



**HAL**  
open science

## La politique du droit transitoire et la flèche du temps

Frédéric Rouvière

► **To cite this version:**

Frédéric Rouvière. La politique du droit transitoire et la flèche du temps. RTDCiv. Revue trimestrielle de droit civil, 2017, 04, pp.946. halshs-02250072

**HAL Id: halshs-02250072**

**<https://shs.hal.science/halshs-02250072>**

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.

## La politique du droit transitoire et la flèche du temps

Y.-M. Laithier, *La contre-réforme : l'arrêt à motivation appauvrie*, RDC 2017. 227-230 ; N. Bareit, *Sur le sens du temps en droit transitoire*, RLDC 2017. 36-38

Frédéric Rouvière

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Laboratoire de théorie du droit

Les deux contributions précitées posent de façon implicite une même question : les problèmes de droit transitoire doivent-ils être résolus selon des critères temporels ? Rien n'est moins sûr, en dépit de la logique formelle de la question. En effet, la politique juridique infléchit parfois la flèche droite du temps.

Commentant un arrêt (Civ. 3<sup>e</sup>, 9 févr. 2017, n° 16-10.350D. 2017. 1107, note G. Casu; *ibid.* 1572, obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; AJDI 2017. 432obs. A. Antoniutti ; RTD com. 2017. 46, obs. J. Monéger) ayant admis qu'une loi d'ordre public s'applique immédiatement aux baux en cours, Yves-Marie Laithier montre comment une telle motivation, réduite à son expression squelettique, est problématique. En effet, une jurisprudence bien établie distingue depuis la théorie de Roubier entre l'application immédiate de la loi nouvelle aux situations futures et la survie de la loi ancienne pour les contrats en cours afin de ne pas décevoir les prévisions des parties. En se contentant de viser l'ordre public, les juges arbitrent silencieusement les intérêts en conflits « par des considérations politiques qui relèvent de l'appréciation du législateur » (p. 228). Sur le seul motif de l'ordre public, ils ont ainsi appliqué une durée minimale de neuf ans à des contrats qui pouvaient auparavant être résiliés selon des périodes triennales. Pourtant, la notion d'ordre public paraît insuffisante comme critère du droit transitoire. Non seulement parce qu'elle suppose de distinguer les dispositions impératives et les motifs impérieux d'intérêt général mais encore parce qu'elle revêt le sens d'un oracle mystérieux sur la forme et le fond, évinçant de surcroît une précédente distinction entre les effets légaux d'un contrat et ceux qui découlent de la volonté des parties.

Nicolas Bareit s'inscrit dans une ligne de raisonnement opposée, quoiqu'il ne commente pas l'arrêt précité. Établissant un parallèle entre le temps physique (en général irréversible mais parfois réversible) et le temps juridique, il en conclut que la rétroactivité législative n'est pas systématiquement une mauvaise solution, notamment lorsqu'elle est interprétative (elle clarifie un problème) ou bien qu'elle régularise des actes annulables. L'interdit de la rétroactivité serait ainsi lié selon lui à une perspective jusnaturaliste discutable qui pourrait être dépassée du moment que la rétroactivité ne contrevient pas à la sécurité juridique.

Ce que montrent les évolutions du droit transitoire et les réflexions qui l'accompagnent, c'est la tendance à vouloir aligner le régime civil du droit transitoire sur le régime pénal, à savoir la rétroactivité *in mitius* des lois pénales de fond plus douces. Le problème est posé explicitement en termes de conflits de valeurs. La succession dans le temps de deux lois incompatibles montre à l'évidence que la hiérarchie des objectifs et de valeurs politiques a évolué. Faut-il alors en prendre acte et appliquer la loi nouvelle comme un signe de progrès ? C'est bien ce que Nicolas Bareit paraît penser tout comme la Cour de cassation dans l'arrêt critiqué par Yves-Marie Laithier.

Cependant, il faut bien prendre garde à la façon d'argumenter un tel changement.

D'abord, il n'est pas certain que le temps juridique et le temps physique soient une seule et même chose. Ils n'ont d'ailleurs pas la même fonction. Le temps physique est un présupposé du droit, une réalité qu'il ne discute pas. En revanche, le temps juridique détermine la naissance des situations juridiques, il participe aussi à la définition de certains concepts (comme la prescription ou la caducité). Le parallèle entre les deux temps repose plus sur une image que sur une identité de structure ou de raison.

