

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La réforme du droit de la preuve

George, Florence

Published in:

La réforme du droit de de la preuve

Publication date:

2019

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

George, F 2019, La réforme du droit de la preuve: droit transitoire. Dans *La réforme du droit de de la preuve*. Commission Université-Palais, Numéro 193, Anthemis, Liège, p. 255-300.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

7

LA RÉFORME DU DROIT DE LA PREUVE : DROIT TRANSITOIRE

Florence GEORGE*
chargée de cours à l'UNamur
avocate au barreau de Huy

Sommaire

Introduction	256
Section 1	
Principes de droit commun	257
Section 2	
Loi du 13 avril 2019 : entrée en vigueur et droit transitoire	276
Section 3	
Mise en application concrète des principes	285
Conclusion	291

* L'auteure remercie vivement Rafaël Jafferali, avocat et professeur à l'U.L.B. ainsi que Jean-Benoît Hubin, juge au tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles, pour leurs précieuses réflexions. Les positions défendues dans la présente contribution n'engagent toutefois que l'auteure.

Introduction

1. Introduction. L'étude des conflits de lois dans le temps (aussi dénommée droit transitoire)¹ est généralement perçue comme hermétique pour l'étudiant comme pour le praticien.

Ce n'est guère étonnant dès lors que «le droit transitoire ne régit pas directement et immédiatement l'activité des hommes vivant en société»². Il a plutôt vocation à régler les difficultés que suscitent les modifications apportées au droit³. Pourtant, aucune réforme n'échappe à la question du conflit que crée la succession de deux lois dans le temps. Il demeure, en effet, indispensable de déterminer la loi applicable non seulement aux litiges dont sont saisis les cours et tribunaux, mais également à l'ensemble des faits et actes antérieurs et/ou postérieurs à la réforme. L'application simultanée de plusieurs règles ne peut, en effet, constituer une solution.

Les maigres dispositions consacrées au droit transitoire dans la réforme du droit de la preuve contrastent malheureusement avec les difficultés qui jalonnent la matière. La présente contribution en donne un premier aperçu.

2. Plan. Dans un premier temps, nous rappellerons au lecteur les principes de base qui gouvernent la matière du droit transitoire (section 1). Ainsi, après avoir évoqué le siège de la matière et les différentes théories doctrinales (A), nous nous intéresserons aux principes de non-rétroactivité (B), d'application immédiate de la loi nouvelle (C) et de survie de la loi ancienne (D). Ensuite, notre attention se portera sur la loi du 13 avril 2019 qui réforme le droit de la preuve (section 2). L'entrée en vigueur de cette dernière étant fixée au 1^{er} novembre 2020, le praticien aura le temps de se familiariser avec les principes (A). L'absence de dispositions transitoires complexifiera cependant la tâche des parties et de leurs conseils ainsi que, le cas échéant, des juges qui seront amenés à se prononcer sur la loi applicable au litige (B). Derrière une apparente simplicité, le renvoi au droit commun génère de nombreuses incertitudes, la matière n'échappant pas aux controverses (C). Enfin, nous confronterons les solutions dégagées à quelques exemples issus de la pratique (section 3).

Section 1

Principes de droit commun

A. Siège de la matière et théories doctrinales

1. Article 1^{er} du Code civil

3. Prescrit de l'article 1^{er} du Code civil (ancien art. 2 C. civ.). On enseigne traditionnellement que le siège du droit transitoire se situe à l'article 2 du Code civil, devenu à la suite de l'adoption de la loi du 18 juin 2018⁴, l'article 1^{er} du Code civil. L'article 1^{er} dispose que «La loi ne dispose que pour l'avenir : elle n'a point d'effet rétroactif».

Tel que rédigé, cet article proscribit tout effet rétroactif des lois nouvelles⁵. Il faut toutefois se garder d'étendre à outrance le prescrit de l'article 1^{er} (voy. *infra*, n° 18). Comme le précisait déjà Henri De Page, «Ces deux membres de phrase expriment, en réalité, une pensée identique à savoir que la loi n'est pas faite pour le passé. Elle n'est pas destinée à régir ce qui a été, et est définitivement révolu. Son seul champ d'application possible, c'est le présent et l'avenir»⁶.

4. Genèse. Historiquement, l'ancien article 2 fut adopté pour éviter le «souvenir cuisant laissé par certaines lois révolutionnaires que le législateur avait imprudemment déclarées rétroactives [...]». En 1804, le législateur eut donc «à cœur de condamner définitivement pareille méthode, et d'inscrire le principe de la non-rétroactivité des lois au fronton même du droit nouveau»⁷.

Le principe, inspiré de la théorie des droits acquis, n'a donc pas la vocation, qu'on lui connaît aujourd'hui, de fournir une solution aux différents problèmes de droit transitoire⁸. À l'époque de sa rédaction, l'article 2 ne renvoyait d'ailleurs pas aux trois principes⁹ que l'on connaît actuellement¹⁰. Il s'agissait plutôt «d'une recommandation solennelle faite à tous les législateurs de l'avenir»¹¹. Il était perçu à la fois comme «un précepte pour le législateur, une obligation pour le juge et une garantie pour les citoyens»¹².

¹ W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, Anvers, Standard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1969, p. 62.

² J. HÉRON, *Principes du droit transitoire*, Paris, Dalloz, 1996, p. 6.

³ *Ibid.*, p. 6.

⁴ Voy. art. 2 de la loi du 18 juin 2018 portant dispositions diverses en matière de droit civil et des dispositions en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges, *M.B.*, 2 juillet 2018.

⁵ P. ROUBIER, *Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps)*, Paris, Dalloz, 2008, n° 38, pp. 13 et s.

⁶ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 323.

⁷ *Ibid.*, p. 323.

⁸ P. POPELIER, *Toepassing van de wet in de tijd : vaststelling en beoordeling van temporele functies*, Anvers, Kluwer, 1999, n° 44.

⁹ Principe de la non-rétroactivité, principe de l'application immédiate de la loi nouvelle et principe de la survie de la loi ancienne.

¹⁰ À savoir les principes de non-rétroactivité, d'application immédiate et de survie de la loi ancienne (P. POPELIER, *Toepassing van de wet in de tijd : vaststelling en beoordeling van temporele functies*, op. cit., n° 44).

¹¹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3^e éd., op. cit., p. 323.

¹² *Ibid.*, p. 323.

5. Portée. Actuellement, les deux règles qui déterminent les champs d'application respectifs de la loi nouvelle et de la loi ancienne sont rattachées à l'article 2 du Code civil (devenu art. 1^{er}). Cet article constituerait à la fois le fondement de la non-rétroactivité de la loi nouvelle, mais également celui de l'application immédiate de celle-ci^{13 14}. D'aucuns estiment toutefois que seul le principe de non-rétroactivité se trouve consacré à l'article 2 (devenu article 1^{er}) du Code civil (voy. *infra*, n° 18). La rédaction de ce dernier est, en effet, souvent décrite comme lapidaire¹⁵.

La doctrine reste divisée sur la portée à conférer à cet article. Une frange de la doctrine considère, en effet, que le principe de non-rétroactivité constitue, non pas une simple loi, mais un principe général du droit^{16 17}.

6. Champ d'application et absence de valeur constitutionnelle. Malgré sa place dans le Code civil, la disposition est considérée comme valant pour toute matière¹⁸.

Elle n'est toutefois pas une règle constitutionnelle¹⁹ de sorte que le législateur n'est pas «lié par l'article 2 du Code civil. Il peut y déroger et déclarer une loi rétroactive»²⁰ sous réserve des limites dégagées par la Cour constitutionnelle (voy. *infra*, n° 16).

2. Article 3 du Code judiciaire

7. Champ d'application et prescrit de l'article 3. L'article 3 du Code judiciaire constitue une autre disposition à laquelle on fait généralement appel en présence d'un conflit de lois dans le temps. Son champ d'application est toutefois plus limité. Cet article dispose que «Les lois d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure sont applicables aux procès en cours sans dessaisissement cependant de la juridiction qui, à son degré, en avait été valablement saisie et sauf les exceptions prévues par la loi».

Dans le cadre de la présente contribution, nous nous focaliserons principalement sur les principes applicables aux règles de procédure. Ces dernières renvoient aux règles «qui déterminent les conditions et les modes selon lesquels la justice est rendue et accomplit son œuvre. [...] Il s'agit des règles qui gouvernent l'introduction et l'instruction de l'instance (administration de la preuve et mise en état principalement), les formes et le prononcé des jugements, les voies de recours contre ceux-ci, tant sous l'angle de leur admissibilité que de leur déroulement, ainsi que les voies d'exécution»²¹.

8. Principe de l'application immédiate. La loi nouvelle est ainsi immédiatement applicable «aux procédures à venir, mais également aux effets futurs des procédures qui sont déjà en cours, c'est-à-dire aux affaires qui sont déjà introduites au moment de l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions mais qui doivent encore être jugées»²².

Le principe souffre toutefois une exception inscrite dans la finale de l'article 3²³. Si la juridiction a été valablement saisie avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, cette saisine tiendra en échec l'application de la loi nouvelle^{24 25}.

3. Aperçu de plusieurs théories doctrinales²⁶

9. Théorie des droits acquis. La théorie des droits acquis, aujourd'hui abandonnée, a longtemps prévalu en doctrine. Elle distingue, d'un côté, les

¹³ G. DE LEVAL et Fr. GEORGES, *Droit judiciaire*, t. 1, Institutions judiciaires et éléments de compétence, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 117.

¹⁴ On préfère parfois à l'expression «deux règles» celle de «deux présomptions» (G. CLOSSET-MARCHAL, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, Bruxelles, Bruylant, 1983, p. 12).

¹⁵ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3^e éd., op. cit., p. 324.

¹⁶ Voy., sur la controverse, G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire : droit commun de la procédure et droit transitoire. Commentaire des articles 2 et 3 du Code judiciaire*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 122. Plusieurs arrêts de la Cour plaident pour la reconnaissance de ce principe général du droit : Cass., 2 mai 1994, *Arr. Cass.*, 1994, p. 444 ; Cass., 17 septembre 2004, *Pas.*, 2004, p. 1362.

¹⁷ Aucun consensus n'existe, cependant, sur les conséquences qu'emporterait cette qualification. Voy., sur cette question, G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire : droit commun de la procédure et droit transitoire. Commentaire des articles 2 et 3 du Code judiciaire*, op. cit., p. 122 («Puisqu'en droit belge, le principe général du droit occupe, dans la hiérarchie des règles, le même échelon que la loi au sens strict, une règle de cette dernière nature pouvait toujours y déroger») et P. POPÉLIER, *Toepassing van de wet in de tijd. Vaststelling en beoordeling van temporele functies*, op. cit., p. 45, n° 68 («Dat een algemeen rechtsbeginsel, en niet een wetsbepaling als rechtsgrond voor de principes van overgangsrecht wordt aangenomen, heeft gevolgen voor de mogelijkheden tot afwijking van het principe : voor de wetgever verkleinen die, voor het bestuur worden ze groter. Rechtsbeginselen stellen immers geen rigide regel vast, maar hebben een oriënterende functie waarvan de afwijkingmogelijkheden worden bepaald middels een belangenafweging»).

¹⁸ G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire : droit commun de la procédure et droit transitoire. Commentaire des articles 2 et 3 du Code judiciaire*, op. cit., p. 119 ; G. CLOSSET-MARCHAL, «Examen de jurisprudence (2000-2015) – Droit judiciaire privé – Principes généraux du Code judiciaire», op. cit., p. 85.

¹⁹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3^e éd., op. cit., p. 328 ; Th. REYNIJENS, «Toepassing van een nieuwe wet op een lopende overeenkomst», *Jura falc.*, 2014-2015, p. 718.

²⁰ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3^e éd., op. cit., p. 328.

²¹ G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire : droit commun de la procédure et droit transitoire. Commentaires des articles 2 et 3 du Code judiciaire*, op. cit., p. 153, reproduit par C. DE BOE, «Le droit transitoire», in *Le Code judiciaire en pot-pourri*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 360. Voy. également G. DE LEVAL et Fr. GEORGES, *Droit judiciaire*, t. 1, op. cit., p. 118.

²² C. DE BOE, «Le droit transitoire», op. cit., p. 361.

²³ Voy., sur ce correctif, G. CLOSSET-MARCHAL, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, op. cit., pp. 148 et s. Cette règle n'aura toutefois – on le verra – pas d'incidence en termes de droit de la preuve.

²⁴ G. DE LEVAL et Fr. GEORGES, *Droit judiciaire*, t. 1, op. cit., p. 118.

²⁵ Si, par contre, cette même juridiction a rendu antérieurement à la loi nouvelle une décision frappée de recours, la loi nouvelle qui modifierait la compétence du juge d'appel sera immédiatement applicable (cf. les termes employés à l'article 3 «à son degré»). Voy., à ce sujet, C. DE BOE, «Le droit transitoire», op. cit., p. 362. Notons que cette exception ne présente pas d'intérêt dans le cadre de la présente contribution).

²⁶ Voy., sur ces théories, J. HÉRON, *Principes du droit transitoire*, op. cit., pp. 8 et s. ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3^e éd., op. cit., pp. 327 et s.

droits acquis définis comme ceux « qui sont entrés dans notre domaine (c'est-à-dire dans notre patrimoine) qui en font partie et que ne peut plus nous ôter celui de qui nous le tenons »^{27 28} et, de l'autre, les simples expectatives.

Les partisans de cette théorie, dont notamment Blondeau et Merlin, estiment qu'une loi doit être considérée comme rétroactive lorsqu'elle modifie les droits acquis²⁹. À l'inverse, elle ne l'est point si elle se limite à modifier de simples expectatives³⁰.

Cette théorie fut rapidement abandonnée vu sa fausseté scientifique³¹. Comme l'écrit très justement le professeur Closset-Marchal, « Toute atteinte légale à un droit acquis signifiant rétroactivité de la loi, cette théorie aboutissait à ne pas tolérer que la loi nouvelle porte atteinte aux situations qui, par cela qu'elles étaient nées sous l'empire de la loi ancienne, étaient "passées" »³².

