



Pour l'entrée en vigueur immédiate des règles nouvelles du droit des contrats

par Daniel Mainguy, Professeur à la Faculté de droit et science politique

L'essentiel > L'article 9 de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 sur la réforme du droit des contrats prévoit une entrée en vigueur doublement décalée : elle s'applique aux contrats conclus après le 1^{er} octobre 2016 et les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la « loi ancienne ». L'ampleur de la réforme, toutefois, ne commande-t-il pas de proposer une interprétation audacieuse, pour ne pas dire moderne et réaliste, de cet article 9, à la lumière de la notion de « norme » applicable au droit des contrats, c'est-à-dire en tenant compte de la jurisprudence du droit des contrats, dans une considération globale de ces normes applicables aux contrats, pour, en fin de compte, proposer une application immédiate de toutes les règles nouvelles ? L'un des moyens consiste tout à la fois à prendre la mesure de cette réforme, à mesurer l'intensité de ses règles nouvelles, notamment celles d'ordre public, et à comparer la valeur des différentes sources de règles du droit des contrats à l'aune de leur effet dans le temps. C'est dire que le débat n'est pas seulement technique, mais s'inscrit dans un débat plus global de théorie et de description du droit.

1762

1 - La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations cherche à promouvoir la sécurité juridique pour mieux préserver la justice contractuelle¹. C'est apparemment un oxymore : la justice par la sécurité, on pourrait se croire dans *Star Wars* ou dans *1984*. Au-delà de cette justification approximative, la question de la sécurité juridique en général, et de la sécurité juridique en droit des contrats en particulier, pose un singulier problème, notamment, mais pas uniquement, au sujet de l'entrée en vigueur d'une norme juridique nouvelle, quelle qu'en soit la source : tout le monde connaît d'ailleurs la question et la controverse autour de l'effet dans le temps des décisions de justice.

Cette question revient avec une particulière acuité dans la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, s'agissant, entre autres, des dispositions d'ordre public intéressant la formation des contrats dans la réforme. Elle offre l'occasion de revenir, d'une part, sur l'application au

cas particulier des règles applicables en matière d'entrée en vigueur des normes juridiques dans le temps et, d'autre part, sur la question de la nature des normes juridiques applicables en droit français et leurs méthodes de production, afin de tenter de résoudre cette difficulté spécifique. On pourrait même observer que cette question est tellement essentielle qu'un esprit mal avisé serait tenté de considérer que la Cour de cassation a appliqué les règles nouvelles *par anticipation*, et donc, *rétroactivement*, dans un arrêt récent du 22 mars 2016².

C'est que, après les articles, commentaires, colloques, discussions, consultations de l'avant-projet d'ordonnance et l'ordonnance elle-même, tout le monde a envie d'en découdre : les modifications sont formidables ou critiquables, mais elles sont et les propositions d'interprétation de ces règles nouvelles sont déjà en concurrence. Or, s'il faut prendre l'article 9, alinéa 2, de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 à la lettre³, il va falloir attendre la solution des litiges sur des contrats

(1) Rapp. au président de la République, JO 11 févr. 2016 : « La sécurité juridique est ainsi à la fois l'un des objectifs de l'ordonnance et le moyen d'atteindre les autres buts, dont celui de la justice contractuelle » ; mais aussi : « La sécurité juridique est le premier objectif poursuivi par l'ordonnance, qui vise tout d'abord à rendre plus lisible et plus accessible le droit des contrats, du régime des obligations, et de la preuve ».

(2) Com. 22 mars 2016, n° 14-14.218, s'agissant de la nullité relative d'un contrat conclu pour un prix dérisoire (V. art. 1169 c. civ.), D. 2016. 704, et 1037, chron. S. Tréard ; RTD civ. 2016. 343, obs. H. Barbier ; RTD com. 2016. 317, obs. B. Bouloc. (3) « Les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne ».

conclus après le 1^{er} octobre 2016. Le juriste de droit des contrats ressent alors une double frustration. La première est évidente et reflète cet esprit d'enfant, pour ne pas dire puéril, qui sommeille en chacun de nous : comment ? Voilà une nouvelle voiture, magnifique, choisie avec soin et qui fera la fierté de la famille, livrée en octobre 2016, mais il faudrait se contenter de la regarder et attendre que l'ancienne, qui fonctionne toujours mais qui est aussitôt démodée, tombe en panne, pour que la nouvelle puisse être utilisée ? La seconde est plus anticipative : bien des contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016 verront leurs effets se poursuivre longtemps après ⁴ et combien de temps se déroulera avant que la Cour de cassation rende son premier arrêt sur l'application d'une règle du nouveau droit des contrats pour un contrat conclu après le 1^{er} octobre 2016 (hormis les trois règles d'application expressément immédiate) ? Il faudra donc aux générations actuelles et surtout futures de juristes, avocats, magistrats, intégralement formées au nouveau droit des contrats, ressortir des codes, des manuels, de 2016, pour faire (re)vivre de vieilles lunes, alors que tous les ouvrages seront à jour de la réforme de 2016 et que tous les écrits à venir ne feront que gloser sur son contenu ? Mais sur quelles bases ? L'essentiel du droit français des contrats d'avant 2016 est contenu dans la jurisprudence et guère dans les articles du code, tous interprétés et réinterprétés par la jurisprudence ; c'est d'ailleurs l'une des principales raisons justifiant la réforme (législative) du droit des contrats en 2016. Quel droit faudra-t-il appliquer en 2030 à un contrat conclu avant 2016 à propos d'une promesse unilatérale de contracter ou d'un pacte de préférence ou encore d'une clause dont le caractère significatif aurait été largement dénoncé depuis, d'une rupture abusive d'un contrat de distribution ? Faut-il repousser l'âge de la retraite des avocats et des magistrats et conserver un corps de « réserve » isolé des innovations à venir ? Faut-il maintenir des cours de droit « ancien » des contrats où l'on enseignera les beautés de la « cause », de la résolution judiciaire ou encore de l'obligation de donner et précieusement conserver les dernières éditions des ouvrages de droit des contrats ? Tout cela n'a guère de sens. Aussi la question peut se poser de savoir si l'entrée en vigueur immédiate des règles nouvelles du droit des contrats, par leur vigueur, leur caractère global, innovant, stimulant, etc., s'impose, sinon par nature du moins par désir.

Or le principal obstacle à cette application immédiate repose sur les « règles » classiques de l'application de la norme nouvelle dans le temps, règles principalement jurisprudentielles, articulées autour d'un « principe de sécurité juridique », qu'il s'agirait donc de vaincre ou de contourner.

