

SÉCURITÉ JURIDIQUE ET MÉCANISMES D'APPLICATION DU DROIT DANS LE TEMPS

Sylvie CIMAMONTI

Volume 110, Number 2, September 2008

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1045555ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1045555ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

CIMAMONTI, S. (2008). SÉCURITÉ JURIDIQUE ET MÉCANISMES D'APPLICATION
DU DROIT DANS LE TEMPS. *Revue du notariat*, 110(2), 631–663.
<https://doi.org/10.7202/1045555ar>

SÉCURITÉ JURIDIQUE ET MÉCANISMES D'APPLICATION DU DROIT DANS LE TEMPS

Sylvie CIMAMONTI*

I-	LES MÉCANISMES TRADITIONNELS OBSTACLE À UNE INTERVENTION DANS LE TEMPS VECTEURS DE LA SÉCURITÉ JURIDIQUE PAR LE DROIT	635
A.	Les mécanismes vecteurs de prévisibilité au regard de l'intervention de la loi.	635
B.	Les mécanismes vecteurs de stabilité au regard de l'intervention du juge	639
II-	LA SÉCURITÉ JURIDIQUE DANS LE DROIT FONDEMENT DE NOUVEAUX MÉCANISMES D'ACTION SUR LE TEMPS	645
A.	De la mutabilité du droit	645
B.	... À la modulation dans le temps	648
	1. L'acquis	649
	2. L'avenir ?	657

* Professeure à l'Université Paul Cézanne Aix-Marseille III (France) et directrice du Centre de recherche en matière pénale Fernand Boulan.

Résumé

S'agissant des rapports entre la sécurité juridique et les mécanismes d'application du droit dans le temps, il faut certes partir de la constatation que la sécurité juridique constitue une exigence traditionnellement recherchée *par* le droit au travers de divers mécanismes faisant obstacle à une intervention dans le temps, que ce soit au nom de la prévisibilité (non-rétroactivité) ou de la stabilité des rapports juridiques (délais de prescription, autorité de la chose jugée...). L'idée d'une sécurité juridique *dans* le droit apparaît pourtant déjà à l'origine d'une possible relativisation de certains de ces instruments traditionnels. Au-delà, face à l'inexorable mutabilité du droit, elle est encore plus directement à l'origine de nouveaux mécanismes d'action sur le temps sous la forme d'une modulation dans le temps, d'un nécessaire dispositif transitoire textuel ou jurisprudentiel, sans que cette évolution paraisse à ce jour achevée.

1- L'exigence de sécurité juridique. Qu'on la qualifie – petit florilège – de besoin élémentaire, de perspective, de préoccupation, d'intérêt, de droit subjectif, de valeur, d'objectif, d'impératif, de principe général..., la sécurité juridique apparaît aujourd'hui comme une exigence fondamentale du droit¹ qui serait même susceptible de consécration constitutionnelle².

2- Les exigences de l'exigence. L'exigence a, à son tour... des exigences. Ces exigences dérivées ou ces corollaires sont pour l'essentiel de deux ordres, fort dissemblables, quoique complémentaires.

1. Antoine CRISTAU, « L'exigence de sécurité juridique », D. 2002.2814.

2. Anne-Laure VALEMBOS, « La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français », CCC n°17. 2004. L.G.D.J., t. 122, 2005. Adde se prononçant contre la consécration du principe de sécurité juridique dans la Constitution : audition du 11 septembre 2007 de M. Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, par le Comité dit « Ballardur » de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la cinquième République, position suivie, après hésitation, par le rapport du Comité, *Une Ve République plus démocratique*, Paris, Documentation française/Fayard, 2007, p. 85 et Décret n° 2008-328 du 9 avril 2008 portant création d'un comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution.

Dans une perspective plutôt statique, la sécurité juridique renvoie à une première exigence qualitative (à la fois formelle et matérielle) bien connue de clarté et de précision de la norme³ à laquelle ont été plus récemment substitués par le Conseil constitutionnel français toujours comme objectif à valeur constitutionnelle celles d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi⁴.

Dans une perspective plus dynamique, la sécurité juridique renvoie à une seconde série d'exigences d'ordre temporel constituées par la stabilité et la prévisibilité du droit.

Le lien entre les deux exigences paraît bien résider dans l'idée de certitude, souvent exclusivement attachée de façon réductrice à la seule première⁵, si l'on veut bien admettre que la sécurité juridique consiste à ne pas être soumis à l'incertitude des règles juridiques des normes, ce qu'exprime d'ailleurs davantage l'expression anglaise de *legal certainty*.

Sans même en appeler de façon radicale aux théories réalistes, cette présentation dominante de l'exigence première d'une sécurité juridique inhérente au droit⁶, à la notion même de droit⁷ dans un État éponyme a toutefois été ponctuellement dénoncée comme procédant d'une illusion rationaliste⁸. Et, il en va parfois de même de telle ou telle de ses deux exigences dérivées⁹.

3- Si l'on accepte de faire abstraction de cette considérable interrogation, c'est bien évidemment à la seconde exigence tempo-

3. Cons. const. 16 déc. 1999, décision 99-421 DC. Marie-Anne FRISON-ROCHE et William BARANÈS, « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », D. 2000.361.

4. Cons. const. 27 juil. 2006, décision 2006-540 DC ; « La qualité de la loi », Sénat, service des études juridiques, note n° 3 (2007-2008), 1^{er} octobre 2007.

5. Cf. par exemple : Michel FROMONT, « Le principe de sécurité juridique », A.J.D.A. 1996.178 ; Dominique CHAGNOLLAUD, « Sécurité juridique (Droit à la) », dans D. CHAGNOLLAUD et Guillaume DRAGO, *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, 2006, p. 672.

6. Christian MOULY, « Le revirement pour l'avenir », J.C.P. 1994.I.3776, note 21.

7. Jean BOULOUIS, « Quelques observations sur la sécurité juridique », dans *Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, p. 53.

8. Pierre BRUNET, « La sécurité juridique, nouvel opium des juges ? », dans *Frontières du Droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochack*, coll. « Droit et Société, recherches et travaux », Paris, L.G.D.J., 2007, p. 247.

9. Voir quant à la stabilité du droit exclue du concept de sécurité juridique comme conséquence de l'État de droit, en un sens formel et une acception stricte : Louis FAVOREU (dir.), *Droit constitutionnel*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2006, n° 117.

relle que je me limiterai, en ce qu'elle entretient des liens étroits avec cet instrument essentiel de la méthodologie juridique que sont les mécanismes d'application du droit dans le temps.

L'on peut alors constater que ces liens semblent aujourd'hui de deux types : si un certain nombre de mécanismes faisant obstacle à une intervention dans le temps apparaissent comme les vecteurs traditionnels de la sécurité juridique *par* le droit (I), la sécurité juridique *dans* le droit¹⁰ apparaît aujourd'hui de façon plus récente comme le fondement de nouveaux mécanismes d'action cette fois sur le temps (II).

I- LES MÉCANISMES TRADITIONNELS OBSTACLE À UNE INTERVENTION DANS LE TEMPS VECTEURS DE LA SÉCURITÉ JURIDIQUE PAR LE DROIT

4- Stabilité et prévisibilité. Des mécanismes juridiques bien connus s'opposent à une intervention dans le temps, au profit en quelque sorte du *statu quo*¹¹, pour garantir les exigences précitées de prévisibilité (A) comme de stabilité (B) du droit. La première catégorie s'oppose plutôt à l'intervention de la loi, au sens formel et matériel, et la seconde à l'intervention du juge.

A. Les mécanismes vecteurs de prévisibilité au regard de l'intervention de la loi

5- Non-rétroactivité. La prévisibilité apparaît essentiellement, naturellement¹², liée au mécanisme de la non-rétroactivité de la norme et au premier chef de la loi, dont la réception n'est toutefois pas la même en matière pénale et extrapénale.

6- Matière pénale. Dans le premier cas, l'on sait, qu'en raison du principe de légalité des délits et des peines – qui a été considéré

10. Sur cette distinction de la sécurité juridique par/dans, par/contre, le droit : Bernard PACTEAU, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », A.J.D.A. 1995.151 ; Bertrand MATHIEU, « Réflexions en guise de conclusion sur le principe de la sécurité juridique », CCC n° 11. 2001 (« Le principe de sécurité juridique », Études et doctrine) ; Rapport du groupe de travail, « Incertitude et sécurité juridique », Cour de cassation, *Cycle risques assurances responsabilités*, 2005.

11. Xavier LAGARDE, « Jurisprudence et insécurité juridique », D. 2006.678.

12. Dominique CHAGNOLLAUD, « Sécurité juridique (Droit à la) », dans D. CHAGNOLLAUD et G. DRAGO, *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2006.

comme une expression particulière du principe général de sécurité juridique¹³ –, la non-rétroactivité de la loi pénale de fond plus sévère s'est vue reconnaître une portée fondamentale, tant par la jurisprudence du Conseil constitutionnel français au regard de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹⁴, que par celle de la Cour européenne des droits de l'homme au regard de l'article 7 de la Convention¹⁵.

La jurisprudence de cette dernière apparaît particulièrement révélatrice au regard de l'exigence de prévisibilité s'agissant de la non-rétroactivité d'une évolution ou d'un revirement jurisprudentiel.

La Cour a jugé, dans deux décisions du 22 novembre 1995¹⁶, qu'on ne saurait interpréter l'article 7 de la Convention comme prescrivant la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre, à condition que le résultat soit cohérent avec la substance de l'infraction et *raisonnablement prévisible*. Pour elle, le caractère par essence avilissant du viol est si manifeste que l'abandon de l'idée inacceptable qu'un mari ne pourrait être poursuivi pour le viol de sa femme devait être regardé comme prévisible et non contraire à l'article 7 de la Convention à la lumière des objectifs fondamentaux de celle-ci dont l'essence même est le respect de la dignité et de la liberté humaine. La même solution a été appliquée en 2001 au regard de l'interprétation judiciaire dans le cadre de la succession de deux États à la suite de la réunification allemande eu égard à la place primordiale occupée par le droit à la vie au soutien de la condamnation de dirigeants de RDA¹⁷ et d'un garde-frontière qui avait tiré sur des fugitifs¹⁸.

13. CJCE 3 juin 2008, *International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko)*, aff. C-308/06, §70.

14. Cons. const. 30 déc. 1982, décision 82-155 DC ; 3 sept. 1986, décision 86-215 DC et 13 août 1993, décision 93-325 DC.

15. CEDH 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce* (point 52) ; 9 fév. 1995, *Welch c. Royaume-Uni* (point 26) ; 8 juin 1995, *Jamil c. France* (point 26) ; 27 fév. 2001, *Ecer et Zeyrek c. Turquie* (point 29) ; 29 mars 2006, *Achour c. France*.

16. CEDH 22 nov. 1995, *CR c. Royaume-Uni et SW c. Royaume-Uni* (respectivement points 30 et s., et 32 et s.) ; *Rev. trim. dr. civ.* 1996.512, obs. Jean-Pierre Marguénaud ; A.J.D.A. 1996.445, obs. Jean-Paul Costa.

