

## ***L'office du juge et le déploiement dans le temps des effets de sa décision en droit français et en droit suisse***

---

ÈVE MATRINGE

*Docteur en droit de l'Université de Strasbourg*

Le statut du juge et de sa décision sont formellement différents en droit suisse et en droit français en raison de contingences historiques qui ont façonné textes et usages dans chacun de ces deux pays. L'étude du droit positif suisse<sup>1</sup> est un moyen d'interroger la pertinence des solutions du droit français pour

---

<sup>1</sup> La comparaison sera basée sur la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse, autorité judiciaire suprême de la Confédération (art. 188 de la Constitution du 18 avril 1999) qui assume à la fois le rôle de juge constitutionnel et celui de juge de cassation en droit public et en droit privé s'agissant des litiges entre citoyens, entre cantons, entre les citoyens et l'État et entre la Confédération et les cantons. V. A. JOMINI, « Présentation du Tribunal fédéral suisse comme autorité de juridiction constitutionnelle », [Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 18 \(Suisse\), juillet 2005](#). Il doit être précisé que le système fédéral suisse connaît un système de contrôle de constitutionnalité mais seulement des normes cantonales par rapport aux normes fédérales. Le recours de droit public devant le Tribunal fédéral pour violation d'un droit constitutionnel ne peut être dirigé que contre une décision ou un arrêté cantonal, le Tribunal fédéral s'interdisant en revanche de contrôler la constitutionnalité des lois fédérales (A. AUER, G. MALINVERNI, M. HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, Berne, Stämpfli, 2006, vol. 1, l'État, p. 653, n° 1857). Une [initiative parlementaire déposée par H. Studer en 2005](#) vise à permettre au Tribunal fédéral d'exercer un contrôle concret de constitutionnalité des lois fédérales. Le Conseil national a décidé de donner suite à l'initiative et se laisse jusqu'à la session d'été 2012 pour l'élaboration d'un projet allant dans le sens des initiatives parlementaires. L'impossibilité de contrôler la constitutionnalité des lois n'empêche pas le Tribunal fédéral d'exiger une interprétation conforme aux principes constitutionnels, sans s'autoriser à écarter l'application d'une loi fédérale inconstitutionnelle dont il estime cependant pouvoir constater l'inconstitutionnalité même s'il ne peut refuser de l'appliquer. Sur ce point, v. A. AUER, G. MALINVERNI, M. HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse, op. cit.*, n° 1876 et s. Pour un exemple, v. entre autres ATF 125 III 209 : le Tribunal fédéral constate d'une part que la disposition du Code civil qui prévoit que le droit de cité s'acquiert par le père et non par la mère viole le principe d'égalité des sexes (cons. 4), d'autre part que le juge est cependant tenu d'appliquer la loi fédérale (cons. 5).

éventuellement proposer des améliorations à la pratique actuelle de la modulation dans le temps des effets de la décision juridictionnelle<sup>2</sup>.

Dans ces développements, le terme de juge est employé au sens générique comme toute juridiction, quelle que soit sa place dans la hiérarchie judiciaire, assumant une mission juridictionnelle entendue comme le pouvoir de dire le droit et trancher le litige<sup>3</sup>. Cette définition comprend également le juge constitutionnel. Par décision, il faut entendre tout jugement, c'est-à-dire le résultat de l'exercice du pouvoir juridictionnel, à l'exclusion des mesures d'administration judiciaire<sup>4</sup>. La décision juridictionnelle peut émaner de différents juges, avec des effets différents. Il faut distinguer deux situations. Dans la première, la légalité d'un acte portant réglementation est remise en cause par voie d'action ou d'exception. Dans la seconde, le juge modifie l'interprétation donnée jusqu'alors d'une norme, ce qui le conduit à appliquer une norme matériellement nouvelle à des faits qui se sont réalisés sous l'empire de l'interprétation ancienne<sup>5</sup>. Ainsi, le juge constitutionnel invalide une norme de sorte que les effets dans le temps de cette décision se posent immédiatement avec acuité<sup>6</sup>, comme le montre actuellement le succès de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité<sup>7</sup>. De même, le juge administratif peut être amené à moduler dans le temps les effets de sa décision

---

<sup>2</sup> Sur l'emploi du droit comparé, v. O. PFERSMANN, « [Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit](#) », *RIDC*, vol. 52, n° 2, avril-juin 2001, pp. 275-288 (doi : 10.3406/ridc.2001.17976).

<sup>3</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 6<sup>ème</sup> éd., 2004.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> Ainsi, un magistrat indique que « toute jurisprudence est par nature rétroactive, puisque la décision de justice statue nécessairement sur des actes ou faits du passé » (A. LACABARATS, « [rapport](#) » sur *Cass. Ass. pl.*, 21 décembre 2006, n° 00-20493, *Bull.* n° 15). Par conséquent, lorsque le juge dégage une règle à l'occasion de sa décision, il l'applique à des faits nés sous l'empire de la règle ancienne : J. RIVÉRO, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA* 1968, pp. 15-18.

<sup>6</sup> Pour un exemple v. la décision du Conseil constitutionnel du 18 juin 2010 n° 2010-8 QPC, *JORF* du 19 juin 2010, p. 11149, considérant n° 18, qui valide le régime spécifique d'indemnisation des accidents du travail sauf en ce qui concerne la réparation forfaitaire des accidents du travail en cas de faute inexcusable de l'employeur. Par conséquent, les juridictions sont saisies de demandes complémentaires des victimes et doivent déterminer si la sécurité sociale doit également faire l'avance des fonds comme elle est tenue de le faire pour les dommages forfaitairement indemnisés. La Cour de cassation a formulé des propositions de réforme pour régler les difficultés résultant de la décision constitutionnelle dans son rapport 2010.

<sup>7</sup> La réforme constitutionnelle de 2008 a introduit dans la Constitution un article 61-1 dont les modalités de mise en œuvre ont été fixées par la loi organique n° 009-1523 du 10 décembre 2009. L'entrée en vigueur de ce texte le 1<sup>er</sup> mars 2010 rend possible le contrôle par voie d'exception de la constitutionnalité des lois. P. PUIG, « Le Conseil constitutionnel et la modulation dans le temps des décisions QPC », *RTD civ.* 2010, p. 517.

d'annuler un acte administratif<sup>8</sup>. Dans les deux cas, la décision d'annulation de l'acte peut procéder d'un revirement de jurisprudence comme de l'application d'une solution antérieure<sup>9</sup>. Le juge judiciaire peut également s'interroger sur les effets de sa décision lorsqu'il annule un contrat. Un auteur relève que « la modulation des effets dans le temps d'une annulation est moins sensible »<sup>10</sup> car il s'agit d'organiser dans le temps les effets d'une décision juridictionnelle, ce qui peut se rattacher à sa compétence pour rendre une décision. En revanche, lorsque le juge s'intéresse aux conséquences de la règle posée par la jurisprudence, cela pose le problème du pouvoir normatif du juge, or « beaucoup contestent qu'il soit compétent pour poser une règle »<sup>11</sup>. La question de l'application d'une interprétation nouvelle se pose cependant avec acuité à l'occasion d'un revirement de jurisprudence. Dans cette hypothèse, le juge applique à la solution d'un litige une règle qu'il aura découverte à l'occasion de ce même litige et qui n'existait pas lors de la commission des faits<sup>12</sup>. Dans les deux cas, la question de la modulation dans le temps des effets de la décision doit être envisagée, non comme une question principale, mais comme le règlement ponctuel de cas très particuliers dans lesquels l'application immédiate de la décision aurait des effets plus néfastes que l'exception au principe de la mise en œuvre immédiate. Dans les deux cas, la décision du juge crée des droits au profit de certains justiciables tandis qu'elle en ôte parallèlement à d'autres<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> S'agissant de la modulation des effets d'une décision d'annulation d'un acte, v. [CE Ass., 11 mai 2004, Association AC !, req. n° 255886](#) ; J.-H. STAHL et A. COURRÈGES, « La modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse », *RFDA* 2004, p. 438 et concl. C. DEVYS, *RFDA* 2004, p. 454 ; C. LANDAIS et F. LÉNICA, « La modulation des effets dans le temps d'une annulation pour excès de pouvoir », *AJDA* 2004, p. 1183 ; J.-C. BONICHOT, « L'arrêt AC ! : évolution ou révolution ? », *AJDA* 2004, p. 1049 ; comm. C. GUETTIER, *RDJ* 2005, p. 536 ; chron. B. MATHIEU, *Dalloz* 2004, p. 1603 ; panor. P.-L. FRIER, *Dalloz* 2005, p. 26 ; *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 2009, 17<sup>ème</sup> éd., n° 114.

<sup>9</sup> J.-H. STAHL et A. COURRÈGES, « La modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse », *ibidem*.

<sup>10</sup> P. DEUMIER, « Évolutions du pouvoir de modulation dans le temps : fondement et mode d'emploi d'un nouveau pouvoir des juges », *RTD civ.* 2007, p. 72.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> B. SEILLER, « Partie remise ou fin de partie ? », *AJDA* 2006, p. 681.

<sup>13</sup> B. WEBER-DÜRLER, *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*, Basel, Helbing und Lichtenhahn, 1983 ; X. BACHELLIER et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *La technique de cassation*, Paris, Dalloz, 7<sup>ème</sup> éd., 2010, pp. 75-76 : « des réserves viennent immédiatement à l'esprit sur le sort fait alors au plaideur qui aura provoqué le revirement » ; P. DEUMIER, « Évolutions du pouvoir de modulation dans le temps : fondement et mode d'emploi d'un nouveau pouvoir des juges », *op. cit.*

L'application au litige en cours d'une règle contraire à ce qui existait auparavant est susceptible d'engendrer un sentiment d'injustice<sup>14</sup> chez les justiciables, décrits par le Doyen Carbonnier comme des « cobayes d'une expérimentation aléatoire »<sup>15</sup> <sup>16</sup>. Cette difficulté est cependant assez récente<sup>17</sup> et quantitativement peu fréquente, au moins pour ce qui concerne l'activité du juge judiciaire<sup>18</sup>. Néanmoins, la portée de l'interprétation jurisprudentielle a évolué, notamment par l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité, à l'occasion de laquelle le Conseil constitutionnel a « conféré un statut à l'interprétation de la loi »<sup>19</sup>. S'agissant de l'interprétation de la Constitution, il semble que l'autorité normative des décisions du Conseil constitutionnel prête à

<sup>14</sup> X. LABBÉE, *Introduction générale au droit : Pour une approche éthique*, Villeneuve-d'Ascq, Presses Univ. Septentrion, 2010, p. 226.

<sup>15</sup> J. CARBONNIER, « La jurisprudence aujourd'hui », *RTD civ.* 1992, p. 342.

<sup>16</sup> Pour un exemple d'application immédiate de la jurisprudence nouvelle, citons le cas d'un médecin, condamné en 2001 ([Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 octobre 2001](#), n° 00-14564, *Bull.* n° 249, *Dalloz* 2001, p. 3470, rapp. P. Sargos, note D. Thouvenin) pour défaut d'information sur les risques exceptionnels d'une intervention pour des faits ayant eu lieu en 1974 et alors que le principe de cette obligation d'information n'a été posé par la jurisprudence qu'en 1998 ([Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 octobre 1998](#), n° 97-10267, *Bull.* n° 291 ; [Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 juillet 1999](#), n° 97-20160, *Bull.* n° 250), il est concevable qu'il conçoive quelque désappointement à être condamné pour ne pas s'être conformé à une règle qui n'existait pas expressément au moment de son action.

<sup>17</sup> P. Roubier indique que le problème du déploiement dans le temps des effets de la loi est assez récent puisque le droit coutumier pratiqué jusqu'alors n'était pas issu d'un acte de volonté créateur mais de la commune acceptation de la règle (P. ROUBIER, *Les conflits de lois dans le temps*, Paris, Sirey, 1929, p. 23). La question du déploiement dans le temps des effets de l'interprétation jurisprudentielle est encore plus récente puisqu'elle n'a pu se faire jour qu'à l'issue d'une évolution théorique et pratique consacrant la jurisprudence comme source de droit « de fait » (v. sur cette évolution la thèse de R. COLSON, *La fonction de juger, Étude historique et positive*, Paris, Fondation Varenne Éd., 2006, consultée le 2 novembre 2011 à l'adresse suivante : <http://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00402659/fr/>). Comparativement, le Tribunal fédéral a indiqué depuis les années 1930 que la sécurité juridique et l'égalité devant la loi liaient les autorités fédérales y compris le juge et pouvaient imposer la modulation dans le temps des effets d'un revirement (ATF 56 I 441, 22 novembre 1930, *Detwiler c/ le Tribunal supérieur du pays de Bâle*).