2 - La « sécurité juridique » est, en effet, souvent présentée comme un « principe » : il existerait ainsi un « principe de sécurité juridique ». Or la sécurité juridique n'est pas l'objet d'une règle de droit positif, y compris sous la forme d'un « principe », auquel toutes les autres règles ou principes devraient se confronter. La sécurité n'est pas davantage une règle de droit que la justice, la cohérence ou quelque autre valeur que ce soit. Aucune trace, d'ailleurs, de ce prétendu « principe de sécurité juridique » dans la Constitution, par exemple, sinon dans des réserves constitutionnelles posées ici ou là dans des décisions du Conseil constitutionnel, ou alors dans des domaines précis, comme celui du droit pénal : la règle, dite « principe », de la légalité et de la nécessité des crimes et des peines ou la règle de l'interprétation stricte des règles pénales, règles qui disposent du même statut normatif que n'importe quelle autre règle. La sécurité comme la justice sont des valeurs, et point des règles ⁵. Comme valeurs, elles assument, pour leurs zéloteurs, une fonction de légitimation de règles existantes ou une fonction de prescription de règles à venir, qu'il s'agisse d'une loi ou d'une décision de jurisprudence.

3 - En droit des contrats, le débat entre les valeurs de « sécurité » et de « justice » se présente à au moins deux occasions. La plus connue est l'opposition, autour de l'interprétation de la notion de bonne foi dans l'ex-article 1134, alinéa 3, et le nouvel article 1104 du code civil, entre la sécurité juridique, comprise comme le strict respect des stipulations choisies et consenties par les contractants, contre la justice contractuelle, comprise comme la faculté pour le juge d'interpréter ou de créer des obligations non prévues ou de supprimer des obligations présentes. Souvent présenté comme un débat entre partisans et détracteurs de la bonne foi contractuelle, ce débat est, également, en amont, un débat sur les pouvoirs du juge dans l'interprétation, non point des contrats, mais du droit des contrats, et, partant, un débat très classique de théorie du droit. Le débat se scinde en deux types ⁶. Un premier débat oppose les jusnaturalistes, qui estiment que le droit des contrats *doit être* compris comme imposant un strict respect des stipulations du contrat ou, au contraire, qu'il existe des clauses inhérentes ou interdites en droit des contrats. Un second débat oppose les positivistes qui considèrent que le droit des contrats s'interprète par le juge qui réalise un *acte de connaissance* du droit à interpréter, dans la tradition normativiste, et ceux qui estiment qu'il s'interprète librement, le juge réalisant un *acte de volonté*, dans la conception réaliste. Chacun aura compris que les débats ne sont pas du tout identiques : le second suppose, en effet, pour les positivistes normativistes,

(4) Songeons à l'arrêt *Canal de Craponne* (Civ., 6 mars 1876) dont les faits se déroulent en 1560 pour un arrêt de 1876, l'arrêt du 26 mai 2006 (Cass., ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19.376, D. 2006. 1861, note P.-Y. Gautier, 1864, note D. Mainguy, et 2638, obs. B. Fauvarque-Cosson ; AJDI 2006. 667 ; Rev. sociétés 2006. 808, note J.-F. Barbière ; RTD civ. 2006. 550, obs. J. Mestre et B. Fages) sur les pactes de préférence, pour un pacte conclu en 1950, etc. (5) Comp. R. Cabrillac (dir.), Dictionnaire du vocabulaire juridique, LexisNexis, v° Sécurité juridique : « L'idéal vers lequel le droit doit tendre en édictant des règles cohérentes relativement stables et accessibles pour permettre aux individus d'établir des prévisions. Droit pour l'individu d'être fixé sur le contenu des dispositions qui lui sont applicables (c'est-à-dire le droit de ne pas voir ses prévisions remises en cause par un revirement de jurisprudence ou par un texte rétroactif). La reconnaissance de ce droit suscite des discussions. Nécessité de respecter la stabilité des situations qui amène à limiter les possibilités de les remettre en cause ». Adde T. Piazzon, *La sécurité juridique*, Defrénois, Lextenso, 2009. (6) Comp. D. Mainguy, Loyauté et droit des contrats de droit privé, in F. Petit (dir.) *La loyauté*, Dalloz, 2015, p. 5 ; Le contractant, personne de bonne foi ?, in C. Albigès (dir.), *La réforme du droit des contrats*, Presses univ. Montpellier, 2015, p. 83.

qu'un « cadre » d'interprétation posé par le législateur ou le codificateur soit identifiable, qu'on puisse mesurer l'intention du législateur, etc., de telle manière que le juge puisse faire la part entre l'ensemble des *interprétations scientifiques* présentées par la doctrine pour réaliser son acte d'interprétation. Les imperfections, en termes de description de l'interprétation, sont connues, elles relèvent de l'école de la théorie réaliste de l'interprétation et se présentent ainsi : si le juge réalise un acte de connaissance, la jurisprudence doit alors être raisonnablement prévisible. Elle l'est effectivement, dans la plupart des situations. La plupart : comment expliquer et décrire, alors, les hypothèses dans lesquelles le juge n'interprète pas une norme existante mais en crée une, ou les hypothèses dans lesquelles le juge « sort » du « cadre » hypothétique d'interprétation ? Inversement, la conception réaliste explique, par la libre interprétation du juge, que l'acte d'interprétation, acte de volonté, ne dépende pas d'un tel « cadre » qui n'existe pas (nul ne peut connaître l'« intention » d'un législateur par ailleurs introuvable, etc.), mais alors, comment expliquer que cette liberté ne débouche pas sur une forme d'anarchie décisionnelle et que, au contraire, la jurisprudence demeure globalement stable, prévisible, cohérente, respectant une valeur de sécurité juridique, etc. ? Le débat est ici irréductible⁷, mais, en droit des contrats, on peut reconnaître que la conception normativiste pourrait retrouver quelques forces dans le fait que si le « cadre » d'interprétation proposé par le codificateur de 1804, à le supposer connaissable, a disparu depuis bien longtemps, il avait été remplacé par le « cadre » d'interprétation proposé par la doctrine des « théories générales » depuis le début du XX^e siècle. Or la réforme de 2016 propose, sous la forme du rapport remis au président de la République comme genre de fiche d'explication, une sorte de « cadre », du moins pour ceux qui estiment que ce cadre existe, qu'il faudrait d'ailleurs combiner avec la méthode doctrinale : l'avenir montrera comment le juge se fiera, ou non (*a priori* non, il n'y a pas de « cadre », pas plus demain, qu'aujourd'hui ou hier), aux propositions de ce rapport, à confronter à celles de la doctrine, qui, déjà, pullulent. Cette question, accessoire dans le présent débat, présente cependant l'intérêt de ne pas masquer l'enjeu, en termes de description du droit, de l'avenir du droit des contrats.

4 - La seconde occasion est, sinon moins connue, en tout cas moins usuelle, et c'est celle sur laquelle ces quelques propos voudraient insister : il s'agit de la question de l'opposition, de nouveau, entre les valeurs de « sécurité » et de « justice » dans le problème de l'entrée en vigueur des normes nouvelles en droit des contrats.

