

# **Collège de droit de Montpellier**

**Collège 1**

**Document 2**

**La rétroactivité de la jurisprudence**

Recueil Dalloz 2009 p. 2567

## La Cour de cassation face à la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence

(à propos des arrêts de la première Chambre civile du 11 juin 2009 (1))

Nicolas Molfessis, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

L'essentiel

Faut-il faire droit à la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence ? L'assemblée plénière de la Cour de cassation a apporté une réponse positive à cette interrogation en 2006. Depuis lors, les différentes chambres de la Cour de cassation n'ont pas suivi avec la même audace l'invitation formulée. Par deux arrêts du 11 juin 2009, promis à une large diffusion, la première chambre civile retient à son tour une solution stricte, en n'admettant la modulation du revirement que si la partie qui s'en prévaut est privée du droit à l'accès au juge. S'abritant derrière l'absence de droit acquis à une jurisprudence figée, la Cour de cassation ne rend toutefois pas ici une solution théoriquement cohérente et pratiquement satisfaisante.

1 - Complexe, incertaine et conflictuelle, la question de la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence n'a pas fait que diviser la doctrine ; elle fait aussi hésiter la Cour de cassation. Là où l'assemblée plénière s'est prononcée (2), les chambres de la Cour de cassation ont renvoyé des signaux discordants (3). Le dernier en date, émis par la première chambre civile à travers deux arrêts du 11 juin 2009, est double : il exprime une évidente réticence face à la modulation dans le temps des revirements et une difficulté à fixer une ligne théoriquement cohérente et pratiquement claire. *Melting pot* à sa manière, la position nouvelle mélange en effet différentes solutions antérieures.

2 - Dans les deux cas, il s'agissait de patientes ayant bénéficié d'un traitement pratiqué au cabinet privé de leur médecin (en l'occurrence le même), pour l'une entre 1981 et 1982 et pour l'autre au cours de l'année 1986. Dans les deux hypothèses, les patientes furent contaminées par le virus de l'hépatite C. Elles devaient alors mettre en cause la responsabilité de leur médecin. Les juges d'appel leur donnèrent gain de cause, en estimant que les éléments de fait retenus par les experts établissaient l'existence d'un ensemble de présomptions graves, précises et concordantes dont il ressortait que la contamination résultait des soins prodigués. Dès lors, l'absence de faute du praticien au regard des règles d'asepsie applicables à l'époque devait, selon les juges d'appel, rester indifférente : tenu d'une obligation de sécurité de résultat, le médecin est responsable en l'absence de cause étrangère démontrée.

La difficulté, dans les deux espèces, tenait au fait que l'obligation de sécurité de résultat, au fondement de la responsabilité du médecin, relevait d'un revirement postérieur aux traitements incriminés, puisqu'en date du 29 juin 1999 (4). Aussi, le médecin devait-il se pourvoir en cassation, en soulignant que l'application de ce revirement de jurisprudence à des actes commis antérieurement avait pour conséquence de le priver d'un procès équitable.

La Cour de cassation a refusé de suivre son argumentation. Selon elle, « la sécurité juridique, invoquée sur le fondement du droit à un procès équitable, pour contester l'application immédiate d'une solution nouvelle résultant d'une évolution de la jurisprudence, ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, dès lors que la partie qui s'en prévaut n'est pas privée du droit à l'accès au juge ».

3 - Soulignons d'emblée, pour ne pas faire naître l'équivoque, que ce n'est pas la solution pratiquement retenue qui appellera ici la critique. Contrairement à ce qu'il soulignait dans son pourvoi, le médecin ne pouvait justement arguer du fait qu'il lui était reproché d'avoir manqué à une obligation qui, à la date des faits, n'était pas à sa charge. L'obligation existait bien (5) ; c'est sa nature qui a changé par suite du revirement. De moyen qu'elle était, l'obligation de sécurité au fondement de sa responsabilité est devenue de résultat. La précision n'est pas mineure ; elle empêche d'assimiler la solution rendue à celle qui conduisit la Cour de cassation, en 2001, à admettre la responsabilité du médecin pour manquement à son devoir d'information en application d'une jurisprudence initiée en 1998, alors que les faits litigieux dataient de 1974 (6).

4 - S'il faut y revenir, c'est parce que, au-delà du cas visé, la manière dont la première chambre civile, suivant un mouvement dominant au sein de la Cour de cassation, traite le problème de la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence n'apparaît pas pleinement convaincante. Elle tente, en effet, de ne pas donner prise à cette modulation, incarnant ainsi un courant qui se veut restrictif, sans pour autant formellement rompre avec la jurisprudence, bien différente, consacrée par l'assemblée plénière en 2006. Le grand écart n'est ainsi pas loin. Dès lors, l'expression même de sa réticence à accepter la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence (I) conduit à s'interroger sur la cohérence de la solution retenue (II).

### I - Sur la réticence de la première chambre civile à accepter la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence

5 - Formellement, on pourrait être tenté de rapprocher les arrêts du 11 juin 2009 de la décision rendue par l'assemblée plénière le 21 décembre 2006. On se souvient sans doute que la Cour de cassation, statuant sur l'obligation de réitérer tous les trois mois des actes interruptifs de prescription pour l'action fondée sur une atteinte à la présomption d'innocence, avait alors fait obstacle à l'application immédiate de cette règle de prescription dans l'instance en cours. Selon elle, l'application de la solution issue du revirement de jurisprudence aurait abouti « à priver la victime d'un procès équitable, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, en lui interdisant l'accès au juge ». Or, ne retrouve-t-on pas la même référence au droit au procès équitable et à l'accès au juge dans la décision de la première chambre ?

Un tel rapprochement ne serait toutefois pas justifié : l'assemblée plénière put précisément faire référence à l'accès au juge parce qu'il était en cause dès lors que le demandeur se voyait en effet empêché d'agir (7). Rien n'indiquait alors qu'elle n'admettrait la modulation que dans cette seule hypothèse. Plus encore, le communiqué accompagnant la décision avait pris le parti de replacer la solution dans un contexte plus général, en soulignant qu'« 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 est de nature à porter atteinte au principe de sécurité juridique et à contredire illégitimement leurs prévisions

».

La première chambre, bien différemment, refuse précisément de faire jouer un tel rôle à la sécurité juridique. Elle manifeste ainsi un refus de principe de moduler l'application dans le temps de la jurisprudence (A) pour n'admettre d'y déroger qu'en cas de privation du droit à l'accès au juge (B). A - Le refus de principe de moduler l'application dans le temps de la jurisprudence  
6 - Pour juger que le médecin ne peut se soustraire à l'obligation de résultat, la première chambre civile fait sienne une conception en mineur de la jurisprudence. A travers le vocabulaire employé, elle configure une *jurisdictio* pour le moins modeste. Visant le changement de nature de l'obligation du médecin, l'arrêt ne parlera ainsi pas de règle jurisprudentielle ; il se contente d'évoquer une « solution nouvelle ». Une telle nouveauté ne résulte évidemment pas d'un « revirement » (8) ; elle est le fruit « d'une évolution de la jurisprudence ». Elle ne soulève aucune question de rétroactivité ; c'est son « application immédiate » qui est en cause. Ni règle nouvelle, ni revirement de jurisprudence, ni rétroactivité : l'euphémisme juridique minore - s'il ne revient pas à le nier - le rôle créateur de la jurisprudence.

Surtout, en rappelant cette formule bien connue selon laquelle la sécurité juridique « ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée », la première chambre civile marque son adhésion à ce qu'il faut considérer comme le courant réfractaire à la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence. C'est ainsi précisément sous couvert de cette même formule que la Cour de cassation put admettre l'application rétroactive de l'obligation d'information du médecin et la mise en cause de sa responsabilité pour faute prouvée dans l'arrêt emblématique du 9 octobre 2001 (9). La phrase, désormais routinière (10), s'accompagnait alors d'une condamnation radicale du pouvoir créateur de la jurisprudence et de la modulation des revirements : « l'interprétation jurisprudentielle d'une même norme à un moment donné ne peut être différente selon l'époque des faits considérés ». La Cour de cassation l'agrément au demeurant souvent de cette autre affirmation selon laquelle « l'évolution de la jurisprudence relève de l'office du juge dans l'application du droit » (11). Si cette dernière formule est ici formellement absente, elle sous-tend le raisonnement (12). L'environnement des décisions de la première chambre est donc celui d'une jurisprudence qui contribue à l'évolution du droit par son interprétation des règles et non par voie de création prétorienne ; elle représente un juge dont la mission se limite à appliquer un droit qui préexiste à ses décisions.

7 - S'ils trahissent une réticence à consacrer le pouvoir créateur de la jurisprudence et à accepter la rétroactivité de ses revirements, le choix de la litote et la propension à l'euphémisme conduisent également à se jouer des concepts empruntés au vocabulaire des conflits de règles dans le temps.

Passons sur la référence que fait la Cour de cassation à l'« application immédiate » de la solution nouvelle : puisqu'il s'agit ici de régir un contrat en cours - celui entre le médecin et son patient - en changeant la nature de l'une de ses obligations, c'est sans doute d'application rétroactive de la solution nouvelle qu'il est en réalité question.

C'est surtout l'affirmation selon laquelle la sécurité juridique « ne saurait consacrer un droit acquis

à une jurisprudence figée » qui n'est pas appropriée. Celui qui combat la rétroactivité de la règle jurisprudentielle ne conteste pas l'évolution de la jurisprudence, laquelle était d'ailleurs, au cas présent, acquise depuis dix ans ; il entend que sa situation soit régie par la règle prétorienne antérieure, qui prévalait à la date des faits litigieux. Pas plus qu'il ne serait pertinent d'affirmer que l'article 2 du code civil consacre un droit acquis à une législation figée (13), il n'est question d'entraver le mouvement jurisprudentiel. La cible est mal choisie : à supposer qu'il faille raisonner sur le terrain des droits acquis, on ne réclamerait pas un droit acquis à la jurisprudence mais à un droit subjectif (14). La notion sert à protéger les droits que l'on estime « devenus nôtres », pour reprendre une formule de Demolombe (15). Les droits acquis sont précisément ceux qui doivent être respectés par la loi ou, comme le réclamait le demandeur, par la jurisprudence : tenue à leur respect, elle ne saurait en être l'objet même.

Sans doute faut-il alors penser que, derrière cette formule techniquement inadaptée, la Cour de cassation entend simplement exprimer l'idée que la jurisprudence ne confère pas de droits au bénéficiaire des justiciables. Elle ne fait rien entrer dans leur patrimoine (16). Aussi choisit-elle de se placer sur le terrain procédural, pour n'admettre la modulation - et *a contrario*, si l'on suit l'arrêt, reconnaître « le droit à une jurisprudence figée » ! - qu'en cas de privation du droit à l'accès au juge.

B - L'exception en cas de privation du droit à l'accès au juge

8 - La première chambre civile admet qu'il puisse être fait obstacle à l'application de la solution jurisprudentielle nouvelle dès lors qu'il y aurait atteinte au droit à l'accès au juge. Sous cet aspect, la décision ne suit donc pas l'approche radicale qui pût être celle de la chambre sociale, selon laquelle « 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 » (17). C'est précisément l'article 6 § 1 Conv. EDH qui justifie la modulation dans le temps de la jurisprudence.

Le fondement ne surprendra pas : comme on l'a rappelé précédemment, il fut retenu par l'assemblée plénière en 2006 pour empêcher le jeu de la rétroactivité. De même, dans un arrêt du 13 novembre 2007, la chambre commerciale s'y est référée pour écarter l'application de la règle selon laquelle « le pourvoi dirigé contre un arrêt rendu sur l'appel d'un jugement statuant en dehors des cas prévus par les articles 160 et 170, alinéa 1<sup>er</sup>, du décret du 27 décembre 1985, dans lesquels la notification ou la signification incombe au greffier, n'est recevable qu'à condition que cet arrêt ait été préalablement

signifié par la partie la plus diligente » (18). Dans ces différentes hypothèses, la référence à l'accès au juge appelle donc la modulation et l'explique. Elle procède, comme le rappelle la Cour, de la protection du droit au procès équitable.

Au cas présent, la même référence conduit toutefois, par raisonnement *a contrario*, à débouter le demandeur au pourvoi. Il faut comprendre que la modulation n'est pas justifiée lorsque, comme en l'espèce, l'accès au juge n'est pas en cause. L'approche retenue se présente donc de façon restrictive. En dépit de ce que l'on a pu dire des arrêts du 11 juin 2009, il n'apparaît en effet aucunement que la

Cour de cassation « accepte désormais de prendre en considération l'impératif de sécurité juridique dès lors qu'une évolution de la jurisprudence peut concrètement constituer une atteinte à un droit

fondamental, et spécialement à un droit reconnu par la Convention EDH » (19). Pas davantage ne peut-on y trouver la trace du fait qu' « il n'est pas que le droit au procès équitable qui

puisse être sollicité aux fins de faire valoir cet impératif » (20). De l'affirmation de la première chambre civile, selon laquelle « la sécurité juridique, invoquée sur le fondement du droit à un procès équitable », ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée que si « la partie qui s'en prévaut n'est pas privée du droit à l'accès au juge », on ne peut déduire que la sécurité juridique pourrait être utilement invoquée sur un autre fondement.

9 - Au total, la première chambre civile n'accepte donc qu'avec circonspection la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence. Sur la forme comme sur le fond, sa décision manifeste l'embarras des juges face à une modulation qui conduirait théoriquement à reconnaître le pouvoir créateur de droit de la jurisprudence et qui, pratiquement, embrasserait trop. Au cas présent, il est fort probable que les juges aient voulu éviter de faire tomber dans les rets de la modulation les hypothèses d'interprétation « complétive » du contrat. La décision recherche ainsi à ne pas exposer la jurisprudence à une formule dont elle ne pourrait maîtriser la portée. Voilà pourquoi la première chambre n'évoque la modulation que pour mieux, en l'espèce, l'empêcher. Il reste qu'une telle circonspection conduit à mettre à l'épreuve la cohérence même du raisonnement tenu.

## **II - Sur la cohérence de la première chambre civile face à la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence**

10 - Dans le débat sur la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence, les arguments se mêlent, se mélangent et s'opposent. Pouvoir du juge, articles 4 et 5 du code civil, intérêts respectifs des parties en présence, place des droits fondamentaux dans le choix de la solution..., les éléments de la discussion ne manquent pas. L'abondance de la littérature juridique ces dernières années n'a d'ailleurs pas nécessairement permis de clarifier le débat. Les arrêts du 11 juin 2009 participent sans doute de cette ambiguïté, qui nient le pouvoir créateur de la jurisprudence, admettent la modulation en cas de violation du droit à l'accès au juge, et laissent dans l'ombre ce qu'il pourrait en être dans les autres hypothèses. A ce titre, la solution retenue peut être discutée, aussi bien pour ce qui concerne le principe même de la modulation (A) que pour ce qui a trait au critère de sa mise en oeuvre (B).

### **A - Le principe de la modulation**

11 - Ce n'est évidemment pas le lieu de revenir sur l'ensemble de la discussion soulevée par la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence. Les arguments échangés ont montré la difficulté de faire ici évoluer les esprits et d'accepter de prendre en compte l'insécurité que la rétroactivité des revirements entraîne dans certaines hypothèses, au demeurant peu fréquentes. On sait le débat riche et passionné, parfois jusqu'à l'outrance. N'a-t-on pas ainsi été jusqu'à soutenir que la modulation servirait les intérêts dogmatiques du libre marché et de la libre concurrence à l'encontre des impératifs supérieurs de défense des libertés de la personne humaine, servis par la

rétroactivité (21) ? Il est vrai que cette opinion fut défendue par celui auquel on doit aussi les exemples les plus saillants d'insécurité jurisprudentielle stigmatisés dans la mise en cause de la rétroactivité de la jurisprudence : cautionnement et application des articles 1326 et 2015 du code civil, obligation d'information du médecin, nullité des clauses de non-concurrence et, au cas d'espèce encore, transformation de l'obligation du médecin en obligation de résultat... Au reste, les hypothèses dans lesquelles la Cour de cassation a accepté de moduler ses revirements valent désaveu d'un tel procès : en 2004 et 2006, la modulation a ainsi servi les intérêts de victimes d'atteintes à la présomption d'innocence, qui risquaient la prescription, à l'encontre d'organes de presse ; en 2007, elle profite au commissaire à l'exécution d'un plan de cession demandant l'annulation des paiements reçus par une banque pendant la période suspecte... Apparemment, le grand capital n'y trouve pas un levier de violation des droits de la personne.

12 - Dans l'ensemble de ce débat, l'interrogation chronologiquement première, que l'on pouvait penser assez peu conflictuelle parce que relevant d'une période révolue, reste déterminante : considère-t-on que la jurisprudence crée des règles ? La question peut se formuler de bien des manières : selon les écoles ou les sensibilités, on se demandera si la jurisprudence est source du droit, si le juge dispose d'un pouvoir normatif, si ses décisions sont autre chose que l'expression de la loi, etc. L'essentiel est alors de comprendre que si l'on conclut « que la réalité juridique - et la question posée n'intéresse que celle-là - est que la jurisprudence n'est pas, et ne peut pas être par elle-même une source de droit

» (22), alors il n'est logiquement pas fondé de s'intéresser à la modulation dans le temps des revirements. En ce cas, la modulation est en effet privée de toute raison d'être : la décision de justice

est déclarative, et le concept même de revirement est sans portée (23). On ne saurait alors entrer dans la discussion sur les critères de la modulation ou ses modalités ; les athées seraient-ils fondés à débattre du contenu ou des modalités de la prière ?

C'est bien en effet parce qu'il y a « règle jurisprudentielle », pour reprendre le vocabulaire de

Rivero (24), que se pose la question de son insertion dans le temps. Truisme sans nul doute : c'est parce qu'une règle nouvelle, issue du revirement, vient régir des faits passés, au risque de s'appliquer à des situations qui ont précédé son édicton même, qu'il faut trancher un problème de droit transitoire. Là gît l'enjeu, bien connu, du débat sur la modulation.

Sous cet aspect, la Cour de cassation entretient l'équivoque. Parce qu'elle admet, même à titre exceptionnel, la modulation, elle ne saurait logiquement nier le pouvoir créateur de la jurisprudence. Si un revirement peut, le cas échéant, porter atteinte au droit à l'accès au juge, comme l'affirment les décisions de la première chambre civile, c'est qu'il a modifié le droit positif. Dès lors, pourquoi la Cour de cassation devrait-elle s'abriter derrière des formules dépourvues de pertinence, qui font accroire, dans le même temps, que la jurisprudence n'est pas source de droit et que le demandeur au

pourvoi, plutôt que de soulever un problème de succession de règles dans le temps, se serait prévalu d'un droit à une jurisprudence « figée » ? Que la Cour de cassation n'entende pas proclamer *urbi et orbi* qu'elle crée du droit n'est guère douteux ni critiquable ; pour autant, il ne lui est pas nécessaire de se dissimuler derrière des affirmations sans fondement.

13 - En toute hypothèse, il faut sans doute ajouter que si la modulation suppose le pouvoir créateur du juge, elle ne présuppose, ni ne requiert, l'affirmation de la portée réglementaire de la décision de justice, qu'il s'agisse de celle dont on aménage dans le temps l'application ou de celle qui procède à la modulation. Bien que l'on ait pu estimer que toute modulation constituerait une violation de

l'article 5 du code civil (25), il faut en effet admettre qu'« il est théoriquement possible d'empêcher l'application rétroactive d'une jurisprudence sans pour autant méconnaître les

dispositions de l'article 5 du code civil » (26). Une chose est le pouvoir créateur de la jurisprudence, qui est le postulat de toute modulation, une autre le caractère réglementaire de la décision de justice. Au reste, le refus d'appliquer la solution issue du revirement se fait au regard de la situation de l'espèce et en application d'une règle de droit qui justifie, dans le litige concerné, l'application de la solution antérieure. Les arrêts qui ont fait droit à la modulation l'ont d'ailleurs montré : l'arrêt qui module n'impose son *imperium* à aucun autre justiciable pas plus qu'il ne statue

pour l'avenir (27). Les décisions du 8 juillet 2004 et du 21 décembre 2006, pour faire droit à la modulation, se sont d'ailleurs contentées d'observer que l'application immédiate de la règle issue du revirement « dans l'instance en cours » aurait abouti à priver la victime d'un procès

équitable (28). Dans la présente affaire, c'est également la situation de la partie demanderesse que la cour examine. Plus généralement, à observer les arrêts du 11 juin 2009, ne doit-on pas considérer que le refus de la modulation, comme en l'espèce, a précisément la même portée que son admission ?

B - Le critère retenu

14 - Sans doute faut-il partir de l'évidence, tant elle a pu être source de malentendus : admettre la modulation, c'est évidemment souhaiter empêcher l'application de la solution nouvelle, bien que supposée meilleure, pour maintenir la solution ancienne, pourtant abandonnée par le revirement. Un tel résultat a nourri la controverse : à quel titre le justiciable qui aurait raison sur le fond devrait-il perdre son procès ? Le propos a, en apparence, la force de l'évidence : la modulation ne pourrait qu'engendrer l'incompréhension du justiciable éconduit et faire naître un « sentiment

d'injustice » (29). Dans cette plaidoirie, on omet toutefois l'autre partie, celle dont on appelle la défaite pour faire prévaloir la solution nouvelle. Or, tout le débat sur la modulation est un choix entre deux positions antagonistes, que l'on admet - ou non - de faire arbitrer par des règles de droit transitoire. S'il s'agissait de considérer que la solution nouvelle doit l'emporter parce qu'elle est supposée meilleure, la discussion n'aurait pas lieu d'être. Et l'on sait qu'une même antienne vaut

tout autant pour le justiciable qui contemple une loi nouvelle lui donnant raison, lorsqu'il ne peut s'en prévaloir pour cause d'article 2 du code civil ou de dispositions transitoires. C'est l'évidence : une situation juridique ne se résout pas uniquement en prenant en compte la règle la plus récente. Toute la question est alors de savoir quel critère permet de régler, en fonction des intérêts en présence, le conflit de jurisprudences dans le temps. Faut-il alors tenir compte des mêmes facteurs que ceux qui ordonnent l'application de la loi dans le temps ? Autrement dit, faut-il prôner l'instauration d'un droit unitaire de la transition normative, faits des mêmes règles pour la jurisprudence et la législation ? Faut-il, au contraire, instaurer des règles propres à la jurisprudence ?

A l'évidence, l'assimilation de la jurisprudence à la loi ne serait pas justifiée. N'entrons même pas dans la distinction entre le pouvoir législatif et l'autorité judiciaire. Il suffit de relever que la rétroactivité législative se comprend de façon spécifique : elle est exceptionnelle - la non-rétroactivité

est le principe (30) ; elle est le fruit d'un acte volontaire du législateur ; elle est légitime par principe sauf en matière pénale ou lorsqu'elle manifeste une ingérence dans l'administration de la

justice (31). A l'inverse, la rétroactivité est inhérente à tout changement de solution ; elle n'exprime pas un choix ; elle n'est pas l'instrument d'un conflit entre l'autorité judiciaire et le pouvoir législatif. Dès lors, l'application de l'article 2 du code civil à la jurisprudence ne serait ni justifié ni

praticable. N'épiloguons pas : la Cour de cassation l'a expressément écartée (32). Ses différentes décisions, depuis 2004, ont précisément également consisté à dégager des critères spécifiques qui permettent d'admettre ou d'écarter « l'application immédiate » des solutions issues de ses revirements.

En laissant entendre que la modulation ne serait possible qu'en cas de privation du droit à l'accès au juge, les arrêts du 11 juin 2009 confortent l'absence d'analogie avec la loi. Mais ce fondement, à supposer qu'il soit devenu le critère de la modulation, n'est pas adéquat. Rien ne justifie en effet que la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence soit attachée aux seules hypothèses

d'atteintes au droit à l'accès au juge. Celui-ci, quelle que soit son importance (33), ne saurait être doté, au regard du droit transitoire jurisprudentiel, d'un statut particulier et dérogoire. Pratiquement, il recouvre des hypothèses qui restent limitées à l'action en justice, de telle sorte que la protection du justiciable en cas de revirement de jurisprudence se trouve limitée sans justification. Faudrait-il d'ailleurs penser, sur cette voie étroite, que seul le demandeur pourrait être protégé, ce que suppose logiquement le rattachement au droit à l'accès au juge ?

Dès lors, on pourrait souhaiter une protection bien plus ample et vouloir limiter la rétroactivité jurisprudentielle toutes les fois qu'elle porte atteinte à un droit fondamental, notamment un droit

reconnu par la Convention EDH (34). En ce sens, on a récemment fait valoir qu'« un revirement de jurisprudence dont une application *in specie* porterait une atteinte aux biens, au sens de l'article 1<sup>er</sup>

du Protocole additionnel à la Convention EDH, pourrait être ignoré au nom de l'impératif de

sécurité juridique » (35). Le droit transitoire jurisprudentiel s'inspirerait alors du contrôle des lois de validation. Mais une telle inspiration n'apparaît pas justifiée. Si la loi de validation doit être contrôlée, c'est en effet parce qu'elle traduit l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice ; or, la rétroactivité de la jurisprudence ne vise jamais à la mise en cause du pouvoir législatif. Plus encore, une telle assimilation reviendrait précisément à considérer que la jurisprudence confère des droits subjectifs aux individus auxquels un revirement porterait atteinte : autrement dit, que les arrêts de principe et de revirement ont une portée réglementaire. En pratique, elle conduirait à un contrôle très étendu, au risque d'entraver le jeu naturel de la jurisprudence.

Voilà pourquoi la rétroactivité jurisprudentielle ne saurait être endiguée que lorsque l'on en estime les conséquences inadmissibles sous l'angle de la sécurité juridique, et précisément au regard des attentes des justiciables. S'il importe d'obvier le cours naturel de la jurisprudence, c'est en effet

parce qu'en certaines hypothèses la rétroactivité n'est pas supportable (36) : c'est l'imprévisibilité qui ordonne alors de moduler l'effet dans le temps du revirement. Ce n'est pas affaire de droit au juge, de droit au respect des biens ou de tout autre droit subjectif. Comme le souligne P. Malinvaud, « la sécurité juridique est une exigence supérieure de toute société organisée qui ne saurait s'accommoder de l'imprévisibilité inhérente à la rétroactivité des

revirements de jurisprudence » (37). Le revirement de jurisprudence réalise en effet cette prouesse d'être l'expression de ce que le juge entend imposer pour l'avenir, par une décision de justice dont l'effet premier est de juger le passé. L'imprévisibilité provient alors de cette abolition du temps que réalise la décision, lorsqu'elle fait d'hier aujourd'hui et d'aujourd'hui hier. Et c'est précisément cette situation qui justifie l'agencement dans le temps de la règle que le revirement de jurisprudence entend initier, dès lors qu'un intérêt supérieur n'impose pas le contraire.

15 - Au cas présent, le demandeur ne pouvait avoir déterminé son comportement en fonction de l'état du droit positif à l'époque des faits. Le revirement de jurisprudence ne pouvait avoir surpris ses attentes. C'est précisément un tel constat qui aurait dû être au coeur de la motivation de la décision et non la formule désormais routinière qui a la rigidité et l'épaisseur d'une langue de bois judiciaire. S'il appartient à la Cour de cassation de créer sa jurisprudence sur la modulation dans le temps de ses revirements, exprimons le souhait qu'elle évite, sur la forme, les formules qui nient sa propre existence et qu'elle accepte, sur le fond, d'être guidée par la protection de la sécurité juridique, sans l'interface du droit à l'accès au juge.

(1) N° 07-14.932 et 08-16.914, D. 2009. AJ. 1757, obs. I. Gallmeister : D. 2009. Chron. C. cass. 2064, obs. C. Creton, et *infra*, Jur. 2599 (seul le premier arrêt est reproduit, la solution étant identique pour le second).

(2) 21 déc. 2006, D. 2007. Jur. 835, note P. Morvan ; JCP G 2007. II. 10040, note E. Dreyer, et 10111,

note X. Lagarde ; RTD civ. 2007. 72, obs. P. Deumier, et 168, obs. P. Théry.

(3) Si l'on tient aux dernières décisions, V. pour la 2<sup>e</sup> chambre civile : 18 juin 2009, pourvoi n° 08-14795 ; 19 nov. 2008, pourvoi n° 07-20778 ; pour la chambre commerciale : V. 13 nov. 2007, Bull. civ. IV, n° 243 ; D. 2007. AJ.

3010, obs. A. Lienhard, et 2008. Pan. 573, obs. F.-X. Lucas ; JCP G 2008. II. 10009, note D. Cholet ; 12 nov. 2008, pourvoi n° 08-10.138 ; pour la chambre sociale : V. 3 juill. 2008, pourvoi n° 06-43241.

(4) Civ. 1<sup>re</sup>, 29 juin 1999, 2 arrêts, Bull. civ. I, n° 220 et 222 ; D. 1999. Jur. 559, note D. Thouvenin, et

Somm. 395, obs. J. Penneau ; RTD civ. 1999. 841, obs. P. Jourdain ; RDSS 2000. 354, obs. L. Dubouis.

(5) V. ainsi, Civ. 1<sup>re</sup>, 28 févr. 1984, Bull. civ. I, n° 77, qui ne parle pas encore d'obligation de sécurité.

(6) On évoque ici l'arrêt symptomatique de la 1<sup>re</sup> chambre civile du 9 oct. 2001, Bull. civ. I, n° 249 ; D. 2001. Jur.

3470, rapport P. Sargos et note D. Thouvenin ; RTD civ. 2002. 176, obs. R. Libchaber, et

507, obs. J. Mestre et B. Fages ; RJPF 2002. 21, note F. Chabas ; RDSS 2002. 255, obs. L. Dubouis ; où il est fait application du revirement de jurisprudence opéré par Civ. 1<sup>re</sup>, 7 oct. 1998 (2 arrêts), Bull. civ. I, n°

287 et 291 ; D. 1999. Jur. 145, note S. Porchy, et Somm. 259, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 1999. 83

, obs. J. Mestre, et 111, obs. P. Jourdain ; RDSS 1999. 506, obs. L. Dubouis.

(7) Même si l'on pouvait débattre du point de savoir si l'art. 6 § 1 imposait la solution : V. P. Théry, obs. préc., RTD civ. 2007. 168, qui souligne que « la Convention européenne n'interdit nullement que le droit d'agir soit enfermé dans un certain délai ». Encore faut-il que ce délai et ses modalités de mise en oeuvre soient connus par le justiciable, ce que le revirement vient précisément empêcher.

(8) L'expression n'est d'ailleurs pas même employée dans les arrêts qui font droit à la modulation dans le temps. V., à titre d'exception semble-t-il unique, Com. 13 nov. 2007, Bull. civ. IV, n° 243, préc.

(9) Selon Civ. 1<sup>re</sup>, 9 oct. 2001, préc. : « Un médecin ne peut être dispensé de son devoir d'information vis-à-vis de son patient, qui trouve son fondement dans l'exigence du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, par le seul fait qu'un risque grave ne se réalise qu'exceptionnellement ; que la responsabilité consécutive à la transgression de cette obligation peut être recherchée, aussi bien par la mère que par son enfant, 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 ; qu'en effet, l'interprétation jurisprudentielle d'une

même norme à un moment donné ne peut être différente selon l'époque des faits considérés et *nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée* ; d'où il suit qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

(10) Civ. 1<sup>re</sup>, 21 mars 2000, Bull. civ. I, n° 97 ; Soc. 12 nov. 2002, pourvoi n° 00-45414 ; Com. 12 nov. 2008, pourvoi n° 08-10138. Il est également parfois question d'absence de « droit acquis à une jurisprudence

constante » : Civ. 3<sup>e</sup>, 2 oct. 2002, Bull. civ. III, n° 200 ; D. 2003. Jur. 513 , note C. Atias ; RDI 2003.

274 , obs. P. Capoulade ; Civ. 2<sup>e</sup>, 8 juill. 2004, Bull. civ. II, n° 361 ; D. 2004. IR. 2619 . Ou encore, d'absence de droit acquis à une « jurisprudence immuable » : Soc. 7 janv. 2003, pourvoi n° 00-46476 ;

25 juin 2003, Bull. civ. V, n° 206 ; D. 2004. Jur. 1761 , note M. Julien ; 26 nov. 2003, pourvoi n° 01-45486 ; 25 févr. 2004, pourvoi n° 02-41306 ; 18 janv. 2005, pourvoi n° 02-46737 ; 23 févr. 2005, pourvoi n° 02-42615 ; 27 sept. 2006, pourvoi n° 04-47484 ; 3 juill. 2008, pourvoi n° 06-43241 ; Civ. 2<sup>e</sup>, 18 juin 2009, pourvoi n° 08-14795.

(11) Civ. 1<sup>re</sup>, 21 mars 2000, et Civ. 3<sup>e</sup>, 2 oct. 2002, préc. ; Civ. 2<sup>e</sup>, 8 juill. 2004, Bull. civ. II, n° 361 ; Com. 12 nov. 2008, Soc. 7 janv., 25 juin et 26 nov. 2003, 25 févr. 2004, 18 janv. et 23 févr. 2005, 27 sept. 2006 et 3 juill. 2008, préc.

(12) La formule retenue par les arrêts du 11 juin 2009 est d'ailleurs quasiment identique à celle de Com. 12 nov. 2008, pourvoi n° 08-10138, préc., qui, elle, se finit par le rappel de l'office du juge.

(13) En dépit de ce que le Conseil d'Etat put parfois juger : V. les arrêts cités par B. Pacteau, Comment aménager la rétroactivité de la justice ? Sécurité juridique, sécurité juridictionnelle, sécurité jurisprudentielle, in La rétroactivité des décisions du juge administratif, B. Seiller dir., Economica, p. 113, spéc. p. 121, note 3.

(14) Ce qui faisait dire à Roubier que « la formule des droits acquis a l'inconvénient d'envisager toutes les situations juridiques sous la forme de droits subjectifs » (in Les conflits de lois dans le temps, Sirey, 1929, t. 1<sup>er</sup>, p. 327).

(15) Demolombe, Cours de code civil, I, 1845, p. 43.

(16) Ce qui doit être approuvé. Sur ce point, V. *infra*, n° 14.

(17) Soc. 28 janv. 2004 (2 décisions), pourvois n° 02-40173 et n° 02-40174.

(18) Com. 13 nov. 2007, préc., qui juge ainsi que « l'application immédiate, à l'occasion d'un revirement de jurisprudence, de cette règle d'irrecevabilité, dans une instance en cours aboutirait à priver le demandeur au pourvoi d'un procès équitable, en lui interdisant l'accès au juge ».

(19) X. Lagarde, note préc., p. 20.

(20) X. Lagarde, *op. cit.*

(21) P. Sargos, L'horreur économique dans la relation de droit (libre propos sur le « Rapport sur les revirements de jurisprudence »), Dr. soc. 2005. 123.

(22) V. Heuzé, A propos du rapport sur les revirements de jurisprudence, JCP G 2005. I. 130, spéc. n° 8. Ce qui n'empêche pas l'auteur d'écrire que « ce qui est certain est que le juge - tout juge, et pas seulement celui de cassation - est investi du pouvoir de créer des *règles* de droit par l'article 4 du code civil » (n° 5, nous soulignons). Mais il est vrai qu'il écrit aussi que « l'absence de pouvoir créateur de droit de la jurisprudence ne peut pas être qualifiée de « fiction » » (n° 6). Mais pourquoi écrit-il alors que « l'on ne peut en l'occurrence que regretter que les auteurs du rapport [sur les revirements de jurisprudence] ne se soient pas donné la peine de méditer cette affirmation de Batiffol, qu'ils reproduisent cependant : « les discussions sur le point de savoir si la jurisprudence est source de droit ont beaucoup plus aujourd'hui pour objet le choix entre les raisons de répondre affirmativement que l'hésitation sur l'affirmative » » (n° 5) ? Comment croire que la phrase de Batiffol puisse étayer - certes, après méditation - l'affirmation selon laquelle « la jurisprudence n'est pas, et ne peut pas être par elle-même une source de droit » ? Fallait-il aller lire la suite du texte de Batiffol : « Les témoignages sont nombreux de ce que les arrêts de la Cour suprême entendent bien énoncer des directives, et plus précisément des règles qui guident et finalement *lient* les tribunaux. [...] On rappellera simplement que la prohibition des arrêts de règlement subsiste sans doute, mais que sa conséquence 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 enlèvent tout espoir à l'utilité d'une résistance » (nous soulignons) ? Comp. avec la part donnée par V. Heuzé à l'art. 5 c. civ. et à la Constitution qui « écarte « l'Autorité judiciaire » des pouvoirs entre lesquelles elle répartit, dans ses articles 34 et 37, les compétences pour édicter des règles générales ». La clé d'accès à cette pensée luxuriante est peut-être dans la distinction entre les « règles » et « les règles générales », puisque l'auteur écrit que l'art. 4 c. civ. « investit » le juge du « pouvoir de créer des règles de droit » tandis que la Constitution lui interdit d'édicter des « règles générales ». Il resterait à la saisir au regard de la distinction des « règles » et des « décisions ». Mais ne compliquons pas inutilement...

(23) V. toutefois V. Heuzé, qui estime que « le revirement de jurisprudence ne peut anéantir des prévisions légitimes que dans le cas [...] où les magistrats, par désir de faire de la jurisprudence, choisissent de renoncer à la solution, sinon pleinement satisfaisante, du moins conforme aux prescriptions de la loi, à laquelle aurait conduit en l'espèce la règle dont ils faisaient jusqu'alors application, pour *édicter* une règle nouvelle qui aboutit à un résultat auquel ils savent que les parties ne pouvaient pas raisonnablement s'attendre ». Où l'on pourrait croire l'auteur sur la voie de reconnaître que la jurisprudence parfois « *édicte* une règle nouvelle » (bien qu'elle n'en ait pas le pouvoir et qu'un « acte d'autorité ne vaut qu'à la condition que son auteur soit détenteur du pouvoir de l'édicter » [n° 16])...

(24) J. Rivero, Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle, AJDA 1968. 15.

(25) V. not. Y.-M. Serinet, RTD civ. 2005. 328 , spéc. n° 15, p. 333 ; ou encore, P. Théry, obs. préc., RTD civ. 2007. 168.

(26) X. Lagarde, note préc., JCP G 2007. II. 10111.

(27) C'est bien ce que prohibe l'art. 5 c. civ. Aussi, on ne peut suivre P. Théry, *op. cit.*, lorsqu'il affirme : « l'arrêt du 21 décembre montre enfin les limites de l'affirmation selon laquelle un arrêt qui aménage les revirements de jurisprudence ne peut être qualifié d'arrêt de règlement parce que la Cour demeurerait libre de changer d'avis sur

les suites qui doivent être attachées au revirement. Quelque opinion que l'on ait de cet aménagement, il serait inconséquent de ne pas toujours l'appliquer à des cas similaires ». La question de « l'inconséquence » qu'il pourrait y avoir à ne pas appliquer la solution aux cas similaires n'est pas celle de la violation de l'art. 5 c. civ., sauf à considérer que c'est le phénomène jurisprudentiel lui-même qui signe la violation de l'art. 5. Ce qui ne serait alors pas l'apanage de la modulation et emporterait des conséquences bien plus considérables.

(37) P. Malinvaud, *op. cit.*

(28) Rappr. T. Piazzon, La sécurité juridique, Defrénois-Lextenso, 2009, préf. L. Leveueur, spéc. n° 209, p. 409, qui souligne qu'« il ne faut pas s'y tromper : la deuxième chambre civile n'accepte pas de moduler dans le temps les effets de sa décision en élaborant un véritable droit transitoire applicable à la règle jurisprudentielle nouvelle. Plus simplement ou plus modestement, elle constate, au nom de l'équité subjective, que l'application à ce plaideur de la solution nouvelle serait contraire à la convention. La règle jurisprudentielle est bien rétroactive, mais sa rétroactivité est paralysée dans cette affaire au nom de la Convention européenne ».

(29) J.-L. Aubert, Tribune RTD civ. 2005. 302 , spéc. n° 5.

(30) En ce sens, P. Malinvaud, Tribune RTD civ. 2005. 315 , spéc. n° 7.

(31) P. Morvan (Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le

Rubicon, D. 2005. Chron. 247 , spéc. n° 9) écrit même que « la rétroactivité est une *faute* pour le législateur, qui menace à une vaste échelle la stabilité des actes et situations juridiques ». L'affirmation vaut uniquement pour les hypothèses d'atteinte aux procès en cours et non, de façon générale, pour toute rétroactivité législative.

(32) Crim. 30 janv. 2002, Bull. crim., n° 16 ; D. 2003. Somm. 173 , obs. B. de Lamy ; RSC 2002.

581 , et RTD com. 2002. 558 , obs. B. Bouloc : « le principe de non-rétroactivité ne s'applique pas

à une simple interprétation jurisprudentielle » ; Crim. 5 mai 2004, pourvoi n° 03-82801, RSC 2005. 313 , obs. D. Rebut.

(33) Sur la protection du droit à l'accès au juge, V. S. Guinchard *et alii*, Droit processuel, Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., 2007, n° 230 s., p. 419 s.

(34) V. X. Lagarde, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juin 2009, préc., spéc. p. 20.

(35) X. Lagarde, *op. cit.*

(36) Et l'on ne voit guère pourquoi le seul fait que la rétroactivité soit de l'essence de la décision de justice en effacerait les éventuelles tares.

**La Semaine Juridique Edition Générale n° 14, 6 Avril 2005, I 130**  
**À PROPOS DU RAPPORT SUR LES REVIREMENTS DE JURISPRUDENCE Une réaction**  
**entre indignation et incrédulité**

**Etude par Vincent HEUZÉ**

Professeur agrégé à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne), Directeur de l'Institut des assurances de Paris

[Sommaire](#)

Le rapport, qui a été remis le 30 novembre 2004 au Premier président de la Cour de cassation, sur les revirements de jurisprudence Note 1 préconise, pour remédier à l'insécurité juridique pouvant résulter de ceux-ci, que la Cour de cassation puisse moduler dans le temps les effets de sa décision et s'abstenir d'appliquer aux litiges dont elle est saisie la règle nouvelle qu'elle entend substituer à celle qu'elle suivait précédemment. L'auteur estime que cette proposition, qui repose sur une interprétation inexacte de l'affirmation commune d'après laquelle la jurisprudence est une source du Droit, et une confusion entre la portée de la jurisprudence et le rôle de la Cour de cassation, n'est pas seulement indéfendable techniquement : il considère qu'elle témoigne d'une grave ignorance du principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs et constitue une inacceptable provocation à une rébellion contre l'état de droit.

1.

1. - 1 - Les prises de position doctrinales n'engageant, par définition même [Note 1](#), que ceux de qui elles émanent, elles ne justifient ordinairement de réponse que dans la seule mesure où elles sont réellement propres à nourrir un débat d'idées. Lorsque cependant elles prennent la forme d'un rapport officiel ayant la prétention d'orienter l'évolution de nos institutions, et qu'elles inspirent des réactions aussi vivement critiques que celles qui sont exposées dans le rapport sur les revirements de jurisprudence qui a été remis à M. le Premier Président Canivet le 30 novembre 2004, il ne paraît pas permis de les accueillir d'un simple haussement d'épaules navré. Parce qu'il est inconcevable de laisser croire que le silence équivaut à une approbation, une réplique s'avère absolument nécessaire.

2. - 2 - Les auteurs du rapport avaient à s'interroger sur les moyens qui pourraient être mis en oeuvre pour remédier aux atteintes à la sécurité juridique que les revirements de jurisprudence sont parfois de nature à provoquer. Mais de façon très étrange, ils ont compris leur mission comme devant nécessairement aboutir à un simple plaidoyer en faveur de l'unique solution qu'il est possible, pour les tribunaux eux-mêmes, d'envisager à la difficulté : moduler les effets dans le temps des revirements de jurisprudence dans tous les cas où leur caractère rétroactif constituerait une telle menace pour la sécurité juridique.

3. - C'est précisément l'objectif qu'ils se sont ainsi donné qui rendait leur tâche si difficile. Et l'on ne sera pas surpris de ne découvrir, tout au long des 50 pages de leur rapport, qu'un seul argument pour soutenir cette unique solution possible : elle serait " réaliste ".

4. - 3 - Bien entendu, ce simple qualificatif ne prétend pas même à l'apparence d'une démonstration. Bien plus, il n'apporte strictement rien au constat d'évidence que, les atteintes à la sécurité juridique éventuellement provoquées par les revirements de jurisprudence étant la conséquence de la rétroactivité de ceux-ci, il ne peut y être remédié qu'en faisant obstacle à cette rétroactivité.

5. - Ce à quoi il sert, par conséquent, c'est seulement à déconsidérer les objections auxquelles se heurte le remède en question, en donnant à entendre que leur prise en compte serait la marque d'un manque de réalisme ou d'un idéalisme coupable. Et c'est bien en quoi il suscite l'indignation. Car en l'occurrence, ces objections, de nature principalement juridique, sont tirées des termes du Code civil, de la Constitution et, au-delà, des fondements les plus ultimes de l'état de droit, que le rapport envisage en effet avec une légèreté qui ne peut être tolérée (1). Mais à l'indignation se joint l'incrédulité. Car la solution préconisée est si manifestement impraticable que l'on ne peut s'expliquer comment elle a pu séduire des esprits se disant soucieux de réalisme (2). Si bien que l'on doit finalement regretter de ne pas trouver dans leur rapport cette pointe d'impertinence qui, pourtant, eût sans doute été la condition d'une analyse réellement pertinente de la question (3).

2. 1 - L'indignation

6. -

7. - 4 - Le rapport repose tout entier sur cette idée qu'une pure " fiction ", que la Cour de cassation aurait le tort d'entretenir, fonderait l'affirmation de l'absence de pouvoir créateur du droit de la jurisprudence, dès lors que la réalité contraire ne serait plus aujourd'hui " véritablement discutée ". Ce postulat est doublement inacceptable.

5 - Il l'est en premier lieu parce qu'il n'est jamais de bonne méthode de prendre comme point de départ d'un raisonnement la conclusion de ce qui a longtemps été l'objet de très âpres discussions, qui ne sont pas négligeables du simple fait qu'elles sont anciennes, sous prétexte qu'elles ne suscitent plus guère la contestation. Car, faute de s'être soi-même assuré de son bien-fondé, on s'expose alors inéluctablement au risque de se méprendre sur la signification du consensus, souvent seulement apparent, qu'elle sert à traduire. Et l'on ne peut en l'occurrence que regretter que les auteurs du rapport ne se soient pas donné la peine de méditer cette affirmation de Batiffol, qu'ils reproduisent cependant : " les discussions sur le point de savoir si la jurisprudence est source de droit ont beaucoup plus aujourd'hui pour objet le choix entre les raisons de répondre affirmativement que l'hésitation sur l'affirmative ".

Ce qui est certain est que le juge - tout juge, et pas seulement celui de cassation - est investi du pouvoir de créer des règles de droit par l'article 4 du Code civil, qui lui interdit de refuser de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi. Ce texte, qui se justifie par le principe que, dans un État de droit, nul ne peut se faire justice à soi-même et que tout différend doit donc pouvoir trouver une issue judiciaire, non seulement autorise le juge, mais encore l'oblige à formuler, pour les besoins de la cause dont il est saisi, la règle qui sert de fondement à la solution du litige, chaque fois que celle-ci ne peut pas être immédiatement déduite des termes exprès du droit écrit.

Mais ce qui est tout autant certain est que l'article 5 du même Code civil défend au juge - à tout juge et donc également à celui de cassation - de " prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises " et que ce n'est pas par inadvertance que la Constitution (curieusement ignorée du rapport) écarte " l'Autorité judiciaire " des " Pouvoirs " entre lesquels elle répartit, dans ses articles 34 et 37, les compétences pour édicter des règles générales. Car la hiérarchie qui sert de critère à cette répartition même (pour la loi, les grands principes, aux règlements, les mesures d'application) informe pleinement, si besoin en était vraiment, de l'enjeu des solutions : ce qui est en cause n'est rien d'autre que la forme démocratique de notre mode de gouvernement !

