**Fert Priscillia**

**Akel Sarah**

**Henrion Benjamin**

**Menchon Pauline**

**LES REVIREMENTS DE JURISPRUDENCE EN MATIERE SOCIALE**

Montesquieu, éminent penseur politique du siècle des Lumières, aimait à dire que le juge était « la bouche de la loi ». Face aux dangers que les arrêts de règlements avaient représentés pour le pouvoir royal au XVIII ème siècle, les philosophes des Lumières en particulier ont soutenu que le pouvoir du juge pouvait être dangereux et qu’il fallait le limiter. Ce fut chose faite au lendemain de la Révolution, le pouvoir judiciaire étant restreint à une simple autorité. Ce rôle passif dans l’application de la loi a évolué en moins de deux siècles, les guerres mondiales et les atrocités de la guerre ont prouvé que la loi, bien qu’émanation de la souveraineté de la Nation en théorie, pouvait être oppressive, ou plus simplement injuste. A partir de là, un rôle actif du juge a pris de l’ampleur et ce phénomène se corrobore avec l’inflation législative contemporaine et les dérives inhérentes. Ainsi, la loi peut paraître obscure, incomplète voire même dénuée d’intérêt juridique ou de pouvoir normatif telles les lois mémorielles. A l’exception de ces dernières, les lois incomplètes, témoins d’une certaine incompétence législative doivent faire l’objet d’une interprétation, voire même d’un complément. Ces lacunes emportent une insécurité juridique patente, les zones d’ombre porteuses d’incertitudes plaçant les justiciables dans un flou juridique préjudiciable A défaut de loi interprétative, ce qui est rare, tant le processus législatif est complexifié par les résurgences politiques, c’est au juge qu’il revient de venir au secours de la loi. Comme l’affirme le professeur Antoine Mazeaud[[1]](#footnote--1)**,** « *le juge, ce médecin des lois, dissipe l’insécurité, en révélant si violence a été faite à la loi. Il tranche. Il coupe. Il opère. »* Par conséquent, on peut conférer un certain pouvoir normatif au juge qui, dans ses décisions, apportera tel éclaircissement à la loi obscure et sera susceptible d’imposer cette interprétation à chaque litige similaire qui lui sera soumis. C’est donc au travers de sa jurisprudence que le juge apportera sa contribution personnelle à l’état du droit.

Selon Gérard Cornu dans le Vocabulaire juridique, la jurisprudence est « *l’ensemble des solutions apportées par les décisions de justice dans l’application du Droit notamment dans l’interprétation de la loi quand celle-ci est obscure ou même dans la création du Droit quand il faut compléter la loi, suppléer une règle qui fait défaut*». Si l’œuvre normative des tribunaux est acquise en doctrine, il n’en demeure pas moins que le procès de l’insécurité juridique fait à la loi se décline également pour la jurisprudence et particulièrement en matière sociale.

Il est acquis que le Droit est là pour régler les litiges, les divergences d’intérêts entre les justiciables, qu’ils soient des personnes morales ou des personnes privées. Justice doit être rendue mais, à défaut d’une égalité pure, les justiciables ont besoin d’une sécurité juridique. Pour répondre à ce besoin, il est nécessaire voire impératif que le Droit soit prévisible et compréhensif. S’il est admis que la jurisprudence contribue à rendre la loi prévisible et compréhensible notamment en en délivrant une interprétation logique, il faut analyser le rôle de la jurisprudence en matière sociale, dans les relations de travail. Sans tomber dans l’analyse marxiste de la lutte des classes telle qu’elle est conçue par Karl Marx et Friedrich Engels dans le *Manifeste du Parti communiste*, les relations de travail se définissent par la confrontation de deux intérêts distincts, respectivement ceux de l’employeur et ceux du salarié qui fournit sa force de travail en contrepartie d’une rémunération. Ce type de relation est l’une des relations les plus importantes, si ce n’est la plus vitale, que les acteurs économiques et sociaux entretiennent entre eux. C’est principalement sur cette relation que s’est construite la société contemporaine et le Droit est nécessairement intervenu. Plus précisément, la loi, œuvre des majorités parlementaires et du gouvernement dans une certaine mesure, est censée posséder un rôle majeur. Face aux enjeux inhérents à la relation de travail tant aux niveaux macro-économique, micro-économique qu’individuel, la loi doit être la plus complète possible. Mais, comme il a été exposé précédemment, l’évolution législative a donné au juge un pouvoir important en matière normative et c’est avec raison que beaucoup auteurs soutiennent que le droit social est un droit principalement jurisprudentiel.

Face aux imperfections et obscurités de la loi, le juge doit donner un sens et, comme l’affirme le professeur Mazeaud, *« une société sans sens est une société de non-droit*». Le juge a donc la lourde tâche de trouver une solution juridique au problème qui lui est soumis en prenant en compte non seulement le contenu normatif de la loi, mais aussi, et surtout, les intérêts de chacun ainsi que le cadre économique et social contemporain au litige soumis. En bref, le juge est relativement soumis aux circonstances de fait et au contexte économique encadrant le litige en cours et, alors qu’il pouvait donner une certaine interprétation de la loi sur tel litige, il peut être amené à changer d’opinion, se détachant de la ratio legis pour interpréter différemment la loi et donner une solution différente, voire parfois contraire à celle qu’il avait fournie jusque-là. Le juge procède ainsi à un revirement de jurisprudence. Ceci peut se définir, selon le dictionnaire juridique de Gérard Cornu comme « *l’abandon par les tribunaux eux-mêmes d’une solution qu’ils avaient jusqu’alors admise*» ou autrement dit le «*renversement de tendance dans la manière de juger*».