L'on se doit d'éviter tout amalgame entre cette théorie et l'attendu clé des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière d'application de la loi dans le temps selon lequel « en vertu de l'article 2 du Code civil, une nouvelle loi est, en règle, applicable non seulement aux situations nées postérieurement à son entrée en vigueur mais aussi aux effets futurs de situations nées sous l'empire de l'ancienne loi, se produisant ou perdurant sous la nouvelle loi pour autant qu'il ne soit pas ainsi porté atteinte à des droits déjà irrévocablement fixés »^{33 34}. Même si la Cour ne s'explique pas explicitement sur la signification à conférer aux « droits irrévocablement acquis »³⁵, elle n'entend pas faire revivre la théorie des droits acquis évoquée ci-avant.

10. Mise en évidence de principes directeurs. D'autres systèmes furent ensuite proposés pour obvier aux critiques formulées à l'encontre de la théorie des droits acquis. Parmi ceux-ci, on retrouve celui proposé par Colin et

²⁷ J. HÉRON, *Principes du droit transitoire*, op. cit., p. 7.

²⁸ Initialement, la notion de droits acquis s'entend des « prérogatives les plus diverses » et s'étend même aux « simples espérances » avant d'être limitée aux « droits dont les individus sont définitivement investis et qui doivent leur demeurer » (G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire : droit commun de la procédure et droit transitoire. Commentaire des articles 2 et 3 du Code judiciaire*, op. cit., p. 120).

²⁹ Cités par H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3^e éd., op. cit., p. 327 ; J. HÉRON, *Principes du droit transitoire*, op. cit., p. 7.

³⁰ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3^e éd., op. cit., p. 327 ; M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, Principes généraux, 3^e éd., Paris, Librairie Cotillon, 1904, pp. 95-96, n^{os} 241 et s.

³¹ G. CLOSSET-MARCHAL, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, op. cit., p. 11.

³² *Ibid.*, p. 11.

³³ Nous mettons en italique.

³⁴ Cass., 14 février 2002, *Pas.*, 2002, p. 435 ; Cass., 15 septembre 2005, *J.T.*, 2006, p. 581 ; Cass., 24 avril 2008, *Pas.*, 2008, p. 993 ; Cass., 12 avril 2010, *Pas.*, 2010, p. 1118 ; concl. J.-M. GENICOT, *R.C.J.B.*, 2011, p. 453, note N. GALLUS ; Cass., 16 septembre 2013, *Pas.*, 2013, p. 1678 ; Cass., 2 janvier 2017, *www.cass.be*. On vise notamment ici les hypothèses liées à la prescription.

³⁵ Voy. aussi Th. VANCOPPERNOLLE, *Intertemporeel recht*, Anvers, Intersentia, 2019, p. 56, qui souligne le caractère imprécis de la notion. À titre d'illustration, les droits que les créanciers puisent dans une situation de concours survenue avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle sont considérés comme des droits irrévocablement fixés (M. GRÉGOIRE, « Les sûretés réelles et les privilèges – 2^e partie : 1975-2000. II. Les privilèges mobiliers », *Dr. banc. fin.*, 2001, p. 18).

Capitant qui se fonde sur deux règles³⁶. D'une part, la loi ne régit que les faits postérieurs à son entrée en vigueur. D'autre part, la loi ne peut avoir d'effet rétroactif et s'appliquer aux situations antérieures. Cette théorie fut toutefois critiquée dès lors qu'elle était sujette à de nombreuses exceptions.

Henri De Page privilégie plutôt le recours à quatre règles différentes qu'il énonce comme suit :

« Première règle : La loi nouvelle ne s'applique pas aux situations nées et définitivement accomplies sous l'empire de la loi ancienne ;

Deuxième règle : En revanche, la loi nouvelle s'applique immédiatement, non seulement à toutes les situations qui naîtront sous son empire, mais même aux effets futurs des situations nées sous l'empire de la loi antérieure ;

Troisième règle : Il est toutefois fait exception à la seconde règle, énoncée ci-dessus, en ce qui concerne les contrats. Les effets futurs des contrats nés sous l'empire de la loi ancienne continueront à être régis par cette loi, même si ces effets se développent sous l'empire de la loi nouvelle ;

Quatrième règle : Enfin, la troisième règle (maintien de la loi ancienne) subit à son tour exception si la loi nouvelle est d'ordre public, ou si elle est expressément déclarée applicable aux situations en cours »³⁷.

11. Affinements³⁸. Les travaux de la doctrine française consacrés au droit transitoire vont encore permettre de clarifier et d'affiner les principes. On songe notamment aux apports d'auteurs tels que Paul Roubier et Jacques Héron.

Paul Roubier oppose, en effet, au principe de l'effet immédiat de la loi, celui de la rétroactivité et de la survie de la loi ancienne³⁹. Ces trois principes sont considérés à l'heure actuelle comme les trois concepts phares du droit transitoire. Le point de départ adopté par l'auteur réside dans les « situations juridiques » plutôt que dans les droits acquis⁴⁰. Paul Roubier instaure, par ailleurs, une nouvelle distinction entre la phase dynamique « qui correspond au moment de la constitution de cette situation (et aussi au moment de son extinction) » et la phase statique « qui correspond au moment où cette situation produit ses effets »⁴¹. Soit la loi est une « loi de dynamique juridique, qui envisage le moyen d'arriver à une certaine situation plutôt que cette situation même, et alors la loi est une loi de constitution, elle respectera les situations déjà établies » ; soit la

³⁶ COLIN et CAPITANT, t. I^{er}, n^{os} 38 et s., cités par H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3^e éd., op. cit., p. 328.

³⁷ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3^e éd., op. cit., p. 331.

³⁸ Nous n'avons pris connaissance de la publication de la thèse de Th. Vancoppenolle qu'en fin de parcours, raison pour laquelle cette dernière n'a pu être développée et intégrée dans le cadre de la présente contribution. L'auteur propose notamment de transposer la technique utilisée en droit international privé et de recourir à des règles de rattachement intertemporelles (« intertemporele verwijzingsregels »). Nous y renvoyons évidemment le lecteur (Th. VANCOPPERNOLLE, *Intertemporeel recht*, op. cit.).

³⁹ Voy. J. HÉRON, *Principes du droit transitoire*, op. cit., p. 8.

⁴⁰ P. ROUBIER, *Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps)*, op. cit., n^o 39, pp. 181-183.

⁴¹ *Ibid.*, n^o 39, pp. 181-183.

loi est « une loi de statique juridique, qui envisage l'état ou la situation dont il s'agit plutôt que le moyen par lequel elle se constitue, et alors la loi est une loi relative aux effets d'une situation juridique, elle s'appliquera sans rétroactivité aux situations existantes dès le jour de son entrée en vigueur »⁴².

Les travaux entamés sont poursuivis et affinés par Jacques Héron qui s'inspire des apports de Louis Bach⁴³. Plutôt que de partir de la notion de situations juridiques, Jacques Héron prône comme point de départ la structure de la norme⁴⁴. Selon cet auteur, « le choix de la règle applicable dépend du moment auquel se sont produits les faits qu'elle est susceptible de régir. Il est donc nécessaire de déterminer quels sont ces faits, et c'est le contenu substantiel de chaque règle de droit qui commande son application dans le temps »⁴⁵. Ainsi, la détermination de la règle dépend des faits qui correspondent au présupposé de la règle et non à l'effet juridique de cette dernière⁴⁶. L'on doit également à cet auteur la distinction pertinente entre observation et application de la règle (voy. *infra*, n° 31). De même, l'auteur différencie les hypothèses de dispersion des faits de celles où la réalisation du ou des faits du présupposé entraîne un effet juridique durable. Au sein de cette catégorie, l'auteur enrichit le droit transitoire d'un concept nouveau de rétrospectivité⁴⁷. Selon l'auteur, la « loi est qualifiée de rétrospective quand elle influe pour le futur sur des situations juridiques constituées dans le passé qui se prolongent dans l'avenir »⁴⁸. Une loi rétrospective a donc comme particularité d'attacher « de nouvelles conséquences à un évènement qui s'est produit avant son édicition »⁴⁹. Le concept de rétrospectivité se trouve à « mi-chemin »⁵⁰ entre la rétroactivité et l'application générale de la loi nouvelle vu qu'il prend en compte à la fois des faits passés et à la fois les conséquences pour le futur qui y sont attachées⁵¹. Seuls les effets futurs des évènements antérieurs sont affectés⁵².

⁴² *Ibid.*, n° 47, p. 213.

⁴³ J. HÉRON, *Principes du droit transitoire*, op. cit., p. 9.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 15.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 15.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 17.

⁴⁷ *Ibid.*, pp. 81 et s.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 97.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 98.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 100.

⁵¹ *Ibid.*, p. 85.

⁵² R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 104.

B. Principe de la non-rétroactivité de la loi nouvelle

12. Assise légale et notion de rétroactivité. Le principe de non-rétroactivité de la loi nouvelle est formulé à l'article 2 (devenu art. 1^{er}) du Code civil⁵³. Plusieurs auteurs estiment qu'il constitue un principe général du droit⁵⁴.

La notion de rétroactivité a sensiblement évolué⁵⁵. Sous l'empire de la théorie des droits acquis, était considérée comme rétroactive la loi qui lésait pareils droits⁵⁶. Cette thèse n'a toutefois plus cours aujourd'hui.

On considère actuellement que la loi est rétroactive quand « elle remet en question des situations juridiques définitivement accomplies sous l'empire de la législation qui lui était antérieure »⁵⁷.

Autrement dit, ce n'est pas parce qu'une loi s'applique à des faits antérieurs à son entrée en vigueur qu'elle est rétroactive. La véritable question à se poser consiste à vérifier si son entrée en vigueur se situe à un moment antérieur à celui où se produisent les faits qu'elle régit⁵⁸.

Une loi sera qualifiée de rétroactive quand elle s'applique à des situations juridiques instantanées qui se sont produites avant son entrée en vigueur, aux effets passés de situations juridiques en cours ou à des « situations successives qui sont nées, se sont développées et se sont éteintes avant son entrée en vigueur »⁵⁹.

La rétroactivité constitue donc « une fiction, puisqu'elle repose sur une idée de préexistence de la loi : la rétroactivité de la loi nouvelle oblige le sujet de droit à faire désormais comme si la loi avait déjà existé au moment où il a réellement agi »⁶⁰.

13. Interdiction de la rétroactivité. L'article 1^{er} prohibe la rétroactivité des lois nouvelles. Par principe, il faut en effet considérer qu'édicter des lois rétroactives est une mauvaise solution⁶¹. Celles-ci ne peuvent modifier le passé, sous peine de conduire à l'insécurité juridique. Les propos d'Henri De Page font écho à ces préoccupations : « Réformer le passé, refaire ce qui n'est plus, serait une entreprise aussi périlleuse qu'inutile »⁶².

⁵³ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3^e éd., op. cit., p. 322.

⁵⁴ Voy., sur les différentes thèses, G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire : droit commun de la procédure et droit transitoire. Commentaire des articles 2 et 3 du Code judiciaire*, op. cit., p. 122.

⁵⁵ Voy. sur les différentes définitions de la rétroactivité, R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, op. cit., p. 102.

⁵⁶ G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire : droit commun de la procédure et droit transitoire. Commentaire des articles 2 et 3 du Code judiciaire*, op. cit., p. 120.

⁵⁷ G. CLOSSET-MARCHAL, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, op. cit., p. 13.

⁵⁸ J. HÉRON, *Principes du droit transitoire*, op. cit., p. 25.

⁵⁹ G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire : droit commun de la procédure et droit transitoire. Commentaire des articles 2 et 3 du Code judiciaire*, op. cit., p. 120.

⁶⁰ J. HÉRON, *Principes du droit transitoire*, op. cit., p. 30.

⁶¹ *Ibid.*, p. 63.

⁶² H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3^e éd., op. cit., p. 322.

Ainsi, le champ de la loi nouvelle doit se limiter au présent et à l'avenir⁶³. L'on ne peut fictivement considérer qu'« une chose qui fut n'ait pas existé »⁶⁴. À défaut de dispositions dérogatoires expresses, les actes régulièrement accomplis sous l'empire d'un texte ancien demeurent valables⁶⁵.

En vertu de ce principe de non-rétroactivité, les lois nouvelles ne pourront remettre en cause les situations juridiques créées ou éteintes par application de la loi ancienne⁶⁶. L'interdiction va même un cran plus loin puisqu'il est commandé de ne pas appliquer les lois nouvelles « aux effets qu'une situation juridique a produits sous la loi antérieure, ces derniers ne pouvant être modifiés par la loi nouvelle »⁶⁷.

En termes de politique législative, il reste éminemment souhaitable que l'on puisse garantir que ce qui s'est déroulé sous l'empire d'une loi demeure sous la compétence de cette loi⁶⁸.

14. Justifications de la prohibition de la rétroactivité. Le principe de non-rétroactivité se fonde sur le besoin de sécurité juridique. Cette justification, tirée de la philosophie sociale, se retrouve chez beaucoup d'auteurs : « la rétroactivité créerait un état de trouble intolérable pour les relations juridiques et détruirait tout sentiment de confiance dans la sécurité du droit »⁶⁹.

La sauvegarde des intérêts individuels est ainsi l'une des raisons majeures ayant présidé à l'établissement de ce principe. Au début du XX^e siècle, Marcel Planiol affirmait déjà qu'« Il n'y aurait aucune sécurité pour les particuliers, si leurs droits, leur fortune, leur condition personnelle, les effets de leurs actes et de leurs contrats pouvaient à chaque instant être remis en question, modifiés, supprimés par un changement de volonté du législateur. L'intérêt général, qui n'est plus ici que la résultante des intérêts individuels, exige donc que ce qui a été fait régulièrement sous l'empire d'une loi soit considéré comme valable, et par suite soit stable, même après le changement de législation »⁷⁰. On associe généralement à ce besoin de sécurité le fait que la rétroactivité d'une loi viendrait heurter le principe de la confiance légitime⁷¹.

15. Dérogations à la non-rétroactivité des lois. Le principe souffre cependant plusieurs dérogations⁷².

⁶³ *Ibid.*, p. 352.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 352.