Cette question est particulièrement complexe et se présente sous les auspices, assez mystérieux, de l'article 2 du code civil⁸, qui forme l'unique règle du droit légiféré du droit transitoire⁹, en revanche largement interprétée par la jurisprudence¹⁰. La plupart des commentaires puisent à la source, magistrale et générale, mais simplement doctrinale, proposée par le doyen Roubier dans son célèbre ouvrage sur *Le droit transitoire*¹¹.

Pour résumer, la loi nouvelle ne saurait être rétroactive mais est d'application immédiate. Par conséquent, elle s'applique ordinairement aux situations juridiques nées après son entrée en vigueur et aux effets de situations juridiques nées antérieurement mais réalisés ensuite. Par exemple, si deux personnes se sont mariées en 1974, les règles de validité de ce mariage sont celles de la loi de 1965, mais la loi sur le divorce de 1975 est invocable ensuite, quand bien même elles se sont mariées dans un environnement juridique qui ne connaissait qu'une seule cause de divorce. Exception : les règles du droit des contrats et le « principe » dit « de survie » de la loi ancienne¹². Les règles nouvelles ne s'appliquent qu'aux situations juridiques nées après l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle : le contrat conclu avant le 1^{er} octobre 2016 reste régi par les règles du code civil de 1804 (sauf si la loi impose l'application immédiate de telle règle, c'est le cas des actions interrogatoires du nouveau régime). Toutefois, exception (potentielle) à cette exception : les règles d'ordre public sont applicables immédiatement, encore que cette exception s'envisage de manière très particulière en droit des contrats. Ainsi, la disposition nouvelle d'ordre public ne s'applique pas de manière automatique mais si des raisons commandent d'y déroger, et, en ce cas¹³, elle s'applique aux effets postérieurs d'une situation juridique née antérieurement à la loi nouvelle, mais elle ne peut aboutir à remettre en cause des situations juridiques acquises sous l'empire de la loi antérieure. Celles-ci demeurent donc régies par les lois antérieures : ce qui était valable demeure valable, ce qui était annulable le reste. Seules les normes nouvelles d'ordre public intéressant les effets du contrat s'appliqueront éventuellement immédiatement.

5 - Appliqué à la réforme du droit des contrats, cet ensemble de propositions est à confronter avec l'article 9 de l'ordonnance du 10 février 2016¹⁴. Ce texte fixe l'entrée en vigueur de la réforme au 1^{er} octobre 2016, pose le principe de la survie de la loi ancienne, de manière assez vague cependant¹⁵, y compris s'agissant des procédures en cours¹⁶, et impose l'application immédiate des règles relatives aux actions interrogatoires des articles 1123, alinéas 3 et 4, 1158 et 1183, à des contrats

(7) C.-S. Pinat, *Le discours de l'avocat devant la Cour de cassation : étude de théorie du droit*, th. Montpellier, 2015. (8) *Adde* : art. 2222 c. civ. ; art. 691 c. com. ; art. 9 Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016. (9) Comp. N. Bareit, *Un projet oublié : la codification du droit transitoire*, RTD civ. 2015. 551. (10) Comp. J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 1994, n°s 399 s. (11) P. Roubier, *Le droit transitoire*, Sirey, 2^e éd., 1960, Dalloz, 2008, préf. L.-A. Barrière. Comp. *contra* : F. Dekeuwer-Defossez, *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*, LGDJ, 1977. (12) P. Roubier, *op. cit.*, n° 77. (13) J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, n° 402. (14) V. C. François, *Application dans le temps et incidence sur la jurisprudence antérieure de l'ordonnance de réforme du droit des contrats*, D. 2016. 506 ; S. Gaudemet, *Dits et non-dits sur l'application dans le temps de l'ordonnance du 10 février 2016*, JCP 2016. 559. (15) Art. 9, al. 2, Ord. : « les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne ». (16) Art. 9, al. 4, Ord. : « lorsqu'une instance a été introduite avant l'entrée en vigueur de la présente ordonnance, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne. Cette loi s'applique également en appel et en cassation ».

conclus avant le 1^{er} octobre 2016. Or, à part les deux questions intéressantes la date d'entrée en vigueur de la norme nouvelle et celle relative aux actions interrogatoires, l'article 9 est loin d'être complet. La question de la « survie de la loi ancienne », en effet, s'entend-elle en ce sens que la loi ancienne s'applique, en toutes circonstances, y compris face aux normes d'ordre public nouvelles, ou en exceptant ces normes d'ordre public nouvelles? Si, alors, des règles concernant les effets du contrat sont d'ordre public, elles pourraient s'appliquer immédiatement, c'est-à-dire aux effets postérieurs au 1^{er} octobre 2016 de contrats conclus avant cette date. Cependant, la question demeure des règles d'ordre public (elles le sont presque toutes) relatives à la *formation* des contrats, et notamment celles relatives à sa validité. Si l'on suit les propositions de Roubier toutefois, elles ne devraient pas s'appliquer immédiatement, sauf à remettre en cause des situations juridiques nées régulièrement avant le 1^{er} octobre 2016. Pour prendre le cas de l'article 1171 permettant le contrôle des « clauses abusives », créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations d'un contrat d'adhésion, il en résulterait donc que ce texte, d'ordre public, ne pourrait être invoqué pour remettre en cause des contrats nés avant le 1^{er} octobre 2016, mais aux effets réalisés ensuite. Et ainsi pour toutes les règles relatives à la formation du contrat¹⁷. La justification traditionnelle de cette césure repose sur une exigence de sécurité juridique entourant le contrat: le contrat, acte de prévision, conclu dans un environnement juridique donné, ne doit pas être remis en cause par une mutation de cet environnement juridique.

A priori, la thèse de Roubier est, par le truchement de l'article 9 de l'ordonnance de 2016, bien établie; une loi nouvelle ne saurait remettre en cause, sauf disposition expresse, des droits nés régulièrement sous l'empire de la loi ancienne et, notamment, ne saurait justifier l'annulation ou l'écart d'une clause ou d'un contrat du fait de l'application des règles de la loi nouvelle¹⁸, par exemple s'agissant d'une règle de forme nouvelle¹⁹. Or cette question de « survie de la loi ancienne », et, par conséquent, le fait que les effets futurs d'un contrat nés avant la loi nouvelle sont ordinairement soumis à la loi ancienne, est fondée sur divers arguments, tous réfutables. Par exemple, le fait que la loi ancienne aurait été, par le consentement donné, intégrée au contrat par un « contrat tacite » entre les parties²⁰. Le fondement le plus communément utilisé est celui de l'existence du principe de sécurité juridique en vertu de la considération du contrat comme un acte de prévision et de la supériorité de la liberté contractuelle sur la volonté du législateur en raison du principe d'autonomie de la volonté²¹, en sorte que le principe d'unité de la législation qui supposerait le principe d'application immédiate de la loi nouvelle se

heurterait au constat de la diversité de la matière contractuelle²². Ou bien encore les raisons justifiant l'application immédiate de la loi nouvelle auraient « moins de portée en matière contractuelle »²³.