On doit limiter l’étude de ces revirements aux seules décisions de la chambre sociale de la Cour de cassation, celle-ci jugeant uniquement en droit et non en fait, comme le font les juges du fond à l’instar des Conseils de Prud’hommes et la Cour d’appel. Ces-derniers peuvent nécessairement changer d’interprétation de la loi compte tenu des circonstances de fait qu’ils étudient et qui peuvent justifier un tel inversement des solutions. A contrario, la chambre sociale de la Cour de cassation doit donner une interprétation claire de la loi sociale afin de conformer au mieux le litige soumis aux prescriptions législatives. Mais, elle n’est pas à l’abri des fluctuations économiques et sociales ainsi que des changements de rapports de force qui peuvent également justifier un changement d’interprétation, changement qu’elle peut éclairer par le biais des communiqués de presse par exemple.

En tant que juge du droit, la portée de ses décisions est éminemment plus importante, à la limite de celle des arrêts de règlement. Un arrêt de règlement peut être défini comme une décision solennelle et de portée générale d’un tribunal ou d’une cour souveraine s’imposant aux juridictions inférieures. Ceci est explicitement prohibé par l’article 5 du code civil qui dispose qu’ « il est défendu aux juges de se prononcer par voie de disposition générale et règlementaire sur les causes qui leur sont soumises ». Si la prohibition des arrêts de règlement est légalement affirmée, il n’en demeure pas moins que les décisions de la Cour de cassation ont une portée non moins intéressante. On se doit d’appliquer le principe en droit français selon lequel « ce qui n’est pas interdit par la loi est permis ». Par conséquent, si les décisions rendues par la Cour de cassation ne doivent pas bouleverser l’ordre juridique en ayant une portée normative règlementaire à l’image des arrêts de règlement, l’interprétation qu’elle donne de la loi est susceptible de s’appliquer rétroactivement, c’est-à-dire que son interprétation aura des conséquences sur des faits antérieurs. L’interprétation de la loi étant de l’essence même du juge, celle-ci s’effectue ab initio, comme si la loi devait depuis son entrée en vigueur s’appliquer de la façon dont la Cour de cassation l’a indiqué. Ainsi Jean Rivero[[2]](#footnote-0) affirmait que la rétroactivité était de l’essence même de la règle jurisprudentielle. En effet, il déclare que *« dans la mesure où le juge procède ainsi, en vertu de son pouvoir normatif, à une modification de la règle antérieure, la règle nouvelle va produire effet, non à partir du jugement, dont le prononcé lui confère l’existence, mais à l’égard des faits ou des actes sur lesquels il statue. […] Il y a donc bien rétroactivité de la règle jurisprudentielle […] »*

En clair, l’état du droit n’est bouleversé que dans la mesure où le contentieux est porté devant la Cour de cassation, le changement d’interprétation ne pouvant s’appliquer au-delà de ses propres décisions. Objectivement, cela peut provoquer certains troubles pour les justiciables qui ne s’attendaient pas à ce que l’interprétation de la loi change, bien que la jurisprudence est nécessairement évolutive. On peut imaginer, à titre d’exemple, la surprise de la société MSAS cargo international qui, au terme d’un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 10 juillet 2002, s’est vu annuler la clause de non concurrence qu’elle avait stipulée dans le contrat de travail au motif qu’elle ne comportait pas de contrepartie financière pour le salarié. La rétroactivité des revirements de jurisprudence pose donc des difficultés au regard de la sécurité juridique.

**Dans ces circonstances, comment concilier la nécessité des revirements de jurisprudence avec l’impératif de sécurité juridique en matière sociale ?**

Face à ces problèmes, un groupe de travail, à la demande de Guy Canivet, premier président de la Cour de cassation à l’époque, dirigé par Nicolas Molfessis, professeur de Droit privé à l’Université de Paris II Panthéon-Assas, a tenté de trouver les solutions pour résoudre les difficultés posées dans un rapport. Ce rapport a été remis le 30 novembre 2004 et dégage des solutions pour assurer la sécurité juridique des justiciables.

Si les revirements de jurisprudence sont, pour reprendre une expression de Nicolas Machiavel, un mal nécessaire (I), des remèdes ont été trouvés pour combattre l’insécurité juridique naissant de ces revirements (II).

1. **Les revirements de jurisprudence, un mal nécessaire.**

Il est impératif de distinguer les revirements, manifestation de la vie du droit (A), de leurs effets parfois néfastes (B).

**A) La nécessité d'adapter le droit social à travers les revirements de jurisprudence.**

Selon Yves Chartier[[3]](#footnote-1), «Les revirements font partie de la Cour de cassation, comme d'ailleurs des autres juridictions. Une jurisprudence qui ne se modifie pas est souvent aussi une jurisprudence qui se dessèche. »

1. ***Les avantages d'une jurisprudence évolutive***

Les carences de la loi et la lenteur du processus législatif face à des situations de fait en mutation permanente font de la jurisprudence et de son évolution un outil majeur d'adaptation du droit. Ce constat est d'autant plus important en droit social, puisqu'il s'agit par exemple de trouver une issue à des conflits collectifs le plus rapidement possible ou concernant des droits à caractère alimentaire.

Les changements de jurisprudence ont ainsi de nombreux avantages et sont l'expression de la souplesse nécessaire du droit. La CEDH elle même l'a reconnu dans un arrêt *Legrand c. France* du 26 mai 2001 par lequel elle considère que « les exigences de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime des justiciables ne consacrent pas de droit acquis à une jurisprudence constante.»

Cette idée a été reprise dans un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 25 juin 2003 qui affirme que « la sécurité juridique 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 ».

Si la loi ne reconnaît pas de manière explicite le rôle de la jurisprudence quant à son application et son adaptation, et même de manière plus générale son pouvoir créateur, la doctrine et les juges ont compris que la jurisprudence était naturellement fluctuante, compte tenu des éléments de fait qui lui étaient soumis et des changements de circonstances économiques et sociales qui pouvaient survenir en arrière-plan. On a en a déduit la nécessité de procéder à des revirements.