6 - Et c'est précisément par son refus de compter cette interdiction parmi les composantes de " la réalité " dont doit partir l'analyse juridique, que le postulat sur lequel repose le rapport apparaît en second lieu profondément choquant : du fait même de cette interdiction, l'absence de pouvoir créateur de droit de la jurisprudence ne peut pas être qualifiée de " fiction ". Et par voie de conséquence, il est radicalement impossible de suivre le rapport lorsqu'il préconise de rompre avec cette " fiction ", par une " modification du statut de la jurisprudence " consistant à la reconnaître " officiellement comme source de droit ", sous prétexte que " 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 de composer avec le dogme d'un juge serviteur de la loi ", ou que " la légitimité des acteurs juridiques ne tient pas au respect intangible d'une distribution théorique des compétences normatives, consistant... à faire un départ tranché entre la loi et le juge ". Non pas tant parce que la " profondeur d'ancrage de l'État de droit ", loin d'être une réalité, en est une simple représentation, dont l'optimisme est certainement aussi imprudent que l'était la croyance, si largement répandue à l'orée du XXe siècle, dans le caractère définitif du triomphe des valeurs de la civilisation ; mais parce que, en l'état de notre organisation démocratique, toute incitation à " composer avec le dogme d'un juge serviteur de la loi " ou avec le respect d'une distribution, nullement " théorique ", mais constitutionnelle, des compétences normatives constitue, en soi, une provocation à contredire l'état de droit.

7 - Dans ces conditions, l'affirmation selon laquelle la jurisprudence est source de droit ne peut-être comprise autrement que comme la traduction d'un simple raisonnement. Elle signifie d'abord que, si une règle posée par un tribunal pour les besoins de la cause dont il est saisi, est satisfaisante, c'est-à-dire compatible non seulement avec l'ordonnement juridique dans son ensemble mais également avec le sentiment commun de la justice à l'époque de sa formulation, elle a vocation à être reproduite à l'occasion d'instances relatives à des litiges identiques, parce qu'il est raisonnable de croire alors que les juridictions qui auront à les trancher se laisseront convaincre de son bien-fondé ; et elle signifie ensuite qu'une règle, même non satisfaisante, que la Cour de cassation a maintes fois exprimée, a vocation à être appliquée par les juridictions inférieures, parce qu'il est également raisonnable de penser que le sens des responsabilités des magistrats les retiendra d'une " rébellion " qu'ils savent alors cependant vaine et qui n'aurait donc pour conséquence que de retarder l'issue définitive des litiges qu'ils ont à trancher, en incitant la partie qu'ils auraient voulu condamner à exercer un recours contre leurs décisions.

Mais la raison n'est pas le droit ; et ce n'est même qu'idéalement que le droit est une oeuvre de raison. N'est-ce pas d'ailleurs par son étude critique des exemples aussi bien que des contre-exemples que l'oeuvre de la doctrine se distingue elle-même de celle de simples documentalistes ? Si bien que l'on ne saurait confondre l'état du droit avec le produit d'un raisonnement. Car les conclusions du raisonnement sont parfois démenties. Tel est tout particulièrement ce qui se produit en cas de revirement de jurisprudence [Note 2](#).

8 - Aussi bien faut-il inéluctablement conclure que la réalité juridique - et la question posée n'intéresse que celle-là - est que la jurisprudence n'est pas, et ne peut pas être par elle-même une source du droit. Avec cette première conséquence que, s'il lui est interdit de refuser de faire application d'une loi, un tribunal est en revanche toujours dans son droit lorsqu'il ne reconduit pas une solution précédemment affirmée par lui-même aussi bien que par une autre juridiction, fût-elle d'un degré supérieur au sien [Note 3](#). Et avec cette deuxième conséquence que, si une partie est

nécessairement en faute lorsqu'elle adopte un comportement contraire à l'ordre exprès de la loi, elle ne l'est jamais en raison de cette simple circonstance qu'elle prétend déduire des faits de la cause une solution opposée à celle qui est jusqu'alors retenue par la jurisprudence. Mais avec surtout cette troisième conséquence, que le rapport a bien tort de reprocher à la Cour de cassation de tirer, qu'un plaideur n'a aucun droit acquis au maintien d'une jurisprudence quelconque.

Ainsi n'est-il en aucune façon permis d'adhérer aux conceptions de la réalité sur lesquelles repose le rapport considéré. Mais il est tout aussi radicalement inimaginable de se rallier aux solutions qu'il propose.

3. 2 - L'incrédulité

8. -

9. - 9 - On ne peut manquer d'être étonné que le rapport, qui convient, dans de longs développements, de la difficulté d'identifier les revirements de jurisprudence, s'abstient de proposer la moindre définition de la jurisprudence elle-même. Pourtant, ses auteurs ne pouvaient ignorer la grande diversité des réalités que recouvre le phénomène jurisprudentiel, non plus que l'extrême complexité du processus qui, du fondement, parfois seulement implicite, de la solution retenue à l'occasion d'un litige donné, aboutit à la croyance éventuelle du corps social en l'existence d'une règle véritable, et qui résulte tout à la fois de l'attitude ultérieure de l'ensemble des juridictions, souvent partagées entre l'ignorance, l'adhésion, la résistance et la résignation, des commentaires de la doctrine savante [Note 4](#), eux-mêmes constitués d'explications, d'extrapolations, de critiques, de réserves, d'approbations et de justifications, et enfin des synthèses plus ou moins fiables qu'en offrent les ouvrages de vulgarisation, la presse, spécialisée ou non, et les représentants des syndicats ou des associations les plus diverses. Mais c'est ce processus même qu'ils ont cru devoir négliger. Ils sont partis d'une conception manifestement abstraite de " la jurisprudence ", qui explique le caractère très artificiel des solutions dont, par transposition d'analyses valant exclusivement à propos de la loi, ils préconisent l'adoption et qui tiennent en deux propositions : il faudrait que la Cour de cassation se reconnaisse à elle-même le pouvoir de moduler dans le temps les effets des revirements de jurisprudence ; et il faudrait qu'elle n'use de ce pouvoir que dans les cas où la rétroactivité des revirements serait de nature à porter atteinte à des intérêts légitimes. L'une et l'autre de ces deux propositions sont totalement irréalistes.

1° - L'idée même que la Cour de cassation pourrait formuler des règles qu'elle n'appliquerait pas aux litiges qui en sont l'occasion se heurte à toute une série d'objections insurmontables.

10 - Certaines sont à nouveau d'ordre juridique. Ainsi, la solution n'est évidemment pas compatible avec l'article 4 du Code civil qui, on l'a vu, ne permet au juge d'édicter des règles que pour les besoins de la cause débattue devant lui. Car si la Cour de cassation ne fait pas immédiatement application de la règle nouvelle qu'elle pose à l'espèce dont elle est saisie, cette règle ne peut être considérée comme dictée par les besoins de la cause : elle ne se prétend utile qu'à la solution de litiges ultérieurs, c'est-à-dire à des causes dont la Haute juridiction n'est pas encore saisie. Et par voie de conséquence, la solution contredit l'article 5 du même code, qui prohibe les arrêts de règlement.

Les auteurs du rapport, il est vrai, s'en défendent, en proposant que la solution nouvellement retenue mais non immédiatement appliquée n'ait aucun effet contraignant, ni pour la Cour régulatrice, ni pour les juges du fond. On reviendra bientôt sur les conséquences de cette proposition. Mais ici, on doit confesser la difficulté que l'on éprouve à la concilier avec l'affirmation préalable de la nécessité de reconnaître officiellement que la jurisprudence est une source de droit. Faut-il comprendre qu'un revirement de jurisprudence ne produit pas une nouvelle jurisprudence ? Ou que la jurisprudence ne

mérite plus d'être reconnue comme une source du droit lorsqu'elle procède d'un revirement ? On aurait d'autant plus souhaité quelques mots d'explication sur ce point que, comme on l'a indiqué, le rapport ne se donne nulle part la peine de définir ce qu'il entend par " jurisprudence " et que, par un glissement sémantique servant uniquement à justifier qu'il réserve à la seule Cour de cassation le pouvoir de moduler dans le temps les effets des revirements qu'elle décide, il considère que c'est à la Cour de cassation seule que le pouvoir de créer des règles jurisprudentielles appartient, sous le prétexte contestable qu'il " ne saurait y avoir de jurisprudence judiciaire que de la seule Cour de cassation ".

11 - Quoi qu'il en soit, il est certain que, contrairement à ce que soutiennent les auteurs du rapport, la Cour de cassation ne pourrait de sa seule autorité faire ainsi évoluer son rôle. Car ce qui lui est proposé est de se laisser distraire de sa fonction juridictionnelle, qui est de trancher des litiges, pour mieux pouvoir " faire de la jurisprudence ", en formulant des règles, contraignantes ou non, dont elle avertirait que ce seraient celles dont elle envisagerait de faire application à des faits identiques à ceux de la cause, mais se produisant postérieurement à la date de sa décision. Au point que l'on ne comprend plus même la nécessité de lier sa fonction juridictionnelle à cette attribution évidemment très différente. Car si la règle nouvelle n'est de toute façon pas applicable à l'espèce, pourquoi la Cour de cassation ne pourrait-elle pas réglementer la filiation adoptive à l'occasion d'un litige relatif à la coassurance ? Pourquoi même aurait-elle besoin d'une cause à juger pour fixer les règles applicables à des litiges à venir ? Autrement dit, pourquoi faire ainsi dépendre l'évolution de la jurisprudence de l'esprit de sacrifice des justiciables, à qui serait désormais demandé d'introduire des pourvois uniquement pour se faire expliquer qu'ils doivent perdre leurs procès lorsqu'ils ont parfaitement raison au fond, et les gagner lorsqu'ils ont tort ? À l'évidence, il faudrait, pour fonder une telle transformation de la mission de la Cour de cassation et des rapports des justiciables avec la Justice, beaucoup plus même qu'une simple loi : c'est une modification de la Constitution qui serait nécessaire.

Il est fort regrettable que les auteurs du rapport aient été insensibles à ces considérations purement juridiques. Mais on s'étonne qu'ils aient été également inconscients des objections pratiques, qui ne sont pas moins décisives.

12 - On a dit que le rapport suggère que les arrêts procédant à des revirements de jurisprudence n'aient aucun effet contraignant pour l'avenir à l'égard, aussi bien de la Cour de cassation que des juridictions inférieures, parce que ses auteurs n'ont pas voulu encourir le reproche de méconnaître l'article 5 du Code civil. Même s'il n'apparaît pas qu'ils s'en sont réellement préservés par cette simple précaution, la proposition est heureuse : dès lors que le réalisme oblige à voir, derrière chacune des formations de la Cour de cassation, une assemblée d'hommes et de femmes qui se renouvelle en permanence, et qu'un délai de plusieurs années séparerait nécessairement la décision de revirement du moment où la Haute juridiction aurait à connaître des litiges auxquels la règle nouvelle pourrait être appliquée, la solution contraire eût obligé à considérer que les magistrats en fonction à une époque donnée aurait le pouvoir de lier ceux qui viendraient ensuite exercer les mêmes fonctions, ce qui est totalement indéfendable.

Mais s'ils ne sont pas liés, c'est que la règle nouvelle pourra n'être jamais appliquée, parce qu'elle sera remplacée par une règle différente, pas davantage applicable à la cause qui aura été l'occasion de sa formulation, et peut-être contredite elle-même par une troisième règle avant d'avoir à son tour pu recevoir effectivement application. Si bien que chacune de ces règles nouvelles n'aura servi à

rien, sinon à engendrer chez les justiciables des prévisions qui seront déjouées, sans qu'il soit pour autant permis de s'en déclarer choqué. Car les arrêts de revirement n'étant pas des arrêts de règlement, et les justiciables étant donc informés qu'ils n'ont d'effets contraignants à l'égard de personne, aucun plaideur ne pourra prétendre avoir un droit acquis à leur application. On le voit donc, la solution proposée ne porterait aucunement remède à l'insécurité juridique ; elle ne ferait que l'aggraver, en déconsidérant totalement l'institution judiciaire, créatrice d'un droit inefficace et potentiellement inutile auquel la prudence obligerait à ne pas se fier.

2° - Mais si la solution est impraticable, c'est également parce qu'il est radicalement impossible de lui attribuer un domaine correspondant à l'objectif qu'elle poursuit. Sans doute les auteurs du rapport considèrent-ils justement que les revirements de jurisprudence ne sont cause d'insécurité juridique que dans les cas où leur rétroactivité ruine les légitimes prévisions des parties. Mais - et c'est ce qui explique qu'ils plaident en faveur de l'abandon de la " fiction " d'après laquelle la jurisprudence n'a pas un pouvoir créateur de droit - ils considèrent que les prévisions des parties sont légitimes par le simple fait qu'elles sont celles-là mêmes que permettait de nourrir la jurisprudence antérieure au revirement. Et ils estiment que, par un raisonnement in abstracto, il faut tenir ces prévisions pour avérées lorsque le comportement des parties, non seulement a effectivement été dicté, mais encore pourrait l'avoir été par cette jurisprudence antérieure. Ce double parti est pourtant en contradiction flagrante avec les termes mêmes de la question posée.

13 - En effet, lorsqu'un revirement de jurisprudence est envisagé, c'est, par hypothèse, que la solution antérieurement retenue n'apparaît pas satisfaisante. Et si elle n'apparaît pas satisfaisante, c'est, en principe (on tirera ultérieurement les conséquences de l'exception), parce que son application à une espèce donnée conduit à des résultats inopportuns, ou parce qu'elle n'est pas compatible avec l'esprit, sinon même la lettre de la loi. Mais si telle est en effet la cause de l'insatisfaction des magistrats, alors il y a tout lieu de penser que les justiciables qui ont connaissance de cette solution ne peuvent qu'avoir conscience qu'elle est, à tout le moins, discutable, et par suite susceptible d'une remise en cause. Si bien que, s'ils peuvent certainement nourrir l'espoir qu'elle sera maintenue, il est assurément contestable de considérer que cet espoir mérite la qualification de prévisions légitimes.

Et tel est ce dont on se persuade aisément lorsque l'on examine avec un peu d'attention les illustrations que le rapport propose en guise d'hypothèses dans lesquelles la rétroactivité des revirements de jurisprudence devrait, selon lui, être écartée.

14 - C'est ainsi qu'apparaît fort contestable l'affirmation que les " anticipations légitimes " des parties sont méconnues chaque fois que " le revirement revient à rendre nul tout ou partie d'un acte juridique valable sous l'empire de la solution abandonnée ". Car si la nullité est prononcée, c'est par hypothèse même que l'acte apparaît socialement néfaste ou que la liberté contractuelle a été utilisée par l'une des parties, la plus forte ou la moins scrupuleuse, pour obtenir de l'autre un avantage injuste. Et de cet état de fait, les contractants avaient vraisemblablement conscience ; en tout cas, ils ne pouvaient pas légitimement ne pas en avoir conscience. Par conséquent, s'ils pouvaient sans doute espérer que cet état de fait continuerait à n'être pas sanctionné, la seule chose qu'ils étaient réellement en droit de déduire de la jurisprudence antérieure est qu'il était jusqu'alors seulement toléré. Cette analyse explique en particulier qu'à la différence des auteurs du rapport, on ne voit pas en quoi la Cour de cassation mérite le reproche d'avoir porté atteinte aux prévisions légitimes des employeurs lorsque, rompant avec sa tolérance antérieure, elle a décidé en 2002 qu'une clause de non-concurrence insérée

dans un contrat de travail ne devait pas produire effet si l'entrave à la liberté du travail qu'elle imposait au salarié était dépourvue de contrepartie financière.

15 - Pas davantage ne peut-on se laisser convaincre par la seconde hypothèse que le rapport envisage pour définir le domaine de la solution proposée : celle dans laquelle " un comportement licite devient fautif par suite du changement de " jurisprudence. Car " l'exemple le plus caractéristique " qu'il en donne, et qui est pris de l'arrêt rendu le 9 octobre 2001 à propos d'une affaire de responsabilité médicale, illustre très bien l'erreur de perspective que ses auteurs commettent en la matière (Cass. 1re civ., 9 oct. 2001, n° 00-14.564 : Juris-Data n° 2001-011237 ; Bull. civ. 2001, I, n° 249 ; JCP G 2002, II, 10045, note O. Cachard). On sait que, dans cet arrêt, la Cour de cassation a décidé qu'un médecin avait commis une faute pour s'être abstenu, en 1974, d'informer sa patiente des risques exceptionnels auxquels l'exposait l'intervention qu'il envisageait de lui faire subir. Les auteurs du rapport s'en émeuvent, en raison du fait que l'obligation d'information des médecins " n'a été consacrée, par la jurisprudence elle-même, qu'en 1998 ". Mais leur position s'explique uniquement par le fait qu'ils partent du postulat inexact que la fonction de la Cour de cassation est, non pas de trancher des litiges, mais, en l'occurrence, de définir abstraitement les obligations des médecins. Car, s'ils s'en étaient tenus à la mission réellement dévolue à l'autorité judiciaire, il leur serait évidemment apparu que la question posée à la Haute juridiction était alors exclusivement de savoir si, en 1974, il était tolérable qu'un médecin manque à ce point d'égard envers sa patiente qu'il ait pu prendre à sa place la décision d'une opération mettant sa vie en danger. Et lorsque, comme on le doit, on pose la question en ces termes, il est manifeste qu'une réponse négative n'a plus rien de choquant. Tout au plus peut-on faire valoir que, dans le contexte de l'époque, une réponse affirmative ne l'eût peut-être pas été davantage. Mais ce à quoi oblige cette manière d'appréhender la question, c'est à reconnaître qu'une telle réponse affirmative n'eût en rien constitué un revirement de jurisprudence par rapport à la décision rendue en 1998, ou une modulation dans le temps des effets de cette décision : elle eût seulement signifié que, selon les appréciations de la Cour de cassation, ce qui pouvait encore être toléré d'un médecin en 1974 ne méritait plus de l'être en 1987 (date des faits auxquels se rapporte l'arrêt de 1998), compte tenu de l'évolution qui s'est produite dans l'intervalle de l'idée que le corps social a des devoirs des médecins envers leurs patients.

16 - Autrement dit, on retrouve dans les analyses du rapport à propos de l'une et l'autre des deux hypothèses pour lesquelles il préconise d'écarter la rétroactivité des revirements de jurisprudence, le vice fondamental que nous dénonçons d'emblée : au lieu de considérer que le droit qui se déduit de la jurisprudence est une oeuvre de la raison, ses auteurs le regardent comme un acte d'autorité, derrière lequel celui des plaideurs auquel il est favorable serait toujours autorisé à se réfugier, et devant lequel son adversaire serait au contraire toujours tenu de s'incliner. Mais ce faisant, ils oublient que, dans un État de droit, un acte d'autorité ne vaut qu'à la condition que son auteur soit détenteur du pouvoir de l'édictier.

Dans ces conditions, il faut conclure qu'un revirement de jurisprudence ne peut jamais porter atteinte à des prévisions légitimes lorsque, comme il en va en principe, il est inspiré aux magistrats qui le décident par l'unique souci de donner au conflit d'intérêts qui oppose les parties une solution satisfaisante, c'est-à-dire celle qui, en l'espèce, leur paraît la plus juste. Tout au plus peuvent-ils alors décevoir de simples espoirs, dont on montrera pourquoi ils n'ont pas à se préoccuper, même

lorsqu'ils ont fondé des calculs économiques essentiels à l'équilibre financier de tout un secteur d'activités.

17 - Il s'ensuit que le revirement de jurisprudence ne peut anéantir des prévisions légitimes que dans le cas contraire à ce principe : celui où les magistrats, par désir de faire de la jurisprudence, choisissent de renoncer à la solution, sinon pleinement satisfaisante, du moins conforme aux prescriptions de la Loi, à laquelle aurait conduit en l'espèce la règle dont ils faisaient jusqu'alors application, pour édicter une règle nouvelle qui aboutit à un résultat auquel ils savent que les parties ne pouvaient pas raisonnablement s'attendre. Tel est par exemple ce qui se produit lorsque, par souci de créer " un environnement favorable à l'arbitrage international ", ou " d'améliorer le sort des victimes ", ils mettent à la charge d'un plaideur une obligation à laquelle celui-ci ne pouvait se croire tenu, ni d'après le sens commun de la justice, ni au terme de la mise en oeuvre logique des règles composant l'ordonnement juridique positif.

Mais dans ce genre de situations, le remède proposé par le rapport est encore irréaliste. Car, parce que ses auteurs sont conscients que la preuve positive des attentes des parties ne peut, en pratique, jamais être rapportée, ils préconisent de différer l'application de la règle nouvelle, non seulement lorsqu'elle contrarie effectivement, mais encore chaque fois qu'elle pourrait contrarier des prévisions légitimes. Mais, puisque cette règle nouvelle est par hypothèse arbitraire, la seule prévision légitime que les justiciables peuvent entretenir postérieurement à son adoption est qu'elle sera aussitôt abandonnée. De sorte que, s'il devait être tenu compte de ces prévisions seulement vraisemblables, la règle nouvelle ne pourrait jamais être effectivement appliquée. La sagesse alors ne serait-elle pas plutôt de s'abstenir de l'adopter ?

Il est vrai que la simple évocation d'une jurisprudence délibérément injuste et arbitraire sera cependant regardée comme une marque d'impertinence. C'est donc elle qu'il reste à justifier.

#### 4. 3 - L'impertinence

10. -

11. - 18 - Nul ne peut disconvenir de l'importance que revêt la jurisprudence pour la connaissance et la compréhension du droit positif. Mais ce qui rend son rôle si précieux, c'est le caractère très progressif de ses apports : c'est par petites touches successives, qui lui sont dictées par les particularités de chacune des espèces qui contribuent à sa formation, qu'elle apporte à la loi toutes les précisions et les nuances qui, d'une part, assurent l'adéquation de celle-ci aux réalités qu'elle ambitionne d'ordonner, d'autre part garantissent la parfaite cohérence de l'articulation des règles entre elles. Mais ces vertus de la jurisprudence n'établissent en rien l'aptitude de telle ou telle juridiction, s'agirait-il de la Cour de cassation, à poser elle-même, ex abrupto, des règles générales. En effet, la formulation de celles-ci implique, outre une légitimité démocratique indispensable à l'autorité des choix dont elles sont nécessairement la traduction, une expertise technique dont dépend évidemment la pertinence des choix en question, et qui le plus souvent conduit à les exprimer sous la forme d'un principe assorti de nombreuses exceptions, elles-mêmes sujettes à d'éventuelles dérogations. Or il est certain que les tribunaux, qui n'ont pas le pouvoir de faire ces choix, ne doivent pas se le voir reconnaître : d'abord parce qu'ils ne disposent pas des moyens matériels de son exercice ; ensuite parce qu'il serait de toute façon malsain de le leur octroyer.

19 - De la première de ces deux objections, les auteurs du rapport ont une certaine conscience puisqu'ils recommandent que tout revirement de jurisprudence soit précédé d'un débat ouvert aussi largement que possible aux " organisations et représentants des intérêts " que la décision projetée

pourrait affecter. Mais outre que le procédé s'avérerait vite d'une lourdeur incompatible avec l'encombrement du rôle de la Cour de cassation, il ne résout finalement rien : car comment contrôler la valeur des arguments techniques ou financiers qui seraient avancés par ces " représentants " supposés représentatifs ? Un recours à des experts indépendants serait indispensable, mais en l'état de nos conceptions relatives au service public de la Justice, très différentes de celles qui valent aux États-Unis dont le rapport semble vouloir s'inspirer, on ne voit pas comment il serait financé.

20 - Mais par-dessus tout, il apparaît que l'idée d'ériger l'Autorité judiciaire en rivale du Parlement procède d'une conception condescendante et très pernicieuse de la démocratie représentative, dont le rapport témoigne clairement lorsqu'il énonce qu'il n'est " 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 ". Si l'on veut bien faire abstraction de l'emploi qui est ainsi fait d'un nouveau qualificatif parfaitement inadéquat - il n'y a rien de déraisonnable à laisser au législateur le soin d'adapter le droit aux " réalités du monde ", puisque, d'avantage encore que son rôle, c'est sa raison d'être même et que, selon la Constitution, lui seul peut légitimement le faire - cette affirmation doit sans doute être comprise en ce sens que, selon ses auteurs, le législateur manquerait en fait d'une suffisante " réactivité " aux évolutions nécessaires, ce qui justifierait que l'on encourageât les juges à remédier à sa regrettable passivité.

21 - Quoiqu'elle soit largement répandue, l'analyse n'est pas sans réplique. D'abord, elle est nuisible, en raison des effets pervers évidents de la solution qu'elle défend : en se substituant au législateur, les tribunaux le dissuadent d'assumer ses responsabilités puisqu'ils réduisent, au plan politique, le besoin de son intervention, et retardent ou découragent l'adoption de mesures qui, au plan technique, seraient beaucoup plus adaptées à la diversité des hypothèses méritant d'être envisagées que celles qu'il leur est matériellement possible de retenir eux-mêmes.

L'exemple de la jurisprudence qui s'est développée à partir de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil est à cet égard édifiant. D'un côté, elle aura abouti à un système de responsabilité dont chacun des éléments est la source de profondes, et sans doute irrémédiables, incertitudes - que l'on songe à la définition du gardien, à celle de la force majeure et de son rôle, à celle, plus largement, de la causalité et des modalités de son appréciation suivant le comportement de la victime ou le rôle passif plutôt qu'actif de la chose, à l'identité de ceux qui doivent répondre d'autrui et des conditions dans lesquelles ils en sont responsables, etc. Et d'un autre côté, elle aura sans nul doute empêché, outre le développement de régimes de responsabilité suffisamment diversifiés suivant les causes de dommages, l'adoption d'un système équitable et financièrement maîtrisable de réparation, fondé sur une répartition cohérente et moralement justifiable de ce qui doit effectivement relever de la responsabilité civile plutôt que de fonds d'indemnisation collective, et de ce qui mérite d'être abandonné à l'assurance privée.

22 - Mais si l'analyse est nuisible, elle est également injuste. Car l'expérience montre que le législateur sait prendre ses responsabilités lorsque cela s'avère réellement indispensable, et notamment dans l'hypothèse, dont les auteurs du rapport se préoccupent très justement, où une position prise par les tribunaux risque d'avoir des répercussions économiques néfastes. Il n'hésite pas alors à adopter des lois de validation rétroactive ou à imaginer des solutions de compromis qui ménagent les intérêts de toutes les parties en cause [Note 5](#). N'est-ce pas ce qu'il a fait encore récemment, dans le domaine de l'assurance de responsabilité, à propos des clauses " base

réclamation " que la jurisprudence avait condamnées en raison des conséquences abusivement rigoureuses qu'elles pouvaient parfois entraîner pour les assurés ? Et cet exemple même n'est-il pas révélateur de la supériorité de la loi pour l'aménagement des effets des revirements de jurisprudence ? Car là où les tribunaux n'avaient le choix qu'entre la nullité et la validité de ces clauses, le législateur jouissait d'un éventail illimité de possibilités pour arbitrer les intérêts qui devaient être considérés, et pouvait au surplus aménager un régime transitoire pour les situations constituées antérieurement à l'expression de sa position.

En définitive, il apparaît ainsi que, si la rétroactivité des revirements de jurisprudence est incontestablement la cause d'une certaine insécurité juridique qui devrait retenir les tribunaux d'une trop grande inconstance, il ne peut ni ne mérite d'être en leur pouvoir d'y remédier, si bien qu'ils ne doivent pas autrement s'en soucier. Car leur mission n'est pas de disposer des causes qui ne leur sont pas soumises. Il est uniquement, entre la loi qui ne peut ni ne doit chercher à tout prévoir, et le gendarme chargé, éventuellement par la contrainte, de la faire respecter, de veiller avec rigueur et humanité à ce qu'elle reçoive toujours application conformément aux objectifs qu'elle se donne. Et si ce rôle leur semble plus humble que celui du législateur, ils auraient tort de le croire moins utile ou moins noble : n'est-ce pas de son accomplissement que dépend fondamentalement la réalité même de l'état de droit ?

---

V. Entretien avec G. Canivet, Les revirements de jurisprudence ne vaudront-ils que pour l'avenir ? : JCP G 2004, I, 189. - Colloque sur le rapport du groupe de travail sur les revirements de jurisprudence... aperçu rapide : JCP G 2005, act. 43

[Note 1](#) V. infra note (5). [Note 2](#) Et il faut par-dessus tout se défier des artifices destinés à faire coïncider la réalité du droit avec ce simple produit du raisonnement. Ainsi en va-t-il tout particulièrement de celui consistant à prétendre qu'en laissant prospérer une jurisprudence, le législateur en ratifierait implicitement les solutions. Car la seule chose que puisse conduire à faire admettre ce genre de fictions - ici, le terme n'est pas impropre - est que la " règle jurisprudentielle " serait, par l'effet d'une telle ratification, élevée à la dignité d'une règle législative. De sorte que, compte tenu du principe de la hiérarchie des normes, tout revirement de jurisprudence serait alors nécessairement exclu [!Note 3](#) Ce qui ne signifie évidemment pas que, dans l'exercice de ce droit, il n'a aucun compte à tenir des prévisions que les parties avaient pu fonder sur l'état de la jurisprudence antérieure ; mais ces prévisions ne peuvent dicter sa décision : elles constituent seulement l'une des composantes éventuelles de la solution juste qu'il doit rechercher. [Note 4](#) Est-il indispensable d'indiquer que " la doctrine ", qui ne constitue en rien une entité, et qui ne remplit d'ailleurs efficacement son rôle (éclairer les choix de ceux qui ont le pouvoir d'édicter des normes individuelles ou générales) que lorsqu'elle est divisée, n'est pas davantage que la jurisprudence une source du droit ? [Note 5](#) Et lorsqu'en dépit de l'émoi provoqué par une jurisprudence nouvelle, il ne réagit pas, c'est qu'il n'y a pas lieu de réagir. Ainsi, lorsque la Cour de cassation, par son arrêt du 9 février 1988, (Cass. 1re civ., 9 févr. 1988, n° 86-11.557 : Bull. civ. 1988, I, n° 34) a très justement décidé d'appliquer l'article 1907 du Code civil aux intérêts débiteurs des comptes courants, le ministère des Finances a immédiatement procédé à l'évaluation du coût pouvant en résulter pour les banques. Il ne s'est pas moins abstenu de toute initiative auprès du Parlement, parce qu'il a eu conscience que ce coût, très élevé (50 milliards de F selon les indications de Ch. Mouly auxquelles se réfère le rapport,

10 milliards d'après l'Avocat général Jéol : concl. ss Cass. com., 12 avr. 1988, n° 87-11.199 : Bull. civ. 1988, IV, n° 130 ; D. 1989, p. 309), ne serait pas réellement supporté, faute pour la plupart des titulaires de comptes de formuler effectivement des réclamations, et qu'en toute hypothèse, il ne suffirait pas à mettre en péril la survie des établissements financiers. Et de fait, on n'a pas connaissance de la défaillance financière de l'un quelconque d'entre eux, qui fût la conséquence de cette jurisprudence.

V. Entretien avec G. Canivet, Les revirements de jurisprudence ne vaudront-ils que pour l'avenir ? : JCP G 2004, I, 189. - Colloque sur le rapport du groupe de travail sur les revirements de jurisprudence... aperçu rapide : JCP G 2005, act. 43

[Note 1](#) V. infra note (5).[Note 2](#) Et il faut par-dessus tout se défier des artifices destinés à faire coïncider la réalité du droit avec ce simple produit du raisonnement. Ainsi en va-t-il tout particulièrement de celui consistant à prétendre qu'en laissant prospérer une jurisprudence, le législateur en ratifierait implicitement les solutions. Car la seule chose que puisse conduire à faire admettre ce genre de fictions - ici, le terme n'est pas impropre - est que la " règle jurisprudentielle " serait, par l'effet d'une telle ratification, élevée à la dignité d'une règle législative. De sorte que, compte tenu du principe de la hiérarchie des normes, tout revirement de jurisprudence serait alors nécessairement exclu ![Note 3](#) Ce qui ne signifie évidemment pas que, dans l'exercice de ce droit, il n'a aucun compte à tenir des prévisions que les parties avaient pu fonder sur l'état de la jurisprudence antérieure ; mais ces prévisions ne peuvent dicter sa décision : elles constituent seulement l'une des composantes éventuelles de la solution juste qu'il doit rechercher.[Note 4](#) Est-il indispensable d'indiquer que " la doctrine ", qui ne constitue en rien une entité, et qui ne remplit d'ailleurs efficacement son rôle (éclairer les choix de ceux qui ont le pouvoir d'édicter des normes individuelles ou générales) que lorsqu'elle est divisée, n'est pas davantage que la jurisprudence une source du droit ?[Note 5](#) Et lorsqu'en dépit de l'émoi provoqué par une jurisprudence nouvelle, il ne réagit pas, c'est qu'il n'y a pas lieu de réagir. Ainsi, lorsque la Cour de cassation, par son arrêt du 9 février 1988, (Cass. 1re civ., 9 févr. 1988, n° 86-11.557 : Bull. civ. 1988, I, n° 34) a très justement décidé d'appliquer l'article 1907 du Code civil aux intérêts débiteurs des comptes courants, le ministère des Finances a immédiatement procédé à l'évaluation du coût pouvant en résulter pour les banques. Il ne s'est pas moins abstenu de toute initiative auprès du Parlement, parce qu'il a eu conscience que ce coût, très élevé (50 milliards de F selon les indications de Ch. Mouly auxquelles se réfère le rapport, 10 milliards d'après l'Avocat général Jéol : concl. ss Cass. com., 12 avr. 1988, n° 87-11.199 : Bull. civ. 1988, IV, n° 130 ; D. 1989, p. 309), ne serait pas réellement supporté, faute pour la plupart des titulaires de comptes de formuler effectivement des réclamations, et qu'en toute hypothèse, il ne suffirait pas à mettre en péril la survie des établissements financiers. Et de fait, on n'a pas connaissance de la défaillance financière de l'un quelconque d'entre eux, qui fût la conséquence de cette jurisprudence.

## INTRODUCTION

1. — Les revirements de jurisprudence ont un effet rétroactif, et c'est là leur principal inconvénient. Ils sont certes nécessaires, car ils permettent d'adapter les solutions jurisprudentielles à révolution des arguments. Ils sont également nécessaires car ils traduisent la vie du droit et de la controverse. Mais ils sont dangereux car ils modifient dans le passé des millions de situations, alors même que leurs auteurs avaient fidèlement respecté les solutions ou prescriptions alors en vigueur.

2. — Quelques revirements récents en matière bancaire ont donné la mesure de cette rétroactivité. Lorsque le 9 février 1988, la Cour de cassation a subitement déclaré que l'[article 1907 du Code civil](#) s'appliquait au régime de l'intérêt débiteur des comptes courants, alors qu'elle admettait le contraire depuis un siècle et demi, le Ministère des finances a évalué à 50 milliards de francs le coût de la rétroactivité de cette décision. C'est la somme qu'auraient dû rembourser les banques à leurs clients pour avoir prélevé des intérêts sans en avoir indiqué le taux au préalable, si tous leurs clients en avaient demandé la répétition. Lorsque le 15 octobre 1991 la même Cour de cassation a affirmé que les déclarations de créances devaient être signées par un mandataire spécialement autorisé, des milliers de créances déclarées par un directeur du contentieux ou un directeur d'agence des banques ont été remises en question, sans qu'il soit possible de les régulariser en raison de l'expiration des délais. Lorsque le même jour, la Cour de cassation décidait, contrairement à la pratique antérieure, que les sociétés de crédit-bail devaient revendiquer les biens auprès du mandataire liquidateur ou de l'administrateur, des milliards de francs furent perdus. là encore sans possibilité de régularisation.

3. — La Cour de cassation française perçoit bien la difficulté : dans les deux premiers exemples ci-dessus, elle usa d'artifices pour limiter la rétroactivité dans le temps ; un arrêt du 12 avril 1988 n'exigea le taux d'intérêt qu'à compter du 12 septembre 1985 ; un arrêt du 14 décembre 1993 permit de produire tardivement le mandat d'agir en justice. L'insoutenable rétroactivité des revirements de jurisprudence (I) est devenue sensible aujourd'hui en France. Elle a fait l'objet d'amples réflexions et de solutions par les juridictions supérieures des principaux pays occidentaux : le revirement n'ayant d'effet que pour l'avenir est une pratique bien assise dans d'autres pays et dans la Communauté européenne (II).

### I. — L'INSOUTENABLE RÉTROACTIVITÉ : LES REVIREMENTS ACTUELS

4. — La portée des revirements de jurisprudence est contrastée. L'effet normatif des décisions de jurisprudence, qui en est le multiplicateur, n'est pas totalement admis (A). En même temps les auteurs s'accordent pour constater et déplorer la rétroactivité qui est attachée à ces décisions, et spécialement aux revirements (B).

#### A. — L'EFFET NORMATIF DES DÉCISIONS DE JURISPRUDENCE

5. — Malgré l'[article 5 du Code civil](#), qui prétendait interdire les arrêts de règlement, il est généralement admis aujourd'hui que la jurisprudence est une source de droit et que la Cour de cassation dit la règle [Note 1](#). Elle est devenue l'égal du législateur, l'égal du Conseil d'État [Note 2](#), l'égal du juge de common law. L'égal de la Cour de justice des Communautés européennes qui

« dit pour droit les solutions qu'elle formule, l'égal de la Cour européenne des droits de l'homme qui prend en considération l'effet erga omnes de ses décisions [Note 3](#).

6. — Ce n'est pas là seulement l'effet de l'interprétation de règles ou de solutions antérieures. Ce n'est pas là l'effet d'une découverte de solutions ou d'interprétations préexistantes que la Cour de cassation révélerait. C'est là l'effet de toute décision dont le contenu est admis au-delà du cercle des parties au litige. Dès lors qu'une décision de la Cour de cassation est reconnue par les juridictions inférieures comme une ligne à suivre, elle a un effet normatif. Dès lors que cette décision instaure l'unité de la jurisprudence, et s'impose par l'autorité morale et hiérarchique de son auteur, elle devient norme.

L'effet normatif donne une efficacité erga omnes à la solution de droit que contiennent certains arrêts des cours supérieures et concrétise la fonction unificatrice de la Cour de cassation.

7. — Les raisons de cet effet normatif sont en outre élargies à la nécessaire intervention du juge pour compléter la loi ou pour suppléer la carence du législateur, pour réagir aux besoins du corps social et pour formaliser les évolutions de la communauté des juristes. L'effet normatif des arrêts d'une juridiction supérieure ne peut plus être contesté. L'[article 5 du Code civil](#) fut très tôt frappé d'abrogation tacite. La publication des arrêts, que la Cour de cassation assure elle-même avec un soin jaloux [Note 4](#), est une preuve de cette portée normative. Qu'aurait-on besoin de les publier s'ils n'avaient d'effet que pour les parties ?

Mais cette jurisprudence qui accède à la qualité de source de droit est un instrument malcommode. La rétroactivité de ses normes est intolérable.

#### B. — DIFFICULTÉS ACTUELLES LIÉES À LA RÉTROACTIVITÉ

8. — Dans un État 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 (infra n° 19).

C'est pourquoi les normes législatives [Note 5](#) et administratives [Note 6](#) sont soumises au principe de non-rétroactivité [Note 7](#). Même les changements de doctrine administrative n'opèrent que pour l'avenir [Note 8](#).

9. — Ce contexte rend moins admissible l'imprévisibilité qui affecte les solutions jurisprudentielles. Elle est liée à l'insuffisance des débats qui les précèdent, à l'insuffisance de leur motivation et à l'insuffisance de leur publicité. Quant aux revirements de jurisprudence, 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 [Note 9](#).

10. — Si tous les revirements de jurisprudence sont rétroactifs, l'inconvénient de cette rétroactivité n'est pas toujours le même. L'effet pour le passé de certains revirements est insignifiant. Lorsqu'en 1968, la Cour de cassation admit l'indemnisation du transporté bénévole, le changement était considérable dans l'ordre de la responsabilité civile ; les paramètres anciens de répartition du risque étaient abandonnés et l'arrêt marquait une ferme évolution vers l'indemnisation systématique des victimes, isolée d'autres considérations morales. Mais le nombre des auto-stoppeurs antérieurement victimes d'accidents et dont l'indemnisation était en question à ce moment là devait être ridiculement faible. La règle avait davantage d'importance pour l'avenir que pour le passé.

La situation ne devait guère être différente pour les concubines non indemnisées lorsque survint l'arrêt Dangereux leur accordant en 1970 la réparation du préjudice que leur causait la disparition accidentelle de leur concubin. Même l'arrêt Desmares en 1982, s'il fit l'effet d'une bombe au plan des principes, n'eut qu'une incidence limitée pour le passé. Les procès en responsabilité sont en effet intentés dans les mois qui suivent l'accident et même s'ils sont nombreux et durent longtemps, ils ne concernent heureusement qu'une fraction réduite de la population.

11. — En revanche, lorsque les revirements affectent une large part de la population, et lorsqu'ils interviennent en matière contractuelle, leur effet dans le passé est bien plus considérable. Tous les citoyens ont aujourd'hui un compte en banque et nombreux sont ceux qui, à un moment ou à un autre, l'ont utilisé à découvert. Les arrêts sur le régime de l'intérêt débiteur de ces comptes (Cass. 1<sup>er</sup> civ., 9 févr. 1988) ou sur le régime des dates de valeur (Cass. com., 6 avr. 1993) concernent une grande majorité des Français, et leurs effets remontent dix ans en arrière. Ce sont des dizaines de millions de clients de banques qui sont en mesure de demander remboursement. La Cour de cassation en eut tellement conscience qu'elle eut recours, le 12 avril 1988, à un subterfuge juridique pour limiter à trois ans dans le passé l'effet de la décision du 9 février 1988 ; elle en vint ainsi à affirmer que l'[article 1907 du Code civil](#), entré en vigueur en 1804, n'était pourtant devenu applicable au compte courant qu'en 1985 !

Les recours sont certes peu nombreux, au regard des masses concernées, tant après ce revirement qu'après celui affectant les dates de valeur. La rétroactivité n'en est pas moins une forte source de perturbation, dont les conséquences risquent de s'alourdir au temps présent.

12. — Notre période s'ouvre à un changement social important, découlant de l'abandon progressif du rationalisme constructiviste. L'on prend conscience lentement de l'effet pervers de l'interventionnisme ; chaque tentative de modeler les comportements par la règle législative ou jurisprudentielle entraîne autant d'effets indésirables que d'effets heureux : le SMIC augmente le chômage, la réglementation du bail concourt à la stagnation du parc immobilier, le redressement judiciaire provoque faillites et réduction du crédit, etc.

Les changements de solution juridique seront donc plus fréquents. D'une part l'on reviendra peut-être sur certaines des mauvaises solutions actuelles ; d'autre part l'on devra digérer le considérable volume des normes actuelles ; et ce volume continuera d'augmenter, car les traces du constructivisme ne seront pas immédiatement effacées ; l'activisme législatif a facilité et favorisé encore l'activisme judiciaire. qu'il s'agisse des consommateurs ou des professionnels, de la vente ou de la bourse, du contrat ou de la famille. Chacun des deux courants contraire, constructivisme déclinant et réalisme renaissant, accroîtra l'instabilité des solutions.

Jusqu'à aujourd'hui les juges français s'estiment privés du moyen de déterminer l'entrée en vigueur de la norme qu'ils posent. Pourtant les solutions existent.

Par un article vigoureux, le Professeur Wolfgang Friedmann exhortait il y a trente ans les juges anglais à ouvrir les yeux sur les solutions que leurs homologues américains utilisaient depuis plus d'un siècle <sup>Note 10</sup>. La situation de la Cour de cassation et du Conseil d'État français n'en est pas éloignée aujourd'hui. Les temps ne sont-ils pas propices à une reconsidération ? La jurisprudence s'est dépouillée de sa livrée de serviteur de la loi. Le problème est mûr et les moyens de le régler existent.

## II. — LES PRATIQUES ET PRÉCÉDENTS DES JURIDICTIONS SUPÉRIEURES ÉTRANGÈRES

13. — En Europe, les juridictions supérieures n'hésitent pas, lorsque la rétroactive serait trop nuisible, à déterminer l'entrée en vigueur de leurs décisions. Elles pratiquent ainsi le revirement pour l'avenir. Ces solutions des cours européennes et les principes de droit européen qu'elles ont dégagés s'imposent aux juges français (A). Ces pratiques sont bien antérieures à l'installation des juridictions européennes ; elles ont prouvé leur efficacité et leur innocuité au long d'un siècle et demi de prospective overruling par les cours américaines (B).

### A. — LES SOLUTIONS EUROPÉENNES

» 1<sup>o</sup> La Cour de justice des Communautés européennes

14. — L'important arrêt Defrenne contre Sabena, en 1976 <sup>Note 11</sup>, décida que l'effet direct de l'article 119 du Traité de Rome sur l'égalité des rémunérations ne pouvait pas être invoqué pour des contestations relatives à des salaires antérieurs :

Compte tenu du nombre élevé de personnes intéressées, de telles revendications, imprévisibles pour les entreprises, pourraient avoir des effets graves sur la situation financière de celles-ci..

En présence du comportement de plusieurs parmi les États membres et des attitudes prises par la commission et portées itérativement à la connaissance des milieux concernés, il convient de tenir compte, à titre exceptionnel, de ce que les parties intéressées ont été amenées, pendant une période prolongée, à maintenir des pratiques contraires à l'article 119. quoique non encore interdites par leur droit national...

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 les périodes passées ;

Qu'en conséquence l'effet direct de l'article 119 ne peut être invoqué à l'appui de revendications relatives à des périodes de rémunération antérieures à la date du présent arrêt, sauf en ce qui concerne les travailleurs qui ont introduit antérieurement un recours en justice ou soulevé une réclamation équivalente <sup>Note 12</sup>.

15. — Une croyance légitime avait en effet permis aux employeurs des États membres de la Communauté de ne pas offrir une égalité de rémunération aux hommes et aux femmes. Ils pensaient que l'article 119 du Traité de Rome, sur l'égalité de rémunération, nécessitait des textes transposant sa solution dans les droits nationaux, ce qu'affirmaient aussi les Gouvernements nationaux et la Commission des Communautés européennes.

16. — La Cour de justice des Communautés européennes a confirmé le régime qu'elle donne à cette solution dans l'arrêt Barber, en 1990 :

Ainsi que la cour l'a reconnu dans son arrêt du 8 avril 1976, Defrenne (43/75). elle peut, à titre exceptionnel, en tenant compte des troubles graves que son arrêt pourrait entraîner pour le passé, être amenée à limiter la possibilité pour tout intéressé d'invoquer l'interprétation que, saisie par voie de question préjudicielle, la cour donne d'une disposition.

Pareille limitation ne peut être admise que par la cour. dans l'arrêt même qui statue sur l'interprétation sollicitée <sup>Note 13</sup>.

Cette dernière restriction ne se conçoit que parce que l'application de la solution doit être uniforme dans tous les États membres.

17. — Dans les arrêts Moroni et Neath en 1993 <sup>Note 14</sup>, la Cour de justice des Communautés européennes a fait application de l'effet limité à l'avenir, comme dans l'arrêt Barber, à des pensions de retraite. Elle dit expressément pour droit :

En vertu de l'arrêt du 17 mai 1990 (Barber, aff. C-262/88), l'effet direct de l'article 119 du traité ne peut être invoqué ... que pour les prestations ... postérieures au 17 mai 1990...

18. — L'on voit donc que la solution est bien implantée en droit communautaire. Elle a en réalité un fondement et un domaine plus larges.

» 2° La Cour européenne des droits de l'homme

19. — Cette juridiction fait aussi référence à ces principes supérieurs de sécurité juridique, de prévisibilité des solutions et de confiance légitime. Dans l'arrêt Marckx contre Belgique, le 13 juin 1979 (série A, n° 31) elle décida :

Sur ce point, il y a lieu de se fonder sur deux principes généraux du droit rappelés récemment par la Cour de justice des Communautés européennes : « Les conséquences pratiques de toutes décisions juridictionnelles doivent être pesées avec soin », mais « on ne saurait (...) aller jusqu'à infléchir l'objectivité du droit et compromettre son application future en raison des répercussions qu'une décision de justice peut entraîner pour le passé » (8 avr. 1976, Defrenne c/ Sabena : Rec. CJCE 1976, p. 481)...

