



**HAL**  
open science

## Révision des loyers des baux commerciaux

Laurent Ruet, Céline Ruet

► **To cite this version:**

Laurent Ruet, Céline Ruet. Révision des loyers des baux commerciaux : Cass., ass. plén., 21 déc. 2006, no 05-17690. Répertoire du notariat Defrénois, 2007, 38552, pp.363-373. hal-01668538

**HAL Id: hal-01668538**

**<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01668538>**

Submitted on 22 Dec 2017

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# Révision des loyers des baux commerciaux

Laurent RUET, Céline RUET

Cass., ass. plén., 21 déc. 2006, n° 05-17690

portant rejet du pourvoi formé contre un arrêt rendu par la cour d'appel de Nîmes le 7 juin 2005 ;

« *Sur le moyen unique* :

« Attendu, selon l'arrêt attaqué, rendu sur renvoi après cassation (Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> avril 2003, pourvoi n° 01- 18019), que la société L.

B. (la société), preneuse à bail de locaux à usage commercial appartenant à Mme X., a sollicité, en octobre 1997, la diminution du loyer ;

« Attendu qu'invoquant un arrêt rendu dans une autre instance par l'assemblée plénière de la Cour de cassation le 23 janvier 2004, la société fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté sa demande en révision du loyer commercial, alors, selon le moyen, que l'article L. 145-38 du Code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi n° 2001- 1168, n'était pas applicable en la cause, le litige étant né avant l'entrée en vigueur de cette loi, et qu'il résulte de ce texte, dans sa rédaction initiale, qu'indépendamment de toute modification des facteurs locaux de commercialité, le loyer du bail révisé doit être fixé à la valeur locative lorsque celle-ci se trouve inférieure au prix du loyer en cours ; qu'en rejetant la demande de révision de loyer commercial en baisse, formée par la société L. B. en estimant qu'il lui incombait d'apporter la preuve d'une modification matérielle des facteurs locaux de commercialité ayant entraîné par elle-même une variation en baisse de plus de 10 % de la valeur locative, la cour d'appel a violé les articles L. 145-33, alinéa 1, et L. 145-38, alinéa 3, du Code de commerce dans leur rédaction applicable en la cause, ensemble l'article 2 du Code civil ;

« Mais attendu que le moyen, qui reproche à la juridiction de renvoi d'avoir statué conformément à l'arrêt de cassation qui la saisissait, est irrecevable » ;

(...).

Président : M. Canivet. - Rapporteur : M. Loriferne. - Avocat général : M. de Gouttes. - Avocats : la S.C.P. Lesourd ; la S.C.P. Laugieret Caston.

## Note

1. Où le procès de *Kafka apparaît, en comparaison, comme une aimable romance*. - Une controverse peut en cacher une autre. La question de l'application dans le temps de la loi « M.U.R.C.E.F. » du 11 décembre 2001 dans ses dispositions relatives à la révision du loyer du bail commercial connaît un rebondissement, certes prévisible au regard des règles de procédure, mais lourd de conséquences et de nature à entraîner une nouvelle condamnation de la France en raison d'une violation particulièrement grave de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (C.E.D.H.).

2. Un bref rappel des épisodes précédents s'impose. On se souvient que l'article 26 de la loi « M.U.R.C.E.F. » était venu combattre, sous la pression du *lobby* des bailleurs, complaisamment relayé par un certain nombre de professionnels du droit (notamment nombre d'avocats spécialisés dans leur défense - c'est le lieu de souligner que la doctrine ne doit pas tolérer le conflit d'intérêts), la jurisprudence *Privilèges*<sup>2</sup> relative à la fixation du loyer

commercial révisé, déterminée par l'article L. 145-38 du Code de commerce. La troisième chambre civile avait considéré que l'article 26 de la loi « M.U.R.C.E.F. », de caractère interprétatif (selon la Cour, cet article, sans rien innover, ne faisait que préciser par une référence expresse le caractère dérogatoire du texte), devait s'appliquer aux instances en cours<sup>3</sup>.

3. Mais la cour d'appel de Versailles, manifestant un agacement certain devant des comportements qui n'ont plus rien d'exceptionnels, avait purement et simplement neutralisé l'application de la loi « M.U.R.C.E.F. » aux procès en cours, par application des droits de l'homme (art. 6, C.E.D.H.). Elle avait même souligné que cette disposition n'était que le fruit du *lobbying* des bailleurs. Une partie de la doctrine s'était d'ailleurs émue d'une telle audace 4.

