


La portée des revirements de jurisprudence

Nicolas Molfessis, Professeur à l'Université de Tours

On se souvient sans doute des récents débats autour de la portée des revirements de jurisprudence. On doit à Christian Mouly d'avoir, en différentes occasions, stigmatisé les effets dévastateurs des revirements de jurisprudence, pour proposer qu'ils ne puissent valoir que « pour l'avenir » (Le revirement pour l'avenir, *JCP* 1994.I.3776 ; Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ?, *Petites affiches*, 1994, n° 33, p. 15 ; Comment limiter la rétroactivité des arrêts de principe et de revirement ?, *Petites affiches*, 4 mai 1994, p. 9 ; Rapport sur les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation, in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Doc. fr. 1994, p. 123). Un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation, le 25 novembre 1997 (à paraître au *Bulletin*), apporte une contribution essentielle à ce débat, en des termes qui méritent attention.

Par un acte du 7 juillet 1986, reçu par notaire, une banque avait consenti un prêt en vue de l'acquisition d'un bail commercial. Son remboursement était garanti à l'aide d'un cautionnement solidaire accordé par deux époux, dans l'acte, en vertu d'un mandat sous seing privé. Les emprunteurs étant dans l'impossibilité de faire face à leur obligation, la banque devait mettre en demeure les cautions de suppléer à la carence du débiteur principal. Mais c'était sans compter sur la jurisprudence inaugurée par un arrêt du 31 mai 1988 de la première chambre civile, soumettant le mandat de se porter caution aux exigences - formalistes - de l'article 1326 du code civil. Aussi, les cautions trouvèrent là un secours inespéré : le cautionnement fut jugé nul, de sorte qu'elles purent être délivrées de toute obligation.

La banque se retourna alors contre le notaire, estimant qu'il avait manqué à son devoir de conseil et, à tout le moins, ne s'était pas assuré de la validité et de l'efficacité de l'acte. Le revirement de jurisprudence, intervenu le 31 mai 1988, pouvait-il être opposé au notaire, aux fins d'engager sa responsabilité sur la foi d'un acte conclu près de deux ans auparavant ? A cette interrogation, la cour d'appel apporta une réponse négative, aux motifs que « le revirement de jurisprudence n'était pas raisonnablement prévisible, étant d'ailleurs observé que la jurisprudence a encore entre-temps évolué ». La Cour de cassation, rejetant le pourvoi formé par la banque, confirma cette analyse, mais par une formule bien plus tranchée : « *les éventuels manquements d'un notaire à ses obligations professionnelles ne peuvent s'apprécier qu'au regard du droit positif existant à l'époque de son intervention, sans qu'on puisse lui imputer à faute de n'avoir pas prévu une évolution ultérieure du droit* ». Par conséquent, « *en énonçant que l'on ne pouvait reprocher [au notaire] de n'avoir pas prévu un revirement de jurisprudence, la cour d'appel a, par ce seul motif, légalement justifié sa décision* ».

A s'en tenir à la seule question de la responsabilité du notaire, l'arrêt mérite d'être approuvé : comment pourrait-on lui reprocher de n'avoir pas anticipé un revirement de jurisprudence ? A la date de la conclusion de l'acte, le mandat de se porter caution échappait en effet à l'emprise de l'article 1326 du code civil, revisité par la jurisprudence. Il n'avait alors effectivement commis aucun manquement. Certes, on aurait pu débattre de la *prévisibilité* de ce revirement, ce que ne manquèrent d'ailleurs pas de faire les parties au litige  (1), en faisant valoir que le mouvement était amorcé avant 1988. Toutefois, si l'on admet avec la cour d'appel que l'extension de la jurisprudence au mandat de se porter caution ne pouvait être anticipée, on approuvera que le notaire ne se voit pas reprocher de n'avoir pas été devin. Comme l'avait souligné Voirin (Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences, *JCP* 1959.I.1467, spéc. n° 10), si « le notaire a suivi la jurisprudence, sa conduite est sans reproche. Il n'a d'ailleurs commis aucune erreur, car l'erreur doit être appréciée au jour où il a instrumenté (donc avant le revirement), et non *a posteriori*. On ne commet pas de faute

lorsqu'on conforme sa conduite à ce qui est actuellement jugé d'une façon certaine et constante ».

