

La contestation d'une interprétation jurisprudentielle par voie de QPC

Pascale Deumier

Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3

07-02-2015

C'est une belle question sur laquelle la chambre sociale B de la cour d'appel de Lyon s'est prononcée le 2 juillet dernier, celle de savoir si une jurisprudence peut être contestée par voie de QPC. Si la solution à laquelle la formation aboutit rejoint à la position actuelle de la Cour de cassation, le raisonnement mené pour y parvenir s'en éloigne à plusieurs égards.

À l'occasion de litiges nés du licenciement de 57 salariés par une société en liquidation judiciaire, une QPC est posée par les sociétés appelantes. Son originalité est de contester, plus que les énoncés législatifs, la jurisprudence rendue sur leur fondement.

Plus précisément, la question estimait contraire à différents droits garantis par la Constitution, dont l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi, « l'interprétation jurisprudentielle dominante des dispositions combinées des articles L 1221-1 et L 1233-4 du Code du Travail » relative à la théorie du « co-emploi », selon laquelle « une société tierce au contrat de travail conclu entre l'employeur et le salarié doit, en présence d'une confusion d'intérêts, d'activités et de direction, être considérée comme co-employeur avec toutes les conséquences de droit pouvant découler de cette qualité ». La cour d'appel va commencer par analyser la nature de cette théorie qui « n'a aucun fondement légal, c'est-à-dire qu'elle n'est définie par aucun texte législatif, mais résulte seulement de l'interprétation combinée par les juridictions de deux textes ». Alors qu'elle reconnaît ainsi la faible part des textes dans la théorie du co-emploi, c'est pourtant à l'appréciation de leur constitutionnalité que la cour va ensuite s'attacher. Le sort du premier article, l'article L. 1233-4 du Code du travail, va rapidement être scellé : le texte ayant déjà été jugé conforme par le Conseil constitutionnel, la cour en déduit que la question n'est pas « nouvelle ». Rappelons seulement que les juridictions du fond doivent effectivement s'assurer que la disposition contestée n'a pas déjà été jugée conforme par le Conseil mais qu'il ne s'agit pas du caractère « nouveau » de la question, condition qui relève du filtrage de la Cour de cassation et qui implique une nouveauté au regard des principes constitutionnels invoqués. Le second article, l'article L. 1221-1 du même code, va donner lieu à de plus amples développements. La cour d'appel précise que les requérants n'expliquent pas en quoi ce texte porterait atteinte aux droits constitutionnels et qu'il est « loin d'être inaccessible et intelligible ». À nouveau, il est possible de préciser sans s'y attarder qu'en tout état de cause cet objectif à valeur constitutionnelle ne peut, en lui-même, être invoqué à l'appui d'une QPC (ex. décision n° 2010-4/17 QPC du 23 juillet 2010). Enfin, la cour précise, à propos de ce même article, que « son caractère volontairement général laisse toute la place qu'il convient à l'interprétation du Juge dont c'est la mission

Bacaly n° 6 - Juillet-Décembre 2014

principale et auquel une jurisprudence, fût-elle dominante, ne s'impose jamais », pour conclure que la question est « totalement dépourvue de caractère sérieux ». Fondamentalement, l'enjeu de cet arrêt n'est pas dans l'appréciation de la conformité du contenu d'une norme aux droits et libertés constitutionnellement garantis mais dans celle de la nature de la norme objet de ce contrôle : les textes ou leur interprétation ? Si la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel se sont désormais accordés sur le principe selon lequel l'objet du contrôle est le texte tel qu'il est interprété, principe qui ne semble pas suivi en l'espèce, sa mise en œuvre soulève encore des difficultés non négligeables, difficultés particulièrement bien illustrées par l'espèce.

I. La possibilité de contester une interprétation jurisprudentielle constante

La position adoptée par la cour d'appel de Lyon se rapproche de la jurisprudence initiale de la Cour de cassation, qui refusait la possibilité de contester une interprétation jurisprudentielle. Or, il est désormais acquis que ce refus a laissé place à une admission de principe.