1. ***Exemples de revirements nécessaires***

Un premier exemple de l'utilité des revirements de jurisprudence peut être donné à travers la question des clauses de non-concurrence insérées dans les contrats de travail par de nombreux employeurs. Ces dernières interdisent aux salariés d'exercer une activité professionnelle concurrente susceptible de porter préjudice à l’employeur, après la rupture de leur contrat de travail. Leur validité est soumise à plusieurs conditions cumulatives : elles doivent être indispensables à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, être limitée dans le temps et dans l'espace, et tenir compte des spécificités de l'emploi du salarié. L'obligation d'une contrepartie financière ne figurait pas dans cette liste des conditions cumulatives pour la validité des clauses de non concurrence.

Malgré l'usage assez répandu qui voulait que beaucoup de ces clauses fassent néanmoins l'objet de telles contreparties, l'intervention du législateur était sollicitée afin de faire de la contrepartie financière une condition de validité de ces clauses. Une question écrite fut notamment adressée au Gouvernement par un Parlementaire, question à laquelle il fut répondu qu'il fallait « s'en remettre à la jurisprudence. » Cette réponse ne laissait plus aucun doute quant à la nécessité d'une intervention du juge face à l'inertie de la loi.

Pourtant la Cour de cassation jugera son intervention inutile pendant longtemps, malgré les critiques doctrinales fortes et les arrêts de rébellion rendus par les juridictions du fond jusqu'à trois arrêts rendus par la chambre sociale le 10 juillet 2002. Par ces arrêts de revirement, le juge fait de la contrepartie financière à une clause de non-concurrence une obligation pour l'employeur, consacrant une certaine sécurité pour les salariés contraints de limiter leurs recherches d'emploi après la rupture d'un contrat de travail. C’est surtout le fait que cette clause se concrétisait par une obligation de non concurrence qui a motivé le juge à ce que cette obligation fasse l’objet d’une contrepartie financière, comme toute obligation spéciale découlant du contrat de travail. Face aux carences législatives concernant cette obligation de non concurrence du salarié, le juge est intervenu.

Cet exemple démontre bien comment un revirement peut être rendu nécessaire face à la passivité manifeste du législateur. Parfois, à l’inverse, c'est en raison de son intervention qu'un revirement est nécessaire, comme l'arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 23 septembre 2009 nous en donne une illustration.

En effet, depuis un arrêt rendu par la Haute juridiction le 7 mai 2002, le contentieux préélectoral n'était pas susceptible de pourvoi en cassation après décision du tribunal d'instance en dernier ressort, puisque les mêmes contestations pourraient l'être dans le cadre d'un litige post-électoral. La Cour de cassation a même considéré dans un arrêt du 27 octobre 2004 que les décisions du tribunal d'instance en matière préélectorale n'étaient pas pourvues de l'autorité de la chose jugée, afin de permettre aux parties déboutées lors d'un contentieux avant la tenue des élections d'accéder au pourvoi via un l'engagement d'un contentieux après celles ci, mais sur les mêmes moyens, pourtant déjà débattus auparavant.

Cependant la loi du 20 août 2008, et notamment ses dispositions liant la représentativité syndicale aux résultats des élections du comité d'entreprise, a obligé le juge à revoir son jugement, dans un souci de sécurité juridique. C'est ce qu'il fit par un arrêt de revirement du 23 septembre 2009, par lequel il rétablit le droit à un pourvoi en cassation en matière préélectorale.

Si ces deux revirements étaient nécessaires, ils n'étaient pas exempts d'inconvénients. Ainsi, certains arrêts de revirement ont des effets néfastes, du fait de leur caractère rétroactif.

**B) Le principe de la rétroactivité de la jurisprudence, source d'insécurité juridique**

1. ***La rétroactivité, exemples de revirements problématiques***

Si l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas un obstacle à tout revirement de jurisprudence, le principe de sécurité juridique qu'il consacre s'oppose parfois aux effets négatifs de ceux-ci, découlant de leur effet rétroactif.

En effet, un revirement de jurisprudence a deux effets dans le temps. Non seulement la nouvelle interprétation de la loi donnée par le juge s’applique au litige en cours mais aussi, et surtout, elle s’applique aux litiges nés avant la décision et sur lesquels la Cour devra trancher, alors même que le revirement était impossible à prévoir, le litige précédant étant né d’une situation de droit spécifique. La jurisprudence censée pallier aux imperfections de la loi produit alors une certaine insécurité juridique. Ainsi, le justiciable peut être placé dans une situation quelque peu ubuesque. En saisissant le juge et en connaissant l’état de droit applicable au moment où il saisit le juge, il peut voir ses chances de succès complètement anéantie par un revirement de jurisprudence, ce dernier pouvant remettre en cause la solution applicable jusqu’alors.

Selon Christian Mouly, qui était professeur agrégé de droit à l'université de Montpellier, « *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*. » Le même auteur ajoute que la rétroactivité des arrêts de revirement est « *pire que celle des autres arrêts puisqu'elle conduit à sanctionner ceux-là même qui se sont conformés au droit antérieur. Elle devient alors insoutenable*. »

L'application d'une solution nouvelle à des faits antérieurs peut ainsi poser problème dans certaines situations. Ce fut le cas lors du revirement du 23 septembre 2009 rétablissant le droit à un pourvoi en cassation en matière préélectorale: les justiciables ayant été déboutés avant les élections mais n'ayant pas engagé de contentieux post-électoral avant le revirement se voyaient dénier l'accès au pourvoi puisque le jugement du TI avait de nouveau l'autorité de la chose jugée.

S'agissant du revirement concernant l'obligation de contrepartie financière à une clause de non-concurrence, la crainte était qu'en découle une remise en cause de l'ensemble de ces clauses. On pouvait penser que le salarié ayant accepté la clause une première fois sans contrepartie financière l’accepterai certainement une deuxième fois dès lors que celle-ci serait devenue indispensable. Néanmoins, le salarié peut parfaitement la refuser, dans la mesure où il s’agit d’une modification du contrat de travail, rendant de ce fait la clause nulle.