Statuant en ce sens, la cour d'appel avait donc suivi une solution parfaitement classique. Le conseil n'est en effet traditionnellement tenu que de connaître les jurisprudences bien assises (V. J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil, Introduction générale au droit civil*, LGDJ, 1994, n° 518). Eventuellement peut-on attendre de lui qu'il sache tirer les conséquences d'une jurisprudence fluctuante pour en avertir son client (en ce sens, V. A. Bolze, La norme jurisprudentielle et son revirement en droit privé, *RRJ* 1997-3, p. 85, spéc. n° 34, p. 880 ; V. cep. Req. 12 févr. 1883, *D.* 1884.1.255 : « s'il est vrai que l'article 68 de la loi de ventôse an 11 ne soit pas limitatif et qu'aucune loi n'affranchisse les notaires de toute responsabilité en cas d'erreur portant sur le fond du droit, il faut néanmoins, pour qu'il en soit ainsi, que l'erreur de droit qui leur est reprochée ne porte pas sur un point douteux et susceptible de controverse »). De même, s'il se peut qu'un conseil soit en faute pour avoir méconnu une solution nouvelle, résultant d'un revirement de jurisprudence (Civ. 1<sup>re</sup>, 15 oct. 1985, *Bull. civ.* I, n° 257 ; cette *Revue* 1986.759, obs. J. Huet ; V. cep. Com. 29 mars 1994, *Bull. civ.* IV, n° 135), c'est évidemment à la condition que ledit revirement se soit déjà produit au moment où il officie. Dans les autres hypothèses, l'imprévisibilité du revirement à venir exclut un quelconque manquement à son obligation de moyens.

Mais pour réitérer cette solution, la Cour de cassation a employé une formule inédite, dont la portée pourrait dépasser la seule question de la responsabilité du notaire.

Reprenons en effet : si le notaire est déchargé de toute responsabilité, c'est parce que ses éventuels manquements « ne peuvent s'apprécier qu'au regard du droit positif existant à l'époque de son intervention ».


La formule invite d'abord à inclure la jurisprudence dans le droit positif. C'est dire autrement, pour reprendre la belle formule de Hébraud, qu'elle « représente le visage du droit, et plus spécialement de la loi, tel qu'il apparaît à travers une application juridictionnelle » (Le juge et la jurisprudence, *Mélanges Couzinet*, 1974, p. 329 et s. spéc. p. 363). Faisant corps avec la loi, la jurisprudence s'y incorpore, de sorte que « le droit, auquel le juge est subordonné, se révèle par lui dans sa réalité effective, celle dont, au niveau du droit objectif, la jurisprudence est l'expression » (*op. cit.* p. 371). Par suite, on peut bien en déduire, d'une formule qui traduit la doctrine même de l'arrêt qu'« elle est le *droit positif*, c'est-à-dire la règle de droit appliquée et mise en oeuvre dans la réalité concrète » (J.-L. Aubert, *Introduction au droit*, Armand Colin, 6<sup>e</sup> éd. 1995, spéc. n° 169, p. 165, souligné par l'auteur). Il ne faudrait pour autant pas en conclure que la jurisprudence constitue une source du droit (J.-L. Aubert, *op. cit.* n° 170, p. 167) : elle procéderait uniquement par voie d'interprétation de la règle (*op. et loc. cit.*).

Mais sur cette base, la formule de l'arrêt conduit ensuite à faire d'un revirement de jurisprudence un changement de droit positif : l'arrêt évoque en effet un « droit positif *existant* à l'époque de l'intervention [du notaire] », d'où il suit nécessairement que ce même droit positif *n'existe* plus à la suite du revirement. Le revirement de jurisprudence aurait ainsi pour effet de mettre un terme à un état du droit positif, pour en inaugurer un autre. Cette succession de deux « droits positifs » (que l'on pardonne la formule, imposée par l'arrêt) n'est le fruit que d'un seul et unique arrêt, expressément cité par les juges du fond : en l'espèce, celui du 31 mai 1988, par lequel la Cour de cassation a soumis le mandat de se porter caution au formalisme de l'article 1326 du code civil.

Dans ces conditions, comment dénier encore à la jurisprudence le statut de source du droit ? En effet, s'il faut normalement n'y voir qu'une autorité, explique M. le doyen J. Carbonnier (*Droit civil, Introduction*, PUF, Thémis, 25<sup>e</sup> éd. 1997, n° 144, p. 254), c'est parce qu'en considérant le jugement, « cellule élémentaire de la jurisprudence, on constate qu'il est enfermé dans un *statut constitutionnel destiné à l'empêcher de devenir règle de droit* » (souligné par l'auteur). Par suite, « il apparaît comme tout le contraire d'une règle, disposition générale, applicable, opposable à tout le monde. On aura beau, dans une jurisprudence, entasser les jugements couche sur couche, on n'aura jamais que des solutions particulières,

sans rayonnement au-dehors, des accommodements, des arrangements de conflits individuels ».