⁶⁵ G. DE LEVAL et Fr. GEORGES, *Droit judiciaire*, t. 1, *op. cit.*, p. 117.

⁶⁶ E. CEREXHE, B. HAUBERT et J. REGNIER, *Principes généraux et fondements du droit*, Namur, Presses universitaires de Namur, 1977, p. 352.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 353.

⁶⁸ P. ROUBIER, *Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps)*, *op. cit.*, n° 50, pp. 223 et s.

⁶⁹ *Ibid.*, n° 50, pp. 223 et s.

⁷⁰ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, *op. cit.*, p. 95.

⁷¹ Patricia Popelier critique toutefois cette justification au motif que, s'il s'agissait uniquement d'une question de confiance légitime, l'on appliquerait uniquement le principe de la survie de la loi ancienne (P. POPELIER, *Toepassing van de wet in de tijd : vaststelling en beoordeling van temporele functies*, *op. cit.*, n° 74).

⁷² Voy. sur ces dérogations, Th. VANCOPPERNOLLE, *Intertemporeel recht*, Anvers, Intersentia, 2019, pp. 37 et s.

Tout d'abord, le législateur peut très bien prévoir, dans la loi nouvelle, des dérogations expresses au principe de non-rétroactivité⁷³. Le législateur ne peut, cependant, user de la loi rétroactive que dans des cas exceptionnels (voy. *infra*, n° 16)⁷⁴. Dans la mesure où le principe constitue une garantie pour la sécurité des justiciables, les exceptions doivent être interprétées strictement⁷⁵ voire restrictivement⁷⁶ ⁷⁷. Partant, on considère que l'effet rétroactif d'une loi ne peut jamais être présumé⁷⁸ ⁷⁹. « Une loi ne peut être appliquée rétroactivement par le juge que si le législateur exprime sans détour, l'effet rétroactif qu'il assigne aux normes qu'il édicte »⁸⁰. Gilberte Closset-Marchal semble également admettre que l'on puisse « déduire, de manière certaine, la volonté de rétroactivité du législateur de l'économie du texte adopté »⁸¹.

Au rang de ces exceptions figurent également les lois interprétatives, « qui déterminent pour le passé comme pour l'avenir le sens obscur, discuté d'une loi ancienne »⁸².

16. Limites aux dérogations. Si le législateur peut déroger au principe de non-rétroactivité, il ne pourra le faire qu'avec beaucoup de circonspection⁸³ et dans des circonstances exceptionnelles⁸⁴. Ces dérogations risquent, en effet, de heurter la sécurité juridique et de briser la confiance que les individus ont mise dans la loi ancienne, ce qui pourrait perturber l'ordre social⁸⁵.

La Cour constitutionnelle s'y est montrée attentive. Elle considère en effet que, dans la mesure où les lois rétroactives compromettent la sécurité juridique, le législateur ne peut y recourir que si des circonstances particulières le justifient. Ainsi, il fut décidé que la « rétroactivité de dispositions législatives ne peut se justifier que dans des circonstances particulières, voire exceptionnelles,

⁷³ Le principe de non-rétroactivité étant inscrit dans une loi au sens strict, la dérogation ne pourra être inscrite au sein d'un arrêté ou d'un règlement sous peine de violer la hiérarchie des règles de droit (G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire : droit commun de la procédure et droit transitoire. Commentaire des articles 2 et 3 du Code judiciaire*, *op. cit.*, p. 121).

⁷⁴ P. ROUBIER, *Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps)*, *op. cit.*, n° 50, pp. 223 et s.

⁷⁵ E. CEREXHE, B. HAUBERT et J. REGNIER, *Principes généraux et fondements du droit*, *op. cit.*, p. 356.

⁷⁶ G. CLOSSET-MARCHAL, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, *op. cit.*, p. 10.

⁷⁷ Comme le souligne Barbara Sindic, la démarche est différente. L'interprétation stricte consiste à s'en tenir au texte sans l'élargir tandis que l'interprétation restrictive vise à le restreindre (B. SINDIC, « Le contrat de transaction », in *Droit des contrats*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, p. 89).

⁷⁸ P. POPELIER, *Toepassing van de wet in de tijd : vaststelling en beoordeling van temporele functies*, *op. cit.*, n° 58, p. 39 avec les références citées.

⁷⁹ Notons que « s'il n'y a pas de rétroactivité tacite, il peut y avoir exclusion ou survie tacite de la loi ancienne, en contrariété de ce qui serait la règle ordinaire, dans des cas où l'intention du législateur serait assez claire ou devrait être présumée conformément à la nature des choses » (P. ROUBIER, *Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps)*, *op. cit.*, n° 38).

⁸⁰ G. CLOSSET-MARCHAL, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, *op. cit.*, p. 10.

⁸¹ *Ibid.*, p. 10.

⁸² E. CEREXHE, B. HAUBERT et J. REGNIER, *Principes généraux et fondements du droit*, *op. cit.*, p. 356.

⁸³ P. ROUBIER, *Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps)*, *op. cit.*, n° 50, p. 224.

⁸⁴ *Ibid.*, n° 50, p. 224.

⁸⁵ E. CEREXHE, B. HAUBERT et J. REGNIER, *Principes généraux et fondements du droit*, *op. cit.*, p. 354.

et qu'une rétroactivité voulue pour influencer l'issue de procédures judiciaires pendantes crée une discrimination et entraîne la violation des articles 10 et 11 de la Constitution»⁸⁶.

Il est, dès lors, nécessaire que le législateur se conforme tant que faire se peut à la règle de la non-rétroactivité⁸⁷.

C. Principe de l'application immédiate de la loi nouvelle

17. Contextualisation. L'apparente simplicité du principe d'application immédiate de la loi nouvelle est trompeuse. Les situations juridiques ne naissent pas plus qu'elles n'expirent en un seul instant. Leur création ou leur dissolution résulte d'une situation durable ou dépend de divers éléments qui se succèdent et s'étalent dans le temps⁸⁸.

On songe notamment, en droit des obligations, aux contrats à prestations successives ou aux contrats conclus pour un certain laps de temps⁸⁹.

Face à ces situations où se chevauchent deux législations, la dichotomie entre le principe selon lequel la loi ancienne concerne le passé et celui en vertu duquel la loi nouvelle concerne l'avenir n'est pas toujours simple à mettre en œuvre. Quid, en effet, lorsque des situations nées sous l'empire de la loi ancienne engendrent des effets qui continuent sous la loi nouvelle ?

Soit, on opte pour la loi ancienne en heurtant de plein fouet le progrès et les améliorations dont le législateur a entendu faire bénéficier les citoyens. Soit, on opte pour la loi nouvelle de sorte que l'on trompe la confiance que les citoyens ont placée dans l'observation de la loi et l'on brise la sécurité juridique⁹⁰.

La portée du principe de l'application immédiate mérite donc d'être affinée et précisée.

18. Fondement légal du principe de l'application immédiate de la loi nouvelle. «La loi ne dispose que pour l'avenir». La lecture de cet extrait de l'article 2 (devenu art. 1^{er}) du Code civil ne permet pas d'emporter la conviction de tous les auteurs sur le fondement du principe de l'application immédiate de la loi nouvelle.

Le rattachement du principe de l'application immédiate à l'article 2 (devenu article 1^{er} du Code civil) est, en effet, malaisé⁹¹. Les seuls termes «disposer pour

⁸⁶ G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire: droit commun de la procédure et droit transitoire. Commentaire des articles 2 et 3 du Code judiciaire*, op. cit., p. 122.

⁸⁷ P. POPELIER, *Toepassing van de wet in de tijd: vaststelling en beoordeling van temporele functies*, op. cit., n° 58, pp. 39-40.

⁸⁸ W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, op. cit., p. 65.

⁸⁹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3^e éd., op. cit., p. 325.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 325.

⁹¹ G. CLOSSET-MARCHAL, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, op. cit., p. 15.

l'avenir» n'accréditent pas de manière certaine la théorie de l'effet *immédial*⁹² de la loi nouvelle. Ce bout de phrase peut, en effet, très bien être perçu comme un renforcement du principe de non-rétroactivité⁹³.

En réalité, on ne trouve, au sein de cet article, aucune ligne directrice permettant de trancher entre le système de l'effet immédiat et le système de la survie de la loi ancienne⁹⁴.

Le fondement de l'application immédiate de la loi nouvelle est, par conséquent, à rechercher dans la force obligatoire de la loi: «Toute loi nouvelle est présumée être meilleure que l'ancienne et est l'expression de la volonté dernière en date du législateur. Elle doit donc recevoir une application directe et généralisée»^{95 96}.

19. Portée du principe de l'application immédiate de la loi nouvelle. L'application immédiate de la loi nouvelle signifie que celle-ci trouve à s'appliquer aux situations futures, mais également aux effets futurs des situations nées sous le régime de la loi ancienne qui se produisent ou se prolongent sous l'empire de la loi nouvelle⁹⁷. On admet ainsi que la loi nouvelle puisse modifier les effets futurs de faits ou d'actes même antérieurs⁹⁸.

Le principe est rappelé dans un récent arrêt de notre Cour de cassation en ces termes: «Une loi nouvelle s'applique non seulement aux situations qui naissent à partir de son entrée en vigueur, mais aussi aux effets futurs des situations nées sous le régime de la loi antérieure qui se produisent ou se prolongent sous l'empire de la loi nouvelle, pour autant que cette application ne porte pas atteinte à des droits déjà irrévocablement fixés»⁹⁹.

⁹² Nous mettons en italique.

⁹³ G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire: droit commun de la procédure et droit transitoire. Commentaire des articles 2 et 3 du Code judiciaire*, op. cit., p. 123.

⁹⁴ W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, op. cit., pp. 64-65.

⁹⁵ G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire: droit commun de la procédure et droit transitoire. Commentaire des articles 2 et 3 du Code judiciaire*, op. cit., p. 123.

⁹⁶ «L'effet immédiat de la disposition nouvelle constitue en quelque sorte le corollaire de la force obligatoire reconnue à toute loi en vigueur» (E. CEREXIIE, B. HAUBERT et J. REGNIER, *Principes généraux et fondements du droit*, op. cit., p. 349).

⁹⁷ E. CEREXIIE, B. HAUBERT et J. REGNIER, *Principes généraux et fondements du droit*, op. cit., p. 349; G. DE LEVAL et Fr. GEORGES, *Droit judiciaire*, t. 1, op. cit., p. 117; E. BEGUIN et A. CAPRASSE, «Le droit transitoire», in *Le crédit hypothécaire au consommateur*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 480.

⁹⁸ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, op. cit., p. 96. On retrouve ici la notion de rétrospectivité dégagée en doctrine.

⁹⁹ Cass., 2 janvier 2017, R.G. n° S.15.0018.F. Pas., 2017, p. 18, concl. de l'Avocat général J.-M. GENICOT. Voy. Th. VANCOPPERNOLLE, *Intertemporeel recht*, op. cit., pp. 54 et s., n° 55.

Autrement dit, l'application immédiate de la loi nouvelle englobe « les situations juridiques instantanées futures » et les « effets futurs de situations juridiques continues, même si celles-ci sont nées sous la législation antérieure »^{100 101}.

À titre d'exemple, la loi nouvelle pourra donc intervenir pour modifier les conditions de formation des contrats lorsque ces dernières ne sont pas encore réunies. Par contre, elle ne pourra remettre en cause l'existence d'un contrat lorsque les conditions y afférentes ont été remplies sous l'empire de l'ancienne loi¹⁰².

Un tel principe ne s'inscrit nullement en faux par rapport à celui de la non-rétroactivité. Pour rappel, une loi ne peut être considérée comme rétroactive par « le seul fait qu'elle s'applique aux effets futurs de situations nées sous l'empire de la loi antérieure. Elle s'applique purement et simplement à ces effets futurs, parce que ceux-ci ne se produisent que sous l'empire de la loi nouvelle, et que les citoyens n'ont aucun droit acquis à l'immutabilité de la législation [...] Une loi n'est réellement rétroactive que lorsqu'elle modifie le passé »¹⁰³.

20. Justifications du principe de l'application immédiate de la loi nouvelle. Les justifications apportées au principe de l'application immédiate de la loi nouvelle sont nombreuses¹⁰⁴. Comme le démontre Thomas Reyntjens, elles ne sont cependant pas toutes convaincantes¹⁰⁵.

On prétend ainsi parfois que la loi nouvelle serait meilleure que l'ancienne¹⁰⁶. La norme nouvelle, dans sa fonction de régulation, serait mieux adaptée aux besoins et circonstances nouveaux¹⁰⁷. Elle constituerait un progrès sur l'état du droit antérieur¹⁰⁸.

L'application immédiate de la loi nouvelle constituerait également la contrepartie logique du principe de non-rétroactivité.

¹⁰⁰ G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire: droit commun de la procédure et droit transitoire. Commentaire des articles 2 et 3 du Code judiciaire*, op. cit., p. 124.

¹⁰¹ On songe notamment à l'indexation du loyer ou aux garanties qui découlent du contrat (p. ex. la garantie des vices cachés en matière de contrats de vente et d'entreprise).

¹⁰² W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, op. cit., p. 69.

¹⁰³ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3^e éd., op. cit., p. 336.

¹⁰⁴ Voy. sur ces justifications, Th. REYNTJENS, «Toepassing van een nieuwe wet op een lopende overeenkomst», op. cit., pp. 715-716.

¹⁰⁵ Voy. pour une appréciation critique, Th. REYNTJENS, «Toepassing van een nieuwe wet op een lopende overeenkomst», op. cit., pp. 715-716.

¹⁰⁶ Voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3^e éd., op. cit., p. 336; E. WYMEERSCH, «Intertemporaal recht in verband met de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet», *R.W.*, 1992-1993, p. 1002.

¹⁰⁷ Voy. sur les critiques formulées à l'encontre de cet argument, P. POPELIER, *Toepassing van de wet in de tijd: vaststelling en beoordeling van temporele functies*, op. cit., n° 73, pp. 47-48.

¹⁰⁸ G. CLOSSET-MARCHAL, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, op. cit., p. 15. Voy. Bruxelles, 23 octobre 1940, *Pas.*, 1941, II, p. 97.

