



L'EXIGENCE DE COHÉRENCE

CONFÉRENCE ASSOCIATION DROIT ET COMMERCE
GRAND'CHAMBRE DE LA COUR DE CASSATION - 31 JANVIER 2011

PAR JACQUES MESTRE *

Dans son célèbre *Discours préliminaire*, Portalis n'utilise pas le mot de cohérence. Non qu'il soit hostile à l'idée. Mais sans doute précisément parce que cette notion, proche de celle de raison qui lui est chère, lui paraît tellement naturelle et familière qu'il ne ressent pas le besoin de l'exprimer.

Dans sa foulée, le code civil adoptera donc la même attitude. Le mot de cohérence n'y apparaît pas une seule fois, tant, là encore, le code de 1804 est, par nature même, une œuvre de cohérence, faite pour mettre un terme aux contradictions arbitraires des Parlements d'Ancien Régime, et à celle également, plus normative mais tout aussi incertaine, des divisions territoriales de notre Ancien Droit.

Tant, aussi, le bon père de famille, ce standard le plus emblématique de notre code de 1804, est, par essence, cohérent. Cohérent avec lui-même, évidemment, mais aussi cohérent avec son conjoint, dont il veut raisonnablement le bonheur. Cohérent avec ses enfants, entre lesquels il entend assurer une sage égalité. Cohérent dans la gestion de ses biens, dans l'exécution des contrats qu'il a passés, ou encore dans la mise en œuvre des sûretés qu'il aurait eu la précaution de prendre.

Une cohérence que le code ne cite donc pas, mais qu'il illustre cependant de manière appuyée à travers certaines règles ou institutions. On pense, évidemment, à la garantie contre l'éviction qui pèse sur tout vendeur, légalement invité à ne pas priver son acquéreur de ce qu'il vient de lui transmettre, ou encore au jeu de l'article 1178 du code civil, qui va, très logiquement, réputer accomplie la condition qu'un débiteur, obligé sous cette condition, aura déraisonnablement fait défaillir.

Cela étant, malgré tous ses efforts ou présupposés, le code ne peut naturellement chasser toute expression de l'incohérence car, les hommes étant ce qu'ils sont,

* Jacques Mestre est professeur à l'Université Paul Cézanne d'Aix-Marseille et directeur du Centre de droit économique. Cet article est le texte de la conférence organisée par l'Association Droit et Commerce le 31 janvier 2011. Le style oral a été conservé.

leurs actes peuvent en porter trace, et, tout particulièrement, les contrats qu'ils rédigent et qui peuvent donc renfermer des clauses incohérentes, soit en elles-mêmes, soit, plus fréquemment, dans leur confrontation les unes aux autres. D'où, aux articles 1156 et suivants, des directives d'interprétation qui s'efforcent pour l'essentiel de rétablir une cohérence en apparence perdue. Ainsi, de l'article 1156 qui invite le juge à privilégier « *la commune intention des parties* » plutôt que de s'arrêter « *au sens littéral des termes* », qui peut, effectivement, ne pas être très cohérent. Et surtout de deux autres articles : l'article 1157, aux termes duquel « *lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun* », et l'article 1161, précisant pour sa part que « *toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier* ».

Un article dont, deux siècles plus tard, l'application la plus remarquable sera peut-être fournie par cet arrêt de la première chambre civile du 20 février 2007 (Bull.civ.I, n° 62), rendu en matière arbitrale. Les parties à un contrat international avaient stipulé une clause compromissoire qui désignait dans un premier paragraphe l'Association française d'arbitrage et dans un second la Chambre de commerce internationale. La clause était-elle donc manifestement inapplicable ? Oui, jugea la cour d'appel d'Aix observant que les termes de la convention, qui désignent impérativement deux institutions arbitrales, sont contradictoires, et qu'une nouvelle manifestation de volonté des parties aurait donc été nécessaire pour la rendre efficiente. Or, la première chambre civile a exercé sa censure en considérant que la cour d'appel n'avait pas, ce faisant, caractérisé une inapplicabilité manifeste de la clause.

En d'autres termes, derrière l'apparence des mots employés, il lui incombait de rechercher la cohérence, probablement présente, des volontés communes d'aller à l'arbitrage.

Bel exemple jurisprudentiel de ce que, au début du XXI^e siècle, la cohérence est placée au centre des préoccupations juridiques. S'il en est ainsi, c'est sans doute que, à l'époque contemporaine, nos comportements, nos réflexions, nos actes n'ont plus spontanément cette cohérence naturelle qu'ils avaient en 1804. Quelles peuvent en être les raisons ? J'essaierai d'en isoler certaines :

- l'accélération du temps, qui nous empêche souvent d'avoir le recul nécessaire pour réfléchir, pour mettre en perspective nos décisions ;
- l'émotivité qui caractérise aussi nombre de nos décisions ou de nos comportements, y compris dans un cadre juridique, où le poids des instants et de circonstances médiatisées pèse lourd, souvent trop lourd ;
- la multiplication des cas individuels, des situations particulières, appelant des traitements spécifiques, et ce surtout à partir du moment où les discriminations choquent, et où donc, paradoxalement, la seule manière de les éviter est précisément de discriminer, c'est-à-dire de coller exactement à la situation particulière de chacun. On connaît la célèbre formule du doyen Carbonnier dans son article *De minimis* paru aux Mélanges dédiés à Jean Vincent (1981, p. 36) : « *l'idéal national dont l'État était gardien s'est pulvérisé*

en une multiplicité d'idéaux particuliers », et de droits spéciaux, pourrait-on ajouter, dont la cohérence avec le droit commun fait souvent problème ;
 - et pour nous juristes encore, la multiplication des autorités d'où proviennent les normes : institutions parlementaires, gouvernementales, juridictions, françaises mais aussi européennes, autorités administratives indépendantes...

Tout autant de facteurs qui rendent la cohérence souvent difficile, et alimentent un débat particulièrement nourri.

Techniquement, on peut dire que celui-ci est né dans les années 1990 avec la construction juridique européenne qui a fait une place toute particulière, notamment en droit des contrats, à la notion d'attente légitime, par exemple sur le terrain de la sécurité des produits.

Puis est venu, au début des années 2000, le temps de la réflexion doctrinale : avec des ouvrages majeurs, tels que l'étude pionnière de ma collègue Hélène Aubry sur l'influence du droit communautaire sur notre droit français des contrats (PUAM, 2002), et la thèse de Dimitri Houtcieff sur le principe de cohérence en matière contractuelle (PUAM, 2001), et aussi le beau colloque tenu en 2000, sous l'impulsion de notre collègue Martine Béhar-Touchais et du Centre de droit des affaires de l'Université de Paris V, et portant sur l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui (publié en 2001 chez Economica, avec le rapport de synthèse d'Horatia Muir-Watt).

Et puis se sont ouvertes les portes de la Cour de cassation. D'abord discrètement, à travers un arrêt de la première chambre civile du 14 novembre 2001 (n° 99-15.690, RTDciv.2002, p. 93, obs. J. Mestre et B. Fages). En l'espèce, une personne avait obtenu un prêt bancaire pour financer l'acquisition d'un véhicule automobile, et signé une reconnaissance de livraison qui avait permis le déblocage des fonds entre les mains du vendeur. Puis, assignée en remboursement du prêt par la banque, elle soutint qu'elle n'avait jamais reçu livraison du vendeur, à présent en liquidation judiciaire. Or, la chambre commerciale approuva les juges du fond d'avoir écarté l'objection de l'emprunteuse : « attendu que l'emprunteur, qui détermine l'établissement de crédit à verser les fonds au vendeur au vu de la signature par lui du certificat de livraison du bien, n'est pas recevable à soutenir ensuite, au détriment du prêteur, que le bien ne lui avait pas été livré ». Ainsi était frappé d'irrecevabilité celui qui n'avait pas hésité à se contredire dans le temps au détriment d'autrui.

La cohérence a ensuite obtenu plus expressément droit de cité, avec deux arrêts remarquables rendus en 2005. Le premier l'a été par la chambre commerciale (8 mars 2005, n° 02-15.783, RTDciv.2005, p. 391, obs. J. Mestre et B. Fages). Une société avait passé avec une banque une convention de compte courant, qui renfermait une clause d'unité de compte. Mais, en pratique, ce compte fonctionna en deux sous-comptes, assortis de deux numéros distincts : l'un retraçant les opérations en francs, et l'autre, les opérations en dollars. Et tout indique que la banque fit, en fait, fonctionner ces deux sous-comptes comme deux véritables comptes indépendants : ainsi, mettait-elle en demeure sa cliente de couvrir la position débitrice du seul sous-compte en dollars ou avait-elle donné suite à une

saisie conservatoire sur le solde créditeur du sous-compte en francs. Mais, ultérieurement, changement d'attitude, lorsqu'apparaissent des difficultés chez le client : la banque se prévaut strictement de la clause d'unité de compte pour faire apparaître un solde global négatif et refuser, en conséquence, d'exécuter des ordres de virement en francs de sa cliente alors que la seule position du sous-compte en francs lui aurait permis de les satisfaire.

La société estime alors que le refus d'exécution de ces virements lui est préjudiciable, et assigne donc en responsabilité contractuelle la banque, laquelle se retranche derrière la lettre du contrat. La cour d'appel de Paris lui donne raison, en s'en tenant à l'article 1134, alinéa 1^{er} du code civil, mais la chambre commerciale exerce sa censure sous le visa de l'article 1134, alinéa 3 du code civil : « attendu qu'en statuant ainsi après avoir relevé que la banque avait mis en demeure la société de payer le solde débiteur du seul compte en dollars et donné suite à une saisie sur les avoirs figurant sur le compte en francs, ce dont il résultait qu'en dépit de la signature d'une convention d'unité de compte, la banque qui, en faisant fonctionner les comptes litigieux comme des comptes indépendants, avait adopté un comportement incompatible avec l'application de la convention litigieuse, dont elle a revendiqué ensuite le bénéfice, avait manqué à son obligation de bonne foi, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations ».