Eu égard à cet ensemble de circonstances, le principe de sécurité juridique, nécessairement inhérent aux droits de la convention comme au droit communautaire, dispense l'État belge de remettre en cause des actes ou situations juridiques antérieurs au prononcé du présent arrêt. Certains États contractants dotés d'une cour constitutionnelle connaissent d'ailleurs une solution analogue : leur droit public interne limite l'effet rétroactif des décisions de cette cour portant annulation d'une loi. La cour fait référence à ce précédent et applique à nouveau la solution dans l'arrêt Vermeire contre Belgique<sup>Note 15</sup>.

» 3° La portée de ces solutions

20. — Les fondements donnés à ces solutions ont pleine valeur en droit français<sup>Note 16</sup>.

La Cour de justice des Communautés européennes invoque, dans l'arrêt Defrenne, « des considérations impérieuses de sécurité juridique ». Elle précise le régime de toute rétroactivité dans un arrêt du 5 octobre 1993<sup>Note 17</sup>, en faisant référence à la confiance légitime. Elle y affirme que la rétroactivité d'un règlement du conseil est tolérable « dès lors que cette rétroactivité ne porte pas atteinte à la confiance légitime de personnes qui sont soumises à cette application rétroactive ».

La référence fournit un critère précieux de rétroactivité admissible pour un texte législatif ; l'interprétation de notre [article 2 du Code civil](#) en sera enrichie. Elle est tout aussi instructive pour distinguer les rétroactivités jurisprudentielles tolérables de celles qui ne le sont pas.

La Cour européenne des droits de l'homme transforme les « considérations en un « principe de sécurité juridique, nécessairement inhérent au droit de la convention comme au droit communautaire » (arrêt Marckx ci-dessus).

L'influence des décisions des juridictions européennes sur les juges français est aujourd'hui assise<sup>Note 18</sup>. Les principes qu'elles reconnaissent s'imposent de la même façon.

21. — Les considérations spéciales invoquées par la Cour de justice des Communautés européennes ou la Cour européenne des droits de l'homme sont parfaitement transposables aux situations dont a connu la Cour de cassation française. Le grand nombre des personnes concernées, les conséquences financières importantes, l'imprévisibilité du revirement, l'insistance des Gouvernements au soutien des pratiques antérieures. la sécurité juridique nécessairement inhérente au droit sont des paramètres tout aussi forts dans la modification des régimes de l'intérêt débiteur des comptes en banque (Cass. com., 9 févr. et 12 avr. 1988), de la revendication des crédit-bailleurs

(Cass. com. 15 oct. 1991), du pouvoir pour déclarer les créances (Cass. com., 15 oct. 1991) ou des dates de valeur (Cass. com., 6 avr. 1993) qu'ils l'étaient dans l'arrêt Defrenne ou dans l'arrêt Marckx.

22. — Enfin, il faut rappeler que la Cour européenne des droits de l'homme peut imposer à un État d'indemniser la victime d'une violation d'un droit de l'homme par une compensation équitable (Conv., art. 50). Une telle condamnation ne pourrait-elle pas être envisageable contre l'État français, à cause du fonctionnement de son administration judiciaire ?

Les principes de sécurité juridique et de confiance légitime dans les solutions admises, qui font partie de l'ordre communautaire et dont le respect est imposé par la Convention européenne des droits de l'homme, ont eu les mêmes effets depuis longtemps aux États-Unis.

B. — LA PRATIQUE AMÉRICAINE

23. — Il y a plus d'un siècle et demi que les juridictions américaines, et notamment la Cour suprême, recourent au prospectif overruling pour limiter l'effet rétroactif de leurs décisions. Et elles l'ont fait dans des circonstances qui sont semblables à celles des revirements délicats de la Cour de cassation aujourd'hui.

24. — Dès 1863, la Cour suprême des États-Unis refusa de rendre rétroactive l'annulation par la Cour suprême de l'Iowa de certains municipal bonds ; en effet la validité de principe de telles émissions avait été affirmée par des décisions antérieures, et les contractants avaient acquis ces obligations en faisant une confiance légitime à ces décisions antérieures<sup>Note 19</sup>.

25. — Dans le leading case de la matière, en 1932 (Great Northern Railway y Sunburst Oil & Refining Co.<sup>Note 20</sup>), la Cour suprême des États-Unis déclara parfaitement constitutionnel l'exercice d'un revirement limité à l'avenir.

La Cour suprême du Montana avait d'abord décidé en 1921 qu'après chaque réduction des taxes sur les transports par la Commission d'État, son interprétation de la loi instituant cette commission permettait au transporteur qui avait payé le tarif ancien d'obtenir remboursement de la différence. En 1932, elle effectue un revirement et décide que cette loi ne permet pas un tel remboursement. Toutefois, tenant le fait que les parties s'étaient conformées à sa solution antérieure, elle décida de ne pas appliquer son revirement à Sunburst, ni à tout autre transporteur qui aurait contracté en considération de sa solution antérieure.

Cette décision fut portée devant la Cour suprême par Great Northern au motif qu'elle serait inconstitutionnelle (privation d'un bien — le remboursement — en violation du due process of law) ; il était sous-entendu que le juge s'arrogeait les pouvoirs du législateur.

La Cour suprême jugea la même année que cette pratique, qu'elle avait elle-même utilisée auparavant, ne violait pas la Constitution<sup>Note 21</sup>.

Ce revirement dans l'indemnisation d'une personne rappelle la situation des créanciers demandant au banquier d'un débiteur en faillite de réparer le préjudice que leur ont causé le soutien abusif ou la rupture abusive des crédits. En opérant un deuxième revirement en cette matière, le 9 juillet 1993, l'assemblée plénière aurait pu avoir, pour les plaideurs qui avaient appliqué la solution antérieure de la Cour de cassation, les mêmes égards que les juges américains. Il lui suffisait de préciser que son nouveau revirement n'aurait effet que pour l'avenir.

26. — Un deuxième arrêt très important aux États-Unis est l'arrêt Hare, rendu par la Cour suprême en 1952. La situation rappelle celle de l'arrêt Toulon rendu le 9 février 1988 par la première Chambre de la Cour de cassation, sur le taux d'intérêt. Dans l'arrêt Hare, la Cour suprême de l'Arkansas décida brusquement qu'était usuraire le taux d'intérêt de certains crédits à tempérament dont elle admettait

antérieurement la validité. Là encore elle décida que son changement de doctrine ne s'appliquait pas à l'affaire qu'elle jugeait et qu'il n'avait d'effet que pour les contrats conclus postérieurement à sa décision. L'arrêt Neri du 12 avril 1988 n'aurait-il pu utiliser une telle solution, de préférence à la solution contournée et si fragile qu'il mit en oeuvre.

27. — La Cour suprême des États-Unis n'hésite pas à prendre en considération les impératifs sociaux ou économiques. Lorsqu'en 1955, dans l'arrêt *Brown versus Board of Education*, elle décida qu'étaient contraires à la Constitution les programmes scolaires comportant une forme de ségrégation raciale, contrairement à sa doctrine antérieure *separate but equal*, elle précisa que les administrations de l'enseignement devaient appliquer sa solution *with all deliberate speed*, avec toute la promptitude voulue. Si ces administrations devaient rechercher cette promptitude, elles disposaient néanmoins d'un délai raisonnable ; ce n'est que huit ans plus tard que, à nouveau saisi du problème, la Cour suprême considéra que le délai raisonnable était expiré.

28. — Les juges anglais ont trouvé d'autres procédés. Dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle ils avaient contourné la difficulté en affirmant que le revirement n'existait pas dans leur système, puisque toutes les juridictions, y compris la House of Lords étaient liées par leur propre précédent. Mais les faits offrent souvent une résistance efficace aux déclarations de principe. Quand les juridictions supérieures anglaises estimaient nécessaire d'aménager une solution antérieure, elles ne procédaient pas par revirement mais par *distinguishing* : au lieu de changer la règle, elles taillent des exceptions qui en réduisent la portée.

Lorsque le *distinguishing* n'est pas souhaitable, elles n'ont pas hésité à décider d'un revirement pour l'avenir seulement. La House of Lords pratiqua ainsi le *prospective overruling* dans l'affaire *Hedley Byrne versus Heller*, en 1964<sup>Note 22</sup>.

29. — La Cour constitutionnelle italienne limite également la rétroactivité des décisions d'annulation de normes, et les juridictions administratives françaises ont parfois fait de même. De la *common law* au droit continental, le procédé gagne une audience toujours plus grande.

#### CONCLUSION

30. — S'il est temps d'ouvrir les yeux sur les solutions adoptées à l'étranger, il est temps également pour respecter les principes supérieurs formulés par la Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme : principes de sécurité juridique, de prévisibilité des solutions, et de respect de la confiance légitime que les justiciables ont placée dans une solution admise lorsqu'ils ont agi ou contracté.

31. — Ces principes ont jusqu'à présent permis d'écarter les hésitations ou les critiques : interdiction des arrêts de règlements, exercice abusif du pouvoir législatif, inconstitutionnalité, injustice pour quelques plaideurs.

32. — Le domaine du revirement pour l'avenir est somme toute assez réduit. Certes il s'agit des revirements au sens large : tout arrêt qui pose une règle différente de la solution antérieure, que cette dernière découle d'un arrêt, d'une pratique commune, d'un modèle gouvernemental ou d'une suggestion doctrinale. La Cour de justice des Communautés européennes l'avait bien compris dans l'arrêt *Defrenne* qui ne renversait pas une solution antérieure mais qui posait une solution contraire à des pratiques antérieures. Ainsi les arrêts imposant la revendication au crédit bailleur (Cass. com., 15 oct. 1991) ou annulant la plupart des dates de valeur (Cass. com., 6 avr. 1993 : JCP 1993, éd. G, II, 22062. note J. Stoufflet) auraient pu mériter un revirement pour l'avenir.

Les circonstances exigeant de n'appliquer une solution nouvelle qu'à l'avenir sont diverses. L'arrêt *Defrenne* offre quelques indications : grand nombre des personnes concernées, pratique antérieure largement admise, pratique encouragée par les pouvoirs publics, sentiment que le droit existant est solide, conséquences financières du revirement, importantes et imprévisibles<sup>Note 23</sup>. C'est souvent en matière contractuelle que serait justifié le revirement pour l'avenir.

33. — Le régime du revirement pour l'avenir en droit français reste à déterminer. Il semble difficile de transposer aux arrêts la solution établie pour la législation, selon laquelle la rétroactivité est bannie sauf disposition expresse en sens contraire. C'est plutôt par exception que la rétroactivité des arrêts serait écartée, par une mention spéciale des décisions dans lesquelles ce choix serait retenu.

Le cas du plaideur qui a obtenu le revirement est en général réglé favorablement : si le revirement supprime un avantage, le revirement ne s'applique pas à l'intéressé (ex. *Sunburst*) ; si le revirement crée un avantage, il s'applique à l'intéressé (ex. *Defrenne*).

Les situations similaires à la sienne sont traitées selon la confiance légitime. Si le revirement supprime un avantage, tous ceux qui ont contracté ou agi en considération de la règle antérieure seront jugés selon cette règle, car ils avaient légitimement placé leur confiance en elle. Si le revirement crée un avantage, seuls ceux dont l'action est en cours pourront obtenir la rétroactivité. Les autres ne pourront en bénéficier que pour la période postérieure.

La date d'effet d'un revirement pour l'avenir pourrait être celle de la publication de l'arrêt au Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, qui tiendrait un rôle équivalent à celui du Journal officiel pour les lois. Ainsi serait respecté le principe d'accessibilité au droit, qui fait l'objet d'une application rigoureuse par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>Note 24</sup>.

Ces situations méritent en fait d'être régies spécifiquement selon leur nature : faits générateurs de responsabilité, contrats, événements affectant le statut personnel, procédure pénale (qui soulève bien des difficultés aux États-Unis), etc. Puissent les juristes engager la réflexion, et préparer ainsi au revirement un avenir dégagé des actuels faux-semblants.

---

[Note 1](#) Pour un tableau des opinions : P. Malaurie et L. Aynès, *Droit civil, Introduction générale*, n° 850 ; Adde, admettant une normativité constatée mais non rationnellement justifiée : F. Zénati, *La jurisprudence*, Dalloz, 1991. p. 115. [Note 2](#) A. de Laubadère, *Traité de droit administratif*, t. 1, 9<sup>e</sup> éd. par J.-Cl. Venezia et Y. Gaudemet, LGDJ, 1984, n° 38 : « Le Conseil d'État, pour des raisons qui se relient à son origine historique, se reconnaît une grande liberté dans l'élaboration du droit : sa jurisprudence administrative est incontestablement créatrice de droit » ; M. Waline, *Le pouvoir normatif de la jurisprudence*. Mélanges Scelle, t. II, p. 615 ; J.-M. Auby et R. Drago, *Traité du contentieux administratif*, t. 1, LGDJ, 1984, n° 5 p. 19 : le juge administratif « a été amené à s'arroger un pouvoir normatif ». [Note 3](#) En dépit de l'article 53 de la Convention européenne des droits de l'homme. que l'interprétation commune rendait comparable à l'[article 5 du Code civil](#) : arrêt *Marckx* en 1979 (A 31), arrêt *Vermeire* en 1991 (A 214 C). et arrêt *Modinos c/ Chypre*, 22 avr. 1993 (A 259). — F. Sudre, *Droit de la Convention européenne des droits de l'homme* : JCP 1994, éd. G, I, 3742 ; Rappr. sur l'autorité de la chose interprétée : J. Velu et R. Ergéc. *La Convention européenne des droits de l'homme*. Bruviant, 1990, n° 1238. [Note 4](#) Le Bulletin d'information de la Cour de cassation (bimensuel, dit aussi « flash ») et le Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (mensuel). [Note 5 C. civ., art. 2](#), pour la loi française ; — Article 28 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des

traités pour les normes internationales.[Note 6](#) Aucune décision administrative, réglementaire comme individuelle, n'est rétroactive, par « transposition en droit public du principe supérieur de non-rétroactivité des lois » : R. Odent, *Contentieux administratif*. Les cours de droit, fasc. 5, 1976-1981, p. 175.[Note 7](#) Principe général reconnu par le Conseil constitutionnel : Cons. const. 24 oct. 1969 : Rec. Cons. const. p. 32, pour la non-rétroactivité des règlements.[Note 8](#) LPF, art. L. 40-A. al. 2, pour la doctrine du fisc.[Note 9](#) P. Voirin, Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences (A propos de l'arrêt du 18 juin 1958) : JCP 1959, éd. G, I. 1467, n° 3.[Note 10](#) Limits of judicial lawmaking and prospective overruling : 29 *Modern Law Rev.* (1966), p. 595.[Note 11](#) CJCE. 8 avr. 1976, Mlle Defrenne : Rec. CJCE 1976, p. 454, spéc. nos 69 s., p. 481.[Note 12](#) Cet arrêt fut rendu sous la présidence du juge français R. Lecourt.[Note 13](#) CJCE, 17 mai 1990, aff. C-262/88 : Rec. CJCE 1990, I. p. 1889, spéc. n° 41, I. p. 1955.[Note 14](#) CJCE. 14 déc. 1993. Moroni. aff. C-110/91 : *Activités CJCE* 1993, n° 36, p. 4 : — 22 déc. 1993, Neath. aff. C-152/91 : *Activités CJCE* 1993, n° 37, p. 3.[Note 15](#) CEDH. 29 nov. 1991 : Série A, n° 214, § 20. — Sur ce problème de droit transitoire, V. F. Rigaux. note ss. l'arrêt : RTDH 1992, spéc. p. 222.[Note 16](#) G.Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, 1989, p. 205.[Note 17](#) CJCE. 5 oct. 1993. Driessen et a. aff. C. 13 : Petites affiches n° 17, 9 févr. 1994, p. 20, obs. L. Cartou.[Note 18](#) La liste est longue des arrêts qui la précisent : Cafés Jacques Vabre et Nicolo, écoutes téléphoniques et transsexuels, Marlasing et Rothman.[Note 19](#) *Gelpcke v/ City of Dubuque*, 68 US (1 Wall) 175 (1863).[Note 20](#) 287 US 358 (1932).[Note 21](#) Le juge Cardozo prit une part importante dans cette décision.[Note 22](#) W. Friedmann, *Limits of judicial lawmaking and prospective overruling* : 29 *Modern Law Rev.* 1966, p. 605. — J. Stevens, *Hedley Byrne v/ Heller* : *Judicial Creativity and Doctrinal Possibility* : 27 *Modern L. Rev.* 1964, p. 121.[Note 23](#) Pour une synthèse plus abstraite, V. le remarquable article de J.-L. Souriou, *La croyance légitime* : JCP 1982, éd. G, I, 3058. L'auteur y étudie surtout l'apparence ; il analyse la croyance en une représentation de la vérité qui est erronée mais vraisemblable et dispensée de vérification. Il y inclut aux nos 24 et 25 l'empêchement de vérifier par le fait que la vérité juridique n'existe pas au moment de l'acte de croire, c'est-à-dire les hypothèses de revirement jurisprudentiel.[Note 24](#) CEDH, 26 avr. 1979, *Sunday times*, à propos du contempt of Court, droit jurisprudentiel jugé accessible et prévisible ; V. Berger, *La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 2e éd., Sirey, n° 23. D'autres décisions sont aussi fermes.

Recueil Dalloz 2005 p. 247

## Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon

Patrick Morvan, Professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II)

L'essentiel

La rétroactivité cinglante de la jurisprudence n'est plus inéluctable. La figure du revirement pour l'avenir, ou prospectif, a éclos en droit français, à la faveur d'un arrêt du Conseil d'Etat (Ass. 11 mai 2004) puis d'un arrêt de la Cour de cassation (Cass. 2e civ. 8 juill. 2004) dont le raisonnement fut aussitôt corroboré (Cass. soc. 17 déc. 2004). La prohibition des arrêts de règlement (C. civ., art. 5) n'a pas entravé cette pratique, déduite par le juge judiciaire du droit à un procès équitable (Conv. EDH, art. 6) et que l'article 2 du code civil étaye plus solidement.

Le revirement prospectif, qu'il soit « pour l'avenir », « d'avenir » ou « à venir », est commandé par une double « équité », objective ou subjective. L'équité fournit le critère de mise en oeuvre que n'offriront jamais les notions de sécurité juridique, de confiance ou d'attentes légitimes - exotiques, diffuses et arbitraires.

Mais quel juge est habilité à pratiquer le revirement prospectif et quelles matières lui offrent un terrain propice ?

I - Le juge français dans la Cour des grands

**1 - Retour vers le futur** - Par un arrêt du 8 juillet 2004, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation a, pour la première fois, accompli un revirement pour l'avenir. Soumettant à une règle de

prescription inédite (précédemment réfutée dans un arrêt du 4 déc. 1996 ) l'action civile fondée sur une atteinte à la présomption d'innocence, la Cour s'abstient néanmoins de censurer l'arrêt déferé en estimant que « l'application immédiate de cette règle (...) 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 des droits de l'homme (Cass. 2e civ. 8 juill. 2004, à paraître au *Bulletin* - mais non au *Rapport annuel* -, D. 2004, Jur. p. 2956).

La formule renferme un euphémisme : à défaut de revirement pour l'avenir, la nouvelle règle eût été d'application « rétroactive » et même super-rétroactive (à l'image d'une loi interprétative. Cf. P. Malaurie et P. Morvan, *Introduction générale*, Defrénois, 2003, n° 266). Elle a pourtant trouvé un rapide écho : dans un arrêt du 17 décembre 2004, la Chambre sociale a affirmé que l'exigence d'une contrepartie financière à la clause de non-concurrence (issue d'un revirement déjà intervenu le 10

juill. 2002 ), à peine de nullité du contrat de travail, « loin de violer (...) l'article 6 » Conv. EDH était « d'application immédiate » (pourvoi n° 03-40.008, à paraître au *Bulletin*). Exclu en

l'espèce au prix d'une motivation soignée (V. *infra*, n° 9 *in fine*), le revirement pour l'avenir n'en a pas moins été envisagé sérieusement pour la deuxième fois devant la cour régulatrice.

Avant que le groupe de travail mis en place par le Premier Président de la Cour de cassation Guy Canivet, sous la direction du professeur Nicolas Molfessis, ne dépose son rapport (V. l'entretien paru au JCP 2004, I, 189), la Haute juridiction a donc pris l'initiative et franchi le Rubicon - selon une expression privilégiée des juristes anglais décrivant le revirement pour l'avenir *as crossing of the Rubicon between adjudication and legislation* - (le Rubicon entre la fonction [judiciaire] de déclaration et celle [législative] de création du droit).

Surtout, ce n'est que deux mois après que le Conseil d'Etat, en effervescence, eut cédé à la même

tentation (CE Ass. 11 mai 2004, *Association AC !* , Dr. adm. juill. 2004, n° 115), que la Cour suprême s'est arrogé le précieux pouvoir de restreindre dans le temps la portée de ses arrêts.

Les Hautes juridictions françaises ont ainsi entrepris de marcher sur les brisées des plus grandes cours.

**2 - Précédents** - La Cour suprême des Etats-Unis fut la pionnière du *prospective overruling*, couramment dénommé *sunbursting* depuis l'arrêt fondateur *Great Northern Railway Co. v/ Sunburst Oil & Refining Co.* de 1932.

Sans doute le juge américain n'a-t-il pas converti le juge anglais (non plus que la Cour suprême du Canada) : au Royaume-Uni, la *House of Lords* et la *Court of Appeal* témoignent encore d'une fidélité à la fiction héritée de la doctrine de William Blackstone (*Commentaries of the laws of England*, 1765-1769) selon laquelle la *common law* renferme un droit originel préexistant, immuable, complet et toujours juste (un droit naturel) que le juge se borne à révéler, à dévoiler, à déclarer de façon nécessairement rétroactive (*declaratory theory of common law* que, nonobstant, les Lords n'hésitent pas à qualifier de conte de fées [*fairy tale*] auquel nul ne croit plus...). Si les *retrospective overrulings* sont parfois atténués par un recours aux *obiter dicta* voire aux *dissenting opinions* dans lesquels les juges anglais avertissent le public de l'imminence d'un revirement (ce que Lord Devlin nomma avec humour en 1976 des *rumblings from Olympus*, grondements du haut de l'Olympe), le *prospective overruling* demeure banni en son principe (V. en sa faveur, les opinions minoritaires de Lord Browne-Wilkinson dans l'arrêt *Kleinwort Benson* du 29 octobre 1998 et, surtout, de Lord Slynn dans l'arrêt *ex parte Evans* du 27 juillet 2000 [www.parliament.the-stationery-office.co.uk]. Adde l'étude de R. H. S. Stur, *Time and Law*, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 22, n° 3 (2002), p. 463-488).

En revanche, le juge communautaire a tôt recouru au revirement pour l'avenir, même si ce fut « à titre exceptionnel » et au nom de « considérations impérieuses de sécurité juridique » (CJCE 8 avr. 1976,

*Defrenne*, aff. 43/75 ; 15 janv. 1986, *Pimma I*, aff. 41/84 ; 17 mai 1990, *Barber*, aff. C. 262/88 , décisions rendues en matière de protection sociale). De façon remarquable, l'article 231 du traité CE

consacre cette faculté, de portée générale, dans le cas particulier du recours en annulation d'un règlement communautaire (sur l'hypothèse des contentieux de la légalité, V. *infra*, n° 16).

Imitant son homologue, la Cour européenne des droits de l'homme a, à son tour, accueilli cette technique au nom du « principe de sécurité juridique, nécessairement inhérent au droit de la Convention comme au droit communautaire » (CEDH 13 juin 1979, *Marckx*, § 58 ; 29 nov. 1991, *Vermeire*, concernant la vocation successorale des enfants naturels), même si elle en fait un usage bien plus parcimonieux.

3 - En France, la Cour de cassation avait esquissé une tentative timide en ce sens, afin de limiter le coût exorbitant pour les banques d'un revirement (Cass. 1re civ. 9 févr. 1988 et Cass. com. 12 avr. 1988, JCP 1988, II, 21026, imposant la fixation du TEG par écrit). Mais le cas resta isolé et la motivation de pure circonstance (cf. P. Malaurie et P. Morvan, *op. cit.*, n° 352).

Depuis lors, le juge judiciaire assumait sans fard la rétroactivité absolue de ses revirements, clamant même que « l'interprétation jurisprudentielle d'une même norme à un moment donné ne peut être différente selon l'époque des faits considérés et nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à

une jurisprudence figée » (Cass. 1re civ. 21 mars 2000, D. 2000, Jur. p. 593, note C. Atias ;

RTD civ. 2000, p. 666, obs. N. Molfessis ; 9 oct. 2001, D. 2001, Jur. p. 3470).

Celui qui ne parvient pas à anticiper une interprétation ou un revirement jurisprudentiel ne peut davantage invoquer une erreur de droit (V. en droit pénal, Cass. crim. 2 mars 1961, JCP 1961, II,

12095. Rapp. Cass. ass. plén. 2 avril 1993, D. 1993, Jur. p. 373 ; JCP 1993, II, 22051, concl. M. Jéol, admettant que le caractère indu d'un paiement puisse résulter d'une jurisprudence nouvelle postérieure à celui-ci ; mais ici, s'agissant d'un indu objectif, le *solvens* n'avait pas à prouver son erreur. Le thème du paiement effectué sous l'empire d'une *mistake of law* est précisément au cœur de l'arrêt *Kleinwort Benson*, précité, de la *House of Lords*). Cette règle temporelle a son équivalent spatial : une divergence de jurisprudences entre deux chambres de la Cour de cassation ne peut être à l'origine d'une erreur de droit (Cass. crim. 11 mai 2004, D. 2004,

Jur. p. 2326, sur le vol de documents par un salarié qui les produit ensuite dans une instance prud'homale).

4 - Ironie de l'histoire, l'article 6 § 1 Conv. EDH dont la Cour régulatrice refusait de déduire un « droit acquis à une jurisprudence figée » est devenu le socle textuel du revirement pour l'avenir, figeant bel et bien, pour le passé voire le présent (les instances en cours), une jurisprudence répudiée (sur les variantes, V. *infra*, n° 15).

Le *sunbursting* aura ainsi suivi de curieux méandres depuis Washington jusqu'à l'île de la Cité : inventé aux Etats-Unis, contemplé avec hostilité dans la plupart des droits anglo-saxons, il a séduit la Cour de justice des Communautés européennes puis conquis « par ricochet » la Cour européenne des droits de l'homme, avant que de pénétrer la jurisprudence française par le truchement de l'article 6 § 1 de cette Convention européenne.

II - Le cadre légal du revirement pour l'avenir

5 - A la différence du Conseil d'Etat, ayant statué deux mois auparavant, la Cour de cassation a voulu glisser un socle textuel sous la technique du revirement pour l'avenir : l'article 6 § 1 Conv. EDH et le droit à un procès équitable. Encore fallait-il mettre « hors d'état de nuire » l'article 5 du code civil.

**6 - L'inoffensive prohibition des arrêts de règlement.** - Que de chemin parcouru depuis que Christian Mouly s'interrogeait, il y a dix ans (cf. les références in P. Malaurie et P. Morvan, *op. cit.*, n° 352), sur la compatibilité du procédé avec la prohibition des arrêts de règlement (c. civ., art. 5) !

Mais la prohibition des arrêts de règlement ne bride en rien la faculté créatrice du juge. Elle signifie que les juges « ne sauraient (...) se lier pour l'avenir en déclarant qu'ils jugeront les mêmes questions d'après les principes par eux posés » (Cass. 2e civ. 16 juin 1955, Bull. civ. II, n° 346). En revanche, « ils peuvent, mais encore ils doivent indiquer les règles et principes généraux de droit sur lesquels ils fondent leurs décisions » (Cass. req. 1er févr. 1882, DP 1882, I, p. 113). En somme, l'article 5 n'interdit au juge que d'exercer « un pouvoir législatif, en la forme et à la manière qui est celle du législateur » (P. Hébraud, Le juge et la jurisprudence, Mélanges Couzinet, 1974, p. 329, spéc. n° 10, p. 339). Or, la Cour de cassation n'énonce le droit qu'à l'occasion de litiges particuliers ; elle ne légifère jamais *ex nihilo*, en dehors des faits, à l'image des Parlements de l'Ancien Régime.

Le revirement pour l'avenir, qui consacre la coexistence simultanée de deux interprétations antinomiques de la même loi, ruine seulement un peu plus le mythe de l'incorporation de la jurisprudence dans la loi interprétée et constitue une preuve rationnelle de l'activité créatrice de la jurisprudence (sur d'autres preuves semblables, cf. notre étude, En droit, la jurisprudence est une source du droit, RRJ 2001, p. 77).

**7 - L'empreinte double de la Convention européenne des droits de l'homme** - Contraire ou non à l'article 5 du code civil, le procédé est, de toute manière, imposé par la Convention européenne des droits de l'homme.

**8 - L'ambigu droit au recours** - Dans certaines situations contentieuses, le droit d'exercer un recours, aspect du procès équitable (Conv. EDH, art. 6 § 1), subordonne la rétroactivité de la norme jurisprudentielle à sa prévisibilité et son accessibilité pour le justiciable. Ainsi, dans le contentieux relatif à l'indemnisation des victimes de transfusions sanguines contaminées par le virus du sida, la Cour de Strasbourg avait jugé que « ni le texte de la loi du 31 décembre 1991 ni ses travaux préparatoires ne permettaient à l'intéressé de se douter des conséquences juridiques que la Cour de cassation allait déduire de son acceptation de l'offre » du fonds de garantie institué par cette loi si bien que le requérant n'avait « pas eu la possibilité claire et concrète de contester devant un tribunal le montant de l'indemnisation [et n'avait donc] pas bénéficié d'un droit d'accès concret et effectif devant

un tribunal » (CEDH 4 déc. 1995, *Bellet c/ France* ; 30 oct. 1998, *F. E. c/ France* ).

Le droit à un recours constitue néanmoins un appui à double tranchant : dans le contentieux de la légalité (recours en annulation d'un acte communautaire, recours pour excès de pouvoir, action en nullité d'un acte juridique de droit privé...), il s'oppose tout au contraire à la limitation dans le temps des effets de l'annulation, comme l'a expressément constaté le Conseil d'Etat (V. *infra*, n° 13).

**9 - Le droit à un procès équitable** - Mais l'arrêt du 8 juillet 2004 est l'héritier de la jurisprudence européenne à un second titre. Dans un spectaculaire arrêt rendu par l'Assemblée plénière le 23

janvier 2004 (D. 2004, Jur. p. 1108 , note P.-Y. Gautier, sur la révision du loyer du bail

commercial à la suite de la loi MURCEF du 11 décembre 2001 , qui censurait une jurisprudence antérieure), la Cour de cassation avait considéré, dans une formule empruntée à la Cour de Strasbourg, que « le principe de prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 [Conv. EDH] s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice afin d'influer sur le dénouement judiciaire des litiges » et justifient l'inapplication d'une loi rétroactive aux instances en cours, fût-elle qualifiée d'interprétative.

La Cour régulatrice ne pouvait réserver un traitement plus favorable à sa propre jurisprudence dont l'effet rétroactif découle officiellement de son caractère *interprétatif*. Désormais, le principe de prééminence du droit et, plus précisément, le droit à un procès équitable s'opposent aussi à une « ingérence du pouvoir judiciaire » (le revirement) influant sur le dénouement des litiges en cours.

Certes, il est des différences fondamentales entre la rétroactivité de la loi et celle de la jurisprudence. Le législateur qui modifie les « règles du jeu » en cours de procès agit délibérément et exclusivement dans ce but, témoignant ainsi d'une déloyauté sanctionnable ; ce faisant, il transgresse le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs. A l'inverse, le juge qui opère un revirement n'est *a priori* animé que d'une volonté de promouvoir une solution conforme au droit, à la justice voire sa politique judiciaire ; ce faisant, il agit dans le cadre de son pouvoir juridictionnel : « l'évolution de la jurisprudence relève de l'office du juge dans l'application du droit » (Cass. 1re civ. 21 mars 2000 et 9 oct. 2001, préc. *supra*, n° 3) ; nulle immixtion dans la sphère législative ou violation de la séparation des pouvoirs (en sens inverse du législateur) n'en résulte, à défaut d'arrêt de règlement au sens de l'article 5 du code civil (V. *supra*, n° 6).

En somme, la rétroactivité est une *faute* pour législateur, qui menace à une vaste échelle la stabilité des actes et situations juridiques ; le Conseil constitutionnel lui interdit d'ailleurs d'y recourir en matière répressive et subordonne à maintes conditions restrictives la rétroactivité des lois civiles (V. P. Malaurie et P. Morvan, *op. cit.*, n° 269). Au contraire, elle relève de l'office naturel du juge

et participe donc de son *devoir*. Dans ces conditions, la paralysie de la rétroactivité d'une décision judiciaire ne peut intervenir qu'« à titre exceptionnel », comme l'affirme la CJCE et le confirme la pratique des cours étrangères.

Toutefois, l'arrêt rendu le 17 décembre 2004 par la Chambre sociale (V. *supra*, n° 1) montre que les magistrats n'entendent pas faire de ce caractère exceptionnel une pure pétition de principe : la non-violation de l'article 6 Conv. EDH se trouve en effet fortement motivée par la « nécessité d'assurer la sauvegarde et l'effectivité de la liberté fondamentale d'exercer une activité professionnelle ». Le zèle qui transparait dans cette formule est d'autant plus frappant qu'une solution contraire aurait abouti à priver de rétroactivité un revirement intervenu depuis plus de deux ans (Cass. soc. 10 juill. 2002), c'est-à-dire... rétroactivement ! Nul ne se serait étonné que la Cour de cassation répugne à une telle audace et balaie sommairement l'argument. Elle l'a au contraire scruté minutieusement. Est-ce à dire que la charge de la preuve de la « nécessité » du revirement rétroactif incomberait désormais au juge ? Le revirement pour l'avenir deviendrait alors moins exceptionnel.

Se pose alors la question du régime juridique du revirement pour l'avenir, encore balbutiant.

III - Quand pratiquer le revirement pour l'avenir ?

**10 - Le critère de l'équité, détachée du procès équitable** - La notion de « procès équitable » extraite de l'article 6 § 1 Conv. EDH pourrait sembler un critère trop imprécis et malléable. En réalité, le concept d'« équité » arbore, en droit interne, des facettes nettement définies et singulièrement adéquates à la problématique du revirement pour l'avenir. La référence à la Convention européenne ne tend qu'à lui conférer un titre supérieur de légitimité en hissant la source de ce procédé au rang des normes internationales. En somme, si l'article 6 § 1 confère une valeur hiérarchique (prééminente) au pouvoir du juge d'opérer un revirement pour l'avenir, les critères du recours à cette technique doivent être puisés dans les acceptions que l'histoire du droit donne de l'équité.

**11 - Deux équités** - L'équité revêt une double signification, puisée dans la notion grecque d'*epieikeia* (pour de plus amples explications, cf. P. Malaurie et P. Morvan, *op. cit.*, n° 34 et n° 341-344).

L'équité aristotélicienne (objective) est une espèce de juste qui adapte le « juste légal » aux circonstances de fait pour rapprocher celui-ci de la vraie justice, le « juste absolu ». Appliquée à certains cas d'espèces non prévus par le législateur, la loi révèle des lacunes ou des ambiguïtés, conséquences de sa généralité. L'équité intervient ici comme un « correctif de la loi » qu'elle supplée et adapte (Aristote, *Ethique à Nicomaque*, Livre V, chap. 14), en tant que *méthode* d'interprétation de la loi. Ainsi, à Rome, le droit prétorien est-il venu « seconder, suppléer ou corriger le droit civil » (Papinien, *Digeste*, 1, 7, 1) ; en Angleterre, à partir du XIIIe siècle, des règles d'*equity* vinrent corriger celles de la *common law*. Cette opposition de l'équité au droit strict est éternelle et universelle : l'*epieikeia* s'oppose au *nomos*, l'*aequitas* au *jus*, l'*equity* à la *common law*, la *billigkeit* au *strenges rechts*...

L'équité des Stoïciens (subjective) est tout autre. Elle désigne un *sentiment* intérieur invitant le juge à la clémence, à la bienveillance, à l'humanité envers autrui. Tel est le sens de l'*aequitas* romaine chez Cicéron qui, sous l'influence croissante du christianisme, sera célébrée au XVIIe siècle par les

jusnaturalistes puis Domat qui l'associeront aux vertus morales de la compassion, la charité, la *philanthropia* ou la *misericordia*.

Dans ce double schéma général, le recours au revirement pour l'avenir répond à deux séries de préoccupations très pratiques.

**12 - Équité objective ou la méthode d'équité** - Il peut s'agir, d'abord, de prévenir une situation de vide, de lacune normative susceptible de provoquer un *chaos* (social, économique, financier ou politique), une atteinte à l'intérêt général, bref un excès, une disproportion synonyme d'injustice (pour Aristote, « le juste est une sorte de proportion » [*analogon*], au sens de la justice distributive ou géométrique).

Il est significatif à cet égard que la CJCE ait essentiellement recouru au revirement pour l'avenir dans le cadre de recours en annulation ou dans des cas où une nouvelle jurisprudence menaçait de bouleverser l'équilibre financier des systèmes nationaux de protection sociale (cf. arrêts *Defrenne*, *Pinna I* et *Barber*, préc. Sur ces épisodes, cf. P. Morvan, *Droit de la protection sociale*, Litec, 2003, n° 372 et 972).

L'arrêt *AC !* du Conseil d'Etat (Ass., 11 mai 2004, préc., au sujet du régime d'assurance-chômage, qui se trouvait lui-même menacé d'un grave péril financier) s'inscrit dans cette mouvance : lorsque l'effet rétroactif de l'annulation d'un acte administratif « 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 », le juge administratif doit « 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 ».

**13 - Trois remarques incidentes** - Cette dernière proposition révèle incidemment que le « droit à un recours effectif », qui milite *a priori* en faveur du revirement pour l'avenir (V. par ex. CEDH 4 déc. 1995, *Bellet*, préc. *supra*, n° 8 ; Cass. 2e civ. 8 juill. 2004, préc. *supra*, n° 1) peut, dans les contentieux de la légalité, en devenir l'ennemi ! C'est donc bien le *concept d'équité et lui seul* qui, au sein de l'article 6 § 1 Conv. EDH, doit servir de guide exclusif. Les principes de « sécurité juridique » ou de « confiance légitime » importés du droit communautaire sont, quant à eux, dépourvus de valeur obligatoire en droit interne où leur consécration ne ferait qu'instiller une vive insécurité juridique.

Afin de tenir à l'écart la figure embarrassante du droit à un recours, la Cour de cassation devrait viser l'article 6 § 1 Conv. EDH ensemble l'article 2 du code civil. Siège symbolique des principes régissant les conflits de lois dans le temps - qui, en réalité, ont été forgés par la doctrine et la jurisprudence -, l'article 2 a déjà fondé la condamnation de la rétroactivité d'actes non législatifs

(Cass. soc. 20 oct. 1994, Bull. civ. V, n° 286 , au sujet d'une circulaire de l'ACOSS). Il

pourrait aussi bien fonder la non-rétroactivité d'un revirement de jurisprudence, entendue comme la « loi » au sens large - ainsi que l'entend la Cour européenne (V. *infra*, n° 24). Il serait alors loisible d'ajouter que la loi, qui, selon l'article 2, « n'a point d'effet rétroactif », ne doit pas en acquérir davantage au bénéfice d'un revirement.

L'arrêt rendu le 17 décembre 2004 par la Chambre sociale (*supra*, n° 1) offre une nette illustration de ces idées. D'une part, il exclut de priver de sa rétroactivité un revirement (accompli deux ans auparavant sur la validité de la clause de non-concurrence) alors qu'aucune lacune normative susceptible de provoquer un chaos (qui serait d'ordre social ou économique, en droit du travail) ou de porter atteinte à l'intérêt général n'était avérée. D'autre part, il examine sur le fond la violation de l'article 2 du code civil et de l'article 6 Conv. EDH, invoqués par le moyen (outre les art. 1er et 1134 c. civ., très éloignés du sujet), et ne l'écarte qu'au nom d'une « liberté fondamentale » (V. *supra*, n° 9). C'est que le visa de l'article 2 du code civil est effectivement d'une grande pertinence lorsqu'il échet de procéder à un revirement pour l'avenir.

Ce débat inspire une dernière opinion. Bien que l'obstacle de l'article 5 du code civil ait été aplani (V. *supra*, n° 6), il n'est pas permis au pouvoir réglementaire d'instituer le revirement pour l'avenir en droit français. Une telle *réforme* ne saurait être accomplie au travers d'une modification par décret du nouveau code de procédure civile. Outre la compétence exclusive du législateur en matière de procédure pénale, il apparaît que la question touche à l'office du juge dans l'interprétation de la loi, donc à l'article 4 du code civil. Elle se situe de surcroît dans l'environnement des règles contenues aux articles 2 et 5 du code civil. Sur ce terrain, le règlement est incompétent et ne doit pas s'aventurer. Une réforme législative s'avère elle-même superflue : le revirement pour l'avenir est déjà une réalité au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ; les Hautes juridictions ont, pour ainsi dire, *prouvé le mouvement en marchant*.

**14 - Équité subjective ou le sentiment d'équité** - Il peut s'agir, ensuite, de remédier à une situation qui éveille un sentiment d'injustice et incline le juge à la compassion, l'indulgence, le porte à adoucir la rigueur de la rétroactivité d'une norme jurisprudentielle. Les juristes anglo-saxons aperçoivent eux-mêmes dans le *prospective overruling* un remède à une situation de *hardship* (dureté), source d'injustice.

L'approche subjective est familière de la Cour de cassation, sur la question même qui nous occupe. Saisie d'une action en responsabilité civile dirigée contre un notaire qui avait établi un acte de cautionnement valable lors de sa rédaction mais ultérieurement annulé à la suite d'un revirement de jurisprudence, la Cour avait estimé que les premiers juges ne pouvaient lui « reprocher (...) de n'avoir pas prévu un revirement de jurisprudence » (Cass. 1re civ. 25 nov. 1997, Bull. civ. I, n° 328 ; RTD

civ. 1998, p. 210, obs. N. Molfessis ). Un résultat identique aurait été atteint si la rétroactivité dudit revirement avait été neutralisée en son temps, dans le même but d'atténuer une responsabilité ressentie comme trop sévère.

IV - Les degrés du revirement pour l'avenir

**15 - Variantes : d'avenir, pour l'avenir, à venir** - Il existe au moins trois variantes du revirement pour l'avenir, diversement nommées par la doctrine américaine et dont nous suggérerons une traduction française. Aucune d'entre elles ne s'impose ou ne doit être exclue absolument ; il ne s'agit que de variantes d'une institution juridique admise en son principe. Au demeurant, chacune a d'ores et déjà été mise en oeuvre.

1°) La solution nouvelle est dite applicable aux situations ou actes juridiques postérieurs à l'arrêt ainsi que - par égard pour le principe d'égalité devant la justice - aux actions introduites avant le revirement qui seraient encore pendantes (*prospective overruling* ou revirement « d'avenir »). Ainsi en décide la CJCE lorsqu'elle est saisie d'un recours préjudiciel (V. *supra*, n° 2).

2°) De façon plus radicale, le juge peut décider que la nouvelle règle ne s'appliquera qu'aux situations ou actes juridiques nés et aux instances introduites postérieurement à l'arrêt, le plaideur à l'origine du revirement n'en tirant lui-même aucun bénéfice (*purely prospective overruling* ou revirement « pour l'avenir » au sens strict). Telle fut visiblement l'option retenue dans l'arrêt de la deuxième Chambre civile du 8 juillet 2004 (V. *supra*, n° 1) : l'auteur du pourvoi en ressort *victorieux mais sans récompense*.

3°) Il peut enfin repousser les effets de son revirement à une date future (un terme déterminé ou même indéterminé) qu'il définit librement (*purely prospective prospective overruling* ou revirement « à venir »), le cas échéant en réservant à nouveau le sort des instances en cours. Deux commentaires doivent être formulés à cet endroit.

**16 - Contentieux de la légalité : le double effet rétroactif** - Cette dernière méthode sied particulièrement au contentieux de la légalité qui renferme une rétroactivité à double détente, potentiellement la plus dévastatrice : rétroactivité de l'arrêt opérant le revirement et rétroactivité de l'annulation *erga omnes* de l'acte illicite (règlement, directive ou décision de droit communautaire, acte administratif ou acte juridique de droit privé).

Dans cette troisième variante du revirement « à venir », le juge accorde à l'auteur de la norme anéantie un délai dans lequel il pourra combler le vide béant suscité par l'annulation. C'est par ce biais que la CJCE maintient en vigueur un acte annulé non seulement pour la période antérieure à son arrêt mais aussi jusqu'à ce que l'institution défenderesse (Conseil, Commission...) « arrête, dans un délai raisonnable » un nouvel acte « ayant le même objet » (CJCE 25 févr. 1999, aff. C. 164 et 165/97).

De même, dans son arrêt *AC !* lu en Assemblée le 11 mai 2004, le Conseil d'Etat a décidé que, « sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de la présente décision contre les actes pris sur leur fondement, les dispositions [de divers arrêtés ministériels agréant la convention d'assurance-chômage du 1er janvier 2004] sont annulées à compter du 1er juillet 2004 », le temps pour le ministre de l'Emploi de prendre de nouveaux arrêtés d'agrément (ce qu'il fit dès le 28 mai).

**17 - Revirements de provocation** - Ce troisième type de revirement pour l'avenir permettrait aussi

d'accorder au législateur le temps de censurer ou d'entériner une jurisprudence manifestement adoptée dans le but de provoquer une réforme. Cette non-rétroactivité aurait parfaitement convenu aux arrêts *Desmares* (Cass. 2e civ. 21 juill. 1982, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, 11e éd., Dalloz,

2000, n° 205) ou *Perruche* (Cass. ass. plén. 17 nov. 2000, D. 2001, Jur. p. 332 ; JCP 2000, II, 10438), en préservant temporairement les litiges en cours d'un tumulte judiciaire qui visait d'abord à ouvrir un débat de société (sur l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation ou le statut des handicapés, dans ces exemples) et dont la portée dépassait largement le cadre de chaque espèce. Au lieu de cela, les parties aux litiges en cours subirent de plein fouet un brutal revirement suivi d'une brusque réforme législative. Le revirement pour l'avenir évite la prise d'otages jurisprudentielle. V - Quel juge peut pratiquer le revirement pour l'avenir ?

**18** - L'arrêt fondateur de la deuxième Chambre civile du 8 juillet 2004 (*supra*, n° 1) inspire une série de questions pratiques auxquelles il apporte lui-même un début de réponse. Mais une évolution est encore souhaitable afin d'affermir le régime du revirement pour l'avenir, qui dépendra plus de la sociologie judiciaire que d'une réforme, inutile sinon indésirable.

**19 - Quel degré de juridiction ?** - Seule la Cour de cassation doit pouvoir opérer des revirements pour l'avenir. Les juges du fond devraient s'en abstenir. L'histoire retiendra d'ailleurs que le pas fut franchi, dans l'ordre judiciaire, par la plus haute juridiction (Cass. 2e civ. 8 juill. 2004, cité *supra*, n° 1).

La disparité de jurisprudences entre les cours d'appel est suffisamment regrettable pour que des désaccords supplémentaires ne s'y surajoutent pas (telle cour opérant un revirement pour l'avenir, telle autre s'y refusant, ou chacune fixant une date d'application future différente). L'unité du droit et (puisque'il faut bien se résoudre à employer cette vague formule d'importation) la sécurité juridique exigent que le revirement pour l'avenir soit proclamé d'une seule voix.

Pourtant, en l'absence de réforme, il est impossible de dénier au juge du fond la faculté de recourir au revirement pour l'avenir et, en tout état de cause, de lui interdire d'appliquer l'article 6 § 1 Conv. EDH !

