

Recueil Dalloz

Recueil Dalloz 2009 p. 1450

Le droit transitoire entre concepts classiques et impératifs nouveaux

Gwendoline Lardeux, Agrégée des Facultés de droit, Professeur à l'Université Paul-Cézanne (Aix-Marseille-III)

La distinction entre la rétroactivité de la loi nouvelle et son application immédiate est loin d'être toujours dominée en jurisprudence (ainsi, CE, ass., 24 mars 2006, *Sté KPMG et autres* , R. Dammann, D. 2006. Point de vue 1224, *ibid.* P. Cassia, Chron. 1190  ; AJDA 2006. 1028, Chron. C. Landais et F. Lenica, *ibid.* F. Melleray, Tribune 897 et B. Mathieu, Tribune 841  ; RTD civ. 2006. 527, obs. R. E. M.  ; RDC 2006. 1038, obs. C. Pérès). C'est pourtant elle qui permet soit de justifier, soit de condamner certaines divergences de jurisprudence.

Dans l'arrêt ici commenté (D. 2009. AJ. 628, obs. Y. Rouquet )¹, le preneur à un bail commercial conclu en 1997 avait, par actes des 4 et 15 décembre 2003, assigné son bailleur afin que le loyer révisé soit fixé à un montant inférieur au loyer en cours. Il fondait sa demande sur la jurisprudence *Privilèges* selon laquelle « le prix du bail révisé [...] ne peut, en aucun cas, excéder la valeur locative » (Civ. 3^e, 24 janv. 1996, Bull. civ. III, n° 24 ; D. 1996. IR. 46  ; AJDI 1998. 715 )², celle-ci fût-elle inférieure au loyer initial, jurisprudence plusieurs fois réaffirmée, pour ne pas dire assénée, par la suite (Civ. 3^e, 19 avr. 2000, Bull. civ. III, n° 82 ; D. 2000. Jur. 453, note M.-L. Sainturat  ; AJDI 2000. 525, obs. J.-P. Blatter  ; RTD com. 2000. 856, obs. J. Monéger  ; 30 mai 2001, huit arrêts, Bull. civ. III, n° 70 et 71 ; D. 2001. Jur. 2036, note M.-L. Sainturat  ; AJDI 2001. 518, obs. J.-P. Blatter  ; RTD com. 2001. 635, obs. J. Monéger  ; JCP 2001. II. 10561, concl. av. gén. J.-F. Weber, note F. Auque). Le législateur n'avait alors pas tardé à adopter une loi - dite loi Murcef, du 11 décembre 2001 - ayant clairement pour objet de briser cette jurisprudence et de préciser que le loyer révisé ne pouvait, sauf modification des facteurs locaux de commercialité (art. L. 145-33 c. com.), être fixé à la valeur locative que si celle-ci se situait entre le loyer indexé et le loyer contractuel, celui-ci pouvant, à nouveau, jouer son rôle de plancher (art. L. 145-38, al. 3, c. com. V., en ce sens, Civ. 3^e, 6 févr. 2008, Bull. civ. III, n° 23 ; D. 2008. 1224, obs. A.-C. Monge ). On le sait, cependant, les difficultés nées de ce texte se sont depuis focalisées sur son application dans le temps, plus précisément sur la possibilité de le faire rétroagir en l'appliquant aux instances en cours. La saga judiciaire est connue. Il suffit donc de rappeler que, déjouant la troisième chambre civile (Civ. 3^e, 27 févr. 2002, trois arrêts, Bull. civ. III, n° 50 et 53 ; D. 2002. AJ. 1142, obs. Y. Rouquet  ; AJDI 2002. Jur. 291, note J.-P. Blatter  ; RTD com. 2002. 269, obs. J. Monéger ) en application du droit transitoire européen, construit par la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement de l'article 6, paragraphe 1^{er}, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et la notion de procès équitable, l'assemblée plénière de la Cour de cassation décida que, ne répondant à aucun motif impérieux d'intérêt général, la loi Murcef ne pouvait être appliquée rétroactivement aux instances en cours (Cass., ass. plén., 23 janv. 2004, Bull. ass. plén., n° 1 et 2 ; D. 2004. Jur. 1108, note P.-Y. Gautier, *ibid.* 2005. Pan. 1090, obs. L. Rozès ; M. Lassner, AJDI. 2004. Etude 175, *ibid.* 201, obs. J.-P. Blatter  ; RDC 2004. 699, notre note et les réf. citées). Cette solution, aussi critiquable pouvait-elle être, était certaine. L'arrêt ici commenté révèle cependant qu'elle ne résolvait pas toutes les questions relatives à l'application *ratione temporis* de la loi Murcef. Dans l'espèce présente, en effet, et contrairement à celles que l'assemblée plénière avait eu à trancher, le preneur avait assigné son bailleur en fixation du loyer révisé après l'entrée en vigueur de la loi brisant la jurisprudence invoquée à l'appui de sa demande. Autrement dit, il ne s'agissait plus d'appliquer la loi à une instance mais à un contrat en cours. La question surgissait alors de savoir quelle était la portée de la condamnation prononcée en 2004 : l'interdiction de faire rétroagir la loi Murcef impliquait-elle exclusivement sa mise à l'écart des instances en cours ou entraînait-elle plus radicalement son inapplication à tous les contrats de bail conclus avant son