A. Le refus initial

Avant l'introduction de la QPC, la question du contrôle de constitutionnalité de la jurisprudence ne se posait pas. En effet, les lois étant contrôlées avant leur entrée en vigueur, elles n'avaient, par hypothèse, jamais été appliquées et, dès lors, jamais été interprétées. La QPC, en permettant le contrôle de lois en vigueur depuis des années, voire des décennies, a très rapidement obligé à se demander si, à l'occasion du contrôle de ces textes, les jurisprudences développées sur leur fondement pouvaient également être contrôlées. La Cour de cassation, dès l'entrée en vigueur de la QPC, avait refusé cette possibilité (ex. Cass., QPC, 19 mai 2010, n° 09-82582). Cette position avait suscité de vives critiques. Il lui était notamment reproché d'aboutir à maintenir la jurisprudence hors de portée de tout contrôle de constitutionnalité, en la dissociant artificiellement des textes sur le fondement desquels elle s'était développée (N. Molfessis, « La jurisprudence supra-constitutionnelle », *JCP* éd. G 2010. 1039). Pourtant, le refus de la Cour de cassation n'était pas dépourvu d'arguments, qui ont été mis en avant par le premier président V. Lamanda et le procureur général J.-L. Nadal lors de leur audition par la Commission des lois de l'Assemblée nationale (J.-L. Warsmann, *Rapport d'information n° 2838*, oct. 2010, Ass. Nat., Annexes). Tout d'abord, un argument textuel : la nouvelle procédure a pour objet le contrôle d'une « disposition législative », ce que n'est pas *a priori* la règle jurisprudentielle. Ensuite, un argument tiré de l'intention du législateur : lors de la discussion du projet de loi organique au Sénat, un amendement avait proposé que la disposition contrôlée le soit « le cas échéant interprétée par la jurisprudence » ; l'amendement avait été rejeté, le rapporteur de la loi ayant précisé : « Nous ne nous intéressons pas ici au contrôle de constitutionnalité de la jurisprudence, qui est indépendante du texte de la loi ». Enfin, un argument tiré de l'équilibre institutionnel du système juridique : le contrôle de la jurisprudence par le Conseil constitutionnel aboutit

à consacrer celui-ci en Cour suprême surplombant la Cour de cassation et le Conseil d'État, modification profonde des structures qui ne semble pas avoir été l'objectif de la réforme. La cour d'appel de Lyon fait état, pour sa part, d'autres arguments pour appuyer le fait qu'une QPC contestant une interprétation jurisprudentielle est « totalement dépourvue de caractère sérieux » : elle précise que les textes généraux laissent toute sa place à la jurisprudence mais que celle-ci est dépourvue de caractère obligatoire. Le premier argument, celui du rapport entre texture ouverte des textes et développement de la jurisprudence, rappelle justement que c'est de cette généralité des énoncés que se nourrit pour l'essentiel le rôle de la jurisprudence. Cette généralité doit d'ailleurs être maîtrisée par le législateur qui ne saurait « reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi » (il s'agit de l'incompétence négative, qui peut être contestée dans le cadre d'une QPC lorsqu'elle aboutit à la violation de droits ou libertés garantis, v. notamment, en lien avec la jurisprudence, décision n° 2013-336 QPC du 1^{er} août 2013, *Natixis*). Hors de cette hypothèse d'incompétence négative, l'argument de la place laissée à l'interprétation par le texte lui-même semble surtout utile pour répondre à une critique qui contesterait l'existence même d'une jurisprudence. Or, cette existence n'était pas contestée par la question, qui s'en prenait au contenu de la jurisprudence développée à l'appui des textes et non au fait qu'une jurisprudence se soit développée dans le champ laissé par ces textes. Le second argument avancé par la cour d'appel, pris de l'absence de force obligatoire de l'interprétation, est lui aussi théoriquement fondé. Contrairement aux systèmes de *common law*, la jurisprudence française ne procède pas par précédent obligatoire. Cependant, ces dernières années ont amplement révélé que cette autorité relative n'empêche en rien les règles jurisprudentielles de faire partie du droit positif : c'est par exemple pour cette raison qu'elles sont englobées dans le devoir de conseil des professionnels du droit (Cass. civ. 1^e, 7 mars 2006, *D.* 2006. 2894, note F. Marmoz). C'est cette approche plus réaliste de la valeur de la jurisprudence qui va également être retenue par le Conseil constitutionnel pour la QPC.

