



## RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS

L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations entre en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2016. Retrouvez chaque semaine un commentaire des principales innovations issues de l'ordonnance

559

# Dits et non-dits sur l'application dans le temps de l'ordonnance du 10 février 2016

**POINTS-CLÉS** → Les précisions sur l'application dans le temps de la réforme étaient attendues → Elles sont à l'article 9 de l'ordonnance n° 2016-131, qui fixe l'entrée en vigueur des règles nouvelles au 1<sup>er</sup> octobre 2016, précise leur application aux contrats et, silencieux quant au reste, renvoie aux principes des conflits de lois dans le temps → Autant de questions avec lesquelles doctrine et pratique devront composer et dont on donne ici quelques illustrations

**Sophie Gaudemet**, professeur à l'université Paris-Sud

Le projet d'ordonnance soumis à consultation ne comportait aucune disposition de droit transitoire, non plus que les avant-projets doctrinaux qui l'avaient précédé. L'article 9 de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 lève – pour partie – le voile. Il fixe l'entrée en vigueur des dispositions de l'ordonnance au 1<sup>er</sup> octobre 2016 ; précise que les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne ; réserve trois dispositions d'application immédiate ; et rappelle que les instances introduites avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance seront poursuivies selon la loi ancienne, en ce compris en appel et en cassation. On s'autorisera à cet égard à reprendre une terminologie connue en usant dès à présent des expressions « loi ancienne » pour désigner les dispositions antérieures à l'ordonnance et « loi nouvelle » pour désigner celles qui en sont issues. Deux observations préalables.

En premier lieu, rien n'exclut que la ratification de l'ordonnance intervienne après le 1<sup>er</sup> octobre 2016 (la loi d'habilitation laisse un délai de six mois à compter de la publication de l'ordonnance pour le dépôt devant le Parlement du projet de loi de ratification : *L. n° 2015-177, 16 févr. 2015, art. 27, II, 2°*). Si tel est le cas, on s'achemine vers la probable juxtaposition de trois droits : celui antérieur à l'ordonnance, celui issu de l'ordonnance et celui résultant des modifications que comportera le cas échéant la loi de ratification. Cette dernière pourra sans doute faire usage de dispositions interprétatives, pour autant que les corrections apportées au texte de l'ordonnance puissent être considérées comme telles. Au-delà, on sait combien la faculté pour le législateur de disposer pour le passé est encadrée par des exigences constitutionnelles et conventionnelles. Le Conseil constitutionnel l'a rappelé dans sa décision sur la loi d'habilitation : la loi de ratification, comme toute loi, sera tenue au respect de ces exigences (*Cons. const., 12 févr. 2015, n° 2015-710 DC, consid. 6 et 7*).

En second lieu, il faudra aussi compter avec de probables anticipations jurisprudentielles. Les hypothèses ne sont pas rares en effet où

la jurisprudence anticipe – effet déclaratif aidant – les solutions du droit nouveau : parfois en fixant dans le sens des règles nouvelles des questions encore incertaines, parfois aussi en procédant à un revirement de jurisprudence. Selon toute vraisemblance, la réforme du 10 février 2016 comportera son lot d'anticipations jurisprudentielles, qui sortiront leurs effets dans les contrats en cours (rapp. *C. François, Application dans le temps et incidence sur la jurisprudence antérieure de l'ordonnance de réforme du droit des contrats : D. 2016, p. 506*).

Au bénéfice de ces précisions, l'ordonnance détermine les conditions de son application dans le temps aux contrats (1), mais ne fait pas de même pour le régime général des obligations (2), les quasi-contrats (3) ni le droit de la preuve (4), renvoyant ainsi aux principes des conflits de lois dans le temps. Et si les enjeux pratiques sont assurément perceptibles là où le droit nouveau innove, ils ne sont pas absents là où il n'innove guère, voire pas, ne serait-ce que pour déterminer s'il y a lieu de se prévaloir des anciens ou des nouveaux textes. On ne reviendra cependant pas sur les dispositions, simplement déplacées, relatives à la responsabilité

extracontractuelle et à la responsabilité du fait des produits défectueux ; les principes des conflits de loi dans le temps applicables en matière de responsabilité permettront de déterminer la version applicable en la cause.