Aucun de ces arguments, qui n'ont d'autre valeur que celle d'arguments, n'est absolument dirimant. Le principe de sécurité juridique n'est pas une règle de droit, mais une simple valeur, concurrencée par celle de justice, ou encore d'efficacité: la loi nouvelle a pu être adoptée pour des valeurs nouvelles, par exemple de justice contractuelle, et on pourrait considérer qu'il est de bonne justice, en termes d'efficacité, que les règles applicables à un contrat soient envisagées de manière uniforme. Par ailleurs, le « principe de l'autonomie de la volonté » est une justification, et non une règle de droit, et un fondement, visant à assurer la supériorité de la volonté sur le législateur et surtout sur le juge. Ce fondement peut être largement combattu par l'idée que les contrats ne sont obligatoires que pour autant qu'ils sont *légalement* valables, ce qui, en outre, correspond davantage à la réalité de description de l'interprétation du droit des contrats²⁴. En outre, la doctrine postérieure à Roubier montre que le principe de survie de la loi ancienne et l'exception contractuelle qu'elle consacrerait ont été contestés²⁵. Ils le sont notamment parce que, « dans certaines hypothèses et même dans certains domaines, ces raisons ne jouent plus » du fait de l'exigence d'uniformité des dispositions protectrices qui « doit l'emporter sur les prévisions des parties »²⁶. Enfin, la spécificité de l'institution contractuelle, qui brillerait par sa diversité, peut largement être discutée: il y a diversité des mariages, des sociétés, des sûretés comme des contrats, et, à l'inverse, si c'est du point de vue de l'unité qu'il faut discuter, il n'y a qu'un droit des contrats, quels que soient les types de contrats.

6 - À bien des égards, donc, l'article 9, alinéa 2, de l'ordonnance de 2016, selon lequel « les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne », est anachronique. Surtout, c'est un texte dont plusieurs interprétations peuvent être proposées. Ou bien (proposition n° 1) l'article 9, alinéa 2, signifie que le droit des contrats nouveau ne s'appliquera en aucune manière aux contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016, puisque la règle de survie de la loi ancienne est ici posée (sauf les trois articles exceptés) et parce que le texte n'indique pas que les normes nouvelles d'ordre public, autres que les trois articles cités, s'appliquent immédiatement: ce serait ici l'application de la thèse de Roubier. Ou bien on considère que l'article 9, alinéa 2, ne définit pas ce qu'est la « loi ancienne » ou la « loi nouvelle » de sorte qu'on pourrait considérer que la loi ancienne s'entend des règles non modifiées par des règles d'ordre public, touchant à l'exécution du

(17) Mais comp. Com. 22 mars 2016, n° 14-14.218, préc. (18) Civ. 3^e, 17 févr. 1993, n° 91-10.942, Bull. civ. III, n° 19; RDI 1994. 120, obs. J. Foyer et J. Hudault. (19) V. pour l'application de la loi de 1963 imposant l'enregistrement des promesses unilatérales de vente d'immeubles dans un délai de dix jours: Civ. 3^e, 7 nov. 1968, Bull. civ. IV, n° 444; JCP 1969. II. 15771, note P. L. (20) *Contra*: P. Roubier, *op. cit.*, n° 78, p. 388-390. (21) J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, nos 402 et 405. (22) P. Roubier, *op. cit.*, n° 78, p. 391: « il n'y a qu'un mariage, il n'y a qu'une adoption, il n'y a qu'une propriété, il n'y a qu'un usufruit, etc., mais il y a un nombre indéfini de contrats, il y a un nombre indéfini de combinaisons contractuelles ». (23) J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *op. cit.* (24) V. D. Mainguy, *Loyauté et droit des contrats de droit privé*, préc. V. aussi, F. Dekeuwer-Defossez, *op. cit.*, n° 28. (25) *Ibid.* V. aussi J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, n° 406. (26) J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, n° 411.

contrat (proposition n° 2), voire à la formation du contrat (proposition n° 3), ou bien encore qu'elle est constituée de toutes les règles non modifiées par la loi nouvelle, quelle que soit leur nature (proposition n° 4), dans une conception plus volontariste. Quatre propositions donc, pour une ampleur de l'effet immédiat particulièrement variable²⁷.

De fait, la réforme opérée par l'ordonnance de 2016 ne s'analyse pas comme une réforme circonstanciée, touchant tel contrat spécial, ou telle disposition annexe qui pourrait avoir un effet sur un type particulier de contrat. Il ne s'agit pas non plus d'une réforme, même d'ampleur, touchant une discipline ou un secteur particulier, comme on y est habitué, par exemple, en droit des procédures collectives, où on peut sans trop de difficultés, comme en général en matière processuelle, définir un « avant » et un « après ». Il s'agit ici d'une réforme globale du droit des contrats, impliquant, sinon une conception nouvelle du contrat, du moins un ensemble de conceptions nouvelles de techniques juridiques applicables aux contrats, avec des conséquences à la fois substantielles et processuelles, et alors qu'il semble très difficile, voire aléatoire, de concilier les règles du nouveau droit des contrats, lesquelles pourraient s'appliquer immédiatement si elles étaient d'ordre public et touchaient aux effets d'un contrat (propositions nos 2 et 3), et celles de l'ancien droit des contrats. En outre, l'idée selon laquelle la réforme s'effectue à droit constant, un temps véhiculée, ne peut guère servir d'argument en ce sens, tant la réforme se présente de façon nouvelle et rénovée, et ce, quand bien même de nombreuses dispositions reprennent des dispositions anciennes ou des solutions de jurisprudence éprouvées²⁸. Or l'avantage des règles nouvelles est d'offrir, dans bien des cas, un fondement textuel à une action ou à un argument, face à la difficulté de « saisir », processuellement, la jurisprudence. Au passage, notons que la jurisprudence n'est pas « imprévisible » ou « fluctuante »²⁹, pas assez même, à lire bien des écrits ou ne l'est pas davantage (ou pas moins) que la loi. À bien des égards, dans la réforme, tout est nouveau et rien ne l'est : le changement est de type « révolutionnaire », au sens du code civil adopté en 1804, qui opérait une réforme, globale et d'application immédiate. Or il a été montré³⁰ depuis longtemps que le code civil de 1804 était la reprise, pour l'essentiel, des règles prévalant antérieurement, faisant la synthèse entre les règles d'Ancien régime et les règles révolutionnaires avec un certain nombre d'innovations, plus ou moins diffuses, à la manière dont l'ordonnance de 2016 réalise une synthèse entre le droit « classique » des contrats du code civil dans sa version de 1804 et le droit « moderne » des contrats tel qu'il a émergé de l'interprétation jurisprudentielle proposée depuis les années 1980.