4. La controverse sur le champ d'application dans le temps des dispositions de la loi « M.U.R.C.E.F. » du 11 décembre 2001 relatives aux baux commerciaux paraissait tranchée par l'arrêt rendu le 23 janvier 2004 par l'assemblée plénière 5. Le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel de Versailles du 6 février 2003 6 avait été rejeté, mais le raisonnement tenu par la Cour de cassation pour parvenir à la même solution - *les nouvelles dispositions ne s'appliquent pas aux instances en cours* - était quelque peu différent. La Cour de cassation se référait d'abord, dans un attendu de principe, au principe de prééminence du droit et à la notion de procès équitable, dont elle fixait la portée en matière de lois rétroactives en tirant toutes les conséquences de l'interprétation retenue par la Cour européenne : ces normes « s'opposent, sauf pour d'impérieux motif d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice afin d'influer sur le dénouement judiciaire des litiges ... quelle que soit la qualification formelle donnée à la loi et même lorsque l'Etat n'est pas partie au procès ». Puis elle considérait, après analyse des termes de la loi et des travaux parlementaires, que le législateur n'avait pas entendu répondre à un impérieux motif d'intérêt général pour corriger l'interprétation juridictionnelle de l'article L. 145-38 du Code de commerce et donner à cette loi nouvelle une portée rétroactive dans le but d'influer sur le dénouement des litiges en cours. En d'autres termes, il n'y avait pas de raison juridique, au regard du simple droit français, d'appliquer aux instances en cours, en matière contractuelle, une loi qui ne comporte pas de droit transitoire spécial et qui tranche un débat antérieur très controversé 7. Dans le même temps, la Cour de cassation approuvait fermement les juges versaillais, en écrivant qu'ils avaient décidé à *bon droit* d'écarter l'application de cette loi (la Cour de cassation procède par substitution de motifs).

5. Cependant, l'arrêt commenté, relatif à une affaire distincte mais similaire, apporte un rebondissement digne d'un coup de théâtre : *le locataire doit subir l'application rétroactive* du nouvel article L. 145-38 du Code de commerce lorsque l'arrêt d'appel rendu sur renvoi a statué conformément à l'arrêt de cassation qui la saisissait. Application cependant erronée au regard de la doctrine retenue par l'arrêt d'assemblée plénière le 23 janvier 2004, qui a statué en se fondant sur une norme internationale hiérarchiquement supérieure à la loi française, dans un sens conforme à la jurisprudence européenne. La motivation de l'arrêt du 21 décembre 2006 prononçant l'irrecevabilité est particulièrement lapidaire : « Mais attendu que le moyen, qui reproche à la juridiction de renvoi d'avoir statué conformément à l'arrêt de cassation qui la saisissait, est irrecevable ». Le litige prend naissance en 1997 ; le premier arrêt de cassation est rendu en 2003, qui retient, à tort, l'application immédiate du nouveau texte ; la cour d'appel de renvoi de Nîmes, statuant en 2005, ne tient aucun compte de l'arrêt antérieur rendu par l'assemblée plénière le 23 janvier 2004 (certes rendu dans une autre affaire), qui condamne l'application de la loi « M.U.R.C.E.F. » et retient à son tour l'application du nouveau texte au litige. Elle rend même un arrêt rectificatif en 2006. Et le pourvoi est déclaré irrecevable en décembre 2006. Comment a-t-on pu en arriver là ?

6. Deux règles ont concouru, à des degrés différents, à une telle situation. La première est consubstantielle à notre système interne des sources du droit. Conformément à la prohibition des arrêts de règlement formulée par l'article 5 du Code civil, le point de vue juridique de l'assemblée plénière ne s'impose pas aux juridictions dans une autre affaire que celle qui a donné lieu à renvoi. La seule juridiction tenue de se conformer à la décision de l'assemblée plénière sur les points de droit jugés par celle-ci est la juridiction à laquelle a été renvoyée l'affaire après cassation par l'assemblée plénière (cf. art. L. 431-4, al. 2, C.O.J.). En l'espèce, la cour d'appel de Nîmes, juridiction de renvoi dans une affaire similaire, a usé de la liberté que le système juridique lui reconnaît et a choisi d'adopter le point de vue de l'arrêt de cassation de la troisième chambre civile, faisant fide l'autorité jurisprudentielle de l'arrêt d'assemblée plénière, qui va bien au-delà de son autorité juridique relative 8. La rébellion des juges du fond est à cet égard d'autant plus marquante que l'assemblée plénière avait écarté l'application rétroactive de la loi nouvelle, en se fondant sur des normes européennes interprétées conformément aux directives posées par la Cour européenne des droits de l'homme.