Par ailleurs, le feuilleton judiciaire de la conventionnalité des lois de validation, qui a connu un premier épisode dans l'affaire du « tableau d'amortissement » (sur son épilogue, V. Cass. 1re civ. 20

juin 2000, D. 2000, Jur. p. 699 ; JCP 2001, II, 10454) avant de rebondir dans l'affaire de la *loi MURCEF*, conduisant finalement la Cour de cassation à brider leur rétroactivité (Cass. ass. plén. 23 janv. 2004, cité *supra*, n° 9), démontre que l'esprit de rébellion, l'audace et la créativité remontent souvent des juges d'« en-bas » vers la Cour suprême.

Enfin, le Conseil d'Etat (Ass. 11 mai 2004, préc. *supra*, n° 1) a lui-même confié au « juge administratif », d'une manière générale, le soin d'apprécier l'opportunité d'une limitation dans le temps des effets de l'annulation qu'il prononce. Or, la juridiction du Palais-Royal n'est juge de l'excès

de pouvoir qu'à l'égard des décrets et ordonnances non ratifiées. Les autres actes réglementaires et les actes individuels ressortissent en principe à la compétence des tribunaux administratifs.

**20 - Quelle formation au sein de la Cour de cassation ?** - A supposer que s'instaure une coutume judiciaire attribuant à la Cour de cassation compétence exclusive pour pratiquer le revirement pour l'avenir, dans quelle formation celle-ci devra-t-elle statuer ?

L'Assemblée plénière ou, à tout le moins, une Chambre mixte constitueraient un cadre adéquat afin, d'une part, de conférer une solennité à un tel événement, par essence exceptionnel (V. *supra*, n° 9 *in fine*), et, d'autre part, de réduire le double risque d'une divergence de jurisprudence entre les différentes chambres et d'un nouveau revirement qui provoquerait un inextricable « conflit de jurisprudences dans le temps » ! Dieu nous préserve non point de l'équité du juge mais de ces polyphonies et palinodies jurisprudentielles, nuisibles à l'image de la justice. Le revirement pour l'avenir doit s'accompagner d'une discipline interne à la Haute juridiction garantissant l'unité et la pérennité sans faille de cette jurisprudence atypique.

L'arrêt rendu en assemblée par le Conseil d'Etat le 11 mai 2004 et, sur une question étroitement liée, celui rendu en assemblée plénière par la Cour de cassation le 23 janvier 2004 (V. *supra*, n° 9), un an après un précédent notable émanant de la même formation (Cass. ass. plén. 24 janv. 2003, D.

2003, Jur. p. 1648 ), sont exemplaires de cette nécessaire solennité. Mais l'arrêt du 8 juillet 2004 de la deuxième Chambre civile montre aussi qu'une chambre peut s'abandonner à la tentation solitaire d'un revirement pour l'avenir et qu'il sera difficile de l'en dissuader.

VI - Dans quelles matières le revirement pour l'avenir peut-il prospérer ?

**21 - Tropismes** - Le revirement pour l'avenir ne constitue pas un besoin naturel, ou dont la nécessité se fait ressentir avec une égale intensité dans toutes les branches du droit. Certaines d'entre elles manifestent un tropisme évident au regard de cette institution.

**22 - Droit processuel, terrain naturel** - Le droit processuel est son terrain naturel, même s'il n'est pas le plus spectaculaire. Le droit à un procès équitable (Conv. EDH, art. 6 § 1) est naturellement mis en péril à chaque fois que le juge institue une nouvelle exception de procédure ou fin de non-recevoir à l'action en justice. C'est après avoir dégagé une nouvelle règle de forclusion que la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation en a exclu l'« application immédiate dans l'instance en cours » (Cass. 2e civ. 8 juill. 2004, préc. *supra*, n° 1).

**23 - Droit du travail, terrain politique** - Le revirement pour l'avenir aiguise aussi l'appétit des employeurs en droit du travail (sur le droit de la protection sociale, V. *supra*, n° 12). En ce domaine, le rôle créateur et l'instabilité de la jurisprudence de la Chambre sociale peuvent être considérables. En outre, l'annulation rétroactive des conventions ou accords collectifs (tels les accords de réduction du temps de travail) ou plans sociaux peuvent engendrer des effets désastreux (V., prônant déjà le revirement pour l'avenir, le rapport de la Commission de Virville remis le 15 janvier 2004 au ministre du Travail, <http://www.travail.gouv.fr/pdf/rapdevirville.pdf>, proposition n° 10). Certes, le terrain se trouve miné par des considérations politiques, les syndicats imaginant

que les revirements et annulations sont largement favorables aux salariés. Mais c'est là une croyance dangereuse pour l'entreprise, d'ailleurs souvent démentie par le droit positif qui, à l'évidence, n'a rien de manichéen.

La Chambre sociale de la Cour de cassation et, dès lors qu'il n'existe aucun risque de contradiction entre plusieurs décisions de même degré, les juridictions du fond prononçant l'annulation de normes collectives de travail doivent mettre à profit le revirement pour l'avenir. L'arrêt du 17 décembre 2004 (*supra*, n° 1) démontre déjà l'intérêt que cette chambre lui porte (*supra*, n° 9) et laisse augurer d'un probable usage.

**24 - Droit répressif, terrain scabreux** - Le cas du droit pénal (et du droit répressif au sens large) pose une difficulté spécifique. A ce titre, il focalise souvent l'attention des juristes anglo-saxons.

La Cour européenne des droits de l'homme admet de longue date que « la notion de « droit » (*law*) utilisée à l'article 7 [§ 1 Conv. EDH, édictant le principe de légalité des délits et des peines] correspond à celle de « loi » qui figure dans d'autres articles de la Convention ; elle englobe le droit d'origine tant législative que jurisprudentielle » (CEDH 26 avr. 1979, *Sunday Times* ; 15 nov. 1996, *Cantoni* ; 22 nov. 1995, *C. R. et S. W. c/ Royaume-Uni*). Mais cette affirmation induit une singulière contradiction. Parallèlement au principe de légalité, l'article 7 § 1 Conv. EDH proclame le principe de non-rétroactivité de la loi pénale, qui jouit aussi d'une valeur constitutionnelle en droit français. Comment donc tolérer la rétroactivité de la jurisprudence pénale si elle est assimilable à la loi elle-même ?

La Chambre criminelle ne s'embarrasse pas ici de nuance : « le principe de non-rétroactivité ne s'applique pas à une simple interprétation jurisprudentielle » (Cass. crim. 30 janv. 2002, Bull. crim., n° 16 ; Dr. pén. 2002, comm. 43). Le prévenu ou l'accusé ne peut donc revendiquer le bénéfice d'une jurisprudence antérieure plus favorable, qui ne serait donc plus assimilable à la loi...

Une analyse plus convaincante a été retenue par la Cour européenne des droits de l'homme. Le revirement aboutissant à ériger un acte en infraction ne méconnaît pas l'article 7 § 1 Conv. EDH dès lors que l'incrimination nouvelle (en l'espèce le viol entre époux, couvert en *common law* depuis 1888 par une immunité pénale avant que la *House of Lords* n'accomplisse un revirement en 1992) « constitue une étape raisonnablement prévisible » de l'évolution de la loi (CEDH 22 nov. 1995, *C. R. et S. W. c/ Royaume-Uni*, série A, n° 335 B et C, observant que les juges n'avaient fait que parachever « une tendance perceptible dans l'évolution de la jurisprudence »). De même, la Cour de Strasbourg considéra que l'homicide d'une personne franchissant illégalement le mur de Berlin, qui était impuni en RDA mais avait donné lieu à condamnation pénale après la réunification à la faveur d'une interprétation renouvelée du droit de la RDA, constituait, à l'époque des faits, « une infraction définie avec suffisamment d'accessibilité et de prévisibilité par les règles du droit international relatives à la protection des droits de l'homme » (CEDH, gr. ch., 22 mars 2001, *Streletz, Kessler et Krenz c/ Allemagne*, § 105).

A *contrario*, la Chambre criminelle de la Cour de cassation ne serait tenue de recourir à un revirement pour l'avenir que dans des hypothèses où elle institue une nouvelle peine ou incrimination dont la

reconnaissance était jusqu'alors imprévisible à la lumière du droit international des droits de l'homme et de sa propre jurisprudence antérieure. A cet égard, un avertissement préalable (le *rumbling from Olympus* du droit anglais, V. *supra*, n° 2), notamment sous forme d'*obiter dictum*, pourrait conférer une prévisibilité suffisante au revirement. Le cas ne se présentera que rarement au juge pénal qui ne doit donc pas craindre d'employer cette technique.

**25 - Autres droits** - Mais le revirement pour l'avenir est susceptible d'éclorre aussi en tous autres domaines, chaque fois que l'équité (objective ou subjective, V. *supra*, n° 11 s.) en commande l'usage.

En fait, toutes les actions en nullité (d'une libéralité comme d'une convention collective), en responsabilité (civile, pénale, administrative) et nombre de celles relatives à l'état ou au patrimoine des personnes (cf. les arrêts *Marckx et Vermeire* de la Cour européenne, relatifs à la vocation successorale, *supra*, n° 2) peuvent, lorsqu'elles ont abouti, conduire le juge à circonscrire la rétroactivité - manifestement non « équitable » - d'un arrêt.

Le champ des possibilités est infini dans l'espace du droit, même si le bornage des décisions judiciaires dans le temps restera un événement exceptionnel, à savoir rare et extraordinaire.

**26** - En guise d'adresse finale aux magistrats, formons le voeu que la Cour de cassation et le Conseil d'Etat insufflent vie au revirement pour l'avenir.

**Recueil Dalloz 2005 p. 988**

**De la rétroactivité des revirements de jurisprudence**

**Christophe Radé, Professeur à l'université Montesquieu-Bordeaux IV**

L'essentiel

La polémique suscitée par la remise du rapport de la Commission Molfessis sur les revirements de jurisprudence montre à quel point le juge français n'est guère préparé à se soumettre aux exigences du principe de sécurité juridique. Et pourtant, devant l'emprise grandissante de la Cour de cassation sur des pans entiers de notre droit, il apparaît plus que nécessaire d'accepter de remettre en cause la conception historique de l'office du juge.

1 - L'importance prise ces dernières années par la jurisprudence, notamment en droit du travail, n'a

pas manqué de relancer le débat récurrent sur le rôle du juge et la légitimité de ses décisions

(1). Au sein des critiques qui pleuvent sur la jurisprudence en général et sur la Cour de cassation en

particulier (2), la question des effets des revirements (3) sur la situation des justiciables occupe aujourd'hui le devant de la scène. L'inquiétude suscitée par la rétroactivité inhérente à tout revirement de jurisprudence n'est pas nouvelle mais le débat s'est amplifié sous l'effet conjugué de la promotion du principe de sécurité juridique et de la multiplication des évolutions

jurisprudentielles (4).

Contrainte de prendre position sur la conformité de l'application immédiate des solutions jurisprudentielles nouvelles au principe de sécurité juridique, la Cour de cassation, toutes chambres confondues, a considéré que le phénomène était inhérent à l'office du juge et que les justiciables ne

sauraient par conséquent revendiquer le droit au maintien d'une jurisprudence « figée » (5), «

immuable » (6), ou encore « constante » (7).

C'est sans doute l'application dans le temps des arrêts rendus par la Chambre sociale de la Cour de

cassation le 10 juillet 2002 en matière de clauses de non-concurrence (8) qui a mis le feu au poudre et conduit le premier président de la Cour de cassation, M. Guy Canivet, à demander à un groupe de travail, présidé par notre collègue Nicolas Molfessis, de réfléchir sur le

phénomène (9).

Les analyses et propositions de la commission n'ont pas manqué de provoquer la vive réaction du président de la Chambre sociale de la Cour de cassation, soucieux de replacer le débat sur le terrain

de la justification des décisions prises au regard des libertés fondamentales des salariés (10).

2 - L'examen des conclusions du rapport de la Commission Molfessis et la lecture de la réponse du président Pierre Sargos montrent à l'évidence la complexité du débat car il semble bien difficile de séparer nettement la question de l'application dans le temps des arrêts de la Cour de cassation de celle qui concerne l'opportunité même des revirements. Il semble toutefois qu'un changement significatif est en train de s'opérer au sein de la Chambre sociale de la Cour de cassation qui accepte désormais de se soumettre aux exigences du principe de sécurité juridique, marquant sans aucun doute un tournant important (I).

Mais cette évolution est-elle suffisante pour assurer la protection effective et efficace du principe de sécurité juridique ? Rien n'est moins sûr. Les remarques qui suivent n'ont, bien entendu, pas pour objet de jeter la pierre à la Cour de cassation ni de stigmatiser, au-delà du simple exercice d'un devoir de « critique », la pratique des revirements de jurisprudence qui font partie intégrante du fonctionnement de notre système. Nous voudrions simplement livrer ici quelques réflexions et formuler, en guise de contribution au débat, certaines propositions supplémentaires (II).

I - La Cour de cassation et le respect du principe de sécurité juridique

3 - Jusqu'à une période très récente, la Cour de cassation avait écarté l'argument tiré de la violation du principe de sécurité juridique en se fondant sur la nature même de l'office du juge, et n'avait d'ailleurs pas jugé nécessaire d'assurer la publication de ses décisions. Le 17 décembre 2004, et pour la première fois, la Chambre sociale a accepté de se plier aux exigences de ce principe et de prendre

position publiquement dans le débat (11) (A). L'examen de cette décision montre toutefois que le changement de motivation n'entame en rien la volonté de la Cour d'appliquer de manière immédiate les nouvelles conditions de validité des clauses de non-concurrence énoncées dans ses arrêts du 10 juillet 2002, de telle sorte que le débat reste entier (B).

A - La Cour de cassation soumise à une exigence de motivation au regard du principe de sécurité juridique

4 - C'est à l'occasion de la définition des nouvelles conditions de validité des clauses de non-concurrence, dégagées le 10 juillet 2002, qu'a donc été posée, pour la première fois, la question de l'application dans le temps du revirement par un justiciable devant la Chambre sociale de la Cour de

cassation (12).

Un employeur se plaignait de l'application de ces arrêts à une clause de non-concurrence valablement conclue à la fin de l'année 1992, date à laquelle la jurisprudence n'exigeait pas de contrepartie financière, et faisait valoir « que le moyen relevé d'office tendant à l'application à la présente instance de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 10 juillet 2002 relative à la

nullité des clauses de non-concurrence qui ne comportent pas de contrepartie financière, porte atteinte au principe de sécurité juridique prescrit par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ».

L'argument avait été balayé par la Haute juridiction, dans un arrêt étrangement non publié rendu le 7 janvier 2003, qui a considéré que « la sécurité juridique, invoquée sur le fondement du droit à un procès équitable prévu par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence immuable, l'évolution de la

jurisprudence relevant de l'office du juge dans l'application du droit » (13). Une décision de justice ne créant pas de *norme*, au sens formel du terme, elle ne saurait modifier l'état du droit positif et, partant, porter atteinte au principe de sécurité juridique. L'effet interprétatif de la décision de justice produirait alors inéluctablement un effet rétroactif puisque l'interprétation, qui n'est pas séparable de la norme interprétée, est censée s'appliquer dans les mêmes conditions que celle-ci.

Frustrant pour le justiciable, l'argument reposait sur une analyse très classique de l'office du juge héritée de la Révolution française et partagée d'ailleurs par les autres chambres de la Cour de

cassation (14).

5 - Sans doute conforme au dogme français du juge, simple interprète de la loi, l'explication ne pouvait convaincre. Non seulement la créativité de la jurisprudence est une réalité que nul ne pourrait nier, mais de surcroît la Chambre sociale de la Cour de cassation ne répondait pas réellement à l'argument, tel qu'il est envisagé par la Cour européenne des droits de l'homme qui traite de manière identique les atteintes au principe de sécurité juridique, qu'elles émanent du

législateur ou des juridictions nationales (15).

Pour le justiciable, en effet, il importe peu de savoir si la règle nouvelle qu'on lui impose rétroactivement résulte de l'adoption d'une loi nouvelle ou d'un changement dans l'interprétation jurisprudentielle d'une loi ancienne. Dans les deux hypothèses, le litige est en effet tranché par application d'une règle de droit, pure ou interprétée, dont le justiciable n'avait pas eu connaissance au moment des faits et dont il n'a donc pas pu, par hypothèse, tenir compte dans ses prévisions. La Cour de cassation ne peut donc, à son égard, se retrancher derrière une lecture aussi formelle de l'office du juge ; au regard du justiciable, créancier de sécurité juridique à l'égard de l'Etat, le revirement de jurisprudence porte *effectivement* atteinte à la sécurité juridique.

6 - Soucieuse de ne pas éluder le débat et de répondre sur le fond à l'argument tiré de la violation de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, la Chambre sociale de la Cour de cassation a modifié son argumentation, sans toutefois changer de cap. Toujours à propos de l'application dans le temps de sa nouvelle jurisprudence relative aux conditions de validité des clauses de non-concurrence, la Haute juridiction a affirmé, dans un arrêt

précité rendu le 17 décembre 2004 et cette fois-ci objet de la plus grande publicité, que « l'exigence d'une contrepartie financière à la clause de non-concurrence répond à l'impérieuse nécessité d'assurer la sauvegarde et l'effectivité de la liberté fondamentale d'exercer une activité professionnelle » et que « loin de violer les textes visés par le moyen et notamment l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la cour d'appel en a au contraire fait une exacte application en décidant que cette exigence était d'application immédiate ».

La question de la rétroactivité des revirements de jurisprudence devant la Chambre sociale de la Cour de cassation se pose donc désormais en des termes nouveaux puisque celle-ci reconnaît implicitement, mais nécessairement, que ses revirements menacent effectivement la sécurité

juridique (16). Le débat s'est donc déplacé vers l'analyse de « l'impérieuse nécessité » qui justifie cette atteinte ; c'est d'ailleurs tout le sens, et tout l'intérêt, de la réponse du président Pierre Sargos.

B - La position de la Cour de cassation soumise à un examen critique

7 - Le « dialogue » qui s'est instauré entre la commission Molfessis et le président de la Chambre sociale de la Cour de cassation montre combien il est difficile de faire abstraction du débat entourant la nécessité même du revirement de jurisprudence pour ne s'intéresser qu'aux conditions de son application dans le temps. La force d'attraction du revirement est tout à fait compréhensible. Si un revirement apparaît contestable dans son principe, son application rétroactive n'en est logiquement que plus critiquable. Mais si le revirement réalise un « progrès », alors la tentation est grande de lui conférer la plus grande portée possible ; c'est d'ailleurs pour cette raison que la jurisprudence considère aujourd'hui que les lois qui relèvent du champ de l'ordre public social doivent s'appliquer immédiatement aux conventions en cours, ce qui est contraire aux principes qui gouvernent

l'application de la loi nouvelle aux actes juridiques conclus antérieurement (17).

C'est d'ailleurs sans doute pour cette raison précise que le débat autour de la rétroactivité des revirements s'est enflammé après les arrêts rendus le 10 juillet 2002, tant la solution a pu déranger, et grande a été la tentation de se servir du débat sur son application dans le temps pour contester indirectement la nécessité du revirement intervenu.

Il semble donc nécessaire de revenir sur l'exigence nouvelle d'une contrepartie financière comme condition de validité des clauses de non-concurrence (1) avant de s'intéresser à la question de l'application dans le temps du revirement (2).

1 - L'embarrassante exigence d'une contrepartie pécuniaire aux clauses de non-concurrence

8 - La Cour de cassation a-t-elle eu raison d'imposer, le 10 juillet 2002, une contrepartie financière comme nouvelle condition de validité de la clause de non-concurrence en droit du travail ? La réponse à cette question, qui ne peut-être, par définition, que propre à chacun, détermine bien entendu le regard que l'on peut poser sur la portée du revirement dans le temps.

Il nous semble que cette question en masque en réalité une autre, plus essentielle, mais également

plus dérangeante, qu'il faut pourtant bien se poser : la Cour de cassation n'a-t-elle pas outrepassé son rôle en décidant d'introduire une nouvelle condition de validité à la clause de non-concurrence ? Or, la réponse à la question de la légitimité même du revirement est étroitement liée à celle de la base juridique de la décision. Si cette base est solide et explicite, alors la Cour s'est contentée d'éclairer le sens obscur d'une disposition légale existante et la légitimité même de son intervention n'est pas contestable. Mais si cette base est fragile et que le texte visé, pour reprendre le mot d'un auteur, n'a été qu'un simple « prétexte », alors on peut s'interroger sur les limites du pouvoir

créateur du juge (18).

9 - La première remarque que l'on peut faire est que le revirement intervenu en 2002 a été présenté comme un progrès dans la recherche d'une meilleure protection du « principe fondamental de libre

exercice d'une activité professionnelle » (19), ce qu'a d'ailleurs rappelé la Cour dans son arrêt

du 17 décembre 2004 (20).

Or, c'est précisément cette justification qui ne nous convainc pas.

La nécessaire conciliation entre l'intérêt de l'entreprise et la liberté du travail passe incontestablement par un contrôle minutieux portant sur les intérêts de l'entreprise protégés par la clause (principe de *nécessité*) et sur l'étendue de celle-ci dans sa triple dimension spatiale, temporelle et professionnelle (principe de *proportionnalité*). De ce point de vue, l'exigence cumulative de ces trois critères, introduite par les arrêts du 10 juillet 2002, semble parfaitement légitime.

Mais nous ne comprenons pas en quoi l'exigence d'une contrepartie financière rendrait plus effective la liberté fondamentale d'exercer une activité professionnelle car si elle *rend bien le salarié plus riche, elle ne le rendra pas plus libre*. C'est en réalité l'annulation des clauses dépourvues de contrepartie financière qui protège plus efficacement la liberté du travail, en libérant le salarié de toute obligation, et non l'exigence d'une contrepartie financière.

10 - Sur le terrain du respect des libertés fondamentales, d'ailleurs, on s'étonnera qu'à aucun moment ne soit évoquée la liberté d'entreprendre de l'employeur qui puise également ses racines

dans la Constitution et le principe fondamental de liberté (21). Or, la préservation des intérêts de l'entreprise doit également entrer en ligne de compte non seulement dans le débat sur la validité des clauses de non-concurrence, mais plus encore lorsqu'on s'interroge sur la portée du revirement dans le temps puisque ce sont bien les entreprises qui pâtissent directement et exclusivement de la rétroactivité des arrêts rendus le 10 juillet 2002. Une même remarque vaut d'ailleurs pour l'application rétroactive du revirement intervenu en 1998 à propos de l'étendue de l'obligation

d'information du médecin où, si la nécessité de préserver la dignité du patient a été soulignée, à juste titre, les droits fondamentaux du médecin, à commencer par la liberté d'exercice professionnel, ne sont même pas envisagés.

Ce n'est donc pas sur le terrain des libertés qu'il convenait de se situer pour déterminer s'il était légitime d'imposer une contrepartie financière, mais sur celui de la *cause* de l'obligation de non-

concurrence (22). Il nous semble par conséquent que cette exigence est *littéralement* sans fondement et que la Chambre sociale de la Cour de cassation a ici créé une nouvelle règle de droit sans pouvoir raisonnablement prétendre avoir interprété une norme existante.

11 - Même à admettre que l'exigence d'une contrepartie financière aurait pu et dû être explicitement fondée sur les dispositions de l'article 1131 du code civil, ce qui n'a pas été le cas, il nous semble que ce fondement, pourtant le plus adéquat, ne suffisait pas à fonder la solution finalement retenue, en tout cas pas de manière aussi évidente.

La cause ne peut en effet se résumer à la seule contrepartie immédiate et particulière de l'obligation. Non seulement la cause renvoie également, dans une conception plus *subjective*, aux motifs déterminants de l'engagement des parties, mais lorsqu'elle concerne un contrat dans son ensemble, et pas seulement une obligation particulière, elle décrit l'équilibre recherché entre les prestations.

Or, la clause de non-concurrence ne peut être envisagée indépendamment des autres éléments de la relation de travail. La plupart du temps inscrite au cœur même du contrat, au milieu d'autres clauses, elle s'intègre dans un tout, véritable entrelacs de droits et d'obligations. En exigeant, depuis 1992 et avant d'ailleurs l'adoption de la loi du 31 décembre 1992 et de l'article L. 120-2 du code du travail, que la clause de non-concurrence apparaisse comme « indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise », « en raison des fonctions du salarié », la Cour de cassation avait déjà recherché la cause de cette obligation particulière dans la relation de travail considérée dans son

ensemble (23). C'est alors l'examen des fonctions occupées par le salarié qui interdira de valider

la clause de non-concurrence d'un simple laveur de vitres (24), d'un magasinier (25) ou

d'un employé des pompes funèbres (26), et c'est encore cet examen qui permettra à l'entreprise d'interdire valablement à un cadre, ou à un commercial ayant accès au fichier client, à un « savoir-

faire spécifique » (27) ou à des données confidentielles sur la stratégie commerciale de l'entreprise, d'utiliser ces informations au service d'un concurrent pendant le temps où elles menacent

l'intérêt de l'entreprise (28).

Dans de très nombreuses hypothèses, la clause de non-concurrence constitue bien la *contrepartie* des fonctions exercées au sein de l'entreprise qui garantissent au salarié un niveau de rémunération à la hauteur de ses responsabilités ; et lorsqu'elle concerne un salarié n'ayant pas ce statut, la Cour de cassation vérifie que l'application de la clause ne le prive pas de la possibilité effective «

d'exercer une activité conforme à sa qualification professionnelle » (29). La contrainte que constitue l'obligation de non-concurrence se trouve alors compensée globalement par les avantages dont jouit le salarié dans le cadre de l'exécution de son contrat de travail et se trouve, de ce fait, *causée* par anticipation.

En admettant de se situer sur le terrain de l'article 1131 du code civil, le moins que l'on puisse dire est que l'absence de cause n'était pas criante, ni même le fait que la clause de non-concurrence sans contrepartie financière serait *impérieusement nécessaire pour assurer la sauvegarde et l'effectivité de la liberté fondamentale d'exercer une activité professionnelle*. Nous pensons donc que l'exigence d'une contrepartie financière spécifique ne devrait pas être imposée par principe mais uniquement après un examen minutieux des conditions d'exécution du contrat de travail et lorsqu'il apparaît que l'obligation de non-concurrence ne trouve pas de compensation dans le niveau de rémunération perçu par le salarié.

12 - Il est incontestable que la nécessité d'imposer une contrepartie était depuis longtemps discutée, et qu'il pouvait paraître juste de l'imposer. Mais l'adjonction d'une nouvelle condition de validité à la clause de non-concurrence, de par ses implications juridiques, économiques et professionnelles, devait résulter d'une décision politique prise à l'issue d'un débat démocratique mené soit au Parlement, soit dans le cadre de la négociation collective. Il ne suffit alors pas de relever que le Parlement, qui en aurait eu l'occasion, n'est pas intervenu par la suite pour contredire la jurisprudence et de suggérer qu'il faudrait voir dans ce silence une forme de ratification implicite du revirement, pour s'assurer rétrospectivement de la légitimité de la décision.

2 - De la nécessité de faire une application immédiate de l'exigence d'une contrepartie pécuniaire  
13 - Le rapport sur les revirements de jurisprudence propose de confier à la Cour de cassation elle-même le soin de déterminer les conditions d'application dans le temps de ses propres revirements. Répondant par anticipation à cette proposition, la Chambre sociale de la Cour de cassation a considéré, dans son arrêt précité du 17 décembre 2004, que le revirement devait s'appliquer à toutes les clauses conclues antérieurement au 10 juillet 2002 dans la mesure où cette application immédiate répond « à l'impérieuse nécessité d'assurer la sauvegarde et l'effectivité de la liberté fondamentale d'exercer une activité professionnelle ». Doit-on alors se satisfaire de la réponse apportée, conforme en tous points aux souhaits de la commission puisque l'arrêt a été rendu en formation de section et dans un moyen où seule était discutée la question de l'application du revirement dans le temps ?

Il ne nous semble pas.

Le moins que l'on puisse dire est que dans cette affaire la Chambre sociale de la Cour de cassation

est à la fois juge et partie puisqu'elle devait déterminer elle-même si ses arrêts rendus le 10 juillet 2002 se justifiaient pas une nécessité suffisante pour devoir s'appliquer de manière immédiate. Or, peut-on sérieusement imaginer que la Cour de cassation, qui fait précéder ses décisions de débats riches et nécessairement contradictoires, pourrait confirmer l'un de ses revirements tout en admettant que des intérêts supérieurs s'opposent à une application immédiate ?

La lecture de l'arrêt rendu le 17 décembre 2004 montre d'ailleurs bien que la question de la légitimité du revirement et celle de son application dans le temps sont, dans l'esprit des magistrats, indissociables et que le refus de moduler ses effets dans le temps est fondé sur la seule légitimité du revirement lui-même.

14 - Or, l'application rétroactive du revirement met en cause d'autres intérêts que la seule liberté du travail puisqu'elle conduit à fragiliser des milliers de clauses valablement conclues avant le revirement, clauses dont la nécessité, au regard des intérêts de l'entreprise, et la proportionnalité, au regard de la protection de la liberté du salarié, auraient par ailleurs été vérifiées.

La fragilité des clauses dépourvues de contrepartie financière conclues avant le 10 juillet 2002 est d'ailleurs extrême et se trouve renforcée par l'intransigeance de la jurisprudence en matière de modification du contrat de travail. L'employeur n'a en effet pas le droit d'imposer au salarié la révision de la clause et l'introduction d'une juste contrepartie financière, même pour répondre aux exigences jurisprudentielles nouvelles. Il s'agirait en effet d'une modification du contrat de travail que

le salarié serait en droit de refuser (30). Or, on sait que ce droit est absolu et qu'il ne saurait être

remis en question sous prétexte que la révision lui serait plus favorable (31) ou conforme à la

commune intention des parties, comme cela pourrait être le cas (32).

Il n'est d'ailleurs pas certain ici que la révision du contrat pour introduire une contrepartie financière serait nécessairement plus favorable au salarié puisque cette modification sécuriserait la clause et, partant, l'obligation de non-concurrence qui y figure. Or, en refusant cette révision, le salarié se réserve une option qui lui est incontestablement plus favorable ; s'il retrouve un emploi qui tombe sous le coup de la prohibition, alors il aura tout intérêt à demander l'annulation de la clause pour défaut de contrepartie ou plus simplement à attendre que l'employeur en réclame l'exécution pour exciper de sa nullité. Dans l'hypothèse où son nouvel emploi n'entrerait pas dans les prévisions de la clause, alors il pourra au contraire agir en justice pour obtenir le paiement d'une indemnité

compensant l'absence de contrepartie (33). Par ailleurs, et sauf lorsque la loi en dispose autrement, le droit de refuser une proposition de modification du contrat de travail est absolu et, pour

le moment en tout cas, non susceptible d'abus (34), même si ce refus serait, selon nous,

susceptible de heurter l'exigence de bonne foi qui pèse également sur le salarié (35).

L'employeur, qui ne dispose pas des moyens juridiques de sécuriser les clauses conclues avant le revirement, se trouve donc pieds et poings liés ; cette raison ne suffirait-elle pas, en elle-même, à s'opposer à ce que les clauses valablement conclues sous l'empire de la jurisprudence ancienne puissent être rétroactivement annulées ?

15 - Il paraît donc indispensable de déterminer les critères qui doivent conduire à écarter l'application immédiate d'une jurisprudence nouvelle, dans le prolongement de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, de la Cour européenne des droits de l'homme, du rapport sur les revirements de jurisprudence et des décisions rendues dernièrement tant par la Cour de cassation que par le Conseil d'Etat.

Or, une jurisprudence nouvelle qui conduit à annuler des actes juridiques valablement formés sous l'empire d'une solution jurisprudentielle antérieure nous paraît devoir rentrer dans la liste des exceptions qui devraient être admises. C'est d'ailleurs en ce sens qu'a statué dernièrement le

Conseil d'Etat dans son arrêt *AC !* rendu le 11 mai 2004 (36). Dans cette affaire, le Conseil d'Etat a rappelé que « l'annulation d'un acte administratif implique en principe que cet acte est réputé n'être jamais intervenu », mais « 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 (...) 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 ».

Dans l'un de ses arrêts rendus le 8 juillet 2004, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation a également décidé de ne pas faire une application immédiate de la nouvelle interprétation d'une règle de procédure à une affaire en cours 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 » (37).

Il nous semble également que, en matière de responsabilité civile pour faute, toute interprétation visant à faire peser sur le responsable une nouvelle obligation de faire ou de ne pas faire ne devrait

pas produire d'effet rétroactif (38).

16 - L'introduction rétroactive d'une nouvelle condition de validité pour les clauses de non-concurrence, qui prête en soi à discussion, est alors plus difficilement admissible encore que le Parlement lui-même ne se le serait jamais permis, et n'aurait d'ailleurs peut-être pas été autorisé à le faire par le Conseil constitutionnel qui, sur fondement de l'article 16 de la Déclaration des droits de

l'homme et du citoyen de 1789 (39), vérifie que l'application rétroactive de dispositions nouvelles en matière civile repose sur un « motif d'intérêt général suffisant » qui ne prive pas « de

garanties légales des exigences constitutionnelles» (40).

La plupart des lois récentes respectent d'ailleurs scrupuleusement le principe de sécurité juridique et

ne se déclarent applicables qu'aux actes conclus postérieurement à leur entrée en vigueur (41), ou à des actes antérieurs mais réalisés à compter du jour où l'adoption de la loi nouvelle était

normalement prévisible pour le justiciable (42).

17 - La Cour de cassation se trouve alors placée dans une situation paradoxalement très favorable et jouit d'un double privilège exorbitant.

En premier lieu, en tant que juridiction suprême, sa jurisprudence n'est soumise à aucun contrôle et seul le Parlement est en mesure d'intervenir pour la contredire ; mais il est alors singulier d'attendre du Parlement qu'il prenne position sur la nécessité de conforter ou d'infirmer la jurisprudence. Certes, les justiciables peuvent saisir la Cour européenne des droits de l'homme et se plaindre d'une violation de la Convention. Mais, sauf en matière pénale où la loi du 15 juin 2000 a mis en place un mécanisme de révision, les arrêts rendus par la Cour de Strasbourg ne sauraient justifier la remise en cause de la

chose jugée par une juridiction nationale (43).

En second lieu, la Cour de cassation dispose, grâce au contrôle de la conventionnalité de la loi, du pouvoir d'écarter une disposition légale ou réglementaire qu'elle jugerait contraire au principe de

sécurité juridique (44). La Cour de cassation peut alors ignorer le principe de sécurité juridique tout en exerçant un contrôle sur son respect par le Parlement !

II - Les garanties du respect du principe de sécurité juridique

18 - La Commission Molfessis a suggéré que la Cour de cassation pourrait décider de moduler dans le temps les effets de certaines de ses jurisprudences. Cette proposition est intéressante mais ne nous semble pas de nature à garantir effectivement le respect du principe de sécurité juridique (A). D'autres mécanismes pourraient alors être imaginés (B).

A - Les garanties à droit constant : l'appel à l'autodiscipline

19 - La proposition de la Commission Molfessis visant à permettre à la Cour de cassation de moduler les effets dans le temps de ses décisions semble raisonnable et n'impliquerait aucune modification du cadre juridique existant. On sait d'ailleurs que la première Chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 6 juin 2000, avait procédé à une telle modulation pour tenir

compte de la condamnation de la France par la Cour de Strasbourg dans l'affaire *Bellet* (45), que la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation a refusé de censurer une décision afin de

ne pas priver le justiciable du droit à un jugement équitable (46) et que le Conseil d'Etat a également montré la voie dans son arrêt du 11 mai 2004 s'agissant de l'annulation d'un acte

administratif (47).

Comme l'a souligné la Commission, il est souhaitable que la question de l'application du revirement dans le temps fasse l'objet d'un débat distinct afin d'éviter que la question de l'opportunité même du revirement ne vienne polluer la discussion sur l'application dans le temps de cette décision, les problèmes étant nécessairement d'une nature différente.

20 - Dans ces conditions, nous pensons que la question de l'application du revirement dans le temps ne devrait pas être traitée au sein de la chambre qui aurait vocation à rendre l'arrêt, précisément pour éviter la confusion des enjeux. On pourrait alors imaginer que tout revirement de jurisprudence, qui pose la question de principe de sa compatibilité avec le principe de sécurité juridique, pourrait être soumis à l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, ou à l'Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat, afin que le débat relatif au « motif impérieux » ait lieu de la manière la plus large possible et que des conseillers, qui n'appartiennent pas à la chambre qui souhaite le revirement, puissent statuer de manière plus détachée sur la question de son application dans le

temps (48).

Par ailleurs, et lorsque la question de l'application immédiate d'un revirement de jurisprudence se pose devant les juges du fond, il serait souhaitable que ces derniers utilisent la procédure de la saisine pour avis afin de permettre de dégager, tant devant la Cour de cassation que le Conseil d'Etat, des principes clairs applicables à tous les litiges.

Ces pratiques n'impliqueraient aucune modification du droit existant et le premier président de la

Cour de cassation, par ailleurs commanditaire du rapport sur les revirements de jurisprudence, pourrait alors user des pouvoirs que lui confère l'article L. 131-2 du code de l'organisation judiciaire pour saisir l'Assemblée plénière lorsque la question se pose.

B - Les garanties impliquant une réforme des règles applicables au procès

21 - Si l'appel à l'autodiscipline aurait sans doute l'avantage de poser la question en terme de principes, il ne répondrait pas à l'objection majeure selon laquelle la Cour de cassation demeurerait à la fois juge et partie. Or, laisser le soin à l'auteur d'une « norme jurisprudentielle » de déterminer si le revirement doit ou non produire immédiatement effet ne nous semble guère compatible avec le droit au procès équitable consacré par l'article 6 § 1 de la Convention européenne, même si on peut penser que la Haute juridiction s'acquitterait de sa mission avec toute l'objectivité et la neutralité nécessaires.

La seule solution véritablement satisfaisante impliquerait donc l'intervention d'une autorité de contrôle chargée de statuer sur la question précise de l'application du revirement dans le temps. Or, cette intervention nécessiterait, par la force des choses, une modification du droit existant.

Plusieurs procédés pourraient en effet être envisagés.

22 - Le premier consisterait à élargir à l'ensemble des litiges la procédure issue de la loi du 15 juin 2000 qui a ouvert un recours en révision devant une commission *ad hoc* placée près la Cour de cassation, lorsque la France a été condamnée par la Cour de Strasbourg en matière pénale. On pourrait alors imaginer, sur le modèle de l'article 626-1 du code de procédure pénale, que « Le réexamen d'une décision définitive peut être demandé au bénéfice de toute personne lorsqu'il résulte d'un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme que la décision qui l'a condamnée a été prononcée en violation des dispositions de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou de ses protocoles additionnels, dès lors que, par sa nature et sa gravité, la violation constatée entraîne pour le justiciable des conséquences dommageables auxquelles la « satisfaction équitable » allouée sur le fondement de l'article 41 de la Convention ne pourrait mettre un terme ». Ce réexamen permettrait alors, sur la question précise de l'application rétroactive d'un revirement, d'exercer un contrôle sur les décisions de la Cour de cassation et, le cas échéant, de remettre en cause la portée du revirement dans le temps.

Cette procédure aurait le mérite de s'appuyer sur un dispositif existant mais n'irait sans doute pas dans le sens d'un procès mené « dans un délai raisonnable » qui constitue un autre droit reconnu aux justiciables dans le cadre de l'article 6 § 1 Conv. EDH. La Cour de cassation demeurerait par ailleurs, *in fine*, seule juge de la nécessité de réviser le procès et, partant, de se désavouer pour tenir compte de la condamnation de la Cour de Strasbourg.

23 - Une autre solution consisterait à mettre en place un mécanisme de question préjudicielle portant sur l'application du revirement dans le temps. Ce mécanisme existe déjà dans le champ du droit communautaire, devant la Cour de Luxembourg, mais pourrait être étendu à la Cour européenne des droits de l'homme pour assurer une interprétation homogène parmi les quarante-six Etats membres du Conseil de l'Europe. Mais l'intervention de la Cour de Strasbourg risquerait de ralentir la procédure, compte tenu des difficultés qui sont aujourd'hui les siennes pour trancher rapidement les différends

qui lui sont soumis, et pourrait introduire dans le raisonnement des éléments étrangers à notre système juridique qui ne permettraient sans doute pas d'apprécier avec toute la justesse nécessaire les motifs qui pourraient justifier qu'en France il soit fait ou non application immédiate d'un revirement de jurisprudence.

Dans la mesure où le Conseil constitutionnel statue déjà sur la conformité des lois au principe de sécurité juridique, on pourrait imaginer que la Cour de cassation le saisisse chaque fois qu'elle prétend faire application immédiate d'une jurisprudence nouvelle. Cette procédure aurait l'avantage d'aligner le contrôle exercé sur la loi et celui exercé sur la jurisprudence et de permettre ainsi un traitement égal dans les deux hypothèses, au regard des exigences constitutionnelles. C'est alors la question des modalités de contrôle de la conformité des « lois » à la Constitution qu'il conviendrait plus largement de revoir et de l'accès des justiciables au Conseil constitutionnel. La possibilité de saisir le Conseil pour exciper de l'inconstitutionnalité d'une application rétroactive d'un revirement jurisprudentiel devrait alors nécessairement accompagner la mise en place d'un recours pour contester la conformité des lois qui ont échappé au contrôle du Conseil dans le cadre de la procédure actuelle. Or, on sait que toutes les tentatives pour modifier la Constitution en ce sens ont jusqu'à présent échoué.

23 - Quelle que soit la solution qui pourrait être retenue (compétence de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation ou recours à une autre juridiction), le débat suscité par les revirements de jurisprudence et leur application dans le temps doit impérativement être replacé dans un contexte plus large. Les magistrats, singulièrement lorsqu'ils siègent à la Cour de cassation, sont tenus d'apporter des réponses concrètes et immédiates aux attentes et revendications des justiciables. Or, c'est d'abord au Parlement et aux partenaires sociaux qu'il appartient de répondre à ces attentes. C'est donc également dans l'amélioration de la qualité du travail législatif que réside une partie des solutions aux problèmes posés par les revirements de jurisprudence.

(1) Lire dernièrement A. Mazeaud, La jurisprudence sociale, créatrice de droits : regards sur la Chambre sociale de la Cour de cassation, Etudes offertes à Jean Pélissier, Dalloz, 2004.

(2) P. Langlois, La Cour de cassation et le respect de la loi en droit du travail, D. 1997, Chron. p. 45 ; H. Thiébaud, L'employeur et le juge, Dr. soc. 1997, p. 133. Lire la position du Doyen P. Waquet, Le juge et l'entreprise, Dr. soc. 1996, p. 472 ; Les arrêts de la Chambre sociale de la Cour de cassation, Dr. soc. 1998, p. 62.

(3) P. Morvan, Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le

Rubicon, D. 2005, Chron. p. 247 .

(4) A. Cristau, L'exigence de sécurité juridique, D. 2002, Chron. p. 2814 , et les références présentes dans le rapport Molfessis.

(5) Cass. 1re civ. 21 mars 2000, D. 2000, Jur. p. 593 , note C. Atias (garantie due par le vendeur) ; 9 oct.

2001, D. 2001, Jur. p. 3470 , rapp. P. Sargos, note D. Thouvenin (responsabilité médicale pour défaut d'information).

(6) Cass. soc. 7 janv. 2003, pourvoi n° 00-46.476, RDC 2003, p. 145, et les obs. ; 25 juin 2003, D. 2004, Jur. p.

1761 , note M. Julien ; 26 nov. 2003, pourvoi n° 01-45.486, inédit ; 28 janv. 2004, pourvois n° 02-40.173 et 02-40.174, inédit ; 25 févr. 2004, pourvoi n° 02-41.306, inédit ; 18 janv. 2005, pourvoi n° 02-46.737, inédit ; 23 févr. 2005, n° 02-42.615, inédit.

(7) Cass. 3e civ. 2 oct. 2002, D. 2003, Jur. p. 513 , note C. Atias ; Cass. 2e civ. 8 juill. 2004, Bull. civ. II, n°

361 ; D. 2004, IR p. 2619 .

(8) BICC, n° 562, 15 sept. 2002, avis S. Kehrig ; D. 2002, Jur. p. 2491 , note Y. Serra, Somm. p. 3111, obs. J. Pélissier, et 2003, Somm. p. 1222, obs. B. Thullier ; Dr. soc. 2002, p. 949, chron. R. Vatinet ; JCP 2002, II, 10162, note F. Petit, et I, 130, n° 1, obs. P. Morvan ; RDC 2003, p. 17, obs. J. Rochfeld, et p. 142, et les obs.

(9) « Rapport sur les revirements de jurisprudence » remis le mardi 30 nov. 2004. Disponible notamment à l'adresse suivante : [www.liaisons-sociales.com/PDF/complement\\_616\\_rapport\\_revirements.pdf](http://www.liaisons-sociales.com/PDF/complement_616_rapport_revirements.pdf)

(10) P. Sargos, L'horreur économique dans la relation de droit (libres propos sur le « Rapport sur les revirements de jurisprudence »), Dr. soc. 2005, p. 123.

(11) Cass. soc. 17 déc. 2004, Lexbase Hebdo, éd. soc. n° 148, jeudi 23 déc. 2004, et la chron. Dr. soc. 2005, p.

334, obs. B. Gauriau ; D. 2005, IR p. 110 .

(12) Cass. soc. 10 juill. 2002, préc.

(13) Cass. soc. 7 janv. 2003, préc., note 6.

(14) Cf. les décisions citées, n° 1.

(15) Cette analyse est parfaitement logique compte tenu de l'objet du contentieux soumis à la Cour de Strasbourg puisque c'est la responsabilité de l'Etat, garant en tant que telle du respect de la Convention par ses institutions parlementaires comme judiciaires, qui est en cause.

(16) V. toutefois l'arrêt inédit rendu le 18 janv. 2005 (pourvoi n° 02-46.737) qui reprend la formule dégagée dans la précédente décision du 7 janv. 2003 (préc.). Mais cet arrêt n'a pas été rendu sous la présidence de M. Pierre Sargos, et vraisemblablement en formation restreinte.

(17) Cass. soc. 18 mars 1996, Bull. civ. V, n° 95 ; 12 nov. 1997, Bull. civ. V, n° 365 ; 10 févr. 1998, Bull. civ. V, n° 73 ; 19 mai 1998, Bull. civ. V, n° 263 ; 12 juill. 2000, Bull. civ. V, n° 278 : « l'ordre public social impose l'application immédiate aux contrats de travail en cours et conclus avant leur entrée en vigueur des lois nouvelles ayant pour objet d'améliorer la condition ou la protection des salariés ».

(18) F. Chabas, à propos du principe général de responsabilité du fait d'autrui rattaché à l'art. 1384, al. 1er, c. civ. (note JCP 1997, II, 22833).

(19) Cass. soc. 10 juill. 2002, préc.

(20) Préc. : « l'exigence d'une contrepartie financière à la clause de non-concurrence répond à l'impérieuse nécessité d'assurer la sauvegarde et l'effectivité de la liberté fondamentale d'exercer une activité professionnelle ».

(21) Décisions n° 99-423 DC du 13 janv. 2000, D. 2001, Somm. p. 1837 , obs. V. Bernaud ; n° 2000-422

du 27 juill. 2000 ; n° 2001-451 du 27 nov. 2001, D. 2002, Somm. p. 1950 , obs. D. Ribes ; n° 2001-455

du 12 janv. 2002, D. 2003, Somm. p. 1129 , obs. L. Gay ; n° 2004-497 DC du 1er juill. 2004 (§ 20), D.

2005, Jur. p. 199 , note S. Mouton ; n° 2004-509 DC du 13 janv. 2005 (§ 24 s.).

(22) En ce sens P. Morvan, JCP 2003, I, 130, n° 1, et S. Choisez, La contrepartie financière de la clause de non-concurrence d'un contrat de travail, Dr. soc. 1993, p. 666.