7 - Dès lors, surgit l'idée d'un renversement de perspective, celle d'une application immédiate, globale, de la réforme du droit des contrats, sauf exception. Par exemple, comment concilier les règles applicables aux promesses unilatérales de contracter ou aux pactes de préférence, conclus avant le 1^{er} octobre 2016 et dont les effets se manifesteraient ensuite, par exemple sur la question de l'exécution forcée en nature (à supposer que la jurisprudence l'admette), les avenants conclus après le 1^{er} octobre intéressant des contrats conclus auparavant, la situation des contrats d'application conclus après le 1^{er} octobre en exécution de contrats-cadre antérieurs, celle de la transmission, par voie de cession, par exemple, d'un contrat conclu antérieurement, etc.³¹? S'ajoute le fait que les règles du droit des contrats forment un socle commun à de nombreuses branches du droit, du droit public au droit de la consommation, de telle manière qu'on envisage difficilement que les juridictions compétentes dans ces différentes branches se divisent sur ces questions.

Pour montrer que la position classique, disons de Roubier, ou, plus exactement, les conclusions qu'on propose parfois du fait de ces propositions, est réfutable, et déjà réfutée, et que l'article 9, alinéa 2, n'interdit pas une telle proposition, on peut en outre envisager la norme juridique applicable aux contrats de manière plus large que du seul point de vue du droit *légal* des contrats, et envisager sa dimension jurisprudentielle, appelée, par hypothèse, à enrichir, compléter, créer, excepter, voire réfuter, des règles de ce droit légal (ancien ou nouveau d'ailleurs).

Or la perspective globale des règles applicables au droit des contrats encourage ce trouble, comme l'arrêt du 22 mars 2016 l'a montré³². Celui-ci propose un revirement de jurisprudence sur le point de savoir si la vente de titres à prix dérisoire est sanctionnée par une nullité absolue ou relative, pour choisir une nullité relative. Jusqu'alors, la chambre commerciale y décelait une nullité absolue. Or, dans cet arrêt, la Cour de cassation se fonde, ce qui n'est pas, en outre, une mince innovation, sur l'historique de ses décisions et de celles de la première et de la troisième chambres civiles, pour retenir la solution que proposera la réforme du droit des contrats. Simple revirement, alignement de jurisprudence ou application par anticipation de la réforme? Difficile de le savoir dans la mesure où la Cour ne vise pas expressément l'article 1179 issu de la réforme, mais comment ne pas y songer, ne serait-ce que parce que l'arrêt reprend tout l'historique jurisprudentiel et vise le critère « moderne » de distinction entre les types de nullités de l'article 1179³³. Or la portée de cet arrêt, à la supposer simplement fondée sur le droit antérieur, ne va pas cesser le 30 septembre 2016, ce qui montre que les interprétations jurisprudentielles, dans des matières

(27) *Contra*: Rapp. au président de la République, préc. (28) V. N. Molfessis, Droit des contrats: que vive la réforme, JCP 2016. 180. (29) V. Rapp. au président de la République, préc. « Par ailleurs, la jurisprudence est par essence fluctuante, et ne permet pas d'assurer la sécurité juridique que seul peut offrir un droit écrit (...). L'ordonnance met également fin à certaines hésitations jurisprudentielles nuisibles à la sécurité juridique, en déterminant par exemple à quelle date se forme le contrat ». (30) A.-J. Arnaud, Les origines doctrinales du code civil, LGDJ, 1969. L'auteur souligne que le code mélange, déjà (p. 8 s.), pas toujours avec bonheur, esprit rationaliste, donc jusnaturaliste, et janséniste plutôt positiviste (dans la tradition thomiste, plus exactement légaliste). (31) V. S. Gaudemet, préc. (32) Com. 22 mars 2016, n° 14-14.218, préc. (33) *Ibid.*: « c'est non pas en fonction de l'existence ou de l'absence d'un élément essentiel du contrat au jour de sa formation, mais au regard de la nature de l'intérêt, privé ou général, protégé par la règle transgressée qu'il convient de déterminer le régime de nullité applicable ». Comp. art. 1179 c. civ.: « La nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général. Elle est relative lorsque la règle violée a

générales, comme le droit des contrats, transcendent ce type de réformes. Cette perspective normative globale modifie alors considérablement le regard jeté sur les décisions futures, rendues sur le fondement du droit actuel ou du droit à venir.

Il s'agit alors de comparer l'effet dans le temps des normes juridiques, indépendamment de leur « source », et, plus exactement, les normes de source légale et celles de source jurisprudentielle en procédant en plusieurs étapes: 1) les normes de source jurisprudentielle existent et elles ont la même nature que les autres normes juridiques; 2) elles ne sont pas nécessairement rétroactives par principe; 3) il en résulte alors que les normes de source légale disposeraient par conséquent d'une force normative inférieure à celle des normes de source jurisprudentielle; et donc 4) les normes de source légale *devraient* (c'est une proposition) être mises en œuvre comme les autres normes ou bien les normes de source jurisprudentielle *devraient* être traitées comme les normes de source légale.

I - Les normes de source jurisprudentielle existent et ont la même nature que les autres normes juridiques

8 - Quelques explications, sinon à propos des termes utilisés ici, « norme de source jurisprudentielle », plutôt que ceux, plus communs, de source jurisprudentielle. La question des « sources » du droit est, en effet, un ensemble de considérations doctrinales autour des techniques de production des normes juridiques. À cet égard, si les normes de type légal, constitutionnel ou international, sont posées dans la Constitution, elles sont, par ailleurs, considérées comme disposant d'une autorité normative supérieure aux autres normes. C'est dans ce contexte que la simple référence à l'« autorité » judiciaire dans la Constitution de la V^e République a nourri le débat sur la nature normative de celle-ci, encore présent d'ailleurs, fût-ce de manière résiduelle. Si la considération de la jurisprudence comme source de droit ne fait plus guère de débat, c'est cependant sur la base d'une analyse fonctionnelle, ou descriptive, de la jurisprudence. Il suffirait, en effet, de constater que la Cour de cassation produit des décisions qui créent des normes juridiques. On peut proposer une analyse plus générale: la jurisprudence crée par nature des normes juridiques, parce que tel est le rôle d'une cour souveraine, c'est-à-dire d'une autorité judiciaire dont les décisions ne peuvent pas faire l'objet d'un recours. Il suffit alors d'observer cette réalité. D'un point de vue institutionnel, depuis 1838, en effet, le référé législatif, ou ce qu'il en restait, a disparu, et les décisions de l'assemblée plénière de la Cour de cassation s'imposent à la cour de renvoi. D'un point de vue fonctionnel, en outre, la Cour de cassation dispose, par la loi, du pouvoir d'interpréter toutes les normes juridiques de son champ de compétence, y compris celles qui intéressent sa capacité à interpréter les lois de procédure. C'est donc de la loi, de l'article 4 du code civil, par exemple, mais