7. La seconde règle est une construction prétorienne : après un arrêt de cassation, lorsque la cour de renvoi s'incline devant l'interprétation de la Haute juridiction, il n'est plus possible de former un nouveau pourvoi sur la question de droit déjà tranchée par la Cour de cassation 9. En revanche, il est toujours possible de former un nouveau pourvoi sur une question de droit différente, en se fondant sur un autre moyen. C'est la raison pour laquelle l'arrêt précise que le *moyen*, reprochant à la cour de renvoi d'avoir retenu une interprétation conforme à l'arrêt de cassation, est irrecevable. Comment se justifie alors l'irrecevabilité d'un second pourvoi sur la même question de droit, alors qu'en cas de résistance de la cour de renvoi, la loi permet la formation d'un second pourvoi sur un moyen identique, nécessairement soumis à l'assemblée plénière en raison du conflit 10 apparu entre la Haute juridiction et les juges du fond (cf. art. L. 431-6, C.O.J.) ? En l'absence de texte, il convient de se référer à l'arrêt de principe en date du 30 avril 1971, émanant de la chambre mixte 11, qui a fixé la jurisprudence après des arrêts divergents. Pour justifier l'irrecevabilité du moyen par lequel il est reproché à la cour de renvoi d'avoir statué en conformité de l'arrêt de cassation, la Haute juridiction se fonde sur une interprétation *a contrario* de la règle légale « prévoyant la possibilité de saisir la Cour de cassation, laquelle doit alors statuer en assemblée plénière, lorsque le deuxième arrêt rendu dans la même affaire, entre les mêmes parties procédant en la même qualité, est attaqué par les mêmes moyens » (art. 15, L. 3 juillet 1967 ; aujourd'hui art. L. 431-6 nouveau, C.O.J.). Cet argument d'interprétation littérale est faible : à partir de la compétence obligatoire de l'assemblée plénière en cas de second pourvoi après résistance de la cour de renvoi, on ne peut certainement déduire que l'absence de compétence de l'assemblée plénière dans le cas où la cour de renvoi se conforme à l'arrêt de cassation et non pas l'irrecevabilité du second pourvoi. On rappellera à cet égard que l'argument *a contrario* n'est concluant à lui seul, selon une doctrine classique, que « pour aller d'une

disposition exceptionnelle au droit commun » 12. Rien de tel en l'occurrence, puisque le pourvoi en cassation, quoique voie de recours extraordinaire, est ouvert

en principe « dans tous les cas où le législateur ne l'a pas exclu par une disposition claire et formelle » 13. L'affirmation de ce principe, inégalement rapporté par la doctrine 14, requiert une délimitation précise de la portée de la règle selon laquelle « les voies extraordinaires de recours ne sont ouvertes que dans les cas spécifiés par la loi » (art. 580, N.C.P.C.) : le pourvoi en cassation, dont la finalité est le contrôle de la légalité des jugements rendus en dernier ressort, suppose nécessairement l'invocation d'un cas d'ouverture en relation avec la nature du contrôle effectué par la Cour de cassation et est soumis à un régime spécifique 15. Mais dans cette mesure, le recours en cassation est de principe. Il constitue selon le Conseil constitutionnel, « une garantie fondamentale, dont, en vertu de l'article 34 de la Constitution, il appartient seulement à la loi de fixer les règles »

16. L'interprétation *a contrario* du texte légal n'est d'ailleurs plus reprise par la jurisprudence constante 17 qui fait référence à la « règle » de l'irrecevabilité sans plus de justifications que l'arrêté commenté 18.

8. Les raisons de la règle prétorienne doivent être trouvées dans les conclusions de l'avocat général Lindon, qui invoque essentiellement la sécurité juridique et la bonne administration de la justice. La première impose que des justiciables ne soient pas exposés dans le même litige à des solutions successives et contradictoires par suite d'un revirement de jurisprudence de la Haute juridiction. La seconde entraîne nécessairement une limitation de la possibilité de former un nouveau pourvoi, sans laquelle les procès se prolongeraient indéfiniment, et doit tenir compte de « l'image de marque de la justice ». Admettre la recevabilité du pourvoi exposerait la Cour de cassation aux risques d'une critique de son inconséquence, « à une époque où la justice est constamment mise en accusation ». S'il apparaît normal qu'un changement de jurisprudence soit observé dans deux affaires différentes, tel n'est pas le cas lorsque celui-ci a lieu dans la même affaire entre les mêmes parties, en dehors de l'intervention de l'assemblée plénière. Quelle est aujourd'hui la valeur de ce raisonnement et de la solution dégagée par la Cour de cassation ?

9. En ce qui concerne la sécurité juridique, si de manière générale, l'application d'une nouvelle jurisprudence est susceptible de lui porter atteinte, tel n'est précisément pas le cas en l'espèce. Bien au contraire, retenir l'irrecevabilité du pourvoi revient en l'occurrence à faire obstacle à toute possibilité de rétablir la prévisibilité du droit mise en cause par l'application rétroactive de la loi au procès en cours. En statuant de la sorte, l'assemblée plénière expose la France à une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme pour violation de l'article 6 de la C.E.D.H. ainsi que de l'article 1<sup>er</sup> du 1<sup>er</sup> Protocole additionnel de cette convention, en privant le plaideur d'une espérance légitime d'obtenir le gain de son procès.

