



**HAL**  
open science

## L'imbroglia de l'application transitoire du droit transitoire

Frédéric Rouvière

► **To cite this version:**

Frédéric Rouvière. L'imbroglia de l'application transitoire du droit transitoire. RTDCiv. Revue trimestrielle de droit civil, 2018, 04, pp.1022. <halshs-02250331>

**HAL Id: halshs-02250331**

**<https://shs.hal.science/halshs-02250331v1>**

Submitted on 26 Jun 2023

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

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



HAL Authorization

## **L'imbroglia de l'application transitoire du droit transitoire**

*D. Mainguy, L'étrange rétroactivité de la survie de la loi ancienne. À propos de la loi de ratification de la réforme du droit des contrats, JCP 2018. 964*

Frédéric Rouvière

*Professeur à l'Université d'Aix-Marseille*

*Laboratoire de théorie du droit*

Dans sa contribution, Daniel Mainguy met le doigt sur une étrange boucle temporelle digne des meilleurs films de science-fiction : le droit transitoire peut faire lui-même l'objet de dispositions transitoires. Cette situation assez unique découle de l'histoire torturée de la réforme récente du droit des contrats. Alors qu'initialement, il ne devait s'agir que de la simple validation législative d'une ordonnance, les parlementaires ont opéré entre 2016 et 2018 une réforme de la réforme donnant lieu à la création de trois versions différentes applicables : celle du code de 1804, celle de 2016 et celle de 2018 (p. 1661). Cerise sur ce gâteau en forme de mille-feuilles de droits, le texte de 2016 qui prévoyait la survie de la loi ancienne pour les contrats antérieurs (conduisant donc à une application du code de 1804) est réécrit comme excluant les effets légaux d'un contrat et les dispositions d'ordre public. Le but de cet ajout est de faire barrage à la jurisprudence récente de la Cour de cassation qui a créé ces deux exceptions à la survie de la loi ancienne pour appliquer immédiatement la loi nouvelle. En somme, le législateur de 2018 a voulu maintenir une frontière ferme entre le droit ancien et le droit nouveau.

Daniel Mainguy nous fait alors partager sa perplexité qui devient aussi forcément la nôtre. Cette rétroactivité du droit transitoire se justifie-t-elle par le seul caractère interprétatif de la loi ? Cette notion sera-t-elle suffisante ? C'est peu probable car la Cour de cassation est amenée à contrôler l'existence du caractère interprétatif. Parallèlement, elle a recours à l'idée « d'évolution du droit des obligations » pour adapter en douceur les dispositions anciennes aux objectifs nouveaux de la réforme et faire appliquer la loi de façon immédiate. Enfin, le Conseil constitutionnel a bien posé qu'en matière civile la rétroactivité des lois peut se justifier pour des motifs impérieux d'intérêt général. Au fond, c'est peut-être le critère de la « situation acquise », dégagé par le Conseil lui-même, qui sera la véritable clé pour démêler cet écheveau.

Peut-on parvenir à plus de clarté ? Rien n'est moins sûr tant les principes et les techniques du droit transitoire paraissent contradictoires. D'un côté, la loi peut aménager l'application de la loi dans le temps mais, d'un autre côté, elle ne peut méconnaître les principes mêmes du droit transitoire. À défaut de pouvoir la résoudre, nous tenterons de poser certains jalons pour éclairer la difficulté.

Il paraît désormais acquis que le droit transitoire peut de moins en moins être présenté comme un banal conflit de règles qui pourrait se résoudre sur le même mode qu'un conflit de qualifications. D'une manière ou d'une autre trop d'exceptions et d'aménagements ont été apportés à la distinction classique de Paul Roubier entre les situations légales d'application immédiate et les situations contractuelles où survit la loi ancienne. La réforme révèle que le droit transitoire est fortement structuré par des objectifs politiques : le législateur tente d'affirmer sa loi tandis que le juge y ajoute par interprétation de nombreux contrepoids. Cet aspect politique du droit transitoire est difficile à évincer de l'analyse : le poids des objectifs économiques de la réforme pèse lourd pour argumenter l'application immédiate de la loi nouvelle. En effet, si la simplicité de la distinction entre loi et contrat est séduisante pour arbitrer le droit transitoire, la réalité pratique s'en accommode mal : comment justifier ici ou là que tel contrat d'adhésion, que telle situation de dépendance économique sera reconnue ou non selon que les contrats ont été conclus à quelques jours ou quelques mois d'intervalles ? Même en dehors de la matière pénale, tout nouveau droit paraît constituer un progrès. Les dispositions favorables de protection du faible contre le fort ne peuvent si facilement être couvertes du voile des règles du droit