entrée en vigueur (ici, en 1997) ? La Cour de cassation répond sans ambiguïté à cette question dans l'arrêt du 18 février 2009 en énonçant que « *la loi Murcef du 11 décembre 2001, ayant modifié l'article L. 145-38, alinéa 3, du code de commerce, devait s'appliquer, l'instance ayant été introduite après l'entrée en vigueur de cette loi [...]* ».

Disons-le d'emblée, une telle solution est juridiquement justifiée. Elle s'inscrit cependant dans une jurisprudence qui, quoique naissante, semble déjà incohérente. Dans un premier temps, en effet, c'est la solution ici retenue qui a été adoptée par la chambre sociale dans le cadre d'un contentieux - également célèbre pour avoir été l'occasion des mêmes joutes tant judiciaires que doctrinales à propos du droit transitoire européen -, celui dit des heures d'équivalence. Le cheminement jurisprudentiel y a été aussi chaotique que pour la révision des loyers commerciaux : l'assemblée plénière, déjouant la chambre sociale qui avait écarté l'application aux instances en cours de la loi de validation en application de la jurisprudence européenne (Soc. 24 avr. 2001, Bull. civ. V, n° 130 ; D. 2001. Jur. 2445, note J. Kibalo Adom ; Somm. 3012, obs. P. Fadeuilhe ) , décida l'inverse, arguant de l'existence d'impérieux motifs d'intérêt général (Cass., ass. plén., 24 janv. 2003, deux arrêts, Bull. ass. plén., n° 2 et 3 ; GAJC, t. 1^{er}, 2007, 12^e éd., n° 8 ; D. 2003. Jur. 1648, note S. Paricard-Pioux ) , décision pour laquelle la France fut condamnée par la Cour européenne, dont l'analyse était opposée (CEDH 9 janv. 2007, *Arnolin et autres c/ France*, D. 2007. AJ. 580, obs. J. Cortot  ; RDC 2007. 477, obs. A. Debet). En conséquence, la chambre sociale renoua avec sa première jurisprudence - allant même jusqu'à viser l'arrêt ayant condamné la France pour fonder (afficher ?) sa « victoire » - et décida à nouveau que la loi ne s'appliquait pas aux instances en cours. Cependant, dans un arrêt du même jour, elle précisa également que les salariés qui avaient « *engagé leurs actions [...] postérieurement à la date d'entrée en vigueur de l'article 29 de la loi du 19 janvier 2000 [n'étaient] pas fondés à invoquer l'incompatibilité de ses dispositions rétroactives avec l'exigence de l'article 6, paragraphe 1^{er}, de la Convention européenne* » des droits de l'homme (Soc. 13 juin 2007, deux arrêts, Bull. civ. V, n° 99 ; D. 2007. Jur. 2439, note C. Pérès  ; CE 16 juill. 2007 , D. 2007. Jur. 2500, note D. Capitant  ; F. Lenica et J. Boucher, AJDA. 2007. Chron. 1577, et J.-M. Woehrling, *ibid.* Tribune 1777  ; RTD civ. 2007. 531, obs. P. Deumier ). La même distinction était donc faite que celle réalisée dans l'arrêt ici commenté : selon que la date d'introduction de l'instance est antérieure ou postérieure à celle de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, celle-ci est écartée ou, à l'inverse, appliquée.