10. En ce qui concerne la bonne administration de la justice, comment celle-ci pourrait être jugée satisfaisante par une telle solution, qui ferme au justiciable la possibilité du seul recours de droit interne permettant de corriger un effet rétroactif jugé précédemment non-conforme aux exigences de l'article 6 de la C.E.D.H., faute de motif impérieux d'intérêt général ? Il est certes nécessaire que le procès ne se prolonge pas indéfiniment et qu'il y soit mis un jour un terme. Cette nécessité, qui constitue une des raisons de l'interprétation jurisprudentielle *a contrario* du texte légal, peut se prévaloir de l'exigence d'un procès équitable 19 et du délai raisonnable. Mais le terme du procès ne doit pas être obtenu à n'importe quel prix et la règle de l'irrecevabilité du second pourvoi opposée dans tous les cas. En l'occurrence, sa mise en oeuvre est susceptible d'entraîner une saisine de la Cour européenne et donc la poursuite de la procédure. On rappellera à cet égard que le litige prend ici naissance en

... 1997, soit une durée de presque dix ans pour parvenir, au bout du compte, à la violation d'une norme européenne. *L'ordre au détriment de la justice n'est qu'une autre forme de désordre*. Comment « l'image de marque » de la justice n'en serait-elle pas brouillée ? L'argument de l'avocat général Lindon, pour lequel il n'y a pas d'inconséquence à retenir une doctrine différente dans deux affaires similaires, doit être écarté lorsqu'existe une raison essentielle de retenir la primauté d'une interprétation. Or, l'assemblée plénière, le 23 janvier 2004, a statué en prenant en considération la jurisprudence de la Cour européenne pour apprécier la conformité de l'application d'une loi aux exigences de l'article 6 de la C.E.D.H. Ne pas laisser la possibilité de remettre en cause une appréciation erronée, donc susceptible d'entraîner une condamnation de la France, si l'on fait référence à la décision de l'assemblée plénière elle-même, ne constitue-t-elle pas une inconséquence ? Ceci alors même que l'obstacle procédural est faible, car il est le fruit d'une construction jurisprudentielle contestable 20, aisément modulable.

11. Au regard de l'article 13 de la Convention européenne, en vertu duquel « toute personne dont les droits et libertés ont été violés a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale... », la configuration de l'affaire est particulièrement piquante. On sait que la Cour européenne a subordonné le droit à un recours interne sur le fondement de l'article 13 de la C.E.D.H., non à la réalité de la violation du droit garanti, mais à un « grief défendable », au motif que nul ne peut établir devant une instance nationale une violation du droit garanti « s'il n'est pas d'abord à même de saisir une telle instance ». Or, le caractère défendable d'un tel grief a été ici précisément reconnu par la formation même qui repousse le recours, certes dans une autre affaire, mais sans que des circonstances particulières propres à l'espèce puissent justifier une autre solution. L'appréciation selon laquelle « le législateur n'a pas entendu répondre à un impérieux motif d'intérêt général pour corriger l'interprétation juridictionnelle de l'article

L. 145-38 du Code de commerce », excluant que la loi puisse avoir une portée rétroactive sans porter atteinte aux droits à un procès équitable, vaut pour une autre affaire. La situation a donc un caractère quelque peu exceptionnel : seul le principe de l'autorité relative de la chose jugée fait obstacle à ce que l'on puisse affirmer qu'en l'occurrence, la réalité d'une violation du droit garanti est établie. Certes, l'auteur du pourvoi pourra exercer une action en justice sur le fondement de l'article L. 141-1 du nouveau Code de l'action judiciaire (ancien art. L. 781-1, C.O.J.) en invoquant l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi 21, mais ce recours est-il apte à offrir le « redressement approprié » 22 du droit violé ?

12. L'irrecevabilité du pourvoi doit plutôt être critiquée sur le fondement de l'article 6 de la C.E.D.H., qui apparaît ici comme une *lex specialis* au regard de l'article 13 de cette Convention 23. Si l'article 6 de la Convention européenne ne confère pas un droit aux voies de recours, la Cour européenne considère que, dans la mesure où

le droit interne crée des juridictions d'appel ou de cassation, celles-ci doivent répondre aux exigences du procès équitable 24. Notamment, le droit d'accès doit être concret et effectif 25 et la Cour européenne contrôle en conséquence les décisions relatives à l'irrecevabilité des pourvois 26. Certes, les

limitations dont le droit d'accès est assorti, en raison de sa nature même, dans un but de bonne administration de la justice et pour lesquelles les Etats jouissent d'une certaine marge d'appréciation, dépendent des particularités de la procédure en cause. Ainsi, la Cour admet que « vu la spécificité du rôle joué par la Cour de cassation, dont le contrôle est limité au respect du droit..., un formalisme plus grand assortisse la procédure devant celle-ci », les conditions de