1. ***L’insécurité juridique dénoncée par le rapport Molfessis***

Le rapport Molfessis souligne l'insécurité juridique qui peut découler des revirements de jurisprudence.

Tout d'abord un revirement entraîne une imprévisibilité du droit et une certaine injustice pour ceux qui n'ont pas appliqué une règle qu'ils ignoraient légitimement puisqu’elle n'existait pas encore au moment où ils ont agi. Les attentes des justiciables sont donc bouleversées.

Les revirements ont alors un coût du fait de la désorganisation qu'ils peuvent entraîner. Les entreprises organisent leur activité selon un certain calcul économique dont fait partie le droit. Mais si un revirement survient, ces prévisions sont faussées et cette imprévisibilité du droit a un certain coût. Cela peut avoir des conséquences particulièrement nocives en la matière sociale, qui dépend notamment des prévisions économiques des employeurs. Ainsi, suite au revirement concernant les clauses de non concurrence, il a fallu pour les employeurs revoir toutes les clauses qui ne comportaient pas déjà une contrepartie financière, s’exposant à des refus des salariés de modifier leur contrat entraînant la nullité de ces clauses ou à des poursuites devant le juge prud’homal par les salariés souhaitant bénéficier d’une contrepartie financière.

Enfin, l'effet rétroactif des arrêts de revirement participe à un certain dévoiement de la règle de droit en l'empêchant de former un cadre clair et rationnel guidant les actions des justiciables. Ceux-ci ne savent alors plus à quelle règle se fier, et pourraient finir par ne plus appliquer un droit trop éphémère pour être normatif. De plus, l'insécurité qui en découle crée un risque de multiplication des contentieux, en incitant à tirer profit de l'instabilité de la règle de droit. Cet effet est d’autant plus indésirable que l’heure est aux tentatives de désengorgement de la chambre sociale de la Cour de cassation, dont dépendent de nombreux litiges à caractère alimentaire nécessitant une certaine rapidité du juge.

Les arrêts de revirement, même s'ils sont nécessaires à l'évolution du droit, peuvent donc avoir des conséquences regrettables sur la sécurité juridique. De plus en plus, de remèdes sont cherchés pour remédier aux difficultés posées, nombre d’entre eux ayant été proposés par le rapport Molfessis.

1. **Les remèdes à l’insécurité juridique**

Ainsi, afin de remédier à l’insécurité juridique, la modulation des effets des revirements de jurisprudences dans le temps semble nécessaire (A), et pourquoi pas une intervention en amont afin de prévenir ces décisions (B).

1. **La modulation des effets des revirements dans le temps**

C’est principalement le rapport Molfessis qui met en avant la nécessité de modulation dans le temps des effets de revirements de jurisprudence, ceci en proposant certaines solutions après avoir parcouru le droit étranger puis la jurisprudence du Conseil d’Etat, « AC » de 2004.

1. ***Les diverses manières de modulation dans le temps en droit comparé***
2. ***La reconnaissance du pouvoir créateur du juge***

Avant tout, il est important de remarquer que les divers Etats qui adoptent des techniques de modulation dans le temps l’on fait dans plus large réflexion à partir de laquelle ils ont admis le pouvoir créateur du juge. Ce pouvoir est largement reconnu aux Etats-Unis mais aussi en Allemagne. C’est parce que l’on estime que le juge à un large pouvoir créateur de droit qu’il est important de moduler les effets de ses décisions dans le temps. C’est d’ailleurs ce qu’essaye d’expliquer le rapport Molfessis, lorsqu’il estime qu’il faut cesser de faire la sourde oreille lorsqu’il est question d’un réel pouvoir créateur du juge français.

1. ***Les différentes techniques de modulation***

Dans les différents systèmes, il existe une panoplie de techniques ayant pour but atténuer l’effet de surprise qui accompagne inéluctablement le revirement de jurisprudence.

Dans les systèmes de Common Law, il existe les techniques suivantes :

* ***Le*** «  ***Distinguishing***» : Le terme désigne une technique consistant à « *déguiser* » le revirement pour transformer la décision nouvelle en affinement d’une jurisprudence existante. Même en présence d’une jurisprudence apparemment bien acquise, la nouveauté ne sera pas présentée comme une rupture, mais comme un prolongement de la solution acquise. Un tel procédé semble cependant critiquable, en effet même s’il vise à atténuer l’insécurité juridique, son caractère subjectif permettrait aux juges de décider de manière totalement aléatoire, quelle décision est un prolongement de jurisprudence et laquelle ne l’est pas.
* ***L’« Obiter dictum***» : C’est une technique voisine de la précédente. Elle consiste, à annoncer un changement logiquement imminent. Ici, le juge émet une ou plusieurs observations dans un raisonnement extérieur à l’espèce, mais qui informe sur la position que tiendrait la Cour dans un autre cas. Le juge prévient qu’il est possible que son raisonnement évolue prochainement. Ce procédé est également pratiqué en Allemagne, il se manifeste directement (La Cour critique un précédent et prend de la distance par rapport à une position antérieure) ou indirectement (Elle affirme une nouvelle règle pourtant sans incidence sur la décision à trancher). On peut observer ce procédé en France aussi à travers, par exemple, une décision de 1969, qui a permis à la Cour d’étendre aux enfants naturels simples la législation faite pour les enfants adultérins, ceci à l’occasion d’une affaire ne concernant qu’un enfant légitime.
* ***Le « Not following » ou « departing from » :*** Ici, un précédent qui paraissait s’imposer n’a pas été suivi. La position de ces arrêts est parfois signalée comme « *s’écartant de* » (departing from) ou « *ne suivant pas* » (not following) la décision antérieure, sans qu’il y ait pour autant de la part de son auteur une volonté de supprimer cette dernière. Cette technique présente l’avantage d’introduire un changement sans rétroactivité. Cette technique semble d’ailleurs s’apparenter de très près au « ***prospective overulling***» américain. C’est un principe de revirement pour l’avenir par deux procédés :
  + La cour informe les justiciables qu’elle applique pour la dernière fois la solution ancienne dans l’affaire qu’elle tranche.
  + La cour applique le revirement au procès concerné mais limite les effets normatifs aux situations nées postérieurement à sa décision.