<sup>18</sup> Ainsi, en 2011, la modulation dans le temps des effets d'un revirement de jurisprudence n'a été invoquée qu'une dizaine de fois en appel (source : JuriCA) ne donnant lieu qu'à un cas de mise en œuvre tandis que la Cour de cassation n'a rendu depuis 2004 qu'une quarantaine d'arrêts (tous sur Legifrance), dans lesquels la modulation est refusée la plupart du temps.

<sup>19</sup> V. P. DEUMIER, « L'interprétation de la loi : quel statut ? Quelles interprétations ? Quels juges ? Quelles limites ? », *RTD civ.* 2011, pp. 90-96. L'auteur relève que la Cour de cassation a dans un premier temps refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel des questions portant en réalité sur l'interprétation jurisprudentielle des textes pour ensuite abandonner cette position. Le Conseil constitutionnel a pris position sur la question en indiquant que « tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition » : Cons. Const., 4 février 2011, n° 2010-96.

discussion<sup>20</sup>. En droit français, la conception de l'office du juge a une influence sur l'admission de la possibilité d'organiser dans le temps les effets de sa décision. La comparaison avec le droit suisse qui reconnaît formellement au juge un pouvoir normatif peut être un moyen d'aborder la question du statut de la règle juridictionnelle (I) pour ensuite envisager le déploiement dans le temps des effets de cette décision (II).

### **I – LE STATUT DE LA DÉCISION JURIDICTIONNELLE EN DROIT FRANÇAIS ET EN DROIT SUISSE**

La question du statut de la décision juridictionnelle conduit en réalité à s'interroger sur la place faite à la règle jurisprudentielle au sein de l'ordre juridique, voire à envisager la notion même de droit<sup>21</sup>. Par règle jurisprudentielle, le théoricien du droit désigne la règle résultant de l'interprétation par le juge de la règle écrite aux fins de solution d'un litige et dont la puissance normative dépasse de loin l'affaire concrète considérée<sup>22</sup>. Par norme, il faut entendre le modèle auquel le comportement d'un individu est confronté pour déterminer s'il est ou non licite et sur lequel le juge se fonde pour trancher un litige<sup>23</sup>. Le rôle imparti au juge dans le système juridique influe sur la façon dont sa production normative est appréhendée, raison pour laquelle il faut envisager dans un premier temps le rôle normatif du juge en droit positif français et en droit suisse (1) pour ensuite envisager les principes qui peuvent régir le statut de la règle jurisprudentielle (2).

---

<sup>20</sup> T. Di MANNO, « Les revirements de jurisprudence du juge constitutionnel, présentation », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 20, juin 2006 : selon l'auteur, le revirement de jurisprudence constitutionnelle est rendu possible par l'absence de normativité qui s'attache aux décisions du Conseil constitutionnel, étant précisé qu'en pratique, la doctrine du juge a néanmoins une « valeur persuasive ». V. également É. MILLARD, « Le Conseil constitutionnel opère-t-il des revirements de jurisprudence ? », in B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dir.), *L'autorité des décisions du Conseil Constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 89-98 et 107-113, accessible en ligne sur HAL : <http://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00573287/fr/>, document consulté le 2 novembre 2011.

<sup>21</sup> L'objet de cette étude n'est pas la définition du droit (pour une présentation des différentes approches de la science du droit, v. M. TROPER, *Philosophie du droit*, Paris, PUF, 2003, coll. Que-sais-je, pp. 26 et s.), ni la place de la règle jurisprudentielle dans le système juridique. De façon beaucoup plus limitée, il s'agit de présenter le droit positif suisse et français relatif à la modulation dans le temps des effets de la décision juridictionnelle.

<sup>22</sup> O. PFERSMANN, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *RFDC*, n° 52, 2002/4, pp. 789-836, (DOI : 10.3917/rfdc.052.0789) ; D. D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, Paris, LGDJ, 1994, p. 300, distingue la solution concrète du litige de la règle jurisprudentielle, c'est-à-dire la règle de droit sur laquelle repose la décision proprement dite, règle susceptible d'être généralisée à d'autres espèces.

<sup>23</sup> D. D'AMBRA, *L'Office du juge*, *op. cit.*, p. 11.

### 1) *Le rôle normatif du juge*

L'appréhension du rôle du juge dans le cadre de son activité normative a considérablement varié depuis la Révolution française<sup>24</sup>. Le droit suisse, de facture plus récente que le droit français<sup>25</sup>, traduit une conception formelle différente du rôle du juge. D'un point de vue de non juriste, l'importance du rôle du juge français n'est pas apparente (a) tandis que le juge suisse se voit reconnaître formellement un rôle de législateur supplétif (b).

#### a) Un rôle discret en France

Immédiatement après la Révolution française, la réflexion sur le juge s'est concentrée sur le juge judiciaire, désormais exclu à la fois de ce qui pouvait être analysé comme une sorte de contrôle constitutionnel et de ce qui concernait ce que l'on désigne aujourd'hui par la notion de juridiction administrative<sup>26</sup>. Si la conception du juge « bouche de la loi »<sup>27</sup> n'a pas été retenue par les rédacteurs du Code civil, ils ont cependant entendu exclure la possibilité que les juges ne s'ingèrent dans les activités des autres pouvoirs, notamment en édictant des arrêts de règlement, c'est-à-dire des actes par lesquels les anciens parlements édictaient des dispositions de caractère général indiquant comment ils entendaient juger à l'avenir tel problème dans leur ressort<sup>28</sup>. Pendant longtemps, la doctrine a considéré « qu'il s'agissait essentiellement, pour le jurisconsulte, de pénétrer la pensée du législateur

---

<sup>24</sup> V. R. COLSON, *La fonction de juger, Étude historique et positive, op. cit.* L'auteur décrit le passage entre la conception du juge institué par l'autorité de la loi à celle de réalisation du droit par l'intermédiaire du juge.

<sup>25</sup> Les textes de droit français sont issus de la Révolution, soit du 19<sup>ème</sup> siècle, tandis que les textes suisses se situent plutôt dans la première partie du 20<sup>ème</sup> siècle (Constitution de 1874, Code civil de 1912).

<sup>26</sup> F. SAINT-BONNET, « Le pouvoir normatif des anciens juges. Le contrôle juridictionnel *a priori* des lois du Roi », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 24, 2008, pp. 86 et s.

<sup>27</sup> C.-L. DE MONTESQUIEU, *L'Esprit des lois*, Livre XI, chap. 6 : « Les juges de la Nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer la force ni la rigueur ». Cette phrase tirée de son contexte a vu son sens complètement inversé, faisant l'objet d'un véritable « détournement de citation » : G. CANIVET, « L'incidence de la *rule of law* sur le système judiciaire français », in S. BREITENMOSER, B. EHRENZELLER, M. SASSOLI, W. STOFFEL, B. WAGNER PFEIFFER (dir.), *Droits de l'Homme, démocratie et État de droit, Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Zürich et Baden-Baden, Dike et Nomos, 2007, pp. 1169-1184. V. aussi D. D'AMBRA, , *op. cit.*, pp. 178 et s. ; G. CANIVET, « Activisme judiciaire et prudence interprétative », in J. FOYER et G. CANIVET (dir.), *La création du droit par le juge*, Paris, Dalloz, 2007, tome 50, pp. 7-29.

<sup>28</sup> V. D. D'AMBRA, *L'Office du juge, op. cit.*, p. 180.

d'après son texte compris suivant la grammaire et la logique, l'esprit du moment, les travaux préparatoires de la loi, sans faire intervenir d'autres éléments extérieurs »<sup>29</sup>.

Le pouvoir révolutionnaire comme avant lui le pouvoir royal a voulu éviter que le juge, sous couvert d'interprétation, ne se fonde sur l'équité pour écarter la règle de droit, produisant ainsi une règle de droit concurrente de la règle législative en violation du principe d'égalité devant la loi<sup>30</sup>. L'avènement de la loi, expression de la volonté du souverain, comme moyen de lier le juge à une règle préétablie se traduit encore aujourd'hui dans la façon dont les décisions judiciaires sont rédigées<sup>31</sup>. Dans la mesure où il s'agit seulement d'indiquer la base légale de la décision judiciaire, la motivation se borne à indiquer les éléments de faits pertinents. Une motivation plus ample n'est pas souhaitable car elle pourrait conduire le justiciable à s'interroger sur la pertinence de la loi. Cependant, cette vision du juge judiciaire n'est plus conforme à la réalité juridique actuelle<sup>32</sup>, ce qui devrait conduire à une modification de la présentation de l'argumentation judiciaire.

Dès le début du 20<sup>ème</sup> siècle, Gény observe que la pratique reconnaît la force de la jurisprudence en recourant à l'argument du précédent pour justifier une solution en l'absence de texte<sup>33</sup>. D'autres auteurs constateront par la suite le *hiatus* entre la

---

<sup>29</sup> F. GÉNY, « L'évolution contemporaine de la pensée juridique dans la doctrine française », in *Mélanges G. Ripert, Le droit privé au milieu du XX<sup>ème</sup> siècle*, Paris, LGDJ, 1950, pp. 3-8.

<sup>30</sup> Le pouvoir révolutionnaire comme avant lui le pouvoir royal (sur la lutte entre le pouvoir royal et les Parlements, v. J. KRYNEN, « Le problème et la querelle de l'interprétation de la loi, en France, avant la Révolution », *RHD* 2008, pp. 161-197) a voulu éviter que le juge, sous couvert d'interprétation, ne se fonde sur l'équité pour écarter la règle de droit. Mourlon prend ainsi soin d'indiquer que le juge est lié par la loi, même si celle-ci lui semble inéquitable (F. MOURLON, *Répétitions écrites sur le premier examen du Code Napoléon contenant l'exposé des principes généraux*, Paris, A. Marecq et E. Dujardin, libraires-éditeurs, 1854, 2<sup>ème</sup> édition, pp. 54 et s.). Aujourd'hui, l'article 12 du Code de procédure civile dispose que « le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ». Sauf exception légale, le jugement en équité est proscrit en droit français : N. MOLFESSIS, « L'équité n'est pas une source du droit », *RTD civ.* 1998, pp. 221 et s. La Cour de cassation censure les décisions des juges du fond qui sont fondées sur l'équité. V. par exemple : Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 22 avril 1992, n° 91-21298, *Bull.* n° 129 ; *RCEA* 1992, comm. n° 408 : une commission d'indemnisation des victimes d'infractions indique qu'il paraît équitable d'accorder à la victime la réparation pour le montant demandé eu égard à sa situation exceptionnellement grave, la Cour de cassation censure au visa de l'article 12 du Code de procédure civile : « le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables et ne peut se borner à une simple référence à l'équité [...] » ; Cass. soc., 11 mai 1994, n° 91-40275, *Dalloz* 1995, 626, note C. Puigelier.

<sup>31</sup> Sur la particularité de la rédaction des décisions de justice, v. P. MIMIN, *le style des jugements*, Paris, éd. Librairies Techniques (Librairie de la Cour de Cassation), 4<sup>ème</sup> éd., 1978.

<sup>32</sup> R. COLSON, *La fonction de juger, Étude historique et positive, op. cit.*, pp. 232 et s.

<sup>33</sup> F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, préf. R. Saleille, Paris, LGDJ, 1954, 2<sup>ème</sup> éd., tome 2, p. 31 : « il n'est pas rare de trouver dans les décisions judiciaires, pour justifier une solution admise, et à défaut de motifs tirés de la loi ou de la raison, ou bien à l'appui de ceux-ci, tantôt une

description officielle du juge judiciaire et la réalité pratique<sup>34 35</sup>. Cependant, la conception ancienne du rôle du juge empreint encore aujourd'hui les mentalités<sup>36</sup> alors pourtant que l'évolution des juridictions administrative et constitutionnelle lui donne la possibilité de déployer l'ampleur de ses prérogatives<sup>37</sup>. Pour ne citer qu'un exemple, le juge constitutionnel a récemment affirmé, contre la position de la Cour de cassation, que « tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition »<sup>38</sup>. Pour l'observateur, il est paradoxal de relever d'une part la volonté du juge judiciaire de ne pas reconnaître à son interprétation l'efficacité juridique qui est la sienne, d'autre part l'existence de pans entiers du droit français créés par la jurisprudence. La conception restrictive de ses fonctions que manifeste le juge a des conséquences sur sa façon d'exprimer sa décision, laconique et dépourvue de toutes les discussions juridiques et factuelles qui ont précédé l'adoption de la solution du

---

citation d'auteurs, tantôt l'allégation d'une jurisprudence constante, la référence à des arrêts de juridictions égales ou supérieures, qui figurent là comme autorités ».

<sup>34</sup> P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, Paris, Sirey, 1946, p. 7. Des auteurs ont ainsi pu parler de « coutume jurisprudentielle » (R. SAVATIER, en incise de sa note sous Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 9 mars 1962, *Dalloz* 1962, pp. 625-627), de « *common law* » (R. SAVATIER, « Destin du Code civil français », *RIDC* 1954, pp. 637-664, spéc. pp. 643-644), de « légisprudence » (T. REVET, « La légisprudence », in *Mélanges Ph. Malaurie, Liber amicorum*, Paris, Defrenois, 2005, pp. 377-391).

