

Faut-il vraiment retarder les effets des revirements de jurisprudence ?

par *Pierre LYON-CAEN*, Avocat général honoraire à la Cour de cassation

PLAN

- I. Les préconisations du rapport Molfessis
- II. Faut-il traiter différemment les arrêts de revirement des autres décisions de justice ?

La préoccupation de la sécurité est sans doute aussi ancienne que l'Homme ; sécurité physique, sécurité alimentaire, sécurité des biens, préventions de toute nature, mais aussi sécurité juridique. Cette dernière est principalement assurée par une certaine stabilité législative et réglementaire, qui n'exclut évidemment pas les réformes indispensables. Or les excès en ce domaine sont dénoncés par toutes les autorités. L'on a pu parler de *"harcèlement législatif"* (1), évident facteur d'insécurité juridique, d'autant plus manifeste que la qualité des textes publiés au JO est souvent mauvaise, comme l'a souligné le président du Conseil constitutionnel lors de la présentation des vœux à l'Élysée au début de cette année et le président de l'Assemblée nationale dans l'exposé des motifs d'une proposition de loi constitutionnelle qu'il a déposé *"tendant à renforcer l'autorité de la loi"* (2). Déjà, le Conseil d'État, dans son rapport public pour 1991, s'était inquiété de la croissance d'un *"droit à l'état gazeux"*.

Cependant, les clameurs actuelles portent sur une cause d'insécurité juridique qui proviendrait non pas de l'inflation législative, ni même de la jurisprudence, qui pourtant, notamment du fait des insuffisances législatives, comporte une forte part d'aléa, mais des revirements, c'est-à-dire de *"l'adoption par les tribunaux d'une solution contraire à celle qu'ils consacraient"* (3).

L'on ne peut qu'être étonné par l'importance accordée aux effets de ces revirements, lorsque l'on sait que les décisions, qui fixent la jurisprudence et dont les revirements sont pris en considération, sont elles-mêmes peu nombreuses et que les revirements proprement dits – notion difficilement saisissable nous le verrons – sont très rares.

Mon appartenance à la Cour de cassation pendant dix ans me permet d'affirmer – sans risque d'être démenti – qu'il entre dans la *"culture"* de cette Cour qu'elle a un rôle majeur à jouer : assurer la sécurité juridique en unifiant l'interprétation de la loi sur l'ensemble du territoire national. Dès lors, le revirement, qui peut en lui-même être facteur d'insécurité, est vécu, de l'intérieur, comme une entorse à la nécessaire stabilité de la jurisprudence, qui ne peut être qu'une exception à un principe de permanence (4) ; la décision de revirement sera donc particulièrement pesée et réfléchie et n'interviendra qu'en cas d'impérieuse nécessité, lorsque les avantages du revirement l'emporteront manifestement sur les inconvénients de ne pas se conformer à la jurisprudence existante (5).

(1) R. Badinter qui, à propos des réformes de la procédure pénale, en dénonçait à la tribune du Sénat vingt-trois majeures en vingt-deux ans, quinze au cours des dix dernières années et dix en quatre ans ! Un dénombrement du même ordre de grandeur pourrait être fait en droit du travail notamment.

(2) Cf. D 2005 Chr. p. 399.

(3) vocabulaire juridique, G. Cornu.

(4) Lorsque j'ai pris mes fonctions à la Cour de cassation, son premier avocat général m'a indiqué qu'il était inutile de demander la

saisine de l'assemblée plénière, même lorsque les conditions légales étaient réunies, si la question avait été tranchée par cette formation depuis moins de dix ans.

(5) Cf. par exemple Ph. Waquet : "...le premier des devoirs du juge est d'éviter les revirements" (SSL n° 1195 20 déc. 2004 p. 11, Les revirements et la Chambre sociale). Cf. également, dans le même sens, G. Gélineau-Larrivet, "Le rôle des revirements de jurisprudence" in "La Cour de cassation et l'élaboration du droit", Economica 2004.

Les causes de ces revirements peuvent être très variées. Parfois elles s'imposent aux juges, si le législateur vient contredire une solution jurisprudentielle (mais est-ce vraiment un revirement ?), ou lorsqu'une décision d'une juridiction qui lui est supérieure (CJCE ou CEDH) s'est prononcée dans un sens différent de celui adopté par la Cour de cassation (6).

Le revirement peut aussi résulter de motifs institutionnels : en cas de "rébellion" des juges du fond qui refusent de s'incliner devant la solution adoptée par une Chambre de la Cour, après cassation, le rôle de l'Assemblée plénière saisie sur nouveau pourvoi sera d'arbitrer entre les positions de cette Chambre et celle de la Cour de renvoi.