Enfin, la règle contribuerait à l'uniformité de la législation qui suppose que deux règles ne soient pas applicables à la même situation à la même période¹⁰⁹. Ainsi, « S'opposer à cette application immédiate [...] serait instaurer indûment la coexistence de deux régimes juridiques distincts applicables à des hypothèses identiques, avec toutes les incertitudes qui en résulteraient »¹¹⁰.

D. Survie de la loi ancienne

1. La survie de la loi ancienne voulue par le législateur

21. Dérogations du législateur¹¹¹. La loi nouvelle peut comporter des dérogations au principe de l'application immédiate de la loi nouvelle. Ainsi, le législateur peut juger utile de prévoir une survie momentanée de la loi ancienne. Il doit toutefois le faire expressément. Dans un but de prévisibilité et de sécurité, il est également préférable, pour le législateur, de délimiter avec précision les contours d'une telle dérogation¹¹².

2. La survie de la loi ancienne en matière contractuelle¹¹³

a) Portée de l'exception

22. Survie de la loi ancienne: aperçu. Même si la survie de la loi ancienne ne peut, en principe, se justifier qu'en cas de dérogation expresse du législateur¹¹⁴, la doctrine et la jurisprudence ont dégagé un principe de survie de la loi ancienne en matière contractuelle¹¹⁵. L'exception concerne seulement les contrats en cours¹¹⁶.

Cette construction doctrinale et jurisprudentielle commande, même en l'absence de texte exprès, d'appliquer aux contrats la loi sous l'empire de laquelle ils ont été conclus, et ce, pendant toute leur durée¹¹⁷.

23. Champ d'application du principe de survie de la loi ancienne. La loi ancienne continue à régir les conditions de formation, de validité et de

¹⁰⁹ Voy., sur cet argument, P. POPELIER, *Toepassing van de wet in de tijd: vaststelling en beoordeling van temporele functies*, op. cit., n° 77, p. 50 avec les références citées.

¹¹⁰ E. CEREXHE, B. HAUBERT et J. REGNIER, *Principes généraux et fondements du droit*, op. cit., p. 349.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 348.

¹¹² G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire: droit commun de la procédure et droit transitoire. Commentaire des articles 2 et 3 du Code judiciaire*, op. cit., p. 134.

¹¹³ G. CLOSSET-MARCHAL, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, op. cit., p. 20.

¹¹⁴ G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire: droit commun de la procédure et droit transitoire. Commentaire des articles 2 et 3 du Code judiciaire*, op. cit., p. 129.

¹¹⁵ Voy. Th. VANCOPPERNOLLE, *Intertemporeel recht*, op. cit., pp. 58 et s.

¹¹⁶ P. POPELIER, *Toepassing van de wet in de tijd. Vaststelling en beoordeling van temporele functies*, op. cit., n° 79, pp. 51-52.

¹¹⁷ G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire: droit commun de la procédure et droit transitoire. Commentaire des articles 2 et 3 du Code judiciaire*, op. cit., p. 129.

preuve¹¹⁸ des contrats conclus sous son empire¹¹⁹. L'exemple que nous livre Paul Roubier semble aller de soi : « Une loi nouvelle ne pourrait pas plus, sans rétroactivité, annuler un contrat valablement passé sous la loi précédente, qu'elle ne pourrait valider un contrat nul à la teneur de cette loi »¹²⁰. De surcroît, les effets futurs¹²¹ et les modes de dissolution¹²² des contrats sont gouvernés par la loi du jour où ceux-ci se sont formés et nonobstant l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi postérieurement. L'on vise ici les contrats dont les effets se font toujours sentir¹²³.

À l'inverse, les effets vis-à-vis des tiers (opposabilité) des contrats conclus sous l'empire de l'ancienne loi sont régis par la loi nouvelle¹²⁴. Les contrats conclus après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle sont, eux aussi, de la compétence de cette dernière¹²⁵.

Plus curieusement, on avance que le mode d'exécution du contrat est réglé par la loi du temps de cette exécution¹²⁶. L'exception n'est toutefois guère balisée.

Déterminer si l'on est en matière contractuelle ou non peut dans certains cas constituer une opération délicate¹²⁷. Il convient, en effet, de vérifier si la modification qu'emporte la loi affecte ou non le contrat de manière substantielle. La réponse à cette question est prépondérante pour trancher la question du régime à appliquer¹²⁸. Demeure également en suspens la question de l'extension de cette exception aux actes juridiques unilatéraux. Nè s'agissant pas de contrats (actes juridiques bilatéraux), on peut en effet se demander si la règle de la survie de la loi ancienne trouvera à s'appliquer. À notre estime, une interprétation par analogie doit prévaloir (*infra*, note de bas de page n° 236).

¹¹⁸ Nous mettons en italique.

¹¹⁹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3^e éd., op. cit., p. 340; P. POPELIER, *Toepassing van de wet in de tijd: vaststelling en beoordeling van temporele functies*, op. cit., n° 79; Th. REYNTJENS, «Toepassing van een nieuwe wet op een lopende overeenkomst», op. cit., p. 721.

¹²⁰ P. ROUBIER, *Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps)*, op. cit., n° 42, p. 190.

¹²¹ E. BEGUIN et A. CAPRASSE, «Le droit transitoire», op. cit., p. 480.

¹²² G. CLOSSET-MARCHAL, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, op. cit., p. 20. Voy. pour les exceptions dégagées en droit français par la jurisprudence (constitution de rente, libéralités entre vifs et louage de services), P. ROUBIER, *Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps)*, op. cit., n° 76, pp. 369 et s.

¹²³ W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, op. cit., p. 71.

¹²⁴ G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire: droit commun de la procédure et droit transitoire. Commentaire des articles 2 et 3 du Code judiciaire*, op. cit., p. 129 avec les références citées.

¹²⁵ Th. REYNTJENS, «Toepassing van een nieuwe wet op een lopende overeenkomst», op. cit., p. 721.

¹²⁶ G. CLOSSET-MARCHAL, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, op. cit., p. 20. Voy. aussi Gand, 6 février 1875, *Pas.*, 1875, II, p. 183 («le mode d'exécution d'un contrat [est] toujours réglé, en principe, par la loi en vigueur au moment même de cette exécution»).

¹²⁷ P. POPELIER, *Toepassing van de wet in de tijd. Vaststelling en beoordeling van temporele functies*, op. cit., n° 85, p. 56.

¹²⁸ *Ibid.*, n° 85, p. 56.

24. Justifications. À nouveau, de nombreuses justifications ont été invoquées à l'appui de cette exception prétorienne et doctrinale, sans emporter totalement la conviction¹²⁹.

Une des raisons invoquées tient au besoin de sécurité en matière contractuelle¹³⁰. L'argument est tiré de la volonté de préserver la prévisibilité des parties et l'équilibre contractuel¹³¹. La stabilité du contrat doit l'emporter sur l'intérêt du progrès¹³². L'exception «se fonde sur la considération que les contractants se sont engagés en tenant compte de l'état du droit à l'époque de la conclusion du contrat¹³³. Si ceux-ci souhaitent soumettre leur convention à la loi nouvelle, ils peuvent établir de commun accord une nouvelle convention¹³⁴. L'application de la loi nouvelle risquerait de favoriser l'une ou l'autre des parties en aggravant ou en allégeant ses obligations¹³⁵. Cette thèse qui se fonde sur la stabilité des relations contractuelles et la force obligatoire du contrat est vivement critiquée par la doctrine dès lors qu'elle revient à dire que la convention produit un effet plus fort que la loi¹³⁶.

Plus séduisante est la thèse qui dérive de la diversité des contrats. En matière contractuelle, l'impératif d'unité de la législation perd de sa pertinence face à la diversité des contrats¹³⁷. Pour Paul Roubier, le contrat manifeste la liberté d'action des particuliers, il est un instrument de différenciation des individus et constitue le moyen par lequel la diversité s'insère dans le domaine juridique¹³⁸. Par conséquent, « [l]'effet immédiat des lois nouvelles n'aurait aucune raison d'être, puisqu'il est impossible d'établir une unité juridique en pareille matière, et que les particuliers pourraient organiser autrement leurs rapports au lendemain de la loi »¹³⁹. Étienne Cerexhe ne dit rien d'autre lorsqu'il affirme que « [l]'application de plusieurs réglementations constitue, dans ce domaine, un inconvénient mineur: pourquoi chercherait-on à y maintenir l'unité de la législation alors que les contrats sont l'instrument privilégié de la diversification des rapports juridiques? »¹⁴⁰.

¹²⁹ Voy. pour une appréciation critique, Th. REYNTJENS, «Toepassing van een nieuwe wet op een lopende overeenkomst», op. cit., pp. 722-723.

¹³⁰ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3^e éd., op. cit., p. 340.

¹³¹ G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire: droit commun de la procédure et droit transitoire. Commentaire des articles 2 et 3 du Code judiciaire*, op. cit., p. 129.

¹³² H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3^e éd., op. cit., p. 340.

¹³³ J. HÉRON, *Principes du droit transitoire*, op. cit., p. 119.

¹³⁴ E. BEGUIN et A. CAPRASSE, «Le droit transitoire», op. cit., pp. 480-481.

¹³⁵ E. CEREXHE, B. HAUBERT et J. REGNIER, *Principes généraux et fondements du droit*, op. cit., p. 351.

¹³⁶ P. ROUBIER, *Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps)*, op. cit., n° 78, p. 388; G. CLOSSET-MARCHAL, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, op. cit., p. 21.

¹³⁷ E. CEREXHE, B. HAUBERT et J. REGNIER, *Principes généraux et fondements du droit*, op. cit., p. 350.

¹³⁸ Voy. P. ROUBIER, *Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps)*, op. cit., n° 78, p. 391.

¹³⁹ Voy. W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, op. cit., p. 71, citant P. ROUBIER. Voy. également, P. ROUBIER, *Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps)*, op. cit., n° 78, pp. 385 et s.

¹⁴⁰ E. CEREXHE, B. HAUBERT et J. REGNIER, *Principes généraux et fondements du droit*, op. cit., p. 351.

b) *Exceptions à l'exception : application de la loi nouvelle*¹⁴¹

25. Aperçu. Le principe de la survie de la loi ancienne en matière contractuelle connaît lui aussi des exceptions. Par exception à l'exception, la loi nouvelle retrouve son empire lorsqu'elle prévoit expressément son application aux conventions en cours. De même, les lois d'ordre public ou impératives sont applicables immédiatement^{142 143}. Il faut par ailleurs se garder de confondre les pouvoirs des parties avec ceux du juge en matière contractuelle. Nous revenons, dans les numéros qui suivent, sur ces quatre hypothèses.

26. Vœu du législateur. Il est parfaitement loisible au législateur de faire échec à la survie de la loi ancienne en matière contractuelle pour autant qu'il prévoit expressément l'application de la loi nouvelle aux contrats en cours¹⁴⁴. Il lui incombe de trancher explicitement en faveur des intérêts qu'il entend ou non promouvoir¹⁴⁵. Dans un souci de sécurité juridique, le législateur avisé veillera donc à préciser de manière claire et formelle l'application immédiate de la loi nouvelle¹⁴⁶.

27. Lois d'ordre public. Les lois d'ordre public échappent également à la règle de la survie de la loi ancienne¹⁴⁷. Le juge appliquera immédiatement la loi nouvelle, lorsque celle-ci est d'ordre public¹⁴⁸. Il est en effet admis que le régime du contrat en cours soit modifié dans un but d'ordre public¹⁴⁹. Pour rappel, est considérée comme une loi d'ordre public « la loi qui touche aux intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité, ou qui fixe, dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société »¹⁵⁰. L'on se fonde ici sur l'idée que l'intérêt général doit prévaloir sur

¹⁴¹ Voy. Th. VANCOPPERNOLLE, *Intertemporeel recht*, op. cit., pp. 62 et s. Voy. aussi, E. BEGUIN et A. CAPRASSE, « Le droit transitoire », op. cit., p. 481.

¹⁴² Cass., 16 septembre 2013, *Pas.*, 2013, p. 1678. Voy. G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire : droit commun de la procédure et droit transitoire. Commentaire des articles 2 et 3 du Code judiciaire*, op. cit., pp. 129 et s.

¹⁴³ On notera toutefois, comme le souligne Gilberte Closset-Marchal, que la nature des règles de procédure n'affecte pas, à l'inverse, son application dans le temps (G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire : droit commun de la procédure et droit transitoire. Commentaire des articles 2 et 3 du Code judiciaire*, op. cit., p. 156).

¹⁴⁴ G. CLOSSET-MARCHAL, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, op. cit., p. 21 ; Th. REYNTJENS, « Toepassing van een nieuwe wet op een lopende overeenkomst », op. cit., p. 723.

¹⁴⁵ E. CEREXHE, B. HAUBERT et J. REGNIER, *Principes généraux et fondements du droit*, op. cit., p. 351.

¹⁴⁶ G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire : droit commun de la procédure et droit transitoire. Commentaire des articles 2 et 3 du Code judiciaire*, op. cit., p. 130.

¹⁴⁷ Cass., 14 février 2002, *Pas.*, 2002, p. 435 ; Cass., 26 mai 2005, *Pas.*, 2005, p. 1115 ; Cass., 24 avril 2008, *Pas.*, 2008, p. 993.

¹⁴⁸ E. CEREXHE, B. HAUBERT et J. REGNIER, *Principes généraux et fondements du droit*, op. cit., p. 352.

¹⁴⁹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 1, 3^e éd., op. cit., p. 341.

¹⁵⁰ Cass., 9 décembre 1948, *Arr. Cass.*, 1948, p. 615, *R.C.J.B.*, 1954, p. 252, note P. DE HARVEN et Cass., 15 mars 1968, *Arr. Cass.*, 1968, p. 885.

les intérêts privés des cocontractants¹⁵¹. Les fondements de notre société ne peuvent être mis en péril par la survie de la règle ancienne.