Le second arrêt émane de la première chambre civile (6 juillet 2005, n° 01-15.912). Ici, la haute juridiction précise que « M. X..., qui a lui-même formé la demande d'arbitrage (devant le Tribunal des différends irano-américains) et qui a participé sans aucune réserve pendant plus de neuf ans à la procédure arbitrale, est irrecevable, en vertu de la règle de l'estoppel, à soutenir, par un moyen contraire, que cette juridiction aurait statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle, faute de convention qui lui soit applicable ».

Estoppel de la *common law*, dont l'objet est de protéger, via le principe de *reliance*, la confiance légitime de celui qui agit sur la base de l'attitude d'autrui, de celui qui a tablé sur la cohérence de son comportement. On aurait pu aussi évoquer la règle du droit romain « *Non concedit venire contra factum proprium* », ou encore celle de la *Verwirkung* du droit allemand, par laquelle un droit est frappé de déchéance lorsque son titulaire n'en a pas fait usage et qu'il a donné l'impression à l'autre partie qu'il ne s'en servira pas. Et même les principes Unidroit, proposés pour les contrats du commerce international, et introduisant dans leur nouvelle version de 2004 un nouvel article 1.8 intitulé « *interdiction de se contredire* » (dans la version anglaise *inconsistent behavior*), et aux termes duquel « *une partie ne peut agir en contradiction avec une attente qu'elle a suscitée chez l'autre partie lorsque cette dernière a cru raisonnablement à cette attente et a agi en conséquence à son désavantage* ».

Mais peu importe. Le débat a été lancé, et bien lancé, au point que certains projets de réforme de notre droit des contrats envisagent d'introduire demain, dans le code civil, ce principe de cohérence de façon autonome, distinctement de la traditionnelle exigence de bonne foi (cf. par ex., le projet Terré prévoyant qu' « *une partie ne peut agir en contradiction avec ses déclarations et comportements antérieurs sur la foi desquels son cocontractant s'est légitimement fondé* »).

C'est dire qu'il nous faut remercier aujourd'hui la Cour de cassation et son premier président ainsi que l'Association Droit et Commerce de nous avoir proposé ce soir de prolonger ce riche débat sur la cohérence, dans le but, tout à la fois, de

faire le point après une dizaine d'années d'évolution, et d'essayer aussi d'esquisser quelques pistes pour l'avenir.

Et j'ajouterai que ces remerciements s'imposent d'autant plus que ce thème de la cohérence est, pour nous juristes, une invitation à une sorte d'examen de conscience ! Autrement formulé, sommes-nous, praticiens du droit ou universitaires, les mieux placés pour poser une telle exigence à l'égard des nos compatriotes ?

Aussi, puisque le président Vincenti m'a laissé – et je lui en sais gré – une certaine liberté dans la conduite de cette conférence, je vous propose de porter ce soir un double regard sur l'exigence de cohérence en l'envisageant à travers deux questions successives :

- le droit contemporain doit-il formuler une exigence de cohérence à l'égard de ses sujets, c'est-à-dire de chacun d'entre nous ? (I) ;
- et ces sujets, c'est-à-dire ici encore nous-mêmes, sont-ils en droit d'exiger du droit qu'il respecte lui-même un principe de cohérence ? (II)

I - Le droit contemporain doit-il formuler une exigence de cohérence à notre égard ?

Pour répondre à cette question, il me semble qu'il convient de suivre la distinction que notre droit positif suggère lui-même, tout particulièrement sous l'angle, toujours très révélateur en droit, des sanctions applicables : une distinction entre l'hypothèse de contradictions simultanées (A) et celle que, du moins pour l'instant, nous dénommerons l'hypothèse des contradictions successives (B).

A - Les contradictions simultanées

Dans ce cas, il est clair que notre droit pose de plus en plus nettement une exigence de cohérence (1). Laquelle n'exclut cependant pas totalement une voie contraire, mais qui, alors, doit être expliquée, afin que les contradictions apparentes puissent être comprises (2).

I - Oui à un véritable principe de cohérence

a) Les premières manifestations de l'exigence contemporaine de cohérence sont apparues en droit des contrats, ce qui n'est évidemment pas surprenant dans la mesure où la force obligatoire du contrat elle-même participe d'une idée de cohérence.

Ainsi, observera-t-on l'apparition de l'exigence sur le terrain de clauses contractuelles, à travers ces décisions de la Cour de cassation rendues dans les années 1990 qui, sous le visa de l'article 1131 du code civil et donc de la cause, ont réputé non écrites des clauses qui, pour emprunter aux termes qu'utilisait déjà Jossierand dans les années 1930, « *énervent la force obligatoire du contrat* » : clauses d'assurance, de dates de valeur, de limitation de responsabilité (je pense à l'arrêt Chronopost)... Les clauses sont ici réputées non écrites, donc gommées dès le départ, comme s'il y avait incohérence manifeste à les stipuler dans un acte dont la raison d'être est d'obliger. Autrement dit, contracter et retenir ne vaut...

Idem avec les clauses déclarées contraires à l'économie de la convention : voir ainsi Cass. com., 15 février 2000, RTDciv.2000, p. 325, obs. J. Mestre et B. Fages. Un pharmacien s'était engagé envers une société de publicité à diffuser dans son officine des messages publicitaires sur un matériel télé-informatique que celle-ci lui fournissait, mais dont l'acquisition était financée en crédit-bail par un établissement spécialisé. Le contrat principal et le contrat de financement étaient proposés par la même personne, et conclus dans le même temps pour une durée identique. Et le coût des loyers dus par le pharmacien à la société de crédit-bail était calqué sur celui des redevances mensuelles qu'il percevait de la société de publicité. Or, la suite est bien connue : cette dernière arrête son activité, et ne verse donc plus les redevances au pharmacien. Lequel, naturellement, met en avant une idée d'indivisibilité des conventions pour cesser de régler les loyers à une société de crédit-bail qui, tout aussi naturellement, ne l'entend pas de la même façon, et se prévaut à cette fin d'une clause qui prévoyait de façon claire et précise que « *le locataire resterait tenu de régler les loyers jusqu'au terme de la convention, même au cas où le contrat d'exploitation conclu par ailleurs avec la société de publicité ne serait pas exécuté ou serait résilié ou annulé* ». Mais la cour d'appel écarte la clause en la qualifiant d'abusives. Pourvoi du crédit-bailleur qui a beau jeu de rappeler que le droit des clauses abusives n'a pas vocation à s'appliquer dans ce cadre, et qui met en valeur un principe « *d'autonomie de la volonté qui permet aux parties de répartir comme elles l'entendent la charge des risques, notamment en matière commerciale* ». La chambre commerciale rejette cependant ce pourvoi en s'appuyant sur les termes de l'arrêt d'appel qui avait bien décortiqué, à la fois, la réalité économique profonde de l'opération et l'interdépendance des conventions passées à cette fin, et qui conclut de façon très innovante : « *qu'ainsi, et dès lors que le texte de la clause invoquée était en contradiction avec l'économie générale du contrat, la cour d'appel, abstraction faite du motif erroné critiqué par le moyen, a légalement justifié sa décision* ».

Autre manifestation de l'exigence de cohérence, toujours dans ce cadre des relations de volonté : le traitement de l'intégration ou non au champ contractuel des documents publicitaires que l'une des parties aura communiqués à l'autre durant la phase précontractuelle. Là encore, se pose à leur propos la question de leur valeur juridique. Question classique, sur laquelle un récent arrêt de la première chambre civile du 6 mai 2010 (n° 08-14.461) apporte un intéressant enseignement. En l'espèce, une mère avait conclu un contrat de formation professionnelle au profit de son fils avec une société exploitant un institut supérieur de commerce et de gestion. N'ayant pas ensuite réglé les frais de scolarité, elle fit l'objet d'une injonction de payer, à laquelle elle décida de faire opposition au motif que l'institut n'avait pas respecté son obligation, figurant sur ses brochures publicitaires et sur son site Internet, de trouver un employeur à ses élèves. Obligation ou pas ? Le tribunal d'instance répond par la négative en observant que cet engagement de caser les élèves ne figure ni dans le contrat signé ni dans les conditions générales et particulières de l'institut. Soit, mais, sous le visa de l'article 1134 du code civil, la Cour de cassation censure le tribunal : « *en statuant ainsi alors que les documents publicitaires peuvent avoir une valeur contractuelle dès lors que, suffisamment précis et détaillés, ils ont eu une influence sur le consentement du cocontractant, de sorte qu'il lui incombait de rechercher si, comme le soutenait Mme Y..., tel était le cas en l'espèce, le tribunal n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

Ainsi, on ne saurait valablement, d'un côté, séduire et, de l'autre, s'assurer par avance l'impunité. Et ce, doit-on immédiatement ajouter, même si on a pris soin de se réserver expressément une porte de sortie. Tel est, en effet, le fort enseignement de l'arrêt Nelson rendu par la chambre commerciale en 2007 (23 janvier 2007, n° 05-13.189). Plusieurs sociétés s'opposaient dans un litige en contrefaçon, l'une reprochant aux autres d'avoir copié ses produits. Finalement, une transaction est conclue, dans laquelle la société Camaieu International prend notamment « *l'engagement en tant que de besoin, de ne pas copier les produits commercialisés par Créations Nelson sous la marque Comptoir des Cotonniers ou tout autre marque qu'elle commercialise* ». Mais il est ensuite ajouté que « *l'engagement pris au paragraphe précédent constitue un engagement exclusivement moral dont tout éventuel manquement ne saurait être considéré comme une inexécution des termes du présent protocole* ».

Quelle portée juridique accorder à une telle précision, sachant que la société Camaieu ne va pas respecter son engagement de ne pas copier ? La chambre commerciale prend position très nettement sur ce point, même si elle est amenée à rendre un arrêt de rejet : « *attendu qu'en s'engageant, fût-ce moralement, « à ne pas copier » les produits commercialisés par la société Créations Nelson, la société Camaieu International avait exprimé la volonté non équivoque et délibérée de s'obliger envers la société concurrente ;... la cour d'appel en a donc exactement déduit que cette clause avait une valeur contraignante pour l'intéressée et qu'elle lui était juridiquement opposable* ».