La Cour peut encore modifier sa jurisprudence au cas de "résistance" des juges du fond qui font valoir, soutenue par la doctrine, des arguments pertinents à l'encontre de ceux invoqués par elle (7), ou en prenant conscience qu'elle s'est trompée en retenant une interprétation trop littérale au détriment d'un principe d'égalité (8), ou tout simplement en raison des évolutions des mentalités, "*des attentes du corps social, des réalités du terrain*" (9).

Aussi bien aucun de ceux qui se sont prononcés récemment sur le sujet ne condamne les revirements en eux-mêmes, les justifiant au contraire comme étant "*avant tout la manifestation heureuse d'une certaine plasticité – nécessaire – du droit*", considérant qu'à défaut le droit serait entièrement sclérosé (rapport Molfessis § 2-2). Déjà Portalis, qui n'est pas en général considéré comme un dangereux révolutionnaire, écrivait dans son discours préliminaire au Code civil : "*il faut changer, quand la plus funeste de toutes les innovations serait, pour ainsi dire, de ne pas innover*".

Plusieurs Chambres de la Cour de cassation ont elles-mêmes eu l'occasion de considérer que la sécurité juridique ne saurait "*consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, l'évolution de la jurisprudence relevant de l'office du juge dans l'application du droit*" (10).

En réalité, ce ne sont donc pas – au moins en apparence – les revirements qui sont en cause, mais leurs effets.

Bien sûr, il ne s'agit pas de priver de tout effet les revirements, ce qui serait les condamner totalement, mais de différer leur application à des faits nés postérieurement à la date de l'arrêt, bref de contrarier l'effet déclaratif qui s'attache à la plupart des décisions de justice, qui se prononcent nécessairement sur des faits antérieurs à leur prononcé.

Si l'on met à part le groupe de travail animé par le professeur Molfessis qui s'est placé d'un point de vue scientifique et a fourni tous les éléments permettant au lecteur de se faire une opinion personnelle (11), les partenaires sociaux qui se sont exprimés en annexe du rapport Molfessis se classent en deux groupes nettement opposés : les partisans d'un report des effets des arrêts de revirement, c'est-à-dire les représentants des milieux économiques et des employeurs, auxquels il faut adjoindre le groupe de Virville, et les représentants des salariés, cadres y compris, ainsi que des consommateurs, partisans du statu quo.

Est-ce faire preuve de mauvais esprit de penser qu'en dépit de la diversité des situations, ceux qui, dans l'ensemble, sont plutôt favorables aux solutions retenues dans les revirements intervenus, souvent – mais pas toujours – sensibles aux situations des consommateurs, des clients, des salariés, ne voient pas l'utilité de changer la pratique suivie depuis toujours, à la différence des autres, plus préoccupés de prévisions économiques et peut-être désireux de pouvoir disposer du temps nécessaire pour, qu'avant que le revirement ne prenne effet, ils puissent intervenir afin que le législateur prenne, pour l'avenir, le contre-pied de la solution jurisprudentielle retenue. De plus, ce pourra être souvent des actes juridiques élaborés par des entreprises qui seront concernés par les arrêts de revirement, dont elles auraient alors le plus manifeste intérêt à en retarder la mise en cause (11 bis).

(6) Par ex. sur les lois de validation, le revirement opéré par les arrêts Soc. 8 juin 2000, Bull. civ. V n° 225, et 24 avril 2001, Bull. civ. V n° 130, Dr. Ouv. 2003 p. 207 n. YLP, à la suite de l'arrêt *Zielinski et Pradal* de la CEDH du 28 octobre 1999.

(7) A propos des conventions de conversion entraînant rupture du contrat "d'un commun accord" (Soc. 17 juin 1997, Dr. Soc. n° 7/8 p. 694 avec mon avis.

(8) Soc. 30 avril 2002, RJS 7/02 n° 848 et mon avis p. 616 et s., à propos d'une rétractation d'autorisation de licenciement d'un salarié protégé, non assimilée à une annulation.

(9) Rapport de Virville p. 23.

(10) Civ. 1, 21 mars 2000, Bull. civ. I n° 27 ; Civ. 3, 2 oct. 2002, Bull. civ. II n° 200 ; Soc. 7 janv. 2003 ; Civ. 2, 8 juillet 2004, cf. rapport Molfessis note 16.

