commandent l'application de la loi dans le temps. La rétroactivité cède au profit de l'effet prospectif ou pour l'avenir, généralement lié au caractère normatif de l'activité. S'il y a eu des exemples anciens, assez nombreux, de changements jurisprudentiels admis pour l'avenir seulement, l'émergence officielle du mécanisme en droit américain est attribuée à l'arrêt *Sunburst*[42]. Dans cette affaire, la Cour Suprême du Montana admit de faire entorse à la rétroactivité pour des motifs tenant à la seule situation spécifique des demandeurs.

Or, si la constitutionnalité de cette technique est toujours admise, notamment au regard de l'égalité des plaideurs devant la justice, sa pratique semble marquer un coup d'arrêt devant la cour suprême fédérale. Le *prospective overruling* dépend au fond de chaque cour suprême étatique pour son propre droit.

d).- Dans les différents systèmes, **c'est le juge qui met en place, au cas par cas, les conditions et les effets de la modulation dans le temps de ses décisions.**

Ø Le Rapport sur la CJCE montre parfaitement le fait que c'est la Cour elle-même qui a dégagé les critères qui justifient la modulation dans le temps des décisions (critères administratif, juridique, et financier). Par suite, la systématisation des décisions est rendue incertaine : les relations qu'entretiennent les critères entre eux et leur mise en œuvre restent à l'appréciation du juge.

Ø **C'est un même pragmatisme qui caractérise le droit allemand. Comme le relève ainsi Frédérique Ferrand, « il est très difficile de synthétiser la jurisprudence de la Cour fédérale de Justice sur la question de limitation de la rétroactivité de ses revirements de jurisprudence. Il apparaît plutôt çà et là des restrictions à cet effet rétroactif, restrictions toujours fondées**

sur les notions de sécurité juridique, de protection de la confiance (*Vertrauensschutz*) des parties ou de l'une d'elles, de caractère prévisible ou non du revirement ».

La Cour fédérale de Justice a ainsi appliqué ces critères en matière contractuelle, par exemple lorsqu'elle a concrétisé les conditions de validité d'un acte juridique ou lorsqu'elle a imposé des conditions de forme particulières pour certains actes. La Cour a même considéré que le revirement de jurisprudence avait pu entraîner la disparition du fondement contractuel (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*) dès lors que le contrat n'avait pas encore été complètement exécuté au moment du changement de jurisprudence[43]. Cette théorie de la disparition du fondement contractuel, d'origine prétorienne, est notamment appliquée par la jurisprudence en matière d'imprévision et permet la révision du contrat, voire sa disparition.

La Cour fédérale de Justice a au reste énoncé qu'il ne serait pas exclu d'appliquer le principe d'interdiction de rétroactivité valable en matière législative, dès lors qu'une telle analogie s'impose au vu de la situation, ce qui pourrait être le cas « si le changement de jurisprudence reposait sur une modification postérieure des faits et circonstances à son origine, était assimilable, dans ses effets pratiques, à un changement législatif et si enfin des motifs de justice matérielle ou de sécurité juridique s'opposait à une rétroactivité qui serait préjudiciable ou même ferait disparaître un droit »[44].

En matière délictuelle et dans tous les domaines où la Cour fédérale de Justice juge inutile de protéger la confiance des parties en la stabilité de l'état de droit existant, il semble qu'elle applique immédiatement la solution nouvelle issue du revirement[45].

Ø S'agissant de la *Common law*, le Groupe de travail de droit comparé a parfaitement mis en relief le fait que c'est la décision innovante elle-même qui se prononce sur ses propres effets dans le temps. A nouveau, on observe que les solutions peuvent varier d'un cas à l'autre, l'approche adoptée étant essentiellement pragmatique.

Ainsi, l'analyse du droit américain atteste que le domaine de la technique de *prospective overruling* a varié dans le temps, en fonction précisément de la jurisprudence. Elle devait concerner essentiellement les domaines du contrat, des droits réels et du droit fiscal, où les comportements individuels sont très largement commandés par l'état de la jurisprudence en vigueur. La délimitation du domaine du *prospective overruling* est devenue ensuite moins claire à partir du moment où la modulation de la décision dans le temps s'est trouvée justifiée par des raisons économiques ou sociales qui dépassent les intérêts des seules parties au litige.

On soulignera que :

- l'effet prospectif d'une décision se prête lui-même le cas échéant au débat public. Avant d'étendre à des situations passées les effets d'une décision innovante, surtout lorsqu'elle a une portée socio-économique importante, il semble éminemment raisonnable d'entendre les représentants de groupes autres que les parties sur les conséquences de cette extension. Répondant à ce besoin, la technique de l'*amicus curiae* connaît un développement sensible aux Etats-Unis. Il importe cependant de se rendre compte qu'elle n'est pas à l'abri du risque d'instrumentalisation par des lobbies, son usage devant être soigneusement encadré ;
- le recours à la technique du revirement pour l'avenir suppose que les décisions de revirement soient clairement motivées, tant sur les raisons et la portée des changements envisagés que sur l'éventuelle modulation dans le temps de leurs effets.

2.4.2. Enseignements tirés de l'arrêt « A.C. ! » du Conseil d'Etat

Saisi par diverses associations aux fins d'annuler plusieurs textes ministériels agréant des accords conclus en matière d'assurance-

chômage, le Conseil d'État a rendu, le 11 mai 2004, l'un de ses arrêts les plus innovants de ces dernières décennies. Son importance a justifié que le Groupe reproduise, en annexe, le document de travail sollicité par le Président de la section du contentieux aux fins de préparer cette évolution.

Dans le contentieux de l'excès de pouvoir, on sait que l'annulation d'un acte administratif comporte un effet intégralement rétroactif : l'acte annulé est réputé n'avoir jamais existé.

A l'issue d'une procédure de discussion interne d'une intensité dont le rapport reproduit en annexe témoigne, le Conseil d'État a pris l'initiative de permettre à l'ensemble des juges administratifs de déroger à ce principe. Rattachant cette nouvelle prérogative à ce qu'il dit être « l'office du juge », il écrit :

« Considérant que l'annulation d'un acte administratif implique en principe que cet acte est réputé n'être jamais intervenu ; que, toutefois, s'il apparaît que cet effet rétroactif de l'annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets, il appartient au juge administratif - après avoir recueilli sur ce point les observations des parties et examiné l'ensemble des moyens, d'ordre public ou invoqués devant lui, pouvant affecter la légalité de l'acte en cause - de prendre en considération, d'une part, les conséquences de la rétroactivité de l'annulation pour les divers intérêts publics ou privés en présence et, d'autre part, les inconvénients que présenterait, au regard du principe de légalité et du droit des justiciables à un recours effectif, une limitation dans le temps des effets de l'annulation ; qu'il lui revient d'apprécier, en rapprochant ces éléments, s'ils peuvent justifier qu'il soit dérogé à titre exceptionnel au principe de l'effet rétroactif des annulations contentieuses et, dans l'affirmative, de prévoir dans sa décision d'annulation que, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de celle-ci contre les actes pris sur le fondement de l'acte en cause, tout ou partie des effets de cet acte antérieurs à son annulation devront être regardés comme définitifs ou même, le cas échéant, que l'annulation ne prendra effet qu'à une date ultérieure qu'il détermine »

Entièrement prétorienne, cette construction appelle plusieurs observations.

- Elle concerne uniquement les effets de l'annulation contentieuse d'un acte administratif déterminé. Par lui-même, l'arrêt AC ne modifie aucun autre aspect de l'état du droit processuel : il n'affecte ni l'application dans le temps de l'acte simplement *déclaré* illicite (par exemple lors de l'exception de son illégalité à l'occasion d'un contentieux relatif à un autre objet), ni l'application dans le temps de la chose jugée au sujet d'une *situation juridique* (par exemple dans le contentieux de la responsabilité), ni l'application dans le temps des revirements de jurisprudence administrative.

- L'arrêt AC vise à offrir au juge un moyen exceptionnel, d'usage profondément dérogatoire. Où l'on retrouve à nouveau le fait que le principe reste posé du caractère rétroactif de l'annulation, qui demeure un droit pour le requérant. La mention expresse du « droit des justiciables à un recours effectif » apporte à cet égard un éclairage important : **la rétroactivité de l'annulation est manifestement conçue, par le Conseil d'État lui-même, comme un élément majeur (voire comme la condition générale) de l'effectivité du recours en excès de pouvoir au sens - notamment - de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme.** Il est donc prévu de ne porter atteinte à ce droit que lorsque des conditions très particulières sont réunies.

- Les conditions de cette modulation exceptionnelle sont globalement de deux ordres :

o D'une part, le juge n'est habilité à y procéder que lorsque des conséquences « manifestement excessives » apparaissent attachées au maintien d'un effet rétroactif à l'annulation. Cet « excès manifeste » est susceptible d'apparaître lorsque l'acte attaqué a déjà produit des effets juridiques importants au moment où le juge prononce sa sentence : d'autres normes sont nées sur son fondement, des

situations juridiques se sont constituées, etc. Le cas d'espèce de l'arrêt AC est très illustratif à cet égard : l'annulation de l'acte ministériel d'agrément des conventions d'assurance-chômage en cause aboutissait à remettre en question le jeu, déjà pleinement effectif, desdites conventions.

o D'autre part, le juge n'est habilité à décaler la prise d'effet de sa décision d'annuler l'acte qu'après avoir procédé à un test de proportionnalité particulièrement scrupuleux. On l'a dit, le différé dans le temps de la prise d'effet d'une annulation excès de pouvoir prive le requérant d'un élément fort de son droit à un recours effectif. Le juge ne doit donc s'y résoudre qu'au prix d'une très sérieuse mise en balance des intérêts - « *publics et privés* » en cause de part et d'autre. Là encore, le contexte de l'arrêt AC est topique : l'acte annulable n'était illégal que pour des raisons d'ordre procédural et non de fond, son annulation rétroactive eût emporté des conséquences financières catastrophiques pour la collectivité, elle aurait placé les acteurs de l'assurance-chômage dans l'impossibilité de percevoir les cotisations et de verser les prestations... Tout bien pesé, il paraissait donc proportionné de laisser un délai aux partenaires sociaux pour régulariser ce qui pouvait l'être sans grand dommage pour le droit des requérants - et ce d'autant plus que le principe d'un « recalcul » de leurs droits était pleinement acquis.