La solution est nette, et elle est aussi justifiée, constituant même sans doute l'une de ces spécificités du droit français auxquelles, me semble-t-il, il convient de rester viscéralement attaché. Une spécificité qu'exprimait déjà très bien Bruno Oppetit lorsque, dans son célèbre article sur l'engagement d'honneur (D.1979, chron. p. 106), il écrivait que « *le juge ne se considère pas comme automatiquement lié par l'intention proclamée par les parties de priver leur accord de toute valeur obligatoire, et donc de sanction judiciaire* ». Et une solution qui trouve, pourrait-on dire, une singulière résonance dans cet arrêt Nelson où se trouvait sur la sellette judiciaire un engagement de ne pas copier. C'est-à-dire, pour l'immense majorité d'entre nous, l'un des tout premiers engagements sociaux que nous avons pris dans notre vie, et qui, par nature même et dans notre esprit, fût-il très juvénile, s'accompagnait nécessairement d'une force normative des plus redoutables !

Principe donc de cohérence simultanée, valable dans les clauses, dans les déclarations de volonté, et aussi dans les stratégies procédurales, tant il n'est pas admissible qu'un contractant formule dans une même procédure des prétentions contradictoires. Les exemples sont, ici encore, nombreux et très révélateurs, tous placés dans le sillage de ce vénérable arrêt de la chambre des requêtes (15 novembre 1909, D.P.1911.I.393, note Dupuich) indiquant que le bénéficiaire d'une stipulation pour autrui qui l'accepte ne saurait dans le contrat principal « *diviser les clauses, invoquer les unes et rejeter les autres* ». Autrement dit, voulant indiquer qu'on est dans le contrat ou qu'on n'y est pas, mais que si on choisit d'y être, on y est totalement !

Pour s'en tenir à quelques exemples contemporains, évoquons :

- Cass. civ. 3^e, 13 avril 1988 (JCP 1989.II.21302, note R. Martin, RTDciv.1989, p. 743, obs. J. Mestre). En l'occurrence, un sous-traitant non agréé avait assigné l'entrepreneur principal en paiement du solde de sa facture mais celui-ci, de son côté, lui avait opposé son obligation de résultat pour mettre à sa charge une partie des frais qu'il avait exposés en devant faire appel à un personnel de renfort pour l'achèvement des travaux de montage. Et c'est donc pour prendre en compte cette prétention de l'entrepreneur, que le sous-traitant contestait, que la troisième chambre civile est amenée à dire, de façon très générale et éclairante, que « le sous-traitant ne peut à la fois se prévaloir du contrat de sous-traitance pour obtenir le paiement de ses travaux et le rejeter pour échapper à ses obligations contractuelles ». Ainsi apparaît la règle que nous avons pu baptiser « invoquer le contrat et s'y soustraire ne vaut », et apparaît-elle, si l'on peut dire, avec une netteté toute particulière dans la mesure où la Cour de cassation la pose alors qu'une disposition particulière de la loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance aurait pu ici alimenter le doute, puisque l'article 3, alinéa 2, de cette loi a prévu, pour sanctionner l'entrepreneur principal ayant pratiqué la sous-traitance occulte, que « lorsque le sous-traitant n'aura pas été accepté ni les conditions de paiement agréées par le maître de l'ouvrage dans les conditions prévues à l'alinéa précédent, l'entrepreneur principal sera néanmoins tenu envers le sous-traitant, mais ne pourra invoquer le contrat de sous-traitant à l'encontre du sous-traitant ». C'est dire que la Cour de cassation a choisi, au-delà de la solution ponctuelle qu'aurait pu lui suggérer le droit spécial, de s'en tenir plus fondamentalement à la réciprocité du contrat synallagmatique (comme le lui avaient suggéré G. Cornu, RTDciv.1981.170 ; Ph. Rémy, RTDciv.1984.525 ; Ph. Dubois, D.1988.523), et, partant, de refuser d'admettre qu'une personne puisse tirer profit d'un contrat sans en subir les charges ;

- Cass. civ. 3^e, 7 juin 1989 (Bull.civ.III, n° 134, p. 174, JCP 1990.II.21456, note Y. Dagorne-Labbé, Defrénois 1990.360, obs. J.-L. Aubert, RTDciv.1990.473, obs. J. Mestre). Le propriétaire d'une maison d'habitation l'avait vendue moyennant un prix partiellement converti en rente viagère. L'acquéreur ayant interrompu le règlement des arrérages, la tutrice du vendeur demanda la résolution du contrat avec paiement des arrérages échus. Les juges du fond firent droit à ses prétentions, mais leur décision fut censurée au visa de l'article 1184 du code civil : « attendu que la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a le choix, ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention, lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages-intérêts ; attendu que tout en prononçant la résolution de la vente pour les manquements de Mme G... à son obligation de payer les arrérages de la rente viagère, l'arrêt condamne la débirentière à payer les arrérages échus de cette rente ; qu'en statuant ainsi, alors que le vendeur ne pouvait prétendre qu'à des dommages-intérêts à la suite de la résolution du contrat, mais non obtenir l'exécution de l'obligation, la cour d'appel a violé le texte susvisé ». Là encore, la solution est logique, cohérente serait-on même tenté de dire. Certes, les juges, lorsqu'ils prononcent la résolution d'un contrat, apprécient l'ampleur du préjudice subi par le vendeur et peuvent donc le fixer à un montant égal à celui des arrérages échus. Mais le cheminement de leur pensée juridique ne dispose pas pour sa part d'une réelle liberté, et ne saurait donc se réduire à un raccourci d'ordre monétaire. Pas davantage d'ailleurs qu'à un raccourci non monétaire mais tout aussi incohérent. Ainsi, lorsqu'ils résolvent un contrat de travail ou de collaboration qui incluait une clause de non-concurrence applicable durant la relation contractuelle, les juges

ne peuvent pas, à la demande du créancier, ordonner le maintien de cette clause pour l'avenir, ainsi que l'a décidé fort justement la première chambre civile (29 nov. 1989, Bull.civ.I, n°365, p.245, RTDciv.1990.474, obs.J.Mestre). Et ce, à la différence de l'hypothèse où cette clause de non-concurrence aura été stipulée exigible à la cessation de la relation contractuelle ;
 - Cass. com., 21 février 1995 (Bull.Joly 1995, p. 404, note P.L.C. ; RTDciv.1995, p. 618, obs. J. Mestre). Le bénéficiaire d'une promesse de cession d'actions lève l'option utile, mais les promettants ne font pas diligence pour rendre effective la cession, de sorte que le bénéficiaire leur réclame finalement des dommages-intérêts qu'il obtient par décision définitive. Mais, étant déjà associé pour d'autres actions, il vit mal la cession des actions promises à un tiers, et demande ensuite l'annulation de la cession intervenue au profit de ce dernier, ainsi que l'annulation de plusieurs assemblées générales de la société. Les juges du fond le déboutent au constat du choix qu'il a fait, à la suite de la violation de la promesse, de la voie indemnitaire, et la chambre commerciale les en approuve en relevant, à leur suite, « que l'on ne peut, à la fois, demander la résolution et l'exécution d'une obligation ».

L'exigence formulée dans toutes ces hypothèses touche au fond même du droit. Ainsi que le révèlent d'ailleurs les sanctions très généralement retenues : la nullité, le réputé non écrit, la requalification, l'intégration dans le champ contractuel, le défaut de pouvoir, ou encore la juridicité (sanction sans doute demain utilisable dans le cadre de la RSE, c'est-à-dire de la responsabilité sociale ou environnementale des entreprises).

2 - Ce qui n'exclut pas la preuve contraire, mais à condition de bien l'expliquer

Si l'exigence de cohérence est ainsi très nettement promue, tout effort de pédagogie de la part des contractants ou, plus généralement, des acteurs économiques n'est pas, pour autant, condamné, dès lors que cet effort est mis au service de l'explication du sens profond de comportements ou de stipulations qui, de prime abord, pourraient paraître incohérents.

On pourrait ici développer plusieurs exemples. Je pense, par exemple, à l'admission de la coexistence d'un principal et d'un subsidiaire qui pourrait paraître le contredire, et qui reste cependant une coexistence parfaitement admissible dès lors qu'elle est clairement circonscrite et traduite, ainsi que le souligne encore un récent arrêt de la chambre commerciale rendu à propos de la violation d'une clause de confidentialité (13 juillet 2010, n° 09-14.985).

Je pense encore au contrôle interne qui est désormais établi, conformément à l'article L. 621-18-3 du code monétaire et financier, sur la base d'informations légales rendues publiques par les sociétés cotées. La loi impose désormais à la société cotée, « lorsqu'elle se réfère volontairement à un code de gouvernement d'entreprise », de préciser dans le rapport joint au rapport de gestion « les dispositions qui ont été écartées et les raisons pour lesquelles elles l'ont été » ou, au cas où elle ne se réfère pas à un tel code (généralement, en pratique, le code de gouvernement

d'entreprise des sociétés cotées émanant de l'AFEP et du MEDEF), d'indiquer dans ce même rapport les règles retenues en complément des exigences requises par la loi et d'expliquer les raisons pour lesquelles elle a décidé de n'appliquer aucune disposition de ce code (C. com., art. L. 25-37, al. 7 et art. L. 225-68, résultant de la loi du 3 juillet 2008 transposant la règle de conformité instituée par la directive 2006/46 CE : cf. V. Magnier, *Les manquements des sociétés cotées à la règle de conformité*, JCP E 2010, n° 1234). Ce qui, au final, va conduire notamment les commissaires aux comptes à effectuer ici un contrôle de cohérence interne des documents. La norme professionnelle 9505, homologuée par arrêté du 20 mai 2009 (JO du 4 juin 2009), et relative au rapport du commissaire aux comptes établi en application de l'article L. 225-235 du code de commerce sur le rapport du président, invite le commissaire à relever, à la lecture du rapport du président, les informations qui lui apparaîtraient manifestement incohérentes.

Je développerai cependant davantage deux autres exemples.