(11) Ce rapport a été plutôt bien reçu par les commentateurs, le doyen Waquet l'a même qualifié de "remarquable" (SSL n° 1195 p. 10 précité), tout en critiquant certaines de ses propositions. A l'inverse, au moins un autre auteur, après avoir reconnu quelques apports positifs dans ce rapport, n'a pas de mots assez durs pour le vouer aux gémonies (P. Sargos, Dr. Soc. 2005 p. 124, cf. *infra* notes nos 22 et 23).

(11 bis) En ce sens, R. Encinas de Munagorri, RTDC 2005, avril-juin 2005 p. 83.

Après avoir rappelé les préconisations – finalement assez modestes – du rapport Molfessis, il conviendra de porter une appréciation critique sur le principe même de traiter différemment les arrêts de revirement des autres décisions de justice.

■ I. Les préconisations du rapport Molfessis ■

Mandaté par le Premier président de la Cour de cassation, le groupe de travail animé par le professeur Molfessis ne s'est pas contenté de réflexions générales et d'apports de droit comparé, il a formulé des propositions concrètes, qui peuvent se résumer à cinq :

1) La première difficulté à laquelle a été confronté le groupe de travail concerne la définition même du revirement. Si elle est assez facile à formuler (cf. *supra*), la notion est beaucoup plus difficile à cerner. Elle est même tellement imprécise et floue que le rapport y consacre un chapitre entier (§ 3), intitulé "*La question du repérage des revirements de jurisprudence*", et un autre développement sur "*L'hétérogénéité des revirements de jurisprudence*" (§ 2-3). Sa conclusion pragmatique et sage consiste à suggérer qu'il appartient à la Cour de cassation elle-même de décider, au cas par cas, s'il y a revirement ou non, et d'afficher, de façon expresse, sa décision sur ce point par une lettre ou un sigle.

2) De façon toute aussi pertinente, selon moi, le rapport considère que, dans le principe, la rétroactivité qui s'attache aux décisions de revirement, comme à la plupart des décisions de justice, doit subsister (§ 2-3, 2-5-5).

Le rapport constate en effet que la plupart des revirements sont sans conséquence sur les anticipations des justiciables et en donne de multiples exemples.

De plus, il estime qu'il convient "*de rechercher s'il existe une disproportion manifeste entre les avantages attachés à la rétroactivité normale du revirement et les inconvénients qu'emporterait cette rétroactivité sur la situation du justiciable*" (§ 2-5-5), ou bien que soit "*mis en évidence un impérieux motif d'intérêt général qui justifierait l'exception apportée à la règle générale de rétroactivité*".

Ainsi, en dehors de ces cas très exceptionnels, la règle de la rétroactivité devrait être maintenue.

3) Précisément – et c'est l'apport essentiel du rapport – la commission Molfessis préconise qu'à titre exceptionnel, la Cour de cassation puisse décider, au cas par cas, de différer dans le temps les effets du revirement, qu'elle aura préalablement considéré comme tel.

Elle met en avant pour justifier cette innovation la sécurité juridique, l'anticipation légitime du justiciable qui serait déjouée par la rétroactivité, l'injustice de certaines situations provoquées par cette rétroactivité.

Elle propose que les revirements et la décision d'en différer exceptionnellement les effets, ne puissent émaner que des formations supérieures de la Cour (assemblée plénière, chambre mixte, plénière de chambre), ce qui est pratiquement la situation actuelle ; un revirement serait impensable par une formation de section de Chambre à trois magistrats. Cependant certaines Chambres, n'utilisant guère la formation plénière, qui n'est prévue par aucun texte, peuvent décider sans inconvénient d'un revirement dans la formation dite maintenant "spéciale" (F.S.) à cinq, magistrats au moins, sous la présidence du président de la Chambre.

4) Une autre innovation suggérée consiste à introduire un débat contradictoire, à l'initiative de la formation de jugement, sur les effets de l'éventuel revirement.

Sans doute rien ne s'oppose d'ores et déjà à ce que le mémoire en défense fasse valoir tous les arguments d'opportunité pour combattre la demande de renversement de jurisprudence formulée dans le mémoire ampliatif en insistant sur les effets de ce revirement demandé, et dans un mémoire en réponse le demandeur peut répliquer à son adversaire et s'opposer à ses arguments.

Cependant, le débat ne portera que sur le principe du revirement, éventuellement sur les inconvénients de sa rétroactivité, mais pas sur l'éventualité de la modulation de ses effets.

De plus, un certain nombre de revirements proviennent de l'initiative de la Cour.

Le débat contradictoire sur le point précis des effets du revirement envisagé serait un apport intéressant, si le principe en était admis.