Cette harmonie est cependant brisée par un troisième arrêt rendu par la première chambre civile le 8 juillet 2008 à propos de l'application *ratione temporis* de la très célèbre loi du 4 mars 2002, dite loi « anti-Perruche », application ayant donné lieu aux mêmes affres et débats que les contentieux précédents. Or, dans cette affaire, la Cour de cassation a décidé, à l'inverse, que la loi qui brisait la jurisprudence *Perruche* (Cass., ass. plén., 17 nov. 2000, Bull. ass. plén., n° 9 ; V. not. D. 2001. Jur. 316, concl. J. Sainte-Rose ) et modifiait drastiquement les conditions d'indemnisation des parents d'enfants nés handicapés ne pouvait recevoir application alors que « *les intéressés pouvaient, en l'état de la jurisprudence applicable avant l'entrée en vigueur de cette loi, légitimement espérer que leur préjudice inclurait toutes les charges particulières invoquées, s'agissant d'un dommage survenu antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi susvisée, indépendamment de la date d'introduction de la demande en justice* » (Civ. 1^{re}, 8 juill. 2008, Bull. civ. I, n° 190 ; D. 2008. Jur. 2765, note S. Porchy-Simon  ; JCP 2008. I. 186, n° 10, obs. P. Stoffel-Munck ; *ibid.* II. 10166, avis contraire C. Mellottée, note P. Sargos). Ce qui importe donc, ici, pour déterminer si la loi doit ou non s'appliquer est la date de survenance du dommage et non celle de l'introduction de l'instance. La question surgit alors immédiatement de savoir quelles raisons peuvent permettre d'expliquer des solutions aussi évidemment contraires.

Au-delà des considérations humanistes qui peuvent présider à celle adoptée par la première chambre civile et qui sont d'évidence nettement moins fortes lorsqu'il s'agit de statuer sur le mode de calcul d'heures de travail ou le montant d'un loyer révisé, la différence objective notable entre ces deux types d'arrêt tient à leur fondement juridique : en 2007 et en 2009, la condamnation de la rétroactivité de la loi est fondée sur l'article 6, paragraphe 1^{er}, de la Convention européenne et le principe de la séparation des pouvoirs tandis que, en 2008, c'est

l'article 1^{er} du Protocole additionnel n° 1 à la Convention qui est invoqué, relatif au droit de chacun au respect de ses biens. On sait, en effet, que les deux textes ont permis tour à tour et, pouvait-on penser, indifféremment de faire échec à la rétroactivité de certaines lois souhaitée par le législateur national. Or, alors que la conviction selon laquelle « *les résultats obtenus sur la base de ces deux instruments sont [...] largement identiques* » (C. Pérès, note préc., spéc. n° 6) était communément partagée, force est de constater que la série d'arrêts ici exposée y apporte un démenti formel. C'est en effet cette différence de fondement juridique qui explique la différence de solution adoptée dans chaque cas.