D'abord, le désormais célèbre arrêt Faurecia rendu par la chambre commerciale le 29 juin 2010 (n° 09-11.841). Au cœur de cet arrêt, la clause très, très limitative de responsabilité que la société Oracle avait fait inclure dans le contrat d'informatisation qui l'avait lié à la société Faurecia, intervenant dans le domaine des sièges automobiles. Une clause que la chambre commerciale n'avait manifestement pas supportée dans la première décision qu'elle avait rendue dans cette affaire, en 2007 (Cass. com., 13 févr. 2007, n° 05-17.407), et qui, pourtant, a finalement trouvé grâce auprès d'elle, à la suite de la résistance initiée par la cour de Paris (26 nov. 2008). Pourquoi ? Parce que la double incohérence apparente qu'une clause révélait en elle-même, c'est-à-dire, d'un côté, l'incohérence qu'il y avait, pour une société informatique, à faire miroiter une grande et belle opération d'informatisation et, en même temps, à déployer un énorme parapluie d'irresponsabilité et, de l'autre côté, l'incohérence de la société Faurecia à l'avoir globalement accepté, parce que ces incohérences apparentes ont été expliquées par les juges du fond, et deviennent finalement objectivement compréhensibles. Écoutons la Cour de cassation : « *attendu que seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur ; que l'arrêt relève que si la société Oracle a manqué à une obligation essentielle du contrat, le montant de l'indemnisation négocié aux termes d'une clause stipulant que les prix convenus reflètent la répartition du risque et la limitation de responsabilité qui en résultait, n'étaient pas dérisoires, que la société Oracle a consenti un taux de remise de 49%, que le contrat prévoit que la société Faurecia sera le principal représentant européen participant à un comité destiné à mener une étude globale afin de développer un produit Oracle pour le secteur automobile et bénéficiera d'un statut préférentiel lors de la définition des exigences nécessaires à une continue amélioration de la solution automobile d'Oracle pour la version V12 d'Oracles applications ; que la cour d'appel en a déduit que la clause limitative de réparation ne vidait pas de toute sa substance l'obligation essentielle de la société Oracle et ainsi légalement justifié sa décision* ».

L'autre exemple, c'est celui que j'appellerai de la divisibilité expliquée. Nous l'avons vu, souvent des contrats sont manifestement indivisibles, économiquement liés, et la divisibilité qui a été stipulée par les parties, très généralement à l'initiative

de l'une, heurte directement leur cohérence globale. Cela étant, l'indivisibilité qui est alors très généralement retenue par les juridictions à leur endroit n'est pas une solution absolue, automatique. En d'autres termes, il y a place pour une divisibilité sincère, cohérente, mais alors il faut que les parties l'expliquent pour qu'elles demeurent à l'abri de la réaction judiciaire. Un excellent exemple en est fourni par un tout récent arrêt de la première chambre civile (Cass. civ. 1^{re}, 28 octobre 2010, n° 09-68.014).

Le schéma est classique. Par contrat, Mme X... commande à une société un produit appelé « *Net in Pack* » comprenant, pendant une durée de 36 mois, la création d'un site internet marchand, du matériel informatique, des services internet et des services d'assistance téléphonique et de maintenance de ce matériel dont le financement est assuré par une souscription auprès d'une autre société d'un contrat de location financière, également de 36 mois. La première société fait ensuite l'objet d'une liquidation judiciaire et cesse donc d'exécuter ses obligations. Ce qui amène Mme X... à interrompre le paiement des mensualités du contrat de location financière. Le peut-elle ? Naturellement, elle plaide, une fois assignée par le loueur, l'indivisibilité d'un ensemble contractuel, mais les juges du fond (CA Paris, 21 nov. 2008) écartent l'argument, et la première chambre civile rejette le pourvoi en ces termes : « *attendu que la cour d'appel a constaté que le contrat de location litigieux stipulait que les produits ayant été choisis par le locataire sous sa seule responsabilité et sans la participation du loueur, ce dernier mandatait le locataire pour exercer tout recours à l'encontre du fournisseur, que le loueur serait déchargé de toute responsabilité et de toute obligation à cet égard et que l'immobilisation temporaire des produits pour quelque cause que ce soit n'entraînerait aucune diminution de loyers ni indemnité ; qu'elle en a souverainement déduit que la commune intention des parties avait été de rendre divisibles les deux conventions, de sorte que la disparition de l'une ne pouvait priver de cause les obligations nées de l'autre* ».

Oui, donc, à la divisibilité, au-delà, si l'on peut dire, des apparences factuelles, mais à condition que celle-ci soit expliquée, argumentée, justifiée. Place ainsi pour la pédagogie... mais, naturellement, à condition que l'incohérence soit explicable, c'est-à-dire qu'elle ne soit qu'apparente et que le fond de l'acte puisse, finalement, venir la justifier.

Quid, à présent, des incohérences successives ?

B - Les contradictions successives

De façon générale, l'observateur est conduit à constater une poussée de l'exigence en jurisprudence (1). Mais faut-il pour autant consacrer, là encore, un principe de cohérence ? (2)

1 - Une incontestable poussée en jurisprudence

En droit des contrats

Quelques exemples :

- Un comportement contraire à la lettre antérieure du contrat, donc une incohérence de comportement par rapport à l'acte initial : cf. Cass. com., 8 mars

2005, précité (clause d'unité de compte) ; CA Paris, 5^e ch. A, 15 juin 2005, RTDciv.2005, p. 592, obs. J. Mestre et B. Fages, reprise de vêtements après le délai contractuel de 48 heures prévu aux conditions générales du vendeur. Les conditions habituelles de vente l'emportent ici sur les conditions générales de vente : « la société MMG a, brutalement et sans la moindre raison objective, décidé de revenir sur les conditions habituelles de vente jusqu'alors consenties à l'intimée » (elle-même professionnelle, vente en gros de vêtements).

- Deux comportements successifs contraires : bienveillance, puis sévérité, cf. Cass. civ. 3^e, 8 avril 1987, Bull.civ.III, n° 88 ; JCP 1988.II.21037, note Y. Picod, RTDciv.1988, p. 120, obs. J. Mestre : est de mauvaise foi le créancier qui se prévaut brutalement de la clause résolutoire pour faire tomber la vente alors que, pendant une longue période, il s'était abstenu de réclamer son dû, au point de susciter chez le débiteur avec lequel il avait entretenu des liens affectifs, la conviction que la rente ne serait jamais demandée ; rapp. Cass. com., 25 mars 1991, Liaisons jur.et fisc., 25/04/1991, cité par B. Fages, *Le comportement du contractant*, PUAM, 1997, n° 644, rendu dans un cas où le concédant avait pareillement changé brutalement d'attitude à l'égard du concessionnaire : après lui avoir *de facto* consenti un crédit-fournisseur, il s'était prévalu de la clause contractuelle imposant le règlement comptant des commandes pour provoquer la résiliation du contrat ;

- Le concédant demande au concessionnaire de faire d'importants investissements peu avant l'arrivée du terme du contrat, puis finalement ne renouvelle pas la relation contractuelle ! Souvent, les juges retiennent ici un abus de droit.

En droit des sociétés

- Un associé vote une délibération en assemblée générale, puis en demande la nullité : la Cour de cassation laisse entendre que si des minoritaires ont voté en faveur d'une délibération, ils ne peuvent pas ensuite l'attaquer en justice pour abus de majorité (Cass. com., 4 mars 1993, Bull.Joly Sociétés 1993, p. 754, note P. Le Cannu ; voir aussi CA Paris, 24 janvier 1992, Dr.sociétés 1992, n° 138, note H. Le Nabasque) ;

- Un associé provoque un conflit entre associés, puis s'en prévaut pour demander la dissolution. La jurisprudence lui refuse alors le droit d'agir en dissolution : cf. Cass. civ. 1^{re}, 25 avril 1990, Bull.Joly 1990, p. 798, note P. Le Cannu ; Cass. com., 16 juin 1992, Bull.Joly 1992, p. 944, note P. Le Cannu ; CA Paris, 3^e ch. B, 29 octobre 1999, Bull.Joly 2000, p. 339. Ici, plutôt que *Nemo auditur* parfois évoqué, c'est bien une question de cohérence qui est au cœur de la solution retenue (rapp., dans le sens de cette cohérence-loyauté, exclusive d'une trop grande habileté dans l'utilisation de prétextes, CA Paris, 21 mars 2000, Dr.sociétés 2001, n° 15, obs. D. Vidal, rendu dans un cas où les associés d'une SA, ayant la qualité de médecins, invoquaient l'incompatibilité entre cette qualité et celle de commerçants pour demander l'annulation de la transformation de la SA en SNC).

En droit de l'arbitrage et en procédure

Après l'arrêt précité du 6 juillet 2005, on peut ainsi relever Cass. civ. 1^{re}, 6 mai 2009, n° 08-10.281, D.2009.1422, obs. X. Delpech : en vertu de la règle de l'estoppel,

une partie ne peut contester une sentence arbitrale et s'opposer à l'ordonnance d'exequatur obtenue par son adversaire lorsqu'elle s'est abstenue volontairement de participer à la procédure arbitrale alors qu'elle en a été pleinement informée par l'arbitre ; dès lors que la partie agit « *sciemment, par collusion frauduleuse, et dans le but de se réserver un moyen de recours contre la sentence* », elle est censée avoir renoncé à se prévaloir des éventuelles irrégularités de la procédure.

De même, Cass. civ. 3^e, 28 janvier 2009, n° 07-20.891, RTDciv.2009, p. 317, obs. B. Fages : la Cour de cassation censure ici, au visa de l'article 1134, alinéa 3, une cour d'appel qui avait refusé de considérer comme fautif le fait qu'un assureur se soit, dans un premier temps, prévalu de la nature décennale de désordres afin d'exiger de son assuré le versement de primes majorées pour, dans un second temps, contester devant les juges du fond la garantie correspondante et lui voir substituer une garantie moins onéreuse pour lui.

En droit du travail

Les juges retiennent généralement qu'un licenciement pour inaptitude professionnelle est dénué de cause réelle et sérieuse, s'il est établi que l'employeur venait peu de temps auparavant de témoigner à son salarié des marques de satisfaction ou, *a fortiori*, de le gratifier d'une promotion (cf. B. Fages, op.cit., n° 643).

