

# MÉFIEZ-VOUS DU NOUVEAU CODE DE COMMERCE !

**Bernard SAINTOURENS**

Professeur à l'Université Montesquieu-BordeauxIV

Prenant place dans un programme très ambitieux de codification du droit français (neuf codes devraient résulter de l'autorisation législative donnée par la loi du 16 décembre 1999 au Gouvernement de procéder par voie d'ordonnance), un nouveau code de commerce a été publié par l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du code de commerce (J. O. 21 septembre 2000, p. 14783). Si les justiciables, et en premier lieu les juristes, pouvaient a priori se réjouir d'une telle initiative en ce qu'elle devait permettre de rendre les textes qui régissent le monde des affaires plus accessibles et plus intelligibles, c'est plutôt une attitude de prudence voire de méfiance qui semble devoir s'imposer.

Cette œuvre de codification a été reconnue par le Conseil constitutionnel comme répondant "à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi" (Décision n° 99-421 du 16 décembre 1999, J.O. 22 décembre 1999, p.19041), consacrant le principe de sécurité juridique dans le droit français (sur ces points, V. not. D. RIBES, D. 2000, p. 425 ; N. MOLFESSIS, RTD. Civ. 2000, p. 186). L'examen du nouveau code de commerce permet toutefois de douter que de telles exigences aient été parfaitement respectées en l'espèce et les juristes devront avoir une attitude réservée quant au progrès du droit ainsi réalisé (pour une approche générale des problèmes posés, V. A. LIENHARD et C. RONDEY, Incidences juridiques et pratiques des codifications à droit constant, D. 2000, n°34, chron. , p. 521).

L'attention doit en premier lieu être attirée sur la difficulté de déterminer la version exacte de ce texte à laquelle il convient de se référer (I). Ensuite, une fois ce premier obstacle franchi, ce sont des interrogations plus fondamentales sur le contenu-même des dispositions nouvelles qui surgissent, laissant quelquefois l'utilisateur dans l'incertitude la plus totale quant au droit désormais applicable (II).

## **I.- LE NOUVEAU CODE DE COMMERCE PEUT EN CACHER UN AUTRE !**

La première mise en garde que l'on peut formuler porte sur l'identification exacte du texte auquel il convient de se référer. Une première version figure en annexe à l'ordonnance précitée du 18 septembre 2000 (annexe au n° 219, J.O. 21 sept. 2000). C'est fort logiquement ce texte qui a été repris par les éditeurs juridiques, soucieux de mettre rapidement à la disposition des juristes et du public en général ce nouveau code de commerce, comme ils le font traditionnellement pour l'ensemble des codes et principales lois. On peut donc craindre que nombre de professionnels du droit se réfèrent désormais à cette version du texte, se réjouissant de détenir un document à jour qui assure la synthèse de règles jusqu'alors dispersées en de très nombreux textes divers.

Malheureusement, cette première version est déjà à écarter, et il serait même dangereux de la conserver à portée de main, car un important rectificatif a dû être publié pour tenter de couvrir les très nombreuses erreurs et malfaçons qui affectaient le texte originaire. Ce rectificatif a été publié au Journal Officiel daté du 18 novembre 2000 (p. 18349), sans bien sûr qu'une version consolidée du texte corrigé ne soit publiée. Ces corrections pourraient apparaître sans grande importance, de type orthographique (ex. passage du singulier au pluriel ou remplacement en lettres d'une mention figurant en chiffres...) ou syntaxique (ex. coupure de phrases ou utilisation de guillemets...), mais un examen attentif révèle que certaines modifications sont autrement plus conséquentes. Ainsi, il ne s'agit plus d'un détail lorsqu'il est procédé à l'adjonction d'un article (art. L. 124-8) ou à la modification du numéro d'article auquel un texte fait renvoi (ex. art. L.524-21 au lieu de L. 525-21). De toutes façons, mêmes limitées, ces corrections doivent inciter à ne pas se référer, sans vérification préalable à la liste des corrections, au texte du nouveau code tel qu'initialement publié au Journal Officiel et diffusé par les éditeurs.

Au surplus, cette version modifiée est elle-même déjà compromise car d'autres modifications se profilent à l'horizon. Le projet de loi (n° 2706 enregistré à la Présidence de l'Assemblée Nationale le 15 novembre 2000) portant ratification de l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du code de commerce contient plusieurs corrections et ajouts à la version initiale (et déjà modifiée) du texte. On relèvera notamment l'insertion dans le code de commerce de dispositions demeurées jusque là en-dehors de son périmètre, avec modifications de fond (ex. interdictions d'entreprendre une profession commerciale ou industrielle, art. L127-1 à L.127-7 c. com.) ou sans (ex. regroupement d'actions, art. L. 228-29-1 à L. 228-29-7 c. com.). Une nouvelle version du code devra donc être établie, postérieure à celle déjà imposée par les rectificatifs ci-dessus évoqués, pour tenir compte des modifications liées à la loi de ratification de l'ordonnance.