recevabilité d'un pourvoi pouvant « être plus rigoureuses que pour un appel » et une « plus grande latitude » étant reconnue en matière civile qu'en matière pénale 27. Néanmoins, même si les limitations au droit d'accès peuvent être plus largement admises en ce qui concerne la Cour de cassation 28, elles « ne sauraient restreindre l'accès ouvert à un justiciable d'une manière ou à un point tels que son droit à un tribunal s'en trouve atteint dans sa substance même ; enfin, elles ne se concilient avec l'article 6-1 que si elles poursuivent un but légitime », tels que le souci d'une bonne administration de la justice et le respect du principe de la sécurité juridique, et « s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre le moyen et le but visé » 29. Pour déterminer si la fermeture d'une voie de recours correspond aux exigences d'un procès équitable, il est nécessaire de procéder à un contrôle de proportionnalité. Or, en l'espèce, une raison puissante 30, le souci de laisser la possibilité de faire prévaloir la norme supérieure d'un procès équitable, s'oppose à un obstacle procédural qui tient, de manière générale, sa raison d'être d'un souci de sécurité juridique et de bonne administration de la justice, sans que précisément, dans ce cas particulier, ces deux motifs puissent constituer un argument de poids pour l'irrecevabilité du pourvoi. Ils militent bien plutôt en faveur de la solution contraire. L'absence de proportionnalité paraît d'autant plus vraisemblable que deux éléments doivent guider l'appréciation du juge : la notion de prééminence du droit 31 et le caractère raisonnable de la solution donnée à une question relevant du principe de la sécurité juridique 32. La notion de prééminence du droit, qui exprime la volonté de soumettre effectivement les actes des autorités publiques aux droits de l'homme, permet de retenir une interprétation qui donne son plein effet utile à la notion de procès équitable, sans s'attacher à des interprétations trop formalistes incompatibles avec la notion de recours effectif. En l'occurrence, l'effectivité du recours en cassation ne saurait, à notre avis, se satisfaire de ce qu'un premier pourvoi a pu être formé. Il implique qu'un second recours soit ouvert pour tenir compte de l'interprétation de l'arrêt d'assemblée plénière statuant conformément au principe du procès équitable : en l'affaire, il constitue le seul moyen concret de combattre une application rétroactive de la loi contraire à la prééminence du droit. L'opposition rigoureuse de l'irrecevabilité, sans modulation d'une règle générale, ne constitue-t-elle pas dès lors une « interprétation déraisonnable d'une exigence procédurale », emportant dans cette situation particulière la violation du droit à une protection effective 33 ?

13. Le choix opéré par la Cour de cassation est d'autant plus marquant que la solution a été adoptée sur avis contraire du premier avocat général. L'avis était également relatif à un autre pourvoi (société *Centea c. consorts X.*), reprochant à une cour de renvoi d'avoir statué conformément à un arrêt de cassation 34 de la chambre commerciale, en contradiction avec un arrêt de revirement rendu dans une affaire similaire par l'assemblée plénière, à la suite d'un arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 9 juillet 1997. L'élément distinctif au regard de l'affaire objet de notre commentaire était la date de l'arrêt d'assemblée plénière, postérieur à l'arrêt de la cour d'appel de renvoi dans l'affaire *Centea*. Le premier avocat général a procédé à une réflexion d'ensemble, proposant une modulation de la règle de l'irrecevabilité en présence d'un arrêt de revirement de l'assemblée plénière, sans se limiter au cas où le revirement se fonde sur une norme hiérarchiquement supérieure à la loi.

14. La question de droit est en effet d'abord envisagée essentiellement sous l'angle des effets dans le temps d'un revirement de jurisprudence opéré par l'assemblée plénière (lorsqu'il est postérieur à l'arrêt de la cour de renvoi) ou de l'autorité de l'arrêt d'assemblée plénière (lorsqu'il est antérieur à l'arrêt de la cour de renvoi). Deux considérations guident le raisonnement : le principe de sécurité juridique confronté aux difficultés inhérentes à la rétroactivité de la jurisprudence 35 et l'autorité de l'arrêt d'assemblée plénière. A cet égard, M. de Gouttes souligne, à la suite de N. Molfessis 36, le « paradoxe » de la solution : la « doctrine » de la Cour de cassation ne pouvant être critiquée lorsque le juge de renvoi s'est incliné, c'est d'une certaine manière l'arrêt de renvoi qui lui « donne sa pleine force juridique ». Il est dès lors préférable de retenir une solution qui tienne compte de la « force normative spécifique » de l'arrêt d'assemblée plénière. N. Molfessis avait vu dans la règle de l'irrecevabilité « une manifestation de la technique du précédent », relevant la motivation de certains arrêts faisant référence à la « doctrine » de la Cour de cassation (« ...le moyen, qui appelle la Cour de cassation à revenir sur la doctrine affirmée par son précédent arrêt ..., est irrecevable »). L'avis de M. de Gouttes tend en somme à donner une cohérence à cette reconnaissance implicite du pouvoir de la jurisprudence : la cour de renvoi, juridiction inférieure, doit se plier à la position de la plus haute formation de la Cour de cassation, même s'il n'y a pas d'autorité de la chose jugée lorsqu'il s'agit d'une autre affaire. Lorsque la cour d'appel de renvoi s'y oppose, le pourvoi doit être recevable.