De la même façon, la réduction de la non-rétroactivité à une conception jusnaturaliste, si elle possède des racines historiques, n'explique pas tout. Le respect des prévisions des parties peut certes avoir une valeur morale mais elle possède aussi une indéniable coloration économique. Les attentes des contractants ne doivent pas être déçues par un nouveau régime applicable au contrat en cours. En matière de régimes matrimoniaux spécialement, la rétroactivité serait synonyme de confusion profonde sur la qualification des biens des époux. La justification jusnaturaliste n'est donc pas systématique.

Enfin, comment la rétroactivité pourrait ne pas contredire la sécurité juridique ? Si l'on entend par sécurité la prévisibilité des règles applicables, il est difficile de soutenir qu'il n'y a pas d'atteinte. Pour concilier malgré tout rétroactivité et sécurité, il faudrait que la sécurité réside dans le choix de la meilleure solution. C'est là que le bât blesse : cette option est totalement colorée de politique juridique voire, paradoxalement, de jusnaturalisme !

C'est d'ailleurs le problème central que pointe avec raison Yves-Marie Laithier. Appartient-il au juge de suppléer le législateur négligent dans la rédaction des dispositions transitoires ? L'idée que l'ordre public prime la logique de la prévisibilité et inverse la flèche du temps relève d'une volonté affichée de faire prévaloir des objectifs politiques et économiques comme par exemple d'éviter le risque de perte d'avantages fiscaux pour inexploitation des locaux loués (Y.-M. Laithier, préc., p. 228). Pourtant, le contentieux lui-même et l'incertitude qui entoure l'application du droit nouveau troublent suffisamment la situation contractuelle pour ruiner la réalisation de tels objectifs ! La sécurité existe une fois que la Cour de cassation s'est prononcée, ce qui a encore l'allure d'un paradoxe. Pour chaque loi nouvelle le raisonnement devra être repris à nouveaux frais pour savoir si la loi est d'ordre public.

Aussi, le rapprochement avec le droit pénal mérite d'être précisé car toutes les lois pénales sont d'ordre public. Ainsi, c'est la protection de la liberté de l'individu qui prime par la faveur de la rétroactivité *in mitius*. À l'opposé, en matière civile, seules certaines lois sont d'ordre public. La solution par le conflit de valeur n'est pas automatique à moins de disposer de critères sûrs pour identifier l'ordre public ce qui revient en définitive à exiger que le législateur le dise lui-même... On ne voit pas comment les lois civiles pourraient *par défaut* être d'ordre public. C'est plutôt l'inverse qui se présume. L'application du droit nouveau à un contrat en cours fait alors figure d'un véritable joker dans l'argumentation puisque par hypothèse les parties ne pouvaient anticiper le nouveau texte.

Contre l'application immédiate de la loi nouvelle aux contrats en cours se dresse encore l'idée des libertés et des droits acquis. C'est ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt sur l'affaire des tableaux d'amortissement (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) avait jugé insuffisant comme motif d'intérêt général la validation rétroactive de contrats de prêts qui aboutissait à priver les parties d'une espérance légitime de créance (*via* la sanction de la déchéance des intérêts pour les banques). Cette créance a été analysée par la Cour comme un bien protégé comme tel par le droit de propriété. Autrement dit, l'application immédiate de la loi nouvelle aux situations en cours fait l'effet d'une exception dont le domaine doit être présumé limité : la seule invocation de motifs d'ordre public est insuffisante sur la forme comme sur le fond.

Ce qui est toutefois remarquable est que la question du droit transitoire est formellement absente dans le raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme. Elle affirme la supériorité de principe des libertés de l'individu sur les objectifs politiques de l'État. De ce point de vue, l'unité avec le droit pénal est totale. Le droit transitoire apparaît alors pleinement comme un conflit de valeurs et d'objectifs et moins comme un problème strictement logique lié à un respect de la flèche du temps. C'est là que réside selon nous la question d'avenir du droit transitoire : est-il intrinsèquement politique ou bien peut-il obéir à des critères temporels et logiques ? Il y a ici deux modèles antagonistes qui déterminent la façon de poser le problème et, en arrière-plan, deux façons bien différentes de concevoir le raisonnement juridique.