17. CEDH 22 mars 2001, *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*.

18. CEDH 22 mars 2001, *K.-H. W. c. Allemagne* ; Florence MASSIAS, « Prééminence du droit et sécurité juridique. À propos de la surveillance du mur de Berlin », R.S.C. 2001.639.

En revanche, dès lors que même en tant que professionnel du droit qui pouvait s'entourer de conseils de juristes, il était difficile voire impossible pour le requérant de *prévoir* un revirement de jurisprudence et donc de savoir qu'au moment où il les a commis, ses actes pouvaient entraîner une sanction pénale, le principe de non-rétroactivité doit s'appliquer à l'interprétation jurisprudentielle. Tel est l'apport essentiel de l'arrêt *Pessino* contre France du 10 octobre 2006¹⁹, qui est venu « penser l'impensable »²⁰ le principe de non-rétroactivité du jugement pénal *in malam partem* qui conduira certainement à l'avenir la Chambre criminelle à préciser sa jurisprudence antérieure refusant, en l'absence de modification de la loi pénale²¹, d'appliquer le principe de non-rétroactivité de la loi pénale à une simple interprétation jurisprudentielle²².

C'est l'exigence dérivée de prévisibilité qui justifie en matière pénale le vecteur de sécurité par le droit que constitue la non-rétroactivité du droit d'origine tant législative que jurisprudentielle. Il faut, toutefois, reconnaître que la distinction au regard de la prévisibilité entre les infractions de droit pénal naturel, telle l'atteinte à la vie ou à l'intégrité physique, et celles de droit artificiel, telle dans l'arrêt *Pessino* le fait de poursuivre des travaux de construction malgré un sursis à exécution émis par le juge administratif, ne va pas sans poser difficulté et... pourrait ne pas toujours s'avérer raisonnablement prévisible.

Quoi qu'il en soit, la solution règle très largement en matière pénale la question que j'évoquerai plus loin de la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence²³.

7- Matière extrapénale. En matière extrapénale, où la non-rétroactivité n'a pas la même valeur, l'exigence de sécurité juridique

19. R.D.I. 2006.491, obs. Gabriel Roujou de Boubée ; D. 2007.124, note Damien Roets ; J.C.P. éd. G. 2007.II.10092, note Djoheur Zerouki-Cottin ; A.J.D.A. 2007.1257, note Elise Carpentier et Jérôme Trémeau. Dans le même sens, CEDH 24 mai 2007, *Dragotoniou et Militaru-Pidhorni c. Roumanie*, R.S.C. 2008.1.156, obs. Damien Roets.

20. Massimo VOGLIOTTI, « Penser l'impensable : le principe de la non-rétroactivité du jugement pénal *in malam partem* : la perspective italienne », *Diritto e questioni pubbliche* 2003.3.331.

21. Crim. 30 janv. 2002, *Bull. crim.* n° 16 ; *Droit pénal* 2002, comm. n° 43, obs. Jacques-Henri Robert ; R.S.C. 2002.581, obs. Bernard Bouloc ; D. 2003.173, obs. Bertrand de Lamy.

22. Crim. 5 mai 2004, R.S.C. 2005.313, note Didier Rebut.

23. Cf. *infra*, n° 18.

a conduit, on le sait, à un contrôle strict des lois (notamment de validation) rétroactives²⁴ qui doivent reposer sur un motif d'intérêt général *suffisant* selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel français²⁵ [...] ce qui ne suffit pas pour la Cour européenne des droits de l'homme qui exige, quant à elle, d'*impérieux* motifs d'intérêt général²⁶, soit sur le fondement de l'article 6 §1 de la Convention²⁷, soit sur celui de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel sur le droit de chacun au respect de ses biens²⁸, voire les deux²⁹. Et cette jurisprudence est aujourd'hui suivie aussi bien par la Cour de cassation³⁰, que par le Conseil d'État³¹ qui a même saisi l'occasion d'une telle loi de validation pour affirmer un nouveau cas de respon-

24. Philippe MALINVAUD, « L'étrange montée du contrôle des juges sur les lois rétroactives », dans Yves LEQUETTE et Laurent LEVENEUR, *1804-2004 Le code civil, un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 561.
25. Cons. const. 18 déc. 1998, décision 98-404 DC (considérant n° 5) ; R.F.D.A. 1999.89, obs. Bertrand Mathieu ; 21 déc. 1999, décision 99-422 DC (considérant n° 64) ; 29 déc. 1999, décision 99-425 DC (considérant n° 8) ; R.F.D.A. 2000.289, obs. Bertrand Mathieu, D. 2000.4.VII, obs. Bertrand Mathieu ; décision 2001-453 du 18 déc. 2001 (considérant n° 27) ; D. 2000.1953, obs. Didier Ribes ; décision 2002-458 DC du 7 fév. 2002 (considérant n° 5). Adde, Philippe NEAU LEDUC, « Les aspects fiscaux de la rétroactivité », R.D.C. 2008-1.25.
26. Bertrand MATHIEU, « Les rôles du juge et du législateur dans la détermination de l'intérêt général », *Ar. philo. dr.* 2007.50.41.
27. CEDH 9 déc. 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce* (§49) ; 22 oct. 1997, *Papageorgiou c. Grèce* (§37) ; 23 octobre 1997, *National & Provincial Building Society Leeds Permanent Building Society et Yorkshire Building Society c. Royaume-Uni* (§ 112) ; 28 oct. 1999, *Zielinski et Pradal, Gonzalez et autres c. France* (§ 57), *Rev. trim. dr. civ.* 2000.436, obs. Jean-Pierre Marguénaud ; *Forrer-Niedenthal c. Allemagne* (§ 60) ; 9 janv. 2007, *Arnolin et autres et 24 autres affaires c. France* (§ 69) ; 16 janv. 2007, *Chiesi c. France* (§ 35) ; 12 juin 2007, *Ducret c. France* (§ 32).
28. CEDH 6 oct. 2005, *Draon c. France* (§ 81) et *Maurice c. France* (§ 89) ; 14 fév. 2006, *Lecarpentier et autre c. France* (§ 47) ; 3 oct. 2006, *Achache c. France* (§ 29) ; 9 janv. 2007, *Aubert et autres et 8 autres affaires c. France* (§ 83).
29. La CJCE, quant à elle, admet que le principe de la sécurité juridique ne s'oppose pas à ce qu'un État membre donne à une loi un effet rétroactif, lorsqu'un but d'intérêt général l'exige : 26 avril 2005, *Stichting « Goed Wonen » c. Staatssecretaris van Financiën* (points 31 et s.).
30. Soc. 24 avril 2001, *Bull. civ. V*, n° 130 ; Ass. plén. 24 janv. 2003, D. 2003. JP.1648, note Sophie Paricard-Pioux, R.F.D.A. 2003.470, obs. Bertrand Mathieu ; Ass. plén. 23 janv. 2004, D. 2004.JP.1108, note Pierre-Yves Gautier, *Rev. trim. dr. civ.* 2004.603, obs. Pascale Deumier ; Civ. 3^e, 8 nov. 2006, *Bull. civ. III*, n° 302 ; Soc. 13 juin 2007 (05-45694 et 05-45696) à paraître au *bull.*
31. Cons. d'Ét. 23 juin 2004, *Société Laboratoires Genevrier, Rec. Lebon*, p. 265, R.F.D.A. 2005.994, obs. Joël Andriantsimbazovina et Laurent Sermet ; Avis 27 mai 2005, Jean-Marie Provin, R.F.D.A. 2005.1003, obs. Christophe Devys ; 25 avril 2007, *Ministre des transports de l'équipement du tourisme et de la mer*, R.F.D.A. 2007.1019 concl. Rémi Keller ; 21 déc. 2007 (298463), *Fédération de l'hospitalisation privée et autres*.

sabilité de l'État du fait de l'adoption d'une loi en méconnaissance des engagements internationaux de la France soit en l'occurrence une loi inconventionnelle³². Elle pourrait encore, à l'avenir, être consacrée dans le texte même de la Constitution dont l'article 34, suivant la proposition du Comité dit Balladur³³, serait complété par un alinéa pour prévoir que sauf motif *déterminant* d'intérêt général, la loi ne dispose que pour l'avenir³⁴. Cette suggestion, qui constitutionnaliserait en même temps le principe mais aussi son exception, n'est toutefois pas dépourvue d'ambiguïté quant à sa portée en matière pénale³⁵.

B. Les mécanismes vecteurs de stabilité au regard de l'intervention du juge

8- Pluralité. Parmi différents mécanismes, l'on retiendra essentiellement l'institution des délais notamment de prescription et le principe de l'autorité de chose jugée³⁶.

9- Les délais. Il est incontestable, a-t-on pu écrire³⁷, que l'édition de délais de recours ou de réclamation participe de la sécurité juridique en ce qu'elle vise à ne pas remettre en cause des situations trop anciennes. C'est l'institution même de ces délais qui est appelée à jouer un tel rôle, ce dont la jurisprudence se fait parfois l'écho en affirmant, par exemple, que les délais impartis par la loi à peine d'irrecevabilité, de forclusion, de déchéance ou de caducité sont nécessaires au bon déroulement des procédures et contribuent au procès équitable, dès lors qu'ils assurent la sécurité juridique...³⁸. Il en va particulièrement ainsi des délais de prescription, en ce qu'ils font obstacle à l'action, et donc à l'intervention du juge au sens large du terme. Pour la Cour européenne des droits de

32. Cons. d'Ét. 8 février 2007, *Gardelieu*, A.J.D.A. 2007.585, obs. Frédéric Lenica et Julien Boucher, p. 1097, obs. Paul Cassia ; R.F.D.A. 2007.361, concl. Luc Derepas, p. 527, obs. Dominique Pouyaud, p. 789, obs. Marguerite Canedo-Paris.

33. Proposition n° 73, *Rapport préc. (note 2)* p. 85.

34. Cf. projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la V^e République.

35. *Supra*, n° 6.

36. L'on aurait pu y rajouter le principe *ne bis in idem* ; Juliette LELIEUR-FISCHER, « La règle *ne bis in idem* : du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unité d'action répressive. Étude à la lumière des droits français, allemand et européen », thèse, Paris, décembre 2005.

37. Jean-Guy HUGLO, « La Cour de cassation et le principe de sécurité juridique », CCC n° 11. 2001 (« Le principe de sécurité juridique », Études et doctrine).

38. Soc. 21 nov. 2002, inédit titré.

l'homme³⁹, ces délais ont plusieurs finalités importantes, à savoir garantir la sécurité juridique en fixant un terme aux actions, mettre les défendeurs potentiels à l'abri de plaintes tardives peut-être difficiles à contrer et empêcher l'injustice qui pourrait se produire si les tribunaux étaient appelés à se prononcer sur des événements survenus loin dans le passé à partir d'éléments de preuve auxquels on ne pourrait plus ajouter foi et qui seraient incomplets en raison du temps écoulé⁴⁰. La jurisprudence communautaire⁴¹ en déduit, par exemple, dans le cadre du contentieux de l'article 81 du traité en matière de pratiques anticoncurrentielles, que la charge de la preuve pèse sur la Commission, car la non-prescription de l'action constitue un critère légal objectif, découlant du principe de sécurité juridique et, partant, une condition de la validité de toute décision de sanction⁴².