## 1. Le contrat

Le principe est posé par l'ordonnance de la survie de la loi ancienne (A) et la réserve faite de trois dispositions déclarées d'application immédiate (B).

### A. - Principe de survie de la loi ancienne

L'article 9 de l'ordonnance énonce que « les contrats conclus avant [le 1<sup>er</sup> octobre 2016] demeurent soumis à la loi ancienne ». Le droit nouveau n'aurait en toute hypothèse pu, sans rétroactivité, s'appliquer aux conditions de validité non plus qu'aux effets passés des contrats en cours à la date de son entrée en vigueur. Les effets à venir des contrats en cours sont, quant à eux, en principe, régis par la survie de la loi ancienne, celle sous l'empire de laquelle les volontés se sont rencontrées. Il n'y a lieu à application immédiate de la loi nouvelle qu'au terme d'une disposition transitoire en ce sens ou pour la raison que les règles en cause sont jugées, soit d'ordre public particulièrement impérieux, soit relever d'un statut légal (V. spéc. P. Roubier, *Le droit transitoire - Conflits des lois dans le temps* : Dalloz, Sirey, 2<sup>e</sup> éd., 1960, réimp. Dalloz, 2008, n° 82 et s., p. 411 et s.). C'est semble-t-il pour prévenir ces discussions que les auteurs de l'ordonnance ont expressément consacré la survie de la loi ancienne, afin « de ne pas susciter d'interrogation sur ce point » est-il précisé dans le rapport au président de la République. Le domaine d'application de la loi ancienne n'en soulève pas moins différentes questions, dont on ne saurait donner ici que des illustrations après quelques éléments sur l'identification des anciens et des nouveaux contrats.

#### ● Identification des anciens et des nouveaux contrats

**Renouvellement et tacite reconduction.** - Seront assurément des nouveaux contrats

ceux conclus de toute pièce sous l'empire du droit nouveau. Mais le seront aussi ceux renouvelés, dont ceux tacitement reconduits, à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2016 (sur les formes que peut prendre le renouvellement : exprès, stipulé ou tacite, V. A. Bénabent, *La prolongation du contrat* : RDC 2004, p. 117). Les textes désormais consacrés à « la durée du contrat » le rappellent : le renouvellement et la tacite reconduction donnent naissance à un nouveau contrat, dont le contenu est certes en principe identique au précédent (C. civ., art. 1214 et art. 1215), mais qui n'en sera pas moins soumis au droit nouveau, et ce faisant aux dispositions impératives de celui-ci. D'où la précaution qui pourrait consister, pour ceux qui voudraient écarter ou aménager le droit nouveau là où ils le peuvent, à le faire explicitement avant le renouvellement de leur contrat afin d'éviter des difficultés d'interprétation sur ce point.

« D'où la précaution qui pourrait consister, pour ceux qui voudraient écarter ou aménager le droit nouveau là où ils le peuvent, à le faire explicitement avant le renouvellement de leur contrat. »

**Prorogation.** - Différente est la prorogation. Elle procède d'un accord des parties pour différer le terme initialement convenu, qui ne doit par hypothèse pas être atteint. Elle emporte ainsi prolongation d'un contrat en cours, lequel demeure régi par le droit sous l'empire duquel il a été conclu (V. not. A. Bénabent, *préc.* - Pour une autre analyse, J. Ghestin, C. Jamin et M. Billiau, *Les effets du contrat* : LGDJ, 2001, n° 223 *in fine*, citant not. I. Pétel, *Les durées d'efficacité du contrat, thèse Montpellier*, 1984, n° 616), sauf, ainsi qu'il a été ajouté, « à s'interroger sur une fraude à la loi consistant à faire échec à une loi nouvelle par un accord de prorogation des contrats antérieurs » (A. Bénabent, *préc.*).