C’est l’arrêt Great Northern Railway v. Sunburst Oil and Refining Co (1952) qui déclare constitutionnel l’exercice d’une revirement limité à l’avenir. La CJCE, dans un arrêt Defrenne en date du 8 Avril 1976, admet dans certains cas de reserver à l’avenir une solution nouvelle, ceci dans des cas de « *considérations impérieuses de sécurité juridique*». Et la CEDH semble adopter une solution semblable, puisque dans un arrêt Marck c. Belgique en date du 13 Juin 1979, elle énonce que *« le principe de sécurité juridique, nécessairement inhérent au droit de la Convention comme au droit communautaire, dispense l’Etat belge de remettre en cause les actes ou situations juridiques antérieurs au prononcé du présent arrêt*».

D’autres techniques existent en droit allemand :

* Une des pratiques de la Cour constitutionnelle fédérale consiste à signaler dans l’arrêt lui-même, et parfois même sur chaque question juridique soulevée par le recours, à quelle majorité la décision a été obtenue. Le « score » obtenu permet d’anticiper sur l’éventuel abandon de la solution retenue et donc de prévoir un éventuel revirement.
* ***La publication des opinions dissidentes (abweichende Meinungen) :*** Cette technique existe d’ailleurs aussi à la CEDH et elle permet de mesurer la solidité de la solution retenue d’envisager un éventuel futur revirement.
* La Cour fédérale Allemagne exerce aussi le revirement limité à l’avenir. Cependant autant aux Etats Unis, qu’en Allemagne et plus largement sein de l’Union Européenne, la rétroactivité demeure le principe, comme le rappelle l’arrêt de la CJCE Denkavit en date du 31 Mars 1992 : *« la règle ainsi interprétée peut et doit être appliquée par le juge même à des rapports juridiques nés et constitués avant l’arrêt statuant sur la demande d’interprétation*. »

Ainsi, dans les différents systèmes, c’est le juge qui met en place, au cas par cas, les conditions et les effets de la modulation dans le temps de ses décisions. C’est d’ailleurs ce que l’on a pu observer à travers l’arrêt AC du Conseil d’Etat de 2004.

1. ***L’arrêt AC du Conseil D’Etat***

Par un arrêt AC du 11 Mai 2004, le Conseil a reconnu la possibilité pour les juges administratifs d’encadrer le caractère rétroactif des décisions administratives, en en limitant le champ d’application.

1. ***L’encadrement du caractère rétroactif des décisions administratives***

Dans le contentieux de l’excès de pouvoir, on sait que l’annulation d’un acte administratif comporte un effet intégralement rétroactif : l’acte annulé est réputé n’avoir jamais existé. Le Conseil d’État a pris l’initiative de permettre à l’ensemble des juges administratifs de déroger à ce principe. En effet il dit :

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

Ainsi, le juge administratif procèdera au cas par cas, en recueillant les observations des parties et en examinant les moyens d’ordre public pouvant affecté la légalité de l’acte en cause. Il devra mettre en balance les conséquences de la rétroactivité de l’annulation et les inconvénients que présente la limitation dans le temps de ses effets. S’il estime que ces éléments justifient qu’il soit dérogé au principe de l’effet rétroactif des annulations contentieuses, il peut décider que l’annulation ne prendra effet qu’à une date ultérieure qu’il aura déterminée.

1. ***Un champ d’application limité***

Cette solution ne concerne que les effets de l’annulation contentieuse d’un acte administratif déterminé. Et il s’agit d’un moyen exceptionnel dérogatoire qui ne remet pas en cause le principe du caractère rétroactif de l’annulation qui demeure un droit pour le requérant. De plus, l’application de cette solution est soumise à deux séries de conditions :

* D’une part, le juge n’est habilité à y procéder que lorsque des conséquences « *manifestement excessives* » apparaissent attachées au maintien d’un effet rétroactif à l’annulation. Cet « *excès manifeste* » est susceptible d’apparaître lorsque l’acte attaqué a déjà produit des effets juridiques importants au moment où le juge prononce sa sentence : d’autres normes sont nées sur son fondement, des situations juridiques se sont constituées, etc. Le cas d’espèce de l’arrêt AC est très illustratif à cet égard : l’annulation de l’acte ministériel d’agrément des conventions d’assurance-chômage en cause aboutissait à remettre en question le jeu, déjà pleinement effectif, desdites conventions.
* D’autre part, le juge n’est habilité à décaler la prise d’effet de sa décision d’annuler l’acte qu’après avoir procédé à un test de proportionnalité particulièrement scrupuleux. Là encore, le contexte de l’arrêt AC est illustratif : l’acte annulable n’était illégal que pour des raisons d’ordre procédural et non de fond, son annulation rétroactive eût emporté des conséquences financières catastrophiques pour la collectivité, elle aurait placé les acteurs de l’assurance-chômage dans l’impossibilité de percevoir les cotisations et de verser les prestations… Tout bien pesé, il paraissait donc proportionné de laisser un délai aux partenaires sociaux pour régulariser ce qui pouvait l’être sans grand dommage pour le droit des requérants.

De plus, cette innovation est encadrée par de fortes exigences procédurales.

Après avoir examiné le droit comparé et cette jurisprudence, le dialogue des juges se faisant, le rapport Molfessis propose certaines solutions de modulation dans le temps des arrêts de la chambre sociale.