De même est-il proposé un élargissement du débat au-delà des parties, du fait des effets *erga omnes* de certains revirements, sans pour autant que, précédemment, d'autres parties soient mises en cause (audition d'un *amicus curiae*, interrogation des représentants des groupements concernés par l'avocat général en charge de l'affaire). Cette suggestion pose d'autant moins de problème qu'elle a été mise en œuvre à plusieurs reprises (au moins pour ce qui est des interventions des avocats généraux), devant plusieurs formations de la Cour.

5) Enfin la commission Molfessis considère que, au cas où, à titre exceptionnel, la Cour déciderait que le

revirement doit avoir un effet différé, cette décision s'imposerait à tous, y compris à la partie à qui le revirement aurait dû bénéficier... et qui n'en bénéficierait pas.

Les auteurs du rapport expliquent qu'ils ont retenu cette solution en dépit des inconvénients évidents qu'elle présente (cf. infra), "pour des raisons de politique juridique" (§ 2-5-7) : faire bénéficier le revirement à la partie qui l'a obtenu obligerait la Cour à rendre un arrêt de règlement qui prévoirait trois situations différentes :

– pour l'affaire jugée (et les affaires en cours) ce serait la solution nouvelle qui s'appliquerait ;

– pour les faits antérieurs à la décision, du fait de la modulation dans le temps appliquée à ce revirement, ce serait la situation ancienne qui subsisterait ;

– pour les faits postérieurs à l'arrêt de revirement, ce serait la situation nouvelle qui s'imposerait.

Comme le relève le rapport, "outre la complexité d'un tel schéma, celui-ci consisterait, de la part du juge, à faire bien plus que la loi, puisqu'il mettrait en œuvre une solution nouvelle avant de la paralyser".

Si cette solution a été, à juste titre, rejetée pas la Commission, celle qu'elle préconise apparaît, elle aussi, difficilement acceptable.

■ II. Faut-il traiter différemment les arrêts de revirement ■ des autres décisions de justice ?

Il serait vain de nier que l'effet rétroactif de la plupart des décisions de justice appliqué à certains revirements de jurisprudence peut présenter de sérieux inconvénients. Mais ce problème a été identifié depuis longtemps et le nombre de cas où il pourrait être justifié de différer les effets de ces revirements semble extrêmement restreint. De plus, certaines des solutions préconisées présentent de très sérieux inconvénients, de sorte que le remède peut apparaître pire que le mal. Enfin, l'offensive actuelle, qui va sans doute bien au-delà du problème restreint des effets des revirements de jurisprudence – offensive à laquelle répond peut-être la création de la commission Molfessis, pour tenter de l'endiguer – concerne sans doute l'aléa juridique en général et l'hostilité de certains à l'égard du pouvoir des juges.

1) Il n'est pas douteux qu'appliquer à des justiciables une règle ou un principe juridique qu'ils ignoraient au moment où ils ont agi n'est guère satisfaisant et peut conduire à des injustices. De même, comment ne pas souscrire au souhait de prévisibilité de la règle de droit, qui doit permettre des anticipations légitimes du justiciable.

Ces principes ont été identifiés depuis longtemps : déjà Roubier en 1929 s'interrogeait sur "les conflits entre des jurisprudences successives" et citait Tronchet – dont il critiquait le manque de réalisme – qui, invoquant l'autorité relative de la chose jugée, considérait que "ce que les arrêts ont admis, d'autres peuvent les rejeter ; donc il n'y a pas de changement dans la règle de droit, il y a seulement des divergences entre les solutions des interprètes".

Si dans la doctrine moderne le professeur Mouly (12) s'est prononcé pour "un revirement pour l'avenir" et

l'application de l'article 2 du Code civil, le professeur J. Rivero, au contraire, considère que "la sécurité juridique se trouve ici nécessairement sacrifiée au progrès présumé du droit" (13).

Le rapport Molfessis, on l'a vu, se situe, en quelque sorte, entre ces deux positions, préconisant qu'au cas par cas, une pesée des avantages et des inconvénients de la rétroactivité de principe, soit effectuée afin de ne retenir l'exception de la non-rétroactivité qu'en cas d'impérieux motifs d'intérêt général.

2) A l'appui de sa proposition, le rapport invoque le droit comparé et notamment des décisions – déjà anciennes – des deux Cours européennes de Luxembourg et Strasbourg. Il convient cependant d'avoir présent à l'esprit que, spécialement les arrêts invoqués de la CJCE, ont une portée bien différente des décisions de juridiction nationale lorsque, statuant en interprétation du traité, leurs décisions, dit-on, s'intègrent au traité et ont une valeur normative *erga omnes* indiscutable (ce qui est le cas de l'arrêt *Mlle Defresne c/ Sabena* du 8 avril 1976, souvent cité, qui n'en rappelle pas moins que la rétroactivité est le principe et que ce n'est qu'à titre "tout à fait exceptionnel", s'il y a "un risque de répercussions économiques graves", que des "considérations impérieuses de sécurité juridique" peuvent justifier "une limitation des effets de l'arrêt").