(23) Cass. soc. 14 mai 1992, D. 1992, Jur. p. 350 , note Y. Serra ; JCP éd. E 1992, II, 341, note J. Amiel-Donat ; Dr. soc. 1992, p. 967, chron. D. Corrigan-Carsin.

(24) Cass. soc. 14 mai 1994, préc.

(25) Cass. soc. 19 nov. 1996, Bull. civ. V, n° 392.

(26) Cass. soc. 30 oct. 2000, n° 98-43.756, inédit.

(27) Cass. soc. 14 févr. 1995, n° 93-43.898, inédit.

(28) Cass. soc. 28 juin 2000, n° 97-44.620, inédit : « le salarié à la tête du département biostatistiques occupait une fonction importante au sein de la société ».

(29) Cass. soc. 5 juin 2001, D. 2002, Jur. p. 249 , note D. Boulmier (coiffeuse). Dans le même sens : Cass. soc. 14 févr. 1995, préc., « en raison de la qualification d'électromécanicien du salarié comme de son niveau de compétence et de responsabilités, la clause de non-concurrence ne lui interdisait pas de trouver du travail en dehors du secteur particulier de la maintenance et de la manutention qui était celui de son employeur ».

(30) En ce sens question écrite n° 16810 de M. Jacques Le Nay, JOAN Q, 21 avr. 2003, p. 3074, Min. Aff. soc. trav. et solid., réponse publ. 16 mars 2004, p. 2016, 12e législature.

(31) Cass. soc. 28 janv. 1998, Dr. soc. 1998, p. 523, note G. Couturier ; 3 juill. 2001, Dr. soc. 2001, p. 1007, et les obs.

(32) En ce sens nos propositions sous Cass. soc. 17 nov. 2004, Dr. soc. 2005, p. 227.

(33) Cass. soc. 29 avr. 2003, Dr. soc. 2003, p. 772, et les obs. ; 24 juin 2003, n° 01-42.339, et 4 févr. 2004, n° 01-45.520, inédits.

(34) Cass. soc. 29 janv. 2003, Bull. civ. V, n° 28 ; D. 2003, Jur. p. 1592 , note S. Moracchini-Zeidenberg ; JCP 2003, I, 156, p. 1460, obs. P. Morvan.

(35) En ce sens notre article : Le solidarisme contractuel en droit du travail : mythe ou réalité ?, dans Le solidarisme, sous la dir. de L. Grynbaum et M. Nicod, Economica - Etudes juridiques n° 18, 2004, p. 75-93.

(36) N° 255886 , AJDA 2004, p. 1183 , chron. C. Landais et F. Lenica ; RFDA 2004, p. 454 , concl. C. Devys.

(37) Cass. 2e civ. 8 juill. 2004, D. 2004, Jur. p. 2956 , note C. Bigot.

(38) En ce sens notre chronique : Plaidoyer en faveur d'une réforme de la responsabilité civile, D. 2003, p.

2247 .

(39) Décisions n° 96-373 du 9 avr. 1996 (« recours effectif devant une juridiction »), D. 1998, Somm. p.

156 , obs. J. Trémeau, et n° 99-421 du 16 déc. 1999 (« connaissance suffisante des normes qui leur sont

applicables »), D. 2000, Somm. p. 425 , obs. D. Ribes.

(40) Décision n° 98-404 DC du 18 déc. 1998, D. 2000, Somm. p. 63 , obs. F. Mélin-Soucramanien.

(41) Loi n° 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, art. 21 ; ordonnance n° 2005-136 du 17 févr. 2005 relative à la garantie de la conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur, art. 5 (D. 2005, Lég. p. 555).

(42) Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, art. 101 : la loi s'applique aux actes réalisés à compter du 5 sept. 2001, date de dépôt du projet de loi sur le bureau de l'Assemblée nationale (art. 101).

(43) C. pr. pén., art. 626-1.

(44) Ainsi l'épisode concernant l'art. 29 de la loi n° 2000-37 du 19 janv. 2000 validant, contre la jurisprudence de la Cour de cassation, les accords de RTT dans le secteur sanitaire et social, écarté dans un premier temps par la Chambre sociale (24 mai 2001, Dr. soc. 2001, p. 723, obs. J.-P. Lhernould) avant l'arrêt de l'Assemblée plénière (24 janv. 2003, Dr. soc. 2003, p. 373, rapp. Merlin, p. 430, obs. X. Prétot ; D. 2003, Jur. p.

1648 , note S. Paricard-Pioux). Solution adoptée par Cass. soc. 9 juin 2004, pourvoi n° 03-42.948, inédit. Egalement, à propos de la mise à l'écart d'une loi contraire à l'art. 6 § 1 Conv. EDH, Cass. ass. plén. 23 janv.

2004, Bull. ass. plén., n° 1 et 2 ; D. 2004, Jur. p. 1108 , note P.-Y. Gautier ; CA Orléans, ch. com., 14 oct. 2004, *Sté Natexis lease c/ Noulin*, Juris-Data, n° 261091 (mise à l'écart de l'art. 11 de la loi n° 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique).

(45) Cass. 1re civ. 6 juin 2000, Bull. civ. I, n° 179 ; D. 2000, IR p. 185 . Sur la rétroactivité des revirements de jurisprudence en matière de responsabilité civile, et singulièrement l'affaire *Bellet*, notre chronique, préc., D. 2003, p. 2247, n° 8.

(46) Cass. 2e civ. 8 juill. 2004, préc.

(47) *AC !*, préc.

(48) Nous allons donc un peu plus loin que le rapport Molfessis qui recommande de ne pas permettre la modulation aux formations restreintes.

Recueil Dalloz 2006 p. 678

## Jurisprudence et insécurité juridique (1)

Xavier Lagarde, Professeur à l'Université de Paris X - Nanterre

L'essentiel

On semble s'être fait à l'idée que la jurisprudence, considérée comme une source du droit, présente un défaut naturel : sa rétroactivité et l'insécurité juridique qui en découle. En pratique, l'insécurité tient le plus souvent au désordre juridique actuel auquel la jurisprudence n'est pas pour grand chose. En revanche, elle peut améliorer la situation en consacrant des solutions qui entrent sans conteste dans l'office du juge : développer la théorie de l'apparence, limiter l'application de la prescription trentenaire, borner la rétroactivité de la théorie des nullités...

1 - La jurisprudence a une portée rétroactive. Les normes qui en sont issues, même si elles n'ont qu'une autorité de fait, constituent en conséquence un facteur d'insécurité juridique.

Ces propos convenus ont récemment suscité des débats doctrinaux fournis. La raison conjoncturelle de cet appétit pour le sujet a été la remise au Premier Président Canivet du rapport

de Nicolas Molfessis sur les *Reirements de jurisprudence* (2). L'auteur du rapport propose, dans une mesure limitée, d'autoriser la Cour de cassation à moduler dans le temps les effets de ses

reirements. Sur cette proposition, la doctrine s'est partagée (3) ; de manière un peu caricaturale : d'un côté, les « libéraux », de l'autre, les « républicains ». Les premiers sont réalistes et admettent l'existence d'un pouvoir judiciaire qu'ils s'efforcent de rationaliser ; ainsi tentent-ils d'élaborer un droit transitoire de la norme jurisprudentielle. Les seconds gardent leur confiance au législateur et ne manquent pas de rappeler aux juges qu'ils n'ont que de l'autorité, à défaut d'avoir du pouvoir ; l'article 5 du code civil comme le texte de la Constitution sont là pour le leur rappeler.

Or, nous savons depuis les travaux de M. J.-L. Halperin sur les origines du code civil (4) que, en droit, il ne se fait rien d'important sans un minimum de consensus au sein de la communauté des juristes. Aujourd'hui, si l'on veut progresser, il faut essayer de dépasser l'opposition ainsi présentée, ce qui implique sans doute de déplacer les termes du débat.

La discussion sur les remèdes à apporter aux inconvénients des reirements de jurisprudence a peut-être pour point de départ une fausse évidence. Même si l'opinion est partagée, il n'est en effet pas du tout certain que les reirements comportent un risque grave d'atteinte à la sécurité juridique. Le risque se trouve peut-être ailleurs. S'il y a lieu de décaler la discussion, c'est qu'aussi bien, avant de traiter le problème (II), il apparaît nécessaire de mieux l'identifier (I).

I - Identification du problème

2 - Identifier le problème, c'est essayer d'en cerner l'étendue (A), puis l'objet (B).

A - Etendue du problème

Le propos est ici de montrer que les reirements de jurisprudence créent assez peu d'insécurité juridique de telle sorte que celle-ci a bien d'autres origines et constitue un phénomène de plus grande ampleur.

3 - L'observation a déjà été faite que de nombreux reirements ne trahissent pas les anticipations des

justiciables (5). Cependant, même les reirements les plus contestés ne sont pas toujours aussi dévastateurs qu'on le prétend. C'est qu'en effet, même s'ils créent la surprise, celle-ci n'est pas nécessairement supérieure à ce qu'elle serait en cas de changement de législation. Sans doute le principe est-il que la modification législative se fait sans rétroactivité, ce à l'inverse de ce qui se passe en cas de revirement de jurisprudence, rétroactif par principe ; d'où le présupposé que le second est potentiellement plus destructeur que la première. Le propos a cependant une portée plus théorique que pratique. Les reirements les plus lourds de conséquences sont ceux qui interviennent dans les matières d'ordre public. Or, nous savons de longue date que, dans ces matières, le principe de l'application immédiate de la loi nouvelle peut conduire à une certaine rétroactivité. C'est notamment ce qui se passe lorsque le juge estime que la nécessaire uniformité des situations contractuelles justifie que le principe de l'application immédiate de la loi nouvelle efface celui de la survie de la loi ancienne ; en ce cas, la loi nouvelle s'applique aux effets futurs de contrats conclus antérieurement à

son entrée en vigueur (6). Tel est du reste le principe qui prévaut en matière sociale où la Cour de cassation juge avec constance que « l'ordre public social impose l'application immédiate aux contrats de travail en cours et conclus avant leur entrée en vigueur des lois nouvelles ayant pour objet

d'améliorer la condition ou la protection des salariés » (7). On croit alors comprendre qu'en matière sociale, où les reirements de jurisprudence sont plus critiqués qu'ailleurs, ceux-ci ne sont

pourtant guère plus déstabilisateurs que les changements législatifs (8).

Le revirement de la Cour de cassation à propos des clauses de non-concurrence permet d'illustrer le propos. Le 10 juillet 2002, la Chambre sociale de la Cour de cassation décide dans trois arrêts que désormais les clauses de non-concurrence sont licites à la condition, notamment, de comporter une

contrepartie financière (9). Elle en déduit qu'à compter de cette date la clause dépourvue d'une telle contrepartie n'engendre aucune contrainte pour le salarié (pourvois n° 00-45.387 et 99-43.336) et que, au contraire, le salarié auquel on voudrait l'opposer peut prétendre être indemnisé (n° 00-45.135). Le 17 décembre 2004, la Chambre sociale ajoute que ces solutions résultent, ce sont ses

termes, d'une « exigence d'application immédiate » (10). Elle n'aurait pas jugé différemment si la solution adoptée le 10 juillet 2002 avait été le fait du législateur. Elle aurait fait immédiatement application de cette « loi » aux effets futurs des situations en cours et aurait donc considéré que celle-ci privait d'effet à compter de son entrée en vigueur les clauses de non-concurrence dépourvues de contrepartie financière. Comme elle l'avait déjà fait le 17 février 1937 (DH 1937, p. 218) à propos de la loi du 20 juin 1936 sur les congés payés, elle aurait jugé que « cette loi ne confère point aux parties un droit définitivement acquis à l'application d'une clause que le législateur, pour des raisons d'intérêt social et de protection du travail, a déclaré illicite, et qu'une telle clause doit être considérée à bon droit comme caduque ». Sous l'angle de la sécurité juridique, la polémique suscitée par la jurisprudence de la Chambre sociale n'avait donc pas lieu d'être.

4 - En revanche, et en l'absence de tout revirement, la jurisprudence peut réserver de mauvaises

surprises aux justiciables. Témoin l'affaire dite de l'échéancier des amortissements (11). L'article L. 312-8 du code de la consommation, dans sa rédaction issue de la loi du 13 juillet 1979, disposait que l'offre de crédit adressée à un futur emprunteur doit comporter un échéancier des amortissements. Sur la foi d'une doctrine administrative plus ou moins univoque, les prêteurs avaient adopté une conception minimaliste de cet échéancier ; pour eux, il s'agissait seulement de préciser le montant, le nombre et la périodicité des échéances. Par deux arrêts de mars et juillet 1994, la Cour de cassation devait consacrer une conception bien plus exigeante de l'échéancier. Il devait s'agir d'un tableau récapitulatif pour chaque échéance la part de l'amortissement du capital par rapport à celle couvrant les intérêts. Du coup, tous les crédits immobiliers consentis depuis une quinzaine d'années se trouvaient soudain entachés d'une irrégularité formelle. L'enjeu financier était considérable dès lors que cette irrégularité pouvait justifier la déchéance totale ou partielle des établissements prêteurs. Finalement, pour résoudre les difficultés créées par cette jurisprudence, une loi de validation est intervenue, dont, plus tard, la constitutionnalité puis la conventionnalité seront reconnues. S'il y a eu atteinte à la sécurité juridique, elle résultait ici d'une jurisprudence et non d'un revirement ; l'insécurité est née de la première décision rendue sur une question inédite et non de la remise en cause d'une solution constante.

De manière plus surprenante, il faut d'ailleurs ajouter qu'une telle insécurité peut se constater, non seulement en l'absence de revirement, mais encore en l'absence de jurisprudence de la Cour de cassation. Il a ainsi suffi que le Tribunal de grande instance de Marseille décide que le Plan d'aide

au retour à l'emploi (PARE) constitue un contrat synallagmatique (12) pour déséquilibrer profondément les finances de l'assurance chômage. Peu importe ici le point de savoir si cette décision était bien ou mal fondée. Le fait est que sa résonance aura engendré des conséquences inattendues que seule une intervention gouvernementale aura permis de contenir. Les financiers disent parfois que le battement d'une aile de papillon est de nature à provoquer un *krach*. Le propos est imagé à l'excès. Il n'en reste pas moins que les « séismes judiciaires » ne trouvent pas toujours leur origine dans une décision d'Assemblée plénière de la Haute juridiction.

5 - Si au plus petit geste peuvent être attachés les plus grands effets, c'est vraisemblablement qu'il s'insère dans un équilibre profondément instable. Peu à peu, le sujet se déplace : l'insécurité juridique ne vient pas spécialement des revirements, elle tient essentiellement au fait même de l'oeuvre prétorienne ; mais si tel est le cas c'est que, le plus souvent, l'insécurité est antérieure à l'intervention du juge. Elle se niche dans les sources que ce dernier utilise : la loi et le règlement dont la compréhension, sinon la connaissance sont souvent malaisées, les sources supralégislatives et supranationales dont l'exacte signification ne sera fréquemment perçue qu'aux termes de jurisprudences que seuls les meilleurs spécialistes décryptent avec fiabilité. L'inquiétude que suscitent les revirements de jurisprudence présente en conséquence assez peu de particularisme. L'insécurité juridique qui s'attache aux revirements est la même que celle qui est propre à la jurisprudence et, plus crûment encore, au droit lui-même, tel que le révèlent l'ensemble de ses sources.

B - Objet du problème

6 - Comprendre le problème que nous posent les revirements de jurisprudence, c'est donc d'abord mieux cerner le phénomène de l'insécurité juridique : De quoi s'agit-il ? Et d'où vient-elle ?

L'exigence de sécurité juridique apparaît comme la contrepartie de l'adage selon lequel « nul n'est censé ignorer la loi ». Si tout un chacun ne peut invoquer son ignorance pour se soustraire à l'application d'une règle de droit, il faut donner à chacun la possibilité de connaître cette règle et l'assurance de ce qu'il est en mesure de s'y conformer. Si tel n'est pas le cas, il y a insécurité juridique. Celle-ci paraît à première vue insupportable. Admettre l'insécurité c'est mettre à la charge des citoyens une obligation impossible, à savoir ne pas ignorer une règle que l'on ne peut connaître. C'est au surplus nier la justification même du droit : règle du jeu, celui-ci est un facteur de paix civile ; règle indéfinie, il n'est que prétexte à la discorde.

7 - En même temps, l'examen des raisons d'où procède l'insécurité juridique conduit à nuancer cette condamnation sans appel.

Il y a une part inévitable d'insécurité. Comme le disait Hébraud, dont M. R. Libchaber rappelle opportunément la bonne parole, le juge est un « *praticien de la loi* ». C'est lui qui, à l'occasion d'une demande, est chargé de mettre en oeuvre la règle normalement applicable. Il est ainsi amené à dire, pour les besoins de l'espèce, ce qui vaut, de manière générale ; en un mot, comme l'écrivait Ripert, « *le juge est le législateur des cas particuliers* ». Or, les Anglais le savent bien, aucun principe général

ne permet de résoudre un cas particulier (13). Ce qui est abstrait n'est pas concret, ce qui est général n'est pas particulier (singulier). Entre l'un et l'autre, il y a solution de continuité. De telle sorte que le juge aura beau expliciter avec un grand luxe de précision le contenu de la règle qu'il applique, il faudra à un moment qu'il fasse le saut du concret à l'abstrait et qu'il décide que tel fait correspond bien à telle qualification. Le raisonnement cède alors la place à une décision qui par nécessité comporte une part d'inattendu.

L'effet de surprise n'atteint d'ailleurs pas seulement les parties au litige. C'est que, en effet, l'application de la règle s'accompagnera parfois d'explications sur le contenu de celle-ci. Et il y aura là

autant d'enseignements généraux à même d'être exploités dans d'autres instances. Par habitude, autorité ou raisonnement, la norme jurisprudentielle se diffuse ainsi et peut alors surprendre d'autres que ceux pour lesquels elle a été mise en forme.

D'une certaine manière, ce risque est souhaitable, car il n'est jamais que le prix de notre liberté. Tout un chacun peut raisonnablement penser être dans la norme. Mais il ne peut imposer son jugement à des tiers intéressés qui, précisément, estimeront le contraire. D'où la nécessité d'un arbitrage qui, parce qu'il interviendra *a posteriori*, surprendra nécessairement l'une ou l'autre des parties. Pour éviter cela, il faudrait soumettre tous nos actes de quelque importance à un contrôle *a priori* du juge ou de l'Administration. Mais plus personne n'accepterait un tel contrôle. Simplement, si nous voulons la liberté, il faut accepter l'incertitude qui va de pair. A certains égards, l'obsession de la sécurité juridique est aux professionnels ce que le souci sans discernement de la précaution est aux consommateurs.

8 - Pour être inévitable et dans une certaine mesure souhaitable, le risque doit demeurer acceptable, ce qui suppose qu'il puisse être raisonnablement apprécié et faire l'objet de probabilités, que l'avenir ne démentira pas systématiquement.

Tel était vraisemblablement le cas lorsque le juge travaillait avec peu de textes, essentiellement le code civil, et que ceux auxquels il appliquait ce texte - en gros, les propriétaires - constituaient un corps social relativement homogène ou, à tout le moins, un ensemble au sein duquel les clivages étaient à peu près connus. Il devait alors exister un sens commun de la règle propre à limiter les incertitudes. En tout cas, les occasions de discordance interprétative étaient à peu près connues de telle sorte que les réelles surprises demeuraient des espèces rares. On ne parlait d'ailleurs pas d'insécurité juridique.

Les choses changent lorsque le droit, pourrait-on dire, se démocratise et s'applique notamment à des domaines et des individus qui, jusque-là, n'étaient pas ou peu concernés : concurrence, consommation, travail... Le juge est ainsi saisi d'une multitude de conflits d'intérêts ; les querelles d'interprétation prolifèrent. Assurément, il y a là un risque d'accroissement de l'insécurité juridique. Le risque est d'autant plus élevé que les sources se multiplient et que le législateur comme l'exécutif se font plus bavards. On pourrait *a priori* penser que plus il y a de textes, plus le juge est encadré. En réalité, c'est le phénomène inverse qui se produit : autant il y a de textes, autant il y a d'interprétations. L'inflation législative consacre le règne de l'argumentation. Et ce règne s'étend d'autant plus qu'il faut aussi compter sur le développement des sources supranationales ainsi que sur l'introduction dans le droit positif des chartes de droits fondamentaux qui, comme chacun le sait, suscitent plus de réflexions que de certitudes. En terme de sécurité juridique, c'est l'abondance de biens qui est plutôt nuisible. De manière imagée, il serait permis de dire que là où le juge napoléonien jouait aux dames, le juge contemporain joue aux échecs ; le second jouit de plus de variétés que le premier ; les combinaisons qui s'en suivent sont à la fois plus nombreuses et plus inattendues. C'est alors que se profile le risque d'un excès d'insécurité auquel il faut trouver la parade.

Le juriste qui parle d'insécurité juridique est un peu comme le psychiatre qui parle du stress (14) : son existence est une nécessité, son excès une pathologie.

9 - Du coup, le propos change de tournure. Les prémisses de l'étude pointaient les risques d'insécurité juridique propres à l'activité jurisprudentielle et concevaient la survenance de ce risque sur le mode d'un sinistre. Sur ces deux points, le tableau paraît désormais plus nuancé. D'une part, la volatilité de la jurisprudence n'est jamais que celle du droit que les juges mettent en oeuvre. D'autre part, l'insécurité juridique n'est pas un mal, mais un fait dont il faut s'accommoder en s'efforçant de mieux le maîtriser. Du coup, la question n'est plus de savoir comment lutter contre l'insécurité propre à l'activité jurisprudentielle mais comment faire pour que les juges limitent l'incertitude du droit.

## II - Traitement du problème

10 - L'insécurité juridique tient aux modalités de mise en oeuvre de la règle (A) ; elle tient aussi, de manière plus contemporaine, à ses modes de production (B). Sur ces deux points, le juge est en mesure d'intervenir.

### A - La réalisation du droit

11 - Le passage de l'abstrait au concret comporte toujours une marge d'appréciation et donc un effet de surprise dès lors qu'il s'opère à propos de faits passés. De ce point de vue, il n'y a pas de grande différence entre les parties à un litige et les tiers qui pourraient être intéressés par sa solution. Les uns comme les autres sont exposés au même risque ; la seule différence tient à la plus ou moins

grande actualité de ce dernier. Lorsque la Cour de cassation déclare en 1998 (15) que l'obligation d'information du médecin porte également sur les risques exceptionnels d'un traitement, sa décision surprend autant le soignant partie à la procédure que celui dont *in fine* la responsabilité

sera reconnue en 2001 (16), conformément aux termes de la jurisprudence issue de l'arrêt de 1998. A la limite, l'effet de surprise est plus fort pour le premier que pour le second, d'ores et déjà au

courant du changement de doctrine au sein de la Cour de cassation (17).

Comme cet effet de surprise est inévitable, il est vain de vouloir en combattre le principe même ; ce serait en quelque sorte en méconnaître l'existence et donc s'affranchir du principe de réalité. La question qui doit être posée est celle de savoir à quel titre une situation qui peut être jugée contraire à l'état du droit mérite malgré tout d'être maintenue. Qu'est-ce qui peut légitimer la permanence du *statu quo* ? Plus simplement encore : à quelles conditions le fait peut-il l'emporter sur le droit ?

En droit positif, il est semble-t-il trois situations où, du fait et du droit, le premier se montre le plus fort :

- La première correspond à l'hypothèse de l'erreur invincible ; car alors il est impossible de faire autrement ;

- La seconde est celle où la prescription s'est écoulée ; en ce cas, fût-ce au nom du droit, il serait inopportun de réveiller d'anciennes querelles ;

- La troisième est plus diffuse et répond à un tempérament d'équité (18) ; en certaines occurrences, la seule application du droit fait par elle-même ressentir ses propres excès ; il faut alors savoir fermer les yeux.

En un mot, le fait doit être préféré au droit lorsqu'il est impossible, inutile ou injuste de faire autrement. Si ces trois termes étaient mieux exploités, l'insécurité juridique serait sans doute un thème moins à la mode. En tout cas, il y a là des remèdes dont l'utilisation ne nécessite aucun bouleversement institutionnel. Et, si l'on peut avancer sans se fâcher, on aurait tort de se priver.

12 - L'erreur invincible, à tout le moins l'erreur légitime, paraît au premier abord de peu de secours. Si la jurisprudence n'est jamais totalement prévisible, l'erreur de prévision sera trop fréquente pour

prétendre être invincible ou même légitime (19) : « nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée », dit la Cour de cassation. En même temps, cette maxime semble supporter au moins deux tempéraments.

Le premier tient au fait que la croyance peut précisément porter sur le fait même que telle situation déterminée ne peut être remise en cause. Si cette croyance est invincible ou légitime, il est alors normal qu'elle ne soit pas prise en défaut par l'intervention du juge. Elle est par exemple invincible lorsque cette situation résulte d'une décision définitive. Et c'est la raison pour laquelle la jurisprudence a toujours admis qu'une loi nouvelle ne puisse remettre en cause l'autorité d'une

décision passée en force de chose jugée (20).

Le second tempérament résulte au premier chef d'une considération intuitive. On veut bien que la jurisprudence soit mouvante et qu'en conséquence elle ne justifie aucune attente de la part du justiciable. Il paraît cependant difficile de ne pas récompenser les efforts de celui qui, soucieux de se conformer aux normes juridiques, aura réglé son comportement en considération de l'état de la jurisprudence. Peut-on affirmer que nul n'est censé ignorer la loi - en ce compris la jurisprudence, qui n'en est que l'appendice - et, dans le même temps, tenir pour négligeables les efforts accomplis pour la respecter ? Poser la question, c'est déjà y répondre. Le justiciable n'est pas doté d'un pouvoir divinatoire. S'il s'est correctement déterminé au regard des seules informations dont il disposait, il ne saurait être ultérieurement inquiété.

Cette appréciation de bon sens peut être confortée par une compréhension raisonnée de la théorie

de l'apparence, laquelle prend précisément appui sur la notion d'erreur invincible ou légitime

(21). En principe, le domaine d'application de cette théorie est sans limite (22). Il est également

dit qu'elle s'accommode d'une erreur de droit (23). Dans ces conditions, celui qui, en considération des règles et de la jurisprudence existantes au moment où il agissait, pouvait penser que son comportement était licite, peut dans le même temps attendre que sa croyance soit ultérieurement confortée. Cette application de la théorie de l'apparence présente un double avantage :

- d'une part, elle permet de donner un contour précis à l'exigence de sécurité juridique car elle conduit à distinguer entre celui qui se sera déterminé en considération d'une croyance, et qui mérite protection, et celui qui, indifférent à l'état du droit et de la jurisprudence, n'aura cru en rien et ne pourra en conséquence prétendre au bénéfice de la théorie de l'apparence ; on évite ainsi les effets d'aubaine ;

- d'autre part, et sous un angle plus institutionnel, l'analyse proposée permet de ne pas prendre parti sur la portée normative de la jurisprudence ; en effet, point n'est besoin d'élaborer un droit transitoire de la norme jurisprudentielle ; il suffit simplement de valider rétroactivement un comportement adopté en considération d'une croyance légitime. De manière plus synthétique : la jurisprudence est rétroactive, l'apparence aussi.

Certains arrêts de la Cour de cassation illustrent le propos :

- Ainsi décide-t-elle 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 » (24). En effet, le notaire a l'obligation de s'assurer de l'utilité et de l'efficacité de l'acte qu'il rédige. Il est donc censé s'informer sur l'état du droit applicable. Et c'est donc à la lumière du droit existant au moment où il intervient qu'il faut apprécier sa responsabilité.

- Ainsi considère-t-elle qu'une modification de la jurisprudence portant sur l'effet interruptif de

prescription de l'introduction d'une action en justice n'est pas opposable au demandeur (25) ; en effet, on doit supposer que ce dernier a le souci de s'assurer de l'efficacité de la procédure engagée et qu'il s'inquiètera en conséquence des règles de prescription applicables ; là, comme ailleurs, il doit pouvoir se fier à l'état du droit tel qu'il est au moment où la procédure est engagée.

- Inversement, la jurisprudence peut avec cohérence estimer qu'un médecin ne bénéficie pas de la

même protection (26). En effet, si le praticien s'est contenté d'accomplir les actes médicaux

sans chercher à connaître le droit applicable à ses obligations (27), sa confiance légitime n'est pas caractérisée. Tout simplement parce que celui qui ne cherche pas à savoir ne peut par définition se tromper.

On comprend moins bien, en revanche, que la Cour de cassation juge avec constance que « la déclaration d'illégalité du texte réglementaire sur lequel est fondée (une clause contractuelle)

s'impose » au juge judiciaire (28). En pareil cas, la clause est la reproduction d'un modèle réglementaire. En l'insérant dans le contrat qu'il a fait signer, le professionnel a donc clairement manifesté son intention de se conformer à l'état du droit existant. Rien ne justifie que sa confiance soit ici prise en défaut.

13 - La prescription constitue un puissant moyen de cantonner les incertitudes qui s'attachent aux interventions de la Justice. C'est même d'ailleurs son principal objet. En effet, le mécanisme de la prescription n'est jamais que le moyen de préserver les situations acquises de l'exercice d'une action en justice et donc d'un possible trouble judiciaire. A l'instar de ce qu'est le principe de non-rétroactivité des lois dans les rapports entre le législateur et les citoyens, la prescription apparaît en quelque sorte comme la garantie d'éviction que l'institution judiciaire doit au justiciable. Aussi bien faut-il approuver la jurisprudence de la Cour de cassation qui prive de perpétuité l'exception de nullité lorsque le contrat a été partiellement exécuté. En effet, en pareil cas, l'exception produit les mêmes effets que l'action : l'une et l'autre entraînent remise en cause du passé et il faut donc, l'une

comme l'autre, les borner dans le temps (29).

De manière plus pratique, ajoutons qu'une prescription d'une durée raisonnable limitera le plus souvent aux seules parties à l'instance les effets d'insécurité juridique propres à la décision rendue. Considérons l'hypothèse des revirements de jurisprudence : chacun sait que la plupart du temps, au moins si ceux-ci sont le fait de la Cour de cassation, il faut au moins cinq ans pour les obtenir. Si l'action concernée par le revirement est enfermée dans une prescription de cinq ans, les tiers ne pourront donc rien faire. L'insécurité sera cantonnée. Ainsi comprend-on que la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de responsabilité médicale susciterait moins de polémiques si la prescription trentenaire était enfin abandonnée. Lorsque, en 2001, la Cour de cassation vient reprocher à un médecin une faute commise par lui en 1974, ce qui choque, c'est moins le sens de la

décision que le caractère tardif de celle-ci (30).

De ce point de vue, il serait souhaitable de réviser les termes de l'article 2262 du code civil. Il se peut que la prescription trentenaire reste adaptée au traitement de certaines questions, par exemple,

en matière foncière ; en revanche, c'est manquer de discernement que de la perpétuer comme prescription de droit commun. Il faut donc se féliciter de ce que, dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, M. P. Malaurie ait proposé de « trancher dans le vif » en adoptant une prescription de droit commun de trois ans, quitte à prévoir des prescriptions spéciales d'une durée de dix ans.

En attendant l'intervention du législateur, la jurisprudence pourrait d'ores et déjà cantonner le domaine de la prescription trentenaire. En cette matière, les contraintes dogmatiques pèsent assez

peu (31) ; la souplesse est de mise. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle fait application de la prescription décennale de l'article L. 110-4 du code de commerce (l'ex-art. 189 *bis*) à l'action du

consommateur tendant à la déchéance du prêteur en matière de crédit immobilier (32) ; elle a d'ailleurs précisé que cette prescription doit être soumise au régime de la forclusion de telle sorte

qu'elle est opposable même si la déchéance est présentée par voie d'exception (33). D'un point de vue théorique, ces solutions sont difficilement justifiables. En revanche, sous un angle pratique, tout un chacun peut comprendre qu'il ne serait guère raisonnable d'autoriser pendant trente ans une

demande de déchéance du prêteur de son droit aux intérêts (34). Dans le même esprit, on comprend moins bien qu'en matière de discrimination syndicale la Chambre sociale ait fait le choix

de la prescription trentenaire (35) autorisant ainsi des demandes de reconstitution de carrière que, trente ans après les faits, plus personne n'est vraiment capable de faire.

De manière moins anecdotique, et si elle souhaitait faire progresser l'impératif de sécurité juridique, la Cour de cassation pourrait utiliser deux leviers :

- Le premier consisterait à généraliser la prescription quinquennale de l'article 1304 du code civil chaque fois qu'est en cause la sanction civile d'une règle impérative relevant d'un ordre public de protection ;

- Le second passerait par une application systématique de la prescription décennale du code de commerce chaque fois qu'est en cause un commerçant, en tout cas un professionnel relevant des dispositions de ce code.

Finalement, la prescription trentenaire n'occuperait plus qu'une place assez résiduelle. L'urgence d'une réforme législative serait moindre. Le tout, sans le moindre changement institutionnel.

14 - L'inventaire des tempéraments d'équité à une stricte application du droit est plus difficile à réaliser. L'idée est qu'en certaines occurrences, et abstraction faite du temps écoulé, il paraît injuste de

remettre en cause le passé. En droit civil, et ce n'est pas un hasard, la théorie des restitutions donne du contenu à cette idée. Selon cette théorie, il est de principe que l'acquéreur par l'effet d'un titre devenu nul ne doit normalement pas restituer les fruits de la chose acquise ; sans quoi on risquerait de l'appauvrir excessivement lors même qu'en consommant les fruits il a accru son train de vie,

sans pour autant s'enrichir (36). Le rétablissement de la légalité justifie le retour au *statu quo ante* ; ni moins, ni plus de telle sorte que si, croyant y parvenir, on aggrave en fait la situation d'une

des parties, il y a lieu de pratiquer une sorte d'« amnistie pour les fruits » (37). En un mot, si une situation illicite ne saurait enrichir, la suppression de celle-ci ne saurait non plus appauvrir (sauf mauvaise foi, bien sûr).

Cette limite que comporte la théorie des restitutions pourrait être utilement étendue aux fins de limiter la rétroactivité des nullités. En termes de sécurité juridique, le gain serait évident car, alors, la nullité n'aurait d'effet que pour l'avenir. Et ce gain serait justifié dans les hypothèses où, comme

l'a jugé le Conseil d'Etat dans l'arrêt *AC !* du 11 mai 2004 , « l'effet rétroactif de l'annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives » ; ce qui n'est jamais qu'une autre façon de dire que cet effet entraîne un appauvrissement injustifié. En droit privé, et sous réserve, peut-être, de certains aménagements, pourrait être réactivée la proposition,

parfois exprimée en doctrine (38) et illustrée en jurisprudence (39), selon laquelle l'annulation des contrats complexes, dont les effets se font ressentir sur une longue durée, ne doit avoir d'effets que pour l'avenir. On se souviendra à cet égard que si l'ancienne jurisprudence sur la détermination du prix dans les contrats de distribution suscitait tant de réserves, c'est aussi qu'elle

prévoyait l'annulation rétroactive de ces contrats au long cours (40). Et il y aurait un argument de poids pour empêcher le jeu de la rétroactivité : la complexité des échanges qui se sont réalisés en exécution d'un contrat conclu pour une longue durée rend aléatoire toute reddition de compte ; de la sorte, il est souvent impossible de faire sérieusement la part entre profits et pertes ; sauf chiffrage précis, il faut donc présumer que l'annulation pour l'avenir n'entraîne ni appauvrissement ni enrichissement injustifiés.

Il se peut que l'utilisation de ces différentes théories n'apportent pas en toute hypothèse la prévisibilité espérée. Simplement, dans la mesure où les ressorts de la technique juridique semblent épuisés, il convient alors que le pouvoir politique prenne ses responsabilités. Au législateur d'intervenir, par voie de loi de validation ou de loi interprétative, s'il estime que les effets de surprise d'une décision de justice sont par trop dévastateurs. Encore faut-il que de telles lois soient

appliquées, ce que, comme chacun sait, le juge peut refuser de faire au motif d'une méconnaissance

de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (41).

B - Les sources du droit

15 - Cette dernière observation conduit *in fine* à dire un mot sur le traitement par le juge des sources du droit. Il y a une incertitude irréductible dans tout acte de *jurisdictio*. Pour autant, cette incertitude s'accroît lorsque les sources à la disposition du juge augmentent en quantité en même temps que, assez souvent, elles faiblissent en qualité. Et c'est alors que l'insécurité juridique devient difficilement acceptable. Ne demandons pas au juge de mettre de l'ordre au lieu et place du législateur. On peut cependant attendre de lui qu'il ne contribue pas lui-même au désordre. Ce qui suppose qu'il reste respectueux de l'équilibre des pouvoirs comme de celui des compétences qui s'exercent et s'expriment dans le ballet des sources du droit.

16 - L'équilibre entre pouvoir législatif et autorité judiciaire est finalement assez bien défini par l'article 4 du code civil : c'est le silence, l'obscurité ou l'insuffisance de la loi qui légitime la norme jurisprudentielle. Il s'ensuit qu'avant d'exercer son pouvoir créateur le juge doit tout de même s'assurer des intentions clairement exprimées du législateur.

Dans cette perspective, il ne faut jamais perdre de vue que la construction jurisprudentielle du droit de la responsabilité trouvait sa justification dans le caractère laconique du code civil. L'épisode de la jurisprudence *Desmares* a d'ailleurs révélé que la Cour de cassation avait parfaitement conscience des limites de son oeuvre prétorienne : sitôt que la loi du 5 juillet 1985 est entrée en vigueur, elle a

reculé (42). Si la Haute juridiction avait suivi le même parcours en matière de responsabilité médicale, les polémiques suscitées par la jurisprudence issue de l'arrêt du 9 octobre 2001 n'auraient peut-être pas eu lieu. Un arrêt *Teyssier* du 28 janvier 1942 (D. 1942, p. 63) avait posé que le médecin a le devoir d'avertir le patient sur la nature exacte de l'opération qu'il va subir et sur les conséquences de celle-ci. Par la suite, le législateur devait donner une base légale à cette jurisprudence, sans pour

autant renforcer le devoir d'information du médecin (43). Rien dans les textes ne permettait de considérer que ce dernier devrait désormais délivrer une information sur les risques exceptionnels liés à son intervention. Au reste, l'actuel article L. 1111-2 du code de la santé publique dispose que l'information doit porter sur « les risques fréquents ou graves normalement prévisibles » que comportent les traitements. L'exigence législative paraît donc encore en-deçà de l'exigence d'origine jurisprudentielle ; au risque de créer la confusion dans l'esprit des justiciables.

Dans le même esprit, il n'est pas sûr qu'il y ait beaucoup à gagner du contrôle exercé par la Haute juridiction sur les lois interprétatives et sur les lois de validation. Lorsque le législateur intervient de la sorte, c'est le plus souvent qu'existe un risque sérieux d'atteinte à la sécurité juridique. Il s'est formé une jurisprudence propre à menacer l'équilibre financier d'un secteur d'activité ; d'où une loi de validation pour couvrir les pratiques antérieures et laisser aux professionnels concernés le temps de se mettre en conformité. Il existe une incertitude sur le sens de la loi ou encore une interprétation

jurisprudentielle contraire aux intentions du législateur ; d'où une loi interprétative pour définitivement clarifier la situation. Il y a dès lors quelque chose de paradoxal à écarter l'application de telles lois. L'article 6 de la Convention européenne et le principe de la prééminence du droit sont alors visés pour servir de fondement à des solutions qui créent de l'insécurité juridique.

Il sera répondu que le juge judiciaire est garant de la conventionnalité des lois et qu'il doit en conséquence refuser de les appliquer si le résultat d'une telle application se révèle contraire aux dispositions de la Convention européenne.

17 - C'est une vérité que l'on ne discutera pas. Le juge doit cependant veiller à ce que les effets pervers de ses décisions ne l'emportent pas sur leurs effets voulus. Or, il ne faut jamais perdre de vue que le refus d'appliquer une loi ajoute à la confusion des sources et, indirectement, des esprits. Si rien ne s'impose au juge, le justiciable a naturellement l'impression qu'il peut soutenir n'importe quoi. La prééminence du droit se retourne alors contre elle-même. L'appel à la « prudence interprétative » paraît plus que jamais de mise.

Idéalement, et afin de remettre un peu d'ordre dans les sources du droit, il conviendrait qu'il n'y ait qu'une seule autorité compétente pour être juge de la loi. Le Conseil constitutionnel est le mieux placé : il est le plus qualifié car tel est son cœur de métier ; il sait statuer dans l'urgence. Il faudrait alors sans doute revoir sa composition, mais aussi étendre sa compétence et lui permettre de contrôler à la fois la constitutionnalité et la conventionnalité des lois. Il faudrait également prévoir un mécanisme de question préjudicielle et autoriser les juridictions judiciaires à le saisir en cas de doute sur la conformité d'une disposition législative. Cela permettrait d'ailleurs à la Cour de cassation de soumettre au Conseil constitutionnel des dispositions législatives dont il n'aurait pas été saisi. Cela permettrait également aux juridictions judiciaires de réagir, ce qu'elles ne peuvent aujourd'hui, à l'égard des dispositions législatives manquant de clarté. Tel serait le meilleur équilibre entre les autorités ayant une mission de *jurisdictio* ou, à tout le moins, pouvant être considérées comme telles.

Une telle réforme n'est peut-être pas envisageable. Il serait alors souhaitable que soit respecté un minimum de hiérarchie entre la doctrine des juridictions appelées à arbitrer entre les différentes sources de droit. Dans cette perspective, il serait sain que la Cour de cassation n'aille pas plus loin que la Cour de Strasbourg dans le contrôle de conventionnalité des lois. Par exemple, lorsque cette dernière pose qu'une loi de validation constitue une violation de l'article 6 de la Convention européenne dès lors que l'Etat ou une émanation de lui est partie à un procès auquel cette loi

s'appliquerait (44), il ne paraît pas sain que la Cour de cassation s'affranchisse de cette condition pour retenir que, même dans un litige purement privé, une loi de validation ou une loi interprétative puissent être jugées contraires à la convention, pour ne pas répondre à d'impérieux

motifs d'intérêt général (45).

18 - En conclusion, retenons que la jurisprudence n'est pas *a priori* un danger pour la sécurité juridique. De bonnes lois font une bonne jurisprudence et c'est seulement lorsque le climat général se dégrade qu'elle est montrée du doigt. Dans cet esprit, borner dans le temps l'autorité des décisions de justice, prétexte pris de la nécessité d'assurer le principe de la prééminence du droit, c'est en quelque sorte soigner le mal par la seule éradication du symptôme. Mieux vaut que le juge déroule son office dans des conditions que personne ne lui a jamais contestées et que, remédiant à l'insuffisance ou à l'obscurité de la loi, il développe les techniques - apparence, prescription, restitutions... - propres à renforcer la sécurité juridique.

(1) La présente étude a été conçue à partir d'une intervention au colloque sur « La jurisprudence » qui s'est tenu à l'Institut de France les 25 et 26 janvier 2006. Elle est d'un contenu différent de l'exposé fait à cette occasion, lequel donnera ultérieurement lieu à publication.

(2) Litec, 2004.

(3) On signalera, entre autres, les études de P. Deumier et R. Encinas de Munagorri, RTD civ. 2005, p. 83 ;

V. Heuzé, JCP 2005, I, 130 ; P. Morvan, D. 2005, Chron. p. 247 ; C. Radé, D. 2005, Chron. p. 988 ; P. Sargos, Dr. soc. 2005, p. 123 ; il faut également mentionner les excellentes contributions parues dans le dossier

spécial de la RTD civ. 2005, p. 293 s. (S. Amrani-Mekki, C. Atias, J.-L. Aubert, X. Bachellier, M.-N. Jobard-Bachellier, M.-A. Frison-Roche, P. Malinvaud, F. Melleray, J. Monéger et Y.-M. Serinet).

(4) L'impossible Code civil, PUF, 1992, préface P. Chaunu.

(5) V. les exemples donnés par N. Molfessis, Les revirements de jurisprudence, préc., p. 18.

(6) V. sur ce point, les explications particulièrement éclairantes de J. Ghestin et G. Goubeaux, Introduction générale, 4e éd., avec la collab. de M. Fabre-Magnan, LGDJ, 1994, n° 405 s.

(7) V. Par ex. Cass. soc. 12 juill. 2000, Bull. civ. V, n° 278 ; 12 nov. 1997, Bull. civ. V, n° 365 ; D. 1997, IR p.

256 ; V. déjà Cass. civ. 22 juill. 1902, S. 1904, I, p. 299 ; 22 avr. 1929, DH 1929, p. 281 ; 17 févr. 1937, DH 1937, p. 218.

(8) Comp. C. Radé, chron. préc., D. 2005, p. 988, spéc. n° 7, p. 990.

(9) V. not. D. 2002, Jur. p. 2491, note Y. Serra, Somm. p. 3111, obs. J. Péliissier, et 2003, Somm. p. 1222, obs. B. Thullier ; Dr. soc. 2002, p. 949, chron. R. Vatinet ; JCP 2002, II, 10162, note F. Petit ; JCP 2002, I, 130, n° 1, obs. P. Morvan ; RDC 2003, p. 17, obs. J. Rochfeld, et p. 142, obs. C. Radé.

(10) V. not. Dr. soc. 2005, p. 334, obs. B. Gauriau ; D. 2005, IR p. 110 , obs. P. Guiomard, et Pan. p. 2457, obs. A. Bugada ; Contrats, conc., consom. 2005, n° 44, obs. M. Malaurie-Vignal ; Petites affiches, 16

mai 2005, obs. G. Pignarre ; RTD civ. 2005, p. 159 , obs. P.-Y. Gautier.

(11) Pour un exposé plus complet de laquelle, V. L'endettement des particuliers, Joly, 2003, 2e éd., n° 54 et les références citées.

(12) TGI Marseille 15 avr. 2004, Dr. soc. 2004, p. 541, note A. Supiot ; RTD civ. 2004, p. 594 , obs. R. Encinas de Munagorri ; RDC 2005, p. 257, obs. J. Rochfeld.

(13) V. sur ce point, B. Markesinis, Constructions de systèmes et résolution de problèmes concrets, RTD civ.

2005, p. 47 .

(14) P. Légeron, Le stress au travail, Odile Jacob, éd. Poches, 2003, p. 131 s.

(15) Cass. 1re civ. 7 oct. 1998, 2 arrêts, Bull. civ. I, n° 287 et 291 ; D. 1999, Jur. 145 , note S. Porchy, et Somm. p. 259, obs. D. Mazeaud.

(16) Cass. 1re civ. 9 oct. 2001, Bull. civ. I, n° 249 ; V. not. D. 2001, Jur. p. 3470 , rapp. P. Sargos, note

D. Thouvenin ; RTD civ. 2002, p. 176 , obs. R. Libchaber.

(17) Ce dont la Cour européenne est parfaitement consciente ainsi que l'illustre l'affaire *Bellet*, V. sur ce point S. Guinchard *et alii*, Droit processuel, 3e éd., Dalloz, 2005, n° 290 a).

(18) En ce sens, P. Morvan, chron. préc., spéc. n° 10 s.

(19) Selon l'excellente (mais un peu détonnante) formule de J.-L. Aubert, « La prévisibilité du revirement est

inhérente à la précarité de la norme jurisprudentielle », RTD civ. 2005, p. 303 .

(20) V. déjà Cass. req. 20 janv. 1920, DP 1921, I, p. 129, note Rouast ; Cass. soc. 14 mars 1967, Bull. civ. IV,

n° 254. Mais V. Cass. 1re civ. 21 sept 2005, D. 2006, Jur. p. 207 , note M. Lamarche.

(21) V. Roland et Boyer, Adages du droit français, 3e éd., Litec, 1992, n° 116, p. 229-234.

(22) En ce sens, J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, n° 856 et 860. Plus nuancée, A. Danis-Fatôme, Apparence et contrat, LGDJ, 2004, préf. G. Viney, n° 274 s.

(23) C'est, comme le rappellent MM. Ghestin et Goubeaux, l'hypothèse des mariages de Montrouge, *op. cit.*, n° 864.