Mais, au-delà de ce lien évident, il faut constater que l'exigence de sécurité a aujourd'hui pénétré, et par là dépassé l'institution même du délai en s'intéressant à ses modalités, si bien qu'elle peut interférer avec sa prévision, sa durée notamment quant au caractère raisonnable, son point de départ ou sa mention.

Ainsi, s'il n'appartient pas au juge communautaire de fixer les délais, la portée ou les modalités d'application de la prescription en rapport avec un comportement infractionnel, que ce soit d'une manière générale ou à l'égard du cas d'espèce qui lui est soumis, l'absence de prescription législative n'exclut pas que l'action de la Commission, dans un cas concret, puisse être censurée au regard du principe de sécurité juridique. En effet, selon la Cour, en l'absence de texte prévoyant un délai de prescription, l'exigence fondamentale de la sécurité juridique s'oppose à ce que la Commission puisse retarder, indéfiniment, l'exercice de ses pouvoirs⁴³. En droit français, c'est la durée excessive de la prescription de droit commun

39. Michèle DE SALVIA, « La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », CCC n° 11. 2001 (« Le principe de sécurité juridique », Études et doctrine).

40. CEDH 22 oct. 1996, *Stubbings et autres c. Royaume-Uni* (point 51) ; 22 juin 2000, *Coëme et autres c. Belgique* (point 145).

41. Jean-Pierre PUISSOCHET et Hubert LEGAL, « Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes », CCC n° 11. 2001 (« Le principe de sécurité juridique », Études et doctrine).

42. TPICE 16 nov. 2006, *Peroxidos Organicos SA c. Commission*, aff. T 120/04.

43. TPICE 6 oct. 2005, *Sumitomo Chemical Co. Ltd et Sumika Fine Chemicals Co. Ltd c. Commission*, aff. jointes T-22/02 et T-23/02 (point 87).

trentenaire en matière contractuelle, qui a été dénoncée sur ce fondement⁴⁴. Des propositions de réforme de la prescription ont donc été envisagées tant en matière civile⁴⁵ que pénale⁴⁶. Elles viennent d'aboutir à une réduction de cette durée à cinq ans⁴⁷ par la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile. Outre le caractère raisonnable de leur durée⁴⁸, la Cour de Luxembourg⁴⁹ comme la Cour de Strasbourg⁵⁰, s'intéressent de près au point de départ des délais de recours.

L'écoulement de la prescription peut également faire obstacle à l'intervention du juge par le truchement d'une loi nouvelle. Ainsi, pour le Conseil constitutionnel français, l'application rétroactive de la loi fiscale ne peut porter atteinte aux droits des contribuables qui bénéficient d'une prescription légalement acquise à la date d'entrée en vigueur de la loi⁵¹. L'on rejoint alors le second mécanisme vecteur de stabilité que constitue l'autorité de chose jugée, puisqu'il en va de même pour les justiciables dont les droits ont été reconnus par une décision passée en force de chose jugée.

44. Xavier LAGARDE, « Jurisprudence et insécurité juridique », D. 2006.678, not. n° 13.

45. Pierre CATALA, *Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, coll. « Rapport (Ministère de la Justice) », Paris, Documentation française, 2005 ; Philippe MALAURIE, « Avant-projet de réforme de la prescription en droit civil », *Rép. Def.* 2006.3.230, art. 38325 et « La réforme de la prescription civile », *Rép. Def.*, 2007.23.1659, art. 39688 ; Marc MIGNOT, « Aperçu critique de l'avant-projet de loi sur la prescription », *R.R.J.* 2007.1639 ; Proposition de loi portant réforme de la prescription en matière civile du 2 août 2007.

46. Jean-Marie COULON, *La dépénalisation de la vie des affaires*, coll. « Rapport (Ministère de la Justice) », Paris, Documentation française, 2008.

47. Art. 2224 du Code civil.

48. CJCE 16 déc. 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG c. Landwirtschaftskammer für das Saarland*, aff. 33/76 (point 5) ; CJCE 16 déc. 1976, *Comet BV c. Produktschap voor Siergewassen*, aff. 45/76 (point 18) ; CJCE 10 juil. 1997, *Rosalba Palmisani et Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*, aff. C-261/95 (point 28) ; CJCE 17 juil. 1997, *Haahr Petroleum Ltd*, aff. C-90/94 (point 48), *Texaco A/S*, aff. C-114/95 et C-115/95 (point 44) ; CJCE 24 sept. 2002, *Grundig Italiana SpA et Ministero delle Finanze*, aff. C-255/00 (point 34) ; CJCE 12 fév. 2008, *Willy Kempter KG c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, aff. C-2/06 (point 58).

49. CJCE 25 juil. 1991, *Theresa Emmot*, aff. C208/90 (point 23) ; 2 déc. 1997, *Fantask*, aff. C-188/95 (points 42 et s.).

50. CEDH 16 déc. 1992, *De Geouffre de la Pradelle c. France* ; D. 1993.561, note Florence Benoît-Rohmer.

51. Cons. const. 24 juil. 1991, décision 91-298 DC.

10- L'autorité de chose jugée. Le lien, entre l'autorité de chose jugée et l'exigence de sécurité juridique, a été très clairement affirmé. Pour la Cour européenne des droits de l'homme, le droit à un procès équitable devant un tribunal, garanti par l'article 6 §1 de la Convention, doit s'interpréter à la lumière du préambule de la Convention qui énonce la prééminence du droit comme élément du patrimoine commun des États contractants. *Un des éléments fondamentaux de la prééminence du droit est le principe de la sécurité des rapports juridiques, qui veut, entre autres, que la solution donnée de manière définitive à tout litige par les tribunaux ne soit plus remise en cause*⁵². L'affirmation est d'ailleurs intervenue dans une affaire topique au regard des mécanismes d'application dans le temps, puisqu'en l'espèce, le procureur général de la Roumanie disposait du pouvoir d'attaquer un jugement définitif par la voie du recours en annulation, sans être tenu par aucun délai, de sorte que les jugements pouvaient être perpétuellement remis en cause. La Cour de justice des communautés considère, quant à elle, que *le respect de la chose jugée constitue l'expression de la sécurité juridique*⁵³.

C'est même, plus précisément, le lien avec l'exigence dérivée de stabilité qui est souligné par cette dernière quand elle tient à rappeler l'importance que revêt, tant dans l'ordre juridique communautaire que dans les ordres juridiques nationaux, le principe de l'autorité de la chose jugée. En effet, *en vue de garantir aussi bien la stabilité du droit et des relations juridiques* qu'une bonne administration de la justice, il importe que des décisions juridictionnelles devenues définitives, après épuisement des voies de recours disponibles ou après expiration des délais prévus pour ces recours, ne puissent plus être remises en cause⁵⁴. La réserve du respect des décisions de justice passées en force de chose jugée est, dès lors, aux

52. CEDH 28 oct. 1999, *Brumarescu c. Roumanie* (point 61) ; 21 mai 2002, *Hodos et autres c. Roumanie* (§56) ; 9 juil. 2002, *Falcoianu et autres c. Roumanie* (§ 32).

53. CJCE 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss China Time Ltd et Benetton International NV*, aff. C-126/97 (point 46) ; A.J.D.A. 1999.798.

54. CJCE 30 sept. 2003, *Gerhard Köbler et Republik Österreich* (point 38), A.J.D.A. 2003.2146, obs. Jean-Marc Belorgey, Stéphane Gervasoni et Christian Lambert ; Denys SIMON, « La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire par une juridiction suprême (À propos de l'arrêt de la Cour de justice du 30 septembre 2003, *Köbler*, aff. C-224/01) », *Europe* 2003, chron. n° 12 ; Jean COURTIAL, « La responsabilité du fait de l'activité des juridictions de l'ordre administratif : un droit sous influence européenne ? », A.J.D.A. 2004.423 ; 16 mars 2006, *Rosmarie Kapferer c. Schlank & Schick GmbH*, aff. C-234/04 (point 20), A.J.D.A. 2006.634 et 2275, obs. Emmanuelle Broussy, Francis Donnat et Christian Lambert ; *Europe* 2006, comm. n° 181, obs. Laurence Idot ; J.C.P. 2007.II.10174, note Anna Kostova-Bourgeix.

côtés de la non-rétroactivité des peines et des sanctions plus sévères et de l'interdiction de faire renaître des prescriptions légalement acquises, une condition essentielle de l'intervention d'une loi rétroactive, notamment celle dite de validation, pour les différentes juridictions chargées d'en assurer le contrôle : Conseil constitutionnel, Cour de cassation et Conseil d'État, Cour européenne des droits de l'homme⁵⁵.

Mais il faut à nouveau constater l'évolution affectant l'autorité de la chose jugée qui ne constitue plus toujours un obstacle, une barrière infranchissable, et se trouve amenée à céder sous les exigences du droit européen comme du droit communautaire.

L'on sait qu'en France à la suite d'une condamnation de la Cour européenne et conformément à la recommandation du Comité des ministres du 19 janvier 2000⁵⁶, une procédure de réexamen d'une décision pénale définitive a été organisée, depuis la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, dans les articles 626-1 et suivants du Code de procédure pénale. S'il n'existe pas, pour l'heure, d'équivalent en matière civile au sens large du terme – ce qu'a souligné la chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 30 septembre 2005⁵⁷ –, l'on ne sait pas jusqu'à quand le principe d'autorité de la chose jugée résistera, que ce soit sous l'influence d'une loi homologue, voire sous celle de la jurisprudence.

Au-delà de ces aménagements procéduraux, la Cour européenne des droits de l'homme a refusé, dans une décision du 16 avril 2002, que l'autorité de la chose jugée puisse couvrir des atteintes manifestes à des droits fondamentaux communautaires⁵⁸.

L'on conçoit que le droit communautaire ne soit pas demeuré en reste. Et deux brèches ont été plus récemment introduites.

Après avoir posé que, conformément au principe de sécurité juridique, le droit communautaire n'exige pas qu'un organe admi-

55. *Supra*, n° 7.

56. Recommandation n° R(2000)2 du Comité des ministres aux États membres sur le réexamen ou la réouverture de certaines affaires au niveau interne suite à des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Adde CEDH 1^{er} mars 2006, *Sedjovic c. Italie* (§126).

57. *Bull. civ. V*, n° 279.

58. CEDH 16 avril 2002, *SA Dangeville c. France* (§47). Il en va de même de la prescription : CEDH 25 janvier 2007, *AON Conseil et Courtage SA et autre c. France* (§ 42 et s.).

nistratif soit, en principe, obligé de revenir sur une décision administrative ayant acquis un caractère définitif à l'expiration de délais de recours raisonnables ou par l'épuisement des voies de recours, la Cour de justice des communautés a reconnu, depuis un arrêt du 13 janvier 2004⁵⁹, qu'une limite à ce principe pouvait exister dans certains cas. Le principe de coopération découlant de l'article 10 CE impose ainsi à un tel organe, saisi d'une demande en ce sens, de réexaminer une telle décision afin de tenir compte de l'interprétation de la disposition pertinente retenue entre-temps par la Cour lorsqu'il dispose selon le droit national, du pouvoir de revenir sur cette décision ; et ce sans autre limite de temps que celle pouvant résulter de la fixation de délais raisonnables⁶⁰. Dans le prolongement⁶¹, elle a considéré, dans un arrêt du 19 septembre 2006, que le même principe impose au juge national d'apprécier si une réglementation clairement incompatible avec le droit communautaire constitue une illégalité manifeste au sens du droit national concerné. Si tel est le cas, il incombe à ce juge d'en tirer toutes les conséquences qui en découlent, selon son droit national⁶². Autrement dit, si les règles nationales applicables aux recours imposent une obligation de retirer un acte administratif illégal au regard du droit interne, bien que cet acte soit devenu définitif, lorsque le maintien de cet acte serait « tout simplement insupportable », la même obligation de retrait doit exister, dans des conditions équivalentes, en présence d'un acte administratif non conforme au droit communautaire⁶³.