Cette exception présente toutefois certains dangers. Tout d'abord, il n'est pas toujours aisé de se prononcer sur le caractère d'ordre public ou non de la loi nouvelle¹⁵². Ensuite, l'ensemble des dispositions d'une loi ne sont toujours pas revêtues du manteau de l'ordre public. Le fait d'estampiller certaines matières « d'ordre public » ne peut amener à la conclusion que toutes les dispositions le sont. Chacune des règles doit être soumise à l'examen¹⁵³. L'exception ne convainc d'ailleurs pas tous les auteurs¹⁵⁴.

Il faut, de surcroît, se garder de confondre l'application immédiate de la loi nouvelle aux contrats en cours (application aux effets futurs des contrats conclus antérieurement) et la rétroactivité de cette loi (remise en cause de l'existence, de la validité ou des effets accomplis d'un contrat¹⁵⁵)¹⁵⁶. Comme le précise l'arrêt de la Cour de cassation du 15 septembre 2005, « l'exception aux règles du droit transitoire applicable en matière de convention ne concerne que les effets juridiques des conventions en cours »¹⁵⁷.

Un tempérament à l'exception résulte, par ailleurs, de la lecture de l'arrêt de notre Cour de cassation du 15 septembre 2005. Dans cet arrêt, la Cour décide qu'« en matière de conventions, la loi antérieure demeure applicable, à moins que la loi nouvelle ne soit d'ordre public ou prescrive de manière expresse son application aux conventions en cours ; Que la validité de la convention doit, toutefois, être appréciée sur la base de la loi applicable au moment où cette convention est née [...] »¹⁵⁸. La validité de la convention reste donc régie, malgré la loi nouvelle d'ordre public, par la loi ancienne. Les conditions de validité et de formation des contrats demeurent ainsi soumises à la loi en vigueur au

¹⁵¹ G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire : droit commun de la procédure et droit transitoire. Commentaire des articles 2 et 3 du Code judiciaire*, op. cit., p. 130 ; Th. REYNTJENS, « Toepassing van een nieuwe wet op een lopende overeenkomst », op. cit., p. 726.

¹⁵² G. CLOSSET-MARCHAL, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, op. cit., p. 21.

¹⁵³ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1. Théorie générale du contrat, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 300, n° 309.

¹⁵⁴ Un autre courant doctrinal prône, en présence d'une disposition d'ordre public, une mise en balance des intérêts par les cours et tribunaux plutôt qu'une application automatique des dispositions nouvelles d'ordre public (Th. REYNTJENS, « Toepassing van een nieuwe wet op een lopende overeenkomst », op. cit., p. 726 qui renvoie à E. WYMEERSCH, « Intertemporaal recht in verband met de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet », op. cit., pp. 1009-1016). Voy., sur les autres critères proposés en doctrine, Th. VANCOPPERNOLLE, *Intertemporeel recht*, op. cit., pp. 67-75 ; l'auteur propose, par ailleurs, plusieurs méthodes alternatives (*ibid.*, pp. 75 et s.).

¹⁵⁵ G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire : droit commun de la procédure et droit transitoire. Commentaire des articles 2 et 3 du Code judiciaire*, op. cit., p. 130.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 130.

¹⁵⁷ Cass., 15 septembre 2005, *J.T.*, 2006, p. 581.

¹⁵⁸ Cass., 15 septembre 2005, *J.T.*, 2006, p. 581.

jour de la conclusion du contrat¹⁵⁹. Il doit, à notre estime, en être de même pour la preuve de cette convention.

28. Lois impératives. La question de savoir si les lois impératives s'appliquent, à l'instar des lois d'ordre public, immédiatement aux contrats en cours fit longtemps débat¹⁶⁰. La raison est évidente. Même si les lois impératives protègent des intérêts privés, il n'est pas rare qu'elles « flirtent avec l'intérêt général »¹⁶¹. Après plusieurs revirements de jurisprudence¹⁶², la Cour de cassation semble avoir définitivement mis fin à la controverse¹⁶³. Les lois nouvelles impératives sont d'application immédiate et dérogent, dès lors, au principe de la survie de la loi ancienne en matière contractuelle.

29. Pouvoirs du juge. On avance également en doctrine que les pouvoirs des parties au contrat ne se confondent pas avec ceux du juge¹⁶⁴. Alors que les pouvoirs du juge sont régis par la loi en vigueur au moment de l'accomplissement de l'acte de juger, le pouvoir des parties serait réglé par la loi en vigueur au jour de la conclusion du contrat¹⁶⁵.

Cette exception demeure toutefois encore fragile et mérite d'être précisée.

Pour s'en convaincre, il suffit de songer à l'exemple souvent invoqué du pouvoir du juge de modération des clauses pénales¹⁶⁶. Même si l'arrêt de la Cour de cassation du 6 décembre 2002¹⁶⁷ déclare l'article 1231 du Code civil inséré par la loi du 23 novembre 1998 immédiatement applicable aux conventions conclues avant son entrée en vigueur, les motifs qui ont présidé à cette solution sont autres. C'est en effet sur la base du caractère impératif de la loi et non sur la base des pouvoirs du juge que la loi nouvelle fut déclarée immédiatement applicable.

¹⁵⁹ C. MARR, « L'application dans le temps des dispositions impératives : les contrats sont-ils soumis aux dispositions impératives entrées en vigueur postérieurement à leur conclusion ? », *J.L.M.B.*, 2009, p. 251.

¹⁶⁰ Voy. notamment C. MARR, « L'application dans le temps des dispositions impératives : les contrats sont-ils soumis aux dispositions impératives entrées en vigueur postérieurement à leur conclusion ? », *op. cit.*, pp. 249-257.

¹⁶¹ G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire : droit commun de la procédure et droit transitoire. Commentaire des articles 2 et 3 du Code judiciaire, op. cit.*, p. 131.

¹⁶² Voy., sur ces revirements, Th. REYNJTJENS, « Toepassing van een nieuwe wet op een lopende overeenkomst », *op. cit.*, pp. 731 et s.

¹⁶³ Cass., 18 mars 2011, *Pas.*, 2011, p. 842; Cass., 16 septembre 2013, *Pas.*, 2013, p. 1678.

¹⁶⁴ G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire : droit commun de la procédure et droit transitoire. Commentaire des articles 2 et 3 du Code judiciaire, op. cit.*, p. 133.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 133.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 129.

¹⁶⁷ Cass., 6 décembre 2002, *R.A.B.G.*, 2013/12, p. 645, note J. BAECK. Voy. aussi P. WÉRY, « Les pouvoirs du juge dans la nouvelle loi relative aux clauses pénales », *J.T.*, 2000, p. 617; P. WÉRY, « La sanction des clauses pénales comminatoires », obs. sous Cass., 2 décembre 2002, *J.L.M.B.*, 2003, pp. 1487-1492.

L'arrêt du 26 mai 2005¹⁶⁸ concernant la loi du 2 août 2002 relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales, fragilise également l'exception. La Cour de cassation rejette le pourvoi introduit à l'encontre d'un arrêt de la cour d'appel de Liège qui avait refusé d'appliquer les dispositions concernant les clauses abusives de la loi nouvelle, et ce, en se fondant sur l'absence de caractère d'ordre public de la loi.

Il nous semble que l'exception ressortit davantage aux principes issus de l'article 3 du Code judiciaire. La distinction entre les dispositions qui retiennent sur le fond du droit et les lois de procédure apparaît ici plus pertinente (voy. *infra*, n° 37). Le choix de la loi applicable aux pouvoirs du juge (par ex. en matière de charge de la preuve) nous paraît être tributaire de cette distinction.

30. Conclusions intermédiaires. Les principes issus des articles 1^{er} du Code civil et 3 du Code judiciaire peuvent être résumés comme suit.

D'une part, en vertu de l'article 1^{er} (qui a remplacé tout récemment l'ancien art. 2) du Code civil, la loi nouvelle sera d'application immédiate sans qu'elle puisse, sauf dérogation expresse justifiée par des circonstances exceptionnelles, avoir d'effet rétroactif. Il est toutefois dérogé au principe de l'application immédiate de la loi nouvelle en matière contractuelle. La loi ancienne continue, en effet, à régir les conditions de formation et de validité ainsi que les effets futurs et modes de dissolution des contrats conclus sous son empire. Cette survie de la loi ancienne est toutefois paralysée en présence de lois d'ordre public ou impératives. Ces lois sont immédiatement applicables aux effets juridiques des conventions en cours. Les principes étant de droit supplétif, il reste évidemment loisible au législateur d'y déroger.

D'autre part, en présence de lois nouvelles d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure, on applique l'article 3 du Code judiciaire. Le principe qui prévaut est celui de l'application immédiate de la loi nouvelle aux procès en cours. Une exception à ce principe est inscrite dans la finale de l'article 3. Elle n'est toutefois pas relevante dans les hypothèses qui retiennent notre attention.

L'articulation de ces règles n'est toutefois pas sans poser de difficultés notamment en droit de la preuve. La problématique de la preuve touche, en effet, à la fois au fond du droit et à la procédure. On se retrouve dès lors aux confins des articles 1^{er} du Code civil et 3 du Code judiciaire (voy. *infra*, n° 37).

¹⁶⁸ Cass., 26 mai 2005, *R.W.*, 2007-2008, p. 609, *J.T.*, 2005, p. 679.

Section 2

Loi du 13 avril 2019 : entrée en vigueur et droit transitoire

A. Entrée en vigueur

31. Entrée en vigueur : observation et application. La notion d'entrée en vigueur peut se décomposer en deux concepts : d'une part, l'observation de la loi et, d'autre part, l'application de la loi¹⁶⁹.

La première « marque le moment à partir duquel le sujet de droit doit, pour déterminer son comportement, se conformer aux dispositions de la loi nouvelle, pour ce qui est des faits que régit la loi nouvelle. En principe, les faits régis par la loi nouvelle sont ceux qui se produisent à compter de cette même date d'observation ». La date d'application renvoie, quant à elle, à la date à laquelle « le sujet de droit doit [...] réexaminer son comportement passé pour en tirer les conséquences prévues par la loi nouvelle »¹⁷⁰. Une loi rétroactive trouve par exemple à s'appliquer à une date antérieure à son observation. Autrement dit, « l'observation de la loi détermine les obligations du sujet de droit à l'égard de la norme nouvelle ; l'application de la loi détermine les faits régis par la norme »¹⁷¹.

Certes, la date de l'observation et celle de l'application coïncident généralement vu les réticences dont fait montre le législateur à l'égard de la rétroactivité. Un décalage n'est toutefois pas à exclure, raison pour laquelle la distinction garde tout son intérêt. L'on peut encore ajouter à ces deux notions celle de publication de la norme qui ne se confond pas avec les notions précitées.

32. Fixation de l'entrée en vigueur au 1^{er} novembre 2020. En l'espèce, l'article 63 de la loi du 13 avril 2019 fixe l'entrée en vigueur de celle-ci « le premier jour du dix-huitième mois qui suit celui au cours duquel elle a été publiée au *Moniteur belge* », soit le 1^{er} novembre 2020. Les dates d'observation et d'application coïncident tandis que l'entrée en vigueur de la loi déroge au droit commun. La loi entrera en vigueur non pas le dixième jour qui suit celui de sa publication au *Moniteur belge* mais, sauf exceptions, le 1^{er} novembre 2020. L'idée est de laisser aux praticiens un délai suffisant pour prendre connaissance des nouveautés¹⁷².

Néanmoins, les articles 8.15, alinéa 2, et 8.26, § 1^{er}, 1^o, alinéa 1^{er}, qui ont trait respectivement aux actes notariés reçus sous forme dématérialisée et aux copies dématérialisées des actes notariés, entreront en vigueur à une date à fixer

¹⁶⁹ J. HÉRON, *Principes du droit transitoire*, op. cit., pp. 25-27.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 29.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 29 et pp. 37-38.

¹⁷² Gageons que l'entrée en vigueur du texte ne connaîtra pas de modifications successives ou de reports à l'instar, par exemple, de la réforme des sûretés réelles mobilières (voy., sur l'entrée en vigueur de la réforme des sûretés réelles mobilières, V. NICAISE, « Rappels des principes, mise en contexte et modifications diverses apportées par la loi du 25 décembre 2016 », in I. DURANT (dir.), *Les sûretés réelles mobilières*, coll. CUP, vol. 176, Liège, Anthemis, 2017, pp. 77 et s.).

par le Roi, en application de l'article 26 de la loi du 6 mai 2009 portant des dispositions diverses.

B. Absence de dispositions transitoires

33. Conseil récurrent. Le premier réflexe du juge, en présence d'une loi nouvelle, est de rechercher si le législateur s'est ou non prononcé sur son champ d'application dans le temps¹⁷³. Dans l'affirmative, lorsque le législateur règle expressément son application dans le temps, le juge se conformera aux principes inscrits dans la loi. À l'inverse, le juge devra se référer aux principes de droit commun¹⁷⁴.

L'un des conseils les plus courants formulés par la doctrine à l'attention du législateur consiste à suggérer à ce dernier de statuer « par voie de disposition expresse sur l'étendue d'application de la loi nouvelle dans le temps » et de préciser « nettement si les effets futurs de situations nées sous l'empire de la loi antérieure seront, ou non, gouvernés par la loi nouvelle »¹⁷⁵.

Force est d'ailleurs de constater une très nette tendance des lois récentes à comporter à la fin du texte une rubrique « dispositions transitoires et finales »¹⁷⁶.

34. Conseil non suivi. Malgré ces judicieux conseils doctrinaux et en dépit des remarques formulées par le Conseil d'État¹⁷⁷, la loi du 13 avril 2019 ne prévoit pas de règles particulières de droit transitoire.

Tout au plus, peut-on lire dans les travaux préparatoires, « Les règles habituelles en matière contractuelle sont d'application. En matière de convention, l'ancienne loi demeure applicable, à moins que la loi nouvelle ne soit d'ordre public ou impérative ou qu'elle n'en prévienne expressément l'application aux conventions en cours (Cass., 16 septembre 2013, R.G. C.12 0032.F, *Pas.*, 2013, p. 1678). Cela signifie aussi que la loi ancienne reste d'application aux modes de preuve préconstitués (G. CLOSSET-MARCHAL, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, Bruxelles, Bruylant, 1983, 205-206 ; P. POPELIER, *Toepassing van de wet in de tijd*, Anvers, Story-Scientia, 1999, 74-75). À l'égard des parties, la

¹⁷³ G. CLOSSET-MARCHAL, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, op. cit., p. 13.