surtout des articles L. 411-1 et suivants du code de l'organisation judiciaire et de l'article 604 du code de procédure civile, qu'elle tire son pouvoir: « (...) censurer (...) la non-conformité du jugement (...) aux règles de droit ». C'est donc la Cour de cassation qui dispose du pouvoir de déterminer ce que sont les règles de droit de référence et, ce faisant, d'en déterminer le contenu réel. Par conséquent, les décisions de la Cour de cassation sont des normes juridiques réelles, c'est-à-dire la signification objective d'un énoncé préalable, en ce sens qu'on peut faire une différence entre les types de normes juridiques. La loi, par exemple, propose un contenu qui est normativement indéterminé, puisque ce contenu dépend de l'interprétation qu'en fera la Cour de cassation (et ce, indépendamment des diverses propositions d'interprétation que formule la doctrine). La norme légale est donc une norme à interpréter, tandis que la décision de la Cour de cassation est une norme interprétée³⁴.

9 - Dès lors, si l'on considère les normes juridiques du point de vue de ces dernières et non plus du point de vue de leur source, on doit reconnaître que les normes juridiques sont uniformes: il existe des normes juridiques, lesquelles sont, éventuellement, produites par des sources distinctes, et la détermination des sources réellement productrices de telles normes par un système juridique dépend de ce système juridique, c'est-à-dire de ses règles d'organisation, mais aussi de ses traditions, son histoire, etc. Ainsi, en France, la considération historique du primat de la loi écrite repose, sans doute, sur la formule selon laquelle « la loi est l'expression de la volonté générale », sans que l'on puisse s'entendre de manière définitive sur le sens du mot « loi » dans cette formule, loi au sens formel de l'article 34 de la Constitution, loi au sens réel y compris donc la matière réglementaire, ou loi au sens de norme juridique quelconque, peu important ce sens puisque, en toute hypothèse, la Cour de cassation, par exemple, tire ses pouvoirs de la loi au sens formel. Il existe donc deux sources certaines de normes juridiques, la loi et la jurisprudence. On pourrait même ajouter que seule la jurisprudence est une source véritable de norme juridique puisque c'est la Cour de cassation qui déterminera, en toutes circonstances, le sens objectif à un moment donné de la norme légale qu'elle interprète. À quoi bon, cependant, s'encombrer de la notion de source dans la mesure où seule celle de « norme juridique » importe, sinon pour discriminer, parmi toutes les sources possibles de normes juridiques, celles qui sont des sources effectives de normes en droit français. On conclura donc ici, *a minima*, que les normes de source jurisprudentielle existent et qu'elles ont la même nature que les autres normes juridiques, les normes de source légale.

II - Les normes de source jurisprudentielle ne sont pas rétroactives parce qu'interprétatives

10 - C'est, là, proposer une solution qui ne fait pas, loin s'en faut, l'unanimité dans le débat sur l'effet dans le temps des

pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé ». Comp. M. Mekki, L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, LGDJ, 2004. (34) V. D. Mainguy, Introduction générale au droit, Litec, 7^e éd., 2016, à paraître.

décisions de jurisprudence, question souvent résumée à un problème particulier, celui dit de « l'effet rétroactif des revirements de jurisprudence »³⁵. Pour résumer cette question sur laquelle de nombreux auteurs, et non des moindres, se sont penchés, avec une certaine autorité, il résulte que les revirements de jurisprudence sont rétroactifs, apportant un trouble dans l'ordre juridique qu'il s'agirait de combattre. Or on peut montrer que cette solution, présentée sous forme de syllogisme, confine au sophisme : la jurisprudence propose une interprétation, donc la jurisprudence est une source interprétative ; or les lois interprétatives sont rétroactives ; donc la jurisprudence est rétroactive. La difficulté repose sur l'idée que la jurisprudence serait une norme *interprétative*, ce qui est la conception très majoritaire, pour ne pas dire unanime.

11 - Or, pour tenter une proposition alternative³⁶, cette affirmation relève d'une confusion sémantique entre les termes *interprétation* et *interprétatif*. En premier lieu, en effet, le fait que la Cour de cassation se livre à une activité d'interprétation signifie que sa mission de cassation passe par l'interprétation d'un énoncé préalable, visant à lui donner un sens objectif et immédiatement applicable. En ce sens, la Cour de cassation opère une activité normative de création de normes. Tel n'est pas cependant l'essentiel de l'activité de la Cour de cassation : en général, ses arrêts sont des arrêts de rejet pur et simple qui confirment la jurisprudence antérieure et, de ce fait, sont purement déclaratifs. Dans cette situation, et pour emprunter à la distinction entre jugements déclaratifs et constitutifs³⁷, le « droit » contesté devant la Cour de cassation est celui qui découle de l'arrêt d'appel, disons le droit de faire exécuter l'arrêt d'appel. En rejetant le pourvoi, dont l'objet est le procès de cet arrêt d'appel, elle émet un arrêt déclaratif. Tout comme la plupart des jugements sont déclaratifs, la plupart des arrêts de cassation le sont. En revanche, certains arrêts, de rejet ou de cassation, modifient la norme juridique applicable par un changement ou un ajout d'interprétation : dans cette situation, l'arrêt est constitutif, non d'un droit, mais d'une norme juridique nouvelle ; l'arrêt est constitutif. Par exemple, dans l'affaire *Alma mater*³⁸, elle ajoutait une norme où il n'y en avait pas, ou, dans l'affaire *Les maréchaux* de 2007³⁹, elle proposait un nouveau sens à une norme, ici l'interprétation de l'article 1134, alinéa 3, du code civil ou encore, comme dans l'arrêt du 22 mars 2016, un revirement de jurisprudence assurant que, désormais, le