<sup>35</sup> V. R. COLSON, *La fonction de juger, Étude historique et positive, op. cit.* Pour un exemple illustrant le pouvoir normatif du juge, il suffit de relever que la quasi totalité du droit privé de la responsabilité civile repose sur des règles jurisprudentielles, A. TUNC, « À propos de la jurisprudence », in *La jurisprudence aujourd'hui, RTD civ.* 1992, pp. 356-359.

<sup>36</sup> L'impact de l'admission de la possibilité de moduler dans le temps les effets d'une décision sur la conception du rôle du juge est systématiquement évoquée quel que soit par ailleurs le point de vue des auteurs sur la position à adopter. V. par exemple J.-H. STAHL et A. COURRÈGES, « La modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse », *op. cit.* : « modifier l'état du droit à une date déterminée est en principe l'apanage du pouvoir normatif et non du juge ».

<sup>37</sup> B. SEILLER, « Partie remise ou fin de partie », *op. cit.* L'auteur relève que : « pour s'arroger le pouvoir de la neutraliser [la règle posée par le revirement de jurisprudence], le juge doit d'abord admettre exercer un pouvoir normatif similaire à celui du législateur ou de l'autorité réglementaire. C'est ce à quoi le juge administratif peine manifestement à se résoudre. À quoi bon, il est vrai, le consacrer officiellement, au risque d'encourir le reproche de favoriser un gouvernement des juges ? Le juge n'a pas eu besoin de l'officialiser pour en disposer ! À l'abri derrière le paravent commode qui n'en fait que la bouche de la loi, le juge administratif crée le droit et le contentieux administratifs pour le plus grand profit des individus. Il reste qu'il n'en est pas toujours immédiatement ainsi, comme en témoigne la jurisprudence *Louis*. Ne serait-il pas plus judicieux d'assumer pleinement ce pouvoir normatif pour éviter que leur seule application rétroactive ne condamne des règles par ailleurs parfaitement acceptables ? ».

<sup>38</sup> Cons. const., 6 octobre 2010, n° 2010-39 QPC ; Cons. const., 14 octobre 2010, n° 2010-52 QPC ; B. MATHIEU, « La question de l'interprétation de la loi au cœur de la QPC », *JCP EG* 2010, 1071. P. DEUMIER, « L'interprétation de la loi : quel statut ? Quelles interprétations ? Quel(s) juge(s) ? Quelles limites ? », *op. cit.*, pp. 90 et s.



litige, ce qui contrevient à la conception du juge comme « donneur de sens »<sup>39</sup>. Le droit suisse semble plus proche de cette analyse de l'office du juge que de la conception retenue par le juge judiciaire français de sa fonction.

#### b) Un rôle consacré en Suisse

En droit suisse, le législateur reconnaît et organise de façon générale le pouvoir créateur de droit du juge en complément de son activité de mise en œuvre du droit écrit. Outre le rôle classique du juge comme interprète de la loi, son rôle normatif est envisagé de deux façons par le droit suisse. D'une part, la jurisprudence prend place à côté de la doctrine comme source d'inspiration<sup>40</sup> et son efficacité juridique de fait n'est pas bridée comme elle a pu l'être en France par l'article 5 du Code civil<sup>41</sup>. D'autre part, la règle jurisprudentielle est admise à suppléer la lacune de la loi.

L'alinéa 2 de l'article premier du titre préliminaire du Code civil suisse indique qu'« À défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur ». Le juge est donc source de droit, à titre supplétif certes. Il ne s'agit pas ici du pouvoir prétorien entendu comme la création de la règle de droit par l'accumulation de solutions particulières sous-tendues par un principe, mais de la création d'une norme abstraite, à l'instar de la règle législative<sup>42</sup>. Ce n'est qu'en présence d'une lacune de la loi<sup>43</sup> que le juge peut édicter une règle de droit. Cette

---

<sup>39</sup> V. R. COLSON, *La fonction de juger, Étude historique et positive, op. cit.*, p. 232 : reprenant l'analyse de C. Pérelman et de son équipe, l'auteur relève que la doctrine moderne indique que l'office du juge consiste « à dégager et à justifier la solution autorisée d'une controverse, dans laquelle des argumentations en sens divers, menées conformément à des procédures imposées, cherchent à faire valoir, dans des situations variées, une valeur ou un compromis entre valeurs, qui puisse être accepté dans un milieu et à un moment donnés ».

<sup>40</sup> Y. LE ROY et M.-B. SCHOENENBERGER, *Introduction générale au droit suisse*, Zurich, Schulthess, 2<sup>ème</sup> éd., 2008, p. 182. Les auteurs indiquent que la jurisprudence a un statut légal d'autorité (art. 3 du Code civil suisse) même si en pratique il s'agit bien d'une source de droit *sui generis*.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> La notion de lacune de la loi a fait l'objet d'une définition par le Tribunal fédéral. Il n'y a de lacune que si le juge se trouve confronté à une situation dans laquelle la loi laisse sans réponse une question juridique qui se pose inévitablement et à laquelle il est impossible de répondre en se fondant sur la lettre de la loi, ou sur son interprétation. ATF 100 Ib 137, pp. 157-160, cons. 5a : en l'espèce, il n'y a pas de lacune de la loi parce que pour déterminer l'applicabilité d'une réforme, le juge peut appliquer une solution par analogie, et à défaut, il peut encore recourir aux dispositions du Code civil qui posent les règles du droit transitoire. ATF 103 Ia 501, pp. 502-503, cons. 7 : il n'y a pas de lacune de la loi lorsque le législateur pose un principe général abstrait qui nécessite une concrétisation au cas par cas par le juge, qui lui n'a pas compétence pour poser cette règle abstraite et générale. ATF 112 V 51, p. 53, cons. 3. En raison d'une lacune de la réglementation, le juge décide d'appliquer par analogie une règle légale. En l'espèce cette disposition dispensait de cotisation les indemnités de prévoyance complémentaire versées par l'employeur

règle doit être nécessaire à la solution du litige<sup>44</sup>. Lorsqu'il décide de combler une lacune de la loi, le juge se fonde sur les principes qui guident le législateur, notamment les principes constitutionnels<sup>45</sup>.

L'existence de fait de la norme jurisprudentielle entraîne des contraintes formelles qui viennent encadrer le statut de la règle jurisprudentielle.

## 2) *Le statut de la règle jurisprudentielle*

La règle jurisprudentielle n'a pas le même statut que la norme légale<sup>46</sup>. Lorsque la décision juridictionnelle est conçue comme le fruit d'une interprétation de la loi, elle n'a pas besoin de convaincre mais seulement de permettre de vérifier si les conditions d'application de la loi sont bien réunies<sup>47</sup>. Lorsqu'au contraire la décision

---

aux salariés licenciés en raison d'une invalidité. La question était de savoir si une telle dispense de cotisation pouvait bénéficier à une personne qui a mis fin à son activité lucrative indépendante à la suite d'une invalidité et qui a vendu son fond (ATF 113 V 6, cons. 3.). Il y a une lacune lorsque le législateur n'a pas légiféré sur quelque chose qu'il aurait dû réglementer et que ni la lettre de la loi ni son interprétation ne permettent de dégager une règle. ATF 117 V 110, cons. 4, p. 116 : le législateur n'ayant envisagé que les mineurs de nationalité suisse de naissance et non ceux qui le sont par naturalisation, « on doit ainsi constater que la loi est entachée d'une pure lacune » et accorder à ces derniers le bénéfice des prestations de l'assurance-invalidité. Ainsi, lorsque le législateur envisage une réforme sur le point de droit en question mais finit par ne pas l'adopter aux termes des débats législatifs, il n'y a pas de lacune de la loi et « le juge ne saurait, au mépris du principe de séparation des pouvoirs, se substituer au législateur en adoptant la solution qu'il jugerait adéquate en droit désirable » : ATF 118 V 171, p. 173, cons. 2.

<sup>44</sup> Par exemple, s'agissant d'un débiteur qui, après la fin de la procédure de faillite, conteste le refus de l'office des faillites de recevoir un paiement pour différentes dettes impayées, le juge n'est pas tenu de combler la lacune de la loi car le Tribunal fédéral retient que le débiteur pouvait aussi se tourner directement vers les créanciers sans passer par l'office. ATF 117 III 1, cons. 2, p. 3 : « le juge ne doit faire acte de législateur que s'il se trouve confronté à une vraie lacune, c'est-à-dire si la loi laisse sans réponse une question juridique qui se pose inévitablement [...]. Mais si l'on peut se dispenser de trancher, il n'y a pas lacune ».

<sup>45</sup> ATF 112 V 51, p. 53, cons. 3.

<sup>46</sup> Le juge suisse prend soin de relever cette différence de nature par exemple lorsqu'il procède à l'application par analogie des principes relatifs au changement de jurisprudence à l'hypothèse de modifications d'instructions administratives, lesquelles n'ont pas force de loi et ne relèvent par conséquent pas des principes applicables en matière de changement de droit (ATF 120 II 137, p. 139, cons. 2b.). La distinction est clairement faite entre les règles qui relèvent des principes régissant le droit transitoire et les règles qui régissent la modification des pratiques que sont la jurisprudence et l'instruction administrative. Le Tribunal fédéral a ainsi indiqué qu'« en cas de modification du droit, il faut s'en remettre au bon vouloir du législateur pour savoir à quel moment la nouvelle législation doit entrer en vigueur » (ATF 119 Ib 103, p. 110, cons. 5 : « Bei Rechtsänderungen ist dem pflichtgemässen Ermessen des Rechtsetzers anheimgestellt, auf welchen Zeitpunkt eine gesetzliche Neuregelung in Kraft treten soll ». En l'espèce, une autorité douanière avait modifié un tarif, la question étant de savoir s'il fallait ou non appliquer le tarif ancien, et donc si la norme était une norme juridique ou une pratique administrative).

<sup>47</sup> V. R. COLSON, *La fonction de juger, Étude historique et positive, op. cit.*

juridictionnelle est conçue comme le produit d'une activité juridique qui complète l'œuvre normative du législateur, un certain nombre de contraintes interviennent, notamment l'obligation de convaincre par la motivation (a) et la nécessaire publicité de la décision (b).

a) La motivation

Le juge français comme suisse n'a la possibilité de dégager une règle de droit qu'à l'occasion du litige qui lui est soumis. Cette conception du rôle du juge est résumée par une formule de Portalis : « le juge civil est le ministre de la loi, quand la loi a parlé ; il est l'arbitre des différends, quand elle se tait »<sup>48</sup> et l'article 4 du Code civil lui fait obligation de trancher. La seule chose qui soit défendue au juge est la proclamation de solutions générales à l'instar du législateur, mais il doit donner la solution du litige, y compris en l'absence de règle législative. L'autorité de ce qui est jugé est relative en ce sens qu'elle se limite à la chose jugée, c'est-à-dire au litige portant sur le même objet et entre les mêmes parties<sup>49</sup>. De ce point de vue, la règle jurisprudentielle est d'une qualité inférieure à la loi puisque seul le législateur peut créer des structures et des modèles et raisonner par système, tandis que le juge apporte une réponse circonstancielle<sup>50</sup>.

Cependant, à l'occasion de l'examen d'une affaire particulière, le juge peut être conduit à affirmer une règle ayant une portée plus large que le simple résultat du litige concerné. De ce point de vue, l'obligation de motivation des décisions de justice posée par les constituants révolutionnaires en droit français<sup>51</sup> a été un pas vers l'élévation de la norme jurisprudentielle au rang de source de droit. L'obligation de juger imposée au juge français par l'article 4 du Code civil est complétée par l'obligation de motiver<sup>52</sup>, prévue par l'article 455 du Code de procédure civile français<sup>53</sup>. Cette obligation de motivation, apparue sous la Révolution et conçue comme un moyen de contrôler le juge<sup>54</sup>, va paradoxalement faire apparaître le rôle

---

<sup>48</sup> P.-A. FENET, *Travaux préparatoires du Code civil*, tome 6, p. 21.

<sup>49</sup> Art. 1351 du Code de procédure civile. V. D. D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, *op. cit.*, spéc. p. 182.

<sup>50</sup> P. JESTAZ, « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », *Dalloz* 1987, pp. 11-17.

<sup>51</sup> Constitution française du 24 juin 1793, article 94.

<sup>52</sup> P. JESTAZ, « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », *op. cit.* ; F. ZENATI-CASTAING, « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », *Dalloz* 2007, p. 1553.

<sup>53</sup> « Le jugement doit exposer succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens. Cet exposé peut revêtir la forme d'un visa des conclusions des parties avec l'indication de leur date. Le jugement doit être motivé. Il énonce la décision sous forme de dispositif ».