De même, lorsque la CJCE prononce l'annulation d'un acte communautaire et décide d'en limiter les effets pour l'avenir (14), elle statue davantage comme une juridiction administrative que judiciaire et n'opère pas un revirement proprement dit (15).

(12) in "L'image doctrinale de la Cour de cassation", 1994, La Documentation française.

(13) Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle, AJDA 1968-15.

(14) 3 juillet 1986 *Conseil c/ Parlement*, aff. 34/86, Rec. p. 2155.

(15) Le rapport invoque également le récent arrêt du Conseil d'Etat (11 mai 2004, "AC !") qui innove en décidant que l'annulation de l'acte d'agrément d'une convention d'assurance chômage qu'il prononce ne produira exceptionnellement effet qu'à compter d'une date qu'il fixe, car l'illégalité n'était que

En tout cas, MM. Puissechot, juge à la CJCE, et Legal, juge au Tribunal de première instance des Communautés européennes, considèrent qu'avec cette jurisprudence l'on a *"affaire à un principe utile dans le contentieux communautaire qui doit être mis en œuvre, en tant que principe général par les juridictions des Etats membres dans le cadre de leur contrôle de l'application du droit communautaire, mais qui n'impose pas de leur part – s'agissant en tout cas des juridictions françaises – des modifications sensibles de leurs raisonnements et de leurs méthodes"* (16).

Sans doute la CEDH a-t-elle admis que le principe de sécurité juridique est *"nécessairement inhérent au droit de la convention comme au droit communautaire"* (17) et la Cour fédérale de Karlsruhe admet exceptionnellement de déroger au principe de rétroactivité pour tenir compte de la sécurité juridique, mais prend en considération le fait que la question était controversée en doctrine ou en jurisprudence pour maintenir le principe. Il semble que les Cours suprêmes de certains Etats des Etats-Unis se prononcent dans le même sens.

L'on ne peut en tout cas pas considérer que la France soit totalement isolée.

3) Il reste que parmi les propositions formulées, l'une d'entre elles fait réellement difficulté. Si le rapport est convaincant lorsqu'il montre les difficultés qu'entraînerait un traitement différent de la partie qui a obtenu le revirement, qui pourrait en bénéficier avec effet rétroactif, alors que seuls les faits postérieurs à l'arrêt de revirement pourraient lui être soumis, en revanche il ne l'est guère lorsqu'il tente de justifier le fait que cette partie *"bénéficiaire"* ne pourrait pas obtenir l'exécution de l'arrêt à son profit.

L'on ne peut s'attarder à l'argument dit de *"l'épuisement des pouvoirs"* (pourquoi soutenir une thèse contraire à la jurisprudence dominante puisque, même si l'on obtient satisfaction, l'on ne pourra pas en tirer bénéfice?) : les plaideurs institutionnels auraient malgré tout intérêt à agir pour l'avenir et ils pourraient s'efforcer de convaincre la Cour que, dans leur affaire, l'effet rétroactif doit s'appliquer. Cependant il convient d'observer, pour le moins, que l'effet différé du revirement ne favorise guère l'évolution du droit.

En revanche, deux autres arguments condamnent à mes yeux la solution préconisée par le rapport :

– la première est d'ordre pratique et de bon sens : comment expliquer à un justiciable que la Cour adopte la thèse qu'il a soutenue, mais lui donne néanmoins tort ; comment justifier le fait que le juge abandonne une

solution juridique au profit d'une autre qu'il estime par hypothèse meilleure que la précédente et que, néanmoins, il retarde cette solution préférable pendant le long délai qui va s'écouler entre le revirement et la solution des litiges nés postérieurement à celui-ci : le revirement se trouve ainsi vidé d'une partie de son intérêt. De plus, des solutions divergentes des juges du fond sont à craindre pendant ce délai (18) ;