La seconde brèche apparaît beaucoup plus radicale. Elle va bien au-delà de la transposition au droit communautaire des possibilités de remise en cause offertes en droit interne comme dans les deux hypothèses précédentes, et heurte de plein fouet le principe d'autorité de la chose jugée. La Cour de Luxembourg a en effet jugé, dans un arrêt du 18 juillet 2007, que *le droit communautaire s'oppose à l'application d'une disposition du droit national visant à consacrer le principe de l'autorité de la chose jugée* telle que l'article 2909 du code civil italien, *en tant que son application fait obstacle à*

59. CJCE 13 janvier 2004, *Kühne et Heitz NV*, aff. C-453/00 (points 24 et s.).

60. CJCE 12 février 2008, *Willy Kempter KG*, aff. C-2/06 (point 59). *Supra*, n° 8.

61. En l'absence de saisine du juge national par les requérants, aucune question d'autorité de la chose jugée ne se posait véritablement.

62. CJCE 19 sept. 2006, *i-21 Germany GmbH*, aff. C-392/04 et *Arcor AG & Co. KG*, aff. C-422/04 (point 72) ; Zoobiah PEERBUX-BEAUGENDRE, « Autorité de la chose jugée et primauté du droit communautaire », R.F.D.A. 2005.473 ; Jean-Guy HUGLO, « Primauté du droit communautaire et autorité de la chose jugée par les juridictions nationales », *Gaz. Pal.* 2007.18.

63. Point 63. Cf. antérieurement CJCE 7 janv. 2004, *Delena Wells*, aff. C-201/02.

*la récupération d'une aide d'État octroyée en violation du droit communautaire, et dont l'incompatibilité avec le marché commun a été constatée par une décision de la Commission des communautés devenue définitive*⁶⁴. Le principe d'autorité de la chose jugée a donc plié devant le respect de la primauté du droit communautaire et de la compétence exclusive de la Commission en la matière⁶⁵.

La sécurité juridique *dans* le droit aboutit ainsi à une relativisation de certains instruments caractéristiques de sécurité juridique *par* le droit. À côté de cet effet de paralysie de mécanismes faisant traditionnellement obstacle à une intervention dans le temps, elle apparaît comme le fondement de nouveaux mécanismes d'action sur le temps.

II- LA SÉCURITÉ JURIDIQUE DANS LE DROIT FONDEMENT DE NOUVEAUX MÉCANISMES D'ACTION SUR LE TEMPS

11- L'action. L'idée est apparue, plus récemment, qu'à la nécessaire action du droit pouvait et devait même répondre parfois une action sur le temps. Autrement dit, au constat de la mutabilité du droit (A) peut correspondre la nécessité de la modulation dans le temps (B). La théorie de l'action (rationnelle) constituerait même, pour certains auteurs, le principe d'application dans le temps de la jurisprudence⁶⁶. Et la conséquence semble, encore, aller au-delà de cette dernière question.

A. De la mutabilité du droit ...

12- Évolution. Telle que nous l'avons précédemment envisagée, « la sécurité juridique ne fait pas, de manière générale, obstacle à la mutabilité »⁶⁷. Ainsi, par exemple, a-t-on pu affirmer

64. CJCE 18 juillet 2007, *Ministerio dell'Industria, del Commercio et dell'Artigianato c. Lucchini Siderurgica SpA*, aff. C-119/05 (point 63). Cf. Conclusions de l'Avocat général M. L. A. Geelhoed du 14 septembre 2006 ; Bertrand LEGROS, « Récupération d'une aide illégale : primauté du droit communautaire face à un principe national d'autorité de la chose jugée », *Lamy procédures communautaires Bulletin d'actualités*, 2007.29.1 ; A.J.D.A. 2007.2248, obs. Emmanuelle Broussy, Francis Donnat et Christian Lambert ; *Europe* 2007 (oct.).12, comm. n° 235, obs. Denys Simon ; *Concurrences* 2007.4.108, obs. Jean-Yves Chérot.

65. Points 52 et 62.

66. Marie-Anne FRISON-ROCHE, « La théorie de l'action comme principe de l'application dans le temps des jurisprudences », *Rev. trim. dr. civ.* 2005.310.

67. Bertrand MATHIEU, « Réflexions en guise de conclusion sur le principe de la sécurité juridique », CCC n° 11. 2001 (« Le principe de sécurité juridique », Études et doctrine).

qu'« aucun principe n'est moins contestable et n'est plus indispensable, à côté même de la non-rétroactivité, que celui selon lequel nul n'a de droit acquis au maintien de la réglementation en vigueur »⁶⁸. Et toutes les juridictions auxquelles nous nous sommes intéressés reprennent la nécessaire évolution du droit comme une sorte de leitmotiv, qu'il s'agisse de celle de la législation ou de la jurisprudence.

13- Absence de droit acquis au maintien de la réglementation. Ainsi, pour la Cour de justice des communautés, « aucun opérateur économique ne peut revendiquer un droit de propriété sur une part de marché, même d'ailleurs s'il la détenait à un moment antérieur à l'instauration d'une mesure affectant ledit marché, une telle part de marché ne constituant qu'une position économique momentanée, exposée aux aléas d'un changement de circonstances ». Et, « un opérateur économique ne saurait davantage faire valoir un droit acquis ou même une confiance légitime dans le maintien d'une situation existante, qui peut être modifiée par des décisions prises par les institutions communautaires dans le cadre de leur pouvoir d'appréciation »⁶⁹.

Le Conseil constitutionnel français a, quant à lui, récemment évolué, dans une décision du 29 décembre 2005⁷⁰. Après avoir rappelé qu'il est, à tout moment, loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, il est venu ajouter que, ce faisant, le législateur ne saurait toutefois priver de garanties légales des exigences constitutionnelles et qu'en particulier, il méconnaîtrait la garantie des droits proclamés par l'article 16 de la déclaration de 1789 s'il portait aux situa-

68. Bernard PACTEAU, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », A.J.D.A. 1995.151.

69. CJCE 28 oct. 1982, *Offene Handelsgesellschaft in Firma Werner Faust c. Commission*, aff. 52/81 (point 27) ; 5 oct. 1994, *République fédérale d'Allemagne c. Conseil*, aff. C-280/93 (point 79) ; 14 déc. 2004, *Swedish Match AB et Swedish Match UK Ltd*, aff. C-210/03 (point 73) ; 12 juil. 2005, *Alliance for Natural Health*, aff. C-154/04, et *National Association of Health Stores*, aff. C-155/04 (point 128).

70. Cons. const. 29 déc. 2005, décision 2005-530 DC ; CCC n° 20 ; Bertrand MATHIEU, « Les lois de finances au crible de la sécurité juridique (À propos des décisions 2005-530 et 2005-531 du 29 décembre 2005 du Conseil constitutionnel) », L.P.A. 2006 (13 janv.).10.4 ; Anne-Laure VALEMBOIS, « La sécurité juridique : une constitutionnalisation en marche mais non aboutie (Bilan de la jurisprudence constitutionnelle de 2005) », L.P.A. 2006 (13 juin).117.7.

tions légalement acquises une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant. La protection des situations légalement acquises est donc venue s'ajouter comme faisant obstacle à une intervention de la loi, sous le même critère que pour les lois rétroactives⁷¹ du contrôle du motif d'intérêt général suffisant, pour tempérer le principe de la mutabilité des textes.

14- Absence de droit acquis au maintien de la jurisprudence. Mais c'est, surtout, la mutabilité de la jurisprudence qui a connu selon les juridictions des formulations plus ou moins heureuses.

L'on sait que pour la Cour de Strasbourg, la Convention européenne – qui est un instrument vivant – et ses protocoles doivent s'interpréter à la lumière des conditions actuelles⁷², même si la Cour ne saurait en dégager, au moyen d'une interprétation évolutive, un droit qui n'y a pas été inséré au départ⁷³. Sans être formellement liée par l'un quelconque de ses arrêts antérieurs, elle a toutefois coutume d'en suivre et appliquer les enseignements dans l'intérêt de la sécurité juridique et du développement cohérent de la jurisprudence. Cela ne l'empêche pourtant pas de s'en écarter, si des raisons impérieuses lui paraissent le demander. Un tel revirement peut, par exemple, se justifier s'il sert à garantir que l'interprétation de la Convention cadre avec l'évolution de la société et demeure conforme aux conditions actuelles⁷⁴. Si la Cour devait faillir à maintenir une approche dynamique et évolutive, pareille attitude risquerait de faire obstacle à toute réforme ou amélioration⁷⁵.

En droit interne, c'est la formulation – certes variable mais également provocatrice – des différentes chambres de la Cour de cassation sur l'évolution de la jurisprudence, suivant laquelle la sécurité juridique « ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence

71. *Supra*, n° 7.

72. CEDH 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni* (§ 31) ; 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique* (§ 58) ; 28 oct. 1987, *Inze c. Autriche* (§ 41) ; 4 fév. 2005, *Mamatkoulou et Askarov c. Turquie* (§ 121) ; 17 janv. 2006, *Aoulmi c. France* (§ 26).

73. CEDH 18 déc. 1986, *Johnston et autres c. Irlande* (§ 53).

74. CEDH 27 sept. 1990, *Cossey c. Royaume-Uni* (§ 35) ; 18 janv. 2001, *Chapman c. Royaume-Uni* (§ 70).

75. CEDH 28 mai 2002, *Stafford c. Royaume-Uni* (§ 68), 11 juil. 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* (§ 74).

figée^{76]}/*constante*^{77]}/ou *immuable*^{78]}, l'évolution de la jurisprudence relevant de l'office du juge dans l'application du droit » qui a pu susciter l'ire doctrinale. Ces derniers termes ont été perçus comme stigmatisant, encore, le refus de reconnaissance de la création de la règle de droit par le juge⁷⁹.

Un tel déni ne changeait toutefois rien à la question essentielle de l'appréhension dans le temps de l'évolution ou de la variation de la règle, qu'elle soit d'origine textuelle ou jurisprudentielle, parce qu'elle est également source d'insécurité juridique dans le droit. Les réponses susceptibles d'y être apportées peuvent être regroupées sous la forme d'action sur le temps, que constitue la modulation dans le temps des effets de la solution nouvelle.

B. ... À la modulation dans le temps

15- Évolution non achevée. À cet égard, l'évolution dans la recherche d'une plus grande sécurité juridique dans le droit, au regard de l'application dans le temps, ne semble pas achevée. Et, à l'acquis des mécanismes d'action sur le temps existant, notamment ceux récemment apparus (1), pourraient à l'avenir s'en ajouter de nouveaux (2).