Ainsi, dans différents domaines du droit, on peut constater aujourd'hui un incontestable mouvement d'ensemble favorable à une exigence de cohérence, et je dirai que ce qui le cimenter est, techniquement, la sanction qui est souvent retenue en ce cas. Si, en effet, la responsabilité civile peut s'imposer (par ex. dans l'hypothèse des investissements imposés au distributeur dont le contrat n'est finalement pas reconduit), la sanction de principe reste ici, de façon très originale, l'irrecevabilité. Une irrecevabilité qui n'est pas, évidemment, la nullité, mais qui n'est pas, non plus, l'inopposabilité, l'inefficacité, l'inexistence... A la limite, on pourrait y voir une caducité très singulière où l'individu se serait privé d'un droit dont il était initialement titulaire par l'effet d'un comportement ultérieur...

Qu'en penser ?

2 - Faut-il donc généraliser et poser, ici encore, un principe de cohérence ?

Beaucoup y sont favorables. Des juristes, mais aussi :

- des philosophes et moralistes, observant que le bien est consubstantiel à la cohérence, que la stabilité, la droiture, la persévérance, la fidélité ont de tout temps été considérées comme des vertus humaines ;
- des sociologues pour lesquels la cohérence est un facteur de cohésion sociale, pour lesquels les attentes légitimes de chacun, les expectations disent les anglosaxons, sont essentielles (voir G. Guerlin, *L'attente légitime du contractant*, th. Amiens, 2008, p. 58s.), et qui enseignent donc que si une société n'a pas le souci de la prédictibilité, une société tombe dans l'anarchie et, à terme, a vocation à l'implosion ;
- ou encore des économistes qui font souvent valoir que les régularités, les cohérences comportementales permettent aux relations commerciales de se

construire et de croître plus aisément, et qu'il faut donc les encourager. En un mot, être favorable au respect des attentes légitimes.

Pourtant, j'annoncerai d'emblée la couleur. Je ne suis pas, pour ma part, favorable à un principe juridique de cohérence, du moins sous l'angle des comportements successifs qui nous retient à ce stade.

De façon liminaire, je dirai en effet que le danger de poser un tel principe me paraît similaire à celui qu'il y a eu de poser un principe de précaution.

Certes, que la cohérence soit une bonne chose, comme peut l'être celle d'avoir des doutes sur les vertus de tout progrès scientifique, n'est pas contestable. Mais ensuite, l'important reste de hiérarchiser ce souhait de cohérence avec les principes d'action qui doivent guider une vie en société. Et, à cet égard, de même que le principe nous paraît être la liberté d'entreprendre, c'est-à-dire la liberté d'agir et de prendre des risques, et que la précaution ne doit être, dès lors, qu'une exception, soumise à des conditions strictement entendues (cf. sur ce point, H. Barbier, *La liberté de prendre des risques*, PUAM, 2011), de même le principe nous paraît devoir être la liberté pour chacun d'adapter sa position dans le temps, sa liberté d'évoluer, de changer d'avis, et la cohérence ne doit être, à partir de là, que la source d'une exception à un principe de liberté.

Ainsi d'ailleurs que me paraît le suggérer, implicitement, la sanction qui est aujourd'hui la sienne, et que j'évoquais à l'instant – la sanction de l'irrecevabilité –, je suggérerai donc une simple exception de contradiction.

Une simple exception qui me semble, au demeurant, mieux s'accorder avec les dangers d'un véritable principe de cohérence, car dangers il peut y avoir dans l'édiction d'un tel principe :

- le premier danger : c'est introduire une logique juridique basée sur l'expectative, sur l'attente légitime, et donc, indirectement, sur les situations acquises, de manière donc un peu figée ;
- le deuxième danger : générer des effets pervers. Si le vendeur risque de se voir reprocher une attitude de sévérité après avoir été bienveillant, il ne passera plus, à l'avenir, par la case bienveillance, et sera donc, dès le départ, rigoureux. Considération de bon sens qui a d'ailleurs parfois conduit les juges à adopter des positions nuancées : voir par ex., Cass. com., 17 juillet 2001, n° 98-19.258, Bull. civ. IV, n° 153, RTD civ. 2002, p. 94, obs. J. Mestre et B. Fages, où était reproché à un concédant d'avoir été d'abord tolérant avec les impayés de son concessionnaire, puis d'avoir brutalement changé d'attitude en agissant en résiliation, et où il est dit : « *attendu qu'en retenant que la circonstance que le concédant n'ait pas usé de sa faculté conventionnelle de résiliation en raison des impayés précédents ne le privait pas du droit de s'en prévaloir par la suite, d'autant que le contrat prévoyait qu'une telle tolérance ne valait pas renonciation...*, la cour d'appel n'a pas procédé à la recherche prétendument omise ». Idem avec Cass. com., 28 septembre 2004, n° 02-21.522, RTD civ. 2005, p. 129, obs. J. Mestre et B. Fages. En l'espèce, une cour d'appel avait condamné un concédant à des dommages-intérêts en retenant que « *si les dispositions contractuelles l'autorisaient, en l'absence de paiement*

par le concessionnaire de toute somme à sa date d'exigibilité, à reprendre possession des produits, accessoires et pièces de rechange sans avertissement préalable et à faire appel à la caution bancaire de son concessionnaire, ces mesures draconiennes avaient été prises sans préavis dans un contexte préalable de patience, et que le fait de prendre en quelques jours des mesures dans une ligne totalement contraire à son comportement des mois passés ne pouvaient qu'aboutir à l'anéantissement inéluctable du contrat à très court terme ». La chambre commerciale casse au visa des articles 1134 et 1147 : « en statuant ainsi, alors que n'est pas fautive la mise en œuvre, par le concédant qui a d'abord accordé des délais de paiement, des stipulations contractuelles en vue de se prémunir du risque de non-recouvrement de sa créance, la cour d'appel a violé les textes susvisés » ;

- le troisième danger : ne pas suffisamment tenir compte de la possibilité d'événements nouveaux, qui pourraient justifier une évolution des comportements. Par exemple, une promesse de cession de parts et ensuite un refus d'agrément voté par le promettant et lié à la découverte de nouveaux éléments sur le bénéficiaire de la promesse. L'article 1178 du code civil ne doit pas pouvoir lui être opposé. De même, l'actionnaire a voté pour la délibération puis découvre qu'il a été trompé et que la musique qui lui avait été jouée en assemblée générale n'était pas la bonne ; il doit pouvoir agir en nullité : cf. par ex. CA Versailles, 12^e ch., 20 mai 1999, RJDA 2000, n° 166, p. 138, admettant qu'un actionnaire soit recevable à demander la nullité pour abus de majorité d'une opération de coup d'accordéon alors qu'il avait lui-même souscrit à cette augmentation de capital ; voir aussi CA Aix, 13 janvier 1977, Bull. Joly 1977, p. 537 ; CA Nancy, 8 juin 2005, JCP E 2006.1253.

Il faut donc savoir gré à la Cour de cassation, dans ses positions les plus récentes, d'avoir amorcé un certain reflux, notamment en matière procédurale, où il est vrai qu'une exigence trop stricte de cohérence, jointe avec la jurisprudence Cesareo de 2006, posant pour sa part une exigence nouvelle de concentration des demandes, aurait pu ici, si l'on ose dire, faire des ravages !

D'où cette position assez prudente prise par l'assemblée plénière le 27 février 2009 (n° 07-19.841) : « Vu l'article 122 du code de procédure civile ; attendu que la seule circonstance qu'une partie se contredise au détriment d'autrui n'emporte pas nécessairement fin de non-recevoir », et qui inspire également Cass. civ. 1^{re}, 3 février 2010, n° 08-21.288, rendu en matière arbitrale : « le comportement procédural de la société Merial n'était pas constitutif d'un changement de position, en droit, de nature à induire la société Klocke en erreur sur ses intentions et ne constituait donc pas un estoppel ».

Depuis, on voit que la question est pour le moins controversée : cf. par ex. l'opposition entre deux chambres de la Cour de cassation sur la question du cautionnement. Dans les affaires concernées, une personne (dans un cas, une caution, dans l'autre, un emprunteur) avait été condamnée à rembourser une banque, bien qu'elle ait contesté la validité et le montant de son engagement. Puis, dans un second temps, cette même personne avait, en quelque sorte, contre-attaqué puisqu'elle avait introduit une nouvelle instance où elle avait recherché la responsabilité de la banque créancière. Or, sur ce point, la première chambre civile et la deuxième chambre civile adoptent deux positions opposées. La première chambre civile (1^{er} juillet 2010, n° 09-10.364) considère qu'il s'agit là d'un moyen qui aurait dû être soulevé reconventionnellement dans la première instance, et

donc élargit le principe de concentration des moyens dégagé par l'arrêt Cesaro. Pour elle, les juges du fond ont eu raison de considérer que la seconde demande « ne tendait qu'à remettre en cause, par un nouveau moyen qui n'avait pas été formé en temps utile, la condamnation irrévocable prononcée à l'encontre de la caution » ; la deuxième chambre civile (23 sept. 2010, n° 09-69.730) considère, en revanche, que la demande ne se heurte pas à l'autorité de chose jugée et qu'elle est donc recevable, car l'action en responsabilité intentée contre la banque n'a pas le même objet que l'action en paiement exercée par celle-ci (sur ces deux arrêts, voir E. Jeuland, JCP G 2010, n° 1052 ; rappr., pour de semblables difficultés sur l'appréciation de stratégies procédurales successives en matière contractuelle, nos obs. RTDciv.1994.355).