<sup>54</sup> L'obligation de motivation est aujourd'hui à classer parmi l'ensemble des garanties processuelles qui constitue les droits de la défense, G. WIEDERKEHR, « Droits de la défense et procédure civile », *Dalloz* 1978, pp. 36-38.

de ce dernier dans l'élaboration du droit<sup>55</sup>. Elle a pour conséquence de permettre l'accès aux règles de droit mises en œuvre par le juge. L'obligation de motiver en droit conduit à ce qu'un auteur désigne sous le terme du phénomène du « jugement exemplaire »<sup>56</sup> : la solution retenue par le juge est exposée aux yeux de tous et a valeur d'exemple. Cette valeur exemplaire peut toutefois être très relative en droit français en raison du caractère elliptique de certaines motivations. La motivation conçue comme un moyen de contrôle du juge par l'autorité publique ne nécessitait pas qu'elle soit explicite, il suffisait qu'elle existe et mette la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle. Il en résulte que le justiciable français n'est pas toujours à même d'accéder à la règle de droit<sup>57</sup>.

Cette conception française de la motivation diffère de celle des juridictions suisses. En droit suisse la motivation est davantage un moyen de persuader les justiciables du bien-fondé de la décision du juge. Par comparaison avec les décisions de la Cour de cassation, les décisions du Tribunal fédéral sont souvent si complètes qu'elles exposent doctrine et jurisprudence dans le détail avant de donner les motifs du choix de la solution retenue<sup>58</sup>. La disparité des moyens conférés aux juridictions française et suisse pourrait expliquer l'économie du style des motivations françaises<sup>59</sup>.

---

<sup>55</sup> F. ZENATI-CASTAING, « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », *op. cit.* : « Avant la Révolution, la jurisprudence était un phénomène négligeable, voire évanescant en raison de l'absence d'obligation de motiver les sentences. Mais, en imposant aux juges cette obligation et en réduisant les sources du droit à la loi, le droit intermédiaire a astreint les juges à construire juridiquement leurs raisons de juger et donc, paradoxalement, à l'encontre de ses principes, à créer, grâce à l'interprétation, un droit normatif à l'image de celui qu'ils sont tenus d'appliquer. La rencontre de la motivation et de la loi a fait naître la jurisprudence en tant que norme ».

<sup>56</sup> P. JESTAZ, « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », *op. cit.*

<sup>57</sup> L'inaccessibilité de la règle de droit jurisprudentielle n'est pas matérielle, la Cour de cassation publiant volontiers ses décisions, mais intellectuelle. Il n'est pas facile d'apprécier la portée d'un arrêt, comme en témoigne l'appréciation critique de J. GHESTIN, « L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation », *Dalloz* 2004, pp. 2239 et s. : l'auteur commente les capacités de certains juristes à comprendre exactement un arrêt de la Cour de cassation. La Cour de cassation a d'ailleurs récemment publié sur son site une fiche méthodologique rédigée par J.-F. WEBER, « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », *BICC*, n° 702, 15 mai 2009, consultable sur le site [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr). V. aussi, J. VOULET, « L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation », *JCP* 1970. I. 2305. *A fortiori*, pour le citoyen, l'accès aux règles issues de la jurisprudence n'est pas aisé.

<sup>58</sup> Par exemple, lorsque le Tribunal fédéral a refusé d'alourdir la responsabilité des parents du fait de leur enfant mineur, la décision comportait six pages (ATF 133 III 556). Comparativement, la décision de la Cour de cassation qui pose le principe selon lequel les parents ne peuvent s'exonérer de la responsabilité du fait de leur enfant que par la preuve de la force majeure comporte deux paragraphes (Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 19 février 1997, n° 94-21111, *Bull.* n° 56).

<sup>59</sup> Dans un souci d'économie, le législateur fédéral suisse permet au juge de ne fournir une motivation écrite qu'en cas de recours contre la décision rendue dans le cadre de la procédure ordinaire, art. 238 et 239 du Code fédéral de procédure civile. Cette possibilité existait déjà dans certains droits cantonaux.

Il semble toutefois qu'il faut davantage comprendre ce style particulier comme l'apanage de l'Autorité, laquelle dit la règle de droit sans avoir davantage à s'expliquer. Une motivation détaillée ouvrirait la discussion sur l'opportunité de la solution, ce qu'affaiblirait l'expression de l'autorité que constitue la décision de justice. Il est donc possible qu'en droit suisse, le rôle du juge comme source de droit supplétive le place dans une situation plus favorable *a priori* que le juge français qui a dû longtemps se réfugier derrière la fiction de l'application pure de la loi.

Dans la mesure où la décision juridictionnelle exprime la ou les règles de droit applicable(s) au litige, elle participe à la création du droit. Or le droit doit être accessible, ce qui implique que la décision reçoive une publicité<sup>60</sup>.

#### b) La publicité de la décision

La problématique de la publicité en tant qu'elle participe à l'accessibilité du droit a déjà été traitée par d'autres auteurs, il s'agit ici de présenter les éléments de droit suisse en relation avec la question de la modulation dans le temps des effets des décisions juridictionnelles<sup>61</sup>. Comme le relève un auteur, « accessibilité et simplicité sont liées. Il s'agit pour les protagonistes d'un procès et pour ceux qui les assistent ou les représentent, de connaître facilement la procédure dans toutes ses modalités de mise en œuvre, savoir comment saisir la juridiction, ne pas méconnaître ses propres droits et obligations comme ceux de l'adversaire, en quelque sorte disposer d'une règle du jeu transparente, sûre et lisible »<sup>62</sup>. Il semble cependant que l'exigence d'accessibilité et de clarté du droit est un idéal parce que peu de justiciables sont à même de comprendre la règle de droit qui leur est appliquée<sup>63</sup>. Toutefois, si le juriste

---

<sup>60</sup> E. CARTIER, « Accessibilité et communicabilité du droit », *Jurisdoctoria*, n° 1, 2008, pp. 51-76, *in fine*, à propos de la jurisprudence du Conseil d'État en matière d'annulation d'actes administratifs.

<sup>61</sup> Il est à noter que la question de l'accessibilité de la norme jurisprudentielle ne se confond pas avec le principe de publicité de la justice (sur ce principe, v. P. KAYSER, « Le principe de la publicité de la justice dans la procédure civile », in *Mélanges P. Hébraud*, Toulouse, Presse universitaire des sciences sociales de Toulouse, 1981, pp. 501-526). Les décisions rendues en chambre du conseil peuvent néanmoins faire l'objet d'une publication sous réserve des éléments identifiant les parties. Il ne s'agit pas ici non plus d'envisager la publicité du jugement en tant que sanction civile ou pénale.

<sup>62</sup> G. CANIVET, « Du principe d'efficience en droit judiciaire privé », in *Mélanges P. Drai, Le juge entre deux millénaires*, Paris, Dalloz, 2000, pp. 243-252, spéc. p. 245.

<sup>63</sup> R. von Jhering dénonçait déjà en son temps cette illusion : R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain*, trad. fr. par O. de Meulenaère, Bologne, éd. Forni, 3<sup>ème</sup> éd., rééd. de 2004, *Juristes et gens du monde* (§ 42) : « Quant aux juristes qui partagent et aident à propager l'illusion d'un droit populaire, accessible à tout individu, citadin ou campagnard, et n'exigeant point les lumières des juristes, je ne puis que leur conseiller, pour se guérir, de s'essayer au métier de cordonnier ou de tailleur. Bottes et habits leur apprendront ce que la jurisprudence n'a su leur enseigner ; ils se convaincront que l'art le plus humble a sa technique, laquelle n'est que le dépôt accumulé et devenu objectif de la saine raison humaine, mais ne peut être appliquée et jugée que par celui qui se donne la peine de l'étudier ».

ne peut atteindre cet idéal d'accessibilité du droit, il doit néanmoins s'efforcer de s'en approcher autant que possible. Deux raisons justifient cette démarche : d'une part, une règle de droit est plus facilement suivie si elle est comprise, d'autre part, lorsqu'une règle est obscure, comment savoir si elle n'est pas arbitraire ?

La question de l'accessibilité de la règle jurisprudentielle prend un caractère particulièrement aigu en matière pénale en raison du principe de la légalité des peines et des délits et en raison du principe de l'interdiction de la rétroactivité en matière pénale, ce qui a valu à la France une condamnation par la CEDH pour l'application d'un revirement de jurisprudence<sup>64</sup>.

Sans aller jusqu'à l'inopposabilité de la règle jurisprudentielle contenue dans une décision non publiée, l'ignorance du public peut néanmoins être prise en compte pour justifier la modulation dans le temps des effets d'un revirement de jurisprudence intervenu en dehors du champ du droit pénal. Ainsi, le Tribunal fédéral a été conduit à décider qu'en cas de divergence de jurisprudence, la non publication d'une décision procédant à un revirement conduit à écarter l'application immédiate au litige de la règle résultant de la décision non publiée<sup>65</sup>. Cette décision montre que le préalable nécessaire à l'examen de la question de l'éventuelle modulation dans le temps des effets de la décision juridictionnelle est l'effectivité de sa publication. Dès lors que la décision du juge est susceptible d'influer sur l'issue d'autres litiges parce qu'elle peut être généralisée en raison de sa motivation

---

<sup>64</sup> CEDH, 10 octobre 2006, *Pessino c/ France*, req. n° 40403/02 : « §.29 La notion de « droit » (« law ») utilisée à l'article 7 correspond à celle de « loi » qui figure dans d'autres articles de la Convention ; elle englobe le droit d'origine tant législative que jurisprudentielle et implique des conditions qualitatives, entre autres celles de l'accessibilité et de la prévisibilité ». En l'espèce la France a échoué à démontrer que l'interprétation jurisprudentielle donnée au texte pénal avait déjà été retenue par le passé. La Cour conclut à l'unanimité à la violation de l'article 7 CESDHLF : « §.35 [...] le principe de la légalité des délits et des peines, contenu dans l'article 7 de la Convention, interdit que le droit pénal soit interprété extensivement au détriment de l'accusé, par exemple par analogie [...]. Il en résulte que, 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 ». Tirant les conséquences de cette condamnation, la Cour de cassation a indiqué au législateur la nécessité d'une modification du texte dont la malfaçon avait rendu nécessaire le revirement de jurisprudence : Cour de cassation, *Rapport 2009*, Suggestions nouvelles : [L'incrimination de la poursuite de travaux malgré une décision de la juridiction administrative ordonnant qu'il soit sursis à l'exécution du permis de construire](#).

<sup>65</sup> En l'espèce, la divergence de jurisprudence portait sur la question de la voie de recours à exercer. Le demandeur avait choisi d'exercer un recours en nullité alors que selon une décision non publiée, il fallait exercer un recours en réforme. Le Tribunal fédéral donne la préférence à la solution retenue par la décision non publiée mais permet au justiciable d'exercer le bon recours : ATF 96 II 262. La loi de procédure devant le Tribunal fédéral prévoit expressément qu'un délai peut être restitué lorsque son inobservation ne résulte pas de la faute du justiciable (loi du 17 juin 2005 *sur le Tribunal fédéral*, art. 50, RS 173.110).

convaincante, sa publication s'impose et il convient d'organiser des modalités de publication efficaces<sup>66</sup>.

En considération de leur rôle d'unification de l'application du droit, les décisions des Cours suprêmes font l'objet d'une publicité en France<sup>67</sup> comme en Suisse<sup>68</sup>. La lecture des décisions du Tribunal fédéral permet de constater une différence de pratique. En droit suisse, les réflexions préparatoires figurent dans la décision de façon exhaustive. En droit français, les quelques lignes d'un arrêt dissimulent rapports et conclusions, souvent inédits<sup>69</sup>. Du point de vue de l'accessibilité de la règle juridictionnelle, la non publication des travaux préparatoires interdit dans certains cas aux juristes et *a fortiori* au simple citoyen de comprendre exactement le sens et la portée d'une décision. Bien que la Cour de cassation française effectue un travail en ce sens, seuls les travaux préparatoires des décisions jugées capitales font l'objet d'une publication. Toutefois, les modalités actuelles de publicité de la décision ne sont pas suffisantes s'il s'agit de porter à la connaissance du public les règles de droit nées ou à naître. En effet, la motivation

---

<sup>66</sup> Ainsi, la jurisprudence a acquis en *Common Law* l'importance qui est la sienne aujourd'hui par la réunion de trois facteurs : le besoin de sécurité juridique, la centralisation du pouvoir judiciaire et l'apparition de recueils de jurisprudence fiables. D. EDWARD, « Le rôle de la jurisprudence dans le common law », *O direito comunitário e a construção europeia*, 1999, pp. 125-134.