15. Bien que M. de Gouttes relève par la suite le caractère déterminant de cet élément, la supériorité de la norme au fondement du revirement n'intervient que dans le cadre d'une série de quatre critères proposés pour moduler le régime de l'irrecevabilité : la date du revirement de jurisprudence, le niveau de la formation de la Cour de cassation ayant rendu l'arrêt de revirement, la hiérarchie des normes applicables au litige, le caractère effectif de l'effet rétroactif du revirement à l'égard des parties. Le premier avocat général propose, lorsque l'arrêt de revirement de l'assemblée plénière est antérieur à l'arrêt de la cour de renvoi, d'admettre la recevabilité du pourvoi : l'autorité de l'assemblée plénière irait alors de pair avec le principe de sécurité juridique. Lorsqu'il est postérieur, le pourvoi devrait rester irrecevable, sauf si l'arrêt d'assemblée plénière a fait application d'une norme hiérarchiquement supérieure au droit interne. Une exception à l'exception est envisagée, lorsque le revirement de jurisprudence fondé sur une norme supérieure aurait un effet rétroactif effectif 37 à l'égard des parties. Dans ce cas, le principe de sécurité juridique, la prééminence du droit et la notion de procès équitable pourraient s'opposer à la recevabilité du pourvoi.

16. Dans notre espèce, tous les critères relevés par M. de Gouttes conduisaient selon lui à admettre la recevabilité du pourvoi, l'article 6 de la C.E.D.H. pouvant à cet égard constituer « un élément déterminant ». Il relevait cependant que devant la complexité du problème posé, la Cour pouvait estimer préférable de s'en tenir « à la solution la plus simple de l'irrecevabilité qui présente l'avantage de la commodité et qui peut répondre à des préoccupations de politique judiciaire ». Parmi les éléments en défaveur de la solution préconisée, on peut supputer que l'admission, par la Cour européenne des droits de l'homme, de « restrictions au droit d'accès qu'elles n'auraient pas toléré pour d'autres juridictions » relevée par le premier président de la Cour de cassation 38, a joué un rôle non négligeable. Il en est de même de l'existence d'une jurisprudence constante en faveur de l'irrecevabilité pouvant être invoquée en faveur de la prévisibilité de la solution. Ou encore de la complexité du système proposé, qui tend à intégrer une considération de fond (l'existence d'une norme supra législative au fondement du revirement) pour juger de la recevabilité du pourvoi. Ces éléments se heurtent cependant en l'occurrence à une raison qui nous semble décisive : admettre la recevabilité du moyen était la seule possibilité en droit interne de retenir une solution permettant de ne pas violer un droit fondamental, selon l'interprétation de l'assemblée plénière. La constance de la jurisprudence relative à l'irrecevabilité ne peut suffire ici à établir la sécurité juridique mise en cause par la rétroactivité de la loi. La proportionnalité est également prise en défaut, pour les raisons déjà développées. En revanche, le système global élaboré par le premier avocat général peut apparaître à la fois trop large et trop étroit. Trop large en ce qu'il préconise la recevabilité du pourvoi dès lors qu'un arrêt d'assemblée plénière a modifié la jurisprudence dans une autre affaire, même lorsqu'un droit fondamental n'est pas en jeu. La solution constituerait un pas de plus vers une reconnaissance d'un pouvoir normatif de la jurisprudence, et peut paraître contraire, au moins dans son esprit, à la règle énoncée à l'article 5 du Code civil, sans être pour autant imposée par les normes européennes. On peut à cet égard observer que la motivation de l'arrêt ne fait pas référence à la « doctrine » de la Cour de cassation - sans qu'une telle absence soit réellement significative 39. Le système peut également paraître trop étroit en ce qu'il admet une exception à la recevabilité du pourvoi, lorsque l'assemblée plénière a statué postérieurement à la cour de renvoi mais sur le fondement d'une norme hiérarchiquement supérieure à la loi. En effet, dans la

mesure où le revirement en cause a pour objet de mettre la jurisprudence interne en conformité avec les normes supérieures telles qu'interprétées par les juridictions internationales, on peut soutenir qu'il a un caractère « raisonnablement prévisible » 40, selon les termes de la Cour européenne. Le conflit entre la sécurité juridique et la norme internationale au fondement d'un revirement n'est alors qu'apparent.