Donc, pas de principe, et simplement une exception de contradiction, laquelle doit ainsi inviter à puiser d'abord dans l'arsenal des techniques existantes qui sont parfaitement à même d'éviter l'incohérence dans des cas particuliers. On pense ainsi à :

- l'apparence ou au quasi-contrat (cf. l'affaire des loteries publicitaires) ;
- l'acceptation tacite (Cass. civ. 3^e, 9 décembre 2009, n° 08-16.895, JCP Ent.2010, n° 1254). Pour la haute juridiction, une cour d'appel peut considérer que les bailleurs commerciaux ont renoncé à se prévaloir de l'infraction commise aux clauses et conditions du bail et agréé la cession de bail intervenue, dès lors qu'ils relèvent que ces bailleurs avaient leur domicile juste au-dessus des locaux loués, perçu des loyers, délivré des quittances et demandé au cessionnaire une copie de l'acte de cession ;
- la renonciation : observons ainsi que le nouvel article 1466 du code de procédure civile, issu du décret du 13 janvier 2011, consacre l'estoppel en matière arbitrale, mais en précisant simplement que « la partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral, est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir » ; voir aussi, en jurisprudence, Cass. civ. 1^{re}, 17 juillet 2001, n° 98-22.386, Bull.civ.I, n° 226, RTDciv.2002, p. 95, obs. J. Mestre et B. Fages, « la résiliation, même sans réserve, du contrat par l'assureur, sur le fondement de l'article L. 113-4 du code des assurances, ne vaut pas, à elle seule, renonciation à l'exercice d'une action en nullité sur le fondement de l'article L. 113-8 » ; voir aussi Cass. com., 30 nov. 2004, n° 02-10.286, Bull.Joly Sociétés 2005, p. 379, note P. Mousseron, et Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} mars 2005, n° 03-10.456, RTDciv.2005, p. 391, obs. J. Mestre et B. Fages ; voir également la jurisprudence relative au désintéret apparent du créancier : à partir de quand peut-il être interprété comme l'expression d'une renonciation ? (sur ce point, comp. Cass. civ. 2^e, 22 nov. 1983, Bull.civ.III, n° 239 et Cass. com., 18 janvier 1984, Bull.civ.IV, n° 24).

Et ce n'est donc qu'exceptionnellement, que l'exception d'incohérence doit être amenée à jouer. Comme le suggère, par exemple, Cass. civ. 1^{re}, 8 juillet 2010, n° 09-14.280. La société Quick France avait accordé à une société marocaine, dont Y... était le président du conseil d'administration, la franchise exclusive Quick sur le territoire marocain. Par la suite, la première résilie le contrat, et la seconde met en œuvre une procédure d'arbitrage, où elle perd, puisque le tribunal juge que le contrat a été résilié à bon droit et condamne même cette société marocaine à payer diverses sommes. D'où un recours en annulation contre la sentence intenté par la société marocaine, qui reproche au tribunal arbitral d'avoir

statué sans rechercher, comme il y était pourtant invité, si M.Y... n'était pas personnellement partie au contrat et s'il ne convenait donc pas de l'appeler à l'instance. Mais les juges du fond passent outre à l'objection, et la première chambre civile les en approuve : « attendu que la société MDL, demanderesse à l'arbitrage par M.Y..., son président du conseil d'administration qui n'a pas jugé utile d'intervenir à la procédure à titre personnel, ne peut, sans se contredire au préjudice de la société défenderesse et violer ainsi le principe de la loyauté des débats, soutenir, devant le juge de l'annulation, que la reconnaissance et l'exécution de la sentence sont contraires à l'ordre public international du fait de l'absence de mise en cause de M.Y... ».

En particulier, pour faire échec à des effets rétroactifs choquants de changements de comportements : ainsi, pour la Cour de cassation, si un concédant a renouvelé un contrat de concession alors même que le distributeur n'avait pas atteint les quotas qui s'y trouvaient fixés, il perd le droit de se prévaloir ultérieurement de ces manquements. Ce qui me semble parfaitement sain : une fois le renouvellement du contrat opéré, le concessionnaire doit pouvoir se tourner résolument vers l'avenir, et être en mesure d'anticiper à nouveau avec confiance, avec sérénité (*Contra* cependant, Cass. civ. 3^e, 4 mai 1994, RTDciv.1995, p. 367, obs. J. Mestre : rendu dans le cas d'un bail commercial où le locataire n'avait pas fait assurer les lieux loués). Autrement dit, les manquements passés étaient ici irréversibles. La Cour de cassation considère que le créancier qui s'est prévalu de la clause résolutoire en mettant en demeure le débiteur d'exécuter ses engagements et qui a obtenu satisfaction pour l'avenir grâce à cette menace, ne perd pas pour autant le droit de demander la résolution judiciaire pour des manquements passés qui demeurent irréversibles.

En conclusion, quelles leçons retenir ?

- non à l'incohérence instantanée, mais oui aux évolutions ;
- une prime aux efforts d'explication ;
- non à des rétroactivités incohérentes.

Ces leçons peuvent-elles avoir un intérêt si l'on aborde à présent la question de la cohérence du droit lui-même ?

II - Les sujets de droit peuvent-ils exiger du droit lui-même la cohérence ?

Compte tenu de l'heure avancée, je limiterai naturellement mon propos au droit des affaires, cher à notre Association Droit et Commerce. Une association qui, sous la dynamique impulsion de son président actuel Charles Vincenti, comme sous celle de ses grands prédécesseurs, a toujours la volonté d'améliorer durablement les règles de droit des affaires et aussi de faire dialoguer tous les professionnels de ce droit pour rendre plus cohérente la pratique quotidienne.

Et, pour réfléchir à ce thème de la cohérence en droit des affaires, je reprendrai la distinction précédente qui me paraît en effet éclairante :

- en disant, tout d'abord, non aux contradictions simultanées,
- et un "oui mais", ensuite, aux évolutions successives du droit.

A - Non, tout d'abord, aux contradictions simultanées

Il ne faut pas hésiter à affirmer ici que la cohérence doit être un véritable principe général gouvernant le droit, à l'instar, par exemple, de l'intelligibilité. Et d'ailleurs, en étroite complémentarité avec cette dernière. Car si l'on veut que le droit remplisse sa mission pédagogique de régulation sociale, il faut qu'il soit lui-même pédagogue, et donc qu'il se garde des incohérences.

Tel est d'ailleurs l'objet premier des codifications. Le mot même de *codex* exprime une cohérence (cf. la thèse précitée de D. Houtcieff), et le souci d'unité, de présentation ordonnée de la norme, de prévisibilité des solutions juridiques est au cœur de tout travail de codification. Evidemment lorsque les codificateurs sont invités, comme ce fut le cas sous Justinien ou encore à l'époque napoléonienne, à réduire les contradictions du passé et à construire durablement pour l'avenir. Pareillement lorsque, comme cela a été le cas avec le code de procédure civile en 1975, ils font l'heureux choix de poser des principes directeurs. Mais aussi, à un moindre degré, et plus modestement, lorsqu'il leur est demandé de travailler à droit constant, car la simple juxtaposition de règles jusque là éclatées peut révéler des incohérences manifestes et donc justifier quelques corrections à la marge, compatibles avec l'orientation de départ.

La recherche de la cohérence, c'est aussi, évidemment, le sens profond de bien des méthodes de raisonnement utilisées par les juristes, et tout particulièrement par les juges. Je pense, par exemple, au raisonnement par analogie, auquel le doyen Cornu a consacré de très belles pages (*Le règne de l'analogie*, in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 331s.) : discerner, au-delà des apparences, les similitudes profondes, cerner les identités de nature, et, au final, comme l'écrit superbement Gérard Cornu, « *faire saillir, dans le chaos des différences, le point commun pertinent décisif* ».

Cet effort de cohérence, il est aussi, naturellement, recherché en permanence par la Cour de cassation qui nous accueille ce soir.

Un bon exemple récent en est fourni par l'arrêt qu'a rendu l'assemblée plénière le 7 janvier 2011 (n° 09-14.316 et 09-14.667). En l'espèce, une société avait saisi le Conseil de la concurrence (c'est-à-dire l'ancêtre de notre actuelle Autorité de la concurrence) de pratiques qu'elle estimait anticoncurrentielles sur le marché des produits électroniques grand public en produisant des cassettes contenant des enregistrements téléphoniques mettant en cause d'autres sociétés. Lesquelles avaient alors demandé à l'Autorité saisie d'écarter ces enregistrements au motif qu'ils avaient été obtenus de façon déloyale. Le Conseil était passé outre à l'objection, et avait prononcé une sanction pécuniaire à leur encontre. Finalement, sur renvoi après cassation (Cass. com., 3 juin 2008, Bull.civ.IV, n° 112), la cour d'appel de Paris avait retenu que « *les dispositions du code de procédure civile, qui ont essentiellement pour objet de définir les conditions dans lesquelles une partie peut obtenir du juge une décision sur le bien-fondé d'une prétention dirigée contre une autre partie et reposant sur la reconnaissance d'un droit subjectif, ne s'appliquent pas à la procédure suivie devant le Conseil de la concurrence qui, dans le cadre de sa mission de protection de l'ordre public économique, exerce des poursuites à des fins répressives le conduisant à prononcer des sanctions punitives* ».

Or, l'assemblée plénière censure pour violation de divers textes et principes : « *Vu l'article 9 du code de procédure civile, ensemble l'article 6§1 de la convention de*

sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le principe de loyauté dans l'administration de la preuve ; attendu que, sauf disposition expresse contraire du code de commerce, les règles du code de procédure civile s'appliquent au contentieux des pratiques anticoncurrentielles relevant de l'Autorité de la concurrence ; que l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisée à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve ».

Autre exemple encore : la récente harmonisation opérée sur le terrain des avant-contrats, avec les leçons tirées sur le terrain de la promesse de contrat (cf. Cass. civ. 3^e, 8 sept. 2010, n° 09-13.345, indiquant que le promettant a définitivement consenti à la vente dès la promesse), de la jurisprudence adoptée en 2006 sur le terrain des pactes de préférence. Et ce, même si la chambre sociale, le 15 décembre 2010 (n° 08-42.951), ébranle à nouveau cette cohérence des avant-contrats en indiquant que la rupture d'une simple promesse d'embauche par l'employeur doit s'analyser en un licenciement sans cause réelle et sérieuse (d'où, pour le salarié, des dommages-intérêts et une indemnité de préavis, alors même qu'il n'y a pas eu commencement d'exécution).