- De fortes exigences procédurales encadrent cette innovation. **Le juge ne peut moduler les effets de l'annulation dans le temps qu'après avoir invité les parties en présence à en discuter avec lui.** Le test de proportionnalité n'est pas seulement constitué par la délibération intérieure du juge : il résulte aussi, et peut-être surtout, d'une discussion contradictoire des parties. Il en résulte que le juge administratif est dans l'obligation de provoquer cette discussion, au cours de la procédure, dans des conditions de transparence et de délais propres à garantir un échange éclairé de tous sur l'opportunité de renoncer à l'effet rétroactif de l'annulation. **On voit ici se profiler l'idée d'une délibération dans la délibération, d'un échange contentieux portant non plus sur le bien-fondé des**

prétentions des parties, mais sur la gestion des conséquences pratiques de la décision à prendre.

- Si sa conviction est acquise, à l'issue de cette démarche, le juge administratif peut prononcer une annulation dépourvue d'effet rétroactif. Celle-ci peut se concevoir *ex nunc*, à la date de l'arrêt, mais elle peut également se voir reporter *pro futuro*, à une date ultérieure précisée dans la sentence. L'idée est ici d'ouvrir, lorsque c'est possible et utile, un délai de régularisation permettant à l'administration de remédier à l'illégalité dans des conditions pratiques acceptables de réélaboration d'un acte licite. Cela peut permettre, en particulier, d'éviter les effets pernicioeux du « vide » né de l'annulation. Dans le cas de l'assurance-chômage, par exemple, on ne disposait pas commodément d'un fondement juridique de substitution au système conventionnel privé de son applicabilité par l'annulation contentieuse. L'annulation rétroactive aurait posé un problème considérable à la collectivité comme aux partenaires sociaux.

- Cette modulation dans le temps reste cependant dépourvue d'incidence sur le sort des autres actions contentieuses déjà engagées, en particulier contre les actes administratifs subséquents à l'acte annulé. Pour les requérants au procès intenté contre un tel acte subséquent, l'annulation du règlement qui lui tenait lieu de fondement est toujours rétroactive. C'est de nouveau leur *droit* que de faire constater la disparition *ab initio* de ce règlement, et donc de pouvoir solliciter l'annulation, par voie de conséquence, de l'acte d'application qu'ils avaient précédemment attaqué.

- On observera enfin que **ce pouvoir de modulation est relié à « l'office du juge » dans son ensemble**. Il apparaît donc comme l'accessoire général dont tous les juges administratifs de l'annulation disposent pour faire face à une situation exceptionnelle de déséquilibre patent des intérêts en présence, et non comme un privilège singulier du juge de cassation, justifiable par les traits particuliers de sa mission. Sous ce rapport aussi, le problème abordé

par le Conseil d'État dans l'arrêt AC possède une nature radicalement différente de celui que pose le revirement de jurisprudence. Ainsi qu'on le verra, en effet, il n'apparaît justifié de moduler les conséquences dans le temps du revirement de jurisprudence que lorsque celle-ci est pleinement constituée comme telle, c'est-à-dire en cassation.

2.5.- Propositions du groupe de travail

2.5.1. Pour la modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence

Ø *Le principe de la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence*

Le Groupe de travail rappellera le constat dressé précédemment : certains revirements de jurisprudence, par l'effet rétroactif qui leur est attaché, comportent un risque de méconnaissance des anticipations légitimes des justiciables, qui doit être évité.

Le Groupe rappellera que les situations dans lesquelles le revirement de jurisprudence produit des effets néfastes liés à l'imprévisibilité et à l'effet rétroactif de la solution sont peu fréquentes. La plupart des revirements de jurisprudence n'appellent pas de traitement spécifique.

Le Groupe de travail tient à ajouter qu'une éventuelle modulation dans le temps de la décision de revirement ne revient pas, contrairement à ce qui est parfois craint – et comme en témoigne d'ailleurs l'opinion émise par certains des organismes professionnels consultés -, à empêcher l'application du « bon » droit à la situation jugée. Sans aucun doute, s'il y a revirement, c'est que le juge estime l'interprétation nouvelle meilleure que l'ancienne. Mais cela ne

signifie pas pour autant qu'il soit juste ou sans inconvénients d'en faire application à des situations qui ont pu se constituer - pour reprendre le langage de Roubier - sous l'empire de l'ancienne interprétation. Une chose est l'amélioration du droit que le revirement est censé permettre ; une autre son application rétroactive.

Ø *L'insuffisance des techniques préventives*

A l'imitation des pratiques que l'on a pu observer dans différents systèmes juridiques étrangers, on sait que la Cour de cassation a parfois recours à des techniques spécifiques aux fins de prévenir les revirements de jurisprudence et de réduire ainsi l'effet de surprise attaché aux changements de solutions. L'approche est préventive : elle vise à permettre les processus d'anticipation de telle sorte que les justiciables ne soient pas pris au dépourvu par le revirement.

Une telle démarche est souvent privilégiée, en ce qu'elle serait de nature à éviter le mal causé par le revirement^[46] :

« la question essentielle des revirements de jurisprudence devient [...] de savoir si leur contenu peut être perçu avec suffisamment de délai pour que l'adaptation soit possible avant que leur effet rétroactif ne cause trop de dommages. Ne faudrait-il pas pour réduire les deux inconvénients actuels des revirements de jurisprudence, leur imprévisibilité et leur effet rétroactif, rendre leur venue davantage perceptible ? ».

Les techniques sont connues. Certaines permettent de rendre le revirement progressif : on aura reconnu ce que l'on nomme classiquement la politique des « petits pas » ou encore celle des « ballons d'essai ». L'arrêt qui inaugure la solution nouvelle, en n'épuisant pas toutes les interrogations, peut alors laisser aux justiciables le temps et le soin de s'adapter. Ainsi l'arrêt *Blicek* a-t-il laissé ouvertes non seulement des questions liées au domaine de la nouvelle responsabilité du fait d'autrui qu'il inaugurerait, mais aussi

celles portant sur le régime de cette responsabilité, sans encore trancher entre un système reposant sur la faute ou une responsabilité de plein droit. Il faudra attendre 1997 pour être définitivement fixé sur le régime adopté, en conséquence du revirement de jurisprudence.

D'autres ont pour objet d'apporter aux destinataires des règles une information préalable qui les avertisse des évolutions envisagées. A ce dernier titre, la doctrine porte souvent son attention sur l'*obiter dictum* : par une incidente ajoutée au raisonnement mais inutile à la solution, l'arrêt se fait porteur d'un message à bon entendeur, annonçant le cas échéant le revirement futur[47]. Parmi ces procédés d'information, on ne saurait également omettre le recours au Rapport annuel de la Cour de cassation, qui permet au juge de renseigner publiquement sur une évolution désirée[48].

La Cour de cassation a même pu réussir, dans des hypothèses exceptionnelles, à limiter les effets dans le passé de ses décisions. On songera ici à la jurisprudence bien connue sur la stipulation des intérêts du solde débiteur d'un compte courant[49] : s'appuyant sur un décret postérieur à la loi objet du revirement, la Cour de cassation est parvenue à stopper l'effet rétroactif de sa décision en limitant les effets de la décision à la date du décret.

Le Groupe de travail a estimé que si les techniques préventives présentent l'avantage évident de diminuer l'imprévisibilité du revirement, les procédés mis en œuvre ne sont ni toujours efficaces ni toujours suffisants.

Ainsi, l'élaboration graduelle ou par étapes du droit jurisprudentiel présente l'inconvénient de faire naître des incertitudes, puisqu'elle laisse en suspens des questions – domaine de la solution nouvelle, régime, etc. - dont la connaissance est indispensable. De même, elle ne porte généralement pas remède à la rétroactivité du revirement, car elle n'offre pas un temps de latence suffisant pour empêcher que

les situations juridiques constituées sous l'empire de la jurisprudence ancienne soient affectées par la solution nouvelle. Au reste, s'il devait s'agir d'attendre, pour consacrer la solution nouvelle, que les faits à juger soient postérieurs à son annonce, il serait plus expédient d'employer directement des techniques de droit transitoire, puisque tel est leur l'objet.

L'*obiter dictum* ne saurait davantage parfaitement endiguer les risques d'imprévisibilité. Comme on l'a justement souligné, « l'avantage qui en résulte reste toutefois assez limité : si la brutalité de la première application est atténuée, il n'en reste pas moins que le principe nouveau, ainsi annoncé, jouera dans tous les procès à venir alors même qu'ils porteraient sur des faits antérieurs »[50]. En outre, les occasions et la possibilité même de formuler un *obiter dictum* restent peu fréquentes[51]. Sans parler, à nouveau, des difficultés mêmes de s'accorder sur l'existence ou la portée d'une « incise » contenue dans une décision[52] et sur la signification qu'il conviendrait de lui prêter, comme vient d'en porter encore témoignage une récente et vive controverse doctrinale relative à l'obligation de renégocier en cas de modification imprévue des circonstances qu'un arrêt du 16 mars 2004 aurait envisagée - *a contrario* de surcroît [53].

Surtout, la Cour ne saurait généralement patienter, pour consacrer la solution qu'elle entend mettre en œuvre, le temps que les faits à juger soient postérieurs à l'annonce qu'elle aurait pu faire. Ce ne serait d'ailleurs pas opportun : pourquoi régler le problème de la rétroactivité des revirements en retardant le revirement lui-même - et donc l'avènement d'une solution que, par hypothèse, l'on estime meilleure que l'ancienne ?

Quant au report de la solution nouvelle sur le fondement texte qui permette au juge de limiter l'effet rétroactif de sa décision, il est difficilement praticable. Surtout, il n'est rien d'autre que la marque de la volonté de la Cour de moduler les effets dans le temps de sa décision : autant qu'elle puisse parvenir à cette fin sans emprunter des voies indirectes et souvent chaotiques.

Le Groupe de travail estime donc que, si les techniques permettant l'annonce des revirements sont souvent utiles en ce qu'elles permettent d'atténuer la soudaineté des innovations prétorienne et réduisent ainsi leur imprévisibilité, elles ne suffisent pas à empêcher les effets néfastes attachés à la rétroactivité des revirements de jurisprudence. Dès lors, il est indispensable que soit consacrée dans le droit positif une possibilité de moduler les effets des revirements dont la rétroactivité porterait atteinte à des intérêts légitimes. La Cour de cassation est la mieux à même de pouvoir procéder utilement à cette consécration.