17. En toute hypothèse, il existait bien dans notre affaire un aspect décisif : un droit fondamental garanti par une norme européenne, et une loi qui ne pouvait être rétroactive selon un arrêt précédent d'assemblée plénière. Une bonne administration de la justice n'aurait-elle pas dû trouver son inspiration dans la référence à la prééminence du droit ?

- 1 – (a) Pourvoi n° 05-17690, *Bull. civ. ass. plén., à paraître*. Toute l'analyse sur la procédure et les droits de l'homme a été rédigée par C. Ruet.
- 2 – (1) Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 24 janvier 1996, *JCPéd. G* 1998, II, 10008, note B. Boccara.
- 3 – (2) Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 27 février 2002, *Bull. civ.* III, n° 50.
- 4 – (3) V. par exemple P.-Y. Gautier, *D.* 2003, 720.
- 5 – (4) Cass., ass. plén., 23 janvier 2004 (2 espèces), *Deffrénois* 2005, art. 38097, n° 6, p. 243, note L. Ruet.
- 6 – (5) C.A. Versailles, 6 février 2003, *D.* 2003, 720, note P.-Y. Gautier; 832, obs. critiques Y. Rouquet.
- 7 – (6) V. en ce sens, P.-Y. Gautier, note préc., qui considèrerait dans sa note que la cour d'appel de Versailles aurait pu parvenir au même résultat par application de ce raisonnement, sans en appeler à la C.E.D.H.
- 8 – (7) Cf. J. et L. Boré, *La cassation en matière civile*, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., n°s 124-11 ets.
- 9 – (8) Cf. J. et L. Boré, *op. cit.*, n°s 133-11 ets.; M.-N. Jobard-Bachelier et X. Bachelier, *La technique de cassation*, Dalloz, 6<sup>e</sup> éd., p. 22.
- 10 – (9) Le texte, pris dans son sens positif, n'a vocation à s'appliquer qu'en cas de conflit entre la Cour de cassation et les juges du fond, car la compétence obligatoire de l'assemblée plénière suppose un second pourvoi formé sur les mêmes moyens que le premier.
- 11 – (10) Cass., ch. mixte, 30 avril 1971, *JCPéd. G* 1971, II, 16800, concl. av. gal. R. Lindon.
- 12 – (11) Cf. G. Cornu, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, Montchrestien, 9<sup>e</sup> éd., n° 414.
- 13 – (12) Selon Cass. civ., 12 mai 1812, cité par J. Boré, *op. cit.*, n° 01-24 ; v. J. Barthélémy, « Le droit au pourvoi » in *Mélanges P. Draï*, Dalloz 2000, 189; J.-F. Weber, *La Cour de cassation*, La documentation française 2006, p. 33.
- 14 – (13) Cf. S. Guinchard et F. Ferrand, *Procédure civile, Droit interne et communautaire*, Dalloz, 28<sup>e</sup> éd., n°s 1584 et 1784 ; *Droit et pratique de la procédure civile*, sous la dir. de S. Guinchard, Dalloz action, 5<sup>e</sup> éd., n°s 531-11 et 553-800 ; J. Héron, *Droit judiciaire privé*, 3<sup>e</sup> éd. par Th. Le Bars, Montchrestien, n° 668 ; L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Litec, 5<sup>e</sup> éd., n° 788 ; J.-L. Boré, *op. cit.* ; J. Barthélémy, *op. cit.*
- 15 – (14) Cf. L. Boré et J. Salve de Bruneton, « Quelques idées sur le pourvoi en cassation », *D.* 2005, 180 ; J. Barthélémy, *op. cit.* 16 – (15) Cf. Cons. const., 14 mai 1980, déc. n° 80-113 L.
- 17 – (16) V. N. Molfessis, « Doctrine de la Cour de cassation et reconnaissance des précédents », *RTD civ.* 2003, 567.
- 18 – (17) V. par exemple, Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 26 octobre 2000, *Bull. civ.* II, n° 145.
- (18) C.E.D.H., *Kutic c. Croatie*, 1<sup>er</sup> mars 2002, § 22 et s. : « le droit d'accès à un tribunal comprend non seulement le droit d'engager une action mais aussi le droit à une solution juridictionnelle du litige... » cité par L. Milano, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, préf. F. Sudre, Dalloz 2006, n° 78.
- 19 – (19) Et contestée de manière nuancée par une partie (minoritaire) de la doctrine ; v. J. et L. Boré, *op. cit.*, n° 133-13 *in fine* ; v. aussi, pointant l'absence d'évidence de la solution, J. Héron et Th. Le Bars, *op. cit.*, note 138. Comp. : N. Molfessis, préc.
- 20 – (20) Cass., ass. plén., 23 février 2001, *Bull. civ. ass. plén.*, n° 5 ; *D.* 2001, 1752, note Debbasch ; *JCPéd. G* 2001, II, 10583, note Menuret.
- 22 – (21) Exigé par la Cour pour apprécier l'existence d'un recours interne sur le fondement de l'article 13 : cf. C.E.D.H., *Kudla c. Pologne*, 26 octobre 2000, § 157.
- 23 – (22) De manière générale, il y a « absorption » de l'article 13 par l'article 6, qui apparaît comme une loi spéciale, sauf en présence d'une question juridiquement distincte de celle de savoir si le justiciable disposait en droit interne d'un recours effectif pour se plaindre de la violation d'un droit garanti (cf. C.E.D.H., *Kudla c. Pologne*, préc., § 147).
- 24 – (23) Cf. parmi d'autres, C.E.D.H., *Delcourt c. Belgique*, § 25.
- 25 – (24) Cf. C.E.D.H., *Levages prestations de service c. France*, 23 septembre 1996, § 44 ; G. Cohen-Jonathan, « Le droit au juge », in *Mélanges J. Waline*, 2002, 473, spéc. 478 ; J.-P. Costa, « Le droit à un tribunal et ses limites selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges Buffet*, 2004, p. 159.
- 26 – (25) Cf. *Levages prestations de service c. France*, préc., § 36. V. aussi, G. Canivet, « La Cour de cassation et la convention européenne des droits de l'homme », in *Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2002, p. 257, spéc. p. 277.
- 27 – (26) Cf. *Levages prestations de service c. France*, préc., § 45, 46 et 48.
- 28 – (27) Cf. G. Canivet, « Economie de la justice et procès équitable », *JCPéd. G* 2001, I, 361, n° 7 ; v. L. Milano, *op. cit.*, n°s 397 et s.