B. La reconnaissance du contrôle de la jurisprudence

L'introduction de la QPC dans le système juridique français a amené à reconnaître la réalité de l'effet normatif de l'interprétation jurisprudentielle. En effet, le Conseil constitutionnel va s'opposer au refus de la Cour de cassation en posant que « tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition » (décision n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010). Le commentaire aux *Cahiers du Conseil* reconnaît que la position s'inspire directement de la jurisprudence constitutionnelle italienne, dite « doctrine du droit vivant », et cite la Cour constitutionnelle italienne en ce qu'elle contrôle « l'interprétation jurisprudentielle constante qui confère au principe législatif sa valeur effective dans la vie juridique s'il est vrai –et cela est vrai– que les normes ne sont pas telles qu'elles apparaissent fixées dans l'abstrait, mais telles qu'elles sont appliquées dans l'œuvre quotidienne du juge qui s'attache à les rendre concrètes et efficaces ». Ainsi, même dans un système juridique de droit écrit, dans lesquels les précédents n'ont pas de force obligatoire, la jurisprudence est bien une

source du droit positif. Ce statut est d'ailleurs reconnu de longue date pour contrôler les atteintes à d'autres droits fondamentaux, ceux issus de la Convention européenne des droits de l'homme (pour la jurisprudence française, v. CEDH, 24 avril 1990, Huvig c. France, n° 11105/84 : « Dans un domaine couvert par le droit écrit, la "loi" est le texte en vigueur tel que les juridictions compétentes l'ont interprété en ayant égard, au besoin, à des données techniques nouvelles »).

Revenant sur son refus initial, la Cour de cassation s'est ralliée à la position du Conseil constitutionnel. Elle l'a d'abord fait implicitement, en acceptant de vérifier le caractère sérieux de l'atteinte que sa jurisprudence pourrait porter aux droits et libertés garantis (serait-ce pour conclure à l'absence d'un tel caractère sérieux, Cass. Ass. Plé., 20 mai 2011, *D.* 2011. 1775, chr. N. Maziau). Elle a ensuite officialisé ce ralliement, par un attendu de principe d'autant plus remarquable qu'il cite expressément la position du Conseil constitutionnel : « s'il a été décidé que "tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à une disposition législative", sous la réserve que cette jurisprudence ait été soumise à la cour suprême compétente, il résulte tant des dispositions de l'article 61-1 de la Constitution et de l'article 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée que des décisions du Conseil constitutionnel que la contestation doit concerner la portée que donne à une disposition législative précise l'interprétation qu'en fait la juridiction suprême de l'un ou l'autre ordre de juridiction » (Cass. civ. 1^e, 27 sept. 2011, n° 11-13.488, *D.* 2011. 2707, note A. Levade ; *JCP G* 2011, p. 1197, obs. F. Chénéde ; *Gaz. Pal.*, 20 déc. 2011, n° 354, p. 10, obs. N. Régis). Le fait de contester une interprétation ne peut donc en soi être considéré comme dépourvu de caractère sérieux et, lorsqu'une question conteste l'interprétation d'un texte, comme dans notre cas, c'est cette interprétation qui doit être examinée et non les textes « nus », comme l'a fait la cour d'appel. Pour autant, la possibilité de contester la jurisprudence n'englobe pas toutes les interprétations : la théorie du co-emploi était-elle constitutive d'une « interprétation constante d'un texte » pouvant faire l'objet d'une QPC ?