76. Pour la première chambre civile : 21 mars 2000, *Bull. civ. I*, n° 97, D. 2000.593, note Christian Atias ; *Contrats Concurrence Consommation*, 2000.8/9.12, note Laurent Leveneur ; *Rev. trim. dr. civ.* 2000.592, note Pierre-Yves Gautier et p. 666, note Nicolas Molfessis ; 2001.487, note Frédéric Pollaud-Dulian ; 9 oct. 2001, *Bull. civ. I*, n° 249, D. 2001.3470, note Pierre Sargos et Dominique Thouvenin ; *Rev. trim. dr. civ.* 2002.176, note Rémy Libchaber, p. 507, note Jacques Mestre et Bertrand Fages. Cf. également Soc. 12 nov. 2002 (00-45414), inédit titré et cours d'appel Paris 26 février 2002, Aix-en-Provence 22 mars et 7 juin 2005, Nîmes 7 juin 2005 (inédits).

77. Pour la troisième chambre civile : 2 oct. 2002, *Bull. civ. III*, n° 200, D. 2003.513, note Christian Atias et la deuxième chambre civile : 8 juil. 2004, *Bull. civ. II*, n° 361. Adde sur la notion de jurisprudence constante : Philippe JESTAZ, « La jurisprudence constante de la Cour de cassation », dans *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Paris, Documentation française, 1994, p. 225.

78. Pour la chambre sociale : 7 janv. 2003 (00-46476), inédit titré ; 25 juin 2003, *Bull. civ. V*, n° 206, D. 2004.1761, note Mathilde Julien ; 26 nov. 2003 (01-45486), inédit ; 25 fév. 2004 (02-41306), inédit ; 18 janv. 2005 (02-46737), inédit ; 23 fév. 2005 (02-42615), inédit ; 27 sept. 2006 (04-47484), inédit. Cf. également cours d'appel Paris 3 juillet 2003 et Aix-en-Provence 12 avril 2006 (inédits).

79. Cf. notamment notes Christian Atias et Nicolas Molfessis, *prec. note 72*.

1. L'acquis

16- Dispositif transitoire. Tous les dispositifs visant à accroître la sécurité juridique ne débouchent pas sur la création d'un mécanisme d'action sur le temps. Ainsi en va-t-il des mesures d'information préventives, souvent préconisées au regard de l'évolution de la jurisprudence⁸⁰, qu'elles prennent la forme d'un *obiter dictum* ou de l'annonce d'un futur revirement par exemple dans le rapport annuel de la Cour de cassation comme d'une possible évolution prochaine plus restrictive dans l'interprétation de tel article de la Convention par la Cour européenne des droits de l'homme. Elles ont, en effet, plutôt pour objet de faire apparaître la prévisibilité de cette évolution et du même coup de rendre sans objet un futur aménagement dans le temps. Je me limiterai donc à ce dernier, autrement dit au seul dispositif transitoire, qu'il s'agisse de normes textuelles ou jurisprudentielles.

17- Textes et dispositif transitoire. Il n'est guère besoin d'insister, ici, sur le mécanisme bien connu en méthodologie juridique des dispositions transitoires des textes destinées à régler par avance d'éventuels conflits d'application dans le temps⁸¹. L'on se bornera à souligner l'intensité particulière, parfois, du lien avec l'exigence de sécurité juridique.

Formellement, d'abord, lorsqu'un chapitre désormais baptisé « de sécurisation juridique » vient se substituer aux classiques dispositions transitoires finales d'une loi⁸².

80. Christian MOULY, « Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ? », L.P.A. 1994.33.15 et rapport sur les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation dans *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Paris, Documentation française, 1994, p. 123 ; Bertrand MATHIEU, « Réflexions en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique », CCC n° 11. 2001 (« Le principe de sécurité juridique », Études et doctrine).

81. *Cahiers de méthodologie juridique*, vol. XIV, RRJ 1999-4, Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*, Paris, L.G.D.J., 1977 ; Gweltaz EVEILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public français*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2007 ; et plus largement : Paul ROUBIER, *Le droit transitoire. Conflits des lois dans le temps*, Paris, Dalloz, 2008, Jacques HÉRON, *Principes du droit transitoire*, Paris, Dalloz, 1996.

82. Intitulé du chapitre X de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail (à trente-cinq heures), J.O. 20 janvier 2000, p. 975. Dans certaines lois récentes, c'est sous la bannière de la sécurisation que sont adoptées de nouvelles dispositions de fond. Ainsi, par exemple, dans le
(à suite...)

Plus *substantiellement*, ensuite, dans deux hypothèses, qui soulignent l'interaction du juge et du législateur dans la mise en œuvre de la sécurité juridique ; soit que l'absence de dispositif transitoire dans un texte conduise à l'intervention du juge, soit qu'en sens inverse l'absence de dispositif transitoire d'une décision de justice conduise à l'intervention du législateur.

La première hypothèse a été illustrée avec éclat par le Conseil d'État, dans sa décision *Société KPMG* du 24 mars 2006. Elle affirme qu'il incombe à l'autorité investie du pouvoir réglementaire d'édicter, pour des motifs de sécurité juridique, les mesures transitoires qu'implique, s'il y a lieu, une réglementation nouvelle et qu'il en va ainsi, en particulier, lorsque les règles nouvelles sont susceptibles de porter une atteinte excessive à des situations contractuelles en cours qui ont été légalement nouées⁸³. Pour autant, l'intervention du juge ne consiste pas, ici, à substituer un dispositif transitoire prétorien au dispositif transitoire textuel défaillant. Le texte est annulé en tant qu'il ne comporte pas de mesures transitoires en contrariété avec le principe de sécurité juridique et la balle est en quelque sorte renvoyée à l'autorité compétente, soit à l'auteur même du texte, pour les édicter. Mais, c'est bien le juge qui apprécie, d'abord, la nécessité ou non⁸⁴ d'un tel dispositif transitoire, puis, le

(...suite)

sillage du rapport de Philippe PELLETIER, *Propositions pour une meilleure sécurité juridique des autorisations d'urbanisme*, Paris, Documentation française, 2005, le chapitre 3 de la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement, Sylvain PÉRIGNON, « La sécurisation des autorisations d'urbanisme et des constructions existantes », A.J.D.A. 2006.1549.

83. Cons. d'Ét. 24 mars 2006, *KPMG* ; A.J.D.A. 2006.841, obs. Bertrand Mathieu ; p. 897, obs. Fabrice Melleray ; p. 1028, obs. Claire Landais et Frédéric Lenica ; R.F.D.A. 2006.463, concl. Yann Aguila ; p. 483, obs. Frank Moderne ; p. 1169, obs. Jean-Pierre Camby ; J.C.P. 2006.II.10113, note Jean-Michel Belorgey ; *Rev. trim. dr. civ.* 2006.527, obs. Rafael ENCINAS DE MUNAGORRI, R.D.C. 2006-3.856, note Pierre Brunet, p. 1038, note Cécile Pérès ; *Europe*, 2006 (mai), comm. n° 142, obs. Denys Simon. Adde : Paul CASSIA, « La sécurité juridique, un « nouveau » principe général du droit aux multiples facettes », D. 2006.1190 ; Laurent TESOKO, « Principe de légalité et principe de sécurité juridique en droit administratif », A.J.D.A. 2006.2214 ; Jean-Marie WOEHRLING, « L'obligation d'édicter des mesures transitoires comme instrument de la protection des situations juridiques constituées (à propos de la sécurité juridique) », R.D.P. 2007.285 ; Alexandre MET-DOMESTICI, « La sécurité juridique : consécration d'une exigence ancienne. Précisions sur les enjeux de la reconnaissance par le Conseil d'État du principe de sécurité juridique », R.R.J. 2007-4.1873.
84. Cons. d'Ét. 13 déc. 2006, *M^{me} Lacroix*, D. 2007.847, note Olivia Bui-Xuan ; A.J.D.A. 2007.358, obs. Frédéric Lenica et Julien Boucher ; R.F.D.A. 2007.6, concl. Mattias Guyomar, p. 275, note Gweltaz Eveillard ; R.D.C. 2007-4.1091, obs. Cécile Pérès.

cas échéant, l'adéquation de son contenu par rapport à ce que requiert en l'espèce l'exigence de sécurité juridique⁸⁵.

La seconde hypothèse se rencontre en présence de certaines de lois de validation – forme peut-être la plus entière du dispositif transitoire – où le législateur est, précisément, intervenu pour remédier à l'absence de dispositif transitoire d'une décision de jurisprudence. Un exemple récent en a, encore, été donné avec la loi de financement de la sécurité sociale pour 2007 du 14 décembre 2006 dont le Conseil constitutionnel a estimé qu'elle répondait à un but d'intérêt général suffisant⁸⁶. Il a notamment observé pour ce faire que le législateur, d'une part, avait entendu *remédier aux effets rétroactifs d'une décision du Conseil d'État* ayant annulé un décret de 2004 sur la durée du travail dans la branche des hôtels, cafés et restaurants sans porter atteinte aux intérêts des personnes concernées, d'autre part, *avait conforté la sécurité juridique des employeurs et employés de ce secteur en remédiant aux incertitudes sur les règles de droit applicables* résultant de ce que le décret antérieur de 1999 se trouvait entaché du même vice que celui relevé par le Conseil d'État⁸⁷. On a souligné le paradoxe qu'il y aurait à écarter l'application de telles lois⁸⁸. Il faut, néanmoins, observer d'une part, que la sécurité juridique vient alors précisément au soutien du motif d'intérêt général qui permet de maintenir la rétroactivité de principe en la matière⁸⁹, d'autre part, que l'apparition d'un dispositif transitoire relatif aux effets de la décision jurisprudentielle est de nature à rendre inutile le recours à ce type particulier de loi.

18- Jurisprudence et dispositif transitoire. La possibilité d'une modulation dans le temps de la rétroactivité de la jurisprudence, sur laquelle on s'accorde majoritairement⁹⁰, est parfois tout

85. Cons. d'Ét. 19 mars 2007 : R.F.D.A. 2007.770, concl. Luc Derepas.

86. Cons. const. 14 déc. 2006, décision 2006-544 DC, CCC n° 22.

87. Considérant 21.

88. Xavier LAGARDE, « Jurisprudence et insécurité juridique », D. 2006.678.

89. Cf. *supra*, n° 7.

90. Jean RIVERO, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », A.J.D.A. 1968.15. Christophe RADÉ, « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence », D. 2005.988 ; Denys DE BÉCHILLON, « De la rétroactivité de la règle jurisprudentielle en matière de responsabilité », dans *Mouvement du droit public : du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits : mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 5 ; Bertrand SEILLER, *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, coll. « Études juridiques », Paris, Economica, 2007. Voir toutefois Thierry BONNEAU, « Brèves (à suivre...) »

d'abord prévue par certains textes. Outre dans l'ordre communautaire lui-même l'article 231 alinéa 2 (ancien art. 174) du traité CEE⁹¹, de tels textes existent, aussi, dans les ordres nationaux. Il en va ainsi en France, notamment en matière fiscale (article L. 190 alinéa 4 du livre des procédures fiscales)⁹² et douanière (art. 352 ter du Code des douanes)⁹³, pour limiter dans le temps les réclamations pécuniaires (actions en restitution de sommes ou en réparation de préjudice) consécutives au constat par une décision juridictionnelle du défaut de validité d'un texte ou de la non-conformité à une règle de droit supérieure. Et ces textes ont, au demeurant, été jugés compatibles avec le droit communautaire.