**Contrat en voie de formation.** - Deux exemples peuvent être pris de situations dont la constitution s'échelonne dans le temps. Premier exemple : l'offre et l'acceptation. Ainsi d'une offre émise avant le 1<sup>er</sup> octobre 2016 et acceptée après ; voire – puisque l'or-

donnance retient le système de la réception (C. civ., art. 1121) et que l'on ne peut exclure que la jurisprudence, aujourd'hui hésitante, consacre à l'avenir cette solution – d'une offre émise et acceptée avant le 1<sup>er</sup> octobre 2016, mais dont l'acceptation parvient à l'offrant après cette date. La logique des conflits de lois dans le temps voudrait que le contrat soit conclu sous l'empire du droit nouveau (rapp. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations* : Dalloz, 11<sup>e</sup> éd., 2013, n° 166), laissant dans le premier cas l'offrant tributaire du délai de réponse de l'acceptant, dans le second l'offrant et l'acceptant tributaires des délais d'acheminement postaux... Tout ceci n'est guère propice au respect des prévisions contractuelles. Aussi pourrait-on imaginer de prévenir la situation : le cas échéant en posant à titre de condition la conclusion définitive du contrat sous l'empire du droit ancien voire, à l'inverse, en faisant le choix du droit

nouveau même non encore en vigueur (V. en ce sens, Cass. 3<sup>e</sup> civ., 23 mars 1977, n° 75-14.708 : Bull. civ. 1977, III, n° 151 ; D. 1978, p. 163, note E. Agostini. – Rapp. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 19 mars 2009, n° 07-19.506 et n° 07-19.559 : JurisData n° 2009-047544 ; Bull. civ. 2009, II, n° 80).

Second exemple : les avant-contrats. Conclues avant l'entrée en vigueur du droit nouveau, ils seront régis par le droit ancien. Ce qui posera d'ailleurs une autre question : celle de savoir si la jurisprudence anticipera les solutions de l'ordonnance sur l'exécution forcée de la promesse unilatérale (C. civ., art. 1124), par abandon de la solution de 1993 (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 15 déc. 1993, n° 91-10.199 : JurisData n° 1993-002405). Au-delà, la situation pourra notamment se rencontrer d'une promesse unilatérale conclue sous l'empire du droit ancien et d'une option levée à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2016, scellant la conclusion du contrat définitif. On en revient alors à la question de savoir s'il ne conviendra pas de prévenir conventionnellement ces difficultés.

**Contrats-cadre et contrats d'application.** - La distinction est connue, que consacre la réforme. Les contrats-cadre, conclus suivant le droit ancien, demeureront régis par celui-ci. Les contrats d'application quant à eux, s'ils « *précisent les modalités d'exécution* » des contrats-cadre selon la définition qu'en donne l'ordonnance (C. civ., art. 1111), n'en sont pas moins de nouveaux

## « Il n'en résulte pas moins une forme d'incertitude sur le traitement par la Cour de cassation des dispositions de droit transitoire. »

accords de volonté. Raison pour laquelle les contrats d'application conclus à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2016 devraient relever du droit nouveau, quand bien même ils interviennent en exécution d'un contrat soumis au droit ancien (rapp. J. Gatsi, *Le contrat-cadre* : LGDJ, 1996, n° 284). Il y a lieu de penser, en effet, que les contrats-cadre ne peuvent figer la législation ancienne pour y soumettre les contrats à venir.