transitoire. À cet égard, la matière paraît toute entière être dominée par l'ordre public, celui des motifs impérieux d'intérêt général du législateur et celui de la Cour de cassation pour justifier une application immédiate aux contrats en cours. Le concept largement indéterminé d'ordre public ouvre la voie à une appréciation très contextuelle et personnalisée de chaque cas, bref à une construction progressive d'un droit transitoire d'origine principalement jurisprudentielle. La réduction de la portée dans le temps de loi anti-perruche illustre bien que le juge entend avoir le dernier mot.

Pourtant, l'application d'un droit transitoire jurisprudentiel constituerait le *summum* de la complexité. C'est bien ce qui a sans doute conduit la Cour de cassation à refuser la rétroactivité à ses revirements de jurisprudence car cela aurait conduit à des couches jurisprudentielles différentes pour appliquer un même texte. Aussi, il ne serait pas exclu de revenir aux fondamentaux du droit transitoire, à commencer par l'interprétation de l'article 2 du code civil. La formule légale est assez vague, voire ambiguë comme le montre l'histoire de l'interprétation de cette disposition. L'article 2 dit, d'une part, que la loi ne dispose que pour l'avenir : autrement dit elle a vocation à s'appliquer à des litiges futurs. L'article 2 dit, d'autre part, que la loi n'a point d'effet rétroactif : autrement dit, elle ne peut remettre en cause les droits définitivement acquis, notamment par contrat. Le texte ménage deux objectifs contradictoires : permettre que les anticipations des parties ne soient pas anéanties et que le contrat évolue vers de nouvelles orientations. Le pivot de l'analyse pourrait résider dans la propriété (y compris celle des créances dans l'acception européenne) car elle est ce qu'aucune loi ne peut anéantir sans contrepartie. Le critère de la Cour européenne a au moins le mérite de ne pas poser le problème en termes temporels mais en termes de privation de droits. À cet égard, nul besoin d'entrer dans de subtiles distinctions sur le caractère interprétatif de la loi voire d'interpréter l'interprétation législative de la survie de la loi ancienne dans la dernière version de la réforme. La question est de savoir si l'application du droit nouveau cause un grief important à la partie auquel on l'applique. L'affaire des époux *Lecarpentier* devant la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH 14 févr. 2006, n° 67847/01, *Lecarpentier c/ France*, D. 2006. 717, obs. C. Rondey ; RDI 2006. 458, obs. H. Heugas-Darraspen; RTD civ. 2006. 261, obs. J.-P. Marguénaud ; RTD com. 2006. 462, obs. D. Legeais est emblématique sur ce point : la nouvelle loi ne pouvait les priver de leur créance perçue comme suffisamment certaine en application du droit ancien. En droit des obligations, le droit transitoire est un droit forcément dominé par des considérations patrimoniales ce qui explique la pertinence du droit de propriété pour l'analyse.

D'un autre côté, l'exigence substantielle de justice (qu'on appelait jadis le droit naturel) incline à appliquer les catégories du nouveau droit aux contrats anciens. En effet, qui pourra vraiment plaider qu'il a pu, en raison de la survie de la loi ancienne, abuser à bon droit de la dépendance économique de l'autre partie ou bien lui imposer un contrat d'adhésion soumis au droit ancien ? La pulsion éthique intervient forcément dans de telles situations pour modérer l'application purement logique et temporelle des lois successives. Les fautes ne doivent-elles pas s'apprécier en fonction des nouveaux standards ? Si le législateur a fait évoluer la législation c'est bien qu'il estime que la loi nouvelle est meilleure que l'ancienne, sinon à quoi bon réformer ? N'est-ce pas là au fond la considération qui risque, dans bien des cas, de l'emporter ? Bref, la montagne née de l'accumulation des fictions de rétroactivité gagne sans aucun doute à être contournée. Mieux, toute loi paraît devoir être d'application immédiate sous la réserve des droits acquis. Autrement dit, c'est toute la logique du droit transitoire qui est mise à l'épreuve. Le droit transitoire est bel et bien à réinventer.