L'on sait que la Cour de Luxembourg s'est affranchie du caractère *a priori* limité (aux seuls recours directs en annulation et aux seuls règlements) du texte la concernant pour développer, dans le cadre des recours préjudiciels⁹⁴, toute une jurisprudence sur la limitation dans le temps des effets de ses décisions⁹⁵. Il en

(...suite)

remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirements », D. 1995.24 ; William DROSS, « La jurisprudence est-elle seulement rétroactive ? », D. 2006.472.

91. « Si le recours est fondé, la Cour de justice déclare nul et non avenue l'acte contesté.
Toutefois, en ce qui concerne les règlements, la Cour de justice indique, si elle l'estime nécessaire, ceux des effets du règlement annulé qui doivent être considérés comme définitifs ».
92. « Lorsque cette non-conformité a été révélée par une décision juridictionnelle ou un avis rendu au contentieux, l'action en restitution des sommes versées ou en paiement des droits à déduction non exercés ou l'action en réparation du préjudice subi *ne peut porter que sur la période postérieure au 1er janvier de la troisième année précédant celle où la décision ou l'avis révélant la non-conformité est intervenu* » (nos italiques).
93. « Lorsque le défaut de validité d'un texte fondant la perception d'une taxe recouvrée par les agents de la direction générale des douanes et des droits indirects a été révélé par une décision juridictionnelle, l'action en restitution mentionnée à l'article 352 *ne peut porter, sans préjudice des dispositions de l'article 352 bis, que sur la période postérieure au 1er janvier de la troisième année précédant celle au cours de laquelle cette décision est intervenue* » (nos italiques).
94. Puis du recours en manquement, CJCE 12 sept. 2000, *Commission des Communautés européennes c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, aff. C-359/97 (points 88 et s.).
95. Pierre LE MIRE, « La limitation dans le temps des effets des arrêts de la Cour de justice des communautés européennes », dans *Mélanges René Chapus : droit administratif*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 367 ; Henri LABAYLE, « La Cour de justice des communautés européennes et la modulation des effets de sa jurisprudence : autres lieux ou autres mœurs ? », R.F.D.A. 2004.663 ; Nicolas CHARBIT, « La limitation de l'effet rétroactif des arrêts par le juge communautaire », dans *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, Paris, LexisNexis Litec, 2005, p. 73.

résulte⁹⁶ qu'elle peut, à titre exceptionnel, par application d'un principe général de sécurité juridique inhérent à l'ordre juridique communautaire, en tenant compte des troubles graves que son arrêt pourrait entraîner pour le passé, être amenée à limiter la possibilité pour tout intéressé d'invoquer la disposition ainsi interprétée, qui ne vaudra donc que pour l'avenir à compter de la date dudit arrêt. Une possible exception à l'aménagement est toutefois ... aménagée, en faveur des personnes qui auraient pris en temps utile des initiatives en vue de sauvegarder leurs droits. Elle signerait, pour certains auteurs, le revirement d'avenir⁹⁷ (ou revirement prospectif sélectif)⁹⁸, dans le cadre de l'élaboration de typologies, par opposition au revirement pour l'avenir qui ne la comporte, et au revirement à venir⁹⁹ (ou revirement prospectif pur)¹⁰⁰. L'on notera, méthodologiquement, que sous cette réserve, pareille limitation intratemporelle ne peut être admise, d'une part, que par la seule Cour au nom d'une application générale et uniforme du droit communautaire, et d'autre part, dans l'arrêt même qui statue sur l'interprétation sollicitée.

C'est, dans ce contexte favorable, qu'en droit interne français, où le débat s'est focalisé sur la rétroactivité des revirements de jurisprudence, les juridictions suprêmes des ordres administratif et judiciaire sont, hors de toute prévision textuelle, parvenues récemment

96. CJCE 8 avril 1976, *Gabrielle Defrenne c. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena* (points 71 et s.) ; 27 mars 1980, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Denkavit italiana Srl* (points 16 et s.), et *Amministrazione delle Finanze c. Srl Meridionale Industria Salumi, Fratelli Vasanelli et Fratelli Ultrochi*, aff. jointes 66 127 et 128/79 (points 10 et s.) ; 15 janv. 1986, *Pietro Pina c. Caisse d'allocations familiales de la Savoie*, aff. 41/84 (points 28 et s.) ; 2 fév. 1988, *Vincent Blaizot c. Université de Liège et autres*, aff. 24/86 (points 30 et s.) ; 17 mai 1990, *Douglas Harvey Barber c. Guardian Royal Exchange Assurance Group*, aff. C-262/88 (points 41 et s.) ; 16 juil. 1992, *Administration des douanes et droits indirects c. Léopold Legros et autres*, aff. C-163/90 (points 30 et s.) ; 14 déc. 1993, *Michael Moroni c. Collo GmbH*, aff. C-110/91 (points 27 et s.) ; 22 déc. 1993, *David Neath c. Hugh Steeper Ltd*, aff. C-152/91 (points 12 et s.) ; 11 août 1995, *F.G. Roder BV et autres c. Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen*, aff. jointes C-367/93 à C-377/93 (points 41 et s.), etc...

97. Patrick MORVAN, « Le revirement pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon », D. 2005.247.

98. Frédéric LENICA et Julien BOUCHER, « Recours des tiers contre les contrats et modulation dans le temps des effets de changement de jurisprudence : « never say never » », A.J.D.A. 2007.1577.

99. Patrick MORVAN, « Le revirement pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon », D. 2005.247.

100. Frédéric LENICA et Julien BOUCHER, « Recours des tiers contre les contrats et modulation dans le temps des effets de changement de jurisprudence : « never say never » », A.J.D.A. 2007.1577.

à un résultat similaire soit à la consécration du *revirement pour l'avenir*, qui a pu être présentée comme un alignement sur le *prospective overruling* anglo-saxon¹⁰¹, de façon peut-être excessive du moins à l'époque¹⁰².

La création de ce nouveau mécanisme d'action sur le temps a d'abord été acquise, pour ne pas dire conquise, dans l'ordre judiciaire. Elle est, dans un premier temps, apparue masquée dans une décision de la chambre commerciale du 12 avril 1988¹⁰³, par laquelle la rétroactivité d'un revirement antérieur se trouvait opportunément mais artificiellement limitée par référence à la date d'entrée en vigueur d'un décret. Face à une modulation jurisprudentielle qui ne voulait pas encore dire son nom, le couvert d'un mécanisme éprouvé d'application de texte dans le temps pouvait avoir quelque chose de rassurant, fût-ce au prix d'un subterfuge¹⁰⁴. .. au moins dans un premier temps. Elle est en effet apparue ensuite au grand jour dans un arrêt de la deuxième chambre civile du 8 juillet 2004¹⁰⁵ dont la solution, après quelques hésitations d'autres formations de la Cour de cassation¹⁰⁶, mais conformément aux préconisations du rapport dit Molfessis sur les revirements de jurisprudence publié en 2005 d'un groupe de travail constitué à l'initiative de son premier président Guy Canivet¹⁰⁷ et en dépit de l'accueil contrasté qui lui a été réservé¹⁰⁸, a finalement été confirmée par l'assemblée

101. Horatia MUIR-WATT (dir.), « La gestion de la rétroactivité des revirements de jurisprudence : systèmes de common law », dans *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le premier président Guy Canivet*, Paris, Lexis-Nexis Litec, 2005, p. 53.

102. Voir depuis sur l'évolution de la Chambre des Lords au regard du *prospective overruling* : Horatia MUIR WATT, « « Never say never » : post-scriptum comparatif sur la rétroactivité des revirements de jurisprudence », dans Bertrand SEILLER (dir.), *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, coll. « Études juridiques », Paris, Economica, 2007, p. 61.

103. Com. 12 avril 1988, *Bull. civ.* IV, n° 130.

104. Christian MOULY, « Le revirement pour l'avenir », *J.C.P.* 1994.I.3776.

105. Civ. 2^e, 8 juil. 2004 (01-10426), *Bull. civ.* II, n° 387 ; *Rev. trim. dr. civ.* 2005.176, obs. Philippe Théry.

106. Civ. 1^{re}, 19 oct. 2004, D. 2005.878, note Cédric Montfort ; Soc. 17 déc. 2004, *Bull. civ.* V, n° 346 ; D. 2005.110, obs. P. Guionard, *Rev. trim. dr. civ.* 2005.159, obs. Philippe Théry et p. 625, obs. Pierre-Yves Gautier ; 26 janv. 2005, *Bull. civ.* V, n° 20, D. Soc. 2005.567, obs. Antoine Jeammaud.

107. Guy CANIVET et Nicolas MOLFESSIS, « Les revirements de jurisprudence ne vaudront-ils que pour l'avenir ? », *J.C.P.* éd. E. 2004, act. 292.

108. Pierre SARGOS, « L'horreur économique dans la relation de droit (libre propos sur le 'rapport sur les revirements de jurisprudence' », *Dr. Soc.* 2005.2.123 ; Pascale DEUMIER et Rafaël ENCINAS DE MUNAGORRI, « Faut-il différer l'application des règles jurisprudentielles nouvelles ? Interrogations à partir (à suivre...) »

plénière le 21 décembre 2006¹⁰⁹ : l'application immédiate de la règle nouvelle de prescription dans l'instance en cours aboutirait à priver la victime d'un procès équitable, au sens de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales. C'est donc, précisément, à propos d'un des mécanismes topiques de sécurité juridique *par* le droit, que la Cour de cassation a trouvé la première occasion d'affirmation et de mise en œuvre d'un mécanisme de modulation dans le temps fondée sur la sécurité juridique *dans* le droit ... mais sans y faire aucunement référence : « La prescription, atteinte au droit d'agir justifiée par des impératifs de sécurité juridique, ne saurait être dans le même temps un motif d'insécurité dans l'exercice de ce droit. La sécurité de ceux qui bénéficient de la prescription ne se paie pas au prix de l'insécurité de ceux qui la subissent »¹¹⁰. La Cour de cassation – qu'il s'agisse de l'assemblée plénière ou à sa suite de la chambre commerciale dans un arrêt du 13 novembre 2007¹¹¹ –, n'en livre toutefois aucunement le mode d'emploi¹¹², autrement dit la méthodologie, à la différence d'autres juridictions, la Cour de justice des communautés on l'a vu, mais aussi le Conseil d'État¹¹³.

En effet s'agissant, du moins, du dispositif transitoire de la règle jurisprudentielle¹¹⁴, l'assemblée plénière de la Cour de cassation coiffait ainsi au poteau l'assemblée du contentieux du Conseil

(...suite)

d'un rapport », *Rev. trim. dr. civ.* 2005.83 ; Vincent HEUZÉ, « À propos du rapport sur les revirements de jurisprudence. Une réaction entre indignation et incrédulité », *J.C.P.* 2005.I.130.