(24) Cass. 1re civ. 25 nov. 1997, Bull. civ. I, n° 328 ; RTD civ. 1998, p. 210 , obs. N. Molfessis ; D. 1998,

IR p. 7 .

(25) Cass. 2e civ. 8 juill. 2004, D. 2004, Jur. p. 2956 , note C. Bigot ; RTD civ. 2005, p. 176 , note P. Théry.

(26) Cass. 1re civ. 9 oct. 2001, préc.

(27) En même temps, on peut souhaiter que les médecins n'aient pas en permanence le souci du droit... Mais c'est un autre débat.

(28) V. Cass. 2e civ. 21 oct. 2004, Bull. civ. II, n° 465 ; D. 2005, Pan. p. 1321 , obs. H. Groutel. V. déjà

Cass. 1re civ. 2 juin 2004, Bull. civ. I, n° 155 ; D. 2005, Pan. p. 1321 , obs. préc.

(29) Sur cette jurisprudence, V. les lumineuses explications de M. J.-L. Aubert, *in* Mélanges Ghestin, LGDJ, 2000.

(30) En ce sens, R. Libchaber, obs. préc., RTD civ. 2002, p. 177 ; encore que, en l'espèce, l'impression de tardiveté de l'action résultait du jeu de la suspension de la prescription pour cause de minorité.

(31) V. sur ce point, A. Bénabent, Le chaos du droit de la prescription extinctive, *in* Mélanges Boyer, PU Toulouse, 1996.

(32) V. Cass. 1re civ. 30 sept. 1997, Bull. civ. I, n° 262 ; Contrats, conc., consom., déc. 1997, n° 184, obs. G.

Raymond ; D. 1997, IR p. 215 .

(33) V. Cass. 1re civ. 4 mai 1999, Bull. civ. I, n° 151 ; D. 1999, IR p. 174 ; 16 oct. 2001, Bull. civ. I, n° 258.

(34) V. sur ce point, L'endettement des particuliers, 2e éd., Joly, 2003, n° 57, p. 118-121, et les références citées.

- (35) Cass. soc. 15 mars 2005, D. 2005, Pan. p. 2507, obs. B. Lardy-Pélicier, et la chronique du Président Sargos, Etendue et limites de la prescription quinquennale, Semaine sociale Lamy, 29 mars 2005, p. 5 s.
- (36) V. P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, Les obligations, Defrénois 2004, n° 724.
- (37) L'expression est de M. P. Malaurie, *ibid.*
- (38) V. par ex. P. Malaurie et L. Aynès, Les obligations, 8e éd., n° 589 ; P. Malaurie, note D. 1958, Jur. p. 221 ; J. Flour et J.-L. Aubert, Les obligations, t. 1, 6e éd., n° 374 ; P. Didier, Brèves notes sur le contrat-organisation, in Mélanges Terré, PUF-Dalloz-Juris-Classeur, 1999, p. 635 s. ; V. aussi, pour les conventions et accords collectifs, le Traité de droit du travail, t. 7, par M. Despax.
- (39) Cass. com. 12 févr. 1991, Bull. civ. IV, n° 61 ; D. 1991, Somm. p. 387, obs. L. Aynès.
- (40) V. sur ce point, Capitant, Terré et Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 2, 11e éd., n° 151 à 154, spéc. n° 9, p. 48 et les références citées.
- (41) Cass. ass. plén. 23 janv. 2004, Bull. ass. plén., n° 2 ; D. 2004, Jur. p. 1108, note P.-Y. Gautier, et Pan. p. 1097, obs. L. Rozès ; RTD com. 2004, p. 74, obs. J. Monéger ; AJDI 2004, p. 201, note J.-P. Blatter ; RTD civ. 2004, p. 341, obs. J.-P. Théry, p. 371, obs. J. Raynard, et p. 598 et 603, obs. P. Deumier ; RFDA 2004, p. 224, chron. B. Mathieu (loi interprétative) ; 24 janv. 2003, Bull. ass. plén., n° 3 ; D. 2003, Jur. p. 1648, note S. Paricard-Pioux ; RFDA 2003, p. 470, chron. B. Mathieu (loi de validation) ; V. l'ensemble des références doctrinales sous art. 3, Code civil Dalloz, notes 33 s.
- (42) V. par ex. Flour, Aubert et Savaux, Le fait juridique, 11e éd., A. Colin, 2005, n° 277.
- (43) V. sur ce point, le rapport de M. Sargos, préc. D. 2001, Jur. p. 3471.
- (44) CEDH 28 oct. 1999, *Zielinski c/ France*, D. 2000, Somm. p. 184, obs. N. Fricero ; Petites affiches, 8 juin 2000, obs. A. Boujeka ; RTD civ. 2000, p. 436, obs. J.-P. Marguénaud, et p. 629, obs. R. Perrot ; JCP 2000, I, 203, n° 11, obs. F. Sudre.
- (45) V. P. Théry, obs. préc., RTD civ. 2004, p. 341 ; G. Lardeux, RDC 2004, p. 699.

RTD Civ. 2005 p. 83

**Faut-il différer l'application des règles jurisprudentielles nouvelles ?**

**Interrogations à partir d'un rapport. (Les revirements de jurisprudence, rapport remis le 30 nov. 2004 à M. le premier président Guy Canivet, groupe de travail présidé par Nicolas Molfessis, Paris, Litec, 2005 ; publiés après rédaction : P. Morvan, Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon, D.**

**2005.247 ; P. Sargos, L'horreur économique dans la relation de travail (libre propos sur le « Rapport sur les revirements de jurisprudence », Dr. soc. 2005.123)**

**Pascale Deumier, Professeur à l'Université Jean Monnet (Saint-Etienne)**

**Rafael Encinas de Munagorri, Professeur à l'Université de Nantes ; Membre de l'Institut universitaire de France**

Le 12 janvier 2005 la grand'chambre de la Cour de cassation était plus que comble. Pas moins de 537 inscrits à un colloque consacré à une proposition : « Pour une modulation dans le temps des revirements de jurisprudence ? ». Arrivés juste à l'heure, nous avons pris place dans l'antichambre face à l'écran diffusant en direct les propos des intervenants. Organisé sous l'égide de la Cour de cassation et du Laboratoire de sociologie juridique de l'Université de Paris II, le colloque visait à promouvoir, avec un souci manifeste de publicité, le rapport remis le 30 novembre 2004 par un groupe de travail présidé par notre collègue Nicolas Molfessis à M. Guy Canivet, premier président de la Cour de cassation (ci-après le Rapport). Fraîchement publié, l'ouvrage était opportunément présenté dès l'entrée du colloque. Pour notre bonheur, la qualité des interventions était au rendez-vous, donnant à réfléchir sur plus d'un aspect de ce sujet à géométrie variable et permettant de montrer, au-delà d'une cohérence d'ensemble, les thèmes de prédilection de chacun. Avant de présenter respectivement les interrogations qui sont les nôtres, il convient de présenter le Rapport.

Divisé en trois parties, il débute par un rapport général qui présente les résultats du groupe de travail en moins de cinquante pages. Viennent ensuite des rapports annexes qui sont autant de contributions spécifiques apportant un éclairage sur les solutions retenues dans des droits étrangers (Angleterre, Etats-Unis, Allemagne), en droit communautaire, en droit administratif ou encore en droit pénal. Une troisième partie intitulée « contribution des professionnels » réunit des suggestions et réactions de divers groupements et syndicats représentatifs du monde des affaires et des entreprises, des consommateurs et des salariés.

La proposition principale du Rapport vise à dissocier l'affirmation d'une jurisprudence nouvelle de la production de ses effets. Deux décisions seraient ainsi prises par la Cour de cassation. L'une consisterait à déterminer s'il convient de poser une règle jurisprudentielle nouvelle ; l'autre, si tel était le cas, de savoir si cette règle doit s'appliquer à des faits nés avant son entrée en vigueur, en particulier ceux qui font l'objet du litige. Deux problèmes distincts donc : d'un côté celui de la norme posée par la jurisprudence nouvelle, de l'autre celui de son application à un cas particulier. Comme l'indique le titre du colloque, il est question d'envisager une modulation dans le temps des (effets des) revirements de jurisprudence. La jurisprudence nouvelle pourrait ainsi être affirmée sans pour autant conduire à une application « rétroactive ». Cela permettrait d'éviter d'apprécier une

situation à partir d'une règle qui n'existait pas à l'époque des faits. La décision ayant conduit, pour des faits remontant à 1974, à imposer une obligation d'information survenue en 1998 à la charge du médecin sur les risques exceptionnels encourus le patient, a pu ici servir de repoussoir (Civ. 1<sup>re</sup>, 9 oct.

2001, Bull. civ. I, n° 249, p. 157 ; D. 2001. 3470, rapp. Sargos, note D. Thouvenin ; JCP

2002.II.10045, note O. Cachard ; RTD civ. 2002. 176, R. Libchaber ; Rapport, p. 6 et 20). En somme, il est question d'établir « un droit transitoire des revirements de jurisprudence » (Rapport, p. 3 et 7).

Des propositions secondaires justifient l'analyse présentée et suggèrent les conditions de sa mise en oeuvre. Le rôle créateur de la jurisprudence doit être enfin reconnu. La Cour de cassation est une source de droit créatrice de normes. Il lui revient d'identifier les revirements de jurisprudence susceptibles de donner lieu à une modulation dans le temps. Cette qualification de revirement devrait être explicite et faire l'objet d'un marquage reconnaissable par les destinataires de la décision. Seules les formations plénières de la Cour de cassation (de chambre ou de Cour) disposeraient du pouvoir de décider de cette modulation. Les décisions de procéder à un revirement *et* d'en moduler les effets dans le temps devraient faire l'objet de deux débats distincts, successifs et contradictoires (p. 49). Dans les deux cas, en particulier dans le second, les juges devraient s'expliquer sur leurs décisions par une motivation approfondie. Cette décision mériterait au préalable de donner lieu à un débat *au-delà* des parties (p. 40 et V. chron. L'ouverture de la Cour de cassation aux *amici curiae*). L'ensemble de ces propositions est sous-tendu par l'idée de sécurité juridique, sur laquelle le président du groupe de

travail s'est exprimé dans cette chronique (RTD civ. 2000.660, spéc. p. 667 , et sur le

revirement, 1998.210 ) et qui ne manque pas de revenir comme justification générale tout au long du Rapport. Plutôt que de poursuivre la présentation du Rapport, il nous a semblé préférable d'exprimer, tour à tour, quelques premières interrogations sur son contenu.

*Jurisprudence et théorie des conflits de règles dans le temps* (par R.E.M.)

Le Rapport insiste sur le pouvoir des juges de créer des règles de droit (notamment p. 10).

Reconnaître l'existence des règles posées par la Cour de cassation permet en effet d'envisager pleinement la nécessité d'un droit transitoire des revirements de jurisprudence. La succession des règles jurisprudentielles dans le temps ne peut-elle être pensée sur le mode des règles légales ? La question ouvre des perspectives stimulantes. Toutefois si la théorie des conflits de lois dans le temps est présentée comme un modèle de comparaison (p. 11), elle devient bien vite un anti-modèle dont le Rapport se démarque (p. 20). Plus surprenant encore, celui-ci ignore les distinctions essentielles de la théorie des conflits de règles dans le temps.

Aucune distinction n'est faite entre la rétroactivité et l'application immédiate d'une règle nouvelle. Comme chacun sait, il s'agit pourtant de l'un des apports majeurs de la théorie de Paul Roubier qui permet de dissocier deux problèmes radicalement distincts. L'un concerne l'application proprement

rétroactive d'une règle de droit à une situation passée. Cette rétroactivité est nuisible car elle conduit à apprécier une situation juridique à partir d'une règle intervenue postérieurement. C'est pourquoi elle est en principe interdite (art. 2 c. civ.). Cette prohibition a pour corollaire une conception étroite de la rétroactivité. Le péril consiste en effet à laisser prospérer une acception large et à qualifier abusivement de « rétroactive » toute application d'une règle à des faits intervenus avant elle. La Cour de cassation a souvent rappelé que l'application immédiate de la règle nouvelle n'implique aucune exception à la non-rétroactivité posée par l'article 2 du code civil (Soc. 18 janv. 1979, Bull. civ. V, n° 55). L'autre problème (une fois écarté celui de la rétroactivité) vise le point de savoir si une règle nouvelle doit régir immédiatement les situations nées avant son entrée en vigueur (principe dit d'application immédiate), ou s'il est préférable de maintenir la règle ancienne (exception dite de survie de la loi ancienne).

Il est regrettable que le Rapport n'ait pas distingué ces deux problèmes. Plus encore, il semble avoir retenu une conception large de la rétroactivité. L'inconvénient est alors de rapprocher (Rapport, p. 20) des applications proprement rétroactives de règles jurisprudentielles (Civ. 9 oct. 2001 préc.) et d'autres qui ne le sont pas, mais correspondent à l'application immédiate d'une règle jurisprudentielle nouvelle (par. ex. pour les clauses de non-concurrence, Soc. 10 juill. 2002, D.

2002.2491, note Y. Serra ; D. 2002.3111, obs. J. Péliissier ; Dr. soc. 2002.949, obs. R. Vatinet ; J. Péliissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, Grands arrêts du droit du travail, 3<sup>e</sup> éd. Dalloz, 2004, p. 175). La Cour de cassation prend d'ailleurs bien soin, lorsqu'elle est appropriée, d'utiliser la notion d'application immédiate et non celle de rétroactivité (V. Soc. 17 déc.

2004, 03-40.008 à paraître au Bulletin, D. 2005.110, obs. P. Guiomard ). L'amalgame entre les deux notions a pour conséquence de faire perdre de vue le sens de la prohibition de la rétroactivité. Il conduit à considérer que le caractère « rétroactif » du revirement de jurisprudence est la règle (Rapport, p. 40). Est-il bien cohérent d'affirmer que l'application rétroactive d'une règle devrait être permise lorsque sa source est jurisprudentielle et interdite (art. 2 c. civ.) lorsqu'elle est légale ? Sous l'appellation de rétroactivité, le Rapport vise en vérité également l'application immédiate d'une règle jurisprudentielle nouvelle. Il est vrai que l'application d'une règle nouvellement posée par les juges à l'occasion d'un litige peut donner le sentiment, sinon d'une rétroactivité proprement dite, du moins d'une application super-immédiate dont va profiter l'un des justiciables au détriment de l'autre. Doit-on pour autant y faire échec ? La règle jurisprudentielle nouvelle doit-elle s'appliquer immédiatement ou faut-il différer ses effets et maintenir ainsi le jeu de la règle ancienne ? Telle est, sous couvert de rétroactivité, l'une des questions envisagées. Le Rapport y apporte une réponse à partir d'une conception discutable de la sécurité juridique. *La sécurité juridique au profit des actes nuls ?* (par R.E.M.)

Le deuxième aspect qui a retenu notre attention est la référence constante à la sécurité juridique. Présentée comme la véritable boussole à même de guider les juges dans leurs solutions (p. 17 et s.), elle éclipsé largement la théorie de l'application des règles dans le temps. La notion de sécurité juridique est ici déclinée comme protection de la confiance légitime, prévisibilité du droit, anticipations légitimes des justiciables (p. 18-19), prévisions des parties au litige (p. 18), prévisions

contractuelles (p. 20). Autrement dit, revient sans cesse l'idée selon laquelle le revirement, ou plus exactement l'application de la règle jurisprudentielle nouvelle, ne doit pas « déjouer les prévisions » des justiciables. Mais quelles sont ces prévisions ? En quoi méritent-elle d'être protégées ?

Le Rapport n'opère pas ici de distinction entre les actes et les faits juridiques. Tantôt, il envisage l'application d'une règle jurisprudentielle à des faits, tantôt à des faits *et* des actes (p. 8-10). Il existe toutefois une différence entre les deux.

Les faits ne sont pas accomplis dans l'intention de produire des effets de droit. Au moment où ils sont perpétrés, il est des faits licites et des faits illicites. Le Rapport dénonce, à juste raison, les méfaits de l'application rétroactive (*stricto sensu*) d'une règle à des faits passés et l'insécurité qu'elle génère. Il rappelle aussi que l'application immédiate d'une règle à des litiges en cours peut conduire à perturber le droit à un procès équitable (V. par ex. Civ. 2<sup>e</sup>, 8 juill. 2004, Bull. civ. II, n° 387, p. 323).

Toutefois, le Rapport vise également à offrir une sécurité aux actes juridiques. Loin de se réduire à écarter le spectre de la rétroactivité, il s'agit aussi d'éviter l'application immédiate de règles jurisprudentielles nouvelles. La défense de la sécurité juridique s'accompagne ici d'une fervente prise de position en faveur de la validité des actes juridiques (*contra* H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, Grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 1, 11<sup>e</sup> éd. Dalloz, 2000, p. 33). Selon le Rapport, la règle nouvelle devrait être appliquée lorsqu'elle rend valide des contrats nuls sous l'empire de la règle ancienne ; en revanche, elle ne devrait pas l'être dans le cas inverse où son application conduirait à annuler une disposition antérieurement considérée comme valable (p. 19 et note 32 et 33). Ne pas déjouer les prévisions des parties, contribuer à la sécurité juridique, ce serait donc rendre les actes juridiques toujours valables, soit par validation soit par absence d'annulation ! La sécurité juridique est ainsi repliée sur la sécurité contractuelle. Un tel raisonnement nous paraît fallacieux et impraticable. Car un acte juridique n'est pas valable par définition. Plus encore, les actes nuls produisent des effets de droit jusqu'à leur annulation. C'est pourquoi l'annulation a en principe un effet rétroactif, même s'il peut y avoir sur ce point des exceptions (déjà évoquée par allusion dans

notre précédente chronique, 2004.596 et 605 cf. CE 11 mai 2004, *Association AC ! et*

*autres*, RFDA 2004. 437 ) qui n'ont d'ailleurs pas grand chose à voir avec le problème de la rétroactivité du revirement de jurisprudence (en ce sens, J.-H. Stahl, A. Courrèges, Rapport. p. 133).

Les personnes juridiques concluent souvent, en toute connaissance de cause, des conventions à la validité incertaine. La sécurité juridique consiste-t-elle à paralyser le pouvoir d'annulation des juges ? La Cour de cassation aurait-elle dû, par exemple, renoncer à prohiber les conventions organisant les maternités de substitution en n'appliquant pas immédiatement le principe nouveau d'indisponibilité du corps humain *au nom* de la sécurité juridique ? Une réponse négative s'impose. La sécurité juridique consiste aussi à sanctionner ce qui doit l'être. Différer l'application d'une règle jurisprudentielle dans le temps ne doit pas conduire à donner une prime aux actes nuls. Dans le domaine économique et social, il a toujours été de bonne guerre d'établir des conventions à la lisière du droit pour optimiser

son avantage. La prévisibilité est alors anticipation prospective du droit futur. Elle est moins recherche de stabilité du droit en vigueur que pari sur la validité à venir d'une clause ou d'un montage contractuel. Les juges sont d'ailleurs souvent appelés à statuer sur le sort d'actes juridiques qui produisent des conséquences tant qu'ils ne sont pas annulés. Que les entreprises et les employeurs (Rapport p. 145 et s.) soient plus favorables aux propositions du Rapport que les consommateurs et les salariés (Rapport p. 175 et s.) montre leur intérêt à retarder l'application de règles jurisprudentielles susceptibles d'anéantir des opérations juridiques qu'elles ont le plus souvent conçues. Pourquoi la Cour de cassation devrait-elle contribuer à une telle politique d'externalisation des risques juridiques ? La raison tient sans doute à une certaine conception des rapports entre le droit et l'économie (not. Rapport p. 15-16) que nous ne partageons pas.

*Pouvoir créateur du juge et tradition judiciaire française* (par Pa.D.)

Même en acceptant de plier au principe de réalisme au nom duquel il est temps de nous débarrasser de l'encombrante hostilité au pouvoir créateur du juge judiciaire, les désaccords ne manqueront pas de se déplacer sur les modalités d'exercice de ce pouvoir, son fondement, ses assises, ses limites, son expression, etc. Concrètement, comment différer les effets du revirement ? Théoriquement, comment le juge judiciaire crée-t-il de nouvelles règles ? Il serait doux de penser que la première question est urgente quand la seconde pourra se bonifier avec la sagesse des temps. Toutefois, s'aventurer dans l'exercice d'un pouvoir créateur sans avoir fait un choix théorique sur sa nature exacte relève plutôt de la précipitation imprudente, certes compréhensible après des décennies d'inhibition, mais non moins hasardeuse. Le lien substantiel entre pouvoir de création du juge, conception de la norme jurisprudentielle, raisonnement judiciaire et motivation de la décision interdit de se lancer dans le bouleversement de l'un sans se prononcer sur la pérennité des autres. Il y aurait en effet un retournement un peu radical dans le passage d'un système qui refuse, avec une certaine hypocrisie, le pouvoir créateur de ses juges, à un système qui le lendemain le glorifie, le reconnaît et l'autorise à moduler l'application de sa règle nouvelle - rien de moins (s'étonnant de ce virage « à 180 degrés », V. D. Labetoulle, lors du colloque préc.).

L'inquiétude ainsi formulée pourrait être apaisée par l'approche comparative, très présente dans le Rapport (V. p. 21 et s. et les rapports annexés). Qu'il soit anglais, américain, allemand ou supra national, le juge dispose d'un pouvoir créateur admis partout ; partout aussi, le juge a développé des techniques permettant d'atténuer les effets dans le temps de ses décisions ; partout enfin, ajouterons-nous, les juges créateurs ont développé une tradition de la décision de justice radicalement différente de la notre (V., préférant la méthode anglo-saxonne, A. Touffait et A. Tunc, Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation, RTD civ. 1974.487 ; *adde* R. David et C. Jauffret-Spinozi, Les grands systèmes de droit contemporains, Précis Dalloz, 11<sup>e</sup> éd. 2002, n° 105 et s. et 287 et s. ; F. Zenati, L'évolution

des sources du droit dans les pays de droit civil, D. 2002.Chron. 15 ; pour une défense de

l'exigence de motivation, V. R. Libchaber, RTD civ. 2000.679 ). Créant du droit à mesure des cas, la décision est longuement appréciée au regard des spécificités de l'espèce, justifiée en considération de ses particularités, de ses tenants et aboutissants, relativisée à d'autres égards et

attentive à ses conséquences sur les justiciables (C. Jauffret-Spinozi, Comment juge le juge anglais ?, Droits, n° 9, 1989.57). C'est dans cette longue argumentation qu'est venu s'instiller le choix, par endroits et souvent tout en nuances, de moduler l'effet à caractère rétroactif. Les préconisations du Rapport pour la mise en oeuvre de la modulation se rapprochent des traditions étrangères par leur volonté de pragmatisme, de refus de principes figés et d'appréciation sans cesse renouvelée des anticipations des parties, qui vont de pair avec une motivation soigneuse et spécifique (le Rapport conclut sur l'importance d'une telle motivation, p. 40).

Si la Cour de cassation semble résolument en marche vers la modulation des effets de sa jurisprudence dans le temps, va-t-elle accompagner ce renversement d'une autre révolution, celle de l'abandon de l'arrêt à la française ? Rien n'est moins sûr. Au rapport font écho certaines décisions récentes, qui ne préjugent en rien de la position à venir des formations solennelles de la Cour de cassation mais illustrent un certain attachement à une façon de juger. La chambre sociale a ainsi maintenu l'application de sa jurisprudence nouvelle en matière de clause de non-concurrence aux contrats conclus avant son revirement (jurisprudence déjouant selon le Rapport, p. 20, les prévisions des parties). Pour cela, elle n'a pas repris la formule rituelle et légèrement agaçante de l'absence de droit acquis à une jurisprudence figée (devenue « immuable » devant la même chambre, encore très récemment ralliée à cette motivation pour justifier de l'application de la jurisprudence relative aux clauses de non concurrence : 25 févr. 2004, inédit, 02-41. 306 ; pour le maintien de cette formule par la même chambre mais en matière d'obligation d'offres de reclassement : 18 janv. 2005, n° 02.46-737) ; elle n'a pas non plus suivi la voie du pragmatisme et de la balance des effets ; elle a assis son refus sur le motif que « l'exigence d'une contrepartie financière à la clause de non-concurrence répond à l'impérieuse nécessité d'assurer la sauvegarde et l'effectivité de la liberté fondamentale d'exercer une activité professionnelle » (Soc. 17 déc. 2004, préc.). Le régime de la nouvelle règle jurisprudentielle rejoindrait ainsi celui de la nouvelle règle légale autour d'un même critère du caractère impérieux de leur adoption, seul permettant de justifier leur rétroactivité et *a fortiori* leur application immédiate (pour cette possibilité rapidement envisagée dans le Rapport, V. p. 40 ; également pour ce rapprochement, P. Guiomard, obs. préc. ; également favorable à une rétroactivité du revirement pour cause de sauvegarde de la dignité de la personne humaine ou des libertés fondamentales, exigences supérieures aux attentes légitimes des parties, R. de Gouttes, colloque préc.). Si la démarche devait prospérer, elle exigerait un certain soin dans la détermination de l'existence dudit impérieux motif, évidemment, mais aussi du lien de causalité entre ce motif et la nouvelle jurisprudence : en effet, appliquée au repoussoir que constitue l'arrêt du 9 octobre 2001 (préc.) en matière d'obligation d'information du médecin, elle laisse intacte la rétroactivité de la nouvelle règle jurisprudentielle, puisque celle-ci est fondée directement, selon les termes même de l'arrêt, dans l'exigence du respect du principe constitutionnel, impérieux s'il en est, de sauvegarde de la dignité de la personne humaine...

Mais au-delà du critère retenu, il faut relever la conservation d'une motivation à la française, toute de syllogisme et de laconisme. La deuxième chambre civile, pour choisir de ne pas appliquer son revirement de jurisprudence dans l'instance en cours, ne s'embarasse pas d'une motivation plus détaillée, se retranchant derrière l'atteinte au droit à un procès équitable (Civ. 2<sup>e</sup>, 8 juill. 2004, préc.). Rien d'étonnant en tout cela, tant on ne change pas une tradition jurisprudentielle aisément. Cette

résistance n'est pas due à la seule force des habitudes ; elle s'explique également par la conformité de ladite tradition à l'histoire du système et au rôle qu'il confère à sa Cour suprême (sur ce dernier point et outre les références préc., *adde* J.-L. Halperin, Cours suprêmes, Droits, n° 34, 2001.51). Or, il est crucial, avant de choisir les suites à donner au Rapport, de savoir dans quelle méthode de rédaction elles seront exercées. Le système français de droit privé a voulu créer un juge cantonné à être la bouche de la loi ; à force de ventriloquie, le juge s'est mis à parler comme le législateur et il crée du droit comme on fait la loi, et non comme on tranche le cas. La méthode a d'ailleurs ses avantages puisqu'elle mène à un droit jurisprudentiel à bien des égards plus prévisible que celui découlant de la démarche casuelle rencontrée ailleurs. Cependant, si la formulation concise, abstraite et générale devait être étendue à des décisions modulant les effets de la solution dans le temps, en tenant compte de son impact économique par la sollicitation de l'avis des groupes intéressés, la Cour de cassation s'inscrirait non dans la tradition du droit né des procès, mais dans celle du droit né de la volonté du juge de se faire législateur. Le style judiciaire né de l'interdiction de la création du droit par le juge pourrait ainsi engendrer le pouvoir jurisprudentiel le plus redoutable. L'article 5 du code civil aura beau être brandi, il ne sera guère utile, interdisant une figure d'un autre temps, que l'on différenciera sans mal du pouvoir créateur moderne.

La Cour de cassation a forgé un style correspondant à sa mission de simple interprète de la formule générale ; changeant de rôle, elle devrait remettre en question sa méthode de raisonnement. En effet, il existe peut-être un lien essentiel, relevant de la nature même de l'office du juge, entre son pouvoir créateur à l'occasion du cas et une motivation longue sur tous les aspects soulevés par l'espèce (en ce sens, l'évolution de la Cour de cassation ne pouvant se faire qu'au prix de l'abandon du syllogisme pour le raisonnement conséquentialiste, V. H. Muir-Watt, Rapport, spéc. p. 70-71 ; le rénovateur du débat avait immédiatement mis le changement de motivation au centre de la question : Ch. Mouly, Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ?, Petites affiches, 18 mars 1994, n° 33) ? La Cour de cassation devrait progressivement s'acclimater à une autre technique de motivation, avant de prétendre intégrer les nombreuses avancées suggérées par le Rapport. Un tel bouleversement ne peut faire l'impasse sur un débat théorique autour de l'essence même du pouvoir créateur du juge judiciaire français. Cette discussion, ouverte et nourrie, pour avoir une quelconque utilité, mériterait d'être tenue avant le changement de statut de la jurisprudence, et non après, pour ne pas se résumer à une seule prise d'acte plus ou moins grinçante.

RTD Civ. 2010 p. 517

### **Le Conseil constitutionnel et la modulation dans le temps des décisions QPC**

(Cons. const., 3 déc. 2009, n° 2009-595-DC, AJDA 2009. 2318 ; *ibid.* 2010. 80, étude A.

Roblot-Troizier ; *ibid.* 88, étude M. Verpeaux ; RFDA 2010. 1, étude B.

Genevois ; Constitutions 2010. 229, obs. A. Levade ; Rev. science crim. 2010. 201,

obs. B. de Lamy ; RTD civ. 2010. 66, obs. P. Puig - Cons. const., 28 mai 2010, n°

2010-1-QPC, AJDA 2010. 1051 ; *ibid.* 1606 , note O. Dord ; D. 2010. 1354,

obs. S. Lavric ; RFDA 2010. 717, note D. Katz - Cons. const., 11 juin 2010, n° 2010-

2-QPC, AJDA 2010. 1178 ; D. 2010. 1976, obs. I. Gallmeister , note D.

Vigneau ; *ibid.* 1980, note V. Bernaud et L. Gay ; RFDA 2010. 696, concl. C. de

Salins ; RDSS 2010. 127, Colloque R. Pellet - Cons. const., 2 juill. 2010, n° 2010-10-

QPC, D. 2010. 1712 - Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-14/22-QPC, AJDA 2010.

1556 ; D. 2010. 1928, entretien C. Charrière-Bournazel ; *ibid.* 1949, point de vue P.

Cassia ; *supra* 513, obs. P. Puig )

### **Pascal Puig, Professeur à l'Université de La Réunion ; Doyen de la Faculté de droit et d'économie**

Le Conseil constitutionnel aurait-il tendance à étendre ses pouvoirs en les exerçant jusqu'à leurs limites ? En quelques mois d'application, il semble avoir déjà exploité toutes les virtualités que lui offrent les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 62 de la Constitution disposant : « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ».

S'emparant du texte, le Conseil constitutionnel a commencé, à propos du sursis à statuer imposé aux juridictions ordinaires, par poser le principe de « l'effet utile de la QPC pour le justiciable qui l'a posée » (décis. n° 2009-595 DC du 3 déc. 2009, cons. 17). L'idée est notamment que l'éventuelle décision d'inconstitutionnalité doit s'appliquer immédiatement à l'instance en cours et profiter au requérant qui a pris la peine de mener la procédure (V. le rappel de ce principe, décis. n° 2010-14/22 QPC du 30 juill. 2010, cons. 30). Ce principe préserve autant les intérêts reconnus légitimes du requérant qu'il garantit le succès de la QPC en incitant les plaideurs à y recourir.

Mais l'affirmation plusieurs fois renouvelée du principe d'effet immédiat (par ex., décis. n° 2010-2

QPC du 11 juin 2010 ; 11 juin 2010, n° 2010-6/7-QPC, AJDA 2010. 1172 ; D. 2010. 1560,

obs. S. Lavric ; AJ pénal 2010. 392, obs. J.-B. Perrier ) doit se conjuguer avec la portée *erga omnes* des décisions du Conseil constitutionnel lesquelles ne concernent pas seulement la procédure dans laquelle la QPC a été posée mais toutes les autres procédures s'appuyant sur la disposition contestée (V. pour la prise en compte d'une décision d'abrogation quatre jours après sa publication, Crim. 16 juin 2010, n° 09-86.558). C'est d'ailleurs là une différence majeure, maintes fois soulignée, avec le contrôle de conventionnalité. Dans une décision du 2 juillet 2010, le Conseil a estimé que sa décision d'inconstitutionnalité devait s'appliquer aux procédures en cours et non définitivement jugées au jour de la publication de la décision (décis. n° 2010-10 QPC du 2 juill. 2010). En l'occurrence, il décide que l'abrogation de l'article 90 du code disciplinaire et pénal de la marine marchande organisant la composition des tribunaux maritimes commerciaux (TMC) « est applicable à toutes les infractions non jugées définitivement au jour de la publication de la décision » (cons. 5). Il s'ensuit que l'abrogation du texte intéresse aussi bien les personnes non encore jugées par un TMC que celles déjà jugées mais dont le jugement est encore susceptible d'un recours.

Cette décision est d'autant plus intéressante que les requérants avaient demandé au Conseil d'ordonner le sursis à statuer dans toutes les procédures en cours jusqu'à l'adoption d'une réforme législative. Mais le Conseil n'a pas suivi cette requête et, refusant de reporter dans le temps les effets de sa déclaration d'inconstitutionnalité, comme l'y autorise l'article 62 de la Constitution, a préféré ordonner son application immédiate. Ce choix l'a alors conduit à indiquer les juridictions compétentes pour juger ou rejurer les personnes concernées en attendant une éventuelle loi nouvelle, ajoutant que, à compter de la publication de sa décision, « les tribunaux maritimes commerciaux siègeront dans la composition des juridictions pénales de droit commun ». Cette précision ne fait certes que tirer les conséquences de l'abrogation du texte sur la composition spéciale des TMC. Ceux-ci conservant leur compétence (puisque les autres dispositions les concernant n'ont pas été abrogées), il est naturel qu'ils siègent, en l'absence de disposition spéciale, dans la composition prévue pour les juridictions pénales de droit commun, c'est-à-dire tribunal de police ou tribunal correctionnel selon la nature de l'infraction. Mais cette précision relevait-elle vraiment des pouvoirs attribués au Conseil constitutionnel par l'article 62 de la Constitution comme le suggère le commentaire publié aux Cahiers ? Il est permis d'en douter à la lecture du texte susvisé qui ne permet au Conseil constitutionnel que d'aménager la portée de sa décision d'inconstitutionnalité sur « les effets que la

disposition abrogée a produits ». Or, autant ladite disposition a déjà produit des effets sur les procédures en cours et les infractions non encore jugées définitivement, autant elle n'a produit et ne produira jamais aucun effet sur les procédures à venir, alors que le « mode d'emploi » fourni par la décision les concerne tout autant que les précédentes tant qu'aucune loi nouvelle n'est adoptée. Le Conseil constitutionnel prévoit ici les effets futurs de sa déclaration d'abrogation immédiate, ce qu'aucun texte ne l'autorise à faire.

Il n'est donc pas tout à fait exact d'affirmer, comme le fait « La une » des mois de juillet-août 2010 diffusée sur le site internet du Conseil constitutionnel, que le Conseil est investi par les dispositions de l'article 62 de la Constitution du « pouvoir de déterminer des règles transitoires dans l'attente de l'adoption d'une éventuelle réforme destinée à remédier à l'inconstitutionnalité ». Qu'il puisse agir comme un « législateur négatif » pour moduler la portée, sinon rétroactive, du moins immédiate de ses décisions d'inconstitutionnalité sur les effets déjà produits par la norme abrogée paraît sans doute une bonne chose au regard de la sécurité juridique. C'est d'ailleurs une modulation similaire que tend à mettre en place le Conseil d'Etat dans ses fameux arrêts *AC !* (CE, 11 mai 2004, n°

255886, *Association AC !*, Lebon ; AJDA 2004. 1183 ; *ibid.* 1049, tribune J.-C.

Bonichot , chron. C. Landais et F. Lenica ; *ibid.* 1219, étude F. Berguin ; D.

2004. 1499, et les obs. ; *ibid.* 1603, chron. B. Mathieu ; *ibid.* 2005. 26, obs. P.-L.

Frier ; *ibid.* 2187, obs. C. Willmann, J.-M. Labouz, L. Gamet et V. Antoine-Lemaire ;

GAJA, 17<sup>e</sup> éd. 2009. n° 114 ; RFDA 2004. 438, note J.-H. Stahl et A. Courrèges ; *ibid.* 454,

concl. C. Devys ) et *Société Tropic Travaux Signalisation* (CE, 16 juill. 2007, n° 291545,

*Société Tropic travaux signalisation*, Lebon ; AJDA 2007. 1577 ; *ibid.* 1497, tribune

S. Braconnier , chron. F. Lenica et J. Boucher ; *ibid.* 1777, tribune J.-M.

Woehrling ; D. 2007. 2500 , note D. Capitant ; GAJA, 17<sup>e</sup> éd. 2009. n° 117 ;

Mélanges Genevois 2008. 977, étude B. Seiller ; RDI 2007. 429, obs. J.-D. Dreyfus ; *ibid.*

2008. 42, obs. R. Noguellou ; *ibid.* 2009. 246, obs. R. Noguellou ; RFDA 2007. 696,

concl. D. Casas ; *ibid.* 917, étude F. Moderne ; *ibid.* 923, note D. Pouyaud ; *ibid.*

935, étude M. Canedo-Paris ; RTD civ. 2007. 531, obs. P. Deumier ; RTD eur. 2008.

835, chron. D. Ritleng, A. Bouveresse et J.-P. Kovar ). En revanche, que le Conseil constitutionnel puisse se comporter en « législateur provisoire » déterminant le droit intermédiaire applicable entre le moment de l'abrogation du texte et celui de l'adoption d'un autre venant le remplacer excède très largement les compétences qui lui sont reconnues par la Constitution. Même si la volonté d'éviter un vide juridique (cf. « La une » préc. *in fine*) est louable, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de se substituer au Constituant dans la fixation des pouvoirs qui lui sont reconnus ni au législateur dans le choix des réformes à entreprendre, fussent-elles provisoires. Ce pouvoir qu'il semble vouloir s'arroger devra donc être exercé avec la plus grande circonspection. Il devra, dans cet exercice, se borner à tirer les conséquences juridiques de sa décision sans empiéter, même provisoirement, sur les prérogatives du Parlement.

Le Conseil constitutionnel rappelle d'ailleurs à juste titre qu'il ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation de même nature que celui du Parlement et qu'il ne lui appartient pas de choisir entre les différentes options possibles pour remédier à l'inconstitutionnalité constatée (décis. n° 2010-14/22 QPC du 30 juill. 2010, cons. 30). Si cette réserve ne peut qu'être approuvée, ne serait-ce qu'au regard du principe de la séparation des pouvoirs, il n'en va pas de même de l'audace avec laquelle il enjoint au législateur de prévoir l'application des nouvelles dispositions aux instances en cours à la date de sa décision (décis. n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, cons. 12). Cette injonction, combinée avec celle faite aux juridictions de surseoir à statuer dans les instances en cours dont l'issue dépend de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles, est destinée à préserver l'effet utile de sa décision, notamment pour la partie qui a soulevé la QPC. Il s'agit de permettre aux plaideurs dont le recours est pendant devant une juridiction à la date de la décision d'inconstitutionnalité de bénéficier des futures dispositions qui seront adoptées par le législateur avant la date de prise d'effet de la décision d'abrogation. Si l'intention est bonne, la manière est indélicate. Le Conseil constitutionnel se comporte ici en « maître du temps » de la réforme législative dont il contrôle à la fois le calendrier, grâce au report dans le temps des effets de sa décision, et surtout la portée rétroactive aux instances en cours par le biais de cette injonction implicitement assortie, en cas de non-respect, d'une menace de censure lors du probable contrôle *a priori*.

Tout se passe en définitive comme s'il décidait simultanément de reporter la date d'effet de l'abrogation, afin de laisser le temps au législateur de remédier à l'inconstitutionnalité, et d'abroger immédiatement la disposition inconstitutionnelle en interdisant son application par les juridictions ordinaires. Ce grand écart temporel créant inévitablement un vide normatif, le Conseil constitutionnel n'a d'autre solution que d'exiger du législateur qu'il adopte une loi rétroactive avant l'expiration du délai qu'il a lui-même fixé... afin de combler le vide qu'il a lui-même créé.

De deux choses l'une, en effet : soit la disposition inconstitutionnelle est abrogée avec effet immédiat

et rien dans la Constitution n'autorise le Conseil constitutionnel à aménager les conséquences futures de cette abrogation ; soit l'abrogation est reportée à une date ultérieure et la disposition déclarée inconstitutionnelle doit logiquement s'appliquer jusqu'à cette date. C'est d'ailleurs ce que décide le Conseil constitutionnel lorsque, fixant au 1<sup>er</sup> juillet 2011 la date d'abrogation des dispositions inconstitutionnelles relatives à la garde à vue, il précise que « les mesures prises avant cette date en application des dispositions déclarées contraires à la Constitution ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité » (décis. n° 2010-14/22 QPC du 30 juill. 2010, cons. 30). La solution peut certes choquer au regard de la protection des droits et libertés garantis par la Constitution puisqu'elle se fonde sur leur violation pour déclarer la disposition inconstitutionnelle tout en maintenant l'application pendant plusieurs mois. Il est tout de même paradoxal qu'une disposition reconnue comme heurtant des droits et libertés fondamentaux soit maintenue en vigueur par le Conseil constitutionnel alors que ce même souci de protection des droits et libertés fondamentaux fonde, pour la chambre sociale de la Cour de cassation, la portée rétroactive de ses revirements (Soc., 17 déc. 2004, n° 03-40.008, D. 2005. 110, obs. P.

Guiomard ; *ibid.* 2454, obs. A. Bugada, Y. Picod, Y. Auguet, F. Chopin, N. Dorandeu, M.

Gomy, S. Robinne et V. Valette ; RTD civ. 2005. 159, obs. P.-Y. Gautier ; *ibid.* 625,

obs. P. Théry , Bull. civ. V. n° 346, p. 310 ; RDC 2005. 871, obs. A. Debet). On comprend toutefois le souci du Conseil constitutionnel d'éviter les conséquences manifestement excessives qu'aurait eu l'abrogation immédiate des dispositions relatives à la garde à vue au regard des objectifs de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infraction. C'est d'ailleurs bien pour tenir compte de telles préoccupations que le Constituant a reconnu au Conseil constitutionnel ce pouvoir de différer dans le temps la décision d'abrogation, pouvoir dont il use sans modération (décis. n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010 ; n° 2010-14/22 QPC du 30 juill. 2010) et qu'il s'était même arrogé auparavant dans le cadre de son contrôle *a priori* (Cons. const., 19 juin

2008, n° 2008-564-DC, AJDA 2008. 1232 ; *ibid.* 1614 , note O. Dord ; D. 2009.

1852, obs. V. Bernaud et L. Gay ; *ibid.* 2448, obs. F. G. Trébulle ; RFDA 2008. 1233,

chron. A. Roblot-Troizier et T. Rambaud ; Constitutions 2010. 56, obs. A. Levade ;

*ibid.* 139, obs. Y. Aguila ; *ibid.* 307, obs. Y. Aguila , *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, cons. 58).

Libéré du carcan dans lequel le contrôle *a priori* l'avait enfermé, le Conseil constitutionnel semble prêt à exercer ses nouvelles prérogatives, ou celles qu'il s'arroe au fil des décisions, jusqu'à leurs limites. Interdisant aux juges ordinaires d'appliquer une disposition dont il refuse lui-même de

prononcer l'abrogation immédiate, commandant au législateur d'adopter des mesures rétroactives, fournissant le « mode d'emploi » des conséquences futures de ses décisions d'inconstitutionnalité alors que son pouvoir de modulation ne concerne que les effets produits par la disposition déclarée inconstitutionnelle, le Conseil constitutionnel paraît bien décidé à s'affranchir des limites posées par les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 62 de la Constitution et à exploiter toutes les virtualités de son nouveau pouvoir. Mais s'il est des virtualités heureuses, il en est d'autres dangereuses... Relisons un instant Montesquieu dans *L'esprit des lois* : « C'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser. Il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites. Qui le drait ! La vertu même a besoin de limites ». Pourquoi en irait-il autrement des institutions ?

**Recueil Dalloz 2007 p. 835**

**Presse : conditions et sanctions de l'atteinte au respect de la présomption d'innocence**

**Arrêt rendu par Cour de cassation, ass. plén.**

**21 décembre 2006**

n° 00-20.493 (n° 547 P+B+R+I)

**Sommaire :**

Si c'est à tort qu'une cour d'appel a écarté le moyen de prescription alors qu'elle constatait que le demandeur n'avait accompli aucun acte interruptif de prescription dans les trois mois suivant la déclaration d'appel faite par les parties condamnées, 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 Conv. EDH, en

lui interdisant l'accès au juge (1).