2.5.2. Pour la consécration, par la Cour de cassation elle-même, de la possibilité de moduler les effets dans le temps des revirements de jurisprudence

Si l'on admet que la modulation dans le temps des décisions de justice constituerait une évolution très importante de notre système juridique – davantage théoriquement que pratiquement, on l'a déjà souligné –, la question se pose de savoir s'il est juridiquement possible et politiquement opportun qu'une telle évolution résulte d'une initiative purement prétorienne. Une intervention du législateur ne serait-elle pas nécessaire, sinon préférable, qui assurerait l'accord de la représentation nationale au principe même de ce changement de cap et garantirait sa maîtrise sur le temps du droit ?

Sur le premier point, le Groupe de travail observe que la Cour de cassation a toute latitude pour juger de l'applicabilité d'une interprétation nouvelle au cas qu'elle juge. Il suffit d'ailleurs d'observer qu'elle a déjà pratiqué de la sorte dans l'arrêt, déjà cité, du 8 juillet 2004 rendu par la deuxième Chambre civile[54]. Ce faisant,

la Cour de cassation ne rendrait pas un arrêt de règlement qui violerait l'article 5 du Code civil.

Quant au second point, le groupe de travail a estimé que la voie prétorienne devait être privilégiée.

Ø *L'absence d'obstacle tiré de l'article 5 du Code civil*

Une partie de la doctrine considère que l'instauration d'un droit transitoire des revirements de jurisprudence « heurterait de plein fouet » la prohibition des arrêts de règlement[55].

Le Groupe de travail, après avoir analysé la notion même « d'arrêt de règlement » et étudié les applications qui étaient faites de la prohibition formulée à l'article 5 du Code civil[56], a estimé que la modulation dans le temps des décisions de justice par la Cour de cassation elle-même et sans habilitation législative ne contrevenait pas à l'article 5.

o En effet, l'article 5 prohibe l'exercice, par le juge, d'un pouvoir législatif. A ce titre, il interdit au juge de prendre une décision qui s'imposerait, par sa force propre, au-delà des seules parties dont il doit trancher le litige. Ce qui est interdit, c'est de transformer une décision en loi.

Ce que Henri Batiffol, dans sa note sur les revirements de jurisprudence, put souligner en ces termes : la conséquence de la prohibition des arrêts de règlement « est bien plutôt qu'une décision ne saurait être cassée au seul motif de la violation d'un "règlement" de la Cour suprême ; elle n'empêche cependant pas cette dernière de casser en répétant la formule précédemment donnée, ce qui confère finalement à ces formules une efficacité de même ordre qu'à celles de la loi dès que leur netteté, leur bien-fondé et l'assurance que leurs

auteurs ne se déjugeront pas enlève tout espoir à l'utilité d'une résistance »[57].

Le caractère réglementaire d'une décision serait ainsi patent si elle prétendait posséder en elle-même un effet contraignant au-delà des parties. *A fortiori* si la décision entendait lier les juges dans les autres affaires qu'ils pourraient avoir à juger, juges du fond ou, à nouveau, juges de cassation.

Portalis, dans son explication de l'article 5 du Code civil, n'exprimait rien d'autre, lorsqu'il stigmatisait précisément ces deux hypothèses dans lesquelles la décision de justice devient règlement[58] :

« Un juge est associé à l'esprit de législation ; mais il ne saurait partager le pouvoir législatif. Une loi est un acte de souveraineté ; une décision n'est qu'un acte de juridiction ou de magistrature. Or, le juge deviendrait législateur, s'il pouvait par des règlements, statuer sur les questions qui s'offrent à son tribunal. Un jugement ne lie que les parties entre lesquelles il intervient : un règlement lierait tous les justiciables et le tribunal lui-même ».

Or le Groupe de travail entend souligner qu'aucun justiciable « extérieur » à l'arrêt de revirement n'est immédiatement contraint par ce dernier, qu'il s'agisse de ce qui est jugé au fond – c'est-à-dire de la décision novatrice – ou de l'éventuelle inapplication de la solution nouvelle au litige en cours.

De même, ni les juges du fond ni la Cour de cassation elle-même ne seraient contraints pour l'avenir si la Cour de cassation décidait de moduler les effets dans le temps de sa décision. La Cour de cassation reste en effet parfaitement libre de ses jugements à venir au point de pouvoir revenir sur la solution retenue – un nouveau revirement – ou de décider autrement de l'application de la solution nouvelle à l'espèce.

Pas plus que le revirement lui-même[59], la modulation dans le temps, dès lors qu'elle ne vaut de façon obligatoire que dans le cadre du litige qui en est l'occasion, ne possède de caractère réglementaire.

Au demeurant, il convient de souligner que la question de la modulation dans le temps de la décision de revirement se posera logiquement à l'occasion des instances postérieures à celle ayant donné lieu au revirement : tous les justiciables dont le comportement pourrait être apprécié à l'aune de la règle dont l'interprétation est nouvelle, parce qu'issue du revirement, auront intérêt à solliciter le report dans le temps de ladite interprétation. La question sera ainsi examinée à chaque fois qu'elle sera posée.

o Certes, le Groupe de travail a rappelé en préalable que la modulation dans le temps des décisions de justice n'était nécessaire que parce que la jurisprudence est créatrice de règles. Une telle modulation présuppose reconnu le pouvoir créateur de la jurisprudence. Pour autant, il n'y a dans cette affirmation, dans la réalité qui la sous-tend comme dans les conséquences que l'on en déduit sur l'aménagement temporel de la décision, aucune violation de l'article 5 du Code civil. Il convient en effet de ne pas oublier que la reconnaissance de la jurisprudence comme source de droit ne tient pas au caractère réglementaire de ses décisions mais à des mécanismes autrement plus complexes, parmi lesquels il faut compter avec la réception de l'arrêt nouveau par les justiciables[60]. En toute hypothèse, **que la Cour de cassation crée des règles impose l'aménagement dans le temps de certaines de ses décisions ; ce n'est pas cet aménagement qui lui confère la capacité de créer du droit. L'ordre des causalités ne saurait être inversé.**

Ø *Le caractère injustifié d'une intervention législative*

Le Groupe de travail s'est interrogé sur le point de savoir s'il convenait, pour que la Cour de cassation puisse moduler les effets dans le temps de ses revirements de jurisprudence, de recommander une intervention du législateur. A défaut d'être en effet juridiquement indispensable, une telle intervention ne serait-elle pas préférable, parce qu'opportune ? Le Groupe a estimé que tel n'était pas le cas. Et ce pour plusieurs raisons.

o D'abord, il apparaît, sur le modèle de différents systèmes étrangers, que la définition de la portée exacte d'une décision est logiquement du ressort de la compétence du juge lui-même. L'appréciation des effets dans le temps de la décision constituant un élément à part entière de cette portée, il est cohérent de considérer qu'elle se trouve incluse dans le périmètre « naturel » du pouvoir du juge. Plus encore, **s'il devait y avoir modulation, ce serait précisément du fait de l'innovation prétorienne que représente le revirement de jurisprudence : on ne voit pas pour quelle raison l'aménagement temporel de cette innovation exigerait une forme d'habilitation législative alors même que l'innovation qui la justifie relève de la seule intervention du juge.** La part créatrice qui participe de l'activité du juge est une conséquence du pouvoir de juger. Il n'en va pas autrement pour ce qui relève d'une éventuelle modulation dans le temps des effets de la décision rendue. Au surplus, le pouvoir créateur du juge a toujours été relié, en droit français, au pouvoir de rendre une décision et donc à la chose jugée au cas d'espèce.

o Ensuite il est également cohérent que le juge maîtrise de part en part le processus de modulation dans le temps des ses revirements de jurisprudence. La reconnaissance du caractère effectivement créateur du revirement de jurisprudence suppose, on l'a déjà souligné, un certain réalisme au sujet du pouvoir du juge. Dans cette perspective, on peut penser que le juge doit être mis en situation d'assumer, le pouvoir dont il use.

o Enfin, la modulation dans le temps a partie intimement liée avec le dispositif de l'arrêt, qui, comme l'ont justement souligné J.-H. Stahl et A. Courrèges dans la note rédigée à l'attention de Monsieur le Président de la Section du contentieux du Conseil d'Etat en prélude à l'arrêt « AC ! », doit être considéré comme l'affaire du juge lui-même :

« La question de la portée de l'annulation est, au premier chef, l'affaire du juge lui-même. Cette question intéresse le dispositif de ses décisions, c'est-à-dire le cœur de l'intervention juridictionnelle. [...]

Pour sa part, la question des effets dans le temps des annulations contentieuses n'excède pas le pré carré juridictionnel et ne concerne que la maîtrise par le juge du dispositif de ses décisions. Comme telle, elle ne paraît pas subordonnée à une intervention préalable du législateur ».

On pourrait d'ailleurs être tenté d'ajouter qu'en raison de l'évolution contemporaine du droit européen comme de celle du droit constitutionnel, le législateur est considéré comme de moins en moins légitime à intervenir dans le champ du dispositif des décisions de justice. Le contrôle des validations législatives comme celui des lois interprétatives l'illustre clairement.

Le groupe de travail est donc d'avis que **la Cour de cassation peut prendre elle-même l'initiative d'une telle modification de l'état du droit et savoir l'assumer.**

Si elle s'engage dans cette voie, il importe qu'elle détermine à qui, selon quels critères, et dans quelles conditions elle doit confier le pouvoir de procéder à une telle modulation.

2.5.3. Le pouvoir de moduler les effets dans le temps des revirements de jurisprudence doit appartenir exclusivement à la Cour de cassation

Le groupe de travail est d'avis que le pouvoir de moduler les effets dans le temps des revirements de jurisprudence doit être compris comme résultant strictement de l'office du juge de cassation. Il ne saurait être dévolu aux juges du fond.

Plusieurs arguments essentiels justifient ce choix. Le plus important d'entre eux tient sans doute au fait que c'est bien la rétroactivité d'un revirement *de jurisprudence* qu'il s'agit de moduler. Or il ne saurait y avoir de jurisprudence judiciaire, au cas ici visé, que de la seule Cour de cassation. La faculté de moduler dans le temps les décisions de revirement est attachée au pouvoir créateur du juge.

Au demeurant, une exigence d'égalité de traitement des justiciables renforce cet exclusivisme. De la même manière que la Cour de cassation a pour mission d'assurer l'unité de l'interprétation de la règle, elle doit assumer l'unité de son application dans le temps. A quoi il faut ajouter que l'exigence de sécurité juridique milite à son tour pour qu'un tel pouvoir soit reconnu à la seule Cour de cassation, condition *sine qua non* pour que les anticipations légitimes, que la réforme ici envisagée entend protéger, soient garanties.