Enfin, il n'est même pas sûr que la loi de ratification ne contienne finalement que les modifications contenues dans le projet de loi déposé. En effet, cette opportunité parlementaire pourrait être saisie pour procéder à des modifications complémentaires pour tenter de répondre aux nombreuses interrogations que le texte du nouveau code de commerce a suscitées et auxquelles il n'a été répondu par le gouvernement ni à l'occasion du rectificatif ni dans le projet de loi de ratification. (Voir infra, II). En outre, il n'est pas impossible qu'avant même que la loi de ratification n'intervienne, une modification importante d'un grand nombre de dispositions désormais incluses dans ce code soit réalisée du fait de l'adoption de la loi relative aux nouvelles régulations économiques (déjà examinée en première lecture à l'Assemblée Nationale et au Sénat). Les parlementaires seraient alors conduits à se prononcer sur des articles à modifier d'un texte qu'ils n'auraient pas encore ratifié ! C'est donc encore une autre version du code qu'il faudra attendre... Si d'aventure la loi de ratification intervenait avant l'adoption de la loi sur les nouvelles régulations économiques, il ne faudrait pas pour autant se précipiter puisque le texte ratifié (avec d'éventuelles modifications...) se trouvera dépassé quelques semaines plus tard. Bref, il sera encore urgent d'attendre ...

La seconde mise en garde est liée à l'utilisation du nouveau code de commerce compte tenu des difficultés attachées à la détermination du périmètre de la codification.

Conformément à la loi n° 99-1071 du 16 décembre 1999 portant habilitation du Gouvernement à procéder, par voie d'ordonnance, à l'adoption de la partie législative de

certaines codes, le nouveau code de commerce regroupe et organise diverses dispositions législatives contenues jusqu'alors dans des lois distinctes. Toutefois, le clivage entre les textes de nature législative et ceux de nature réglementaire n'est pas évident et cela a entraîné un chassé-croisé entre diverses dispositions ; certaines, bien que contenues dans un décret, ont été intégrées dans la partie législative du code (ex. art. 1, 2, 4, 58, 64, 65 et 66 du décret du 30 mai 1984 relatif au registre du commerce et des sociétés ; art. 13-1, 44-1 et 293 du décret du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales) alors que d'autres figurant dans une loi continuent de subsister, malgré l'intégration de l'ensemble de la loi dans la partie législative, en attendant d'être regroupées dans la partie réglementaire du code de commerce qui devrait être publiée ultérieurement (ex. art. 7 al. 3, 101 al.3, 102 al. 1 – première phrase - et al. 3 – première phrase -, 103 et 104 de la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires de entreprises).

En conséquence, la pratique se trouve confrontée à une difficulté qui, même ramenée à son aspect purement documentaire, ne doit pas être négligée. Les lois, formellement abrogées car intégrées dans la partie législative du nouveau code de commerce, doivent toujours être consultées pour les textes qui y survivent alors que des décrets, a priori non inclus dans le périmètre de la codification, doivent être utilisés dans une version actualisée qui tienne compte des dispositions soustraites puisque intégrées dans le nouveau code de commerce. Autant dire qu'il faut être particulièrement attentif à la mise à jour du texte consulté et que l'effet de simplification attendu de la nouvelle codification ne se fera pas tout de suite ressentir.

## **II.- LE NOUVEAU CODE DE COMMERCE PEUT CACHER BIEN DES SURPRISES !**

Alors que la règle applicable à la codification par voie d'ordonnance est qu'elle doit se réaliser à droit constant (V. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000, J.O., 21 sept. 2000, p.14777), la lecture du nouveau code de commerce a révélé des curiosités que le Parlement pourrait légitimement stigmatiser à l'occasion du vote de la loi de ratification de l'ordonnance relative au code de commerce, pour peu qu'il soit soucieux du respect de la séparation des pouvoirs. Il n'apparaît pas de manière évidente, en effet, que certaines des modifications apportées au texte lors de la codification puissent se rattacher à l'une des trois hypothèses justificatives constitutionnellement admises : respect de la hiérarchie des normes, cohérence rédactionnelle des textes et harmonisation du droit. Au sein d'une liste déjà importante des curiosités relevées par la doctrine, et qui n'est probablement pas exhaustive, on s'en tiendra ici à en rappeler une petite sélection dans le but d'illustrer la mise en garde adressée aux professionnels du droit par le présent article.