<sup>67</sup> S'agissant du juge judiciaire, les art. 11-2 et 11-3 de la loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 et l'art. 1016 du Code de procédure civile prévoient d'une part le principe de la publicité des débats, d'autre part le droit pour les tiers d'obtenir une copie de toute décision rendue publiquement. La publicité des arrêts de la Cour de cassation remonte à la création de la juridiction par la Révolution française en 1790 : Y. CHARTIER, « Remarques sur la rédaction des arrêts civils de la Cour de cassation », in *Mélanges P. Drai, Le juge entre deux millénaires, op. cit.* À l'époque, la publicité était conçue comme un moyen de contrôle du juge. S'agissant du juge constitutionnel, l'[ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel](#) prévoit la publication au *Journal officiel* des décisions, qu'elles résultent de la saisine préalable (art. 21) ou de la QPC (art. 23-11). S'agissant du juge administratif, la question est davantage envisagée sous l'angle de la publicité des jugements (art. L. 10 du CJA) et non de la publication et de la diffusion des décisions. De façon plus générale, un service public de la diffusion du droit par l'internet a été créé (décret n° 2002-1064 du 7 août 2002) afin d'assurer l'accès du public aux textes et à la jurisprudence, et notamment la publication des décisions et arrêts du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État, de la Cour de cassation et du Tribunal des conflits. Cependant, la publication des décisions de non admission de pourvoi n'est pas effectuée malgré la généralité des termes du décret (une décision de non admission de pourvoi n° 10-18378 (Cass. soc. 27 septembre 2011) n'est pas accessible sur Legifrance, de même que les décisions de Cours d'appel qui n'ont pas été sélectionnées pour figurer dans la base JuriCA.

<sup>68</sup> L'article 17 de la *Loi fédérale d'organisation judiciaire* (OJ, RS 173. 110) prévoit que les délibérations du Tribunal fédéral sont également publiques par principe, tandis que la loi sur le Tribunal fédéral indique, art. 27, que le Tribunal fédéral informe le public sur sa jurisprudence, les arrêts étant publiés sous une forme anonyme. Pour une présentation du système suisse de publication, v. P. TSCHÜMPERLIN, *Publicité des décisions et pratique en matière de publication du Tribunal fédéral*, Lausanne, 2002.

<sup>69</sup> A. TOUFFAIT et A. TUNC, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment celles de la cour de cassation », *RTD civ.* 1974, pp. 487-508.

extrêmement succincte des arrêts de la Cour de cassation ne permet pas réellement de comprendre les enjeux et les idées directrices qui ont conduit le juge à adopter telle solution plutôt que telle autre<sup>70</sup>.

Cependant, le mouvement général va vers une publication de plus en plus large des décisions juridictionnelles en France comme en Suisse, permettant ainsi de mieux appréhender la teneur de la règle jurisprudentielle. Dès lors, la question de la modulation dans le temps des effets de la décision juridictionnelle est à envisager.

## II – LE DÉPLOIEMENT DANS LE TEMPS DES EFFETS DE LA DÉCISION

Organiser le déploiement dans le temps des effets de la décision revient d'une part à admettre que le juge exerce un pouvoir normatif, d'autre part à encadrer l'exercice de ce pouvoir. Le déploiement dans le temps des effets de la décision du juge s'organise autour de deux principes contradictoires : l'exigence de sécurité juridique d'une part, la nécessité d'appliquer le droit et de faire évoluer la jurisprudence d'autre part. Ces principes seront envisagés en premier lieu (1) pour ensuite considérer la pratique juridictionnelle du revirement pour l'avenir tant en droit suisse qu'en droit français (2).

### 1) *Les principes*

Par nature, la décision juridictionnelle intervient bien après l'adoption de l'acte déferé à la juridiction ou la commission des faits, cause du litige. Pour reprendre les

---

<sup>70</sup> Cette remarque est peut-être moins vraie s'agissant des décisions du Conseil constitutionnel. En revanche, s'agissant du juge administratif, il faut distinguer les arrêts de principe, dont la motivation permet de comprendre exactement les enjeux, des arrêts moins notables, souvent guidés par des considérations de ménagement des deniers publics. Un exemple récent est donné par l'affaire des pensions d'invalidité militaires. Selon le corps d'origine, la pension d'invalidité diffère, ce, sans justification logique. Les pensions de la marine étant plus avantageuses, des militaires d'autres armes ont saisi les juridictions de l'invalidité de demandes fondées sur les articles 13 et 14 CESDHLF, afin d'avoir un recours pour obtenir la révision des pensions discriminatoires. Les juges du fond ayant fait droit à cette demande, les textes ont été modifiés mais sans rétroactivité et aujourd'hui, le Conseil d'État affirme que l'action est irrecevable car ouverte soit dans un délai de six mois à compter de l'arrêté fixant la pension (art. L. 79 du Code des pensions militaires d'invalidité), soit pour des motifs limitativement énumérés par la loi (art. L. 78 du Code des pensions militaires d'invalidité). Une demande de QPC a été écartée (CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> sous-sections réunies, 24 juin 2010, n° 336106). L'argument tiré des articles 13 et 14 CESDHLF est donc totalement évacué et les juridictions de renvoi sont tenues d'appliquer la solution posée par le Conseil d'État. Même si la France risque une condamnation devant la Cour européenne, cela ne concernera que peu d'invalides, lesquels se trouveront doublement discriminés, d'abord au regard de ceux ayant obtenu des conditions plus favorables à l'origine, ensuite par comparaison avec les personnes demandant aujourd'hui une pension d'invalidité. Il est à noter que l'ensemble de ces considérations n'apparaît absolument pas dans l'arrêt du Conseil d'État qui inaugure sa position sur cette question.



termes même d'un magistrat : « toute jurisprudence est par nature rétroactive, puisque la décision de justice statue nécessairement sur des actes ou faits du passé »<sup>71</sup>. Par conséquent, lorsque le juge dégage une règle à l'occasion de sa décision, il l'applique à des faits nés sous l'empire de l'interprétation ancienne<sup>72</sup>. Dans la mesure où l'un des aspects de la fonction juridictionnelle est de faire évoluer les règles de droit en fonction de la société, la jurisprudence ne peut et ne doit pas être figée<sup>73</sup>. Ce principe est constamment réaffirmé en droit suisse<sup>74</sup> comme en droit français. Cette absence de précédent obligatoire se traduit non seulement par la possibilité de procéder à un revirement pour la juridiction ayant émis la solution abandonnée, mais aussi par le fait que les juges du fond ne sont pas liés par la solution affirmée par la Cour suprême<sup>75</sup>. Cette conception est celle du droit écrit, par opposition aux systèmes de *Common Law*<sup>76</sup> dans lesquels le revirement de jurisprudence est perçu comme « l'un des événements les plus dramatiques dans un système de *Common Law* »<sup>77</sup>.

La question de la modulation dans le temps des effets de la décision juridictionnelle doit d'abord être envisagée sous l'angle de la nécessité de faire évoluer le droit qui justifie donc l'application immédiate de la règle nouvelle (a), pour ensuite considérer le principe de la sécurité juridique (b).

a) Le principe de l'application immédiate

Le principe de l'application immédiate de la décision prend une figure différente selon qu'elle concerne l'annulation d'un acte par les juges constitutionnel et administratif ou un revirement de jurisprudence du juge judiciaire. Alors que le législateur doit justifier de motifs impérieux d'intérêt général pour opérer une application rétroactive de la règle nouvelle aux instances en cours, le juge doit

---

<sup>71</sup> A. LACABARATS, Rapport sur Cass. Ass. pl., 21 décembre 2006, n° 00-20493, Bull. n° 15.

<sup>72</sup> J. RIVÉRO, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA* 1968, pp. 15-18.

<sup>73</sup> N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence*, Paris, Lexisnexis, 2004, p. 14.

<sup>74</sup> V. par exemple ATF 122 I 57. C. CHAPPUIS et J.-F. PERRIN, « Le traitement des divergences de jurisprudence en Suisse », in P. ANCEL (dir.), *Les divergences de jurisprudence*, Saint Étienne, Presses de l'université de Saint Étienne, 2003, pp. 329 et s.

<sup>75</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 21 décembre 2006, n° 05-20282, Bull. n° 363. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 novembre 2008, n° 05-19549.

<sup>76</sup> D. EDWARD, « », *op. cit.* J. BLONDEEL, « La Common Law et le droit civil », *RIDC* 1951, pp. 585-598 (doi: 10.3406/ridc.1951.7993) accessible en ligne (page consultée le 5 novembre 2011) : [http://www.persec.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc\\_0035-3337\\_1951\\_num\\_3\\_4\\_7993](http://www.persec.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1951_num_3_4_7993).

<sup>77</sup> C. N. W. KECKLER, « The Hazards of Precedent : A Parameterization of Legal Change », *George Mason Law & Economics Research Paper*, n° 05-36, 13 décembre 2006.

motiver spécialement sa décision de moduler dans le temps les effets d'un revirement<sup>78</sup>.

Les principes de l'évolutivité de la jurisprudence et de l'application immédiate de la règle nouvelle existent aussi bien devant le juge constitutionnel<sup>79</sup> que devant le juge administratif<sup>80</sup> ou le juge judiciaire<sup>81</sup>. Ils se justifient par le fait que l'existence de la possibilité du revirement de jurisprudence ne présente pas d'inconvénient majeur parce qu'il n'intervient que rarement, dans des cas où la règle n'est pas forcément très claire et qu'il ne concerne directement que les parties au procès<sup>82</sup>. Ce dernier point est moins vrai s'agissant des juges constitutionnel et administratif puisque l'annulation de dispositions générales a des conséquences sur toutes les personnes potentiellement visées par cette réglementation.

La CEDH a également régulièrement affirmé tant concernant sa propre jurisprudence<sup>83</sup> que celle des juridictions des États membres que la survenance d'un

<sup>78</sup> Cass. soc., 22 septembre 2010, n° 09-40968, *Bull.* n° 191 : un plaideur est très mal fondé à indiquer 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 et des libertés fondamentales s'opposent à l'application immédiate d'un revirement de jurisprudence ne reposant pas sur des motifs impérieux d'intérêt général ». La formule est vraie pour la loi, mais totalement fautive s'agissant de la jurisprudence.

<sup>79</sup> *Cons. const.*, 15 mars 1999, DC n° 99-410, §.4. L'*ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel* prévoit expressément que le Conseil constitutionnel puisse être interrogé à nouveau par voie de QPC en cas de changement des circonstances (*art. 23-2 2°*). Cette disposition permet qu'une disposition législative déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel soit de nouveau soumise à son examen lorsqu'un tel réexamen est justifié par les changements intervenus depuis la précédente décision, dans les normes de constitutionnalité applicables ou dans les circonstances de droit ou de fait, qui affectent la portée de la disposition législative critiquée.

<sup>80</sup> CE, 26 décembre 1925, *Rodière, Lebon* p. 1065 ; *GAJA* n° 42 ; *RDJ* 1926, p. 32, concl. Cahen-Salvador. CE, 2 septembre 2009, n° 297013, *Lebon* 2010.

<sup>81</sup> La Cour de cassation affirme qu'il n'existe aucun droit au maintien d'une jurisprudence. Par exemple dans un arrêt du 11 juin 2009, la première chambre civile de la Cour de cassation indique 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 d'accès au juge ».

<sup>82</sup> Y. LE ROY et M.-B. SCHENENBERGER, *op. cit.*, p. 195. P. ROUBIER, *Les conflits de lois dans le temps*, *op. cit.*, p. 32.

<sup>83</sup> V. par ex. *CEDH, G.C.*, 15 octobre 2009, *Micallef c. Malte*, req. n° 17056/06, § 81 : « certes, il est dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité et de l'égalité devant la loi qu'elle [la CEDH] ne s'écarte pas sans motif valable de ses précédents ; toutefois, si elle devait faillir à maintenir une approche dynamique et évolutive, pareille attitude risquerait de faire obstacle à toute réforme ou amélioration... Il ne faut pas oublier que la Convention a pour but de « protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs » ; N. HERVIEU, *Actualités Droits-Libertés* du 16 octobre 2009.

revirement de jurisprudence et l'application de cette nouvelle solution à une procédure en cours ne constituait pas une violation de l'article 6 (droit à un procès équitable) car « les exigences de la sécurité juridique et de protection de la confiance légitime des justiciables ne consacrent pas de droit acquis à une jurisprudence constante » et qu' « une évolution de la jurisprudence n'est pas en soi contraire à une bonne administration de la justice, dès lors que l'absence d'une approche dynamique et évolutive empêcherait tout changement ou amélioration »<sup>84</sup>. Le droit de l'Union européenne prévoit également que les effets des décisions de la CJUE se produisent immédiatement<sup>85</sup>.