Cela étant, malgré tous ses efforts, la Cour de cassation ne peut naturellement empêcher toutes les situations d'incohérence de notre droit, ne serait-ce que, parce que souvent, elle doit composer avec des textes qui ne sont pas cohérents. Là encore, quelques illustrations :

Depuis une vingtaine d'années, nous assistons, avec les encouragements du législateur, à un opportun phénomène de contractualisation du droit des sociétés. Mais, d'un autre côté, le droit des nullités n'a pas évolué en ce domaine et, en particulier, l'article L. 235-1 du code de commerce continue à avoir sa rédaction de 1966, ce qui conduit à cette jurisprudence guère satisfaisante de Cass. com., 18 mai 2010, n° 09-14.855, JCP Ent. 2010, n° 1562, note A. Couret et B. Dondero, pour les dispositions statutaires. Rappelons en effet que cet article précise toujours que la nullité des actes ou délibérations pris par les organes d'une société commerciale ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du livre II du code de commerce ou des lois qui régissent les contrats, et que, sur sa base, la chambre commerciale a été conduite à affirmer que « *sous réserve des cas dans lesquels il a été fait usage de la faculté ouverte par une disposition impérative, d'aménager conventionnellement la règle posée par celle-ci, le non-respect des stipulations contenues dans les statuts ou dans le règlement intérieur n'est pas sanctionné par la nullité* ». Ce qui laisse dans l'incertitude bien des questions touchant à la méconnaissance des dispositions statutaires ou des pactes extra-statutaires. Et qui nous conduit à conclure que si notre législateur suggère aux opérateurs économiques d'aller ici vers l'utilisation d'une certaine liberté contractuelle, la cohérence voudrait qu'il leur donne en parallèle les moyens techniques d'assurer la sanction des éventuelles violations ultérieures des prévisions faites.

Autre exemple topique : le refus de l'imprévision par l'arrêt du Canal de Craponne. Comment concilier cette jurisprudence très ancienne, mais toujours régulièrement reprise, avec les procédures contemporaines de sauvegarde ou de conciliation ? Comment trouver une cohérence dans ce droit issu à la fois de la jurisprudence et de la législation, d'une jurisprudence ancienne très franco-française, et d'une législation récente fortement empreinte de droit américain ? Il ne faut donc pas s'étonner des débats vifs ouverts par l'arrêt rendu par la cour

d'appel de Paris le 25 février 2010 dans l'affaire dite *Heart of Défense* (D.2010, p. 579, note R. Dammann et G. Podeur). Arrêt dans lequel la Cour observe que la procédure de sauvegarde ne doit pas être conçue comme un moyen détourné d'obtenir un délai de grâce ou une suspension de certains effets d'un contrat. Mais notre droit peut-il encore, de manière cohérente, refuser toute révision judiciaire du contrat pour imprévision et, de l'autre, reconnaître à un mandataire *ad hoc* le pouvoir de conduire une véritable renégociation du contrat ?

Et puisqu'on en est aux procédures collectives, quelques mots sur le fonds de commerce. Toutes les lois récentes enseignent l'importance patrimoniale des contrats et des immeubles dans les plans de cession. Or, ces éléments restent aujourd'hui encore extérieurs au fonds de commerce, comme l'a montré le colloque de l'Association Droit et Commerce tenu à Deauville en 2009 (cf. encore, depuis, Cass. com., 31 mars 2009, n° 08-14.180, RTDciv.2010, p. 139, obs. Th. Revet), et comme l'ont à cette occasion justement regretté ma collègue Marie-Eve Pancrazi et Maître Bernard Bouquet.

Une incohérence qui doit, observons-le au passage, être pour les universitaires source d'une particulière responsabilité : celle de dépasser, plus que jamais, dans leurs enseignements, dans leurs formations, dans leurs traités et manuels, les divisions classiques du droit, et notamment du droit privé. De dépasser ces divisions pour mettre particulièrement l'éclairage sur les intersections, sur ces points de contact entre disciplines que, généralement, chacun délaisse et où gisent, souvent, aussi bien les plus importantes questions de droit que les sources les plus intéressantes des évolutions à concevoir.

Et puisqu'on parle de ces évolutions qui restent, bien souvent, à construire, je prendrai un dernier exemple d'incohérence simultanée. C'est celui qu'a provoqué, sans le vouloir naturellement, l'important arrêt d'assemblée plénière rendu le 6 octobre 2006 (RTDciv.2007.115), et indiquant, de manière tout à fait novatrice, que le simple manquement contractuel qui cause à un tiers un préjudice engage la responsabilité délictuelle de son auteur.

Il est clair qu'une telle affirmation, donnée sur le terrain de la responsabilité civile, est difficilement compatible avec celle, traditionnelle et régulièrement reprise, de l'autonomie juridique des sociétés membres d'un groupe de sociétés. Car, via la première, on pourra voir – et on l'a d'ailleurs rapidement vu – une société agir en responsabilité contre l'un de ses actionnaires en cas de manquement de celui-ci à une clause d'exclusivité contenue dans un pacte auquel elle n'était pas partie (Cass. com., 18 déc. 2007, RTDciv.2008, p. 297, obs. B. Fages) ou encore une société mère, bien que tiers à la convention conclue par sa filiale, se voir reconnaître le droit d'agir en responsabilité délictuelle contre le cocontractant de cette dernière qui aurait abusé de son droit de résiliation (Cass. com., 21 octobre 2008, n° 07-18.487, RLDA 2009/36, n° 2161, RTDciv.2009, p. 318, obs. B. Fages).

Mais faut-il pour autant se tenir à ce constat d'incohérence ? A la réflexion, je ne le pense pas, et pour l'avoir fait dans un précédent article (v. I. Arnaud-Grossi et J. Mestre, *Les piliers du droit des sociétés pourront-ils résister longtemps à la responsabilité délictuelle pour simple manquement contractuel ?*, RLDA 2008/24, n° 1425), je bats volontiers ma coulpe. Car s'il y a incohérence apparente, n'est-ce pas, peut-être, parce que notre propre réflexion doctrinale est insuffisante ? Parce que, au regard de la notion, désormais si diversifiée, de contrôle, s'impose sans doute aujourd'hui une nouvelle lecture de cette hypothèse que nous

appelons encore génériquement, et par commodité, l'hypothèse des groupes de sociétés.

Oui, nos concepts juridiques, souvent transmis de générations en générations, ne rendent plus aujourd'hui toujours compte des réalités ou ont perdu leur force créatrice des temps passés. Imaginer de nouveaux concepts pour les temps futurs, c'est aussi notre rôle à tous, universitaires et praticiens rassemblés, et l'apparence d'incohérence peut alors devenir, paradoxalement, un puissant moteur d'une réflexion plus riche sur le droit.

Ce qui me conduit donc, pour terminer, à évoquer cette fois les évolutions successives du droit.

B - En revanche, un oui mais ... pour les évolutions successives de notre droit

Le droit a le droit de s'adapter, d'évoluer, et donc d'adopter des attitudes successivement contraires.

Principe, ainsi, de liberté et même, souvent, de nécessité d'évoluer, de prendre en compte de nouvelles techniques, de nouvelles pratiques, des évolutions internationales liées à l'europanisation ou à la mondialisation...

C'est vrai pour le législateur. Qui ne s'en prive d'ailleurs pas ! Au point qu'on regrette parfois qu'il n'inscrive pas davantage ses interventions successives dans une programmation d'ensemble cohérente, qui nous fasse mieux comprendre la logique d'ensemble de « *nouvelles régulations économiques* » des plus régulières...

Mais puisque nous avons la chance d'être aujourd'hui accueillis par la Cour de cassation, arrêtons-nous davantage sur la jurisprudence.

Il ne faut pas hésiter à lui reconnaître, pareillement, un droit à l'évolution, et on se félicitera donc, pour notre part, de l'affirmation, aujourd'hui habituelle, selon laquelle « *nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée* » (cf. Cass. civ. 1^{re}, 9 oct. 2001 n° 00-14.564). Un principe que nous qualifierons de courageux, dans un pays où le culte des droits acquis est régulièrement célébré, et ce d'autant qu'il rayonne en toute matière, y compris, à lire un récent arrêt de la chambre sociale du 22 septembre 2010, en droit du travail !

Cela étant, et puisque la question est manifestement d'actualité, essayons de voir comment les revirements de jurisprudence qui s'avèreraient donc nécessaires peuvent quand même s'accorder avec un souhaitable souci de cohérence, ne serait-ce que pour être mieux reçus par la communauté juridique.

A notre avis, cet accord passe par le respect de deux conditions, et conduit à tout le moins, pour une éventuelle troisième condition, à une interrogation.

D'abord, les deux conditions qui nous paraissent s'imposer :

- Première condition : le revirement de jurisprudence doit se garder des incohérences de l'instant.

Ce qui conduit à deux exigences. La première, à laquelle veille la Cour de cassation, est qu'une cour d'appel de renvoi ne puisse se voir critiquée pour avoir statué conformément à l'arrêt qui l'a saisie. Si donc la haute juridiction change de jurisprudence entre la première censure qu'elle prononce et son

examen du pourvoi contre l'arrêt de renvoi, elle ne cassera pas une seconde fois. Evidemment, cette solution a ses inconvénients puisqu'elle peut – on l'a vu en 2006 – empêcher des parties de se prévaloir immédiatement de revirements de jurisprudence intervenus en matière financière, mais elle a sans conteste sa logique (cf. Cass. ass. plén., 21 déc. 2006, n° 05-11.966 ; voir Fl. G'Sell-Macrez, *Retour sur la portée des revirements de jurisprudence : à propos des arrêts La Briocherie et Centea du 21 décembre 2006*, RLDA avril 2007, n° 882).