Une première rubrique concerne des dispositions qui n'étaient plus en vigueur (quelquefois depuis plusieurs années) et qui se trouvent ainsi ressuscitées.

La plus spectaculaire – et sans doute la plus énigmatique – concerne les conditions requises pour le cumul d'un mandat social et d'un contrat dans la société anonyme. L'article 93 de la loi du 24 juillet 1966 avait fait l'objet, par une loi du 11 février 1994, d'une modification

supprimant la condition d'antériorité de deux ans du contrat de travail par rapport à la nomination en qualité d'administrateur. L'article L. 222-25 c. com., qui est censé ne constituer que la reprise à droit constant du texte figurant dans la loi de 1966, fait miraculeusement réapparaître cette condition, ce qui fait légitimement naître le doute quant à ce qu'il faut désormais considérer comme étant de droit positif (v. not. G.B., *Le code de commerce nouveau est arrivé ! (" Arrêter de recoder ! ")*, Bull. Joly 2000, p. 883). Si le Parlement ne rectifie pas cette réforme de fait et ratifie ainsi l'ordonnance, il donnera force de loi à une disposition qu'il avait lui-même décidé – après débat – de supprimer du droit français afin de favoriser le cumul du mandat social et d'un contrat de travail. Tant que la ratification n'est pas obtenue, d'une part, et si elle est refusée par le Parlement, d'autre part, il faut continuer à se référer au texte tel qu'il figure dans la loi de 1966 ; le respect de la volonté du législateur impose une telle position. On rappellera simplement que l'article premier de la loi du 16 décembre 1999 ayant habilité le Gouvernement à procéder par ordonnance précise que les dispositions codifiées " sont celles en vigueur au moment de la publication des ordonnances ", or la condition d'antériorité de deux ans du contrat de travail n'était plus en vigueur depuis 1994... !

Autre disposition " phénix ", l'ancien article 173 du décret du 27 décembre 1985 relatif au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, interdisant toute opposition ou procédure d'exécution portant sur des sommes versées à la Caisse des Dépôts et Consignations, qui avait été déclaré illégal par le Conseil d'Etat (C.E. 9 février 2000, D. 2000, AJ, p. 136, obs. A. LIENHARD ; JCP 2000, II, 10314, note H. CROZE et T. MOUSSA ; Petites Affiches, 15 mars 2000, p. 19, note B. LAGARDE) et dont la Cour de Cassation avait tiré les conséquences (Cass. Com. 26 avril 2000, D. 2000, AJ, p. 247 obs. A. LIENHARD ; 20 juin 2000, RD bancaire et financier 2000, n° 162, obs. F.-X. LUCAS). La surprise est tout de même grande de le retrouver dans le nouveau code de commerce (art. L. 627-1). La présence de cet article dans le code de commerce est, nous semble-t-il, un peu rapidement justifiée dans le rapport au Président de la République (précité) au motif qu'il s'agirait d'une disposition " formellement réglementaire mais de nature législative ". Pour que le reclassement puisse avoir lieu encore faut-il que le texte visé ait conservé sa valeur normative au moment où il est intégré dans la partie législative du code de commerce. Faire renaître sous la forme d'une disposition législative une règle qui avait été invalidée sous sa forme réglementaire sans que la représentation nationale n'ait pu en débattre est une curieuse application d'une codification à droit constant. Même si, au fond la question pouvait être discutée de l'opportunité de cette disposition, mettant les fonds déposés hors d'atteinte notamment des créanciers postérieurs à l'ouverture de la procédure collective, on comprend que le procédé employé ait pu être qualifié de " coup de bluff " (A. LIENHARD, *La légalité retrouvée de l'article 173 du décret du 27 décembre 1985*, D. 2000, N°34, Point de vue).

Une deuxième source d'étonnement concerne des dispositions qui changent de contenu substantiel sous couvert d'un ajustement formel.

Quelquefois, la modification formelle est mineure mais elle est susceptible d'entraîner une évolution sensible de l'interprétation et donc de l'application de la règle visée. Le passage du singulier au pluriel du terme " afférent " (art. 38 Loi 25 janvier 1985, devenu " afférents " art. L.621-29 c. com.) peut-il être suffisamment justifié par le souci de la grammaire française alors que cet aspect du texte faisait justement l'objet d'une controverse (V. M. RAFFIN et E. ROZIAU, *Parfois, le pluriel... est bien singulier, observations afférentes... à l'adjectif*

afférent contenu dans le texte de l'article 38, JCP 1996, éd. E, I, n° 518 ; J.-L. VALLENS, Bail commercial et redressement judiciaire : la résiliation du bail après la loi du 10 juin 1994, JCP 1996, éd. E, I, n° 536). Le débat avait pour objet de déterminer les conditions de résiliation du bail pour non-paiement des loyers lorsque le preneur faisait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire. Le problème posé n'est pas insignifiant (V. B. SOINNE, Le nouveau code de commerce, Act. Proc. Collectives, 2000, n° 15, p.1) et si le Parlement fait l'économie d'une discussion pour tenter de régler une délicate question juridique, le procédé est un peu...singulier.