**Texte intégral :**

*LA COUR* : - Attendu, selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 6 avril 2000), que le journal Le Provençal a publié le 14 février 1996 un article intitulé « ils maltraièrent leur bébé - Digne : le couple tortionnaire écroué » ; que, s'estimant mise en cause par cet article dans des conditions attentatoires à la présomption d'innocence, M<sup>me</sup> X... a assigné la société éditrice du journal et le directeur de la publication en réparation de son préjudice devant un tribunal de grande instance ;

Sur le premier moyen : - Attendu que la société La Provence et le directeur de la publication du journal font grief à l'arrêt d'avoir écarté le moyen tiré de la prescription de l'action, alors, selon le moyen, qu'il résulte de l'article 65-1 de la loi du 29 juillet 1881 que les actions fondées sur une atteinte à la présomption d'innocence commises par l'un des moyens visés à l'article 23 se prescrivent après trois mois révolus à compter du jour de l'acte de publicité ; que la société La Provence faisait valoir la prescription de l'action dès lors que la déclaration d'appel étant du 17 mars 1998, M<sup>me</sup> X... n'avait fait aucun acte susceptible d'interrompre le cours de la prescription, laquelle était acquise le 17 juin 1998 ; qu'en décidant que le moyen tiré de la prescription doit être écarté aux motifs que la prescription édictée par l'article 65-1 de la loi du 29 juillet 1881 n'est pas la même que celle prévue par l'article 65 pour les infractions prévues par cette loi et qu'il n'y a donc pas lieu d'examiner la question de l'inaction de M<sup>me</sup> X... depuis l'appel de la société La Provence, l'action ayant été valablement introduite devant le tribunal dans le délai prévu par l'article 65-1, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Mais attendu que les dispositions de l'article 65-1 de la loi du 29 juillet 1881 instaurent, pour les actions fondées sur une atteinte au respect de la présomption d'innocence, un délai de prescription particulier qui déroge au droit commun de la prescription des actions en matière civile ; que ces dispositions, d'ordre public, imposent au demandeur, non seulement d'introduire l'instance dans les trois mois de la publication des propos incriminés, mais aussi d'accomplir tous les trois mois un acte de procédure manifestant à l'adversaire son intention de poursuivre l'instance ; que si c'est à

tort que la cour d'appel a écarté le moyen de prescription alors qu'elle constatait que M<sup>me</sup> X... n'avait accompli aucun acte interruptif de prescription dans les trois mois suivant la déclaration d'appel faite par les parties condamnées, 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 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en lui interdisant l'accès au juge ;

D'où il suit que le moyen ne peut être accueilli ;

Sur le deuxième moyen : - Attendu que la société La Provence et le directeur de la publication du journal font grief à l'arrêt d'avoir dit qu'ils avaient porté atteinte à la présomption d'innocence de M<sup>me</sup> X..., alors, selon le moyen : 1 / que l'atteinte à la présomption d'innocence consiste à présenter publiquement comme coupable, avant condamnation, une personne poursuivie pénalement ; qu'en retenant que le titre et le texte de l'article litigieux présentent sans nuance M<sup>me</sup> X... comme une « tortionnaire » ayant maltraité son bébé, en indiquant qu'elle a reconnu ce fait et en concluant que « la joie de cette jeune famille vient de tourner au cauchemar », que les faits ainsi présentés sont bien considérés comme établis sans réserve à l'encontre de M<sup>me</sup> X... présentée d'emblée comme coupable de mauvais traitements à enfant, ayant reconnu les faits alors qu'elle les contestait, et qu'une procédure judiciaire en cours allait aboutir, en ce qui la concerne, à une ordonnance de non-lieu, la cour d'appel n'a pas par là-même relevé que l'écrit litigieux contenait des conclusions définitives manifestant un préjugé tenant pour acquise la culpabilité et a violé l'article 9-1 du code civil ; 2 / que l'article litigieux ne contenait aucunes conclusions définitives manifestant un préjugé tenant pour acquise la culpabilité ; qu'en décidant que le titre et le texte de l'article présentent sans nuance M<sup>me</sup> X... comme une « tortionnaire » ayant « maltraité son bébé parce qu'il pleurait », en indiquant qu'elle a reconnu ce fait et en concluant que « la joie de cette famille vient de tourner au cauchemar », que les faits présentés sont bien considérés comme établis sans réserve à l'encontre de M<sup>me</sup> X..., la cour d'appel, qui ne précise pas si la mère avait contesté les faits postérieurement à la garde à vue, a privé sa décision de base légale au regard de l'article 9-1 du code civil ; 3 / que l'article litigieux ne contenait aucunes conclusions définitives manifestant un préjugé tenant pour acquise la culpabilité ; qu'en décidant que les faits présentés sont bien considérés comme établis sans réserve à l'encontre de M<sup>me</sup> X..., en ajoutant qu'une procédure judiciaire en cours allait aboutir en ce qui concerne la mère à une ordonnance de non-lieu, la cour d'appel s'est ainsi prononcée par un motif inopérant dès lors qu'elle devait se placer à la date de parution de l'article et a privé sa décision de base légale au regard de l'article 9-1 du code civil ;

Mais attendu qu'ayant relevé que l'article du journal Le Provençal présentait sans aucune réserve ou nuance M<sup>me</sup> X... comme une « tortionnaire » ayant maltraité son enfant, ce dont il résultait que l'article contenait des conclusions définitives tenant pour acquise sa culpabilité, la cour d'appel a pu, par ces seuls motifs, en déduire qu'il avait été porté atteinte au respect de la présomption d'innocence et a légalement justifié sa décision de ce chef ;

Sur le troisième moyen : - Attendu que la société La Provence et le directeur de la publication du journal font grief à l'arrêt de les avoir condamnés à payer à M<sup>me</sup> X... une certaine somme à titre de

dommages-intérêts, alors, selon le moyen : 1 / qu'ils contestaient tout préjudice de M<sup>me</sup> X..., indiquant qu'un communiqué rectificatif avait été publié après une ordonnance de référé rendue le 3 juin 1996 ; qu'en élevant à 100 000 francs le montant des dommages-intérêts, motifs pris de la nature et de la forme de la publication opérée et de la mauvaise foi manifeste des appelants, ajoutant que le journaliste, alerté par une association locale sur la portée de son article au regard d'une enquête en cours, loin d'adopter un comportement de retrait et d'apaisement, s'est cru autorisé à répondre à cette association, le 29 février 1996, qu'il maintenait la totalité des termes de son article, la cour d'appel, qui ne précise pas en quoi consistait la mauvaise foi, a violé l'article 455 du nouveau code de procédure civile ; 2 / qu'ils contestaient tout préjudice de M<sup>me</sup> X..., indiquant qu'un communiqué rectificatif avait été publié après une ordonnance de référé rendue le 3 juin 1996 ; qu'en élevant à 100 000 francs le montant des dommages-intérêts, motifs pris de la nature et de la forme de la publication opérée et de la mauvaise foi manifeste des appelants, ajoutant que le journaliste, alerté par une association locale sur la portée de son article au regard d'une enquête en cours, loin d'adopter un comportement de retrait et d'apaisement, s'est cru autorisé à répondre à cette association, le 29 février 1996, qu'il maintenait la totalité des termes de son article, la cour d'appel, qui se fonde sur la réponse faite par le journaliste dans une lettre personnelle à une association, postérieurement à la publication de l'article litigieux, pour retenir la mauvaise foi, s'est fondé sur un motif inopérant dès lors que cette correspondance n'a pas été publiée et a privé sa décision de base légale au regard de l'article 9-1 du code civil ;

Mais attendu que la publication d'un communiqué judiciaire ordonnée par le juge des référés ne prive pas la victime d'une atteinte à la présomption d'innocence du droit d'agir devant les juges du fond pour obtenir l'allocation de dommages-intérêts ;

Et attendu que la mauvaise foi n'étant pas une condition d'application de l'article 9-1 du code civil, justifiée seulement par la constatation d'une atteinte publique au respect de la présomption d'innocence, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que la cour d'appel a retenu par une décision motivée que M<sup>me</sup> X... avait subi un préjudice et a fixé le montant de son indemnisation ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs, rejette le pourvoi [...].

## **Recueil Dalloz 2007 p. 835**

### **Le sacre du revirement prospectif sur l'autel de l'équitable**

#### **Patrick Morvan, Professeur à l'Université Panthéon-Assas**

1 - Le revirement prospectif (qu'il ne faut pas réduire au revirement « *pour l'avenir* ») est couronné par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation (I). Il se prépare à un règne ambivalent sous le sceau du droit au procès équitable (II). Plus que jamais, les règles de son gouvernement doivent être définies (III).

I - Le couronnement du revirement prospectif

2 - Loin d'en éprouver les inconvénients, le juge judiciaire s'est longtemps montré favorable à une rétroactivité absolue de la jurisprudence, affirmant sans fard que « *l'interprétation jurisprudentielle*

*d'une même norme à un moment donné ne peut être différente selon l'époque des faits considérés et nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée* » (Civ. Ire, 21 mars 2000, D.

2000. Jur. 593 ; RTD civ. 2000. 666, obs. Molfessis ; 9 oct. 2001, D. 2001. Jur.

3470 ; JCP 2002. 10045) et, en droit pénal, que « *le principe de non-rétroactivité ne s'applique pas à une simple interprétation jurisprudentielle* » (Crim. 30 janv. 2002, Bull. crim. n° 16 ; D. 2003.

Somm. 173, obs. de Lamy ; Dr. pénal 2002. Comm. 43 ; 5 mai 2004, pourvoi n° 03-82.801, inédit).

Dans le contexte tumultueux du feuilleton dit des « *recalculés* » de l'assurance chômage, le Conseil d'Etat a reconnu au juge administratif le pouvoir de moduler les effets dans le temps de l'annulation d'un acte administratif lorsque celle-ci est de nature à entraîner des « *conséquences manifestement*

*excessives* » pour les divers intérêts publics et privés en présence (CE, ass., 11 mai 2004, Assoc. AC !, D. 2004, Pan. 1499, obs. Frier ; Pan. 2187, obs. Willmann, Labouz, Gamet et Antoine-

Lemaire ; AJDA 2004, note Landais et Lenica ; *ibid.* Tribune. 1049, obs. Bonichot ; *ibid.*

Etudes. 1219, obs. Berguin ; RFDA 2004. 454, concl. Devys, note Stahl et Courrèges ; Dr. adm. 2004, Comm. 115 ; Dr. soc. 2004. 766, note Prétot). La solution a été reproduite depuis lors

(not. CE 25 févr. 2005, *France Télécom*, req. n° 247866, AJDA 2005. 997, obs. Landais et

Lenica). Toutefois, le juge administratif ne s'est jamais converti au revirement prospectif en lui-même, comme en témoigne un arrêt immédiatement postérieur à l'arrêt AC ! qui refusa de limiter la rétroactivité d'un revirement de jurisprudence au nom d'un prétendu « *principe de sécurité juridique* » tiré de l'article 6, paragraphe 1er, de la Convention européenne de sauvegarde des droits

de l'homme (CE 14 juin 2004, Dr. adm. 2004. Comm. 166).

3 - C'est donc bel et bien au juge judiciaire que revient l'honneur d'avoir « *franchi le Rubicon* », même si l'initiative du juge administratif a pu l'y encourager (Morvan, Le revirement pour l'avenir :

humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon, D. 2005. Chron. 247).

La métaphore classique extraite du récit par Suétone (*La vie des douze Césars*, livre Ier) de la

transgression légendaire de César en 49 avant J.-C. est infiniment fructueuse. Par-delà l'expression anglaise décrivant le revirement prospectif « *as crossing of the Rubicon between adjudication and legislation* » (traversée du Rubicon entre la fonction judiciaire déclaratoire et la fonction législative créatrice de la règle de droit), l'Histoire enseigne que la République romaine était déjà en ruines lorsque le vainqueur de la guerre des Gaules brava l'interdit territorial, de sorte que le Sénat et Pompée demeurèrent impuissants devant cette audace qui, deux guerres civiles plus tard, précipita l'avènement de l'Empire. Les juristes qui vaticinaient la mort de la « *démocratie* » et la fin de la séparation des pouvoirs si le revirement prospectif venait à être introduit en France ne pleuraient-ils pas eux-mêmes sur les ruines d'un royaume antédiluvien ? Le revirement prospectif a vu le jour et cela n'est que le signe de l'empire acquis par la jurisprudence depuis un siècle.

4 - Par un arrêt du 8 juillet 2004, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation a, pour la première fois, accompli un revirement prospectif. Soumettant à une règle de prescription inédite (précédemment réfutée dans un arrêt du 4 déc. 1996) l'action civile fondée sur une atteinte à la présomption d'innocence, la Cour s'est néanmoins abstenue de censurer l'arrêt déféré en estimant 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 (Civ. 2e, 8 juill. 2004, pourvoi n° 01-10.426, D. 2004. Jur.

2956 ).

L'arrêt du 21 décembre 2006 confirme cette solution : « *Si c'est à tort que la cour d'appel a écarté le moyen de prescription [...], 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, paragraphe 1er, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en lui interdisant l'accès au juge.* » Le seul ajout réside dans cette mention du droit d'accéder au juge, déduit du droit au procès équitable.

5 - Bien avant que le groupe de travail sur « *les revirements de jurisprudence* » mis en place par le Premier président de la Cour de cassation ne remette son rapport, à la fin du mois de novembre 2004 (Litec, 2005), la Haute juridiction avait donc elle-même résolu la question et, plus encore, mis à jour un soubassement textuel que ce rapport omit, ensuite, de sonder (se limitant, négativement, à souligner « *l'absence d'obstacle tiré de l'article 5 du code civil* » et, positivement, à invoquer le pouvoir créateur de la jurisprudence).

Ironie de l'histoire, l'article 6, paragraphe 1er, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et le droit à un procès équitable dont la Cour régulatrice avait refusé de déduire un « *droit acquis à une jurisprudence figée* » sont devenus le socle textuel du revirement prospectif, figeant bel et bien, pour le passé, voire le présent (les instances en cours), une jurisprudence répudiée. C'est sans doute ce paradoxe, doublé d'une focalisation très « *universitaire* » sur l'article 5 du code civil, qui a empêché tous les analystes d'apercevoir à l'article 6, paragraphe 1er, la base légale du revirement prospectif. Mais, si le rapport sus-cité n'a pas inventé la solution,

engendrée par un arrêt antérieur, la publicité qu'il a reçue a accru la renommée de l'épineuse question.

6 - Le prétendu « *principe* » de sécurité juridique, quant à lui, n'avait guère de chance de remporter les suffrages des magistrats. Il ne s'agit que d'un « *produit d'importation sous douane* » en provenance de l'ordre juridique communautaire : comme tous les principes généraux du droit qui en sont issus, il ne s'applique que dans les situations relevant du champ du droit communautaire (CJCE 18 mai 2000, *Max Rombi*, aff. C-107/97, Europe 2000/7, n° 197) et, à l'inverse, est inapplicable « *en l'absence de tout rattachement à l'une quelconque des situations envisagées* » par ce même droit (CJCE 28 mars 1979, *Saunders*, aff. 175/78, Rec. CJCE 1129 ; 30 sept. 1987, *Demirel*, aff. 12/86, *ibid.* 3719).

Une récente analyse en droit interne et dans les droits européens (Morvan, Le principe de sécurité juridique : l'antidote au poison de l'insécurité juridique ?, Dr. soc. 2006. 707) a permis de rappeler que la sécurité juridique est l'objet d'une âpre lutte de pouvoirs. Le pouvoir exécutif et le législateur attisent sans relâche l'incertitude et l'obscurité au cœur de la loi, ce qui ne les empêche pas d'avoir la « *sécurité juridique* » plein la bouche (cf. le feuilleton consternant de l'art. 8 de la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 sur le contrat première embauche, promulguée par le président de la République, puis déclarée aussitôt inapplicable par le ministre de l'Emploi afin de « *garantir la sécurité juridique des contrats de travail* » !, analyse. préc., n° 1er). De son côté, le juge paralyse volontiers la loi de validation rétroactive qui censure sa jurisprudence au motif qu'elle constitue une ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice (Cass., ass. plén., 23 janv. 2004, D. 2004. Jur.

1108, note Gautier ; JCP 2004. II. 10030 ; *ibid.* E 2004. 514, sur la révision du loyer du bail commercial à la suite de la loi Murcef du 11 déc. 2001 qui censurait une jurisprudence antérieure).

Or, l'instrument de ces luttes, devenu aussi celui du combat des justiciables contre l'arbitraire de ces fébriles producteurs de normes que sont le législateur et le juge, n'est pas le principe de sécurité juridique, mais le droit à un procès équitable au sens de l'article 6, paragraphe 1er, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et le « *principe de prééminence du droit* » (*Rule of law*, c'est-à-dire l'Etat de droit tel que le concevait John Locke) issu du Préambule de cette même convention (ou, le cas échéant, l'art. 1er du Protocole 1er de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et la notion d'« *espérance légitime* ». V., par ex., Civ. 1re, 24 janv. 2006, D.

2005. 325, obs. Gallmeister ; JCP S 2006. 1502, note Morvan, censurant la loi anti-Perruche). Par leur exceptionnelle fécondité, ces normes ont fini par éclipser le principe de sécurité juridique, strictement cantonné aux situations relevant du droit communautaire. La référence extrapolée que

vient d'y opérer le Conseil d'Etat dans sa décision *KPMG* du 24 mars 2006 (D. 2006. Jur. 1224 ; JCP 2006. II. 10113, note Belorgey) ne s'avère donc pas seulement dangereuse (sur les conséquences néfastes de cette téméraire reconnaissance, cf. analyse préc., n° 17) : elle est surtout obsolète.

Partant, la source des règles qui protègent l'« *objectif* » ou l'« *impératif* » de sécurité juridique

(puisque le statut de « *principe* » ne lui sied pas) réside avant tout dans le droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. L'ordre juridique communautaire n'offre pas, à cet égard, de solutions importables et généralisables dans l'ordre juridique interne. Le Conseil constitutionnel s'abstient lui-même de s'y référer lorsqu'il vante « *l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi* », « *le principe de clarté de la loi* », pourfend les dispositions à « *caractère tautologique* » ou à « *portée normative incertaine* », et entrave diversement la rétroactivité des lois non répressives.

La Cour de cassation a donc exactement situé le centre de gravité de la sécurité juridique lorsqu'elle plaça, en 2004, le revirement prospectif dans le giron de l'article 6, paragraphe 1er, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

7 - Dans un arrêt aussitôt postérieur à celui du 8 juillet 2004, la Chambre sociale de la Cour de cassation avait exclu l'éventualité d'un revirement prospectif, mais non sans avoir soigneusement justifié l'« *application immédiate* » du revirement accompli par la « *nécessité d'assurer la sauvegarde et l'effectivité [d'une] liberté fondamentale* » (Soc. 17 déc. 2004, D. 2004. Pan. 2454,

obs. Bugada, Picod, Auguet, Chopin, Dorandeu, Gomy, Robinne et Valette ; JCP 2005. I. 166, obs. Morvan : « *L'exigence d'une contrepartie financière à la clause de non-concurrence [résultant d'un revirement du 10 juill. 2002] répond à l'impérieuse nécessité d'assurer la sauvegarde et l'effectivité de la liberté fondamentale d'exercer une activité professionnelle* »).

Cette acclimatation de la figure du revirement prospectif fut confirmée par une autre décision qui a exclu la non-rétroactivité d'un précédent arrêt au motif que le moyen, « *en ce qu'il invoqu[ait] une interprétation jurisprudentielle nouvelle, manqu[ait] en fait* » (Soc. 26 janv. 2005, Dr. soc. 2005. 567, obs. Jeammaud), et non en droit.

Ces motifs témoignaient d'une bienveillance, chez certains Hauts magistrats, à l'égard de ce procédé.

Certes, l'ancien président de la Chambre sociale tint des propos peu affables à l'égard des travaux de la commission Molfessis, frappée, selon lui, d'« *hémiplegie de la pensée* » et adepte d'une « *approche réductrice, sinon caricaturale, du rapport de droit à la seule dimension économique concurrentielle* » (Sargos, L'horreur économique dans la relation de droit, Dr. soc. 2005. 123). Mais l'ire manifestée par ce magistrat était inspirée par une autre obsession : le respect de la dignité humaine. Revenant sur l'arrêt du 17 décembre 2004 et jugeant intolérable qu'on critiquât la rétroactivité du revirement intervenu le 10 juillet 2002, il adopte *in fine* un ton plus clément : « *C'est seulement lorsqu'un revirement n'est pas fondé sur un [...] impératif de protection de la personne humaine que peut se poser la question de la limitation dans le temps des effets d'un revirement* » (art. préc., p. 124). Cette opinion ouvre alors un champ infini au revirement prospectif, toutes les règles de droit n'étant pas édictées, loin s'en faut, dans l'intérêt de la dignité humaine ou d'une liberté fondamentale ! Il est aussi excessif d'exalter les lois du « *marché* » (selon l'étrange grief imputé à la commission susnommée) que d'idolâtrer la dignité humaine. Celle-ci

n'inspire même qu'une part infime des règles et du contentieux du droit social. Et tout le droit privé ne se réduit pas au droit civil des personnes, ni le Droit aux droits fondamentaux.

8 - A la lecture de l'arrêt du 17 décembre 2004, nous éprouvions le sentiment qu'un « *puissant courant d'idées juridiques, distant des rivages de la polémique, pousse le revirement prospectif. Son affleurement dans la jurisprudence d'une Cour suprême est un phénomène exceptionnel mais naturel* » (note préc.). L'Assemblée plénière de la Cour de cassation semble le confirmer avec la solennité attendue.

II - Le règne ambivalent du revirement prospectif sous le sceau de la Convention européenne des droits de l'homme

9 - Le procédé du revirement prospectif est mis en oeuvre sur le fondement de l'article 6, paragraphe 1er, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. La référence au droit à un procès équitable est la source d'une ambiguïté qui pourra être aisément dissipée par un complément de visa (A). Mais elle devient aussi la source d'un pouvoir ambivalent de contrecarrer la loi aussi bien qu'une jurisprudence rétroactives (B).

A - L'ambigu droit d'accès au juge

10 - Dans certaines situations contentieuses, le droit d'accéder au juge ou d'exercer un recours, aspect du procès équitable (art. 6, § 1er, Conv. EDH), subordonne la rétroactivité de la norme jurisprudentielle à sa prévisibilité et à son accessibilité pour le justiciable. Ainsi, dans le contentieux relatif à l'indemnisation des victimes de transfusions sanguines contaminées par le virus du sida, la Cour de Strasbourg avait jugé que « *ni le texte de la loi du 31 décembre 1991 ni ses travaux préparatoires ne permettaient à l'intéressé de se douter des conséquences juridiques que la Cour de cassation allait déduire de son acceptation de l'offre* » du fonds de garantie institué par cette loi, si bien que le requérant n'avait « *pas eu la possibilité claire et concrète de contester devant un tribunal le montant de l'indemnisation [et n'avait donc] pas bénéficié d'un droit d'accès concret et effectif devant un tribunal* » (CEDH 4 déc. 1995, *Bellet c/ France*, D. 1996. Jur. 357, note Collin-

Demumieux ; Somm. 1997. 205, obs. Perez ; 30 oct. 1998, *F. E. c/ France*, D. 1999. Somm.

269, obs. Fricero et Perez ).

11 - Le droit à un recours constitue néanmoins un appui à double tranchant : dans les contentieux de la légalité (recours en annulation d'un acte communautaire, recours pour excès de pouvoir, action en nullité d'un acte juridique de droit privé...), il s'oppose tout au contraire à la limitation dans le temps des effets de l'annulation, comme l'a expressément constaté le Conseil d'Etat (CE, ass., 11 mai 2004, *Assoc. AC !*, préc. *supra*, n° 2) : lorsque l'effet rétroactif de l'annulation d'un acte administratif « *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* », le juge administratif doit « *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* ».

Le « droit à un recours effectif », qui milite *a priori* en faveur du revirement pour l'avenir, peut, dans les contentieux de la légalité, en devenir l'ennemi puisqu'il occulte l'accès au juge de l'annulation.

12 - Afin de tenir quelque peu à distance la figure ambiguë du droit à un recours, la Cour de cassation devrait viser « l'article 6, paragraphe 1er, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, ensemble l'article 2 du code civil ». Siègne symbolique des principes régissant les conflits de lois dans le temps - qui, en réalité, ont été forgés par la doctrine et la jurisprudence -, l'article 2 a déjà fondé la condamnation de la rétroactivité d'actes non législatifs (Com. 13 déc. 1994, D. 1995. Jur. 372, condamnant sous le visa de ce texte l'application rétroactive

d'un décret ; Soc. 5 juin 1975, Bull. civ. V, n° 313, écartant de la même manière l'effet rétroactif d'une décision de l'Urssaf de procéder à un redressement de cotisations sur la base d'une interprétation nouvelle de dispositions réglementaires préexistantes ; 20 oct. 1994, *ibid.*, n° 286, D.

1994. IR. 254 au sujet, cette fois, d'une circulaire de l'Acoss). Jusqu'en 1940, le Conseil d'Etat n'a-t-il pas visé ce même texte avant de dégager, par simple esprit d'émancipation à l'égard du droit privé, un principe général du droit de non-rétroactivité des actes administratifs (CE 25 juin 1948, *Sté du journal l'Aurore*, Lebon 289. Cf. Petit, *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, LGDJ, 2002, n° 72 s.) ?

L'article 2, dont le rayonnement *extra legem* est incontestable, pourrait aussi bien fonder la non-rétroactivité d'un revirement de jurisprudence, entendue comme la « loi » au sens large, ainsi que l'entend d'ailleurs la Cour européenne des droits de l'homme (V. *infra*, n° 29).

Il serait alors pertinent d'affirmer que la loi qui, selon l'article 2 du code civil, « n'a point d'effet rétroactif » ne doit pas en acquérir davantage au bénéfice d'un revirement lorsque l'équité, pleinement entendue dans sa double acception originelle (V. *infra*, n° 17 s.), dicte le cantonnement de ses effets dans le temps.

B - Un pouvoir ambivalent de contrecarrer la loi et la jurisprudence rétroactives

13 - Les arrêts du 8 juillet 2004 et du 21 décembre 2006 sont les héritiers de la jurisprudence européenne à un second titre. Dans un spectaculaire arrêt rendu (déjà) par l'Assemblée plénière le 23 janvier 2004 (préc. *supra*, n° 6), la Cour de cassation avait considéré, dans une formule empruntée à la Cour de Strasbourg, que « le principe de prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 [de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme] s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la Justice afin d'influer sur le dénouement judiciaire des litiges » et justifient l'inapplication d'une loi rétroactive aux instances en cours, fût-elle qualifiée d'interprétative.

La Cour régulatrice ne pouvait réserver un traitement plus favorable à sa propre jurisprudence dont l'effet rétroactif découle précisément de son caractère interprétatif. Désormais, le principe de prééminence du droit et, plus précisément, le droit à un procès équitable s'opposent aussi à une « ingérence du pouvoir judiciaire » (le revirement) influant sur le dénouement des litiges en cours.

14 - Certes, il est une différence notable entre la rétroactivité de la loi et celle de la jurisprudence. Le législateur qui modifie les règles du jeu en cours de procès agit délibérément dans ce but, témoignant ainsi d'une déloyauté répréhensible ; ce faisant, il transgresse le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs. A l'inverse, le juge qui opère un revirement n'est *a priori* animé que d'une volonté de promouvoir une solution conforme au droit, à la justice ou, simplement, à sa politique judiciaire ; ce faisant, il agit dans le cadre de son pouvoir juridictionnel. Il est indéniable, à cet égard, que « l'évolution de la jurisprudence relève de l'office du juge dans l'application du droit » (Civ. Ire, 21 mars 2000, préc. *supra*, n° 2). Nulle immixtion dans la sphère législative ou violation de la séparation des pouvoirs (en sens inverse du législateur) n'en résulte, à défaut d'arrêt de règlement véritable au sens de l'article 5 du code civil (sur cette opinion, V. Morvan, Humble adresse [...], art. préc., n° 6). La rétroactivité, qui est une faute pour le législateur, relève de l'office naturel du juge et participe donc, en principe, de son devoir.

Dans ces conditions, la paralysie de la rétroactivité d'une décision judiciaire ne peut intervenir qu'« à titre exceptionnel », comme l'affirme le juge communautaire (CJCE 8 avr. 1976, *Defrenne*, aff. 43/75 ; 15 janv. 1986, *Pinna I*, aff. 41/84 ; 17 mai 1990, *Barber*, aff. C-262/88, D. 1991. Somm. 130, obs.

Prétot ) et le confirme la pratique des cours constitutionnelles étrangères (cf. Dubos et Melleray, La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif, Dr. adm. 2004. Chron. 15, rappelant que les cours constitutionnelles autrichienne, allemande, italienne et portugaise limitent la rétroactivité de leurs déclarations d'inconstitutionnalité, parfois en vertu d'une autorisation expresse de la Constitution).

III - Gouvernement du revirement prospectif

15 - Intronisé, le revirement prospectif, au vaste domaine (D), doit encore être doté d'un arsenal de règles qui encadrent sa mise en oeuvre. Son gouvernement requiert une politique, c'est-à-dire un critère (A), une hiérarchie, c'est-à-dire une gradation (B), un ministre, c'est-à-dire un juge habilité à en décider (C).

A - Critère du revirement prospectif : l'équité extraite du procès « équitable »

16 - La notion de « procès équitable » issue de l'article 6, paragraphe 1er, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme pourrait sembler un critère trop imprécis et malléable. En réalité, le concept d'« équité » arbore, en droit interne, des facettes nettement définies et singulièrement adéquates à la problématique du revirement prospectif. La référence à la Convention européenne ne tend qu'à lui conférer un titre supérieur de légitimité en hissant la source de ce procédé au rang des normes internationales. En somme, si l'article 6, paragraphe 1er, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme confère une valeur hiérarchique (prééminente) au pouvoir du juge d'opérer un revirement prospectif, les critères du recours à cette technique doivent être puisés dans les acceptions que l'histoire du droit donne de l'équité.

17 - L'équité revêt une double signification, puisée dans la notion grecque d'*epieikeia* (Malaurie et Morvan, *Introduction générale*, Defrénois, 2005, 2e éd., n° 34 s.).

L'équité aristotélicienne (objective) est une espèce de juste qui adapte le « *juste légal* » aux circonstances de fait pour rapprocher celui-ci de la vraie justice, le « *juste absolu* ». Appliquée à certains cas d'espèces non prévus par le législateur, la loi révèle des lacunes ou des ambiguïtés, conséquences de sa généralité. L'équité intervient ici comme un « *correctif de la loi* » qu'elle supplée et adapte (Aristote, *Ethique à Nicomaque*, Liv. V, chap. 14), en tant que méthode d'interprétation de la loi. Ainsi, à Rome, le droit prétorien est-il venu « *seconder, suppléer ou corriger le droit civil* » (Papinien, *Digeste*, 1, 7, 1) ; en Angleterre, à partir du XIIIe siècle, des règles d'*equity* vinrent corriger celles de la *common law*. Cette opposition de l'équité au droit strict est éternelle et universelle : l'*epieikeia* s'oppose au *nomos*, l'*aequitas* au *ius*, l'*equity* à la *common law*, la *billigkeit* au *strenges rechts*...

L'équité des stoïciens (subjective) est tout autre. Elle désigne un sentiment intérieur invitant le juge à la clémence, à la bienveillance, à l'humanité envers autrui. Tel est le sens prédominant de l'*aequitas* romaine chez Cicéron, qui, sous l'influence croissante du christianisme, sera célébrée au XVIIe siècle par les jusnaturalistes puis Domat qui l'associeront aux vertus morales de la compassion, de la charité, de la *philanthropia* ou de la *misericordia*.

Dans ce double schéma, où l'entrecroisement des deux équités est bien sûr possible, le recours au revirement prospectif répond à deux séries de vives préoccupations.

18 - Il peut s'agir, en premier lieu, de prévenir une situation de vide, de lacune normative susceptible de provoquer un chaos (social, économique, financier ou politique), une atteinte à l'intérêt général, bref un excès, une disproportion synonyme d'injustice (pour Aristote, « *le juste est une sorte de proportion* » [analogon] et « *l'injustice consiste dans un excès ou un défaut disproportionné de ce qui est avantageux ou dommageable* »).

Il est significatif, à cet égard, que la Cour de justice des Communautés européennes ait essentiellement recouru au revirement prospectif dans le cadre de recours en annulation ou dans des cas où une nouvelle jurisprudence menaçait de bouleverser l'équilibre financier des systèmes nationaux de protection sociale (cf. arrêts *Defrenne*, *Pinna I* et *Barber*, préc.). L'arrêt *AC !* du Conseil d'Etat (CE, ass., 11 mai 2004, préc., au sujet du régime d'assurance chômage, qui se trouvait lui-même menacé d'un grave péril financier) s'inscrit dans cette mouvance en ce qu'il accepte « *une limitation dans le temps des effets de l'annulation* » d'un acte administratif dont la rétroactivité serait « *de nature à entraîner des conséquences manifestement excessives* ».

19 - Il peut s'agir, en second lieu, de remédier à une situation qui éveille un sentiment d'injustice et incline le juge à la compassion, à l'indulgence, le porte à adoucir la rigueur de la rétroactivité d'une norme jurisprudentielle. Les juristes anglo-saxons aperçoivent eux-mêmes dans le *prospective overruling* un remède à une situation de *hardship* (dureté), source d'injustice.

L'arrêt d'Assemblée plénière du 21 décembre 2006 a les accents de cette seconde équité, humaine et compatissante : l'application immédiate de la nouvelle règle de prescription « *aboutirait à priver la victime d'un procès équitable [...] en lui interdisant d'accéder au juge* ». La « *victime* » dont il s'agit était le demandeur à une action fondée sur une atteinte à la présomption d'innocence commise par voie de presse (une mère présentée sans nuance comme la tortionnaire de son enfant !). La rigueur de la nouvelle fin de non-recevoir a incliné le juge à brider la rétroactivité de sa jurisprudence et à adoucir le droit strict.

La Cour de cassation n'adoube pas seulement le revirement prospectif. Elle le fait sur l'autel de l'équité, quintessence d'un procès équitable redéfini. Dans le « *droit au procès équitable* », l'« *équitable* » l'emporte sur le « *procès* » qui reste subalterne. Si le droit d'accéder au juge se trouve ici poussé sur le devant de la scène, cette publicité est trompeuse. La démarche ne procède pas d'un mimétisme servile au droit anglo-américain qui privilégierait une garantie procédurale des droits fondamentaux. Elle renoue avec une racine profonde du droit français qui promeut l'équité comme source informelle du droit. L'article 6, paragraphe 1er, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme est le masque sous lequel elle avance.

B - Degrés du revirement prospectif

20 - Il existe (au moins) trois variantes du revirement pour l'avenir. Aucune d'entre elles ne s'impose ou doit être exclue absolument. Au demeurant, chacune a d'ores et déjà été mise en oeuvre.

21 - La solution nouvelle est dite applicable aux situations ou actes juridiques nés postérieurement à l'arrêt, ainsi que - par égard pour le principe d'égalité devant la justice - aux actions introduites avant le revirement qui seraient encore pendantes (revirement d'avenir). Ainsi en décide la Cour de justice des Communautés européennes lorsqu'elle est saisie d'un recours préjudiciel.

22 - De façon plus radicale, le juge peut décider que la nouvelle règle ne s'appliquera qu'aux situations ou actes juridiques nés et aux instances introduites postérieurement à l'arrêt, le plaideur à l'origine du revirement n'en tirant lui-même aucun bénéfice (revirement pour l'avenir au sens strict).

Telle fut l'option retenue dans l'arrêt de la deuxième Chambre civile du 8 juillet 2004, reprise par l'Assemblée plénière le 21 décembre 2006 (la nouvelle règle de prescription s'appliquera aux instances introduites après le revirement du 8 juill. 2004).

L'auteur du pourvoi en ressort vainqueur mais sans récompense. Nul doute qu'un esprit malicieux lui suggérera de saisir la Cour européenne des droits de l'homme en invoquant une atteinte à son droit à un procès équitable ! L'ambiguïté sus-décrite de ce droit fondamental encourage un tel sophisme. Mais il y a fort à parier qu'il sera mal accueilli par la Cour de Strasbourg qui s'est elle-même ralliée au revirement prospectif au nom du « *principe de sécurité juridique, nécessairement inhérent au droit de la Convention comme au droit communautaire* » (CEDH 13 juin 1979, *Marckx*, § 58 ; 29 nov. 1991, *Vermeire*).

23 - Le juge peut, enfin, repousser les effets de son revirement à une date future (un terme déterminé ou même indéterminé) qu'il définit librement (revirement à venir), le cas échéant en réservant à

nouveau le sort des instances en cours.

Dans cette troisième variante du revirement prospectif, le juge accorde à l'auteur de la norme anéantie un délai dans lequel il pourra combler le vide béant suscité par l'annulation. C'est par ce biais que la Cour de justice des Communautés européennes maintient en vigueur un acte annulé non seulement pour la période antérieure à son arrêt, mais aussi jusqu'à ce que l'institution défenderesse (Conseil, Commission...) « *arrête, dans un délai raisonnable* » un nouvel acte « *ayant le même objet* » (CJCE 25 févr. 1999, aff. C-164/97 et C-165/97). De même, dans son arrêt AC !, le Conseil d'Etat a décidé que, « *sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de la présente décision contre les actes pris sur leur fondement, les dispositions [de divers arrêtés ministériels agréant la convention d'assurance chômage du 1er janvier 2004] sont annulées à compter du 1er juillet 2004* », le temps pour le ministre de l'Emploi de prendre de nouveaux arrêtés d'agrément (ce qu'il fit avec hâte et soulagement dès le 28 mai). De façon beaucoup plus contestable, une telle modulation dans le temps a été appliquée à une décision mettant fin à la suspension, par une précédente ordonnance, d'un décret, au nom d'un « principe de sécurité juridique » singulièrement déplacé (CE 27 oct. 2006, *Sté Techna*, D. 2007. Jur. 621, note

Cassia , qui souligne la prévisibilité de cette décision et la méconnaissance du droit communautaire).

Cette dernière méthode sied donc particulièrement au contentieux de la légalité qui renferme une rétroactivité à double détente, potentiellement la plus dévastatrice : rétroactivité de l'arrêt opérant le revirement ou posant la solution inédite et rétroactivité de l'annulation *erga omnes* de l'acte illicite (règlement, directive ou décision de droit communautaire, acte administratif ou acte juridique de droit privé).

C - Juge habilité à pratiquer le revirement prospectif

24 - Seule une juridiction suprême doit pouvoir opérer des revirements prospectifs. Les juges du fond doivent s'en abstenir. L'histoire retiendra d'ailleurs que le pas fut franchi, en droit français, par la Cour de cassation, en attendant que le Conseil d'Etat marche sur ses brisées.

Le risque de divergences entre divers tribunaux ou cours d'appel (telle juridiction opérant un revirement pour l'avenir, telle autre s'y refusant, ou chacune fixant une date d'application future différente) conduit à leur dénier cette prérogative. L'unité du droit et la sécurité juridique exigent que le revirement prospectif soit proclamé d'une seule voix, même s'il paraît assez délicat d'interdire au juge du fond d'appliquer dans ce but l'article 6, paragraphe 1er, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et de manifester à cet endroit l'esprit de résistance, voire la créativité qui ont souvent convaincu la Cour suprême de se raviser.

25 - A supposer que s'instaure une coutume judiciaire attribuant à la Cour de cassation compétence exclusive pour pratiquer le revirement prospectif, dans quelle formation celle-ci devra-t-elle statuer ?

L'Assemblée plénière, voire, plus largement, une chambre mixte ou toute formation plénière de

chambre constitueraient un cadre adéquat afin, d'une part, de conférer une solennité à un tel événement, par essence exceptionnel, et, d'autre part, de réduire le double risque d'une divergence de jurisprudences entre les différentes chambres et d'un nouveau revirement qui provoquerait un inextricable « *conflit de jurisprudences dans le temps* ».

Le revirement prospectif doit s'accompagner d'une discipline interne à la Haute juridiction conférant à celui-ci une unité et une pérennité sans faille. Osons suggérer la création d'une commission *ad hoc* des revirements prospectifs, à compétence consultative, qui pourrait réunir des magistrats et professeurs de droit.

Certes, une chambre peut s'abandonner, en formation restreinte, à la tentation solitaire du revirement prospectif et la deuxième Chambre civile doit d'ailleurs être applaudie d'avoir entrepris isolément cette démarche le 8 juillet 2004. Mais l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière le 21 décembre 2006 jette les prémises d'une nouvelle méthodologie qui, sans attribuer une compétence exclusive à cette formation, doit garantir la stabilité absolue de cette jurisprudence atypique.

D - Domaines du revirement prospectif

26 - Le revirement prospectif est susceptible d'éclorre en tout domaine chaque fois que l'équité (objective ou subjective) en commande l'usage.

27 - Suivant une approche transversale, toutes les actions en nullité (d'un contrat comme d'une convention collective), en responsabilité (civile, pénale, administrative) et nombre de celles relatives à l'état ou au patrimoine des personnes (cf. CEDH 13 juin 1979, *Marckx*, préc. ; 29 nov. 1991, *Vermeire*, préc., concernant la vocation successorale des enfants naturels) peuvent conduire le juge à circonscrire la rétroactivité - manifestement non « *équitable* » - d'une solution nouvelle (qu'elle résulte ou non d'un revirement). Le champ des possibilités est infini dans l'espace du droit, même si le bornage des décisions judiciaires dans le temps restera un événement rare.

28 - Le droit du procès, dans un sens aussi vertigineux que le sont le domaine et le contenu de l'article 6, paragraphe 1er, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (qui outrepassent largement le droit processuel), est son terrain naturel. Le droit à un procès équitable est ainsi mis en péril à chaque fois que le juge institue une nouvelle exception de procédure ou fin de non-recevoir à l'action en justice. C'est après avoir dégagé une nouvelle règle de prescription que la deuxième Chambre civile, suivie par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, en a exclu l'« *application immédiate dans l'instance en cours* ». Or, toutes les branches du droit renferment de telles règles.

29 - Le droit pénal présente une singularité remarquable qui devrait accroître la probabilité des revirements prospectifs en ce domaine. L'invitation de l'ordre juridique européen est ici plus pressante que dans les droits non répressifs. De droit au procès équitable (art. 6, § 1er, Conv. EDH), il n'est plus seulement question. C'est le principe de légalité des délits et des peines (art. 7 Conv. EDH) qui commande aussi une révolution des moeurs judiciaires.

Hélas, la Chambre criminelle se montre parfois réticente à innover. C'est ainsi qu'il a fallu attendre

1999 pour qu'elle adopte la technique du « *visa de principe* » pratiquée depuis 1948, alors même que les « *principes* » ou « *principes généraux du droit* » proliféraient dans la jurisprudence pénale depuis cinquante ans (cf. Crim. 6 janv. 1999, Bull. crim. n° 6 : « *Vu le principe non bis in idem* » ;

13 mars 2001, aff. *Kadhafi*, D. 2001. Jur. 2631, note Roulot : « *Vu les principes généraux du droit international* »...).

Le rapport sur « *les revirements de jurisprudence* » ne s'est guère étendu sur la figure du revirement prospectif en droit pénal. En réalité, il est impossible de prendre la mesure exacte et les potentialités du phénomène sans s'immerger dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (cf. le rapport annexe, p. 95 s., qui se limite à un examen du droit pénal interne).

La Cour européenne affirme de longue date que « *la notion de «droit» («law») utilisée à l'article 7 [paragraphe 1er de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, édictant le principe de légalité des délits et des peines] correspond à celle de «loi» qui figure dans d'autres articles de la Convention ; elle englobe le droit d'origine tant législative que jurisprudentielle* » (CEDH 26 avr. 1979, *Sunday Times* ; 22 nov. 1995, *C. R. et S. W. c/ Royaume-Uni*, AJDA 1996.

445, obs. Costa ; 15 nov. 1996, *Cantoni*, D. 1997. Somm. 202, obs. Henry ).

Or, cette affirmation induit une contradiction. Parallèlement au principe de légalité, l'article 7, paragraphe 1er, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme proclame le principe de non-rétroactivité de la loi pénale qui jouit aussi d'une valeur constitutionnelle en droit français. Comment donc tolérer la rétroactivité de la jurisprudence pénale si elle est assimilable à la loi elle-même ? A cet endroit, la Chambre criminelle ne s'embarrasse pas de nuance : « *Le principe de non-rétroactivité ne s'applique pas à une simple interprétation jurisprudentielle* » (Crim. 30 janv. 2002 et 5 mai 2004, préc. *supra*, n° 2). Le prévenu ou l'accusé ne peut revendiquer le bénéfice d'une jurisprudence antérieure plus favorable qui, d'un seul coup, cesse d'être assimilable à la loi.

La Cour de Strasbourg adopte une grille de lecture plus subtile qui résout cette difficulté. Le revirement aboutissant à ériger un acte en infraction ne méconnaît pas l'article 7, paragraphe 1er, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme dès lors que l'incrimination nouvelle « *constitue une étape raisonnablement prévisible* » de l'évolution de la loi (CEDH 22 nov. 1995, *C. R. et S. W. c/ Royaume-Uni*, Série A, n° 335 B et C, préc., observant que la House of Lords n'avait fait que parachever « *une tendance perceptible dans l'évolution de la jurisprudence* » en condamnant en 1992 le viol entre époux qui était couvert depuis 1888 par une immunité pénale) ou que l'infraction était « *définie avec suffisamment d'accessibilité et de prévisibilité par les règles du droit international relatives à la protection des droits de l'homme* » (CEDH, Grande ch., 22 mars 2001, *Streletz, Kessler et Krenz c/ Allemagne*, § 105).

Le juge pénal peut d'autant moins ignorer cette jurisprudence que la France vient de subir une condamnation en des termes limpides : « *Faute au minimum d'une interprétation jurisprudentielle*

*accessible et raisonnablement prévisible, les exigences de l'article 7 ne sauraient être regardées comme respectées à l'égard d'un accusé. Or le manque de jurisprudence préalable [...] résulte en l'espèce de l'absence de précédents topiques. [...] même en tant que professionnel qui pouvait s'entourer de conseils de juristes, il était difficile, voire impossible pour le requérant de prévoir le revirement de jurisprudence de la Cour de cassation et donc de savoir qu'au moment où il les a commis ses actes pouvaient entraîner une sanction pénale* » (CEDH 10 oct. 2006, *Pessino c/ France*,

D. 2007. Jur. 124, note Roets, au sujet du délit d'exécution de travaux sans permis de construire ).

Sauf à prendre le risque de violer systématiquement l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, la Chambre criminelle de la Cour de cassation devrait recourir au revirement prospectif dans l'hypothèse où elle « instituerait » une nouvelle peine ou incrimination dont la reconnaissance était jusqu'alors imprévisible, à la lumière du droit interne ou du droit international.

Le cas ne se présentera que rarement au juge français qui ne doit donc pas craindre de s'ouvrir à la conception européenne de la loi et d'un Etat de droit digne de ce nom.

## La Semaine Juridique Edition Générale n° 38, 14 Septembre 2009, 237

### L'exigence de sécurité juridique dans l'hypothèse d'un revirement de jurisprudence

#### Note sous arrt par Xavier Lagarde

professeur à l'université de Paris Ouest Nanterre La Défense (Paris X)

Sécurité juridique

#### [Sommaire](#)

La sécurité juridique, invoquée sur le fondement du droit à un procès équitable, pour contester l'application immédiate d'une solution nouvelle résultant d'une évolution de la jurisprudence, ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, dès lors que la partie qui s'en prévaut n'est pas privée du droit à l'accès au juge (1er et 2e arrêts).

Cass. 1re civ., 11 juin 2009, n° 08-16.914, FP P+B+I, M. c/ S. et a. : [JurisData n° 2009-048474](#)

LA COUR – (...)

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

- Attendu qu'imputant sa contamination par le virus de l'hépatite C au traitement de ses varices, réalisé entre le 27 septembre 1981 et le 11 janvier 1982 par injection d'un liquide sclérosant, Mme G. a recherché la responsabilité de M. M., son médecin ;
  - Attendu que M. M. fait grief à l'arrêt ( CA Bordeaux, 16 avr. 2008) de l'avoir déclaré responsable de la contamination de Mme G. par le virus de l'hépatite C et de l'avoir condamné à lui verser une indemnité en réparation de son préjudice, alors, selon le moyen, que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement ; qu'en conséquence, une partie à un procès ne peut se voir opposer une règle de droit issue d'un revirement de jurisprudence lorsque la mise en oeuvre de celle-ci aboutirait à la priver d'un procès équitable ; qu'en 1981 et 1982, la jurisprudence mettait à la charge du médecin, en matière d'infection nosocomiale, une obligation de moyens et n'a mis à sa charge une obligation de sécurité de résultat qu'à compter du 29 juin 1999 ; que l'application du revirement de jurisprudence du 29 juin 1999 à la responsabilité des médecins pour des actes commis avant cette date a pour conséquence de priver le médecin d'un procès équitable, dès lors qu'il lui est reproché d'avoir manqué à une obligation qui, à la date des faits qui lui sont reprochés, n'était pas à sa charge ; qu'en décidant néanmoins que M. M. était tenu d'une obligation de sécurité de résultat en raison des actes qu'il avait pratiqués sur Mme G. entre le 27 septembre 1981 et le 11 janvier 1982, bien que ceux-ci eussent été réalisés avant le revirement de jurisprudence ayant consacré l'existence d'une obligation de sécurité de résultat, la cour d'appel a privé M. M. du droit à un procès équitable, en violation des [articles 1147 du Code civil](#) et 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;
  - Mais attendu que la sécurité juridique, invoquée sur le fondement du droit à un procès équitable pour contester l'application immédiate d'une solution nouvelle résultant d'une évolution de la jurisprudence, ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, dès lors que la partie qui s'en prévaut n'est pas privée du droit à l'accès au juge ; que le moyen n'est pas fondé en sa première branche ;
  - Et attendu qu'aucun des griefs du moyen unique, pris en ses autres branches, ne serait de nature à permettre l'admission du pourvoi ;
- Par ces motifs :

- Rejette le pourvoi ; (...)

M. Brague, prés., Mme Dreifuss-Netter, cons.-rapp., M. Pluyette, cons. doyen, MM. Gridel, Charrault, Gallet, Mme Pascal, M. Rivière, Mmes Monéger, Bignon, Kamara, M. Chaillou, cons., Mme Auroy, M. Chauvin, Mme Gelbard-Le Dauphin, M. Creton, Mme Chardonnet, MM. Lafargue, Jessel, Mme Vassallo, cons.-réf., M. Domingo, av. gén. ; SCP Richard, Me Blanc, av.

Cass. 1re civ., 11 juin 2009, n° 07-14.932, FP P+B+I, M. c/ H. et a. : [JurisData n° 2009-048473](#)

LA COUR – (...)