L'article 6, paragraphe 1^{er}, de la Convention européenne permet, en effet, de condamner la rétroactivité des lois au nom de l'indépendance des juges vis-à-vis du pouvoir législatif et de la sécurité juridique due aux justiciables (V., pour de plus amples développements, notre note préc., RDC 2004. 699). D'où l'importance accordée à la date d'introduction de l'instance : lorsque des justiciables saisissent les tribunaux alors même que la loi qui brise la jurisprudence qui leur est favorable est entrée en vigueur, ils ne peuvent logiquement plus invoquer le respect dû à leurs prévisions, dont la légitimité a disparu en même temps que le droit antérieur était formellement abrogé. En revanche, lorsque la rétroactivité d'une loi est condamnée sur le fondement de l'article 1^{er} du Protocole n° 1, elle l'est au nom des espérances légitimes des créanciers et non plus des justiciables : c'est alors la date de naissance de la créance qui est essentielle pour déterminer si l'application de la loi est possible. On comprend dès lors que, selon la première chambre civile, la loi « anti-Perruche » ne puisse s'appliquer aux dommages survenus antérieurement à son entrée en vigueur, quelle que soit la date d'introduction de l'instance. La solution inverse reviendrait, en effet, à faire une application rétroactive de la loi nouvelle, privant les sujets de droit de leur espérance légitime de créance, *i. e.* d'un de leurs biens (V., pour une approbation particulièrement convaincante de cet arrêt, P. Sargos, note préc., spéc. n° 9-11). La solution est donc parfaitement justifiée, l'application de la loi « anti-Perruche » aux instances en cours, qui seule pourtant avait été l'objet de la condamnation de la France par la Cour européenne, n'étant qu'une facette de sa rétroactivité. Le raisonnement technique qui fonde l'arrêt de 2008 est donc sans faille, dont il convient néanmoins de noter la part d'artifice. Puisqu'il faut se placer à la date de survenance du dommage pour déterminer les espérances légitimes de créance des demandeurs, l'honnêteté intellectuelle commande alors de souligner qu'en 1993, date de naissance de l'enfant handicapé dans l'affaire jugée en 2008, la jurisprudence *Perruche*, fixée en novembre 2000, n'existait pas... Ce n'est donc que sur le fondement de la rétroactivité intrinsèque de la jurisprudence que l'on peut affirmer, à l'encontre de toute réalité, que l'espérance légitime de créance est née à la date de survenance du dommage, et ainsi condamner... la rétroactivité de la loi. Une constatation propre à relancer le débat sur les revirements pour l'avenir...

Quoi qu'il en soit, il ressort de cette jurisprudence que le texte choisi au fondement de la condamnation de la rétroactivité de la loi est loin d'être anodin, car de lui dépend la portée de la censure : limitée à la seule inapplication de la loi nouvelle aux instances en cours dans le cadre de l'article 6, paragraphe 1^{er}, de la Convention européenne, elle s'étend à tous les faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi dans celui de l'article 1^{er} du Protocole n° 1. Cette explication exclusivement technique des divergences de solutions permet-elle également de les justifier ?

Il s'agit plus précisément de déterminer si la limitation de la condamnation de la rétroactivité admise dans les arrêts de 2007 et de 2009 est fondée. Dans la décision relative aux heures d'équivalence, la réponse est assurément négative. Le parallèle avec l'arrêt de 2008 permet de le démontrer puisque la date de naissance de la créance des salariés est incontestablement le jour de l'exécution du travail dont la rémunération est en cause. On comprend, dès lors, que si les demandeurs avaient fondé leur action sur l'article 1^{er} du Protocole n° 1 en lieu et place de l'article 6, paragraphe 1^{er}, de la Convention européenne, ils auraient obtenu gain de cause, comme ce fut le cas des parents demandant indemnisation du préjudice lié au handicap de leur enfant. Les arrêts de la chambre sociale du 13 juin 2007, en se fondant sur la date d'introduction de l'instance, opèrent donc une distinction très artificielle, car appliquer la loi de validation à une créance née antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi, c'est

incontestablement lui donner un effet rétroactif : que l'instance ait, à cette date, été engagée ou non est, à cet égard, indifférent. Des limites de la protection des droits fondamentaux matériels par le droit processuel...