2.5.4. Le pouvoir de procéder à un revirement de jurisprudence comme le pouvoir d'en moduler les effets temporels doivent être réservés aux formations de jugement aptes à assurer l'unité d'interprétation de la règle au sein de la Cour de cassation (Assemblée plénière, Chambre mixte, plénières de Chambre)

Le Groupe de travail estime que le revirement lui-même et donc par voie de conséquence la décision consécutive portant sur son éventuelle modulation dans le temps doivent relever d'une décision sans ambiguïté de la Cour de cassation. Parce que le revirement traduit un choix et exprime le pouvoir créateur de la Cour de

cassation, un devoir de cohérence et l'exigence de certitude du droit militent pour que des formations restreintes (formations à trois, formations de sections) ne s'arrogent pas le pouvoir de procéder à un revirement de jurisprudence.

Il importe en effet que la décision de moduler les effets d'un revirement présente des caractéristiques suffisantes de certitude et de stabilité. Indépendamment même de la gravité de tout changement de jurisprudence et de la solennité qui s'attacherait à l'éventuel prononcé d'une décision visant à en limiter l'effet rétroactif, il faut considérer qu'une contradiction interne entacherait la solution si elle devait être incertaine ou fragile, puisqu'il s'agit de contribuer à la sécurité juridique.

2.5.5. La question des critères de la modulation

Le Groupe de travail n'estime pas opportun d'établir ici une grille contraignante qui devrait s'imposer en toute hypothèse pour décider de la modulation dans le temps du revirement. Il serait d'ailleurs contreproductif de figer l'exercice d'un pouvoir de modulation alors même que celui-ci vise précisément à prendre en compte des situations dont l'appréciation nécessite un débat au cas par cas.

Il n'en reste pas moins que l'exercice d'un tel pouvoir ne saurait s'exercer sans cadre, et *a fortiori* sans justification d'ordre juridique.

Le Groupe est donc d'avis que plusieurs paramètres doivent être pris en compte et explicités par le juge pour que ce pouvoir soit exercé d'une manière cohérente et justifiée. Sous ce rapport, il apparaît que la décision de limiter la rétroactivité d'un revirement exige, de la part de la Cour :

- soit une évaluation des inconvénients que pourrait emporter l'application rétroactive du revirement – qui reste la règle. Précisément, il s'agit alors de rechercher s'il existe une disproportion manifeste entre les avantages attachés à la rétroactivité normale du revirement et les inconvénients qu'emporterait cette rétroactivité sur la situation des justiciables. A ce titre, il convient de prendre en considération les anticipations sur la stabilité de leur situation juridique que les justiciables ont pu légitimement former et le risque

que ces anticipations soient déjouées par l'existence même du revirement.

- soit la mise en évidence d'un impérieux motif d'intérêt général qui justifierait l'exception apportée à la règle générale de rétroactivité

2.5.6. La question de la procédure à suivre devant la Cour pour décider la modulation dans le temps des effets du revirement de jurisprudence.

Ø Le Groupe de travail est d'avis que la question de la modulation dans le temps du revirement doit elle-même faire l'objet d'un débat contradictoire spécifique entre les parties.

Le débat dont il s'agit est celui qui doit porter non plus sur la question de fond objet du pourvoi mais bien sur les effets dans le temps de cet éventuel revirement et sur l'éventuel aménagement qui devrait s'ensuivre. A partir du moment où il revient au juge de décider de la modulation dans le temps de sa décision, une telle décision ne peut être prise qu'après que les parties ont été effectivement sollicitées de donner leur avis et entendues sur cette question.

La Chambre appelée à statuer doit provoquer les observations des parties, soit à l'intérieur du débat sur la question de fond, soit après une réouverture des débats. Elle procèdera alors à un délibéré prolongé

Ainsi, si la question de la modulation dans le temps des effets de la décision n'a pas été abordée par les parties lors de l'instruction sur la question de fond, c'est-à-dire lors de l'échange de mémoires, la Chambre doit provoquer leurs observations sur ce point selon la procédure de l'article 1015 du nouveau Code de procédure civile.

Aussi, la discussion est-elle toujours duale : elle porte à la fois sur la question substantielle que soulève l'éventuel revirement et sur sa mise en œuvre *ratione temporis*.

Ø Le Groupe de travail est d'avis que la question de la modulation dans le temps du revirement doit aussi faire l'objet d'un débat *au-delà* les parties.

Il importe que la Cour consente à ouvrir le débat portant sur la question de fond, objet de l'éventuel revirement, et sur ses modalités de mise en œuvre dans le temps.

Si l'on admet que la réflexion qui est ici menée trouve sa raison d'être dans le fait que le revirement de jurisprudence est la marque du pouvoir créateur de la jurisprudence, alors on doit considérer que la décision de revirement introduit une modification dans l'état du droit positif.

Le constat n'a d'ailleurs rien d'original. La Cour de cassation l'a déjà exprimé, affirmant que « les éventuels manquements d'un notaire à ses obligations professionnelles ne peuvent s'apprécier qu'*au regard du droit positif existant à l'époque de son intervention*, sans qu'on puisse lui imputer à faute de n'avoir pas prévu une évolution ultérieure du droit », celle-ci résultant, précisément, d'un revirement de jurisprudence[61].

Surtout, parce que le revirement ouvre sur un nouvel état du droit, il intéresse bien d'autres sujets que les seules parties au litige. On doit en dire de même pour ce qui a trait à son application dans le temps, qui porte, dans une large mesure, des effets *erga omnes*.

Dès lors, **le Groupe de travail est d'avis qu'une même approche réaliste que celle conduisant à recommander la modulation dans le temps des décisions de revirement conduit à prôner un élargissement du débat mené devant le juge à l'occasion des décisions par lesquelles il modifie l'état du droit.**

Cet élargissement consiste simplement à mettre en adéquation la portée des décisions de principe avec les mécanismes procéduraux qui concourent à leur édicton.

Il est en effet justifié que ceux dont les intérêts sont mis en cause à l'occasion de la décision de revirement puissent exprimer leur position. Surtout, il n'est pas nécessairement opportun que le juge prenne une position dont il sait qu'elle aura des effets au-delà des parties sans avoir pu en mesurer toutes les implications.

Le Groupe de travail estime que le débat judiciaire doit être en cohérence avec la portée de la décision qui en fournit l'occasion.

Concrètement, le débat doit porter tant sur la question de fond, objet de l'éventuel revirement, que sur la question de la modulation dans le temps de la décision.

Sous cet aspect, si le recours à l'*amicus curiae* constitue une possibilité offerte au juge, le Groupe recommande surtout que le débat puisse être ouvert à des organisations et représentants des intérêts en cause dans la décision à venir[62]. Il faut d'ailleurs observer que la pratique a été consacrée à l'occasion des arrêts rendus en Chambre mixte le 23 novembre 2004 (portant sur la nature juridique de contrats qualifiés, au moment de leur souscription, d'assurance-vie). La Cour de cassation y vise ainsi diverses notes, adressées par le président du Conseil supérieur du notariat, la Fédération française des sociétés d'assurance, une lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et une note du ministre de la justice, garde des sceaux, ces différentes pièces ayant été soumises au débat contradictoire par le premier avocat général.

Un tel élargissement du débat doit permettre à la Cour de cassation de bénéficier d'informations indispensables à sa décision sans pour autant porter une quelconque atteinte aux droits des parties en litige.

Sous ce rapport, il ne saurait évidemment être question de transformer ces tiers en parties à l'instance. Les intérêts extérieurs doivent pouvoir être entendus, mais ils ne sauraient évidemment être représentés au sens strict sans porter une atteinte injustifiable aux droits procéduraux des parties. Celles-ci sont les seules à nouer le lien d'instance, avec tous les droits et garanties associés à leur qualité.

Le statut de ces contributions ne peut être que celui d'un avis, d'une opinion librement formulée par des tiers dans le cadre d'un litige vis-à-vis duquel leurs auteurs restent, en droit, absolument extérieurs.

Cette « procéduralisation » légère des choix prétoriens de la Cour de cassation permettrait ainsi de faire du droit jurisprudentiel un droit mieux délibéré, favorisant ainsi sa légitimité en même temps que son efficacité. Elle ne porterait, par sa légèreté et son absence de formalisme même, aucune atteinte aux droits des parties en litige.

Le Parquet général de la Cour de cassation, de par sa mission, a vocation à contribuer à une telle ouverture.

2.5.7. La situation du justiciable ayant sollicité le revirement de jurisprudence

Le Groupe de travail est d'avis que cette situation ne présente, à bien y réfléchir, aucune particularité. Si l'on admet le principe même de la modulation dans le temps des décisions de revirement, une difficulté apparaît, qui porte sur la situation de la partie qui obtient ledit revirement. Par extension, le problème vise également tous ceux qui ont engagé leur action à la date du revirement.

Dans la suite des réflexions qui ont pu être provoquées par la jurisprudence de la CJCE, on a pu faire valoir que la partie qui est à l'origine du revirement devrait faire l'objet d'un traitement particulier. Dans l'hypothèse où le juge déciderait de moduler les effets dans le temps de sa décision et ainsi d'empêcher qu'elle ait un

effet rétroactif, il conviendrait tout de même d'appliquer la solution nouvelle à l'affaire tranchée.

Deux arguments militeraient pour cette application dérogatoire.

D'une part, l'instauration d'un droit transitoire des revirements de jurisprudence comporterait un risque d'épuisement des pourvois dès lors que la solution nouvelle se trouverait écartée dans l'espèce jugée. Pour y remédier, il faudrait en quelque sorte récompenser le justiciable qui aurait contribué à l'avènement de la solution nouvelle en lui en faisant profiter, avant de retourner à l'application de l'interprétation jurisprudentielle antérieure.

D'autre part, l'équité militerait dans le même sens. Ainsi qu'on l'a souligné, « peut-on raisonnablement dire à un justiciable qui a pris le risque de poursuivre une procédure jusqu'à la Cour de cassation – avec tout le temps et le coût que cela entraîne –, nonobstant une jurisprudence qui lui était défavorable et dont il demandait le changement, qu'il avait parfaitement raison, mais que ce sont d'autres justiciables qui bénéficieront de l'avancée du droit qu'il a permis de faire consacrer ? »[63]. L'objection est évidemment importante : en empêchant l'application de la solution nouvelle au pourvoi qui en a donné l'occasion, on risque de substituer une injustice à une autre, pour remplacer l'incompréhension de l'un – le défendeur au pourvoi – par celle de l'autre[64].