II. L'application : la difficulté d'identifier l'interprétation constante d'un texte

La façon dont la jurisprudence procède est peu comparable à celle des textes législatifs. Leur identification ne peut se fier à des critères précis et formels. Cette première difficulté était prévisible au lendemain de l'ouverture de la QPC aux jurisprudences. Elle allait rapidement se doubler d'une question non moins inextricable, celle du rapport au texte. En l'espèce, ces deux difficultés auraient probablement abouti au refus de transmission de la QPC.

A. Une interprétation « constante »

L'interprétation critiquée doit être « constante ». Le critère est usuel, tant dans la doctrine que dans la jurisprudence. Certaines interprétations sont isolées, liées à l'espèce, dépassées, contredites, et

toutes autres considérations qui font douter de leur valeur de jurisprudence. Or, seules les interprétations « constantes » sont susceptibles d'être contestées par voie de QPC car elles seules présentent la prévisibilité inhérente à la règle. Rapidement, le Conseil constitutionnel va apporter une première précision : seules peuvent prétendre à ce titre les interprétations des Cours suprêmes (décision n° 2011-120 QPC du 8 avril 2011, *CNDA*). Dans cette décision, la jurisprudence contestée était une jurisprudence d'une juridiction du fond, qui n'avait jamais été soumise au Conseil d'Etat, et ne pouvait dès lors être contestée par voie de QPC. Si ce point semble acquis, c'est bien le seul. Les juridictions ne s'aventurent pas, à juste titre, à proposer une définition ou des critères fixes de l'interprétation constante. Mais il est difficile d'identifier les éléments qu'elles prennent en considération pour retenir ou écarter cette qualification, et ce particulièrement pour la Cour de cassation, qui se contente de déclarer régulièrement irrecevables des QPC au motif qu'« il n'existe pas, en l'état, d'interprétation jurisprudentielle constante », sans autre explication (ex. Cass. civ. 1^e, 13 fév. 2013, n° 12-19.354 ; Cass. com. 29 janvier 2013, n° 12-40.089 ; B. Mathieu, *JCP G* 2013, doct. 623). Le Conseil constitutionnel donne parfois plus d'éléments mais qui sont loin de lever tous les mystères. Dans la décision *Natixis* précitée, qui contestait une jurisprudence de la chambre sociale, le Conseil cite longuement les motifs de l'arrêt de principe *Frantour* du 6 juin 2000, et précise que « cette interprétation a été confirmée par les arrêts du 29 juin et du 8 novembre 2011 susvisés ». Il ne faut pas trop prêter à cette précision, et notamment pas considérer que l'interprétation serait devenue constante à l'occasion de sa répétition : en effet, c'est ensuite uniquement à l'aune de la position de 2000 que le Conseil apprécie la constitutionnalité de la jurisprudence. Dans notre espèce, les requérants étaient peut-être conscients de la difficulté, puisqu'ils présentaient la théorie du co-emploi comme l'interprétation jurisprudentielle « dominante ». La qualification est prudente, les critères du co-emploi ayant évolué entre lien de subordination et confusion d'intérêts (v. en dernier lieu, sur les évolutions récentes, les arrêts des 2 et 8 juillet 2014, *JCP S* 2014. 1311, note G. Loiseau). La cour d'appel aurait pu se livrer à cet endroit à un exercice utile de qualification de la portée normative de cette théorie. Elle aurait tout aussi bien pu exploiter les conséquences de ses propres constatations sur l'absence de fondement textuel de cette jurisprudence.