1. ***Les solutions proposées par le rapport Molfessis***

Après avoir rappelé que les situations dans lesquelles le revirement de jurisprudence produit des effets néfastes liés à l’imprévisibilité et à l’effet rétroactif de la solution sont peu fréquentes, le groupe de travail propose certaines solutions.

Tout d’abord il précise qu’une éventuelle modulation dans le temps de la décision de revirement ne revient pas, à empêcher l’application du « bon » droit à la situation jugée. Sans aucun doute, s’il y a revirement, c’est que le juge estime l’interprétation nouvelle meilleure que l’ancienne.

Puis il propose que soit consacré en droit positif la possibilité de moduler les effets des revirements dont la rétroactivité porterait atteinte à des intérêts légitimes. Cela consisterait en pratique à confier à la Cour de Cassation le pouvoir d’instaurer un droit transitoire des revirements de jurisprudence lorsque cela se justifie. La Cour déciderait elle-même des conditions d’application dans le temps de ses revirements. Reste à préciser que ce pouvoir n’appartient qu’à la Cour de Cassation, et en son sein, qu’aux formations aptes à assurer l’unité d’interprétation de la règle au sein de la Cour de Cassation (Assemblée plénière, chambre mixte). Le rapport va encore plus loin en proposant que soit accordé à ces seules formations le pouvoir de procéder à des revirements de jurisprudences. La Cour de Cassation utiliserait certains critères que l’on connaît bien, tels que l’existence d’une disproportion manifeste ou encore l’existence d’un motif impérieux d’intérêt général.

Ceci peut d’ailleurs être illustré à travers le contentieux pré-électoral. La chambre sociale de la cour de cassation a décidé, le 23 septembre 2009 qu’était recevable le pourvoi formé contre un jugement rendu par un tribunal d'instance saisi, avant scrutin, d'une contestation relative au déroulement des élections professionnelles au sein de l'entreprise. C’est un revirement de jurisprudence puisque cette même chambre (Soc, 7 mai 2002), avait jugé que le pourvoi n'était pas recevable, dès lors que la même contestation pouvait être de nouveau soumise au tribunal d'instance après le déroulement des élections. Un arrêt de la chambre sociale de la cour de cassation en date du 26 Mai 2010 va venir moduler l’application dans le temps de l’arrêt de 2009. En effet, la chambre sociale a décidé contre toute attente de faire survivre son ancienne jurisprudence malgré le revirement de jurisprudence qu’elle s’apprêtait à opérer. Désormais, grâce à cette décision rendue en 2010, une personne qui souhaitait contester la décision rendue par le Tribunal d’Instance avant les élections pourra après survenance de celles-ci de nouveau contester devant le tribunal d'instance (et pourquoi pas aller jusqu’en cassation) la décision qu’il avait lui même rendue. La Cour de cassation a décidé de maintenir sa décision malgré le revirement de jurisprudence opéré. Le fait d’appliquer immédiatement sa nouvelle jurisprudence présentait trop d’inconvénients : la solution aurait été trop injuste sur le plan procédural puisqu’elle aurait empêché un particulier de pouvoir avoir accès au juge or cela constituerait une atteinte grave du droit d’accès au juge et de l’article 6§1 de la CEDH. Elle a donc jugé que *« l’application immédiate de la règle résultant d’un revirement de jurisprudence selon laquelle le pourvoi contre un jugement préélectoral est immédiatement recevable ne saurait, sans méconnaitre les exigences de l’article 6§1 de la CEDH, priver le demandeur au pourvoi contre un jugement ayant statué sur la validité des élections en raison de la jurisprudence antérieure au revirement*».

De plus, le groupe de travail précise l’importance d’associer les parties au litige, au débat. Ceci à travers un débat contradictoire et un débat qui devra être étendu au delà de l’espèce, ce qui consisterait à ouvrir le débat à des organisations tierces.

Finalement, le groupe de travail considère que l’intervention du pouvoir législatif n’est pas nécessaire pour la mise en œuvre de la modulation. Pour lui, une telle attribution se trouve naturellement incluse dans le périmètre de pouvoir du juge.

Mais la modulation n’étant pas suffisante, certaines techniques de prévention pourraient se révéler nécessaires.

1. **Quid des techniques de prévention**

Bien que le caractère essentiel des revirements de jurisprudence ne soit plus à prouver, des techniques permettant de prévenir de tels arrêts peuvent être trouver afin de limiter leurs effets parfois néfastes.

1. ***La saisine pour avis de la cour de cassation***

La saisine pour avis de la cour de cassation a été inspirée de la saisine pour avis de Conseil d'Etat possible depuis une loi du 31 décembre 1987. Il aura fallu attendre la loi du 15 mai 1991 et son décret d’application du 31juillet 1992 pour que la cour de cassation soit dotée d’un outil similaire.

Ce dispositif permet aux juges du fond de saisir la Haute juridiction afin d’obtenir une précision, un éclaircissement sur une question de droit nouvelle qui se présenterait à eux. Ce peut être le cas notamment en présence d’une loi nouvellement promulguée, mais également en présence d’une loi ancienne qui soulèverait de nouvelles problématiques.

Cette saisine, facultative et non contraignante, répond à un double objectif : permettre une unification plus rapide de l’interprétation de la règle de droit et assurer la prévention du contentieux, des voies de recours.

A cela il convient d’ajouter la prévention des revirements de jurisprudence. En effet, en demandant un avis à la cour de cassation avant même que le litige soit porté devant elle, on lui donne la possibilité de mettre en garde les juges du fond, ainsi que les justiciables et leurs conseils, d’un possible changement dans sa politique. L’insécurité juridique inhérente à la rétroactivité des revirements de jurisprudence serait alors atténuée.

La Cour de Cassation dispose de trois mois pour donner son avis à compter de la réception du dossier. La juridiction à l’origine de la saisine va alors surseoir à statuer durant cette période.