Dans la logique d'ensemble qui a guidé le Groupe de travail, celui-ci a estimé qu'une telle dérogation ne pouvait être proposée.

Cela, en premier lieu pour des raisons de politique juridique. Les propositions qui prévalent ici, comme il l'a été exposé, ne visent pas à l'instauration d'arrêts de règlement. Elles peuvent et doivent rester de la compétence du juge. Or si l'on en venait à prévoir une modulation dans le temps de la décision conduisant à ce que l'interprétation nouvellement consacrée ne soit pas appliquée aux faits qui l'ont précédée, tout en considérant qu'il doit en aller

autrement pour l'affaire en cours – voire à l'égard de tous ceux qui ont engagé leur action en justice à la date du revirement – , on en viendrait à violer les prescriptions de l'article 5 du Code civil. Il s'agirait au fond de faire se succéder dans le temps trois périodes différentes : la première, qui serait marquée par la consécration de la solution nouvelle (à l'affaire qui en est à l'origine ou aux affaires en cours) ; la deuxième qui serait caractérisée par le maintien de la solution antérieure au revirement (par l'effet de la modulation dans le temps) ; la troisième qui consisterait à mettre en œuvre la solution consacrée par le revirement. Outre la complexité d'un tel schéma, celui-ci consisterait, de la part du juge, à faire bien plus que la loi, puisqu'il mettrait en œuvre une solution nouvelle avant de la paralyser. Surtout, la décision serait transformée en pur règlement, puisque que la Cour, dans l'arrêt de revirement lui-même, devrait à la fois exprimer qu'elle consacre une solution nouvelle, l'écarter pour les procès à venir et... la mettre en œuvre dans le cadre de l'arrêt qu'elle rend.

La situation du plaideur qui obtient le revirement n'est pas particulière. En admettant que la solution consacrée par le revirement doive ne pas être appliquée aux faits qui lui sont antérieurs, et ce pour des raisons de sécurité juridique et de confiance légitime, il devra en être de même à l'égard de la partie qui aura obtenue le revirement.

Un exemple permet de la saisir aisément. Soit un patient qui invoque une nouvelle obligation – par un exercice de fiction rétrospectif, évoquons l'obligation d'information - à l'encontre du médecin pour mettre en œuvre sa responsabilité. Supposons que la Cour consacre cette obligation. Selon ce qui est ici proposé, l'arrêt à rendre est le suivant : la Cour jugera que l'interprétation nouvelle de l'article qu'elle applique (par ex. 1147 du Code civil) conduirait à faire peser sur le praticien une obligation d'information qui n'existait pas à la date de l'opération, de telle sorte qu'on ne saurait lui imputer à faute un comportement qui n'était pas fautif à la date à laquelle il a été réalisé. C'est là un cas de modulation des effets de la décision de

revirement qui s'étend au litige en cours. On n'y voit pas d'arrêt de règlement ; on n'y voit pas de difficulté particulière.

En quoi serait-il juste ou équitable de déroger à cette solution pour considérer que le patient qui a sollicité l'application de cette obligation nouvelle doit en profiter, ce qui voudrait donc dire que le médecin visé par le litige en cours devrait, lui, être jugé responsable ? Si la paralysie de l'effet rétroactif du revirement s'impose, comme on vient de le voir, elle s'impose tout autant dans le cadre de l'affaire jugée.

Et l'on pourrait faire la même démonstration en raisonnant sur l'hypothèse d'une nouvelle interprétation en matière contractuelle qui se solderait par la nullité du contrat. Celui qui la solliciterait ne ferait rien d'autre que de tenter d'obtenir la nullité d'un acte valable au moment où il l'a, lui-même, conclu. Pourquoi le faire bénéficier de l'éventuel revirement si celui-ci viole les anticipations légitimes des parties et donc celles du demandeur lui-même ?

Enfin, si l'on peut comprendre qu'il existe un risque d'épuisement des recours en cassation dans le cadre d'un contentieux objectif, où il est parfaitement dépourvu d'intérêt de plaider la nullité d'un acte si l'on est certain que la cour, en cas de réponse positive, refusera d'en tirer les conséquences sur la situation du requérant ou du demandeur dans le procès en cours (et ce par refus de faire rétroagir la nullité prononcée), il en va autrement dans le présent contexte. En effet, comme il l'a été expliqué, la solution préconisée consiste à n'admettre la modulation dans le temps que dans des hypothèses très limitées, déterminées par le juge dans la décision même qui est à l'origine du revirement. Le plaideur qui souhaite un revirement de jurisprudence et fait preuve d'inventivité pour solliciter le changement de solution a toujours intérêt à former un pourvoi. Il lui sera donné l'occasion de plaider sur la rétroactivité de l'éventuel revirement. Il pourra alors exposer les raisons pour lesquelles la rétroactivité, qui reste le principe, doit bien opérer au cas litigieux. En outre, la Cour de cassation pourra toujours annoncer son

revirement en ayant recours à des techniques préventives, comme l'*obiter dictum*, ce qui redonnera alors vigueur aux pourvois du moment que la solution nouvelle sera applicable.

3.- La question du repérage des revirements de jurisprudence

3.1. Nécessité de pouvoir s'accorder sur l'existence du revirement de jurisprudence

Un problème essentiel tient à la nécessité de pouvoir s'accorder, sans discussion, sur l'existence même d'un revirement. Sans ce préalable, on ne saurait concevoir de règle de droit transitoire comme il en existe en matière de lois.

Roubier l'avait d'ailleurs souligné[65] :

« N'y aurait-il pas lieu [...] de définir la portée d'application des jurisprudences nouvelles ? Cependant il faut bien convenir qu'il existe un obstacle insurmontable dans notre droit : c'est l'impossibilité où l'on est de déterminer, avec une précision suffisante, le moment où la jurisprudence est fixée ; on ne peut, pour cette raison, assimiler le changement qui se produit dans le droit des arrêts à un changement de loi ».

Il poursuivait ainsi[66] :

« Peut-on envisager qu'une jurisprudence nouvelle n'ait d'effet que pour les faits ou les situations postérieurs au jour où elle a été dégagée ? Ce serait sans doute possible, dès l'instant que l'on peut dater la nouvelle jurisprudence, grâce au principe de l'autorité immédiate des décisions, et ainsi on pourrait assimiler le traitement des changements de jurisprudence à celui des changements de législation ».

Le Groupe de travail procède au même constat. La modulation dans le temps des effets des revirements impose que l'on sache isoler la décision de revirement qui inaugure le changement dans l'état du droit positif.

3.2.- Incertitudes tenant au repérage des revirements de jurisprudence

Dans le même temps, il n'est pas douteux que l'identification des revirements de jurisprudence soulève de considérables difficultés.

Certes, le revirement de jurisprudence renvoie à un changement de la règle applicable au litige sous la seule action du juge. Il manifeste « l'abandon par les tribunaux eux-mêmes d'une solution qu'ils avaient jusqu'alors admise »[67]. On admettra donc sans peine que, pour qu'il y ait revirement de jurisprudence, le changement ne doit pas pouvoir être imputé à l'action d'une autre autorité - un changement formel de la loi applicable, par exemple.

Mais au-delà de ces considérations élémentaires, il règne une grande incertitude. Or de telles difficultés, ainsi qu'il vient d'être rappelé, doivent impérativement être levées si l'on entend que le revirement fasse l'objet d'un régime *ad hoc*.

Ø D'abord parce que la notion même de *revirement* est sujette à débat[68].

Faut-il parler de revirement lorsque la nouveauté introduite par le juge n'induit pas, concrètement, un changement de situation dans la personne même des justiciables ? La question mérite d'être posée si l'on songe aux hypothèses dans lesquelles l'innovation porte sur le *fondement* retenu par le juge pour asseoir une solution. Ainsi, lorsque la Cour de cassation modifie - à diverses reprises - le fondement de la responsabilité de l'organisateur d'une loterie publicitaire, passant de l'engagement unilatéral au contrat, du contrat au quasi-contrat,

opère-t-elle une série de revirements de jurisprudence et ce alors même que les changements introduits ne visent pas à remettre en cause la responsabilité éventuelle de l'organisateur de la loterie[69] ? Faut-il parler de revirement lorsque la Cour de cassation choisit de paralyser le jeu des clauses limitatives de responsabilité, non plus par une interprétation extensive de la faute lourde – assimilée au dol (article 1150 c. civ.) – mais sur le fondement de la cause (art. 1131 c. civ.) ?

Ø Ensuite, parce que les évolutions jurisprudentielles, comme on l'a vu, sont souvent progressives, de telle sorte que la rupture avec la solution antérieure est parfois difficile à repérer ou à dater. Comme le souligne François Rigaux[70] :

« Seul le renversement d'une jurisprudence établie donne à la solution un caractère non douteux de nouveauté. Mais il est plus difficile de décider si la Cour énonce une règle nouvelle quand elle étend le raisonnement déjà suivi dans des décisions antérieures. A peine est-il besoin d'ajouter que, sauf dans le cas exceptionnel où la Cour renverse explicitement sa jurisprudence, le degré de nouveauté du précédent est difficile à évaluer ».

Ø Mais ce sont enfin et surtout les incertitudes portant sur l'existence même d'un revirement qui doivent retenir l'attention. Si le revirement de jurisprudence suppose l'existence d'une jurisprudence[71] et son abandon, ce simple truisme recèle souvent, en pratique, nombre de difficultés.

Les causes d'incertitudes sont nombreuses. On peut en évoquer les plus fréquentes.

o L'incertitude se manifeste lorsque la rupture est le fait d'une formation différente de celle qui avait consacré la solution admise jusqu'alors. On pourrait fort bien, en effet, être en présence d'une divergence de jurisprudences entre chambres et non d'un revirement. Ainsi, selon Vincent Delaporte[72] :

« Pour qu'il y ait revirement, il faut que la solution nouvelle s'oppose à une règle de même origine jurisprudentielle, de la même juridiction et [...] de la même formation. Car si les solutions opposées proviennent de différentes formations de la Cour de cassation, il y a une contradiction qui, si on peut se permettre un parallèle avec la contradiction de motifs, équivaut à une absence de jurisprudence ».