**Cession de contrat.** - La cession de contrat conclue à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2016 relèvera du droit nouveau. Il semble en revanche que le contrat cédé devrait rester régi par le droit sous l'empire duquel il a été conclu. Sa cession, ou plus exactement la cession par le cédant de sa qualité de partie au contrat pour reprendre l'analyse consacrée par l'ordonnance (C. civ., art. 1216), « est destinée à permettre la continuation du contrat » (Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations* : LGDJ, 7<sup>e</sup> éd., 2015). Elle peut être considérée, selon la même doctrine, « comme une forme de modification subjective du contrat : la force obligatoire reste la même, la cause demeure, l'objet est inchangé ; seule une des parties est remplacée par une autre » (*ibid.* - Adde L. Aynès, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes* : Economica, 1984).

• **Domaine de la survie de la loi ancienne**  
Les contrats conclus à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2016 seront régis par le droit nouveau. La consécration par l'ordonnance du principe de survie de la loi ancienne veut quant

à elle que les contrats en cours à cette date demeurent régis par le droit ancien, non seulement dans leurs conditions et effets passés mais aussi dans leurs effets à venir. Les raisonnements anciens seront reconduits, sans exclure l'anticipation de telle ou telle solution par la jurisprudence.

Ceci rappelé, on s'en tiendra à deux questions, aux extrémités de la formation et de

l'exécution du contrat.

La première procède davantage du rappel : les négociations précontractuelles relèvent non pas de la loi applicable au contrat, mais de celle qui l'est au jour où le fait dommageable a eu lieu, comme c'est le principe en matière de responsabilité délictuelle.

La seconde question est plus délicate, relative à l'inexécution du contrat (on aurait pu raisonner aussi sur l'annulation). Roubier distinguait en la matière les questions tenant aux « conditions mêmes de l'existence du droit » (exemple pris d'une loi transformant en une clause opérant *ipso facto* une clause qui n'opérait pas de la sorte) de celles tenant aux « formes du droit » (exemple pris d'une loi édictant de nouvelles formalités de mise en œuvre d'un droit existant) ; les premières relevant de la survie de la loi ancienne, les secondes de l'effet immédiat de la loi nouvelle (*op. cit.*, n° 81, *spéc. p.* 405 et s.). Que penser à ce titre de la faculté de solliciter une réduction du prix (C. civ., art. 1223), des formalités posées pour la résolution par notification (C. civ., art. 1226) ou encore des textes sur les restitutions (C. civ., art. 1352 et s.) ? On pourrait être tenté de répondre que, quelle que soit l'analyse retenue, l'ordonnance a tranché en prévoyant que les anciens contrats demeurent régis par le droit ancien sous les trois seules exceptions qu'elle réserve (V. *infra*). Pourtant, il n'est guère certain que l'on puisse en conclure que le départ ne sera pas fait entre ce qui relève de la loi du contrat et ce qui n'en relève pas. Les questions qui débordent le domaine proprement contractuel pourraient bien relever, comme il en est

traditionnellement, de l'effet immédiat, la question étant de savoir où passera la ligne de partage. Ce d'autant plus que la Cour de cassation n'a pas exclu, dans un avis de 2015, de compléter les dispositions transitoires d'une loi pour y ajouter un texte d'application immédiate (Cass., avis, 10 févr. 2015, n° 14-70.011, sur lequel V. *spéc. RTD civ.* 2015, p. 569, obs. P. Deumier). Sans doute les circonstances étaient différentes, et l'ajout visait semble-t-il à remédier à un oubli, qui plus est en donnant effet à une règle protectrice des locataires (V. P. Deumier, *préc.*)... Il n'en résulte pas moins, de façon générale, une forme d'incertitude sur le traitement par la Cour de cassation des dispositions de droit transitoire ; et en l'occurrence, sur les limites de l'application de la loi contractuelle et par là même de la survie de la loi ancienne. Autant de questions à propos desquelles, d'ailleurs, les considérations de politique juridique l'emportent parfois sur celles de pure technique juridique.

