

De l'abrogation par mégarde de certains articles du Code de commerce¹

(Chronique d'une renaissance annoncée)

**Fabrice Fages (doctorant, chargé d'enseignement à l'Université Paris I)
et Claire Vexliard (A.T.E.R. à l'Université Paris XII)**

Qui a pu lire l'exposé des motifs du récent projet de loi portant réforme des tribunaux de commerce² s'est sans nul doute étonné de découvrir, au paragraphe consacré à l'entrée en vigueur du dispositif prévu, l'annonce de l' « *aménagement* » suivant :

"les articles L. 411-3 à L. 411-7 du code de l'organisation judiciaire relatifs à la compétence d'attribution des tribunaux de commerce prennent effet à la date d'entrée en vigueur de l'article 3 de la loi n° 91-1258 du 17 décembre 1991(...³). C'est en effet ladite loi qui a abrogé par mégarde les articles 631, 634 et 636 à 638 du code de commerce"⁴.

La seule mention de textes législatifs "*abrogés par mégarde*" suffit naturellement à éveiller la curiosité du lecteur. Mais s'agissant de surcroît de dispositions que l'on croyait savoir figurer dans toute bonne édition du Code de commerce (dans sa rédaction antérieure à la re-codification issue de l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000, relative à la partie législative du Code de commerce), une certaine

¹ Cet article est issu d'une conférence prononcée le 23 novembre 2000 dans le cadre de l'Association de Droit Financier de la Sorbonne (ADFIN-Sorbonne) ; v. également depuis Th. Le Bars, *Nouvelles observations sur la codification "à droit constant" du Code de commerce*, J.C.P., éd. G., 2000, *Actualité*, p. 2163.

² Projet de loi n° 2545 portant réforme des tribunaux de commerce, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 18 juillet 2000, disponible sur le site Internet <http://www.assemblée-nationale.fr/2/projets/pl2545.htm>

³ Les articles L.411-3 à L.411-7 du Code de l'organisation judiciaire, dans leur rédaction issue du projet de loi n° 2545, reprendraient "*à droit constant*", c'est-à-dire en adaptant le texte à travers une formulation moins désuète que l'originale, les dispositions des articles 631 et 634 à 638 du Code de commerce. Sur la codification "*à droit constant*", v. *infra*, B, et les références citées.

⁴ *cf.* Exposé des motifs, II, B.

dose de stupeur, mêlée de circonspection, s'ajoute à l'étonnement et la curiosité précédemment éprouvés⁵.

On se souvient, en effet, que l'article 631 règle ni plus ni moins que la compétence d'attribution des tribunaux de commerce, en disposant, suivant une formulation qui remonte à 1807, que ceux-ci "*connaîtront : 1° des contestations relatives aux engagements et transactions entre négociants, marchands et banquiers ; 2° des contestations entre associés, pour raison d'une société de commerce ; 3° de celles relatives aux actes de commerce*". Et l'on sait qu'une loi du 31 décembre 1925 est venue compléter cette disposition pour permettre aux parties "*au moment où elles contractent, (...) de soumettre à des arbitres (ces) contestations*" : en d'autres termes, l'article 631 est également le texte qui, dérogeant à l'interdiction de principe posée à l'article 2061 du Code civil⁶, autorise l'usage de la clause compromissoire pour les litiges relevant de la compétence d'attribution des tribunaux de commerce.

Quant aux dispositions, moins connues, des articles 634 et 636 à 638 du code de commerce, il suffit de rappeler qu'elles complètent celles de l'article 631 en prévoyant et en aménageant la compétence des tribunaux de commerce dans certains cas particuliers, comme en matière de billets à ordre⁷. Le cas de l'article 631-1 est à mettre à part : il ne semble pas qu'il ait été abrogé en 1991, mais il ne figure plus dans le nouveau Code de commerce. Par conséquent son abrogation date pour le moins du 21 septembre 2000 date de la publication et de l'entrée en vigueur de ce nouveau Code de commerce, qui ne contient plus les dispositions de 631-1.