Le fait qu'une chambre retienne une solution différente de celle jusqu'alors consacrée par une autre ne signifie en effet pas nécessairement qu'il y ait revirement de la Cour de cassation en son entier ; celle-ci peut se trouver divisée.

Symétriquement, faut-il s'interdire de parler de revirement de jurisprudence lorsqu'une formation supérieure de jugement vient, de manière plus ou moins disciplinaire, mettre fin à de telles discordances ?

Sous cet aspect, le groupe de travail déplore les difficultés de repérage qui résultent de l'hétérogénéité de la jurisprudence de la Cour de cassation. Aux divergences entre chambres, s'ajoutent les risques de disparités de solutions entre formations d'une même chambre.

On soulignera toutefois qu'à l'initiative de son Premier Président, et pour tenter de remédier à cette difficulté, la Cour de cassation a mis en place une veille juridique qui vise à détecter les divergences – provenant pour une part du volume du contentieux et de la pratique désormais habituelle des formations restreintes – et à les réduire. De plus en plus, le traitement des divergences se veut préventif, pour relever d'une réflexion menée au sein du bureau de la Cour, prolongée par les chambres concernées. Les techniques de titrage mises en place par le Service de documentation et d'études de la Cour de cassation, en permettant de mieux apprécier la portée des décisions par rapport aux « précédents », contribuent également à ce

repérage des divergences, ainsi qu'on pourra en prendre la mesure dans la seconde partie de ce rapport[73].

o De même, l'incertitude se manifeste lorsque l'on est conduit à hésiter sur la portée de la solution, en raison de l'imprécision de ses termes et des interrogations qu'ils soulèvent. De très nombreuses illustrations pourraient en être apportées, qui témoignent des difficultés d'interprétation que peuvent provoquer les décisions de la Cour de cassation.

Ainsi en a-t-il été de la solution inaugurée par l'arrêt *Rochas* de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en matière de responsabilité du fait d'autrui. Celle-ci a en effet jugé, par un arrêt du 12 octobre 1993, que la responsabilité du préposé ne pouvait être engagée lorsque celui-ci agit dans le cadre de la mission qui lui est impartie par son employeur, là où auparavant il se trouvait tenu avec le commettant. Or, non seulement l'arrêt n'émanait pas de la deuxième Chambre civile mais encore il semblait ambigu, parce que rendu sur le fondement de la faute et donc de l'article 1382 du Code civil. D'où des lectures dissemblables[74] : certains ont considéré que l'arrêt constituait un revirement ; d'autres ont estimé qu'il s'agissait uniquement d'une solution d'espèce, limitée à la question de la faute commise par le préposé. C'est l'arrêt *Costedoat* de l'Assemblée plénière du 25 février 2000 qui lèvera les doutes.

On rangera également sous cette bannière les arrêts dans lesquels les conclusions ou le rapport font croire à un maintien de la jurisprudence antérieure alors que la solution nouvelle semble ne pas être en continuité avec celles qui l'ont précédée[75]. Le changement est alors dissimulé ou minoré, le dogme de la continuité jurisprudentielle pouvant conduire à ce que les ruptures soient minorées.

Ø Dans un registre différent, il faut compter aussi avec les difficultés de qualification qu'entraîne l'adoption, par la Cour de cassation, d'une solution qui, pour être nouvelle, ne constitue pas

expressément l'abandon d'une solution ancienne. Il en est notamment ainsi lorsqu'elle n'a pas eu, antérieurement, l'occasion de statuer sur la question soulevée. A proprement parler, on n'est pas en présence d'un revirement faute d'abandon d'une solution antérieure. Mieux vaut évoquer un aboutissement. Mais de nouveau, est-ce suffisant pour faire sortir cette décision-là du champ d'investigation donné au Groupe de travail ?

3.3. Propositions du Groupe de travail

S'agissant du périmètre des décisions dont il convient de soumettre les effets à un pouvoir de modulation dans le temps, le Groupe de travail a estimé qu'il n'existe aucune possibilité d'affirmer, de manière certaine et indiscutable, ce qu'est un revirement de jurisprudence. Si les discussions dont il vient d'être fait état sont essentielles, il n'empêche que celles portant sur l'appréciation de la notion de revirement ou encore sur l'existence d'un revirement n'apparaissent pas pouvoir être tranchée par un *criterium* objectif incontestable.

En dépit de l'importance des débats autour de la labellisation de « revirement de jurisprudence », le Groupe de travail estime qu'il s'agit, sous l'aspect qui retient son attention, d'un faux problème. Dès lors que l'on envisage l'instauration d'un droit transitoire des revirements, il n'existe, en définitive, qu'une seule manière cohérente de constituer ce cadre : elle consiste à considérer que le juge, auteur du revirement, est le seul à pouvoir conférer, de manière objective et surtout efficace, au regard du système juridique lui-même, une telle qualification à ses décisions.

Nul doute que l'on pourra, de l'extérieur, critiquer la qualification qu'il aura pu effectuer, comme on le peut pour toute décision. Ou encore que le juge pourra user d'un tel pouvoir pour déroger à l'interrogation portant sur les effets dans le temps de sa décision,

empruntant sous cet aspect au *distinguishing*. Mais seule cette démarche permettra au juge investi du pouvoir de moduler les effets dans le temps de ses décisions de revirements de décider quand s'applique la prérogative exceptionnelle qu'il est ici question d'instituer.

Au demeurant, la possibilité pour le juge de moduler les effets temporels de la jurisprudence suppose, comme on l'a déjà dit, que le pouvoir créateur des décisions qu'il rend soit effectivement reconnu. Dès lors, il est également logique de considérer que la qualification même de revirement de jurisprudence relève de la même décision créatrice. Il appartient à celui qui a pris la décision de modifier l'état du droit d'assumer son pouvoir, et de le faire reconnaître comme tel, dès lors que ce pouvoir de création du droit ne lui est plus complètement dénié.

Qui d'un point de vue pratique, pourrait « dire » efficacement l'existence du revirement et posséder l'autorité nécessaire pour se faire, sinon le juge lui-même ? Au reste, nul ne saurait imposer au juge un tel choix et lui enjoindre de moduler les effets de telle décision plutôt que de telle autre. **Le réalisme rejoint ici la cohérence intellectuelle : le juge est le seul à disposer du moyen de faire que le revirement en soit un au regard du droit positif.**

La doctrine, en outre, ne serait ici privée d'aucune prérogative dont elle serait aujourd'hui détentrice : elle ne perdrait rien de son pouvoir de critique sur la solution ainsi adoptée. Bien au contraire.

Sur ces bases, mêlées de considérations théoriques et pratiques mais alimentées par un même souci de cohérence, **le Groupe de travail propose donc que la question de l'identification du revirement soit réglée de la manière suivante :**

a).- En premier lieu, l'identification du revirement dont l'application dans le temps pourrait être modulée par décision de justice ne peut procéder que du juge ayant lui-même opéré le revirement.

Cette qualification doit être expresse. Elle doit aussi être reconnaissable par les destinataires des décisions. Plusieurs solutions pratiques sont envisageables à ce sujet, qui pourraient supposer notamment l'adoption d'un marquage spécifique de l'arrêt (par exemple sous la forme de l'apposition d'une lettre ou d'un sigle particulier) : on renverra ici à la pratique du Service de documentation et d'études de la Cour de cassation, dont il est rendu compte dans la seconde partie du présent rapport.

b).- En deuxième lieu, la décision de moduler l'application dans le temps d'un revirement de jurisprudence doit, en toute hypothèse, selon le Groupe de travail, n'appartenir qu'aux formations plénières de la Cour de cassation – plénières de chambre ou de cour. Par voie de conséquence, il n'appartient qu'à la formation en cause de statuer sur le fait que sa décision porte bien revirement.

c).- En troisième lieu, pour les raisons, notamment procédurales, déjà exposées, il importe que la Cour adopte en pareil cas une séquence invariable de délibération, et que cette séquence trouve un écho explicite dans la rédaction du dispositif de l'arrêt de revirement. La modulation suppose en effet que deux décisions soient explicitement prises *et contradictoirement débattues l'une après l'autre* :

Ø La décision - de fond - de procéder à un revirement de jurisprudence, explicitement reconnu comme tel ;

Ø La décision de moduler les effets dans le temps de ce revirement de jurisprudence.

Le Groupe souhaite enfin insister sur le lien très fort qui unit, à ses yeux, la question de la légitimité des pouvoirs qui pourraient ainsi se voir mis en œuvre, avec le thème de la *motivation* des arrêts de

revirement. On sait la question de la motivation des arrêts de la Cour de cassation toujours débattue[76]. Mais on admettra aisément que le revirement de jurisprudence sollicite l'exigence de motivation davantage que tout autre arrêt[77]. Plus encore, **s'il importe, comme on l'a vu, que tout soit débattu contradictoirement, dans ce « procès dans le procès » que constitue la décision de moduler**, il est également essentiel que le juge s'explique sur les choix effectués.

Car c'est bien ainsi que doit être compris le présent Rapport. Il ne s'agit pas de faire advenir le pouvoir des juges. Celui-ci existe déjà. Qu'on s'en félicite ou qu'on le déplore est une autre discussion. En revanche, un tel pouvoir ne saurait être exercé discrétionnairement ni même discrètement, à l'ombre de tout débat et sans que les intéressés aient été mis en mesure de le discuter et de peser ouvertement sur son exercice. Inciter le juge à rendre compte de ses choix, à prendre en considération les intérêts qui sont au cœur du litige, à éviter les injustices ou les désordres que ses décisions pourraient entraîner, n'accroît pas son pouvoir mais contribue à sa maîtrise. La rétroactivité des revirements existe. Vouloir en empêcher les méfaits ne revient pas à les créer. C'est ouvrir les yeux.

[1]. P. Voirin, « Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences (à propos de l'arrêt du 18 juin 1958) », *JCP*, 1959, I, 1467, spéc. n° 3.

[2]. V. parmi d'autres, le numéro spécial des Cahiers du Conseil constitutionnel, « Le principe de sécurité juridique », B. Mathieu dir., n°11, 2001, p. 66 et s.

[3]. Civ. 1re, 9 octobre 2001, *Bull. civ.*, I, n° 249, p. 157 ; *D.*, 2001, 3470, rapport P. Sargos, note D. Thouvenin ; *JCP*, 2002, II, 10045, note O. Cachard ; *RTDCiv.*, 2002, 176, obs. R.L. ; *Les petites affiches*, 13 mars 2002, n° 52, p. 17, note F. Marmoz.