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

- Attendu qu'imputant sa contamination par le virus de l'hépatite C, au traitement de ses varices, réalisé en 1986 par injection d'un liquide sclérosant, Mme S. a recherché la responsabilité de M. M., son médecin ;
  - Attendu que M. M. fait grief à l'arrêt ( CA Bordeaux, 15 mars 2007) de l'avoir déclaré responsable de la contamination de Mme S. par le virus de l'hépatite C et de l'avoir condamné à verser une certaine somme à titre de provision, alors, selon le moyen, (...) ; qu'en 1986, la jurisprudence mettait à la charge du médecin, en matière d'infection nosocomiale, une obligation de moyens et n'a mis à sa charge une obligation de sécurité de résultat qu'à compter du 29 juin 1999 ; que l'application du revirement de jurisprudence du 29 juin 1999 à la responsabilité des médecins pour des actes commis avant cette date a pour conséquence de priver le médecin d'un procès équitable, dès lors qu'il lui est reproché d'avoir manqué à une obligation qui, à la date des faits qui lui sont reprochés, n'était pas à sa charge ; qu'en décidant néanmoins que M. M. était tenu d'une obligation de sécurité de résultat en raison des actes qu'il avait pratiqués sur Mme S. en 1986, bien que ceux-ci eussent été réalisés avant le revirement de jurisprudence ayant consacré l'existence d'une obligation de sécurité de résultat, la cour d'appel a privé M. M. du droit à un procès équitable, en violation des [articles 1147 du Code civil](#) et 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;
  - Mais attendu que la sécurité juridique, invoquée sur le fondement du droit à un procès équitable, pour contester l'application immédiate d'une solution nouvelle résultant d'une évolution de la jurisprudence, ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, dès lors que la partie qui s'en prévaut n'est pas privée du droit à l'accès au juge ; que le moyen n'est pas fondé en sa première branche ;
  - Et attendu qu'aucun des griefs du moyen unique, pris en ses autres branches, ne serait de nature à permettre l'admission du pourvoi ;
- Par ces motifs :

- Rejette le pourvoi ; (...)

M. Bargue, prés., M. Lafargue, cons.-réf.-rapp., M. Pluyette, cons. doyen, MM. Gridel, Charrault, Gallet, Mme Pascal, M. Rivière, Mmes Monéger, Bignon, Kamara, M. Chaillou, Mme Dreifuss-Netter, cons., Mme Auroy, M. Chauvin, Mme Gelbard-Le Dauphin, M. Creton, Mme Chardonnet, M. Jessel, Mme Vassallo, cons.-réf., M. Domingo, av. gén. ; SCP Richard, Me Blanc, av.

#### 1. CONTEXTE

Les deux arrêts rendus par la Cour de cassation le 11 juin dernier donnent une fois encore l'occasion d'éprouver l'exigence de sécurité juridique dans l'hypothèse d'un revirement de jurisprudence.

Ils ont été rendus dans des circonstances de fait pratiquement similaires. Deux patientes, traitées par injection d'un « liquide sclérosant » au cours des années 80, ont été infectées à cette occasion par le virus de l'hépatite C. Ultérieurement, elles ont mis en cause la responsabilité de leur médecin à raison du préjudice subi du fait de cette contamination. Les juges du fond leur ont donné gain de cause. En cassation, les médecins ont fait valoir que leur condamnation tenait à l'application de la jurisprudence issue d'un arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 1999 leur faisant supporter, en matière d'infections nosocomiales, une obligation de sécurité de résultat. Ils ont exposé que cet arrêt constitue un revirement de jurisprudence dès lors que préalablement et en cette matière, il n'y avait pour les médecins qu'une obligation de moyens. Or, ont-ils ajouté, l'application de ce revirement à des faits antérieurs à sa date a pour conséquence de les priver d'un droit au procès équitable. En un mot et en substance, ils ont soutenu qu'est inéquitable le procès dont l'issue se décide en contemplation d'une règle inexistante à l'époque où se sont déroulés les faits litigieux. La Cour de cassation leur donne tort. Elle justifie le rejet des pourvois des médecins en énonçant « que la sécurité juridique, invoquée sur le fondement du droit à un procès équitable pour contester l'application immédiate d'une solution nouvelle résultant d'une évolution de la jurisprudence, ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, dès lors que la partie qui s'en prévaut n'est pas privée du droit à l'accès au juge ». Naturellement, cette solution n'est pas sans rappeler l'arrêt du 9 octobre 2001, rendu à la suite du revirement sur l'obligation d'information du médecin à propos des risques exceptionnels, dans lequel la Cour de cassation a sèchement énoncé que « l'interprétation jurisprudentielle d'une même norme à un moment donné ne peut être différente selon l'époque des faits considérés et nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée » ( Cass. 1re civ., 9 oct. 2001, n° 00-14.564 : [JurisData n° 2001-011237](#) ; Bull. civ. 2001, I, n° 249 ; D. 2001, p. 3470, rapp. P. Sargos, note D. Thouvenin ; [JCP G 2002, II, 10045](#), note O. Cachard ; Contrats, conc. consom. 2002, comm. 22, note L. Leveneur ; RTD civ. 2002, p. 176, obs. R. Libchaber). Aujourd'hui comme hier, il semble donc bien qu'aux yeux de la Cour de cassation, il n'y ait rien d'inéquitable à être jugé en considération d'une norme jurisprudentielle inconnue au moment des faits litigieux.

En même temps, dans un arrêt de la deuxième chambre civile du 8 juillet 2004 ( Cass. 2e civ., 8 juill. 2004, n° 01-10.426 : [JurisData n° 2004-024681](#) ; Bull. civ. 2004, II, n° 387 ; D. 2004, p. 2957, note C. Bigot ; [JCP G 2005, I, 143](#), n° 7, obs. N. Tavieaux-Moro), dont la solution a été ultérieurement confirmée en assemblée plénière ( Cass. ass. plén., 21 déc. 2006, n° 00-20.493 : [JurisData n° 2006-036604](#) ; [JCP G 2007, II, 10111](#), note X. Lagarde ; [JCP G 2007, II, 10040](#), note E. Dreyer ; [JCP G 2007, I, 210](#), n° 9, obs. N. Tavieaux-Moro), la Cour de cassation a jugé que l'application immédiate à une instance en cours d'une règle de prescription issue d'un revirement de jurisprudence pourrait aboutir à priver l'une des parties d'un droit au procès équitable. Au moins sur cette question procédurale, les hauts magistrats ont laissé filtrer qu'ils n'étaient pas insensibles à l'insécurité juridique que peuvent engendrer leurs décisions. Compte tenu de ce contexte jurisprudentiel, on pouvait en conséquence s'interroger sur la portée de cette ouverture. Les arrêts du 11 juin 2009 ne mettent pas un terme définitif aux supputations. En même temps, s'ils donnent un signe, c'est bien que la porte n'est pas grande ouverte.

## 2. ANALYSE

Il ne saurait être question de reprendre ici l'intégralité d'une discussion dont les termes sont désormais bien connus et à propos desquels le soussigné a déjà livré son analyse (V. Jurisprudence

et insécurité juridique : D. 2006, p. 678 ; note ss Cass. ass. plén., 21 déc. 2006 ; [JCP G 2007, II, 10111](#) et réf. préc.).

Pour expliquer la diversité des solutions, la distinction suivante pouvait être avancée :

- soit les individus se sont déterminés en considération de la jurisprudence en cours lors de l'époque des faits et alors, il est injuste de leur imputer rétrospectivement une faute à la lumière d'une évolution de la jurisprudence qu'il ne pouvait anticiper. Ainsi la modification d'origine jurisprudentielle des règles de prescription demeure-t-elle inopposable aux parties, et accessoirement à leurs conseils, qui ont conduit une procédure conformément aux termes de la jurisprudence de l'époque (V. Cass. ass. plén., 21 déc. 2006, préc.). Ainsi, s'en souvient-on, ne peut-on « imputer à faute (à un notaire) de n'avoir pas prévu une évolution ultérieure du droit (en fait de la jurisprudence) » ( Cass. 1re civ., 25 nov. 1997, n° 95-22.240 : [JurisData n° 1997-004652](#) ; Bull. civ. 1997, I, n° 328 ; RTD civ. 1998, p. 210, obs. N. Molfessis ; [JCP G 1998, IV, 1078](#)) ;
- soit les individus ont agi sans attention particulière à l'égard des règles qui leur sont applicables et alors, faute de s'être fiés à la jurisprudence, ils ne peuvent ultérieurement se sentir trahis par ses évolutions. Ce qui les surprend, c'est un procès tardif à l'occasion duquel, ils découvrent aussi bien la règle ancienne que la solution nouvelle. Ainsi peut s'expliquer la jurisprudence applicable aux personnels de santé qui, en principe, lorsqu'ils soignent leurs patients, font plutôt de la médecine que du droit.

En même temps et en opportunité, ces explications suscitaient un certain malaise. Dit simplement, elles mettaient à l'abri les professionnels du droit tandis qu'elles exposaient sans retenue les médecins. Or, ces derniers ne soignent pas selon leur bon plaisir. Au-delà du serment d'Hippocrate, il y a des protocoles et des normes médicales. Il suffit d'ailleurs de parcourir la presse spécialisée pour mesurer le poids des règles de droit sur la définition de ces dernières. Il était en conséquence imaginable d'espérer une évolution de la jurisprudence à l'égard du corps médical et, plus généralement de l'ensemble des professions libérales, qui dans la conduite de leur mission d'expertise, s'en tiennent à des normes dont l'inspiration juridique, fût-ce implicitement, ne peut être sous-estimée. Si nul n'a le droit à une jurisprudence figée, au moins pouvait-on concéder que nul n'est (individuellement) en faute pour s'en être tenu aux usages de la profession à l'époque des faits litigieux.

À cette concession, nous savons désormais que la Cour de cassation n'est pas prête. En bornant la portée de l'impératif de sécurité juridique aux hypothèses où les évolutions de la jurisprudence ont pour effet de priver une partie du droit d'accès à un juge, la première chambre civile de la Cour de cassation semble ainsi réduire à néant les espoirs qu'avait suscité l'arrêt d'assemblée plénière du 21 décembre 2006. On peut le regretter.

## 3. PORTÉE

Sauf à relever que la Haute juridiction ne ferme pas toutes les portes. Il faut à cet égard lire attentivement l'attendu de principe. Si la Cour de cassation s'inquiète exclusivement de l'accès au juge, c'est en ce que, en l'espèce, la sécurité juridique a été invoquée « sur le fondement du droit à un procès équitable ». Ce dont on peut déduire deux conséquences :

- tout d'abord, la Cour de cassation accepte désormais de prendre en considération l'impératif de sécurité juridique dès lors qu'une évolution de la jurisprudence peut concrètement constituer une atteinte à un droit fondamental, et spécialement un droit reconnu par la Convention EDH (en ce sens,

V. M.-N. Jobard-Bachelier et X. Bachelier, RTD civ. 2005, p. 307. – V. également, T. Piazzon, La sécurité juridique : Defrénois-Lextenso, 2009, préf. L. Leveneur, n° 209) ;

- ensuite, et conséquemment, il n'est pas que le droit au procès équitable qui puisse être sollicité aux fins de faire valoir cet impératif.

Dans cette perspective, un revirement de jurisprudence dont une application in specie porterait une atteinte aux biens, au sens de l'article premier du Protocole additionnel à la Convention EDH, pourrait être ignoré au nom de l'impératif de sécurité juridique. Dans la mesure où les créances ( CEDH, 9 déc. 1994, n° 13427/87, Raffineries Grecques) et les autorisations d'exercer une activité ( CEDH, 15 juill. 1988, n° 10443/83, C. c/ France) constituent des biens au sens de l'article 1er du Protocole additionnel à la Convention EDH, il serait permis d'envisager un refus de tenir compte d'une évolution de la jurisprudence dont la prise en considération menacerait directement l'exercice d'une activité. Tel pourrait être le cas si un revirement de jurisprudence, dans le même temps qu'il mettrait rétrospectivement en évidence une responsabilité d'un professionnel, conduirait à reconnaître que ladite responsabilité (par exemple liée à une faute qualifiée dont la définition a fait l'objet du revirement) échappe à la police d'assurance jadis souscrite. Dans ce cas, le professionnel ne pourrait faire face et il plaiderait utilement que l'application de la solution nouvelle l'empêche d'exercer et constitue de fait une atteinte aux biens. Les deux arrêts du 11 juin 2009 ouvrent ainsi plus de pistes qu'ils n'en ferment.

Sans doute les médecins auront-ils en pratique du mal à conduire la démonstration qu'impose le détour par les dispositions de la Convention EDH. Pas sûr, en effet, que les magistrats se laisseront aisément convaincre par les plaintes du corps médical sur l'explosion des primes d'assurance et la menace qu'elle constitue sur la pérennité de leurs activités. Encore faut-il ne pas sous-estimer les capacités argumentatives des plaideurs de demain. Encore faut-il, également, ne pas exagérer le risque juridique lié aux évolutions de la jurisprudence en matière médicale et, plus largement, en matière de responsabilité :

- d'une part, les dispositions actuelles de l'[article L. 1142-1 du Code de la santé publique](#) marquent un recul des responsabilités sans faute des professionnels ; à l'exception toutefois des maladies nosocomiales ;

- d'autre part et surtout, les dispositions de la [loi n° 2008-561 du 17 juin 2008](#) ont ramené le délai de prescription en matière de responsabilité contractuelle à 5 ans. Et l'on sait que la prescription, en ce qu'elle interdit les contestations tardives est l'un des instruments les plus performant de la sécurité juridique (en ce sens également : RTD civ. 2005, p. 176 et p. 625, obs. Ph. Théry). Mais, puisque, en cette subtile matière, toute proposition mérite d'être balancée, il y a lieu d'ajouter que pour les dommages corporels, le délai est de 10 ans, qu'il commence à courir à compter de la date de la consolidation du dommage initial ou aggravé, qu'enfin, le délai butoir de 20 ans ne s'applique pas. Ce qui, eu égard à l'exigence de sécurité juridique, limite malgré tout les gains espérés de la réforme de la prescription.

Théorie du droit

XXX

## L'interprétation de l'interprétation

### Variations normatives II

La place de la jurisprudence justifie celle de l'interprétation, ses méthodes, son résultat. La consécration de la jurisprudence comme norme ne résout cependant pas la question de la conjonction de la jurisprudence avec la loi ou avec elle-même. L'originalité du droit français se pose précisément à travers cette double spécificité, celle de son système légal et celle de son système de droit jurisprudentiel. L'observation de l'interprétation de l'interprétation identifie ainsi trois litiges distincts, pour toute norme jurisprudentielle, qui tentent de rendre compte de cette spécificité.

Photo

**Daniel Mainguy,**

**professeur à la faculté de droit de Montpellier**

1 - La question de l'interprétation des normes juridiques est l'un des thèmes centraux de la théorie du droit ; elle s'inscrit ainsi dans la théorie de la norme et dans celle de la décision judiciaire ; elle se concentre sur une difficulté majeure, celle de la fidélité de l'interprète à l'auteur de la norme, notamment lorsque cet interprète est une cour souveraine dans la mesure où le résultat de l'interprétation judiciaire est une norme, la norme jurisprudentielle, qui entre alors en concurrence avec la norme interprétée.

Cette question est souvent présentée de manière caricaturale, soit à travers des méthodes d'interprétation impérieuses, soit par la séparation formelle des fonctions : le juge est en charge de l'interprétation et cette interprétation est celle de la loi. Or si l'interprétation est bien de l'office du juge, cette fonction est très loin de se limiter à des hypothèses d'interprétation de la loi ; le plus souvent le juge interprète sa propre interprétation, soit parce que le droit positif est constitué d'une interprétation particulière de la loi, obscure ou incomplète, soit parce qu'il est constitué d'une norme créée par le juge en l'absence de norme légale.

Le point de vue de l'interprétation de l'interprétation permet alors de rendre mieux compte de cette fonction, de manière à aborder son aspect le plus technique, celui de l'effet de la norme jurisprudentielle dans le temps.

2 - La question de l'interprétation prend corps dans une décision d'une cour souveraine, notamment dans la résolution d'un cas difficile, qui est à l'origine de ce que nous appellerons *les trois litiges*. Le *premier litige* est le litige concret, celui qui est à l'origine d'une interprétation. Il révèle la difficulté d'interpréter une norme, le passage du général au particulier, à laquelle est en général associée celle du choix de la méthode d'interprétation. Si on admet que le résultat d'une interprétation est une norme

juridique nouvelle, qu'on appellera jurisprudence, le traitement du premier litige crée un *deuxième litige*. L'interprétation résultant du premier litige, la décision, est elle-même une norme, et cette norme est à son tour susceptible d'application à de nouveaux cas concrets et, ce faisant, d'interprétation. On est là au cœur du problème de l'interprétation de l'interprétation et d'une possible description de la place, originale, de la norme jurisprudentielle française dont on peut alors proposer quelques éléments d'explication. Il en résulte un *troisième litige*. Si en effet la décision rendue est une norme, se pose la question de son application, dans le temps notamment.

Le système juridique français est d'une complexité telle qu'il est difficile, pour ne pas dire impossible, de sérier de manière parfaite, chirurgicale, les normes selon leur nature : une norme jurisprudentielle se comprend peu de manière isolée, sans la rattacher à un ensemble légal voire à des expressions doctrinales et réciproquement. Ce qu'on appelle *droit* peut donc être présenté, sans doute de manière limitée, comme un ensemble complexe de *normes* qui ne saurait être réduit à la loi mais qui peut être étendu à la jurisprudence, c'est-à-dire au résultat d'une interprétation. Toute la théorie du droit est en général présentée à travers le prisme réducteur de la norme-loi : la question des caractères de la loi, norme générale et abstraite, celle de son interprétation ou de son application. Une théorie française de la norme, tenant compte de toutes les normes, suppose résolue la question de l'interprétation dans toute son ampleur, que l'interprétation de l'interprétation à travers, en cascade, les problèmes posés par les *trois litiges* tente rapidement de présenter ici, pour apporter une petite pierre à l'édifice considérable érigé par la doctrine contemporaine.

## 1. Premier litige : l'interprétation des normes

### A. - Interprétation et technique

3 - Le problème de l'interprétation est souvent réduit à un ensemble de méthodes, de techniques d'interprétation, dont rend très mal compte la présentation de l'opposition entre l'École (prétendue) de l'Exégèse et la méthode dite de libre (prétendument) recherche scientifique de Gény, rapide, sinon fautive, parce que limitée à des termes techniques. Or la question de l'interprétation est d'abord une question politique (ou philosophique ou théorique), qui ne se résout pas simplement par l'appel à la source démocratique, à laquelle ne s'abreuvèrent pas les juges. Elle pose, en amont, un problème de définition du système juridique et l'on s'arrêtera ici aux propositions positivistes.

Une conception positiviste formaliste décrit le droit comme un système cohérent et complet. C'est un système cohérent parce qu'il s'articule de manière logique. Ce peut être à la manière des exégètes parce que la loi est la seule norme possible, en raison de la modernité de l'idée même de loi, produit de la raison humaine et en raison de sa source, la volonté générale. De ce point de vue, le légalisme se transmute en légicratie : la raison incarne l'aboutissement ultime de la Justice et la loi en est le parangon. Il ne saurait y avoir de normes au-delà de la loi, au-delà du Code civil. Ailleurs, en Angleterre ou aux États-Unis, c'est le même souci de prétention scientifique qui fait des règles posées par le juge, la *Common law*, un objet d'analyse méthodique interdisant toute interprétation, selon la méthode posée par ses théoriciens, *Austin* ou *Hart*. Cette cohérence du producteur de la norme induit la pureté de la règle de telle manière que celle-ci est formellement identifiée au résultat de la procédure formelle d'adoption posée par la puissance de l'État. À la

manière européenne des positivistes kelséniens le recours à une description hiérarchique du droit fonde les règles valides comme celles qui sont le résultat d'une procédure d'adoption formellement conforme à celle posée par la règle supérieure.

Il en résulte en toute hypothèse que le système étant cohérent, les conflits de normes ou les difficultés d'interprétation qui y naissent sont de simples *erreurs*, marginales, du système que celui-ci est parfaitement à même de corriger, ce en quoi il est complet, grâce aux fameuses méthodes d'interprétation, toutes fondées sur l'idée que le système juridique est cohérent<sup>1</sup>.

Inversement cependant, cette idée de cohérence peut faire l'objet d'une considération plus dubitative. On cherchera, en premier lieu, où sont écrites, posées, ces fameuses méthodes de résolutions des antinomies ou des difficultés d'interprétation : ce sont des adages au mieux, des formes de raisonnement prétendument logiques au pire dont on prétend qu'ils sont figés et incontestables et ce faisant des éléments d'un métadroit naturel (*V. infra n° 10*). On peut considérer que le système juridique est un produit humain donc imparfait, susceptible d'incohérences, de sorte que les solutions de ces incohérences sont difficiles, ce ne sont pas de simples *bugs* juridiques, et empruntent à des voies plus complexes que le respect d'une autorité ou d'une hiérarchie.

Soit donc l'interprétation est dévalorisée parce que la résolution des cas difficiles suppose que le système juridique est posé de manière cohérente, avec une hiérarchie claire et définitive des règles (les juges ne sont pas autorisés à créer des règles de droit, mais peuvent corriger les lacunes ou les antinomies du droit, par une norme d'habilitation). Soit au contraire il laisse place à une certaine incohérence et ce faisant, un certain chaos (les juges sont autorisés à créer des normes juridiques, bien au-delà d'un pouvoir de simple correction du droit), dont on peut alors tenter de mesurer les termes. Cela ne disqualifie en rien les adages et méthodes d'interprétation, qui imprègnent si fortement le raisonnement français, mais disqualifie leur impérativité et leur automaticité, vers une simple caractérisation de ces méthodes<sup>2</sup> : les exceptions ne sont pas *toujours* d'interprétation stricte.

### B. - Interprétation et interprètes

4 – La question de l'interprétation revêt une importance différente selon que la description du système juridique est formaliste ou réaliste. Dans le premier cas, la loi ne pouvant tout régler, des interprétations sont nécessaires et validées par la Constitution, mais elles se présentent comme un acte de *connaissance* du contenu d'un énoncé normatif et non un acte de *volonté* de l'interprète<sup>3</sup>. Le juge découvre ; il n'invente pas, sauf à s'éloigner du présupposé selon lequel une démocratie suppose que seule la loi peut énoncer une norme. Ces interprétations se distinguent en deux catégories. D'une part, les interprétations *scientifiques*, notamment doctrinales, déterminent le champ du possible. Le juge choisit et délivre une interprétation *authentique* : celle qu'il est *autorisé* à donner pour compléter la norme. La jurisprudence serait donc une simple autorité. Il n'est pas question d'interprétation autonome ou encore moins créatrice par la jurisprudence et il n'est pas imaginable d'envisager la place

1 *Ch. Perelman, Logique juridique, Nouvelle rhétorique : Dalloz, 1979 ; Comp. D. Mainguy, Introduction générale au droit : LexisNexis, 5<sup>e</sup> éd., 2010, n° 200.*

2 Pour un résumé, *X. Magnon, Théorie(s) du droit : Ellipses, 2008, n° 83 et s.*

3 *X. Magnon, op. cit. note (2), n° 66 et s.*

de la jurisprudence autrement que comme une « norme » d'interprétation, qui fait corps avec la norme interprétée, et qui dispose de la même autorité.

Une conception réaliste considère au contraire que le travail d'interprétation est libre, en ce sens que l'interprète souverain dispose d'une liberté totale dans son interprétation, acte de volonté, de sorte que c'est cette interprétation qui donne corps à la norme, voire, chez Michel Troper, qui crée, établit la norme. Dans cette conception, la norme, c'est la jurisprudence, notamment dans les cas difficiles, où le juge est tout à la fois normateur et contrôleur de sa propre norme, librement, en ce sens que le juge n'a pas à se soumettre à une interprétation scientifique. Souvent d'ailleurs la doctrine est moins scientifique qu'avocat : elle ne présente pas les solutions de manière neutre, en offrande au juge, mais insiste sur une solution comme étant la meilleure et il n'est pas rare de lire des critiques lourdes contre une décision de jurisprudence qui rend une décision contraire à l'interprétation choisie par une majorité de la doctrine : l'exemple de l'affaire *Perruche*<sup>4</sup>, celui plus discret mais très symptomatique de la question de la rétractation de sa promesse par le promettant constituent de bons exemples de cette autonomie du juge et de sa liberté, son pouvoir arbitraire.

Ces deux oppositions, radicales et positivistes, demeurent cependant compatibles dans la mesure où la norme, brute et axiologiquement neutre, y tient toute la place : les valeurs n'y sont pas admises, opposition à travers laquelle peut tenter de se glisser une conception qui, sans n'être point positiviste, peut ne pas ignorer les valeurs<sup>5</sup>.

## 2. Deuxième litige : l'interprétation substantielle de la norme interprétée

5 - Le schéma explicatif classique de l'interprétation repose sur une séparation nette des normes : il y a d'une part la norme interprétée, la loi, et d'autre part la norme d'interprétation, la jurisprudence. Ce faisant, l'interprétation assurerait un lien vivant entre deux normes distinctes : la jurisprudence serait la mise en pratique de la loi, son application au cas concret.

Cette présentation est cependant très réductrice. Elle révèle une volonté, consciente ou non, de présenter les normes de manière différenciée. Or, on peut envisager le droit de manière plus imbriquée, une distance entre la loi et la jurisprudence moins nette. Si l'on évoque l'ensemble *droit des contrats* par exemple et plus singulièrement l'article 1134 du Code civil, il est assez difficile de présenter ce texte sans évoquer les lois qui assurent des exceptions au principe de liberté contractuelle et surtout la jurisprudence complexe qui l'accompagne ou la doctrine qui s'oppose sur la méthode de son interprétation. À défaut, l'article 1134 serait un simple texte d'incantation, point une norme efficace. Lorsque le juge souverain est en charge de son interprétation dans un cas donné, par exemple dans une situation où le comportement d'un contractant doit être abordé et où ce comportement n'est pas directement contraire à un dispositif contractuel, il ne fait pas comme si c'était la première fois qu'il devait interpréter l'article 1134, alinéa 3 du Code civil ni ne fait abstraction des interprétations existantes. Tout au contraire, il présente son raisonnement comme une enième interprétation de ce texte, identique ou complémentaire, des interprétations précédentes, selon la technique parfois dite des *petits pas*, voire par un changement de jurisprudence. L'effet de

---

4 Cass. ass. plén., 17 nov. 2000 : *JurisData* n° 2000-006884.

5 D. Mainguy, *De la légitimité des normes et de son contrôle* : JCP G 2011, doctr. 250.

sédimentation jurisprudentielle révèle que l'interprétation du juge est moins souvent l'interprétation de la norme légale qu'une interprétation d'une norme jurisprudentielle : une interprétation d'une interprétation.

6 - Ce constat justifie qu'on s'interroge, rapidement, sur la place de la norme jurisprudentielle au sein d'un *droit commun de la norme*. Une décision de jurisprudence se présente comme une norme qui est à la fois une norme d'application (elle permet de rendre une décision efficace et exécutable), une norme de conformité et une norme d'interprétation, le tout se présentant comme une norme (auto)révocable. Comme norme, elle est à son tour susceptible d'interprétation. Cet ensemble d'interprétations successives et enchevêtrées identifie un *système français de droit jurisprudentiel*, fondant avec le système légal, le droit français et la tradition romano-germanique de manière plus générale.

En cela, ce système français de droit jurisprudentiel est fondamentalement différent du système de *Common law* où règne le système du précédent. La norme qui résulte d'une décision doit y être appliquée à un cas voisin, par analogie. Cette analogie consiste ainsi à considérer que pour des faits identiques, il y a lieu d'appliquer le précédent déjà rendu, *sans qu'une interprétation soit possible*. Cette présentation est bien entendue caricaturale, aussi caricaturale que la présentation selon laquelle le juriste français se contenterait de réciter et appliquer le Code civil. De même qu'en France le normativisme kelsénien est critiqué, le positivisme hartien l'est pareillement, pour montrer que le juge, en réalité, interprète les précédents dans les cas difficiles. Toute l'œuvre de Dworkin consiste précisément à montrer comment le juge *doit* interpréter le précédent face à un cas difficile et identifier la *bonne* solution<sup>6</sup>. Or, une norme jurisprudentielle française se présente de manière radicalement différente : ce n'est pas un *arrêt* qui forme la norme jurisprudentielle, mais sa *solution de droit*, isolée de son contexte, des faits qui la constituent, et dont on apprécie qu'elle en soit délestée, qu'elle soit une « pure » solution de droit et qu'elle se présente *comme une norme légiférée*. Cette norme est alors susceptible de s'appliquer à de nouvelles situations, quand bien même ces situations seraient différentes, pour éventuellement former une nouvelle interprétation normative, et ainsi de suite. Les exemples sont si considérables qu'ils viennent à l'esprit de tous. L'efficacité de cette méthode est telle que la présentation du droit matériel applicable par la doctrine s'effectue en continu, sans rupture méthodologique selon qu'une règle relève d'une source ou d'une autre, comme c'est le cas frappant du droit administratif ou de la responsabilité civile.

7 - La mécanique permettant cette « montée » vers la gamme des normes puis cette « descente » vers le cas concret emprunte à la double technique du jugement réfléchissant et du jugement déterminant qu'on retrouve par exemple dans la *Critique de la faculté de juger* de Kant (pour la détermination du jugement esthétique). Le jugement réfléchissant est celui qui à partir du particulier (le monde sensible, les faits), permet d'aboutir à une solution universelle, générale (la solution de droit). Ce jugement réfléchissant s'effectue de manière automatique : il n'y a pas de purgatoire entre la décision qui tranche le litige et sa considération comme norme, qu'elle bénéficie d'une forme de *promulgation doctrinale* ou d'une *auto promulgation* par ce jeu savant d'assemblage de lettres qui présentent les

---

6 V. R. Dworkin, *L'empire du droit* : PUF, coll. *Recherches politiques*, 1994 ; *Prendre les droits au sérieux*, trad. P. Bourretz : PUF, coll. *Léviathan*, 1995.

atours d'un arrêt important. Deux formes de jugements réfléchissants cohabitent : l'un subjectif (esthétique, chez Kant) résulte d'une sensation doctrinale qui loue une décision considérée comme banale par la Cour ou qui critique vertement un arrêt essentiel. L'autre, objectif (téléologique), s'impose de lui-même : c'est l'arrêt attendu, présenté par la Cour de cassation comme essentiel. L'un comme l'autre sont importants : l'ordre choisi par le juge pour valoriser ses décisions n'est pas plus valable que celui choisi par la doctrine : il est aussi vain de considérer qu'une décision s'intègre dans un tout merveilleux et organisé que de se réjouir, avec Alphonse Allais, que Dieu ait sagement posé des pommiers dans les pays où l'on fabrique du cidre. L'ordre jurisprudentiel n'est pas plus (ni moins) cohérent que l'ordre légal : il s'intègre dans le système juridique et c'est en fonction d'intérêts divers que le juge, le praticien, l'universitaire reconnaîtront la valeur d'un arrêt pour une nouvelle interprétation de l'interprétation, supposant une remise en cause, une discutabilité permanente de la valeur, de la légitimité de cet ordre. C'est d'ailleurs tout l'intérêt d'un système français de droit jurisprudentiel qui propose des solutions *révocables*. L'exemple des revirements de jurisprudence est finalement assez rare. La jurisprudence est davantage faite d'avancées jurisprudentielles, d'accommodements, de limites, de créations que de renversements de jurisprudence.

Les hypothèses dans lesquelles la jurisprudence interprète sa propre jurisprudence sont ainsi considérables, même si cette manière d'interpréter est trop souvent noyée par cette impérieuse nécessité de toujours présenter une norme légale comme moyen de cassation : on songe ainsi à la construction jurisprudentielle de la responsabilité délictuelle, des actions directes dans les contrats, de l'obligation de sécurité, de l'élimination des clauses exagérées, de la cause, etc., qui invoquent imperturbablement les articles 1382, 1384, 1134 voire 1147 du Code civil qui n'en peuvent mais, alors que ce sont bien des interprétations jurisprudentielles qui sont l'objet des nouvelles interprétations.

8 - On peut alors regretter deux choses, déjà exprimées<sup>7</sup>. En premier, le fait que les décisions de la Cour de cassation soient trop peu désertes, sinon à la lecture du rapport et l'avis lorsqu'ils sont publiés, sur les raisons d'une décision, sur les choix réalisés, sur les motifs politiques, économiques, sociaux qui sont à l'origine de celle-ci, les dissidences. Il est clair que ce serait une aide puissante pour l'interprétation de ces décisions et surtout une valorisation du pouvoir créateur du juge (sans doute est-ce d'ailleurs la raison pour laquelle la Cour de cassation s'en garde bien). En second, le fait que le juge n'établisse pas clairement la décision précédente sur laquelle il s'appuie dans l'interprétation de l'interprétation qu'il livre, et non sur un texte insipide même si en général, les commentateurs s'y retrouvent assez bien.

On peut également faire observer que cette présentation offre une difficulté dans le discours de la théorie réaliste de l'interprétation. En effet, celle-ci pose qu'un texte, un énoncé, est toujours indéterminé et que sa détermination n'est réalisée que par l'interprétation d'une cour souveraine. Cependant une interprétation produit une solution de droit, un énoncé, indéterminé donc, qui suppose une nouvelle interprétation : l'indétermination normative serait donc sans fin, rien ne serait jamais déterminé ni normatif et l'interprétation de l'interprétation toujours en quête d'une détermination. C'est moins une difficulté qu'un constat : même la jurisprudence emporte des

conflits d'interprétation, appelant alors une nouvelle interprétation, etc. Il est donc clair que cette présentation rend compte du caractère hésitant, imparfait, humain donc, de la portée normative du droit, dans sa généralité, en permanence en proie à la recherche d'une Vérité, d'une Justice, dont le juge est l'un des moyens.

Il reste, au-delà de ces critiques limitées, que le génie du droit français est ainsi concentré dans une forme de communion entre un système légal qui imprime, à tort ou à raison, sa force et son *imperium* sur les juristes comme sur les citoyens français mais sans pouvoir exister de manière autonome, et un système de droit jurisprudentiel riche, érudit, détaché de la contrainte de l'analogie qui s'attache au *précédent* de la *Common law*, et fort de son caractère révocable. Ce faisant, l'un des éléments de la richesse du droit français, mais aussi l'un des éléments de perplexité pour les observateurs étrangers réside dans l'imbrication de ces deux systèmes, leur combinaison. Contrairement à ce que l'on pense souvent, le droit français, dans sa généralité n'est pas un système fermé, mais au contraire mouvant, ouvert à la discutabilité permanente, ceci dit en songeant fortement au fâcheux mouvement dit du *Legal Origins*<sup>8</sup>.

### 3. Troisième litige : l'interprétation temporelle de la norme interprétée

9 - Une décision qui se présente comme une interprétation nouvelle appelle une autre forme d'interprétation, dans le temps cette fois. C'est le débat, désormais classique et présenté comme portant sur la *modulation des revirements de jurisprudence dans le temps*. Lorsque, par exemple, le 10 juillet 2002, la Cour de cassation<sup>9</sup> décide qu'une clause de non-concurrence doit, à peine de nullité, être rémunérée, elle tranche le litige qui lui est soumis, interprète les interprétations antérieures qui n'exigeaient pas cette condition et impose cette nouvelle condition par un arrêt qui identifie une norme nouvelle susceptible de s'appliquer à un nombre incalculable de situations juridiques *en cours*. Cet exemple est illustratif du troisième litige qui naît, en général, de l'interprétation, celui de son effet dans le temps et qui suppose acquises les réponses aux deux premiers litiges : la jurisprudence est normatrice, ces normes sont des interprétations d'interprétations. On observera au passage que l'arrêt de 2002 a bien créé une norme nouvelle sur la base de normes jurisprudentielles antérieures (aucune loi ne définit les clauses de non-concurrence) et qu'elle a créé une norme nouvelle dont la caractéristique est de se présenter comme une norme *impérative* : elle traite de la validité d'une situation juridique.

10 - La plupart des travaux récents sur l'interprétation se sont concentrés sur cette partie des trois litiges<sup>10</sup>, principalement sous la conduite de Nicolas Molfessis<sup>11</sup> sous le prisme des revirements de

8 Sur lequel J.-F. Gaudreau et Desbiens, *La critique économiste de la tradition romano-germanique* : RTD civ. 2010, p. 683 et les réf.

9 Cass. soc., 10 juill. 2002, n° 99-43.334 à 99-43.336 : JurisData n° 2002-015271.

10 P. Voirin, *Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences (à propos de l'arrêt du 18 juin 1958)* : JCP G 1959, I, 1467 ; J. Rivero, *Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle* : AJDA 1968, p. 15 ; Ch. Mouly, *Les revirements de jurisprudence*, in *L'image doctrinale de la Cour de cassation : La Documentation française, 1994*, p. 123 ; Ch. Mouly, *Le revirement pour l'avenir* : JCP G 1994, I, 3776.

11 N. Molfessis (dir.), *Rapport sur les revirements de jurisprudence* : LexisNexis, 2005 ; N. Molfessis, *La Cour de cassation face à la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence (à propos de Cass. 1<sup>er</sup> civ., 11 juin*

7 V. récemment P. Deumier et R. Encinas de Munagori : RTD civ. 2005, p. 83 et les réf.

jurisprudence. Très sensible, et sans revenir sur des débats riches et parfois houleux<sup>12</sup>, la question divise les tenants d'un « réalisme » contre ceux promouvant un prétendu « principe de sécurité juridique » qui s'intègre parfaitement dans la logique normativiste de la cohérence du système juridique, voire ceux niant tout pouvoir jurisprudentiel normatif.

La question n'est pas limitée aux revirements de jurisprudence ; elle se pose pour n'importe quelle norme jurisprudentielle, création, avancée ou revirement dans la mesure où, dans le temps, le droit change, on passe brutalement d'une situation donnée à une nouvelle situation. Par conséquent, toute interprétation emporte par nature une question d'application de la norme jurisprudentielle dans le temps et toutes les interprétations cumulées, ajoutées aux changements législatifs montrent que le droit, si son unité peut être identifiée, est en mutation permanente, de telle manière que le « prétendu principe de sécurité juridique » n'est qu'une illusion<sup>13</sup>, à ranger parmi les fables juridiques.

Dès lors, les expériences savantes en matière d'application dans le temps de la *loi* doivent pouvoir s'appliquer à la *norme*, légale ou jurisprudentielle, sous réserve toutefois que l'on s'entende sur la nature de la norme jurisprudentielle. Ordinairement en effet, par un tropisme légicentriste, par vocation normativiste ou simplement par comparaison avec le système anglo-américain du *précédent*, on considère que la norme jurisprudentielle est une norme *interprétative* ou *déclarative*<sup>14</sup>. Cette appellation peut sembler logique dans la mesure où il s'agit d'une norme d'interprétation : un mimétisme sémantique emporte alors de considérer que l'*interprétation* est *interprétative*. Dès lors, le régime des normes interprétatives ou déclaratives, calqué sur celui des lois, est celui de la rétroactivité. S'ajoute la considération que l'interprétation de la jurisprudence serait une interprétation de la *loi* : la norme jurisprudentielle ferait donc corps avec la loi qu'elle interprète et, interprétative, elle serait par nature une norme rétroactive. Il est alors logique et efficace de s'interroger sur la portée de cette solution : *vers* une modulation de l'effet rétroactif de la jurisprudence et *pour* un revirement pour l'avenir, ou revirement prospectif.

La comparaison avec le système de *Common law*<sup>15</sup> repose sur une fiction assez proche de celle proposée par le normativisme. Celui-ci garantit en effet que le mécanisme de production légale des normes est valide parce qu'elle résulte de la hiérarchie des normes garantie par la Constitution, qui elle-même est le produit d'une décision conforme à la précédente Constitution et ainsi de suite, pour aboutir à la « norme fondamentale hypothétique », au-delà de la première Constitution historique, qu'on a beaucoup de mal à distinguer d'un droit naturel, la Cité idéale. Le système anglo-américain se fonde sur une légende voisine : le juge *n'invente* pas de norme, il ne fait que *découvrir* des

normes préexistantes reposant sur un droit préexistant, juste, complet, cohérent, merveilleux : une norme fondamentale hypothétique là encore, ce qui implique que les décisions de jurisprudence sont rétroactives par principe de sorte que le juge anglo-américain a découvert (inventé ?) la technique du *prospective overruling* pour limiter cet effet rétroactif.

On peut en outre noter qu'une considération réaliste des normes fait de la norme d'interprétation une *création* normative. La théorie réaliste de l'interprétation par exemple, observe qu'un énoncé souffre un principe d'indétermination normative, et qu'il ne devient déterminé que par l'interprétation assurée par le juge. Le résultat d'une interprétation n'est donc pas nécessairement de nature interprétative, mais peut être considéré comme une norme créatrice, exactement comme une loi. Si on ajoute le fait que l'interprétation est au moins aussi souvent une interprétation d'une interprétation et non d'un texte légal, alors le caractère nécessairement interprétatif ou déclaratif de l'interprétation devient moins impérieux : la norme jurisprudentielle est *normativement originaire*<sup>16</sup>.

Dans l'arrêt du 9 octobre 2001 sur la responsabilité médicale<sup>17</sup>, la Cour avait décidé qu'un médecin pouvait être condamné pour un fait réalisé en 1974, sur la base d'une décision rendue en 1998 parce que « nul ne peut prétendre à un droit acquis à une jurisprudence figée ». Ce n'est pas l'arrêt de 2001 qui pose difficulté, mais celui de 1998 qui avait interprété un arrêt de 1997 qui lui-même avait imposé que le médecin apporte la preuve de l'exécution d'une obligation d'information sur les risques encourus par le patient, à propos de risques exceptionnels. Si une loi avait imposé cette exigence en 1997 et en 1998, une situation ordinaire de conflits de normes dans le temps se serait posée : face à une situation contractuelle, la loi ne saurait présenter un effet immédiat, sauf à ce que la loi soit d'ordre public, ce qu'elle eût été. Rien de neuf ici : la norme jurisprudentielle de 1997 et 1998 est de nature impérative et elle est une création. Elle s'applique immédiatement aux situations en cours, ce qui n'est ni plus ni moins perturbant qu'une loi nouvelle.

C'est donc parce que la doctrine part du présupposé, *partagé par le juge lui-même*, que la norme jurisprudentielle présente une nature interprétative, donc rétroactive, que les plus grandes difficultés commencent. En outre, cela conduit la Cour de cassation à des circonlocutions désemparées, comme dans l'arrêt du 8 juillet 2004<sup>18</sup> ou celui de l'assemblée plénière de 2006<sup>19</sup>, pour tenter de moduler dans le temps les effets de ses décisions.

On peut tenter de convaincre à l'inverse que les normes jurisprudentielles ne sont pas interprétatives et donc ne sont pas rétroactives. Au demeurant, si elles l'étaient véritablement, cela permettrait d'ouvrir de nouvelles actions à un plaideur déçu par une décision ayant l'autorité de la chose jugée sous l'empire de la norme jurisprudentielle ancienne, ce dont il n'est évidemment pas question. Par conséquent la modulation de ses effets dans le temps répond aux principes classiques, quoique complexes et imprécis, valant pour la loi. Il en résulte que les formules selon laquelle, comme dans un arrêt du 17 décembre 2004<sup>20</sup>, la cour imposait l'*application immédiate* de la décision de 2002 sur la rémunération des clauses de non-concurrence, ne sont pas une consécration de la possibilité pour le juge de moduler ses décisions, ni une sorte de transgression. Tout au contraire : c'est dans la logique

2009, n° 07-14.932 et n° 08-16.914) : D. 2009, p. 2567 ; V. aussi Th. Revet, *La légisprudence* in *Mélanges Ph. Malaurie* : Defrénois, 2005, p. 377 ; D. 2005, p. 247, note P. Morvan ; D. 2007, p. 835 ; Ch. Radé, *De la rétroactivité des revirements de jurisprudence* : D. 2005, p. 988 ; X. Lagarde, *Jurisprudence et insécurité juridique* : D. 2006, p. 678.

12 V. Heuzé, *À propos du rapport sur les revirements de jurisprudence* : JCP G 2005, I, 130 ; P. Sargos, *L'horreur économique dans la relation de droit* : Dr. soc. 2005, p. 123.

13 Comp. P. Morvan, note ss. Cass. ass. plén., 21 déc. 2006, n° 00-20.493 [JurisData n° 2006-036604] : D. 2007, p. 835 ; JCP G 2007, II, 10040, note E. Dreyer ; Adde P. Morvan, *le principe de sécurité juridique : l'antidote au poison de l'insécurité juridique ?* : Dr. soc. 2006, p. 707.

14 Comp. D. 2005, p. 247, note P. Morvan ; Th. Revet, *La légisprudence*, art. préc. note (11).

15 P. Morvan, *note* préc.(2005), *note* (2).

16 Contra : Th. Revet, *La légisprudence*, art. préc. note (11).

17 D. 2001, p. 3470, rapp. P. Sargos, note D. Thouvenin ; JCP G 2002, II, 10045, note O. Cachard.

18 Cass. 2<sup>e</sup> civ., 8 juill. 2004, n° 01-10.426 [JurisData n° 2004-024681] : D. 2005, p. 247, note P. Morvan.

19 Cass. ass. plén., 21 déc. 2006, *préc. note* (13).

20 Cass. soc., 17 déc. 2004, n° 03-40.008 : JurisData n° 2001-026338 ; Bull. civ. 2004, V, n° 346.

même de la norme, légale ou jurisprudentielle, de modifier le sens du droit, de créer une perturbation. Sans reprendre les arcanes des raisonnements de droit transitoire, il reste que la rétroactivité de la norme est en principe exclue, que l'application immédiate s'impose alors, avec des variantes selon les situations juridiques, variantes qu'il appartient au juge d'estimer, comme dans l'arrêt de 2006<sup>21</sup> où il avait écarté, au nom du droit à un procès équitable de l'article 6, § 1<sup>er</sup> de la Convention EDH, l'application immédiate d'une décision de jurisprudence, tout comme il avait imposé le contraire au nom du même principe dans l'arrêt de décembre 2004<sup>22</sup>.

Peu importent les situations particulières, la difficulté repose sur la considération de la norme dans sa généralité, et de ses effets, dans le temps, dans l'espace, de manière générale et particulière, c'est-à-dire la détermination d'un régime *commun* de l'application de la norme et d'éventuels régimes particuliers pour certaines normes, la loi, la jurisprudence. La non-rétroactivité de la norme et son effet immédiat sont de principe, il reste alors à élaborer ce droit transitoire jurisprudentiel et d'identifier ses critères parmi ceux qui sont déjà proposés : droit à accès au juge<sup>23</sup>, respect d'un principe fondamental<sup>24</sup>, équité<sup>25</sup>, d'autres sans doute, sur la base d'un droit transitoire commun déjà bien riche.

11 - En conclusion, la question de l'interprétation est bien une clé essentielle de la connaissance du droit. Elle est à l'origine de théories doctrinales dont chacune prétend le mieux décrire le système juridique. Le réalisme juridique par exemple présente cet intérêt de donner à l'interprétation un nom et une force, la jurisprudence, mais c'est alors, en considération de cette interprétation, en elle-même et donc au travers de l'interprétation de l'interprétation, que la valeur, la vigueur, l'ampleur de la jurisprudence montre son intérêt, intérêt d'autant grand qu'il ne masque en rien l'intérêt et les atouts de la loi. Une présentation caricaturale voit dans la majesté du juge une tendance antidémocratique, le gouvernement des juges, voire un outil de subversion libérale. Il n'en est pas nécessairement ainsi : l'intérêt général, l'âme de la tradition juridique française, n'est pas plus dévalué par le juge que par le législateur. La complémentarité du génie juridique légal et du génie juridique jurisprudentiel permet, sans nier l'un ou l'autre, de donner véritablement corps à l'originalité, séculaire, du droit français<sup>26</sup>.

Mots-clés : Normes / Normes jurisprudentielles / Interprétation / Variations normatives

---

21 *Préc. note* (13).

22 *Préc. note* (20).

23 *Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 juin 2009, préc. note* (11)

24 *X. Lagarde, note ss. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 juin 2009, n° 08-16.914 [JurisData n° 2009-048474] : JCP G 2009, note 237.*

25 *P. Morvan, préc. note* (?)

26 *Comp. J.-M. Carbasse, Introduction historique au droit français : PUF, 1998.*