– le second argument est de principe et concerne l'office du juge. Il me paraît incontournable. Il est ainsi lumineusement énoncé par le professeur Rivero (19) : *"...la technique de création ou de modification de la norme par le juge... suppose nécessairement l'application de la norme nouvelle aux données – évidemment antérieures – qui fournissent l'occasion de l'énoncer. On ne saurait concevoir, en effet, une dissociation entre création et application. Le juge ne peut, dans un seul et même arrêt, formuler une règle nouvelle et appliquer, à la solution de l'espèce, la règle antérieure, car la seule justification de son pouvoir normatif réside précisément dans la nécessité où il se trouve de donner, à la décision qu'il va prendre, le fondement d'une règle générale. Il y a là une différence essentielle entre l'édition de la règle par l'autorité législative ou réglementaire et son élaboration jurisprudentielle, notamment lorsqu'il s'agit de substituer une règle à celle qui s'appliquait antérieurement."*

4) Le rapport Molfessis insiste, ainsi qu'il a été déjà dit, sur le caractère d'exception des situations où le revirement ne devrait recevoir application que pour l'avenir. Mais ces exceptions devraient être si rares qu'il est permis de se demander si elles méritent que l'on s'y arrête.

En effet, si le rapport ne publie pas de statistiques – le caractère flou de la notion de revirement souligné par le document (cf. *supra*) rendant cette statistique difficile à établir – il est manifeste, pour tout observateur de la jurisprudence de la Cour de cassation, que les revirements sont peu fréquents (cf. *supra*) et que ceux de nature à méconnaître les anticipations légitimes des justiciables le sont plus encore. Mais, parmi ceux-ci, les hypothèses où la formation de jugement déciderait de retenir – à titre exceptionnel – le principe de non rétroactivité de sa décision, me semble devoir être rarissimes.

A cet égard, les exemples emblématiques qui ont été donnés pour justifier l'introduction de ce principe de non rétroactivité apparaissent peu convaincants.

Si l'on raisonne sur le revirement concernant l'obligation d'introduire une contrepartie financière dans les clauses de non concurrence figurant dans les contrats de travail (Soc. 10 juillet 2002), il aurait été aisé à la Chambre de faire

procédurale et non de fond et les conséquences financières de l'annulation normalement rétroactive auraient été "manifestement excessives" (cf. *infra* II 5).

(16) Cahier du Conseil constitutionnel n° 11.

(17) 13 juin 1979, *Marckx*, série A, n° 31.

(18) cf. Ph. Waquet, précité p. 10 ; MM. Stahl et Courrèges, "Note à l'attention de M. le Président de la section du contentieux du Conseil d'Etat, rapport sur les revirements de jurisprudence", T. II, deuxième partie, rapports annexes p. 87 et s.

(19) AJDA 1968-15, précité.

valoir qu'il s'agissait d'une jurisprudence depuis longtemps critiqué en doctrine (20) et que les acteurs sociaux introduisaient fréquemment dans les conventions collectives ou dans les contrats une contrepartie à l'interdiction de faire concurrence à son ancien employeur. Ainsi les employeurs avisés et prudents – en l'espèce un grand nombre semble-t-il – ne risquaient-ils pas d'être surpris par le revirement de jurisprudence. Il est donc contestable de considérer, comme le fait le rapport, que ce revirement de jurisprudence "*méconnaît les prévisions raisonnables*" de l'employeur.

De plus, comme l'a souligné la Chambre sociale elle-même, en réponse à un moyen contestant l'application rétroactive de la jurisprudence du 10 juillet 2002, "*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 qu'elle doit donc être "*d'application immédiate*" (21).

Il va de soi qu'il ne peut y avoir un "*impérieux motif d'intérêt général qui justifierait l'exception apportée à la règle générale de rétroactivité*" (cf. *supra* 1-2) lorsqu'une liberté fondamentale est en jeu, comme en l'espèce, et il aurait été souhaitable que le rapport le dise expressément (22). P. Sargos fait valoir aussi, avec pertinence (23), que le même raisonnement doit s'appliquer pour justifier la rétroactivité du fameux arrêt relatif à l'obligation d'information du médecin vis-à-vis de son patient qui "*trouve son fondement dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine*" (24).

5) Même si l'on ne tenait pas compte de l'office du juge qui lui interdit de "*formuler une règle nouvelle et d'appliquer, à la solution de l'espèce, la règle ancienne*" (cf. J. Rivero, *supra*), et si, au cas par cas, le juge mettait en balance, d'une part la sécurité juridique et les anticipations légitimes des parties, d'autre part les impérieux motifs d'intérêt général qui sont à l'origine du revirement et qui justifient la rétroactivité (comme ils justifient la loi de validation et l'ingérence du législateur dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement

judiciaire du litige, selon la jurisprudence *Zielinski et Pradal* de la CEDH du 28 oct. 1999, précité, entériné par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 24 janvier 2003), l'on peinerait à trouver un nombre significatif de cas de revirements qu'il conviendrait, à titre exceptionnel, de priver de leur effet rétroactif.