En droit suisse, le Tribunal fédéral indique qu' « une nouvelle jurisprudence s'applique immédiatement, y compris aux affaires pendantes au moment où elle est adoptée »<sup>86</sup>. La possibilité de procéder à un revirement de jurisprudence est perçue comme nécessaire<sup>87</sup> et ce n'est que par exception que le juge sera amené à moduler les effets dans le temps de sa décision. Cependant, le principe de l'application immédiate de la jurisprudence ne signifie pas que le revirement puisse être arbitraire. Le Tribunal fédéral, en droit suisse, exige une motivation spéciale donnant des raisons objectives justifiant de procéder à un revirement de jurisprudence<sup>88</sup>. Cette

---

<sup>84</sup> CEDH, 26 mai 2011, *Legrand c. France*, req. n° 23228/08, N. HERVIEU, *Actualités Droits-Libertés du 29 mai 2011*.

<sup>85</sup> TFUE, art. 264 (ex-article 231 TCE) : « Si le recours est fondé, la Cour de justice de l'Union européenne déclare nul et non avenue l'acte contesté ». H. LABAYLE, « La Cour de justice des Communautés européennes et la modulation des effets de sa jurisprudence : autres lieux ou autres mœurs ? », *RFDA* 2004, p. 663. La décision de la CJUE s'impose alors directement dans les ordres juridiques des États membres (CJCE, 9 mars 1978, *Simmmenthal*, aff. C-106/77, *Rec. CJCE* 629 ; *AjDA* 1978, p. 324, note J. Boulouis) et il semble que le juge national ne puisse décider de différer l'application immédiate de la décision européenne (CJUE, 8 septembre 2010, *Winner Wetten*, aff. C-409/06 ; M. AUBERT, E. BROUSSY, F. DONNAT, « Chronique de jurisprudence de la CJUE », *AjDA* 2010, p. 2305).

<sup>86</sup> F. BOHNET, « Principes de procédure et conditions de recevabilité », in F. BOHNET, J. HALDY, N. JEANDIN, Ph. SCHWEITZE, D. TAPPY (dir.), *Code de procédure civile commenté*, Bâle, Helbing et Lichtenhahn, 2011, pp. 133 et s., spéc. pp. 137 et s. n° 23 et s.

<sup>87</sup> ATF 94 I 15, cons. 1, p. 16 : « un changement de jurisprudence justifié par des motifs objectifs, qu'il se rapporte à une question de droit matériel ou de procédure, n'est pas contraire à l'art. 4 Cst. ». ATF 89 I 428 et les arrêts cités, ATF 91 I 3, 93 I 259.

<sup>88</sup> ATF 122 I 57, cons. 3c, p. 59 : « L'autorité qui modifie sa jurisprudence tombe dans une contradiction ; or une décision peut violer l'art. 4 Cst. et le droit à l'égalité si elle est en contradiction avec une autre et que toutes deux émanent de la même autorité. Toutefois, le juge ne peut pas être contraint de maintenir une solution qui, à un moment donné, lui paraît moins satisfaisante qu'une autre. Dès lors, un revirement de jurisprudence ne transgresse pas l'art. 4 Cst. s'il s'appuie sur des raisons objectives [...] ». Parmi les raisons objectives pouvant justifier un revirement de jurisprudence, le Tribunal fédéral mentionne une connaissance plus exacte de l'intention du législateur, la modification des circonstances extérieures, un changement de conception juridique ou l'évolution des mœurs. Plus la jurisprudence est constante, plus le juge sera exigeant sur les motifs indiqués (ATF 120 II 137 cons. 3, p. 142). Ainsi, le Tribunal fédéral

exigence de motivation du revirement permet aux juristes de percevoir immédiatement l'impact d'une décision, ou *a contrario*, de déduire du silence gardé par le Tribunal fédéral que la solution particulière d'un arrêt ne constitue pas un revirement de jurisprudence<sup>89 90</sup>. La CEDH a également affirmé l'exigence d'une justification particulière en cas de revirement de jurisprudence, impliquant une « obligation de motivation renforcée en cas de revirement de jurisprudence »<sup>91</sup>. Il semble que cette tendance se traduise également dans un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation<sup>92</sup>.

Outre l'obligation formelle de justifier de l'opportunité du revirement de jurisprudence, le droit suisse connaît également des modalités d'aménagement dans le temps des effets du revirement de jurisprudence afin d'offrir une certaine sécurité juridique aux justiciables.

#### b) La sécurité juridique

Les termes et les principes employés en droit suisse, en droit français et en droit européen ne sont pas les mêmes, bien que les résultats factuels soient souvent comparables. L'idée commune est que les destinataires de la norme, c'est-à-dire ceux

---

indique que « le revirement de jurisprudence se justifie seulement s'il repose sur des motifs suffisamment sérieux. Spécialement lorsqu'il s'agit d'une jurisprudence constante depuis plusieurs dizaines d'années. Les motifs qui parlent en faveur de la nouvelle solution et contre la pratique antérieure doivent être globalement d'un poids plus important que la conséquence négative qu'aura le changement de solution, notamment sur la sécurité juridique » (ATF 125 III 312, spéc. p. 321, cons. 7).

<sup>89</sup> V. par ex. G. AUBERT, « Calcul du délai de congé : revirement de jurisprudence ? Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral, 1er Cour civile, du 14 avril 2005, recours en réforme (4CF.423/2004) », *Droit du travail : revue de droit du travail et d'assurance-chômage*, n° 3, 2005, pp. 173-176 (<http://archive-ouverte.unige.ch/unige:12188>), l'auteur relève que « soucieux de la sécurité du droit, le Tribunal fédéral n'a pas l'habitude de changer sa jurisprudence sans le dire. S'il s'y résout, c'est toujours pour des motifs explicites, qu'il apprécie d'autant plus restrictivement que la jurisprudence est bien établie ».

<sup>90</sup> À la marge de la question du revirement, les règles de procédure envisagent parfois le problème de la divergence de jurisprudences. Ainsi l'article 23 de la loi sur le Tribunal fédéral comme l'article 25 de la loi sur le Tribunal administratif fédéral envisagent les « changements de jurisprudence et précédents » mais ces dispositions visent à éviter les divergences de jurisprudence, sans vraiment envisager la question de la modulation dans le temps des effets du revirement. L'exigence de sécurité juridique est en revanche expressément envisagée s'agissant des conditions dans lesquelles les décisions gracieuses peuvent être annulées ou modifiées (art. 256 CPC : elles peuvent toujours être annulées ou modifiées sauf lorsque la loi ou la sécurité du droit s'y opposent, [Code fédéral de procédure civile, 19 décembre 2008, RS. 272](#)).

<sup>91</sup> J.-F. FLAUSS, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (sept. 2009 – février 2010) », *AjDA* 2010, p. 997.

<sup>92</sup> P. DEUMIER, « Quand la Cour de cassation assume ses revirements », *RTD civ.* 2011, p. 493.

à qui elle prescrit un comportement donné, doivent pouvoir en avoir connaissance au moment d'agir<sup>93</sup>.

En droit suisse, la modulation dans le temps des effets de la décision juridictionnelle est fondée sur la bonne foi, principe directeur du droit suisse découlant du principe d'égalité devant la loi<sup>94</sup> et de son corollaire de l'interdiction de l'arbitraire<sup>95</sup>, visé aux 5 et 9 de la Constitution fédérale, à l'article 2 du Code civil suisse<sup>96</sup> et à l'article 52 du Code fédéral de procédure civile<sup>97</sup>. Parmi les principes

---

<sup>93</sup> A. CRISTAU, « L'exigence de sécurité juridique », *Dalloz* 2002, p. 2814.

<sup>94</sup> Avant la réforme constitutionnelle, le principe d'État de droit dont participe le principe de bonne foi et de confiance légitime et par suite la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence était rattaché au principe d'égalité devant la loi garanti par l'art. 4 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874. B. WEBER-DÜRLER, *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*, Bâle, Helbing et Lichtenhahn, 1983, p. 50. V. par exemple ATF 117 Ia 297, cons. 2, p. 298 : « découlant directement de l'art. 4 Cst. et valant pour l'ensemble de l'activité étatique, le principe de la bonne foi donne au citoyen le droit d'être protégé dans la confiance légitime qu'il met dans les assurances reçues des autorités ». ATF 107 Ia 206, cons. 3a p. 211 : « le principe de la bonne foi ancré à l'art. 2 CC et étendu par le Tribunal fédéral, dans sa jurisprudence relative à l'art. 4 Cst., à l'ensemble des domaines du droit et en particulier à la procédure civile et pénale [...] ». Art. 5 Cst. Principes de l'activité de l'État régie par le droit : « 1 Le droit est la base et la limite de l'activité de l'État. 2 L'activité de l'État doit répondre à un intérêt public et être proportionnée au but visé. 3 Les organes de l'État et les particuliers doivent agir de manière conforme aux règles de la bonne foi ». Art. 9. Protection contre l'arbitraire et protection de la bonne foi : « Toute personne a le droit d'être traitée par les organes de l'État sans arbitraire et conformément aux règles de la bonne foi ». Le Conseil fédéral indique le sens de ces textes qui codifient des principes déjà admis par le Tribunal fédéral : [Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996 et Projet de Constitution 1996](#), pp. 146 et s.

<sup>95</sup> Ces principes ont été mis en œuvre par le Tribunal fédéral voici bien longtemps. Le principe d'égalité devant la loi en tant que principe constitutionnel liant les autorités fédérales qu'elles soient administratives, judiciaires ou législatives a été affirmé par une décision du 4 avril 1880 (ATF 6 I 171, *Jäggi c/ Soleure*) : « Le principe d'égalité devant la loi implique une application uniforme de la loi ». Cela n'interdit pas l'application immédiate d'un revirement de jurisprudence, cependant le Tribunal fédéral a décidé, dès les années 1930, de différer la mise en œuvre d'un revirement de jurisprudence qui aurait entraîné la péremption d'un droit suite à un changement dans la computation des délais (ATF 56 I 441, 22 novembre 1930, *Dettweiler c/ le Tribunal supérieur du pays de Bâle*). Dans cette affaire, le Tribunal fédéral indique la tension entre les deux principes d'adaptation du droit d'une part, de sécurité juridique d'autre part. La même solution avait été affirmée antérieurement s'agissant de l'interprétation donnée par l'administration, ATF 49 I 293 (18 mai 1923, *Commune de Berne c/ gouvernement de Berne*). Il semble que la pratique suisse de la modulation dans le temps des effets d'un revirement de jurisprudence soit indépendante de la doctrine allemande de l'État de droit comme de la contamination par la pratique de la Cour suprême des États-Unis du *prospective overruling*, instituée par l'arrêt *Great Northern Railway Co. v/ Sunburst oil & Refining Co.* de 1932.

<sup>96</sup> Art. 2 CCS : « Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi ».

<sup>97</sup> Art. 52. Respect des règles de la bonne foi. « Quiconque participe à la procédure doit se conformer aux règles de la bonne foi ».

directeurs de la procédure civile suisse, désignés par le terme de *Prozessmaximen*<sup>98</sup>, figure l'injonction d'agir conformément à la bonne foi. Ce principe s'impose aux parties mais aussi au juge<sup>99</sup>. Il garantit constitutionnellement au justiciable que l'État et les autorités publiques se comporteront conformément au principe de bonne foi<sup>100</sup>, ce qui implique l'interdiction de l'arbitraire et l'interdiction pour l'État de se comporter de façon à prendre les justiciables par surprise<sup>101</sup>. Selon le Tribunal fédéral, une décision est arbitraire lorsqu'elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et incontesté, ou heurte le sentiment de la justice et de l'équité<sup>102</sup>.

En droit européen, les termes et les principes employés ne sont pas totalement identiques. Du point de vue de la CEDH, le raisonnement est tenu sur le fondement du principe du procès équitable. Pour concilier sécurité juridique et nécessaire souplesse du droit, la CEDH a admis la possibilité de moduler dans le temps les effets de ses propres décisions<sup>103</sup>. S'agissant des décisions des juridictions des États membres, la CEDH considère que l'application à une procédure en cours d'un revirement de jurisprudence n'est pas en soi contraire au droit au procès équitable<sup>104</sup>. Le droit de l'Union européenne habilite expressément la Cour de

<sup>98</sup> A. STAEHELIN, D. STAEHELIN, P. GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, Zurich, Schulthess, 2008, pp. 109 et s.

<sup>99</sup> TF. 13 juillet 2007, n° 4P.33/2007, SZPP. 2008/1, pp. 13 et s. Le Tribunal fédéral censure le juge cantonal qui a changé de pratique. Alors qu'un État pouvait auparavant se prévaloir devant le Tribunal des prud'hommes de l'immunité de juridiction en se faisant représenter par un avocat, le Tribunal cantonal décide qu'il doit désormais se faire représenter à l'audience par un diplomate. Le Tribunal fédéral estime qu'un tel revirement de jurisprudence doit être précédé d'un avertissement, et qu'à défaut, il y a violation de l'article 9 de la Constitution.

<sup>100</sup> A. STAEHELIN, D. STAEHELIN, P. GROLIMUND, *Zivilprozessrecht, op. cit.*, pp. 134-135, n° 58-59.