109. Ass. plén. 21 déc. 2006 (00-20493), *Bull. civ.* 2006. Ass. plén. n° 14 ; B.I.C.C. n° 656 (1^{er} mars 2007), Rapport de M. Lacabarats conseiller rapporteur, Avis de M. Legoux avocat général ; D. 2007.835, note Patrick Morvan ; *J.C.P.* éd. G. 2007.II.10040, note Emmanuel Dreyer, et p. 10111, note Xavier Lagarde ; *Rev. trim. dr. civ.* 2007.72, obs. Pascale Deumier, et p. 168, obs. Philippe Théry ; *Gaz. Pal.* 2007.279.13, note Pierre Guerder.

110. *J.C.P.* éd. G. 2007.II.10111, note Xavier Lagarde

111. B.I.C.C. 2008 (1^{er} mars), n° 326.

112. *Rev. trim. dr. civ.* 2007.72, obs. Pascale Deumier. Seul le communiqué de la Cour de cassation sur l'arrêt en fait état.

113. Florent BLANCO, « Le Conseil d'État, juge pédagogue », *R.R.J.* 2003.1513.

114. Le Conseil d'État avait en effet déjà pris position dans des arrêts récents en faveur de la question distincte (Jacques-Henri STAHL et Anne COURRÈGES, « Note à l'attention de M. le président de la section du contentieux », *R.F.D.A.* 2004.438, dans *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le premier président Guy Canivet*, Paris, LexisNexis Litec, 2005, p. 105) de la modulation dans le temps des effets d'une décision relative à une demande d'annulation d'acte administratif qu'il s'agisse d'une décision d'annulation (à suivre...)

d'État qui, après une occasion perdue dans une décision Leroy-Merlin du 10 mars 2006¹¹⁵, voire plusieurs¹¹⁶, devait s'orienter dans le même sens dans la décision Société Tropic travaux signalisation du 16 juillet 2007¹¹⁷. Ouvrant aux concurrents évincés de la conclusion d'un contrat administratif un recours leur permettant de contester directement devant le juge administratif après sa signature la validité de ce contrat, il a, dans un second temps, considéré que « toutefois, eu égard à l'impératif de sécurité juridique tenant à ce qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours et sous réserve des actions en justice ayant le même objet et déjà engagées avant la date de lecture de la présente décision, le recours ci-dessus défini ne pourra être exercé qu'à

(...suite)

proprement dite (Cons. d'État. 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, D. 2004.1603, obs. Bertrand Mathieu, *Dr. adm.*, août 2004, étude 15, Olivier DUBOS et Fabrice MELLERAY, « La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif », A.J.D.A. 2004.1183, note Claire Landais et Frédéric Lenica, R.F.D.A. 2004.454, Christophe Devys ; 25 fév. 2005, *France Télécom*, A.J.D.A. 2005.997, note Claire Landais et Frédéric Lenica, R.F.D.A. 2005.802, concl. Emmanuelle Prada-Bordenave ; 11 janv. 2006, *Association des familles victimes du saturnisme (AFVS) et autres*, A.J.D.A. 2006.2428, note Frédéric Dieu ; 12 déc. 2007, *M. S.* ; 16 mai 2008, *Département du Val-de-Marne*) comme d'une décision de rejet mettant fin à la suspension de l'acte (Cons. d'État. 27 octobre 2006, *Société Techna SA*, A.J.D.A. 2006.2385, note Claire Landais et Frédéric Lenica, R.F.D.A. 2007.267, concl. F. Sénars ; Florence CHALTIEL, « Le principe de sécurité juridique et l'office du juge », L.P.A. 2007 (1^{er} et 2 janvier).3 (A propos de l'arrêt Techna du 27 octobre 2006) et 14 mai 2007, p. 11, note AC, D. 2007.621, note Paul Cassia).

115. Cons. d'État. 10 mars 2006, *Leroy Merlin*, A.J.D.A. 2006.681, obs. Bertrand Seiller, et p. 796, note Claire Landais et Frédéric Lenica ; R.F.D.A. 2006.550, concl. Yves Struillou ; D. 2006.1237, note Hélène Gelas.
116. Cons. d'État. 14 juin 2004, *SCI Saint-Lazare*, *Dr. adm.* 2004 (nov.), comm. 166, obs. Rozen Noguellou ; 28 sept. 2005, *Louis*, A.J.D.A. 2005.2425 et 2006.681, obs. Bertrand Seiller.
117. Cons. d'État. 16 juil. 2007, *Société Tropic travaux signalisation* : Conférence de presse du 18 juillet : texte de l'intervention du vice-président du Conseil d'État lors du point de presse sur l'arrêt *Tropic travaux signalisation* du 16 juillet 2007 ; A.J.D.A. 2007.1577, note Frédéric Lenica et Julien Boucher, p. 1964, note Paul Cassia ; R.F.D.A. 2007.696, concl. Didier Casas, p. 917, note Franck Moderne, p. 935, note Marguerite Canedo-Paris ; *Dr. adm.*, 2007 (oct.), comm. n° 142, note Philippe Cossaltier ; J.C.P. éd. G. 2007.II.10160, note Bertrand Seiller ; éd. A. 2007.II.2221, note Marie-Christine Rouault ; D. 2007.2500, note David Capitant ; L.P.A. 2007 (24 juil.).9, note Mathieu Gaudemet, 2007 (21 août).3, note Florence Chaltiel, 2007 (10 sept.).6, note Jean-Mathieu Glatt, 2007 (17 oct.).10, note Frédéric Buy ; *Gaz. Pal.* 2007 (7 et 8 sept.).6, note Olivier Guillaumont et 2007 (26 et 27 sept.).10, note Philippe Raimbault. Adde, Benjamin LAVERGNE, « La norme jurisprudentielle et son revirement en droit public », R.R.J. 2008-1.283.

l'encontre des contrats dont la procédure de passation a été engagée postérieurement à cette date ». La méthodologie est donc, cette fois, plus précise. En termes de stabilité, l'arrêt ménage une exception à l'exception de la non-rétroactivité de la nouvelle règle jurisprudentielle. Celle-ci ne vaudra par ailleurs, en termes de prévisibilité, qu'à compter de la date de lecture de la décision¹¹⁸.

N'en demeurent pas moins pour l'avenir un certain nombre d'interrogations.

2. L'avenir ?

19- Double interrogation. Elles me paraissent porter, tant sur la délimitation du champ d'application du précédent dispositif transitoire jurisprudentiel, que sur le complément qui pourrait lui être apporté par l'admission d'une modulation procédurale de l'irrecevabilité.

20- Délimitation du champ d'application du dispositif transitoire jurisprudentiel. Il s'agit, ici, de répondre à une double question : un dispositif transitoire pour quels juges et pour quelles règles jurisprudentielles ?

La première question – **un dispositif transitoire pour quels juges ?** – Conduit à se tourner, successivement, vers les plus hautes juridictions, puis les plus ordinaires.

Du côté des plus hautes juridictions non encore évoquées sur la question jusqu'ici, d'abord, pour constater que le dispositif transitoire jurisprudentiel ne semble pour l'heure guère pratiqué ni par le Conseil constitutionnel français, ni par la Cour européenne des droits de l'homme, sans que cela ne doive trop surprendre.

Le premier, à la différence d'un certain nombre d'homologues européens et ce parfois en vertu d'une autorisation expresse de la Constitution, ne saurait en principe, dans le cadre du seul contrôle *a priori* de la loi existant, limiter l'application de la déclaration d'inconstitutionnalité. Si bien qu'il paraissait abusif, jusqu'il y a peu, de parler de « modulation dans le temps de la décision

118. Pour une application : ord. T.A. Marseille 20 août 2007, A.J.D.A. 2007.2436, note Jean-Mathieu Glatt.

d'inconstitutionnalité »¹¹⁹. Étaient, en réalité, (faussement) visées à ce titre des décisions du Conseil *refusant* de prononcer une inéligibilité¹²⁰, ou la contrariété à la Constitution d'une loi annuelle, telle la loi de finances¹²¹ ou de financement de la sécurité sociale¹²². Ce n'est que dans une décision du 19 juin 2008 que le report (en l'occurrence au 1^{er} janvier 2009) des effets d'une déclaration positive cette fois d'inconstitutionnalité apparaît pour la première fois dans le dispositif même d'une décision du Conseil¹²³. La question pourrait, en revanche, prospérer avec l'introduction de l'exception d'inconstitutionnalité préconisée par le Comité dit Balladur¹²⁴, soit d'un contrôle *a posteriori* cadre dans lequel elle est davantage à même de se poser¹²⁵. Elle pourrait, toutefois, être réglée par un dispositif transitoire, non pas jurisprudentiel, mais textuel, suivant lequel une disposition déclarée inconstitutionnelle par voie d'exception est abrogée à compter de la date fixée par le Conseil constitutionnel, et ne peut être appliquée aux procédures juridictionnelles en cours¹²⁶.

La Cour européenne des droits de l'homme a certes, quant à elle, ponctuellement accepté, dans le sillage de la Cour de justice des communautés¹²⁷ à laquelle elle faisait d'ailleurs expressément référence, de dispenser un État en application du principe de sécurité juridique de remettre en cause des actes ou situations juridiques antérieurs au prononcé de l'arrêt¹²⁸. Pour autant, s'agissant de la question distincte de l'effet des revirements de jurisprudence, elle

119. Wagdi SABETE, « Le Conseil constitutionnel et la modulation dans le temps de la décision d'inconstitutionnalité », R.R.J. 2007-2, p. ; Jean-Pierre CAMBY, « Sécurité juridique et insécurité jurisprudentielle », R.D.P. 2006.1505.

120. Cons. const. 31 juil. 1991, décision 91-1141/1142/1143/1144 (considérant n° 20).

121. Cons. const. 30 déc. 1997, décision 97-395 DC (considérant n° 14) et 29 déc. 2005, décision 2005-530 (considérant n° 26).

122. Cons. const. 18 déc. 2001, décision 2001-453 DC (considérant n° 77) ; 15 déc. 2005, décision 2005-528 DC (considérant n° 24). *Cf.* également en matière d'élection, décision 2003-468 du 3 avril 2003 (considérants nos 27 et 28).

123. 19 juin 2008, décision 2008-564 DC (considérant n° 58).

124. *Une V^e République plus démocratique*, Paris, Documentation française, Fayard, 2007, p. 87, proposition n° 74 (modification de l'article 61 de la Constitution).

125. Thierry DI MANNO, « Études réunies et présentées par Thierry Di Manno », CCC n° 20. 2006 (« Les revirements de jurisprudence du juge constitutionnel », Études et doctrine).

126. Modification de l'article 62 de la Constitution, *Une V^e République plus démocratique*, Paris, Documentation française, Fayard, 2007, p. 90.

127. *Supra*, n° 18.

128. CEDH 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique* (§ 58) ; 29 nov. 1991, *Vermeire c. Belgique* (§ 25).

considère, d'une part, que – mise à part la matière pénale déjà évoquée¹²⁹ – le revirement constitue une modalité d'application du droit interne qui échappe à sa compétence¹³⁰. Et, elle ne semble pas, d'autre part, adepte quant aux siens du *prospective overruling*¹³¹, réticence que pourrait expliquer le domaine d'intervention relatif à la protection des droits fondamentaux¹³².