Néanmoins, il y a lieu de citer l'arrêt mentionné dans le rapport (25) qui opère un revirement de jurisprudence quant au régime de prescription applicable, donne tort à la Cour d'appel, mais refuse de casser car "*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 CEDH*". De plus, il y aurait lieu peut-être de faire une place à part pour les décisions portant annulation d'un acte réglementaire à portée générale, qui a déjà produit des effets dont les conséquences peuvent être manifestement excessives au regard des motifs qui sont à l'origine de l'annulation (cf. arrêt "AC !" du Conseil d'Etat du 11 mai 2004, précité ; l'on peut penser aussi à certaines annulations d'accords collectifs en droit du travail). Mais dans ces hypothèses, ce sont les effets de l'annulation qui sont reportés dans le temps et non pas celui d'un éventuel revirement.

En considération du très petit nombre de cas dans lesquels les propositions du rapport Molfessis devraient trouver raisonnablement à s'appliquer, peut-on considérer qu'en définitive il y a eu "*beaucoup de bruits pour peu de chose*" ?

Doit-on même considérer avec une fois encore le professeur J. Rivero que la rétroactivité des décisions de justice constitue un "grincement" qui est la conséquence inévitable de la fonction normative de la jurisprudence (26) ?

Faut-il dans ces conditions estimer qu'après tout, s'il ne s'agit que de mettre au compte goutte un peu d'huile dans les rouages pour atténuer les grincements, pourquoi pas ?

D'autant que de tout temps les revirements ont été précédés de travaux approfondis du rapporteur et/ou de l'avocat général, le plus souvent publiés ; ces travaux portent presque toujours sur les conséquences d'un tel revirement et sont parfois précédés de consultations externes dont l'avocat général prend l'initiative (27).

(20) cf. par ex. Précis Dalloz de droit du travail, 14^e éd. 1988 n° 349 et les auteurs cités.

(21) Soc. 17 décembre 2004, reproduite ci-après en p. 149.

(22) En ce sens P. Sargos, Dr. Soc. 2005 p. 124, "L'horreur économique dans la relation de droit"

(23) En dépit des excès de plume, qui lui sont familiers et qui le conduisent à écrire que "c'est la même "cécité", ou "l'hémiplégie de la pensée", peut-être plus grave, sur les valeurs fondamentales de la personne humaine, qui frappe les auteurs du rapport lorsqu'ils mettent en exergue, pour critiquer la rétroactivité d'un revirement jurisprudentiel, un arrêt du 9 octobre 2001"...

(24) Civ. 1, 9 oct. 2001, Bull. civ. I n° 249.

(25) Civ. 2, 8 juillet 2004, D. 2004 p. 2956.

(26) "Au fond, il y a un contraste évident entre la technique du jugement et la fonction de création d'une règle générale qu'elle

assure. Ce n'est pas en vue de cette fin qu'elle a été conçue ; comme tout mécanisme auquel on demande un service autre que celui qu'il doit normalement assurer, elle grince lorsqu'elle sert, à travers le litige particulier qu'elle est faite pour trancher, à l'édiction d'une règle générale. La rétroactivité est l'un de ces grincements", J. Rivero, art. précité.

(27) Ainsi, lorsqu'il a été envisagé de substituer le plafond 13 au plafond 4, accroissant notablement le montant de la garantie de l'AGS et par la même le sort des salariés face à l'insolvabilité de l'employeur, l'avocat général, après avoir justifié en droit le revirement proposé, n'a pas manqué de se faire communiquer le budget de la Caisse de garantie et d'interroger le ministère du Travail et le médiateur de la République pour justifier en opportunité la nouvelle interprétation des textes (Soc. 15 déc. 1998, avec mon avis dans Dr. Soc. 1999 p. 152 et Dr. Ouv. 1999 p. 54).

Y a-t-il lieu néanmoins de manifester quelques inquiétudes devant l'offensive actuelle ?

Elles seraient justifiées d'abord par le domaine de son application : le rapport Molfessis ne porte que sur les revirements de jurisprudence, mais il relève, ainsi qu'il a été dit, le flou qui entoure cette notion, d'où l'incertitude sur l'interprétation plus ou moins étendue que chaque formation juridictionnelle fera, au cas par cas. Mais, de plus, il sera sans doute difficile de cantonner à cette hypothèse les propositions que contient ce rapport, dont on a vu qu'elle devait être exceptionnelle et rarissime. En effet, l'incertitude existe tout autant en cas d'application de textes nouveaux (28) ou lorsque la Cour doit se prononcer pour la première fois sur une question nouvelle.