¹⁷⁴ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3^e éd., op. cit., p. 329 ; G. CLOSSET-MARCHAL, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, op. cit., p. 13.

¹⁷⁵ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3^e éd., op. cit., p. 330.

¹⁷⁶ J. HÉRON, *Principes du droit transitoire*, op. cit., p. 11.

¹⁷⁷ Avis n° 63.445/2 du 27 juin 2018 de la section de législation du Conseil d'État sur un avant-projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, www.raadvst-consetat.be, p. 5/42. Voy. aussi Rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. Gauthier Calomme et Mme Özlem Özen, Projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/005, p. 27.

loi nouvelle ne s'appliquera qu'aux contrats futurs¹⁷⁸. À l'égard des tiers ou en ce qui concerne la preuve des faits, elle est d'application immédiate¹⁷⁹.

En réponse aux remarques formulées par le Conseil d'État, on constate tout de même l'insertion d'un dernier alinéa à l'article 75 qui précise uniquement que « l'article 8.22, 3°, du livre 8, inséré par l'article 3 de la présente loi, ne s'appliquera qu'aux faits postérieurs à l'entrée en vigueur de la présente loi, telle que précisée à l'alinéa 1^{er} du présent article ». Partant, les incapacités autres que le décès et antérieures à l'entrée en vigueur du projet ne pourront entrer en considération pour donner date certaine à l'acte juridique. Seuls les faits survenus postérieurement à l'entrée en vigueur de l'avant-projet pourront être pris en compte¹⁸⁰.

35. Absence de concertation avec la proposition de réforme du droit des obligations. L'indigence de la loi du 13 avril 2019 contraste avec les dispositions transitoires que renferme la proposition de loi portant insertion du livre 5 du Code civil¹⁸¹.

Les auteurs de la proposition optent, à l'inverse de ceux chargés de la réforme du droit de la preuve, pour une solution taillée sur mesure. L'idée défendue est d'« assurer une sécurité juridique maximale en préservant l'application du droit antérieur à la totalité des conséquences des actes juridiques et des faits juridiques qui se sont produits avant l'entrée en vigueur du nouveau livre 5 »¹⁸².

Le système adopté s'inspire de celui du Code de droit international privé. Tout d'abord, les auteurs de la proposition prévoient une application immédiate des nouvelles dispositions du livre 5 du Code civil aux actes juridiques ainsi qu'aux faits juridiques postérieurs à l'entrée en vigueur de la loi. Ensuite, les

¹⁷⁸ Dans la version soumise au Conseil d'État, il était indiqué : « À l'égard des parties, la loi nouvelle ne s'appliquera qu'aux contrats futurs ou à l'occasion du renouvellement des contrats en cours. À l'égard des tiers ou en ce qui concerne la preuve des faits, elle est d'application immédiate ». Curieusement, on ne retrouve pas cette référence au renouvellement des contrats en cours dans la version déposée au Parlement.

¹⁷⁹ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 54-3349/001, pp. 38-39.

¹⁸⁰ *Ibid.*, pp. 38-39. L'article 75, dernier alinéa, de la loi du 13 avril 2019 dispose ainsi que « l'article 8.22, 3°, du livre 8, inséré par l'article 3 de la présente loi, ne s'appliquera qu'aux faits postérieurs à l'entrée en vigueur de la présente loi, telle que précisée à l'alinéa 1^{er} du présent article ».

¹⁸¹ Proposition de loi portant insertion du livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3709/001. Voy. aussi P. WÉRY, S. STIJNS, E. DIRIX, R. JAFFERALI et B. KOHL, *La réforme du droit des obligations. Le projet de la Commission de réforme du droit des obligations*, Bruxelles, la Charte, 2019.

¹⁸² Proposition de loi portant insertion du livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 54-3709/001, pp. 276-277. L'article 53 dispose : « Les dispositions du livre 5 du Code civil sont applicables aux actes juridiques et aux faits juridiques survenus après leur entrée en vigueur. Sauf accord contraire des parties, elles ne sont pas applicables : 1° aux effets futurs des actes juridiques et faits juridiques survenus avant leur entrée en vigueur ; 2° par dérogation à l'alinéa 1^{er}, aux actes juridiques et aux faits juridiques survenus après leur entrée en vigueur qui se rapportent à une obligation née d'un acte juridique ou d'un fait juridique survenu avant leur entrée en vigueur ».

deux cas spécifiques qui échappent à la loi nouvelle sont précisés. *Primo*, les dispositions nouvelles ne s'appliquent pas aux effets futurs des actes juridiques et faits juridiques antérieurs à l'entrée en vigueur du livre 5, et ce, même si la loi nouvelle est impérative ou d'ordre public. *Secundo*, lorsque des actes juridiques ou faits juridiques, quoique survenus après l'entrée en vigueur du livre 5, se rapportent à une obligation née d'un acte juridique ou d'un fait juridique survenu avant l'entrée en vigueur du livre 5, la loi nouvelle ne trouvera pas à s'appliquer. On songe, en suivant les exemples livrés dans les travaux préparatoires, à un « paiement survenu après l'entrée en vigueur du livre 5, [mais découlant] d'une obligation née avant celle-ci » ; à un « avenant modifiant des obligations nées d'un contrat conclu avant l'entrée en vigueur du livre 5 » ; à un « contrat d'application conclu en vertu d'un contrat-cadre lui-même conclu avant l'entrée en vigueur du livre 5 » ; à la « prorogation ou la reconduction d'un contrat conclu avant l'entrée en vigueur du livre 5 » ; à une « cession de créance relative à une telle obligation conclue après l'entrée en vigueur du livre 5 » ; ou encore à « l'extinction de cette obligation consécutive à la résiliation, l'annulation ou la résolution du contrat pour inexécution survenue après l'entrée en vigueur du livre 5, ainsi que des restitutions qui en découlent, etc. »¹⁸³. L'ensemble de ces situations demeurera sous l'empire de la loi ancienne.

Enfin, les règles étant de nature supplétive, les parties peuvent très bien décider de soumettre un avenant ou les effets du contrat modifié aux nouvelles dispositions. De plus, les auteurs de la proposition précisent que « toutes les fois que les dispositions antérieures demeurent applicables, rien n'empêche la jurisprudence de tenir compte des dispositions nouvelles pour trancher les questions qui demeureraient controversées sous l'empire de la loi ancienne »¹⁸⁴.

Vu sous cet angle, le nouveau Code civil ne gagnera malheureusement pas en cohérence. Il aurait en effet été opportun pour les différentes commissions chargées de réformer le Code civil et le gouvernement d'instaurer un régime transitoire commun à l'intégralité du nouveau Code plutôt que de dissocier le droit de la preuve du droit des obligations.

C. Application du droit commun

36. Retour aux règles de droit commun. En l'absence de dérogation expresse aux principes généraux de droit transitoire, ce seront les principes de droit commun qui seront appelés à jouer¹⁸⁵. Les praticiens seront donc amenés à composer, selon les circonstances, avec les principes de non-rétroactivité, d'application immédiate de la loi nouvelle et de survie de la loi ancienne.

¹⁸³ Voy., sur ces exemples, proposition de loi portant insertion du livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 54-3709/001, p. 278.

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3^e éd., op. cit., p. 329.

37. Mise en évidence de nouveaux distinguos. L'application des règles du droit commun au droit de la preuve exige d'opérer de nouvelles distinctions¹⁸⁶. Il faut en effet distinguer, au sein de la réforme, d'un côté, les dispositions qui concernent l'administration de la preuve et les mesures d'instruction et qui constituent des lois de procédure (art. 3 C. jud.) et, de l'autre, les dispositions sur la preuve qui « retentissent sur le fond du droit [...] et appartiennent ainsi au droit civil » (art. 2 devenu art. 1^{er} C. civ.)¹⁸⁷. Pour Paul Roubier, cette seconde catégorie englobe les dispositions afférentes au « droit à la preuve, [à] l'admissibilité de tel ou tel mode de preuve, [à] la charge de la preuve et [aux] présomptions légales »¹⁸⁸. Sans oublier qu'il faut encore concilier ces principes avec la règle selon laquelle les moyens de preuve qui concernent un acte juridique seront soumis à la règle de la survie de la loi ancienne dégagée par la doctrine et la jurisprudence¹⁸⁹. On perçoit d'emblée les difficultés de classification qui peuvent surgir. En réalité, la distinction appelle encore davantage de nuances comme nous le verrons ci-après (*infra*, n° 40)¹⁹⁰. La doctrine reste d'ailleurs divisée, lorsqu'il s'agit de départager et classer au sein d'une de ces deux catégories, les règles qui concernent l'admissibilité des preuves.

38. Règles de procédure. Lorsque le législateur édicte des règles de procédure en organisant l'administration de la preuve, par exemple, la forme des expertises, des enquêtes, de l'interrogatoire, de la comparution personnelle ou de la descente sur les lieux, il conviendra d'appliquer la loi en vigueur au jour du procès¹⁹¹. Comme le souligne Gilberte Closset-Marchal, « Étant des règles de procédure, ces lois doivent s'appliquer dans tous les procès nouveaux, même relatifs à des faits ou à des actes qui leur sont antérieurs. Ne peut tenir l'argument qui consiste à dire que si les parties avaient prévu l'admissibilité de nouveaux modes de preuve, elles n'auraient pas conclu ou pris d'autres dispositions »¹⁹².

Le principe de collaboration à l'administration de la preuve¹⁹³ et la règle de l'article 877 du Code judiciaire ressortissent à cette catégorie des lois de procédure¹⁹⁴. Les dispositions y relatives¹⁹⁵ s'appliqueront donc immédiatement (art. 3 C. jud.). Elles auront vocation à s'appliquer aux « procès en cours même si

¹⁸⁶ « [I]l y a en effet des distinctions importantes à faire dans cette matière dont l'étude a été un peu négligée » (P. ROUBIER, *Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps)*, op. cit., n° 52, p. 229).

¹⁸⁷ *Ibid.*, n° 52, p. 230.

¹⁸⁸ *Ibid.*, n° 52, p. 230.

¹⁸⁹ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, op. cit., pp. 96-97.

¹⁹⁰ G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire: droit commun de la procédure et droit transitoire. Commentaire des articles 2 et 3 du Code judiciaire*, op. cit., pp. 167-168.

¹⁹¹ G. CLOSSET-MARCHAL, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, op. cit., pp. 198-199; E. WYMEERSCH, « Intertemporaal recht in verband met de wet van 12 juni 1991 op het consumenten-krediet », op. cit., p. 1008.

¹⁹² G. CLOSSET-MARCHAL, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, op. cit., pp. 205-206.

¹⁹³ *Ibid.*, pp. 206-207.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 208.

¹⁹⁵ Art. 8.4, al. 3, et 8.11, § 3, nouveau C. civ.

ceux-ci se rapportent à des faits antérieurs»¹⁹⁶, mais ne pourront porter atteinte aux actes faits au temps de la loi précédente (remise en cause de la régularité d'une mesure d'instruction)¹⁹⁷ sous peine de rétroactivité.

En application de ces principes, le juge sera admis à ordonner de nouvelles mesures d'instruction (production de documents) selon les modalités et conditions nouvelles¹⁹⁸, même si le procès se rapporte à des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi.

39. Charge de la preuve. On enseigne que les règles qui gouvernent la charge de la preuve sont liées au fond du droit¹⁹⁹. C'est d'ailleurs la solution retenue, en matière de conflits de lois dans l'espace, dans l'article 18 du règlement « Rome I »²⁰⁰. Cet article dispose que « la loi régissant l'obligation contractuelle en vertu du présent règlement s'applique dans la mesure où, en matière d'obligations contractuelles, elle établit des présomptions légales ou répartit la charge de la preuve ». Cette position est également adoptée dans un arrêt de la cour du travail de Gand du 25 juin 1980²⁰¹.

Cette solution n'est cependant pas évidente. Tout d'abord, même si Paul Roubier et Gilberte Closset-Marchal énoncent, dans un premier temps, que les règles qui fixent la charge de la preuve retentissent sur le fond du droit, la solution qu'ils préconisent finalement s'en écarte sensiblement (voy. *infra*, n° 40). Ensuite, la situation se complexifie encore si l'on a égard aux pouvoirs conférés au juge dans le cadre de la charge de la preuve. La faculté nouvelle octroyée au juge à l'article 8.4, alinéa 5, du Code civil de renverser la charge de la preuve doit suivre, à notre estime, les règles de l'article 3 du Code judiciaire.

40. Procédés, admissibilité et hiérarchie des preuves. Lorsque le législateur s'intéresse aux procédés de preuve, à leur admissibilité et à leur hiérarchie, la question de la règle applicable est encore plus délicate. La complexité de cette problématique demeure souvent occultée par l'affirmation selon laquelle, les règles habituelles en matière contractuelle sont d'application au droit de la preuve²⁰². Le sujet regorge pourtant de subtilités.

Plusieurs thèses peuvent, en réalité, être défendues.

¹⁹⁶ G. CLOSSET-MARCHAL, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, op. cit., p. 208.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 210.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 210. Voy. art. 8.11, § 3, nouveau C. civ.

¹⁹⁹ G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire: droit commun de la procédure et droit transitoire. Commentaire des articles 2 et 3 du Code judiciaire*, op. cit., p. 457 qui cite, à l'appui, N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 43, n° 68. Gilberte Closset-Marchal préconise donc d'appliquer les règles en vigueur au jour du fait ou de l'acte à prouver.

²⁰⁰ Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), J.O.U.E., n° L 177 du 4 juillet 2008.

²⁰¹ C. trav. Gand, 25 juin 1980, *Rev. dr. soc.*, 1980, p. 370.

²⁰² M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, op. cit., pp. 96-97; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, Introduction. Théorie générale des droits et des lois. Les personnes - La famille, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 1933, p. 219.