## B. - Exceptions en faveur de l'application immédiate

Les exceptions expressément posées par l'ordonnance à la survie de la loi ancienne concernent les trois nouvelles actions ou « *interpellations* » interrogatoires qui visent, s'agissant de l'existence d'un pacte de préférence (C. civ., art. 1123), des pouvoirs du mandataire (C. civ., art. 1158) et des causes de nullité (C. civ., art. 1183), à permettre à celui qui s'apprête à conclure ou à exécuter un contrat d'interroger une partie ou un tiers qui disposerait du moyen de contester l'opération (V. A. Bénabent, *Les nouveaux mécanismes* : RDC 2016, p. 17). L'objectif est de prévenir les contestations ; celles-ci devant s'exprimer en réponse à l'interpellation. De ces mécanismes, les auteurs de l'ordonnance ont voulu que les intéressés puissent user sans tarder, quand bien même les contrats en cause seraient soumis au droit ancien, et non sans possible influence des solutions retenues en matière procédurale (V. en ce sens le rapport au président de la République). L'application des dispositions correspondantes « *dès l'entrée en vigueur de la présente ordonnance* » s'entend selon toute vraisemblance du 1<sup>er</sup> octobre 2016, par application de l'article 1<sup>er</sup> du Code civil qui pose le prin-

cipe de l'entrée en vigueur des lois « à la date qu'[elles] fixent » (*contra M. Mignot, Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février (I) : LPA 26 févr. 2016, p. 8*).

## 2. Le régime général des obligations

Si elle indique les modalités de son application aux contrats, l'ordonnance ne comporte pas de précisions du même ordre sur le régime général des obligations, lequel a pourtant été réorganisé, mais aussi complété et amendé. Nombre de questions doivent en réalité pouvoir se résoudre à partir de ce qui a été dit du contrat. D'abord, parce que lorsque le droit de créance est d'origine contractuelle, c'est la loi applicable au contrat qui le régit. Ensuite, parce que les modes de circulation de l'obligation, dès lors qu'ils constituent eux-mêmes des conventions, devraient en tant que tels être régis par la loi en vigueur au jour où ils interviennent. Ainsi, la cession de créance, la reprise de dette, la novation, à quoi l'on peut ajouter la subrogation, relèveront du droit nouveau lorsqu'elles interviendront à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2016 ; mais elles devraient rester soumises au droit ancien, dans leurs conditions comme leurs effets, lorsqu'elles seront intervenues antérieurement (rapp. P. Roubier, *op. cit.*, p. 316, note 1).

Au-delà, on s'en tiendra à deux questions. En premier lieu, le statut légal des créances. Le concernant Roubier distinguait : d'une part, les effets produits au jour de la naissance de la créance, régis par la loi applicable à cette date-là, et parmi lesquels les modalités de l'obligation, divisible ou indivisible, solidaire ou conjointe... ; d'autre part, les effets à venir de la créance, régis par la loi en vigueur au jour où ils se produisent, et parmi lesquels les formes de la mise en demeure, qu'il rapprochait des moyens de préservation des créanciers que sont les actions oblique et paulienne (P. Roubier, *op. cit.*, n° 67, p. 315 et s. - L. Bach, *Rép. civ. Dalloz, V° Conflits de lois dans le temps*, n° 504 et s.).

Seconde question : le sort des obligations objet de la circulation. Si les modes de circulation de l'obligation sont eux-mêmes

régis par la loi applicable au jour de leur naissance, reste la question du sort des obligations ainsi transmises ou transformées. Ne faudrait-il pas précisément distinguer les unes et les autres ? Lorsque l'obligation est transmise, au terme d'une cession de créance, reprise de dette, subrogation, on enseigne que le rapport d'obligation initial se poursuit, malgré le changement de titulaire, en sorte qu'il semble qu'il puisse rester soumis à la loi qui l'a vu naître. Lorsqu'en revanche l'obligation initiale est éteinte et remplacée par une obligation nouvelle, comme c'est le cas dans la novation, le nouveau rapport d'obligation devrait être soumis à la loi en vigueur au jour de sa naissance et ainsi aux dispositions impératives de celle-ci (V. A. Bénabent, *Droit des obligations : LGDJ, Lextenso-éditions, 14<sup>e</sup> éd., 2014, n° 834*).