[4]. Du fait des soins ou d'une intervention : en l'occurrence, il s'agissait des risques, en cas de présentation par le siège, d'une césarienne et d'un accouchement par voie basse.

[5]. Civ. 1re, 7 octobre 1998, *Bull. civ.*, I, n° 291, p. 202 et n° 287, p. 199 ; *D.*, 1999, 145, note Porchy et somm. com., 259, obs. D. Mazeaud ; *JCP*, 1999, II, 10179, concl. J. Sainte-Rose, note P. Sargos ; *Les petites affiches*, 5 mai 1999, p. 4, note Noiville.

[6]. Nombre d'autres décisions imposeront une application rétroactive de l'obligation d'information. Mais le médecin n'ayant pas critiqué la rétroactivité de la règle jurisprudentielle, les solutions condamnant le praticien passeront, sous cet aspect, inaperçues. Ainsi des arrêts qui ont consacré, en 1998, l'obligation d'information : v.

les remarques, sur ce point, de P. Sargos, dans son rapport sur l'arrêt du 9 octobre 2001. V. également, le 9 octobre 2001, d'autres décisions rendues par la première chambre civile, l'une condamnant pour une intervention qui datait de 1993 (*Bull. civ.*, I, n° 252, p. 159), l'autre de 1990 (décision inédite, pourvoi n°00-11.525).

[7]. Civ. 2e, 8 juillet 2004, pourvoi n° D 01-10.426. Les lettres qui marquent l'arrêt caractérisent son importance : FS-P+B+R+I.

[8]. Ch. Mouly, « Les revirements de jurisprudence », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, La Documentation française, 1994, p. 123 ; « Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ? », *Les petites affiches*, 18 mars 1994, n° 33 ; « Comment limiter la rétroactivité des arrêts de principe et de revirement ? », *Les petites affiches*, 4 mai 1994, n° 53 ; « Le revirement pour l'avenir », *JCP*, 1996, I, 3776.

[9]. P. Roubier, *Les conflits de lois dans le temps*, Sirey, 1929, t. 1, pp. 26-27.

[10]. J. Rivero, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA*, 1968, p. 15.

[11]. O. Salvat, *Le revirement de jurisprudence. Etude comparée de droit français et de droit anglais*, thèse dactyl. Paris 2, 1983, spéc. n° 81.

[12]. Th. Bonneau, « Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement », *D.*, 1995, chron., p. 24, spéc. n° 5. Rappr. F. Zénati, *La jurisprudence*, Dalloz, 1990, p. 154, qui conteste davantage l'idée que la jurisprudence serait imprévisible : « Si une loi rétroactive peut être jugée insupportable parce qu'elle impose arbitrairement un ordre nouveau qui n'existait pas à l'état latent dans la société, ce grief ne peut pas être adressé à la jurisprudence qui est au contraire le reflet de l'ordre social. Autrement dit, la jurisprudence, contrairement à la loi, est toujours prévisible ; il suffit de vivre avec son temps pour appréhender le sentiment du droit qui prévaut et qui ne manquera pas à terme d'être consacré par les juges. Ce pressentiment peut permettre aux sujets de droit d'organiser leurs intérêts dans la perspective de cette consécration future pour ne pas souffrir de sa survenance. Il n'y a donc pas véritablement de rétroactivité dans la jurisprudence ».

[13]. *Op. cit.*, n° 4.

[14]. *Op. cit.*, n°8.

[15]. H. Batiffol, « Note sur les revirements de jurisprudence », *Arch. phil. du dr.*, 1967, p. 335.

[16]. Civ. 1re, 21 mars 2000, *Bull.*, I, n° 97, p. 65 *D.*, 2000, 593, note Ch. Atias ; *RTDCiv.*, 2000, 666, obs. N. M. Dans le même sens, v. not. 3e Civ., 2 octobre 2002, *Bull. civ.*, II, n° 200, p. 170 ; *D.*, 2003, 513, note Ch. Atias ; Soc., 7 janvier 2003, pourvoi n° 00-46.476. On notera que la formule des arrêts a pu varier (« jurisprudence figée » ; « jurisprudence immuable »). La solution sera encore répétée dans un arrêt du 8 juillet 2004 (pourvoi n° 03-14.717, à paraître au *Bull.*), rendu par la deuxième chambre civile, le jour même où elle acceptera d'appliquer l'article 6 de la CEDH pour limiter la rétroactivité d'une solution jurisprudentielle nouvelle. Cette fois, la Cour juge que « les exigences de sécurité juridique et la protection de la confiance légitime invoquées pour contester l'application d'une solution restrictive du droit d'agir résultant d'une évolution jurisprudentielle, ne sauraient consacrer un droit acquis à une jurisprudence constante, dont l'évolution relève de l'office du juge dans l'application du droit ».

[17]. V. la formule de Soc., 28 janvier 2004 (deux arrêts inédits, pourvois n° 02-40.173 et n° 02-40.174) : « l'application par les juges du fond d'une interprétation jurisprudentielle – fût-elle postérieure à l'introduction de l'instance – ne saurait constituer une violation de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

[18]. V. ainsi Soc., 5 février 2002, pourvoi n° 00-41.533, où le demandeur invoquait la violation, notamment, des articles 6 CEDH et 1 et 2 du Code civil : « attendu qu'en donnant toute sa portée à l'alinéa 2 de l'article L. 321-1 du Code du travail, la cour d'appel n'a fait qu'appliquer la loi ».

[19]. La Cour de cassation affirme ainsi « en l'absence de modification de la loi pénale, et dès lors que le principe de non rétroactivité ne s'applique pas à une simple interprétation jurisprudentielle, le moyen [pris de la violation des principes de l'application de la loi pénale dans le temps et de la légalité des délits] est inopérant » : Crim., 30 janvier 2002, *Bull. crim.*, 2002, n° 16, p. 49 ; D., 2003, *Somm. com.*, 173, obs. B. de Lamy. V. ég., Crim., 5 mai 2004, pourvoi n° 03-82801. Aj. ; Soc., 14 juin 2000, pourvoi n° 98-42.231 : « les dispositions de l'article 2 du Code civil ne sont applicables qu'aux lois et règlements ».

[20]. On n'ignore évidemment pas qu'un tel effet normatif dépend de multiples facteurs - dont la rédaction de la décision, sa motivation, sa diffusion ou encore sa réception. On n'ignore pas non plus que, dans certaines hypothèses, une interprétation innovante restera parfaitement isolée, soit parce qu'elle n'emportera pas l'adhésion des juges du fond - ni de la Cour de cassation appelée à statuer ultérieurement -, soit encore parce qu'elle n'aura pas même été repérée ni connue, préalable indispensable à l'existence même d'une jurisprudence et d'un pouvoir prétorien.

[21]. Rappr. Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction générale*, Defrénois, 2003, n°352, p. 254.

[22]. Ass. Plén., 24 janvier 2003, *Bull.*, AP, n° 2 et n° 3.

[23]. Ass. Plén., 24 janvier 2004 (deux arrêts), *Bull.*, AP, n° 1 et n° 2.

[24]. Y. Chartier, « Les revirements de jurisprudence », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, La Documentation française, 1994, p. 149, spéc. p. 150.

[25]. En ce sens, V. aussi C. Atias, « Nul ne peut prétendre au maintien d'une jurisprudence constante, même s'il a agi avant son abandon », *D.* 2000, p. 595.

[26]. *Sociologie du droit*, PUF, 1986, p. 223.

[27]. Sur ces thèmes, v. D. de Béchillon, « De la rétroactivité de la règle jurisprudentielle en matière de responsabilité », in *Mouvement du droit public* (Mélanges en l'honneur de Franck Moderne), Dalloz 2004, p. 5.

[28]. Le terme de comportement est entendu largement. Il visera aussi bien les actes que les faits juridiques.

[29]. Ass. plén., 1er décembre 1995, *Bull.*, AP, n° 7, p. 13.

[30]. Peut-être faut-il tempérer en observant que « l'application rétroactive d'une loi civile, permettrait-elle de valider un acte nul, recèle une menace certaine pour la sécurité juridique » : F. Terré, Y. Lequette, *GAJCiv.*, 11e éd., 2000, n°3-6, p. 33.

[31] Soc., 10 juillet 2002, *Bull.*, V, n° 239, p. 234.

[32]. On évite ici de parler de revirement de jurisprudence, du fait que la jurisprudence du Conseil d'Etat, dont il va être question, n'en relève pas. Une même prévention devrait valoir à l'égard de la jurisprudence de la CJCE. La CJCE s'est reconnu le

pouvoir de moduler les effets dans le temps de ses arrêts rendus sur renvoi préjudiciel au sujet de l'interprétation ou de l'appréciation de validité d'un acte communautaire.

[33]. S'agissant de la jurisprudence de la CEDH, on sait que celle-ci a emprunté une partie de son raisonnement à la CJCE (v. *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, Série A, n° 31 ; *Vermeire contre Belgique*, 29 novembre 1991, série A, n° 214). Ces décisions visent la remise en cause des actes ou situations juridiques antérieures au prononcé de l'arrêt, dont la CEDH a dispensé l'Etat partie en application du principe de sécurité juridique. Il faut les distinguer de celles dans lesquelles la CEDH évoque, comme c'est le cas désormais, ses propres revirements pour discuter de leur nécessité et de leurs effets : v. par ex. aff. *Stafford c. Royaume-Uni*, req. n°46295/99 ; JCP, 2992, I, 157, n° 7, obs. F. Sudre ; aff. *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, requête n° 28957/95, spéc. § 74 ; aff. *Sejdovic c. Italie*, 10 novembre 2004, req. n° 56581/00 V. plus généralement, les obs. de J.-P. Marguénaud, RTDCiv., 2002, 861 ou encore RTDCiv., 2003, 381. L'hypothèse est également à distinguer de celle dans laquelle la CEDH doit statuer sur un revirement de jurisprudence intervenu en droit interne : v. par ex., aff. *Hodos c. Roumanie*, 21 mai 2002, req. n° 29968/96 ; aff. *Falcoianu c. Roumanie*, 9 juillet 2002, req. n° 32943/96 ; aff. *Oksana Kozlova et Tatjana Smirnova c. Lettonie*, 23 octobre 2001, req. n° 57381/00 ; aff. *Mosteanu c. Roumanie*, 26 novembre 2002, req. n° 33176/96.