Tout d'abord, certains ont affirmé que les lois afférentes à l'admissibilité d'une preuve doivent régir tous les procès nouveaux, et ce, même en présence de faits antérieurs. Pour les tenants de cette opinion, ces «lois ont pour objet la conviction du juge, laquelle est un objet du présent et non du passé»²⁰³. À suivre cette théorie, le passage d'un régime de preuve libre à un régime de preuve préconstituée entraînerait l'inadmissibilité des modes de preuve jadis autorisés. Cette thèse heurte toutefois de plein fouet la sécurité juridique.

D'autres auteurs optent pour séparer les lois qui suppriment des modes de preuve (pas d'application aux titulaires de droits antérieurs) et celles qui admettent de nouveaux modes de preuve (application à tous les nouveaux procès), sans toutefois que cette théorie n'emporte la conviction²⁰⁴.

Un autre point de vue consiste, sur la base de deux décisions jurisprudentielles²⁰⁵, à opérer une ligne de démarcation entre la manière de procéder à une preuve (application de la loi du temps où la preuve est rapportée) et l'admissibilité d'un genre de preuve (application de la loi du temps où s'est accompli le fait à prouver)²⁰⁶.

Ces distinctions sont cependant rejetées fermement par la doctrine contemporaine belge et française qui préfère recourir à d'autres critères.

Gilberte Closset-Marchal préconise, au départ, de trancher «par référence à la distinction entre le fond et la procédure». Conformément à ce critère, les règles relatives au droit à la preuve, à la charge de la preuve et à son admissibilité touchent au fond du droit protégé²⁰⁷. L'idée sous-jacente est la suivante: «les parties quand elles ont contracté, ont en vue non seulement leurs droits mais aussi la manière dont elles pourraient les prouver. Elles n'auraient peut-être pas contracté ou auraient pris d'autres dispositions, si le régime de la preuve avait été différent. Il faut, par conséquent, pour ces hypothèses, appliquer la loi du jour où le fait ou l'acte à prouver s'est produit»²⁰⁸. L'auteur reconnaît toutefois ensuite que «les lois relatives à la charge de la preuve, et à l'admissibilité des modes de preuve, sont, comme celles relatives à l'administration de la preuve, des lois de procédure»²⁰⁹. Par voie de conséquence, elle en déduit que les lois nouvelles s'appliquent aux procès nouveaux sauf lorsqu'on se trouve en matière de preuves préconstituées et de présomptions légales. On retrouve ici en filigrane la distinction mise en évidence par Paul Roubier.

²⁰³ LASALLE cité par P. ROUBIER, *Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps)*, op. cit., n° 52.

²⁰⁴ Voy. AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, t. I, Paris, 1897, p. 128, n° 66, cité par G. CLOSSET-MARCHAL, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, op. cit., p. 204, note 115.

²⁰⁵ Cass., 18 mars 1850, *Pas.*, 1850, I, p. 195 («si la manière de procéder à une preuve est régie par la loi du temps où la preuve se fait, l'admissibilité du genre de preuve se règle d'après la loi du temps où s'est accompli ce fait») et Bruxelles, 23 octobre 1940, *Pas.*, 1941, II, p. 97.

²⁰⁶ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3^e éd., op. cit., p. 344.

²⁰⁷ G. CLOSSET-MARCHAL, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, op. cit., p. 201.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 201.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 205.

La distinction que l'on doit à Paul Roubier consiste en effet à dissocier les lois qui établissent un régime de preuves préconstituées ou de présomptions légales et les lois qui concernent la preuve débattue en justice. Pour l'auteur, en dehors des deux exceptions susmentionnées, les autres règles relatives à la preuve concernent l'œuvre du juge et s'appliquent immédiatement aux procès en cours²¹⁰. Les questions relatives à la charge de la preuve et l'admissibilité des modes de preuve sont visées par la règle de l'application immédiate²¹¹. L'auteur considère qu'«En dehors de règles relatives à la preuve préconstituée, œuvre des parties et aux présomptions légales, œuvre directe de la loi²¹², les autres règles relatives à la preuve 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»²¹³. Comme l'indique Paul Roubier, affirmer, comme la doctrine traditionnelle, que l'admissibilité des modes de preuve est régie par la loi du jour du fait ou de l'acte à prouver présente un danger. L'on ne peut réserver le même sort à tous les modes de preuve sachant que certains, comme l'aveu judiciaire et le serment, ressortissent à l'activité du juge qui est régie par la règle du moment où elle s'exerce²¹⁴.

Cette distinction a reçu un certain écho en doctrine et est accueillie favorablement en droit belge: «Pourquoi, dès lors, si la loi actuelle ne juge plus telle preuve convaincante, obliger le magistrat à l'accepter sur la base d'une loi antérieure? Ainsi, si une loi abolissait le serment ou modifiait les règles de l'aveu judiciaire, on ne pourrait soutenir l'application des règles anciennes»²¹⁵.

41. Preuves préconstituées et présomptions légales. Une exception au principe de l'application immédiate aux procès en cours prévaut toutefois en matière de preuves préconstituées ou de présomptions légales²¹⁶.

La notion de preuves préconstituées renvoie aux hypothèses où la «loi a prévu un établissement antérieur de la preuve, soit qu'elle ait établi un régime de preuves préconstituées, c'est-à-dire constituées antérieurement à tout litige, soit qu'elle ait elle-même directement tiré telle ou telle preuve de certains faits, par voie de présomption légale»²¹⁷. À cet égard, on enseigne que «la preuve qui doit être établie avant tout procès doit l'être au moment où se produit le fait

²¹⁰ P. ROUBIER, *Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps)*, op. cit., n° 54, p. 239.

²¹¹ *Ibid.*, n° 54, p. 239.

²¹² On retrouve ici la distinction reproduite dans les travaux préparatoires. Le législateur indique en effet que «la loi ancienne reste d'application aux modes de preuve préconstitués» (Projet de loi portant insertion du livre 8 «La preuve» dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 38).

²¹³ P. ROUBIER, *Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps)*, op. cit., n° 54, p. 239.

²¹⁴ G. CLOSSET-MARCHAL, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, op. cit., p. 204.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 204.

²¹⁶ *Ibid.*, pp. 205-206.

²¹⁷ P. ROUBIER, *Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps)*, op. cit., n° 53, p. 234.

ou l'acte qu'il s'agit de prouver»²¹⁸. L'exemple par excellence est l'écrit exigé par l'article 1341 de l'ancien Code civil remplacé par l'article 8.9 du nouveau Code civil.

La justification proposée est pertinente. La preuve préconstituée, peu importe qu'elle s'applique aux actes juridiques ou aux faits²¹⁹, «accompagne ce fait ou cet acte, de telle manière qu'il n'y a aucune exagération à faire figurer les éléments requis *ad probationem* à côté des éléments constitutifs de la situation juridique, et à dire que la loi qui doit régir cette constitution doit régler aussi le régime de la preuve préconstituée, car c'est pratiquement la même chose de n'avoir point un droit ou de ne pouvoir le prouver»²²⁰. Ainsi, «la preuve devient contemporaine à l'acte à prouver et ses conditions doivent être appréciées au regard de la loi du temps où cet acte est intervenu. Appliquer à cet acte une loi qui lui serait postérieure serait conférer à cette dernière un effet rétroactif»²²¹.

Ainsi, l'exigence d'un écrit reste de la compétence de la loi ancienne. Force est néanmoins de constater que c'est tantôt la règle de la survie de la loi ancienne en matière contractuelle²²² qui est invoquée, tantôt l'exception relative aux preuves préconstituées²²³ selon que l'on retient l'article 1^{er} du Code civil²²⁴ ou l'article 3 du Code judiciaire.

Le raisonnement que l'on tient pour les preuves préconstituées s'applique aux présomptions légales²²⁵. Les règles relatives aux présomptions légales s'appliqueront directement aux faits et aux actes auxquels la loi attache la présomption. Ces règles saisissent en effet ces faits de manière automatique par l'effet de la loi, sans pas-

²¹⁸ *Ibid.*, n° 53, p. 234.

²¹⁹ *Ibid.*, n° 53, p. 235.

²²⁰ *Ibid.*, n° 53, p. 235.

²²¹ G. CLOSSET-MARCHAL, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, *op. cit.*, pp. 205-206; G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire: droit commun de la procédure et droit transitoire. Commentaire des articles 2 et 3 du Code judiciaire*, *op. cit.*, p. 168.

²²² H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 1^{re} éd., *op. cit.*, p. 219 qui renvoie à M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, n° 245. Henri De Page soumet les «moyens de preuve» à la loi ancienne. Dans l'édition de 1962, il affirme toutefois que les lois nouvelles sur les preuves seront applicables même aux actions nées sous l'empire de la loi ancienne (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3^e éd., *op. cit.*, p. 344).

²²³ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, *op. cit.*, p. 97.

²²⁴ On lit en effet chez plusieurs auteurs que lorsque le législateur se penche sur les moyens de preuve d'un acte juridique, c'est la loi en vigueur au jour de son établissement qu'il conviendra d'appliquer. En effet, «Les moyens de preuve d'un contrat sont [...] déterminés par la loi en vigueur au jour du contrat. Bien qu'ils soient utilisés longtemps plus tard, et peut-être à un moment où la loi a changé, ils sont préconstitués, c'est-à-dire préparés et créés par les parties au moment où la convention est faite. Ce sont donc des faits anciens par rapport à la loi nouvelle et qui ne doivent pas être réglés par elle» (M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, *op. cit.*, pp. 96-97). «La règle (survie de la loi ancienne) s'étend tant aux conditions de validité des contrats, qu'aux règles de forme et aux moyens de preuve» (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 1^{re} éd., *op. cit.*, p. 219).

²²⁵ G. CLOSSET-MARCHAL, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, *op. cit.*, pp. 205-206; G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire: droit commun de la procédure et droit transitoire. Commentaire des articles 2 et 3 du Code judiciaire*, *op. cit.*, p. 168.

ser par l'intermédiation du juge²²⁶. Les lois étant indépendantes de l'existence du litige, le juge doit appliquer la loi en vigueur au jour de l'acte ou du fait envisagé, et même si une loi nouvelle est en vigueur lorsqu'il est amené à statuer²²⁷.

Section 3

Mise en application concrète des principes

42. Introduction et méthode. Après avoir brossé l'ensemble du régime de droit commun applicable aux conflits de lois dans le temps en matière de preuve, il convient d'appliquer lesdits principes aux dispositions nouvelles. Plusieurs méthodes sont ici envisageables. L'une d'entre elles aurait consisté à analyser, article par article, le régime transitoire applicable. Certes, cette méthode permettrait d'offrir une boîte à outils bien remplie. L'inconvénient d'un tel procédé, outre son caractère excessivement fastidieux, est qu'il reste essentiellement théorique. Il s'apparente, si l'on noircit le trait, à un véritable travail de «juriste en chambre» détaché de certaines considérations pratiques et concrètes. Il est, par ailleurs, pratiquement impossible d'anticiper toutes les nuances et les subtilités qui pourront surgir de la pratique. Enfin, l'application croisée des différents principes et exceptions, pourrait mener à de nombreuses contradictions ou des voies sans issue, surtout si l'on doit composer avec les différents courants doctrinaux contradictoires en vogue.

Nous avons, dès lors, pris le parti de partir d'une dizaine de situations concrètes pour tenter d'y apporter, au regard des principes dégagés ci-avant, une solution. L'exercice permettra également de cibler les controverses qui restent ouvertes. Certes, l'exercice intellectuel est nettement plus facile (encore que), son intérêt pratique n'en demeure pas moins fort intéressant.

43. Enjeu: les nuances. Avant de débiter l'exercice, on rappellera au lecteur que le droit transitoire n'a de véritable incidence que lorsque la règle nouvelle emporte une modification du régime ancien. Or, comme l'a souligné le législateur²²⁸, la réforme du droit de la preuve, même si elle innove sur certains points, comporte de nombreuses codifications de la jurisprudence en vigueur. Dans ces hypothèses, l'enjeu du droit transitoire est très limité. Par ailleurs, comme le précisent les auteurs de la proposition de réforme du droit des obligations, il est à espérer que la jurisprudence tienne compte des dispositions nouvelles pour trancher des questions qui demeurent controversées sous l'empire de la loi ancienne²²⁹.

²²⁶ P. ROUBIER, *Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps)*, *op. cit.*, n° 53, p. 237.

²²⁷ *Ibid.*, n° 53, p. 237.

²²⁸ Projet de loi portant insertion du livre 8 «La preuve» dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 54-3349/001, pp. 3 et 13.

²²⁹ Proposition de loi portant insertion du livre 5 «Les obligations» dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 54-3709/001, p. 278. Voy. aussi P. WÉRY, S. STIJNS, E. DIRIX, R. JAFFERALI et B. KOHL, *La réforme du droit des obligations, Le projet de la Commission de réforme du droit des obligations*, *op. cit.*

L'importance du droit transitoire rejaillit toutefois au stade des éventuels pourvois en cassation. Le droit transitoire connaît alors un regain d'intérêt puisqu'il incombe, en effet, au demandeur d'indiquer dans le moyen la disposition légale violée applicable au litige²³⁰.

44. Mises en situation.

1° *Le juge saisi d'un litige après l'entrée en vigueur de la loi dont les faits sont antérieurs à celle-ci pourra-t-il faire usage de son pouvoir de renverser la charge de la preuve prévu à l'article 8.4, § 5 ? La règle de la preuve par vraisemblance de l'article 8.6 pourrait-elle également être appliquée par le juge ?*

La question de savoir si les dispositions qui régissent la charge de la preuve ressortissent à la catégorie des règles de procédure ou du fond du droit fait débat (voy. *supra*, n° 39).

Si l'on retient la première solution, il faudra avoir égard au principe de l'application immédiate de la loi nouvelle aux procès en cours. Dès l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, le juge sera, notamment, autorisé à faire usage de la possibilité qui lui sera conférée de renverser la charge de la preuve (art. 8.4).

Si l'on retient la seconde solution, c'est le principe de la survie de la loi ancienne qui trouve, en principe, à s'appliquer. On pourrait toutefois se prévaloir de l'exception doctrinale selon laquelle le principe de l'application immédiate reste applicable aux pouvoirs conférés au juge dans l'exécution des contrats²³¹. Les pouvoirs des parties doivent, en effet, être distingués de ceux du juge²³². Cette distinction ne semble toutefois pas avoir reçu l'aval de la Cour de cassation (voy. *supra*, n° 29).