L’affaire va être soumise à une formation restreinte ad hoc de la cour de cassation, ce qui est regrettable dans la mesure où nous sommes en présence d’une question susceptible d’être d’un haut intérêt, allant même jusqu’à prévenir l’effet néfaste d’un revirement. Cette formation comprend le premier président de la Cour de cassation, les présidents de chambre et deux conseillers, dont l’un est le rapporteur de la chambre spécialement concernée par la question. De ce fait, trois de ces membres appartiennent à la chambre qui serait appelée à statuer en cas de pourvoi, ce qui constitue quand même un certain gage d’adhésion de la chambre compétente à l’avis émis.

Il existe un certain nombre de conditions de fond et de forme dont le non-respect entraine une absence de réponse :

⮚ **Conditions de forme :**

*- En amont de la décision de saisine* (art. 1031 - 1 du NCPC) :

Le juge doit aviser les parties et le ministère public de son intention de saisir la Cour de Cassation et leur impartir un délai pour présenter d’éventuelles observations écrites. On voit ici que le principe du contradictoire.

*- En aval de la décision de saisine* (art. 1031-2 du NCPC)

La décision, qui doit revêtir la forme d’un jugement doit être notifiée aux parties par lettre recommandée avec demande d’avis de réception.

En outre, le juge doit aviser (le texte ne dit pas sous quelle forme) le premier président de sa cour d’appel, le procureur général et le ministère public de sa juridiction.

**⮚ Conditions de fond :**

**- La demande d’avis doit émaner dune juridiction de l’ordre judiciaire**: ce qui exclue les justiciables, et en particulier les parties au litige, et les juridictions administratives.

**- Le juge doit avoir été appelé à statuer sur une "demande"**

Il faut donc :

🟍 Que la question soit posée à l’occasion d’un "procès" en cours, mais la Cour de Cassation, libérale, admet aussi bien que la demande en justice soit en matière gracieuse (donc, par définition, en dehors de tout "litige") qu’en matière contentieuse ;

🟍 Que la question de droit litigieuse ait été évoquée par les parties au litige.

**- La question posée doit être une question de droit** : La difficulté soumise à la Cour de Cassation ne doit pas être mélangée de fait et de droit, et elle doit se présenter comme une question de pur droit.

**- La question de droit doit être nouvelle**

Comme on l’a évoqué plus haut, il existe deux aspects de la nouveauté :

🟍 L’application d’un texte nouveau : permet une unification plus rapide de l’interprétation des règles de droit nouvelles.

🟍 La question non encore résolue par la Cour de Cassation : texte déjà ancien, mais qui est apparue récemment sans avoir encore été réglée par une décision de la Cour de Cassation.

**- La question doit présenter une difficulté sérieuse** : J. Boré, définit ce caractère sérieux comme le fait que la question « *puisse raisonnablement donner lieu à des solutions divergentes de la part des juridictions du fond*».

**- La question doit se poser dans de nombreux litiges** : cette condition contredit la condition du caractère nouveau de la question : si une question de droit est véritablement nouvelle et se pose au juge du premier degré, il y a peu de chances qu’on soit en présence dune pluralité de litiges en cours.

Bien qu’une partie minoritaire de la doctrine y a vu un procédé fâcheux, affirmant que « *seule une longue maturation préalable d’une affaire, enrichie d’opinions divergentes des tribunaux et de débats doctrinaux, permet à la Cour de Cassation de dire le droit d’une manière sûre*», cette initiative du législateur a été généralement bien accueillie.

Cependant, cette procédure de saisine pour avis n’a qu’une efficacité relative. Les demandes d’avis se font rares (bien que plus élevées que les saisines pour demande d’avis au Conseil d’état). En effet, depuis la création de ce procédé, 134 demandes d’avis seulement ont été formulées.

De plus, on peut préciser que 101 demandes sur 134 ont été formées par des juridictions du premier degré, et plus spécialement par les tribunaux d’instance et les juges de l’exécution, ce qui est conforme à l’esprit de la réforme : signaler une difficulté dès qu’elle se pose et pas forcément pour prévenir l’apparition d’un revirement.

Le grand avantage de l’avis est qu’il apporte une réponse de pur droit, une solution juridique détachée totalement des éléments de fait.

Mais force est de constater que tout est fait pour minorer la portée de l’avis donné par la cour de cassation : formation étriquée, aucune autorité de la chose jugée. En effet personne n’est lié par l’avis, ni le juge qui la sollicité, ni la Cour de Cassation elle-même. On voit ici la crainte que des arrêts de règlement voient le jour même si en l’état, les avis demeurent des avis. Il y a une forme d’hypocrisie à ne pas reconnaître la réalité du pouvoir créateur de la Cour de cassation.

Cet insuccès est également dû à la conception même du rôle de la Cour de cassation en France. Tout d’abord la Cour de cassation n’est pas une Cour suprême qui imposerait ses décisions aux juridictions inférieures, à l’instar des cours suprêmes anglo-saxonne. La résistance des juges du fond est permise, en témoigne l’existence de Cours d’appel de renvoi qui refusent de suivre la décision de la Cour de cassation saisie une première fois d’un litige auquel elle donne une solution. Elle ne peut imposer cette solution aux juges du fond, la Cour d’appel de renvoi demeure libre de trancher différemment, bien qu’un second pourvoi en cassation soit toujours ouvert aux justiciables.

De plus, il faut tenir compte de ce que la jurisprudence repose sur cette lente remontée des litiges, c'est à dire que la jurisprudence va des juges du fond à la Cour. Le contentieux primaire traduit les aspirations sociales, plus ou moins fluctuantes, qui façonneront à moyen terme et de manière oblique la jurisprudence plus noble. Ce qui contribue à créer le droit du 1er degré, c’est le corps social lui-même, exprimé au travers du contentieux primaire.