<sup>101</sup> U. HÄFELIN, W. HALLER, H. KELLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zurich, Schulthess, 7ème éd., 2008, p. 237, n° 826. Ces règles participent des garanties de l'État de droit, c'est-à-dire des « droits fondamentaux qui limitent aussi bien le contenu que la forme de l'activité étatique dans le but de soumettre l'État au respect de quelques règles essentielles, telles que le principe d'égalité et l'interdiction des discriminations [...] », D. THÜRER, O.-F. AUBERT, J. P. MÜLLER (dir.), *Droit constitutionnel suisse*, Zürich, Schulthess, 2001, p. 10. Il est à noter cependant qu'en ce qui concerne le droit constitutionnel suisse la théorie de l'État de droit n'a pas joué un grand rôle théorique ou pratique : A. AUER, G. MALINVERNI, M. HOTTELIER, Berne, vol. 2, n° 998.

<sup>102</sup> [TF. 17 septembre 2010, n° 5D 81/2010](#), [ATF 131 I 57](#), cons. 2, p. 61, [ATF 128 I 273](#) cons. 2.1 p. 275.

<sup>103</sup> CEDH, 13 juin 2007, *Marckx c. Belgique*.

<sup>104</sup> CEDH, 26 mai 2011, *Legrand c. France*, précité. Les requérants, suite à une opération médicale, avaient engagé une action civile. Lors du pourvoi en cassation, le médecin invoqua le bénéfice d'un arrêt rendu peu de temps auparavant par la Cour de cassation. Les requérants, invoquant l'article 6, § 1 (droit d'accès à un tribunal), se plaignaient d'une violation de leur droit à un procès équitable, en raison de l'application rétroactive et imprévisible à leur cas de l'arrêt de la Cour de Cassation. La Cour, à l'unanimité, dit qu'il y

Justice de l'Union européenne à moduler dans le temps les effets de sa décision<sup>105</sup>. La CJUE a précisé à quelles conditions le principe de l'application immédiate de sa décision pouvait être écartée<sup>106</sup>, notamment pour tenir compte de l'intérêt de celui à qui aurait bénéficié le jeu normal de la rétroactivité de la jurisprudence<sup>107</sup>. La Cour exige que les parties soient de bonne foi et exposées à un risque de troubles graves ou à des conséquences financières graves<sup>108</sup>. La modulation dans le temps des effets d'une décision de la CJUE ne semble pouvoir être prévue que par la Cour elle-même, à l'exclusion des juridictions internes des États membres<sup>109</sup>.

L'assemblée plénière du Conseil d'État a fondé sa décision de modulation dans le temps sur la prise en compte de ce que l'application immédiate de sa décision aurait des conséquences manifestement excessives, en ce que cela affecterait la continuité du versement des allocations et du recouvrement des cotisations sociales et la continuité du régime d'assurance chômage<sup>110</sup>. Elle précise cependant que le simple souci de ménager les finances publiques ne pouvait constituer un motif suffisant.

Visant le principe du procès équitable ou de la sécurité juridique, la Cour de cassation n'indique pas plus précisément les raisons qui conduisent à l'admission ou non de la nécessité de moduler dans le temps les effets de sa décision. Cependant, l'étude des arrêts rendus depuis 2004 comme des décisions de non admission de pourvoi permet de dégager quelques éléments de réponse. La modulation dans le temps des effets de la décision du juge judiciaire est assez peu demandée, encore

---

a eu non-violation de l'article 6, § 1 : l'application rétroactive d'un revirement de jurisprudence à une procédure en cours ne porte pas en soi atteinte au droit à un procès équitable.

<sup>105</sup> [TFUE](#), art. 264 (ex-article 231 TCE) : « Si le recours est fondé, la Cour de justice de l'Union européenne déclare nul et non avenu l'acte contesté. Toutefois, la Cour indique, si elle l'estime nécessaire, ceux des effets de l'acte annulé qui doivent être considérés comme définitifs ». H. LABAYLE, « », *op. cit.* L'auteur montre qu'à partir d'un texte qui ne semblait devoir concerner que les décisions d'annulation de règlement communautaire, la Cour a modulé dans le temps les décisions d'annulation de directive et d'actes des institutions européennes, les décisions rendues sur renvoi préjudiciel et les décisions constatant un manquement étatique.

<sup>106</sup> CJCE, 8 avril 1976, *Defrenne*, aff. n° 43/75, *Rec.* p. 455.

<sup>107</sup> H. LABAYLE, « La Cour de justice des Communautés européennes et la modulation des effets de sa jurisprudence », *op. cit.*

<sup>108</sup> Par exemple CJCE, 5 juin 1973, *Commission c/ conseil*, aff. 81/72 *Rec.* p. 575 : la Cour annule partiellement un règlement relatif à la rémunération et aux pensions des fonctionnaires des communautés mais indique que certaines dispositions continueraient de produire effet jusqu'à l'adoption d'une nouvelle réglementation afin d'éviter une discontinuité dans le régime des rémunérations.

<sup>109</sup> CJUE, 8 septembre 2010, *Winner Wetten*, aff. C-409/06 ; M. AUBERT, E. BROUSSY, F. DONNAT, « Chronique de jurisprudence de la CJUE, Pouvoirs des juges nationaux », *AJDA* 2010, p. 2305.

<sup>110</sup> [CE, Ass., 11 mai 2004, Association AC!](#), req. n° 255886, précité.

moins souvent admise<sup>111</sup>. Cependant, le petit nombre de décisions peut s'expliquer par le fait qu'en matière judiciaire ne sont concernées que les parties au procès tandis qu'une décision ayant pour effet d'annihiler rétroactivement une loi ou un règlement a des conséquences quantitativement plus importantes. Un auteur indique que la justification de cette faculté de modulation reconnue au juge réside dans la notion d'intérêt général : au législateur la compétence d'organiser l'avenir en fonction des objectifs d'intérêt général qu'il se fixe, au juge d'apprécier l'intérêt général des effets actuels et passés d'un acte dont la légalité est contestée<sup>112</sup>.

Les considérations qui conduisent le juge à moduler dans le temps les effets de sa décision impriment également leur marque sur les modalités de cette modulation.

## 2) *La mise en œuvre de la modulation*

Or le cas du juge constitutionnel français expressément autorisé à moduler dans le temps les effets de sa décision, les autres juges se fondent sur des principes généraux (égalité et bonne foi pour le Tribunal fédéral suisse, sécurité juridique et procès équitable pour les juges judiciaire et administratif en France) pour justifier de moduler dans le temps les effets de leurs décisions. Selon le rôle des différents juges, les considérations qui les guident diffèrent, ce qui est susceptible d'influer sur les modalités de mise en œuvre de la modulation dans le temps des effets de la décision juridictionnelle. En fonction de ces considérations, les modalités de la demande de modulation seront différentes (a) tandis que les conséquences de la décision de modulation varieront (b).

### a) Les modalités de la modulation

En droit français, les modalités de la modulation varieront selon le juge qui la met en œuvre. Il est à noter que si des textes prévoient dans certains cas<sup>113</sup> la possibilité de moduler dans le temps les effets de la décision juridictionnelle, ils n'organisent pas les modalités concrètes. *A fortiori*, lorsque le juge admet, *extra legem*, le principe du revirement pour l'avenir<sup>114</sup>, les modalités pratiques de mise en œuvre appellent des précisions. Si le revirement pour l'avenir est fréquemment invoqué par les plaideurs, il n'est que rarement admis par le juge judiciaire. En d'autres termes,

---

<sup>111</sup> Légifrance permet de consulter une cinquantaine d'arrêts depuis 2004, non compris les quelques décisions de refus d'admission de pourvoi qui ne sont pas publiées.

<sup>112</sup> C. LANDAIS et F. LÉNICA, « », *op. cit.*

<sup>113</sup> Le texte constitutionnel français et le traité européen prévoient expressément la possibilité d'une modulation dans le temps des effets d'une décision mais sans détailler davantage.

<sup>114</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 8 juillet 2004, n° 01-10426, *Bull.* n° 387, solution confirmée, s'agissant d'un litige portant sur l'application de la même disposition, par un arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 21 décembre 2006, n° 00-20493, *Bull.* n° 15.



s'il est parfois demandé, il est assez rarement admis. Cette situation s'explique en partie par l'ignorance qui entoure cet argument, comme le montrent tant les décisions refusant de l'accueillir que les moyens de pourvoi qui l'invoquent<sup>115</sup>.

Diverses questions pratiques se posent cependant et ont d'ailleurs immédiatement été évoquées par la doctrine<sup>116</sup>. Nous limiterons ces développements aux questions en lien avec la jurisprudence du Tribunal fédéral.

La première modalité à envisager est de savoir si le juge a la possibilité ou l'obligation de soulever d'office la question de la modulation dans le temps des effets de sa décision ou bien si celle-ci doit être demandée par les parties.

Le Tribunal fédéral a indiqué que la modification d'une jurisprudence relative à la computation des délais de recours ne pouvait pas intervenir sans avertissement, si elle provoque la péremption d'un droit<sup>117</sup>, ce qui laisse entendre que le juge doit d'office procéder à un avertissement et le cas échéant à une modulation dans le temps du revirement même si les parties ne l'ont pas demandé. Cette solution est justifiée par l'interdiction de l'arbitraire et l'obligation d'agir de bonne foi qui s'imposent au juge comme à toute autorité publique au bénéfice de l'individu dont la confiance a été déçue.

Devant le juge judiciaire français, il semble que non seulement les parties doivent demander expressément la modulation des effets d'un revirement de jurisprudence, mais qu'en outre, elles sont tenues de le faire aussi tôt que possible, y compris devant les juges du fond, sous peine de s'exposer à un refus de la part de la Cour de cassation<sup>118</sup>. Procéduralement, la modulation dans le temps des effets du

---

<sup>115</sup> V. par exemple le pourvoi n° 09-67246 qui indique qu'« en application des dispositions de l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales selon lesquelles toute personne a droit à un procès équitable, il est interdit au juge d'appliquer rétroactivement un revirement de jurisprudence » et les pourvois n° 09-40968, n° 08-21121 et n° 08-19015 qui exigent que le revirement soit motivé par un motif impérieux d'intérêt général.

<sup>116</sup> V. notamment C. LANDAIS et F. LÉNICA, « », *op. cit.* V. également J. BOUCHER et F. LÉNICA, « Recours des tiers contre les contrats et modulation dans le temps des effets des changements de jurisprudence : « Never say never », *AJDA* 2007, p. 1577 ; B. SEILLER, « Pour un dispositif transitoire dans les arrêts », *AJDA* 2005, p. 2425.

<sup>117</sup> [ATF 94 I 15](#) cons. 1. Le Tribunal fédéral indique que la juridiction doit procéder à un avertissement préalable, par exemple lorsque le revirement de jurisprudence porte sur les règles de computation des délais ou d'autres prescriptions formelles ([ATF 117 Ia 119](#) cons. 2, [ATF 113 III 23](#) cons. 5, [ATF 104 Ia 1](#), cons. 4, [ATF 103 Ib 197](#) cons. 4, [ATF 101 Ia 369](#) cons. 2) comme l'abandon d'une pratique admettant le dépôt de mémoires au moyen d'un télécopieur ([ATF 121 II 252](#)) ou en abrégant le délai pour le déposer (Cf. ATF du 12 septembre 1985, §7 1985, p. 625), l'autorité empêche en définitive le justiciable de faire valoir ses droits, alors qu'il eût été en mesure de les invoquer en temps utile s'il avait connu la nouvelle jurisprudence.

<sup>118</sup> V. par exemple [Cass. soc. 17 septembre 2008](#), n° 07-41656 ; [Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 11 mars 2009](#), n° 07-18581 ; [Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 6 mai 2010](#), n° 09-12344.

revirement doit donc avoir été invoquée devant les juges du fond pour pouvoir être soulevée devant la Cour de cassation, au moins lorsque le revirement est intervenu alors que l'affaire se trouvait devant les juridictions du fond. Si le juge administratif français a la possibilité de soulever ce moyen d'office, le principe du respect du contradictoire lui impose d'en informer préalablement les parties et de recueillir leurs observations<sup>119</sup>. Un auteur indique qu'il serait bon de permettre une consultation plus large afin d'assurer une pesée efficace des intérêts en jeu<sup>120</sup>. Il semble que le juge administratif français, s'il se reconnaît compétence pour soulever d'office la question de la modulation dans le temps des effets de sa décision, considère également qu'il n'en a pas l'obligation<sup>121</sup>.

Une autre modalité que présente la jurisprudence suisse est l'indication des raisons qui ont présidé à son choix de moduler dans le temps ou non les effets de sa décision, fusse par le simple rappel du principe de la bonne foi. Comparativement, le juge judiciaire français n'indique pas forcément les raisons de l'admission ou du rejet de la demande de modulation, *a fortiori* lorsqu'il statue par simple décision de non admission<sup>122</sup>.