La seconde exigence, c'est la nécessité d'assurer une coordination de deux revirements concomitants mais aux effets collatéraux parasites ! Exigence, en revanche moins systématiquement satisfaite, ainsi que l'a récemment montré une affaire dont on a beaucoup parlé dans les gazettes juridiques et qui, même si elle ne doit pas être hypertrophiée, livre un sentiment d'incohérence un peu fâcheux, puisqu'un justiciable y a été victime successivement, et de manière inédite, de deux revirements de jurisprudence ! Cette affaire, c'est celle qui a donné lieu à Cass. civ. 1^{re}, 24 septembre 2009 (n° 08-10.517, Bull.civ.I, n° 177, D.2010, p. 528, obs. C. Creton, RTDciv.2010, p. 129, obs. P.-Y. Gautier, p. 147, obs. Ph. Théry et p. 155, obs. R. Perrot). Les faits sont bien connus : en 1960, une femme, chef d'entreprise, autorise un couple d'anciens employés à demeurer à titre gratuit dans une maison lui appartenant. Bref, elle lui avait consenti un commodat sans limitation de durée. Après son décès, en 2000, son héritier donne congé au couple commodataire en invoquant le besoin pressant et imprévu de loger son fils dans l'immeuble. Mais un arrêt définitif le déboute, le 3 septembre 2002, au motif que ce besoin n'est pas établi. Le propriétaire ne désarme pas, car survient, en 2004, un revirement de jurisprudence reconnaissant désormais au commodant le droit de mettre fin à tout moment au contrat lorsqu'aucun terme n'a été stipulé et à condition de respecter un préavis. Mais, manque de chance, peu de temps après l'introduction de sa nouvelle instance, survient un autre arrêt de revirement, le fameux arrêt Cesareo, qui pose un principe de concentration des demandes, et que lui opposent donc les occupants : vous auriez dû, dès le départ, fonder votre demande d'expulsion sur les deux causes, besoin pressant et imprévu et exercice d'un droit de résiliation unilatérale et donc, faute de l'avoir fait, votre seconde action se heurte à l'autorité de chose jugée. Ce que va admettre la Cour de cassation ! D'où cette observation de notre collègue Roger Perrot : « *Comment peut-on raisonnablement reprocher au prêteur à usage de n'avoir pas, dès la première demande, anticipé sur le fait que la Cour de cassation lui reconnaîtrait, en 2004, un droit de résiliation unilatérale et de ne pas avoir prévu qu'un arrêt rendu quatre années plus tard, en 2006, lui serait opposé pour le priver du droit d'invoquer un tel droit, au motif qu'il aurait dû s'en prévaloir à l'appui de sa demande initiale... qui prit fin en 2002 ?* ».

- Deuxième condition : le revirement de jurisprudence doit prévenir les possibles effets pervers de toute évolution juridique, serait-elle des plus justifiées, et ce, en limitant la rétroactivité des revirements. Chacun connaît en effet l'importance de la sécurité en droit, consistant à devoir respecter, non pas les droits acquis, mais – ce qui est différent – les prévisions légitimes des parties à un acte, à une opération juridique, à un événement de la vie quotidienne, ou encore de la vie professionnelle. Que le juge choisisse de

dire différemment le droit est parfaitement légitime, mais sa décision ne devrait pas en ce cas rétroagir, ne disposant donc que pour l'avenir, à la manière de ce qui est prévu pour la loi, ou encore, à un moindre degré, pour l'Administration lorsque, par exemple, le code général des impôts indique que son changement de doctrine est inopposable à un contribuable qui s'était précédemment fondé sur sa position antérieure.

Ainsi, exiger que l'engagement de non-concurrence souscrit par un salarié soit équilibré par la stipulation d'une indemnité compensatrice à son profit est sans conteste une solution tout à fait admissible, mais il aurait été préférable, lors de son édicton (Cass. soc., 10 juillet 2002, Bull.civ.V, n° 239, D.2002, p. 2491, note Y. Serra), de la réserver aux contrats ultérieurement conclus, et donc de ne pas fragiliser les contrats passés. La commission présidée par notre collègue Molfessis l'a déjà dit (cf. son rapport rendu public le 30 nov. 2004, Litec, 2005) en indiquant notamment que « *la rétroactivité comporte le risque de contredire les prévisions et anticipations des acteurs, alors que c'est le droit lui-même qui les avait rendues parfaitement légitimes* ». Et nous adhérons donc pleinement à ces recommandations sur ce point, dès lors que l'objectif reste de protéger l'attractivité de notre droit français et de le garder de certaines critiques faciles qui stigmatiseraient son imprévisibilité.

J'ajouterai simplement ici que le choix d'une non-rétroactivité des arrêts de revirement n'est cependant pas aussi facile qu'on pourrait le penser sous l'angle, précisément, du thème qui nous retient ce soir, c'est-à-dire celui de la cohérence. Reprenons, en effet, un instant la motivation retenue par la Cour de cassation dans son célèbre arrêt du 9 octobre 2001 (n° 00-14.564) rendu à propos de ce médecin auquel il était reproché de n'avoir pas donné à sa patiente des informations sur les risques exceptionnels d'un accouchement par césarienne en 1974, c'est-à-dire à une époque où, précisément, une telle obligation d'information sur les risques exceptionnels n'était pas retenue par la jurisprudence à l'égard des médecins. Pour combattre l'objection du praticien qui avait ici beau jeu de faire valoir qu'il ne pouvait être assimilé à un devin, tout particulièrement en matière juridique, la Cour de cassation répond en effet ceci : « *l'interprétation jurisprudentielle d'une même norme à un moment donné ne peut être différente selon l'époque des faits considérés et nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée* ». Autrement dit, pour la haute juridiction, la rétroactivité des arrêts de revirement est nécessaire pour éviter ce que j'appelais tout à l'heure l'incohérence instantanée, c'est-à-dire la pire, celle qui fait coexister au même moment des situations globalement incohérentes. C'est-à-dire, ici, par exemple, la solution qui consisterait en 2001 à condamner des médecins gynécologues parce qu'ils n'ont pas informé leurs patientes des risques exceptionnels de l'accouchement pratiqué et, à l'opposé, à ne pas en condamner d'autres dont l'attitude a été en tous points identique, tout cela parce que les premiers ont opéré après telle date, et les autres, avant. Mais, pour une fois, l'incohérence successive me paraît plus dangereuse que celle de l'instant, et le différé dans le temps des effets d'un arrêt de revirement me semble donc la meilleure solution. Comme l'écrivait le maître toulousain Pierre Hébraud, l'acte de juger est déjà par lui-même rétrospectif, puisque le juge statue aujourd'hui sur des faits passés ; n'accroissons pas, donc, la nécessaire part d'incertitude ou encore de subjectivité qui en découle par une rétroactivité normative qui pourrait laisser penser à certains justiciables que le droit n'est pas juste !

Reste l'interrogation : faut-il expliquer et faire comprendre aux justiciables, ou encore aux praticiens du droit, le revirement retenu ? La Cour de cassation en a manifestement conscience, et il faut la louer de multiplier depuis quelques années les avertissements, les explications qui entourent, par différents procédés techniques, ses modifications de jurisprudence. Faut-il – et j'en terminerai par là – aller plus loin, et souhaiter que, dans le corps même de sa décision, la Cour de cassation fasse œuvre de pédagogue en expliquant, au moins à grands traits, les raisons de son changement d'attitude ?

Dans cette prestigieuse enceinte, où une si belle Justice est rendue depuis des siècles, je ne peux naturellement qu'hésiter à prendre position sur ce point. Toutefois, j'observerai que la question est désormais officiellement ouverte puisque, le 14 janvier 2010, la Cour de Strasbourg a rendu un arrêt *Atanasovski c/ex - République yougoslave de Macédoine*, relatif précisément à la motivation des arrêts de revirement au regard des exigences de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

En l'espèce, le requérant, un employé d'une société publique, avait fait l'objet, en février 1997, d'une mutation sur un poste de technicien, mutation qu'il contesta ensuite, eu égard à son expérience professionnelle antérieure, en saisissant les juridictions civiles. Or, en 2001, après plusieurs recours, la juridiction de première instance lui donna satisfaction et annula la décision de mutation en se fondant sur un arrêt de la Cour suprême de 1999 qui, dans une affaire similaire, avait décidé qu'un employeur ne pouvait ordonner la mutation de l'un de ses salariés sans indiquer les raisons concrètes de cette mutation. Mais, malheureusement pour l'employé, en 2003, la Cour suprême changea de jurisprudence et décida que les employeurs n'étaient plus tenus de donner des raisons spécifiques pour muter un employé !

Le requérant a donc agi à Strasbourg où il a invoqué plusieurs violations de l'article 6§1, c'est-à-dire du droit à un procès équitable, et notamment une violation tirée de l'absence de motivation de l'arrêt de revirement rendu en 2003 par la Cour suprême. Or, par six voix contre une, cette violation a été retenue par la Cour de Strasbourg.

Celle-ci rappelle certes d'abord que l'évolution de la jurisprudence n'est pas en soi contraire à la bonne administration de la justice et que les exigences de la sécurité juridique et de protection de la confiance légitime des justiciables ne consacrent pas de droit acquis à une jurisprudence constante, ainsi qu'elle l'avait d'ailleurs déjà dit dans l'arrêt *Unédic c/France*. Mais la Cour observe ensuite que, au cas d'espèce, la Cour suprême est revenue sur une jurisprudence bien établie, qui résultait de deux arrêts de principe par elle rendus en 1997 et 1999, et appliquée par les juridictions du fond. Or, poursuit-elle, l'arrêt de revirement de 2003 consiste en une simple déclaration selon laquelle les employeurs n'avaient plus l'obligation de donner des motifs concrets pour justifier une mutation en référence au texte de la convention collective. Cette motivation, conclut la Cour, est donc insuffisante : l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme fonde, en effet, un droit pour le justiciable d'obtenir ici aussi une décision suffisamment motivée.

Pour ma part – mais je ne souhaite, une fois encore, qu'ouvrir un débat au cours duquel des personnes bien plus compétentes que moi pourront s'exprimer – cette position de la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas fondamentalement choquante. Certes, expliquer un cheminement nouveau peut

paraître, de prime abord, sinon exagérément contraignant, du moins source pour une haute juridiction comme l'est la Cour de cassation d'un travail de terrain qui n'est pas le sien. C'est incontestable. Mais, d'un autre côté, expliquer, c'est aussi enseigner, éduquer au sens le plus fort du thème. C'est-à-dire, si on se réfère à l'étymologie du terme, conduire à partir de... Or, de notre Cour de cassation qui, pour nous tous juristes présents dans cette salle, reste aujourd'hui encore la référence juridictionnelle suprême, n'attend-on pas précisément cette fonction de guide qui fixe, mais aussi fasse comprendre et donc apprécier à leur pleine mesure les directions de l'avenir ?