contrôle de cassation s'effectuera selon un nouveau sens de la règle interprétée (règle qui est aujourd'hui de source jurisprudentielle). Affirmer que le travail d'*interprétation* judiciaire est un travail *interprétatif* repose alors sur une confusion sémantique. Une loi interprétative saisit le sens d'une loi préalable dont un terme pouvait prêter à confusion ; elle fait alors corps avec cette loi. De même, un arrêt interprétatif ou correctif donne un sens à une décision précise rendue préalablement. Mais ce sont là des situations exceptionnelles. En revanche, la question se pose de savoir si est parfaitement descriptif de la réalité le fait de considérer que la norme jurisprudentielle est *interprétative* au sens des lois ou des arrêts interprétatifs. C'est d'ailleurs une question de procédure posée par les articles 461 et 462 du code de procédure civile qui permet à un juge d'interpréter ou de corriger un jugement, et le jugement interprétatif fait corps avec le jugement interprété. C'est en outre une question de description de la norme jurisprudentielle : est-elle une interprétation dépendant d'un « cadre » prédéfini (conception normativiste qui pourrait justifier son caractère interprétatif), ou un acte de volonté créatif (conception réaliste qui en fait une norme autonome de la norme interprétée) ? À aucun moment, un arrêt, ordinaire, de la Cour de cassation ne fait corps avec la loi interprétée, ou un arrêt de jurisprudence ne fait corps avec l'arrêt dont la solution est renversée, qui elle-même ferait corps avec la loi interprétée. D'ailleurs, le pourvoi en cassation a pour simple objet d'assurer le procès d'un arrêt d'appel pour vérifier sa conformité aux « règles de droit » : la mission de la Cour est donc bien de donner le sens de ces règles de droit, pas de procéder à une interprétation au sens de l'article 461 du code de procédure civile.

12 - Dès lors, l'affirmation du caractère automatiquement rétroactif de l'arrêt de cassation, et notamment d'un revirement de jurisprudence, mérite d'être posée. Dans la plupart des cas, la Cour de cassation rejette des pourvois sur le fondement de la conformité de l'arrêt d'appel à une norme dont elle a déjà fixé le sens (et se poserait alors la question de savoir pourquoi la Cour de cassation n'ose pas, encore, inscrire ses propres décisions dans le *corpus* des « règles de droit » de l'art. 604 c. pr. civ.⁴⁰). Dans certains cas, la Cour de cassation rejette ou censure en offrant une signification nouvelle, inédite, de précision ou de revirement, à un énoncé préalable (là encore, ce peut être un énoncé préalable de type légal ou de type jurisprudentiel) :

(35) V. not., N. Molfessis (dir.), Rapport sur les revirements de jurisprudence, Litec, 2005 ; note ss Civ. 1^{re}, 11 juin 2009, n° 07-14.932 et n° 08-16.914, D. 2009. 2567. V. aussi, T. Revet, La légisprudence, Mélanges P. Malaurie, Defrénois, 2005, p. 377 ; P. Morvan, Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon, D. 2005. 247, et la note D. 2007. 835 ; C. Radé, De la rétroactivité des revirements de jurisprudence, D. 2005. 988 ; X. Lagarde, Jurisprudence et insécurité juridique, D. 2006. 678. Adde : V. Heuzé, À propos du rapport sur les revirements de jurisprudence, JCP 2005. I. 130 ; P. Sargos, L'horreur économique dans la relation de droit (libre propos sur le « Rapport sur les revirements de jurisprudence »), Dr. soc. 2005. 123 ; P. Voirin, Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences (à propos de l'arrêt du 18 juin 1958), JCP 1959. I. 1467 ; J. Rivero, Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle, AJDA 1968. 15 ; C. Mouly, Les revirements de jurisprudence, in L'image doctrinale de la Cour de cassation, Doc. fr., 1994, p. 123 ; Le revirement pour l'avenir, JCP 1994. I. 3776. (36) Comp. D. Mainguy, L'interprétation de l'interprétation, JCP 2011. 603. (37) Comp. L. Mazeaud, De la distinction entre jugements déclaratifs et jugements constitutifs de droits, RTD civ. 1929. 17. (38) Cass., ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105, D. 1991. 417, rapp. Y. Chartier, 318, obs. J.-L. Aubert, 424, note D. Thouvenin, et 1992. 59, obs. F. Dekeuwer-Défossez ; RFDA 1991. 395, étude M. Long ; Rev. crit. DIP 1991. 711, note C. Labrusse-Riou ; RTD civ. 1991. 517, obs. D. Huet-Weiller, 1992. 88, obs. J. Mestre, et 489, étude M. Gobert. (39) Com. 10 juill. 2007, n° 06-14.768, D. 2007. 1955, obs. X. Delpéch, 2839, note P. Stoffel-Munck, 2764, chron. R. Salomon, 2844, note P.-Y. Gautier, et 2966, obs. B. Fauvarque-Cosson ; RTD civ. 2007. 773, obs. B. Fages ; RTD com. 2007. 786, obs. P. Le Cannu et B. Dondero. (40) V. Com. 22 mars 2016, n° 14-14.218, préc. ; Civ. 1^{re}, 6 avr. 2016, n° 15-10.552, D. 2016. 841.

le pouvoir de la Cour de cassation est donc de donner un sens à une norme à interpréter aux fins de « créer » la norme, notamment lorsqu'elle n'interprète pas une norme préexistante (parce qu'elle n'existait pas), comme ce fut le cas dans l'affaire *Alma mater*, ou encore dans le cas de la jurisprudence sur les clauses de non-concurrence (V. *infra*, n° 13). La décision de cassation propose donc un effet d'innovation voisin de celui que propose une loi nouvelle. Dès lors, la question de l'application dans le temps de la norme de source jurisprudentielle dépendra de son autorité, norme d'ordre public ou non, norme contractuelle d'ordre public ou non. En toute hypothèse, que la décision de jurisprudence présente un effet rétroactif ou immédiat par nature, peu importe ici : dans les deux cas, aucune survie de la « norme ancienne » ne s'impose, bien au contraire.

III - Les normes de source légale disposeraient par conséquent d'une force normative inférieure à celle des normes de source jurisprudentielle

13 - Prenons alors deux exemples. Le premier, celui de l'application de l'article 1171 du code civil, après le 1^{er} octobre 2016, à un contrat conclu avant cette date. L'article 9, alinéa 2, de l'ordonnance de 2016, interprété dans le premier sens, celui de la thèse de Roubier, aboutit à conclure au rejet de cette application : la norme est certes d'ordre public, mais ce caractère ne saurait, sous couvert d'application immédiate, remettre en cause une situation juridique née régulièrement avant la loi nouvelle, puisque la norme touche à la formation du contrat, et parce que l'article 9 ne réserve pas l'application immédiate des normes d'ordre public (proposition n° 1, V. *supra*). Le contrat a été régulièrement formé avant le 1^{er} octobre 2016, la loi applicable à ce moment ne peut pas remettre en cause cette situation. On pourrait toutefois considérer que le fait que la sanction du déséquilibre significatif, la clause est réputée non écrite, ou le fait que la clause n'a d'importance que dans la mesure de sa mise en œuvre, donc dans ses effets, permet d'interpréter l'article 9, alinéa 2, de l'ordonnance de 2016 de manière plus osée (proposition n° 3). Ce n'est pas la même chose que d'envisager les conditions, définitivement passées, de formation d'un contrat sous l'empire de la loi ancienne et l'appréciation, future, d'une clause, quand bien même elle aurait été consentie avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. D'ailleurs, lorsque, de manière voisine, la jurisprudence a sanctionné les clauses limitatives de responsabilité, à compter de 1996, ses décisions se sont appliquées immédiatement, sans difficulté, à des clauses conclues antérieurement à ces arrêts.