Au rebours de cette conception, l'arrêt du 25 novembre 1997 fait d'un seul arrêt la source d'un (nouveau) droit positif. Il invite alors à ne plus raisonner en termes de jugement, mais en termes de normes.

En effet, ce qui permet de distinguer la décision de justice de la norme, c'est l'effet déclaratif que l'on prête habituellement à la première à raison de sa fonction d'interprétation de la seconde (V. Th. Bonneau, Brèves remarques sur la prétendu rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement, *D. 1995.Chron.24*, spéc. n° 6, p. 26 ). C'est parce qu'elle se contente de déclarer le sens de la règle que la décision ménage la continuité du droit, en évitant précisément de mettre un terme à l'état du droit positif existant avant elle : « lorsque la solution est changée, par un revirement, la nouvelle règle est censée avoir toujours été véritable et ceux qui ont agi en se fiant à l'interprétation précédente sont trompés » (G. Marty, P. Raynaud, *Droit civil*, t. I, *Introduction générale au droit*, Sirey, 1972, n° 119, p. 218, nous soulignons).

S'il faut croire désormais qu'un seul arrêt de la Cour de cassation a le pouvoir de mettre un terme au droit positif existant jusqu'alors, comment alors distinguer les effets d'un revirement de jurisprudence de ceux attachés à toute réforme législative ? En évoquant le « droit positif existant antérieurement », la Cour de cassation assimile le revirement à un changement de législation.

Admettre cette lecture, le revirement de jurisprudence produirait donc le même effet qu'un changement de loi.

Que resterait-il alors de l'article 5 du code civil ? Que resterait-il, ensuite, de l'interdiction faite aux juges de statuer sur le fondement d'une règle de droit positif d'origine jurisprudentielle ? Et pourrait-on encore nier à la Cour de cassation la possibilité de viser ses propres arrêts, puisqu'aussi bien « le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit » (art. 604 NCPC) ?

Quant à l'application dans le temps des revirements de jurisprudence, elle trouverait dans la présente décision une solution aussi radicale qu'énergique : le revirement ne jouerait que pour l'avenir, puisque les « éventuels manquements », source de responsabilité, ne peuvent s'apprécier qu'au regard du droit positif existant à l'époque des agissements reprochés, c'est-à-dire au regard de la jurisprudence ancienne. Bien au-delà des techniques palliatives jusqu'ici employées par la Cour de cassation - des « petits pas » à l'*obiter dictum*, en passant par une meilleure motivation des décisions (V. les art. de Ch. Mouly, *op. cit.*) - on pourrait voir consacrées les propositions de Christian Mouly, prônant l'instauration d'un droit transitoire des revirements de jurisprudence, à l'image du « *prospective overruling* » américain. Autant dire que la solution pourrait avoir des effets aussi dévastateurs que révolutionnaires.

L'arrêt peut toutefois en faire douter. Car dans le même temps qu'elle met le notaire à l'abri du revirement, la décision soumet en effet la banque, victime de la nullité de l'acte de cautionnement, au revirement, en refusant précisément de considérer que les juges du fond auraient violé l'article 2 du code civil. Bien plus, par cette solution pour le moins paradoxale, elle fait les frais d'une jurisprudence qui non seulement n'existait pas à l'époque de l'acte, mais n'existe plus à la date à laquelle elle lui est définitivement opposée. Pour la banque, la formule posée par l'arrêt pourra donc provoquer quelque amertume, tant il est vrai qu'elle supporte la non rétroactivité offerte au seul notaire. La solution révèle alors une parfaite rupture d'égalité devant la jurisprudence, puisque pour un même acte, l'un des protagonistes profite d'un « droit positif » existant à cette date, là où l'autre se voit opposer un « droit positif » ultérieur !

Aussi bien, on ne sait trop si l'arrêt ouvre une ère nouvelle, bouleversant le statut de la jurisprudence dans l'ordre juridique, ou s'il ne fait que témoigner des pièges, sinon des

injustices, de tout revirement de jurisprudence. Il n'est pas improbable qu'il ait entendu, en réalité, ne traiter que la seule question de la responsabilité du notaire, sans vouloir, au-delà, prêter effet à la formule employée pour le délivrer. On ne pourrait qu'en être soulagé.

**Mots clés :**

JUGEMENT \* Jurisprudence \* Revirement de jurisprudence \* Imprévisibilité

(1) Nous tenons à remercier Maître Célice, avocat aux conseils, de nous avoir communiqué les écritures des parties devant la Cour de cassation.