Une modification de texte peut aussi paraître insignifiante lorsqu'il s'agit, par exemple, de remplacer le terme "artisan" (art. 2 Loi 25 janvier 1985) par l'expression "personne immatriculée au répertoire des métiers" (art. L. 620-2 c. com.) ; pour autant cette nouvelle rédaction aura inévitablement un effet sur le champ d'application de la procédure de redressement et de liquidation judiciaires des entreprises (V. A. LIENHARD, Tous les artisans peuvent-ils encore être mis en "faillite" ?, D. 2000, n° 38, Point de vue). La référence à la notion générale d'artisan, forgée au fil des années par la jurisprudence, permettait de soumettre à la procédure collective des professionnels de l'artisanat même lorsqu'ils n'étaient pas inscrits au Répertoire des métiers, une telle abstention ne pouvant être invoquée pour éviter l'application de ce texte. La nouvelle rédaction de l'article concerné provoque nécessairement une réduction du domaine d'application de la législation relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises. Le changement du droit applicable pourra difficilement être nié, réalisé pourtant proprio motu par le pouvoir réglementaire dans une disposition de nature législative dont la réforme ne s'imposait pas d'évidence.

D'autres modifications profondes du fond du droit semblent être dues à la difficulté de découper au sein d'une législation d'ensemble les dispositions qui demeureront extérieures à la partie législative du nouveau code de commerce de celles qui doivent s'y intégrer. Est de ce point de vue particulièrement révélateur le sort réservé au statut des baux commerciaux (V. F. AUQUE, La codification des baux commerciaux à droit "presque" constant, JCP, éd. E, 2000, p. 1729 ; P.-H. BRAULT, A propos de la codification du statut des baux commerciaux, Loyer et copropriété, novembre 2000, p.4). Au résultat de ce qu'il faut sans doute qualifier de maladresse technique (la bonne foi est présumée...), c'est tout de même le plafonnement du loyer du bail renouvelé qui se trouve remis en cause. L'article L.145-34 c. com. se réfère désormais à l'ensemble des éléments déterminant la valeur locative pour autoriser un déplafonnement du loyer lors du renouvellement du bail alors que le texte d'origine (art. 23-6 décret 1953) n'envisageait le déplafonnement qu'en cas de modification notable des quatre premiers éléments visés par l'article 23 du décret ; cette précision excluait que le déplafonnement puisse résulter de la prise en compte des prix couramment pratiqués dans le voisinage. Même si la question paraît trop importante pour être ainsi réglée au détour du découpage malheureux d'un article, il sera impossible de ne pas tenir compte de la lettre du texte tel qu'il figure dans le nouveau code de commerce à compter de sa ratification par le Parlement. C'est bien le fond du droit qui est ainsi touché par une extension des hypothèses de déplafonnement du loyer. Si la disposition est de nature législative, il appartient au législateur de décider de son éventuelle modification.

Pour terminer cette rapide présentation des curiosités engendrées par le nouveau code de commerce, on ne peut pas passer sous silence l'abrogation d'une cause d'interruption de la prescription spécifique aux actions relatives aux baux commerciaux. En devenant l'article L. 145-60 du code de commerce, l'article 33 du décret du 30 septembre 1953 portant statut des

baux commerciaux a perdu en chemin son alinéa 2 faisant de la notification du mémoire une cause spécifique d'interruption de la prescription biennale. En l'état du droit tel qu'il résulte du nouveau code de commerce, cette perte paraît irréparable (V. F. AUQUE, préc. et P.-H. BRAULT, préc.) et les praticiens devront en tenir compte en saisissant, à titre de précaution tant que la question ne sera pas tranchée lors de la loi de ratification, le juge des loyers commerciaux par voie d'assignation s'ils veulent éviter le risque de la prescription.

La plus grande vigilance paraît donc de mise lors de l'utilisation du nouveau code de commerce et il reste à souhaiter que le Parlement voudra bien exercer un contrôle attentif du contenu du texte qui lui sera soumis afin de ratification et procéder à la correction des diverses curiosités que le nouveau code de commerce contient dans sa version actuelle. En définitive, c'est la crédibilité de la procédure de recours aux ordonnances qui est en jeu et au moment où le Gouvernement a obtenu l'habilitation pour transposer en droit français une cinquantaine de directives européennes en recourant à la procédure des ordonnances, l'expérience de l'ordonnance relative au nouveau code de commerce légitime les pires craintes.