La première solution retient notre préférence. Les pouvoirs du juge en matière de renversement de la charge de la preuve nous semblent, en effet, régis, en vertu de l'article 3 du Code judiciaire, par la loi nouvelle même en présence de contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la loi.

Il nous semble également logique de considérer que les règles relatives au degré de preuves (art. 8.5 et 8.6) concernent l'œuvre du juge (voy. *supra*, n° 40). Elles seront, partant, d'application immédiate aux procès en cours, et ce, même si les faits visés sont antérieurs à l'entrée en vigueur du livre 8.

²³⁰ G. CLOSSET-MARCHAL, J.-Fr. VAN DROOGHENBROEK, S. UHLIG et A. DECROËS, « Examen de jurisprudence (1993-2005). Droit judiciaire privé. Les voies de recours », *R. C.J.B.*, 2006, p. 419.

²³¹ L'exemple donné par la professeure Gilberte Closset-Marchal vise l'article 1231 du Code civil et le pouvoir de modération des clauses pénales (G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire: droit commun de la procédure et droit transitoire. Commentaire des articles 2 et 3 du Code judiciaire, op. cit.*, p. 129).

²³² G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire: droit commun de la procédure et droit transitoire. Commentaire des articles 2 et 3 du Code judiciaire, op. cit.*, p. 129.

2° *La preuve d'un contrat conclu entre deux titulaires de profession libérale le 25 décembre 2018 est-elle régie par le principe de la preuve libre ? Quid d'un contrat conclu le 3 juillet 2018 ?*

Pour les dispositions applicables à la preuve entre et contre les entreprises, on notera que l'article 260 de la loi du 15 avril 2018 fixe l'entrée en vigueur de cette loi à la date du 1^{er} novembre 2018. La preuve du contrat conclu entre deux titulaires de profession libérale le 25 décembre 2018 pourra donc être rapportée par tous modes de preuve.

La preuve du contrat conclu le 3 juillet 2018 sera, par contre, soumise à la loi ancienne. S'agissant d'une question qui touche à la preuve du contrat (et donc au fond du droit), l'article 1^{er} du Code civil trouve à s'appliquer. Cet article souffre toutefois une exception en matière contractuelle (*supra*, n°s 22 et s.). La preuve du contrat sera donc régie par la loi ancienne.

3° *La preuve d'un contrat à prestations successives conclu avant l'entrée en vigueur de la loi est-elle soumise à la loi nouvelle ? Le plafond de 3500 euros trouve-t-il à s'appliquer aux contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la loi ?*

La règle de l'application immédiate de la loi nouvelle (art. 1^{er} C. civ. et art. 3 C. jud.) souffre plusieurs exceptions.

D'une part, le principe applicable aux règles de procédure cède le pas en présence de modes de preuve préconstituée (*supra*, n° 41).

D'autre part, il convient d'avoir égard au principe de survie de la loi ancienne en matière contractuelle (*supra*, n°s 22 et s.).

Les champs d'application des deux exceptions s'enchevêtrent et se recourent largement.

Que l'on retienne la qualification de loi de procédure ou de loi de fond, il nous semble donc correct d'affirmer que le plafond de 3500 euros et la règle de preuve applicable aux contrats à exécution successive ne seront applicables qu'aux contrats conclus postérieurement à l'entrée en vigueur du livre 8.

4° *Peut-on affirmer que, dans le cadre d'une vente conclue, entre une entreprise et un particulier, la clause des conditions générales qui dispose que le défaut de contestation de la facture vaut acceptation sortira ses effets ?*

Les dispositions impératives et d'ordre public font échec au principe de survie de la loi ancienne en matière contractuelle (*supra*, n°s 27 et 28). Elles trouveront à s'appliquer immédiatement aux effets futurs des actes juridiques conclus avant l'entrée en vigueur de la loi.

Au rang des dispositions impératives qui seront donc d'application immédiate, on peut citer les dispositions relatives aux effets probatoires attachés à la facture²³³.

²³³ Art. 8.11, § 4.

Ainsi, il ne sera plus possible, après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, de prouver l'existence d'un contrat de vente en invoquant la clause insérée dans les conditions générales de vente.

5° *Les dispositions relatives aux registres et papiers domestiques pourront-elles être invoquées dans un litige postérieur à l'entrée en vigueur de la loi pour prouver l'existence d'un contrat conclu avant l'entrée en vigueur celle-ci ?*

La preuve d'un contrat reste soumise à la loi en vigueur au moment de sa conclusion (*supra*, n° 23). Même si la loi nouvelle abroge la disposition qui traite des registres et papiers domestiques, on applique le principe de la survie de la loi ancienne. Les dispositions relatives aux registres et papiers domestiques pourront donc être invoquées dans un litige postérieur à l'entrée en vigueur du livre 8.

En toute hypothèse, après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, les registres et papiers domestiques pourront être appréhendés comme des écrits non signés, qui peuvent valoir en tant que modes de preuve conformément au droit commun.

6° *Les incapacités, autres que le décès, antérieures à l'entrée en vigueur du projet pourront-elles entrer en considération pour donner date certaine à l'acte sous signature privée*²³⁴ ?

Les présomptions légales constituent une exception au principe de l'application immédiate de la loi nouvelle (*supra*, n° 41). Le juge sera contraint d'appliquer la loi qui était en vigueur au jour de l'acte ou du fait envisagé.

La nouvelle loi ne s'appliquera donc pas aux présomptions attachées à certains faits survenus avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle.

L'article 75, alinéa 2, prévoit que « L'article 8.22, 3°, du livre 8, inséré par l'article 3 de la présente loi, ne s'appliquera qu'aux faits postérieurs à l'entrée en vigueur de la présente loi, telle que précisée à l'alinéa 1^{er} du présent article ». Il est en outre précisé dans les travaux préparatoires que « seuls les faits survenus postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi pourront être pris en compte »²³⁵.

7° *L'engagement unilatéral de payer une somme d'argent antérieur à l'entrée en vigueur de la loi doit-il répondre à la formalité du « bon pour » de l'article 1326 ?*

S'agissant de la preuve d'actes juridiques, l'exception relative à la matière contractuelle trouve à s'appliquer (*supra*, nos 22 et s.)²³⁶. La réponse est donc affirmative. À l'inverse, les articles qui remplacent les actuels articles 1325 et 1326 (à

savoir les articles 8.20 et 8.21) ne trouveront pas à s'appliquer aux contrats conclus avant l'entrée en vigueur du livre 8²³⁷.

On notera toutefois le caractère impératif de l'article 8.21 en ce qu'il prohibe les dérogations aux formalités prescrites par ledit article. La nullité prévue en cas de dérogation conventionnelle aux règles de l'article 8.21 sera d'application immédiate (voy. *supra*, n° 28).

8° *L'avenant modifiant les obligations nées d'un contrat conclu antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle est-il soumis à cette même loi ? La cession d'une créance née avant l'entrée en vigueur de la loi qui intervient après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle est-elle régie par cette dernière ? Quid du paiement le 20 novembre 2020 relatif à un contrat conclu sous l'empire de l'ancienne loi ?*

Le principe de survie de la loi ancienne en matière contractuelle englobe les effets futurs des actes juridiques conclus antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle.

Le droit de la preuve présente toutefois la particularité que ces effets futurs ne doivent pas être prouvés. Il suffit, en effet, de prouver l'acte dont il dérive.

Est-ce à dire toutefois que la preuve des actes juridiques qui, quoique survenus après l'entrée en vigueur du livre 8, se rapportent à une obligation née d'un acte juridique ou d'un fait juridique survenu avant l'entrée en vigueur de celui-ci, demeure sous la compétence de la loi ancienne ?

Nous ne le pensons pas. Les hypothèses visées débordent largement la notion d'« effets futurs » du contrat.

Même si le législateur ne s'est pas prononcé²³⁸, contrairement aux auteurs de la proposition de réforme du droit des obligations, sur ces questions, les hypothèses visées constituent un acte nouveau et indépendant, qui échappe donc à l'empire de la loi ancienne et est régi par la loi nouvelle.

Même si la preuve du contrat demeure soumise à la loi ancienne, la preuve de la cession, de l'avenant et du paiement est régie par la loi nouvelle.

9° *Le contrat conclu par voie électronique avant l'entrée en vigueur de la loi peut-il bénéficier du régime prévu à l'article 8.20*²³⁹ ?

Le contrat même conclu électroniquement reste régi par la loi en vigueur au moment de sa conclusion²⁴⁰.

²³⁷ Voy. également en ce sens, G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire : droit commun de la procédure et droit transitoire. Commentaire des articles 2 et 3 du Code judiciaire, op. cit.*, p. 169.

²³⁸ L'exposé des motifs de la première mouture du projet précisait toutefois que le renouvellement d'un contrat en cours était soumis à la loi nouvelle (Avant-projet de loi portant insertion du livre VIII « Le droit de la preuve » dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la preuve instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 7 décembre 2017).

²³⁹ L'article 8.20, alinéa 3, prévoit que « L'exigence d'une pluralité d'originaux est réputée satisfaite pour les contrats sous forme électronique lorsque l'écrit est établi conformément à l'article 8.1, 1°, et que le procédé permet à chaque partie de disposer d'un exemplaire écrit ou d'y avoir accès ».

²⁴⁰ On notera que la théorie des équivalents fonctionnels permettait déjà d'assouplir la formalité des originaux multiples pour les contrats électroniques.

²³⁴ Projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, 2018-2019, Ch. repr., n° 54-3349/001, pp. 38-39.

²³⁵ *Ibid.*, pp. 38-39.

²³⁶ Il nous semble en effet justifié ici d'appliquer par analogie l'exception tant aux actes juridiques unilatéraux qu'aux actes juridiques bilatéraux.

On peut toutefois espérer que la jurisprudence tienne compte des nouvelles définitions de l'écrit et de la signature, de même que de la règle de l'article 8.20, alinéa 3, prévue pour les contrats électroniques pour trancher les questions qui demeurent sous l'empire de la loi ancienne.

10° *Les nouvelles règles en matière d'aveu et de serment seront-elles applicables aux litiges postérieurs à l'entrée en vigueur de la loi mais dont les faits sont antérieurs à celle-ci ?*

Le serment tombe de manière assez évidente dans le domaine d'activité du juge (*supra*, nos 37 à 40). À notre estime, il sera donc régi par la loi en vigueur au moment où les pouvoirs du juge s'exercent²⁴¹.

Le sort de l'aveu est cependant plus délicat. Selon la définition de l'article 8.1. du nouveau Code civil, l'aveu est la reconnaissance par une personne ou son représentant spécialement mandaté d'un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques. Bien que certains auteurs lient le sort de l'aveu à celui du serment, la définition nouvelle ne permet pas de raccrocher incontestablement l'aveu au domaine d'activité du juge.

De surcroît, un sort spécifique pourrait être réservé à l'aveu extrajudiciaire. Dès lors qu'un échange de mails peut être qualifié d'aveu extrajudiciaire, la preuve de cet aveu pourrait, dans certaines circonstances, tomber dans le champ d'application de l'exception relative aux « preuves préconstituées ».

11° *Un juge saisi d'un litige lors de l'entrée en vigueur de la loi pourra-t-il ordonner la production partielle de la comptabilité d'une entreprise ?*

L'article 8.11, § 3, sera immédiatement applicable aux procès en cours dès lors qu'il instaure une mesure d'instruction et relève des règles de procédure (art. 3 C. jud.) (*supra*, nos 7-8).

12° *Dans les litiges postérieurs à l'entrée en vigueur de la loi, le juge devra-t-il appliquer les articles 8.28 et 8.29 du nouveau Code civil ?*

Les articles 8.28 et 8.29 qui règlent l'admissibilité et la valeur probante des présomptions de fait et des témoignages doivent-ils s'analyser en des règles de procédure ou des règles de preuve qui touchent au fond du droit ? Ou, plus précisément, ces modes de preuve ressortissent-ils à l'activité du juge ou sont-ils l'œuvre des parties ou de la loi ?

À notre estime, les règles qui régissent la preuve par témoins ou les présomptions de fait trouveront immédiatement à s'appliquer aux procès en cours. Rien n'exclut toutefois d'invoquer l'exception de survie de la loi ancienne pour les litiges de nature contractuelle.

²⁴¹ G. CLOSSET-MARCHAL, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, op. cit., p. 204. Voy. aussi G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire: droit commun de la procédure et droit transitoire. Commentaire des articles 2 et 3 du Code judiciaire*, op. cit., p. 169.

Conclusion

45. Conclusion. L'application en droit de la preuve civile des principes généraux du droit transitoire se révèle bien plus délicate que la lecture des travaux préparatoires pourrait le laisser penser.

La matière échappe bien souvent à l'attention de la doctrine. Elle se situe pourtant aux confins du droit civil et du droit judiciaire. Les principes édictés aux articles 1^{er} du Code civil et 3 du Code judiciaire s'enchevêtrent sans lignes directrices claires et précises. Les exceptions que souffrent respectivement ces principes visent de nombreuses hypothèses et se recourent largement.

Il en résulte de nombreuses incertitudes qui ne peuvent pas toujours être levées vu les justifications fragiles et multiples qui sous-tendent la matière.

L'enjeu du droit transitoire est évidemment de taille.

Fort heureusement, ce désordre est tempéré, en dehors des hypothèses de pourvois en cassation, par le fait que la loi du 13 avril 2019, dans sa majeure partie, codifie la jurisprudence des cours et tribunaux sans emporter de virages à 180 degrés.

On ne peut pourtant pas dire que le législateur n'avait pas été averti...

Les conseils formulés par la doctrine et le Conseil d'État seront – nous l'espérons – entendus par le législateur lors de l'adoption des prochains livres du nouveau Code civil. Le régime transitoire applicable au livre 8 pourrait d'ailleurs, à cette occasion, être précisé.

Un régime transitoire précis, cohérent et concerté nous semble préférable à un renvoi pur et simple au droit commun.