Si une question inédite se pose dans de nombreux litiges, il y a un autre moyen pour la Cour de cassation de régler cela : les audiences thématiques. Grâce à cette technique une réponse particulièrement solennelle pourra alors être donnée à une question posée par de nombreux arrêts.

Il y a malgré tout une certaine touche optimiste. En effet, si l’on examine les avis en matière sociale, on s’aperçoit qu’il y a des avis qui ne sont pas négligeables. Notamment un avis rendu le 29 avril 2002 concernant la résiliation judiciaire d’un contrat à durée déterminée. Bien que le caractère nouveau de la question ne semblait pas évident, la Cour a tenu à répondre à la question qui lui était posée et a condamné la résiliation judiciaire dans ce cas. D’ailleurs, il arrive parfois, que les avis donnés par la Cour de cassation en matière sociale sont relayés dans son rapport annuel.

Au-delà du constat actuel, il y a dans la société civile un mouvement favorable au développement de la saisine. C’est le cas du Conseil économique et social qui, dans son rapport en 2003, avait préconisé un plus grand recours à la saisine de façon à éviter la fameuse « rétroactivité » de la jurisprudence.

La Commission Virville, en 2004, avait une proposition (la n°7) qui allait dans une direction différente. Elle préconisait une saisine ministérielle. Assez illusoire et déphasé d’envisager une telle saisine. En effet, on voit dans cette proposition une forme de confusion entre l’exécutif et le législatif.

Mais nous avons d’une certaine façon une saisine ministérielle en droit positif : c’est le cas des questions écrites d’un parlementaire au ministre. De plus, au fond, les circulaires administratives sont une petite saisine ministérielle au sens à donner au texte, même s’il ne lie pas le juge.

En revanche, la commission rejette la possibilité pour la Cour de cassation de s’autosaisir pour avis.

1. ***Les autres techniques***

Mise à part la saisine pour avis de la cour de cassation, il existe d’autres moyens en droit français qui permette de prévenir les revirements de jurisprudence.

On peut notamment évoquer la politique dite des « petits pas » qui permet de rendre le revirement progressif. L’arrêt de revirement ne va pas répondre à toutes les interrogations soulevées par le litige. De cette manière le justiciable disposera d’une période d’adaptation.

D’autres techniques ont pour objet d’apporter aux destinataires des règles une information préalable qui les avertisse des évolutions envisagées. Il est question ici de l’obider dictum (cité plus haut). Mais on retrouve également le recours au Rapport annuel de la Cour de cassation qui permet de renseigner les justiciable sur une évolution désirée.

Cependant, comme le précise le rapport Molfessis, bien que ces «*techniques préventives présentent l’avantage évident de diminuer l’imprévisibilité du revirement, les procédés mis en œuvre ne sont ni toujours efficaces ni toujours suffisants*».

En effet, la politique des « petits pas » laisse en suspens un certain nombre de question généralement essentielle, faisant naitre une incertitude chez le justiciable. De plus, elle ne met pas un frein à la rétroactivité des revirements.

Du fait de l’inefficacité de ces techniques préventives à éviter les effets néfastes de la rétroactivité le rapport propose, comme on l’a vu dans la première partie, la possibilité pour la Cour de cassation, de moduler dans le temps les effets de ses arrêts.

Il apparaît donc que, comme la saisine pour avis de la cour de cassation, les autres moyens de préventions sont peu développés ou peu utilisés. Une constatation qui est à déplorer quand on sait que le meilleur moyen de remédier à une situation néfaste est de la prévenir. Il est plus simple d’empêcher quelque chose en amont, plutôt que d’essayer d’en atténuer les effets en aval.

On pourrait alors se demander si le remède à cette insécurité juridique, engendrée par la rétroactivité des revirements de jurisprudence, ne se trouverai pas du coté de la loi elle même. En effet, c’est parce que la loi est imprécise, voire parfois silencieuse que l’on assiste à des revirements parfois spectaculaires. Ne serait-il pas bénéfique pour le justiciable que le législateur se borne à faire des lois simples et intelligibles ? La loi ne laisserai alors que peu aux juges pour l’interpréter.

Mais là encore un problème pourrai cependant être soulevé : la loi est généralement large afin de permettre qu’un maximum de situations entrent dans son champs d’application. Une loi trop précise pourrait s’avérer quasi inapplicable.

**Bibliographie**

- *Droit du travail*, manuel d’Antoine Mazeaud, Domat droit privé, éditions Montchrestien.

- *Droit du travail*, manuel de Jean Pélissier, Précis, Dalloz.

- *Les grands arrêts du droit du travail*, 4e édition, Jean Pélissier/ Antoine Lyon-Caen/ Antoine Jeammaud/ Emmanuel Dockès, Dalloz.

- *Les revirements de jurisprudence*, rapport de Nicolas Molfessis, collection Pratique Professionnelle, Procédure, Litec, 2005.

- *La sécurité juridique et les décisions du juge*, Antoine Mazeaud, Droit social juillet-août 2006, p.744.

- *De la rétroactivité des revirements de jurisprudence*, Christophe Radé, Recueil Dalloz 2005, p. 988.

- *Pour un Code du travail plus efficace*, Commission de Virville, Propositions n°7, 10 et 11.

- *La jurisprudence sociale créatrice de droit : regard sur la chambre sociale de la Cour de cassation*, Antoine Mazeaud, Etudes offertes à Jean Pélissier, Dalloz 2004, p. 383.

- *Vocabulaire juridique*, Gérard Cornu, dictionnaire juridique, puf.

1. *La sécurité juridique et les décisions du juge*, Antoine Mazeaud, Droit social juillet-août 2006, p. 744  [↑](#footnote-ref--1)
2. « Sur la rétroactivité de la règle  jurisprudentielle » AJDA 1968 p.15 [↑](#footnote-ref-0)
3. Y. Chartier, « Les revirements de jurisprudence », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, La Documentation française, 1994, p. 149. [↑](#footnote-ref-1)