29– (28) Cf. *Levages prestations des services c. France*, préc., § 40 ; J. Barthélémy, *op. cit.*, p. 196.

30– (29) Cf. G. Cohen-Jonathan, *op. cit.*, p. 481 : « Le recours doit être effectif et cette obligation est particulièrement impérieuse lorsque la violation invoquée de manière défendable fait partie des droits énoncés dans la Convention européenne des droits de l'homme ».

31 – (30) Cf. C.E.D.H., *Bellet c. France*, 4 décembre 1995, § 36 : il faut « que le degré d'accès procuré par la législation nationale suffise pour assurer à l'individu le droit à un tribunal eu égard au principe de la prééminence du droit dans une société démocratique. L'effectivité du droit d'accès demande qu'un individu jouisse d'une possibilité claire et concrète de contester un acte constituant une ingérence dans ses droits » ;  
v. P. Wachsmann, *La prééminence du droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *Etudes* J. Schwob, Bruylant, 1997, 241 ; L. Milano, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 106 ets.

32– (31) Cf. C.E.D.H., *Miragall Escolano et autres c. Espagne*, 25 janvier 2000, § 37, et 39 (l'affaire est relative à un appel). Sur l'exigence générale d'une interprétation raisonnable, v. F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Puf, 6<sup>e</sup> éd., n<sup>o</sup> 212-4.

33– (32) Cf. C.E.D.H., *Miragall Escolano et autres c. Espagne*, préc.

34– (33) L'arrêt, en date du 25 mars 2003, suivait la jurisprudence qui était alors celle de la chambre commerciale en la matière.

35– (34) Cf. *Les revirements de jurisprudence, Rapport remis à M. le Premier Président Guy Canivet*, Groupe de travail présidé par N. Molfessis, Litec, 2004.

36– (35) Cf. N. Molfessis, « Doctrine de la Cour de cassation et reconnaissance des précédents », *RTD civ.* 2003, 567.

37– (36) Sur la distinction entre les revirements qui déjouent les prévisions des justiciables et préjudicient à l'une des parties et les revirements qui n'emportent pas de telles conséquences, cf. *Les revirements de jurisprudence*, Rapport préc., p. 17 et *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, sous la dir. de N. Molfessis, p. 143 ets.

38– (37) Cf. *Economie de la justice et procès équitable*, *op. cit.*, spéc. n<sup>o</sup> 7.

39– (38) Les motifs des arrêts antérieurs ne comprenaient pas tous cette expression. Cf. par exemple, Cass., ass. plén., 9 juillet 1993, *Bull. civ. ass. plén.*, n<sup>o</sup> 13.

40 – (39) La référence au caractère raisonnable de la prévisibilité influe en profondeur sur l'approche de la prévisibilité par la Cour européenne. Même en l'absence d'une jurisprudence antérieure sur un cas semblable, l'exigence de prévisibilité a parfois été considérée comme satisfaite, et ceci en matière pénale, dès lors que l'interprétation du juge paraissait raisonnable. Cf. C. Ruet, note sous Cass. crim., 20 février 2001, *JCP éd. G* 2002, II, 10114, n<sup>os</sup> 13 ets. et la jurisprudence citée.