[34]. Ce problème est formellement distinct de celui qui intéresse le présent rapport parce qu'il ne porte pas sur le revirement de jurisprudence, mais il est riche d'enseignements en ce qu'il touche à l'application dans le temps des effets les plus généraux de certaines décisions de justice.

[35]. C. const. féd., 1er sénat, 11 nov. 1964, *BVerfGE* 18, p. 240.

[36]. La Cour relève que la question « était depuis des années controversée en doctrine et en jurisprudence » (*seit Jahren in Rechtsprechung und Schriftum umstritten*).

[37]. *BVerfGE* 74, p. 129.

[38]. C. féd. Justice, 4e civ., 1er févr. 1978, *BGHZ* 70, p. 295.

[39]. Ce texte concerne les effets de la saisine d'une juridiction et énonce qu'à compter du moment où l'affaire est pendante devant la juridiction, la compétence du tribunal ne peut être atteinte par une modification des circonstances ayant fondé cette compétence.

[40]. *Royal Bank of Scotland v Etridge (n° 2)*, (2002), 2 AC 773. Il a reçu le commentaire très autorisé de Lady Justice Arden (précité), qui y voit un cas de fait de *prospective overruling*.

[41]. Voir *Kleinwort Benson v. Lincoln City Council* (1998) 4 All ER 513.

[42]. *Great Northern Ry Co v. Sunburst Oil & Refining Co*, 1952.

[43]. V. C. féd. Justice, 6e civ., 2 mai 1972, *BGHZ* 58, p. 363.

[44]. *BGHZ* 52, pp. 369 et 370.

[45]. V. en ce sens D. Olzen, préc., p. 162.

[46]. Ch. Mouly, « Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ? », *Les petites affiches*, 18 mars 1994, n°33, p. 15, spéc. n° 6, p. 16.

[47]. C'est d'ailleurs le procédé utilisé dans un arrêt toujours cité en ce sens de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 20 mai 1969, qui a étendu le bénéfice de l'action alimentaire aux enfants naturels, dans une espèce où la demande avait été formée par un enfant légitime.

[48]. V. les illustrations qui en sont données par J.-G. Huglo, « La Cour de cassation et le principe de la sécurité juridique », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 11, 2001, p. 82, spéc. p. 89.

[49]. Com., 12 avril 1988, *Bull. civ.* IV, n°130, dans lequel la Chambre commerciale exige que le taux soit fixé par écrit à peine de nullité, tout en limitant les effets de sa jurisprudence à compter de l'entrée en vigueur du décret du 4 septembre 1985 relatif au mode de calcul du taux effectif global. V. ég., Com., 27 mars 2001, *Bull. civ.*, IV, n° 67 et les explications données par J.-G. Huglo, art. préc.

[50]. *GAJC*, n°47, spéc. n° 7, p. 258.

[51]. En revanche, le revirement peut être utilement annoncé par d'autres voies, comme par exemple dans le Rapport annuel de la Cour de cassation. Sur cette technique, v. J.-G. Huglo, « La Cour de cassation et le principe de sécurité juridique », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°11, 2001, p. 82, spéc. p. 89. Mais là encore, il n'est pas certain que la consécration du revirement attendra des faits postérieurs à son annonce.

[52]. V. ainsi l'emploi de l'adverbe « exactement » in Civ. 1ère, 16 juillet 1998, *D.*, 1999, 51, note B. Fauvarque-Cosson ; *Rev. crit. DIP*, 1999, 509, note Y. Lequette, qui pouvait être compris « comme le signe annonciateur d'un revirement de jurisprudence » portant sur le contrôle de l'interprétation de la loi étrangère par la Cour de cassation. Mais c'était une erreur de plume – qui donnera lieu à procédure de rectification : v. ainsi les explications données par Y. Lequette, note préc., spéc. p. 511, note 2.

[53]. Civ. 1ère, 16 mars 2004, *D.*, 2004, p. 1754, note D. Mazeaud ; *RTDCiv.*, 2004, 290, obs. J. Mestre et B. Fages. Sur l'*obiter dictum* qui figurerait dans cette décision, v. l'analyse de D. Houtcief, *Revue Lamy Droit civil*, juin 2004, p. 5, spéc. n° 4, p. 6 et sur sa contestation, v. J. Ghestin, « L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation », *D.*, 2004, p. 2239, spéc. n° 29 et s.

[54]. Civ. 1re, 8 juillet 2004, pourvoi n° D 01-10.426.

[55]. En ce sens, F. Pollaud-Dulian, « A propos de la sécurité juridique », *RTDCiv.*, 2001, 487, spéc. p. 502. L'auteur ne donne toutefois aucune explication à l'affirmation. Dans le même sens, A. Bolze, « La norme jurisprudentielle et son revirement en droit privé », *R.R.J.*, 1997-3, p. 855, spéc. n° 26, p. 873 : « Un droit transitoire jurisprudentiel suppose [...] de reconnaître à la jurisprudence le statut d'égale de la loi, ce qui va directement à l'encontre de la prohibition des arrêts de règlement prévue par l'article 5 du Code civil » et n° 27 : « seul le caractère réglementaire de l'arrêt permettrait de fixer dans le temps la portée de la règle nouvelle. Dans ces conditions, il n'existe qu'une seule solution pour résoudre l'obstacle théorique : l'abrogation pure et simple de l'article 5 du Code civil ». Aj. H. Le Berre, *Les revirements de jurisprudence en droit administratif de l'an VIII à 1998 (Conseil d'Etat et Tribunal des conflits)*, LGDJ, 1999, préf. J.-P. Négrin, p. 84 et s.

[56]. La jurisprudence vise les cas de décisions valant pour l'avenir et dans d'autres hypothèses que celle jugée (13 janvier 1971, *JCP*, 1971, II, 16932), la référence à des « règles établies à l'avance » (par ex., Crim., 4 février 1970, *D.*, 1970, 333), le fait de statuer par un motif d'ordre général (Soc., 4 avril 1991, *Bull. civ.*, V, n°168) ou par référence à des causes « déjà jugées » (Civ. 3e, 27 mars 1991, *Bull.*, n° 101 ; Soc., 27 février 1991, *Bull.*, V, n° 102).

- [57]. « Note sur les revirements de jurisprudence », préc., p. 335.
- [58]. Fenet, *Recueil*, t. VI, p. 67, cité par B. Beignier, « Les arrêts de règlement », *Droits*, n° 9, 1989, p. 45, spéc., p. 49.
- [59]. En ce sens, B. Beignier, *op. cit.*, p. 54 : « Le danger du revirement de jurisprudence dénoncé parfois par son caractère imprévisible, voire arbitraire, est dans l'ordinaire un bienfait. Un vieil arrêt qui tombe est une branche morte taillée qui fera produire à l'arbre de meilleurs fruits. Donner au juge la liberté du règlement serait lui soustraire celle de régler la loi ».
- [60]. J. Maury, « Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit », *Mélanges Ripert*, 1950, t. 1, p. 43. Sur les mécanismes qui conduisent à considérer que la jurisprudence est une source formelle du droit, v. F. Terré, *Introduction au droit*, Précis Dalloz, 8e éd., 2003, n° 285, p. 282.
- [61]. Civ. 1re, 25 novembre 1997, *Bull. civ.*, I, n° 328 ; *RTDCiv.*, 1998, 210, obs. N. M. ; *Les petites affiches*, 12 octobre 1998, note M.-P. Blin-Franchomme.
- [62]. Sur différents modèles en ce sens, v. C. Kessedjian, « La nécessité de généraliser l'institution de l'*amicus curiae* dans le contentieux privé international », in *Mélanges E. Jayme*, à paraître, spéc. ce qui est dit du projet de principes et règles Unidroit/ALI qui prévoit la possible intervention de représentants de la société civile dès lors que leurs intérêts pourraient être affectés par la solution à venir. Dans ce contexte, c'est la Cour qui, seule, décide si une intervention doit être acceptée et il semble effectivement « raisonnable de donner à la juridiction la décision finale sur les mémoires qui peuvent être pris en considération ».
- [63]. P. Sargos, Rapport préc., spéc. n° 18, p. 3472.
- [64]. Ainsi la CJCE maintient la rétroactivité à l'égard de ceux qui ont introduit un recours avant la décision : v. l'arrêt *Defrenne* préc., pt. 75.
- [65]. P. Roubier, p. 27.
- [66]. P. Roubier, p. 28.
- [67]. Vocabulaire H. Capitant, sous la dir. de G. Cornu, v° « Revirement ».
- [68]. V. I. Rovire, *Le revirement de jurisprudence, Etude de droit anglais et de droit belge*, Bruylant, 2003, n° 184 et s., p. 206 et s.
- [69]. Si le changement de fondement induit un changement dans les conditions de la responsabilité, l'approche sera évidemment différente.
- [70]. F. Rigaux, « Une machine à remonter le temps : la doctrine du précédent », in *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, F. Ost et M. van Hoecke dir., Bruylant, 1998, p. 69 cité par , p. 209.
- [71]. F. Terré, « Rapport de synthèse », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, La documentation française, 1994, p. 247 : « Pour que l'on puisse pleinement faire état d'un revirement, il faut supposer que la Cour de cassation abandonne non pas même une solution isolée adoptée précédemment par telle ou telle de ses Chambres, mais une position qu'en termes de jurisprudence, sinon constante, du moins suffisamment établie, elle a retenue dans le passé ».
- [72]. V. Delaporte, « Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, La Documentation française, 1994, p. 160.

[73]. V ainsi la typologie des renvois aux précédents reproduite en deuxième partie. Sur ce thème, v. X. Henry , « Le chaînage des arrêts de la Cour de cassation dans le Bulletin civil », BICC n° 599, 1er juin 2004.

[74]. Sur lesquelles, F. Terré et Y. Lequette, *GAJC*, Dalloz, 11e éd., n° 217, spéc. n° 5, p. 340.

[75]. Sur ces hypothèses, v. les développements de I. Rovire, *op. cit.*, n° 297 et s., p. 234 et s.

[76]. V. en dernier lieu, D. Tricot, « L'élaboration d'un arrêt de la Cour de cassation », *JCP*, 2004, I, 108.

[77]. En tout cas, la motivation participe des remèdes à l'insécurité juridique que les revirements peuvent provoquer : v. ainsi, S. Amrani-Mekki, *Le temps et le procès civil*, Dalloz, 2002, spéc. n° 418, p. 408.