Mention peut du reste être faite ici, dans le prolongement, de la distinction de la novation, qui emporte extinction d'une obligation préexistante et création d'une obligation nouvelle, et des simples modifications, qui laissent perdurer le rapport d'obligation initial (V. not. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n°s 1428 et s. - A. Ghozi, *La modification de l'obligation par la volonté des parties : LGDJ, 1980*). La frontière est parfois délicate et la jurisprudence s'ordonne pour l'essentiel autour d'un arrêt ancien suivant lequel « il ne suffit pas » pour qu'une modification emporte novation « d'augmenter ou de diminuer la dette, de fixer un terme plus long ou plus court, et d'ajouter ou de retrancher une hypothèque ou une autre sûreté, ou même de changer l'espèce de l'obligation, à moins que les parties n'expriment une intention contraire » (*Cass. req.*, 8 nov. 1875 : *DP 1876, I, p. 438, I*).

## 3. Les quasi-contrats

L'ordonnance ne précise pas non plus l'application dans le temps de ses dispositions sur les quasi-contrats. Ce qui renvoie aux principes des conflits de lois dans le temps, suivant lesquels les obligations nées d'un quasi-contrat, trouvant leur source dans un fait juridique, sont régies par la loi en vigueur au jour de celui-ci. On lira là aussi Roubier : « ce qui est vrai des faits générateurs

de responsabilité [délictuelle] est vrai aussi des autres faits matériels qui engendrent une obligation (autrefois nommés quasi-contrats). Par exemple c'est la loi du jour de l'enrichissement qui dira s'il y a ou non enrichissement sans cause ; c'est la loi en vigueur au jour du paiement qui fixera les conditions de la répétition de l'indu, et qui dira ce que le défendeur doit restituer » (*op. cit.*, n° 42, p. 189).

## 4. La preuve

L'ordonnance enfin ne précise pas l'application dans le temps du titre nouveau sur la preuve, fait de reconductions mais aussi d'aménagements et de consécutions jurisprudentielles. Les solutions dégagées par Roubier devraient ici encore servir de guide (*op. cit.*, n°s 53 et s., p. 234 et s. - Adde L. Bach, *préc.*, n° 376 et s.).

L'auteur réservait les « hypothèses où la loi a prévu un établissement antérieur de la preuve », en tant qu'elles retentissent sur le fond du droit. Dans cette catégorie, il rangeait les preuves préconstituées, œuvre des parties, et les présomptions légales, œuvre de la loi ; les premières relevant de la loi en vigueur au jour de leur préconstitution, les secondes de celle en vigueur au jour où se sont produits les faits auxquels elles sont attachées. Ce qui devrait par exemple signifier l'application aux anciens contrats des anciens articles (modifiés dans leur numérotation davantage que dans leur contenu) sur l'exigence d'une preuve littérale ou la définition du commencement de preuve par écrit. Le reste consiste en ce que Roubier appelait « la preuve débattue en justice ». Ces questions, écrivait-il, « ne concernent jamais que l'œuvre du juge ; dès lors il ne faut pas hésiter à dire que le juge se basera sur les lois qui sont en vigueur au moment du procès, c'est-à-dire au moment où son activité est en œuvre » (*op. cit.*, n° 54, p. 239). Étant encore précisé – et c'est ici l'ordonnance qui réserve la solution, comme il est de coutume en droit transitoire – que, dans les instances introduites avant qu'elle n'entre en vigueur, « l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne. Cette loi s'applique également en appel et en cassation » (*Ord. n° 2016-131, art. 9, al. 4*). ■