Second exemple alors : celui des conditions de validité des clauses de non-concurrence ; lorsque le 10 juillet 2002⁴¹, la chambre sociale de la Cour de cassation pose la règle selon laquelle les clauses de non-concurrence post-contractuelles dans un contrat de travail doivent, pour être valables, être accompagnées d'une contrepartie financière. On peut consi-

dérer que la Cour de cassation pose alors : (a) une norme de source jurisprudentielle ; (b) une norme de source jurisprudentielle qui n'interprète aucune loi précise préalable, si ce n'est l'ex-article 1131 du code civil, et donc fait une œuvre créative, par un revirement ou un aménagement de jurisprudence ; (c) une norme de source jurisprudentielle intéressant la validité d'un contrat et donc d'ordre public ; (d) une norme de source jurisprudentielle dont le caractère rétroactif (ou d'effet immédiat) a été constaté. En toute hypothèse, l'effet dans le temps de cette norme de source jurisprudentielle s'est appliqué, *sans la réserve de Roubier*, à savoir qu'une norme nouvelle d'ordre public intéressant les contrats ne peut avoir pour objet de remettre en cause une situation juridique née régulièrement sous l'empire de la norme juridique antérieure. Précisément, l'arrêt de 2002 a créé une norme nouvelle qui remet en cause, par son application immédiate (ou rétroactive), une situation juridique née régulièrement auparavant. On pourrait multiplier les exemples : la jurisprudence sur l'affirmation que la signature de l'acte unilatéral est exigée *ad validitatem* ou *ad probationem*, l'application dans le temps de l'article L. 442-6 du code de commerce (s'il s'agit véritablement de remettre en cause un contrat ou une clause), la jurisprudence sur l'erreur sur les qualités substantielles, sur l'erreur sur la rentabilité, sur la question de savoir si la nullité est relative ou absolue, etc.

Imaginons que, avant le 1^{er} octobre 2016, la Cour de cassation considère que l'exigence de rémunération s'impose pour toutes les clauses de non-concurrence, cette norme nouvelle s'appliquerait à tous les contrats, quelle que soit leur date de conclusion. Imaginons que cet arrêt intervienne après le 1^{er} octobre 2016 et que la décision soit fondée, par exemple, sur le texte de l'article 1162 (nouveau) du code civil et du « but » du contrat : cette solution est-elle possible pour un contrat conclu avant le 1^{er} octobre 2016 ? Assurément : la situation est absolument identique, peu important que l'article 1162 se soit substitué à l'ex-article 1131 du code civil. C'est d'ailleurs, à bien des égards, le résultat de l'arrêt de la chambre commerciale du 22 mars 2016 déjà largement cité : il propose un renversement de jurisprudence sur la base d'une interprétation de règles elles-mêmes jurisprudentielles et sa solution, d'ordre public, vaut pour l'interprétation du droit ancien comme du droit nouveau des contrats, et ce, indépendamment de la date du 1^{er} octobre 2016. À répéter l'exercice, il suffirait donc à la Cour de cassation d'interpréter les règles anciennes comme elle le ferait pour les règles nouvelles, et à la lumière de celles-ci, pour éclipser l'article 9, alinéa 2, de l'ordonnance de 2016.

On considère que la « sécurité juridique » est un principe valant la réserve de l'application immédiate de certaines règles d'ordre public en droit des contrats, alors il en résulte que, sous les auspices de ce « principe », la norme jurisprudentielle dispose d'une force normative supérieure à celle de la norme légale, ce qui est un comble si on s'en tient à la présentation traditionnelle des sources de normes juridiques en France.

(41) Soc. 10 juill. 2002, n° 00-45.135, n° 04-45.387 et n° 99-43.334, D. 2002. 2491, note Y. Serra, 3111, obs. J. Péliissier, et 2003. 1222, obs. B. Thullier ; Dr. soc. 2002. 949, note R. Vatinet ; RTD civ. 2003. 58, obs. J. Hauser.

IV - Les normes de source légale devraient être mises en œuvre comme les autres normes ou bien les normes de source jurisprudentielle devraient être traitées comme les normes de source légale

14 - Quelles peuvent être alors les conséquences de ce qui apparaît comme un simple constat ? Une première solution consiste à observer simplement la situation, indépendamment de tout jugement de valeur (c'est d'ailleurs, en général, à cette activité de spectateur neutre qu'on résume le travail des positivistes). Une autre consiste à dépasser ce constat et à tirer les conséquences de cette différence de statut.

On pourrait alors proposer que les normes juridiques de source légale soient traitées comme les normes juridiques de source jurisprudentielle et donc, pour le cas qui nous occupe, proposer que la Cour de cassation choisisse une interprétation audacieuse de l'article 9, alinéa 2, de l'ordonnance de 2016.

Par conséquent, on se trouverait, à considérer les seules sources, confronté à des normes juridiques applicables au droit des contrats d'intensité distincte : soumises à une interprétation étroite, ou classique (proposition n° 1, *V. supra*), de l'article 9, alinéa 2, de l'ordonnance de 2016 pour les normes de source

légale, règles d'application immédiate (ou rétroactive selon l'analyse retenue) pour les normes de source jurisprudentielle.

On risque donc bien de se retrouver face à des choix jurisprudentiels cruciaux. Ou bien la jurisprudence choisit d'interpréter l'article 9, alinéa 2, strictement (proposition n° 1, *V. supra*), et l'application réelle de la réforme en sera repoussée d'autant, avec force exercice schizophrénique pour les rédacteurs de contrats, contraints de « penser 2016 » pour la rédaction des contrats conclus après le 1^{er} octobre 2016, mais de « penser 1804 » pour tous les litiges nés de contrats conclus avant cette date, avec les inconvénients matériels déjà décrits. Ou bien la jurisprudence interprète l'article 9, alinéa 2, de manière plus libérale (propositions n°s 2 et 3), en tenant compte de la nature des normes d'ordre public de la réforme. Ou bien elle tient compte de la distance exagérément opérée entre les sources des normes juridiques applicables et considère (proposition n° 4) que l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 2016 vaut pour toutes les normes légales qui sont modifiées par celles-ci, au prix sans doute d'une interprétation très volontariste de son article 9 (proposition n° 4), mais au bénéfice, d'une part, d'une meilleure uniformité des règles du droit du contrat et, d'autre part, d'une considération homogène des différentes sources des normes juridiques du droit des contrats, dont la source jurisprudentielle.