Du côté des juridictions ordinaires, ensuite, pour lesquelles est toujours en suspens la question de leur légitimité à mettre en œuvre un dispositif transitoire jurisprudentiel. Le rapport sur les revirements de jurisprudence a certes pris nettement position, en 2005, à leur encontre en faveur d'une réponse négative au nom de l'unité d'interprétation¹³³. Les décisions des cours suprêmes de l'ordre judiciaire comme administratif qui l'ont instauré ne contiennent pas, cependant, la même exclusive. Et on peut se demander si le défaut de légitimité¹³⁴, longtemps opposé au juge pour le dissuader de franchir le pas, ne s'est pas tout simplement, mais tout aussi vainement, déplacé dans les rapports des cours régulatrices et des juges du fond. Les raisons, qui valent pour les premières, valent aussi pour les seconds. Et, le fondement d'une éventuelle censure par les unes d'un revirement (quand bien même voudrait-on n'y voir qu'une simple résistance ou rébellion), assorti par les autres d'une modulation dans le temps, n'apparaît pas d'emblée évident.

La deuxième question – **un dispositif transitoire pour quelles règles jurisprudentielles ?** – Conduit, d'abord, à observer que c'est, essentiellement, sur le terrain des évolutions jurisprudentielles en matière procédurale mettant en cause le droit d'accès au juge que ce dispositif transitoire a été introduit tant par la Cour de cassation que par le Conseil d'État.

129. *Supra*, n° 6.

130. CEDH 23 oct. 2001, *Koslova et Smirnova c. Lettonie* ; 21 mai 2002, *Hodos et autres c. Roumanie* (§ 58) ; 26 nov. 2002, *Mosteanu et autres c. Roumanie* (§ 42).

131. Cf. opinion dissidente de M. le juge Storme (§ 12) sous CEDH 30 oct. 1991, *Borges c. Belgique* et 17 janv. 2006, *Aoulmi c. France* (§ 28), J.C.P. 2007.II.10152, note Katia Lucas-Alberni.

132. CEDH 17 janv. 2006, *Aoulmi c. France* (§ 28), J.C.P. 2007.II.10152, note Katia Lucas-Alberni.

133. Rapport, p. 39.

134. Christian ATIAS, « D'une vaine discussion sur une image inconsistante : la jurisprudence en droit privé », *Rev. trim. dr. civ.* 2007.23, not. n° 14.

La question a donc été rapidement posée d'une extension de la prévision d'un dispositif transitoire à l'hypothèse de l'évolution jurisprudentielle portant sur une règle de fond¹³⁵.

Mais, qu'il s'agisse de règles procédurales ou de règles de fond, il faut observer, qu'au-delà des revirements de jurisprudence qui ont monopolisé l'attention surtout en matière judiciaire, se pose, également, la question de la modulation dans le temps des innovations jurisprudentielles¹³⁶. Elles semblent devoir relever du même régime, tant au regard des exigences de la sécurité juridique, que de l'office du juge.

Les deux questions (Quels juges ? Quelles règles jurisprudentielles ?) étant, naturellement, liées, l'instauration d'un dispositif transitoire jurisprudentiel est donc à même d'avoir un champ d'application tout à la fois, relativement étendu en théorie, quoique d'application peu fréquente en pratique.

La mise en œuvre procédurale de ce dispositif transitoire des évolutions voire des innovations jurisprudentielles fait encore débat, notamment quant à sa soumission à la contradiction¹³⁷. Sur ce terrain de la procédure, ne faut-il pas alors aller plus loin, sortir de ce premier mécanisme d'ordre substantiel d'action sur le temps, pour se demander, plus radicalement, s'il ne devrait pas, à l'avenir, être couplé avec un autre mécanisme d'ordre procédural puisque touchant à la modulation dans le temps de l'irrecevabilité ?

21- Admission d'une modulation procédurale du régime d'irrecevabilité. L'on a pu « regretter qu'il n'existe pas de mécanisme dans la procédure en cassation permettant à l'auteur du pourvoi d'adapter ses moyens en fonction d'un revirement de jurisprudence ou d'un arrêt de principe intervenu après le dépôt de son mémoire ampliatif, surtout lorsque l'arrêt en cause émane de la

135. Bertrand Seiller et Philippe Raimbault, obs. préc. note 117 sous Conseil d'État 16 juillet 2007.

136. Sur lesquelles Christian Mouly avait aussi attiré l'attention dès 1994 (« Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ? », L.P.A. 1994 (4 mai)) ; cf. également : Marie-Anne FRISON-ROCHE, « La théorie de l'action comme principe de l'application dans le temps des jurisprudences », *Rev. trim. dr. civ.* 2005.310 ; Xavier BACHELLIER et Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, « Les revirements de jurisprudence », *Rev. trim. dr. civ.* 2005.304 ; Xavier LAGARDE, « Jurisprudence et insécurité juridique », *D.* 2006.678.

137. Soraya AMRANI-MEKKI, « À propos de la rétroactivité de la jurisprudence. Quelques réflexions procédurales », *Rev. trim. dr. civ.* 2005.293.

Cour de justice des communautés ou de la Cour européenne des droits de l'homme et exerce une influence déterminante sur l'issue du litige »¹³⁸. Indépendamment de l'existence d'un mécanisme textuellement prévu, la question se pose, aujourd'hui, de savoir si la souplesse introduite au fond, grâce à l'instauration d'un mécanisme d'action sur le temps venant faire échec à la rétroactivité de la règle jurisprudentielle, ne devrait pas également exister dans la procédure pour faire échec à une irrecevabilité.

Il est arrivé à la Cour européenne des droits de l'homme de s'engager dans un tel procédé. Alors que, ni la Convention, ni le règlement de la Cour ne prévoient expressément une procédure de réouverture de l'examen d'une requête, l'on sait que, dans des circonstances exceptionnelles où une erreur manifeste a été commise dans l'établissement des circonstances factuelles pertinentes pour les exigences de recevabilité ou dans l'appréciation qui en a été faite, celle-ci se reconnaît le pouvoir de rouvrir, dans l'intérêt de la justice, l'examen d'une affaire déclarée irrecevable. Or, la Cour a admis de procéder à une telle réouverture pour tenir compte d'un revirement de sa jurisprudence, survenu postérieurement à l'appréciation de l'irrecevabilité¹³⁹.

En revanche, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation s'est refusée, par deux décisions également rendues le 21 décembre 2006 – soit on l'a vu, le jour même de la consécration du dispositif transitoire jurisprudentiel – à modifier sa jurisprudence antérieure¹⁴⁰ selon laquelle le moyen, qui reproche à la juridiction de renvoi d'avoir statué conformément à l'arrêt de cassation qui la saisissait, est irrecevable. Peu importe que, postérieurement à l'arrêt qui saisit la juridiction de renvoi, l'assemblée plénière de la Cour de cassation ait rendu, dans une autre instance, un arrêt revenant sur la solution exprimée par l'arrêt saisissant la juridiction de renvoi... autrement dit un revirement de jurisprudence¹⁴¹. On notera, tout d'abord que cette irrecevabilité résultant, en l'absence de

138. Jean-Guy HUGLO, « La Cour de cassation et le principe de la sécurité juridique », CCC n° 11. 2001 (« Le principe de sécurité juridique », Études et doctrine).

139. CEDH 5 juil. 2005, *Mithk Ölmez et Yildiz Ölmez c. Turquie*, R.U.D.H. 2005.167.

140. Chambre mixte 30 avril 1971, *Bull. ch. mixte*, n° 8, p. 9 ; J.C.P. 1971.II.16800, concl. Raymond Lindon ; *Rev. trim. dr. civ.* 1971.691, obs. Pierre Hébraud.

141. Ass. plén. 21 déc. 2006 (05-11966 et 05-17690), *Bull. Ass. plén.* 2006.14.49 ; B.I.C.C. 2007 (1^{er} mars), Rapport M. Loriferne, Avis M. de Gouttes ; *Revue Lamy droit des affaires*, 2007 (avril).35, note Florence Gisell-Macrez.

texte, d'une règle prétorienne assez récente (1971), l'obstacle à l'instauration d'une modulation de l'irrecevabilité n'est pas insurmontable. Il faut ensuite souligner l'usage fait de la référence à la sécurité juridique. Si les deux arrêts n'en disent mot – ce qui ne saurait surprendre puisqu'il en va de même de la précédente décision instaurant un dispositif transitoire jurisprudentiel fondé, on l'a vu, sur l'article 6§1 de la Convention européenne –, il en va différemment du rapport annuel de la Cour de cassation pour l'année 2006. Ce dernier relève que les raisons mises en avant (en 1971) pour justifier la fin de non-recevoir sont toujours d'actualité : mettre un terme au procès, couper court aux éventuelles manœuvres des plaideurs, éviter à la Cour de cassation le risque d'avoir à se déjuger dans un même procès, favoriser *la sécurité juridique* ... Ou, plutôt, *une certaine sécurité juridique* selon le conseiller rapporteur dont la formule a ainsi été partiellement reprise, soit celle précédemment envisagée au titre de la *sécurité juridique par le droit*. C'est pourtant en faveur de l'orientation vers la modulation du régime de l'irrecevabilité que s'était prononcé – sans être suivi – l'avocat général dans son avis, en proposant des distinctions relatives aux revirements faisant également référence au principe de sécurité juridique et au droit au procès équitable ... soit cette fois la *sécurité juridique dans le droit*.

22- Conclusion. La prise en considération croissante d'une sécurité juridique *dans le droit* aboutit, donc, à la fois, à la création de nouveaux mécanismes d'action sur le temps et à la possible limitation des mécanismes faisant obstacle à une intervention sur le temps par lesquels la sécurité juridique est plus traditionnellement assurée *par le droit*.

L'interaction entre ces mécanismes d'application du droit dans le temps est elle-même parfois, flagrante. Ainsi, lorsque l'absence de dispositif transitoire textuel provoque l'action du juge sur le temps¹⁴². Ou, lorsqu'on en vient à évoquer une possible modulation procédurale du régime de l'irrecevabilité qui viendrait, en fait, compenser par anticipation le défaut de prévision d'une exception à l'exception de la rétroactivité de la règle jurisprudentielle pour les instances en cours dans le dispositif transitoire jurisprudentiel substantiel¹⁴³.

142. *Supra*, n° 17.

143. *Supra*, n° 18.

Ces mécanismes d'action sur le temps illustrent, même, que la mise en œuvre de l'exigence temporelle de sécurité juridique passe, parfois, par l'exigence qualitative d'intelligibilité et d'accessibilité du droit. Ainsi, lorsqu'on se demande si le dispositif transitoire jurisprudentiel doit jouer à compter de la date de lecture de la décision qui l'instaure, de la date de sa publication, de la date de sa diffusion sur le site de la juridiction, de la date à laquelle la décision pourra être regardée comme suffisamment connue... La prévisibilité dépend, alors, de l'accessibilité. Le lien entre les deux exigences dérivées de la sécurité juridique, qui avaient été distinguées *ab initio*¹⁴⁴, est alors renoué.

144. *Supra*, n° 2.