A l'inverse, cette même distinction est pleinement justifiée dans l'arrêt du 18 février 2009. La demande portait alors, on le sait, sur la fixation du montant du loyer révisé. Or, en cette hypothèse, selon que l'instance ait déjà été engagée ou non, l'application de la loi est rétroactive ou ne l'est pas. La demande de révision du loyer s'analyse, en effet, comme un effet du contrat de bail. En conséquence, soit cette demande est antérieure à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle et il s'agit alors d'appliquer celle-ci à un effet passé du contrat, *i. e.* de la faire rétroagir, soit, à l'inverse, elle est postérieure et il s'agit d'appliquer la loi à un effet futur du contrat, *i. e.* d'en assurer l'application immédiate. Autrement dit, la distinction opérée dans l'arrêt ici commenté selon la date d'introduction de l'instance est fondée, car elle rejoint celle, fondamentale en droit transitoire, opposant rétroactivité et application immédiate de la loi nouvelle. Seule une application de la loi Murcef aux instances en cours est rétroactive. Dans l'hypothèse inverse, il s'agit de l'appliquer immédiatement à un effet postérieur à son entrée en vigueur, ce qui lui permet d'échapper aux foudres du droit européen. Où l'on voit que les distinctions mises au jour par le doyen Roubier sont encore et toujours d'actualité, même si l'analyse précédente des arrêts de la chambre sociale démontre que leur concordance avec les exigences du droit transitoire européen est purement fortuite.

Cependant, après avoir démontré que l'application éventuelle de la loi Murcef à une demande de révision du loyer postérieure à son entrée en vigueur était possible au regard du droit transitoire européen, car non rétroactive, il restait à déterminer si elle était également envisageable en application du droit transitoire national. On sait en effet que, par exception au principe de l'application immédiate de la loi nouvelle à tous les effets futurs des situations juridiques en cours, c'est la survie de la loi ancienne qui prime en matière d'effets des contrats. A cela, une exception classique : lorsque l'adoption de la loi a été motivée par des motifs d'ordre public impérieux, décelés pour la plupart dans les lois sociales ou économiques (Rép. civ., v° Conflits de lois dans le temps, n° 569). Or, afin d'appliquer la loi Murcef à la demande de révision du loyer, il était impossible à la Cour de cassation d'avoir recours à cette exception dans la mesure où, pour refuser toute application rétroactive de cette même loi, l'assemblée plénière avait décidé, dans les arrêts précités de janvier 2004, qu'elle ne répondait à aucun motif impérieux d'intérêt général. Or, si ce vocable est européen, les deux notions sont évidemment très proches. Il semblait donc inéluctable que la loi Murcef ne puisse être appliquée qu'aux contrats de bail conclus après son entrée en vigueur. En d'autres termes, son application était repoussée aux calendes grecques, ou peu s'en fallait ! Est-ce la raison pour laquelle la troisième chambre civile a décidé que la loi devait néanmoins trouver application, car « *les effets légaux d'un contrat [sont] régis par la loi en vigueur au moment où il[s] se produi[sen]t* » ? Sans doute, car cette distinction entre effets légaux et effets contractuels des contrats, fréquemment employée par la Haute juridiction dans le cadre de toutes les conventions, bien au-delà des baux, est toujours utilisée afin d'accélérer la mise en oeuvre des réformes souhaitées par le législateur. Ainsi, la révision des loyers commerciaux, qualifiée d'effet légal, et non contractuel, du bail, peut être soumise à la loi nouvelle dès l'entrée en vigueur de celle-ci. Il convient néanmoins de conclure en soulignant que, si une telle qualification est facilement justifiée en l'espèce par le caractère impératif des textes qui prévoient cette possibilité de révision (art. L. 145-37 et L. 145-38, comb. art. L. 145-15, c. com.), la distinction entre les effets légaux et contractuels des contrats n'en fait pas moins l'unanimité contre elle, étant qualifiée tour à tour d'« *impraticable* » (J.-Cl. Civ., Fasc. 30, art. 2, n° 60) ou d'« *insaisissable* » (Rép. civ., art. préc., n° 575). Le contentieux du droit transitoire est donc sans doute loin de devoir se tarir.

Mots clés :

BAIL COMMERCIAL * Prix * Révision * Limite * Valeur locative * Loi interprétative