B. Une interprétation d'un texte

Fondamentalement, si la jurisprudence peut être contestée par une QPC, c'est parce qu'elle est intimement liée au texte formellement objet du contrôle. Or, certaines jurisprudences ne sont pas le développement du sens d'un énoncé mais le développement du droit plus généralement, qui doit gérer certains silences du législateur mais aussi, et plus souvent, déterminer les effets produits par l'articulation des textes qui s'empilent. La Cour de cassation dissocie ces différentes figures et estime qu'une QPC ne doit pas, sous couvert de critiquer les textes, porter « exclusivement sur la règle jurisprudentielle ». Cette position a notamment déjà été appliquée par la Cour de cassation pour juger irrecevable une question critiquant sa jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence (plus précisément sur le sort des minorations, Cass. soc., 28 nov. 2012, n° 11-17.941, *Droit Social* 2013. 173, note J. Mouly ; *ibid.* 362, obs. G. Dumortier, Ph. Florès, A. Lallet,

Y. Struillou ; *RDT* 2013. 269, note M. Scaglia ; *Constitutions* 2013. 78, note Ch. Radé et P. Gervier ; *JCP S* 2013. 1109, note I. Beyneix). La Cour de cassation distingue donc, au sein des jurisprudences, celles qui interprètent un texte et celles qui sont d'origine purement prétorienne, ces dernières restant hors de portée de la QPC. Si dès lors la critique selon laquelle certaines jurisprudences sont mises à l'écart de tout contrôle de constitutionnalité est réitérée (ex. Ch. Radé et P. Gervier, précités), elle doit être relativisée : la QPC a été mise en place pour les « dispositions législatives », ce que ne sont pas les jurisprudences prétorienne. La distinction à laquelle procède la Cour de cassation entre les jurisprudences sans texte et les jurisprudences avec texte est en outre conforme à la doctrine du Conseil constitutionnel. En effet, après avoir adopté sa position de principe permettant la contestation d'une interprétation, celui-ci l'avait expliquée dans une note publiée sur son site internet, dans laquelle il précise que « les « choix du Parlement interdisent qu'une QPC puisse être posée sur une jurisprudence qui ne se serait pas développée sur le fondement initial d'une "disposition législative". Il en va par exemple ainsi, en droit administratif, de la théorie du fait du prince » (« QPC et interprétation de la loi », site du Conseil constitutionnel, rubrique *À la une*, novembre 2010). Contrairement à la théorie du fait du prince prise en exemple, théorie développée par un juge administratif ne pouvant s'appuyer sur aucun texte, une part conséquente des jurisprudences judiciaires a été raccrochée à des énoncés textuels, de façon plus ou moins artificielle. La Cour de cassation aurait pu en déduire que, pour l'essentiel, sa jurisprudence est contestable par QPC. Tout à l'inverse, elle a fait le choix de ne pas s'en remettre à la présence plus ou moins fictive d'un texte au visa de ses arrêts mais de rechercher si les textes peuvent effectivement être considérés comme les fondements des interprétations. Ainsi, dans l'arrêt précité en matière de clauses de non-concurrence, les parties avaient en vain contesté les articles 1134 C. civ. et L. 1121-1 C. travail au visa desquels la jurisprudence avait notamment été rendue. À d'autres occasions, la Cour de cassation a considéré comme tout aussi irrecevables des questions critiquant des jurisprudences délimitant la portée de textes devant être articulés avec le droit commun, à l'instar des articles 9 du Code civil et de la loi de 1881 (Cass. civ. 1^e, 8 déc. 2011, n° 11-40.070, *D.* 2012. 765, note E. Dreyer). La cour d'appel de Lyon, en constatant que la théorie du co-emploi « n'a aucun fondement légal, c'est-à-dire qu'elle n'est définie par aucun texte législatif, mais résulte seulement de l'interprétation combinée par les juridictions de deux textes », pouvait donc parfaitement s'insérer dans la lignée jurisprudentielle de la Cour de cassation et décider, sans autre développement, de l'irrecevabilité de la question. Si ce n'est que la qualification du lien nourri entre un texte et sa jurisprudence est un exercice délicat, qui demande un examen approfondi. Les juges du fond n'ayant pas à opérer un filtrage de la même intensité que celui auquel procède la Cour de cassation, il aurait peut-être été plus raisonnable de lui transmettre la question, lui donnant ainsi l'occasion de préciser sa jurisprudence en la matière.

Arrêt commenté :

CA Lyon, 2 juillet 2014, n° 13/05901