<sup>119</sup> C. LANDAIS et F. LÉNICA, « », *op. cit.*

<sup>120</sup> *Ibidem.*

<sup>121</sup> CE, 28 septembre 2005, n° 266208 et 266210, *AJDA* 2006, p. 103 ; A.-M. MAZETIER, « Extension de l'obligation de recours administratif préalable », *AJDA* 2006, p. 103. En l'espèce, le juge administratif rejette un recours en se fondant sur la règle dégagée par le revirement de jurisprudence réalisée par sa décision. B. SEILLER, « », *op. cit.*, relève que cette solution n'aurait pas été possible si la modification procédurale en cause avait été le fait du législateur et non du juge. Le champ d'application de la règle nouvelle a ensuite été limitée par un arrêt du CE, sect., 10 mars 2006, n° 278220, C. LANDAIS et F. LÉNICA, « Quand l'exposition de la théorie de l'obligation de recours administratif préalable cache la question de la rétroactivité des revirements de jurisprudence », *AJDA* 2006, p. 796.

<sup>122</sup> La lecture des décisions de la Cour de cassation laisse penser que l'admission par le juge judiciaire d'une modulation dans le temps des effets de la décision procédant à un revirement de jurisprudence semble subordonnée à la démonstration d'une atteinte à un droit ou un principe fondamental. Ainsi, sans le dire expressément, la Cour de cassation privilégie la vocation alimentaire de la contrepartie financière de la clause de non concurrence due au salarié sur l'intérêt financier de l'employeur (Cass. soc., 18 mai 2011, n° 09-72959). Il semble également que la Cour de cassation fasse primer l'impératif ayant conduit à l'adoption par l'Assemblée plénière, dans l'arrêt *Cesareo* du 7 juillet 2006 (ass. plén., 7 juillet 2006, n° 04-10.672) du principe selon lequel il « incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci » sur les intérêts des plaideurs dans l'impossibilité de respecter cette obligation (Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 25 octobre 2007, n° 06-19.524, *Bull.* n° 241. Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 19 novembre 2009, n° 08-19459. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 septembre 2009, n° 08-10517, *Bull.* n° 177), raisonnement que la CEDH n'a pas jugé choquant (CEDH, 26 mai 2011, *Legrand c/ France*, n° 23228/08, *JCP. EG.* 2011, act. 730, obs. C. Pichéral. A. MARAIS, « Modulation dans le temps des revirements de jurisprudence. - Requiem », *JCP. EG.*, n° 26, 27 juin 2011, 742).

La modulation des effets de la décision doit-elle bénéficier exclusivement aux parties dont la réclamation a donné lieu à revirement, à tous les justiciables ayant formulé de semblables demandes au moment où le juge statue ou bien à tous les justiciables mais dans le cadre d'un délai fixé par le juge ? Malgré les différences entre décision d'annulation et décision de revirement, il n'en demeure pas moins que la modification du droit est susceptible d'affecter plusieurs autres procédures.

En pratique, s'agissant de la Cour de cassation, il semble que la décision de refus de modulation soit opposée à tous les pourvois ultérieurs comportant la même question de droit<sup>123</sup>. Il semble également que les cas dans lesquels la modulation est envisageable soient si peu nombreux que le problème de l'extension de la modulation à d'autres procédures en cours n'ait pas encore été posé.

La pratique du Tribunal fédéral montre qu'il ne considère pas que la modulation dans le temps des effets de la jurisprudence doive être réservée aux juridictions suprêmes puisqu'il censure les décisions des premiers juges ayant manqué à l'impératif de bonne foi. Comparativement, la Cour de cassation reconnaît aux juges du fond le pouvoir d'admettre la modulation dans le temps des effets de la jurisprudence puisqu'elle rejette systématiquement les pourvois qui ne l'ont pas fait alors que les parties en avaient la possibilité. Il est à noter que l'appréciation du résultat concret de l'application immédiate d'un revirement de jurisprudence relève davantage du fait que du droit et est en lien avec les conséquences de la modulation.

Enfin, la modulation dans le temps des effets de la décision juridictionnelle est conçue comme le dernier recours. Le Tribunal fédéral rappelle systématiquement que la modulation dans le temps des effets de la décision ne se justifie qu'en cas d'arbitraire, c'est-à-dire lorsque l'application immédiate de la règle nouvelle au litige en cours serait manifestement insoutenable, méconnaîtrait gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou heurterait de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité<sup>124</sup>. La caractérisation de l'arbitraire n'est pas effectuée seulement au vu des motifs de la décision opérant revirement mais aussi au vu de son résultat concret<sup>125</sup>. Ces éléments permettent de vérifier que si le juge suisse

---

<sup>123</sup> V. par exemple la décision de non admission de pourvoi rendue par la 1<sup>ère</sup> chambre civile, le 25 novembre 2010, n° 09-70220 qui refuse la modulation dans le temps de la règle de l'obligation de concentration des moyens résultant de l'arrêt d'assemblée plénière du 7 juillet 2006, n° 04-10672, *Bull.* 2006, Ass. plén, n° 8. La décision de non admission est conforme à des arrêts rendus antérieurement : [Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 19 novembre 2009, 08-19459](#) (inédit), [Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 19 novembre 2009, 08-20.528 08-21220](#), (inédit), [Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 10 novembre 2009, 08-19016](#), (inédit), et surtout [Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 septembre 2009, 08-10517](#), *Bull.* 177.

<sup>124</sup> [ATF 131 I 57](#) cons. 2, p. 61 ; [ATF 128 I 273](#) cons. 2.1, p. 275.

<sup>125</sup> [ATF 132 III 209](#) cons. 2.1, p. 211. Cette considération serait un élément de compréhension de l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 9 octobre 2001, n° 00-14564 et de la décision de

admet de procéder à la modulation dans le temps des effets de sa décision, il exige également qu'elle n'intervienne qu'en dernier recours, par exception au principe de l'application immédiate de la règle nouvelle au litige en cours, ce afin d'éviter un résultat final incompatible avec le sentiment de justice et d'équité.

#### b) Conséquences de la modulation

Le Tribunal fédéral admet que la modulation d'un revirement de jurisprudence s'impose lorsque l'application immédiate d'un nouveau mode de computation des délais aurait pour effet de priver le justiciable de l'accès au juge<sup>126</sup>. Parfois, le Tribunal fédéral estime équitable de ne pas faire supporter au justiciable les frais résultant du recours devenu inutile par le fait du revirement de jurisprudence, alors que par ailleurs, la règle nouvelle s'applique immédiatement<sup>127</sup>.

Dans certains cas, la modulation dans le temps des effets de la décision conduit à déclarer recevable un recours fermé par le revirement de jurisprudence<sup>128</sup>. La Cour de cassation subordonne en effet l'admission de la modulation dans le temps à la démonstration de ce qu'à défaut, le justiciable se verrait privé du droit d'accès au juge. La même idée se retrouve dans les décisions de Cours d'appel qui admettent la modulation dans le temps d'un revirement de jurisprudence<sup>129</sup>.

Loin de révolutionner la hiérarchie des sources du droit, le droit positif suisse montre que l'admission de la possibilité d'une modulation dans le temps des effets d'une décision juridictionnelle résulte de l'idée que le juge ne doit pas agir arbitrairement. Là où la doctrine française s'inquiète du rôle normatif ainsi reconnu

---

non admission de pourvoi du 15 juin 2008, n° 07-16180 car en l'espèce était en jeu d'une part le droit à réparation d'un dommage corporel et plus largement l'affirmation du principe de la dignité humaine en tant qu'il garantit l'intégrité du corps humain, d'autre part la prise en compte des intérêts pécuniaires d'un médecin et de son assureur. Admettre la modulation dans le temps des effets de la décision aurait eu pour effet de porter atteinte au principe de la dignité humaine.

<sup>126</sup> ATF 49 I 293, 302 (1923), ATF 56 I 440, 442 (1930).

<sup>127</sup> ATF 122 I 57, p. 61 : « si la recourante avait connu la nouvelle jurisprudence, elle aurait sans doute renoncé à se pourvoir contre la décision communale et à encourir des frais. Dans ces circonstances particulières, la décision d'irrecevabilité résultant d'un changement de jurisprudence ne doit pas causer de préjudice à cette association ».

<sup>128</sup> V. par exemple l'arrêt confirmatif, Cass. com., 26 octobre 2010, n° 09-68928, *Bull.* n° 159. Cass. com., 13 novembre 2007, n° 05-13248, *Bull.* n° 243. [Cass. com., 13 novembre 2007](#), n° 05-13248, *Bull.* n° 243. Cass. com., 26 octobre 2010, n° 09-68928, *Bull.* n° 159 : la règle nouvelle « ne peut recevoir application à l'instance en cours au moment de son prononcé, sans priver la créancière d'un procès équitable au sens de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, celle-ci se trouvant, eu égard à la jurisprudence antérieure, dans l'impossibilité d'éviter de laisser prescrire sa créance » ; Cass. soc, 26 mai 2010, n° 09-60400, *Bull.* n° 114.

<sup>129</sup> V. par exemple CA Douai, 24 janvier 2011, RG n° 09/09008 : modulation d'un revirement de jurisprudence sur une question de prescription.

au juge, le Tribunal fédéral remédie aux décisions qui déçoivent la confiance que les justiciables ont pu accorder aux autorités publiques.

## **CONCLUSION**

Paradoxalement, en droit français, le refus de reconnaître le pouvoir normatif du juge conduit à lui laisser toute liberté pour décider de moduler ou non les effets de ses décisions. Comparativement, le droit suisse encadre les pouvoirs du juge et lui impose de justifier publiquement son choix de moduler comme de ne pas le faire.

**RÉSUMÉ :**

*Le statut du juge comme de sa décision sont très différents en droit suisse et en droit français, en raison de contingences historiques qui ont façonné les textes et les usages de ces deux pays. Ce statut a un impact sur celui de la norme résultant de la décision juridictionnelle, notamment dans la façon d'envisager la modulation dans le temps des effets de la décision. L'étude du droit positif suisse permet de proposer des réformes pour le droit français, afin notamment d'améliorer la lisibilité des solutions de la jurisprudence de la Cour de cassation. L'intérêt de ces propositions est renouvelé par l'intervention de la question de constitutionnalité, la pratique montrant la nécessité d'organiser systématiquement la modulation dans le temps des effets de la décision constitutionnelle. Il s'agit donc de proposer les règles procédurales d'un mécanisme commun aux différentes juridictions afin d'organiser la modulation dans le temps des effets de la décision juridictionnelle.*

**SUMMARY:**

*Due to historical circumstances that influenced the laws and practices in the two countries, the status of both the judge and his decisions widely differ under Swiss Law and French Law. This status impacts that of the norm established by adjudications. This is all the more true regarding how the effects of the adjudications are modulated over time. The study of Swiss substantive Law allows for reforms proposals to enhance French Law, notably the legibility of the French Supreme Court's decisions (in French, "Cour de Cassation"). As far as the effects of constitutional decisions are concerned, and since practice brought out the necessity to systematically organise their time modulation, the aforementioned proposals are particularly relevant with regard to Constitutional validity. The present article intends to suggest the procedural rules of a common mechanism in order to organise time modulation of the decision's effects.*

### **BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE**

- ESMEIN P. , « La jurisprudence et la loi », *Rev. Dr. civ.* 1936, pp. 17-23
- HÄFELIN U., HALLER W., KELLER H., *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zurich, Schulthess, 7<sup>ème</sup> éd., 2008, p. 237, n° 826
- JESTAZ P. , « La jurisprudence et la loi », *Dalloz* 1987, pp. 11-17
- LASSERRE-KIESOW V. , « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *Dalloz* 2006, 2279
- MOLFESSIS N. (dir.), *Les revirements de jurisprudence*, Rapport, Paris, Lexisnexis, 2004
- MORVAN P. , « Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon », *Dalloz* 2005, 247
- PETITPIERRE G. , « L'apparition d'un besoin social face à l'inadaptation du droit en vigueur : la genèse d'une nouvelle réglementation », in CHAPPUIS C. et WINIGER B. (dir.), *Responsabilités objectives*, Genève, Zurich, Bâle, Schulthess, 2003, pp. 11-27
- REVÊT T., La légisprudence, in *Mélanges Ph. Malaurie, Liber amicorum*, Paris, Defrenois, 2005, pp. 377-391
- RIVE C. , « Les conséquences économiques et financières des régimes de responsabilité et des décisions jurisprudentielles », *RGAT* 1995, pp. 1015-1027
- SAVATIER R. , « Destin du Code civil français », *RIDC* 1954, pp. 637-664
- STAEHELIN A., STAEHELIN D., GROLIMUND P., *Zivilprozessrecht*, Zurich, Schulthess, 2008, pp. 109 et s.
- TUNC A., « À propos de la jurisprudence », in *La jurisprudence aujourd'hui*, *RTD civ.* 1992, pp. 356-359
- ZENATI-CASTAING F., « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », *Dalloz* 2007, 1553