Le Medef, dans sa contribution annexée au rapport Molfessis, fait cette assimilation.

Le champ de l'exception à la rétroactivité normale de la décision de justice se trouverait aussi considérablement agrandi.

De plus, n'assiste-t-on pas à une manifestation d'hostilité non expressément formulée à l'égard de l'aléa judiciaire en général et de l'excès de la place prise par le juge dans la cité ?

A défaut de pouvoir empêcher les juges de juger, ne voudrait-on pas contenir davantage leur velléité d'innover, pourtant bien modeste, en pesant davantage sur leurs décisions ?

N'a-t-on pas entendu un ministre de la République – en des termes surprenants – confondre les pouvoirs des juges et ceux du législateur et sembler méconnaître que les premiers interprètent seuls la loi jusqu'à ce que le Parlement la modifie pour l'avenir (29) ?

Pierre Lyon-Caen

(28) Par ex. la loi du 27 janv. 1993 qui a donné lieu aux premiers arrêts d'interprétation *Everite, Soc.* 17 mai 1995 et mon avis dans les revues *Dr. Soc.* 1995 p. 574 et *Dr. Ouv.* 1995 p.286, et *Samaritaine, Soc.* 13 fév. 1997, *Bull. civ. V* n° 64, *Dr. Ouv.* 1997 p. 94.

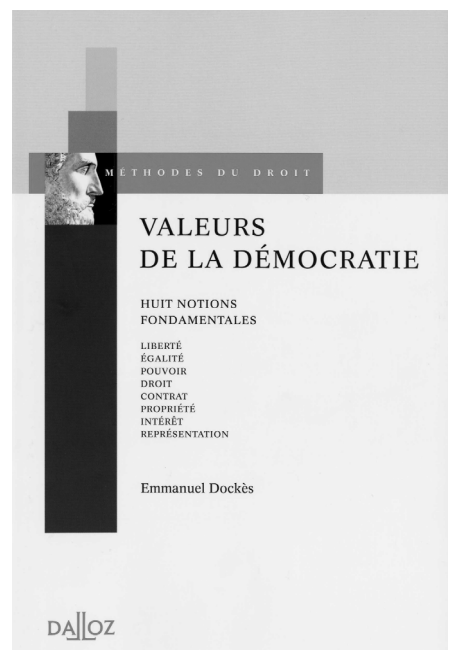
(29) "Nous avons une lecture salafiste du Code de travail, comme s'il était intouchable, définitivement ininterprétable, sauf par les seuls oulémas de la Cour de cassation", Gérard Larcher, ministre délégué au Travail (*Le Monde* 18 mars 2005) : Les oulémas sont

définis habituellement comme des docteurs de la loi chez les musulmans. Selon l'encyclopédia Universalis, on a eu tendance à exagérer leur pouvoir, et dans l'esprit des musulmans ils sont devenus le symbole d'un conservatisme plutôt rétrograde et, dans l'esprit de leurs adversaires modernistes, les tenants d'une politique de refus catégorique de toute évolution intellectuelle et sociale en Occident. Bref, il n'est pas certain que le ministre ait voulu se montrer très flatteur à l'égard des magistrats de la Cour !

Ce livre traite des valeurs et du droit. Dans un premier temps, il étudie les deux valeurs qui fondent la démocratie : la liberté et l'égalité. Au-delà de l'amoncellement des textes et des décisions de justices, il mesure l'impact juridique de ces valeurs. Il montre aussi qu'en principe le pouvoir porte atteinte à la liberté comme à l'égalité. Une certaine aversion pour le pouvoir apparaît alors comme le cœur même de l'idéal démocratique. Dans un deuxième temps, ce livre étudie le moyen privilégié de toute réduction du pouvoir, à savoir le droit lui-même. Enfin, les notions sur lesquelles s'appuient les légitimations traditionnelles du pouvoir sont successivement approfondies. Sont alors étudiées les notions de "contrat", de "propriété", "d'intérêt" et de "représentation".

A la lecture de ce livre, il apparaît clairement que le droit trouve son sens et sa valeur lorsqu'il s'efforce de limiter les pouvoirs publics et privés. Et l'on comprend peu à peu que la clef d'une démocratie plus intense, plus aboutie, est bien dans la meilleure réduction, par le droit, de ces pouvoirs.

Cet ouvrage a fait l'objet d'un commentaire bibliographique par Emmanuel Gayat au Droit Ouvrier 2005 p. 47



E. Dockès, *Valeurs de la démocratie. Essai sur huit notions fondamentales*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2005. 28 €. A commander en librairie.