⁵ Lorsqu'il ne s'agit pas d'ironie mordante en forme de coup de bec ; cf. Le Canard Enchaîné, 1^{er} nov. 2000, "*Les tribunaux de commerce n'existent plus depuis neuf ans !*" par L.-M. H. (le titre est cependant erroné : les dispositions légales prévoyant l'institution, l'organisation et le fonctionnement des tribunaux de commerce sont, quant à elles, bien en vigueur... et figurent aux art. L. 411-1 et s. du C.O.J.).

⁶ Art. 2061, C. civil : "*La clause compromissoire est nulle s'il n'en est disposé autrement par la loi*".

^a Art. 634, C. com. : "*Les tribunaux de commerce connaîtront également : 1° (abrogé par la L. n) 82-372 du 6 mai 1982, art. 37) ; 2° Des billets faits par les receveurs, payeurs, percepteurs ou autres comptables des deniers publics*".

Art. 636, C. com. : "*Lorsque les billets à ordre ne porteront que des signatures d'individus non négociants et n'auront pas pour occasion des opérations de commerce, trafic, change, banque ou courtage, le tribunal de commerce sera tenu de renvoyer au tribunal de grande instance, s'il en est requis par le défendeur*".

Art. 637, C. com. : "*lorsque ces billets à ordre porteront en même temps des signatures d'individus négociants et d'individus non négociants, le tribunal de commerce en connaîtra*".

Art. 638, C. com. : "*Ne seront point de la compétence des tribunaux de commerce les actions intentées contre un propriétaire, cultivateur ou vigneron, pour vente de denrées provenant de son cru, les actions intentées contre un commerçant, pour paiement de denrées et marchandises achetées pour son usage particulier*".

"*Néanmoins, les billets souscrits par un commerçant seront censés faits pour son commerce et ceux des receveurs, payeurs, percepteurs et autres comptables de deniers publics, seront censés faits pour leur gestion, lorsqu'une autre cause n'y sera point énoncée*".

L'affaire n'est pas seulement stupéfiante, elle est également grave. Non seulement les tribunaux de commerce ont perdu une partie importante de leur compétence dans l'indifférence générale, mais ils ne l'ont toujours pas retrouvée. Le risque d'insécurité juridique est alors évident⁸. Nous ne sommes pas à l'abri d'une multiplication des exceptions d'incompétences soulevées par des plaideurs désireux de gagner du temps et d'un encombrement corrélatif des Tribunaux de Grande Instance, sans même insister sur les dégâts "collatéraux", en particulier quant à la validité de la clause compromissoire.

Le pire n'est cependant pas certain. L'abrogation par mégarde génère en effet ses propres effets juridiques, susceptibles d'en limiter les conséquences *a priori inquiétantes*. Surtout, le législateur n'est pas resté inactif en proposant dès que possible le rétablissement de la situation antérieure, accompagné d'ailleurs de quelques aménagements rédactionnels.

On s'est donc attaché à élucider les circonstances et les conséquences de la disparition des articles 631, 631-1 et 634 à 638 du Code de commerce (I.), avant, dans un second temps, de constater que leur retour est prévu dans un avenir plus ou moins proche (II).

I. A la recherche des articles 631 et 634 à 638 du Code de commerce

On retracera, en premier lieu, les mécanismes par lesquels les articles 631, 634, et 636 à 638 du code de commerce (que l'on désignera ci-après, par commodité, comme "*les articles 631 et 634 à 638*" ou plus simplement "*les articles 631 et suivants*" du code de commerce) ont pu être rayés du droit positif (A), avant d'étudier les conséquences d'une telle abrogation (B).

A- La disparition des articles 631 et s. du Code de commerce

1) Historique d'une abrogation involontaire

⁸ La question de l'abrogation de ces articles, dont on peut d'ailleurs s'étonner qu'elle soit restée aussi longtemps inconnue même après la publication du projet de loi sur les tribunaux de commerce, a été portée sur la place publique par la presse généraliste (; cf. note 5, ci-avant). Il nous semblait donc utile d'exposer sous un angle juridique les tenants et les aboutissants de l'étrange cheminement juridique de la compétence des tribunaux de commerce.

L'intitulé de la loi n° 91-1258 du 17 décembre 1991, dont l'article 3 a été à l'origine de l'abrogation "par mégarde" des articles 631, 634 et 636 à 638 du code de commerce, ne laisse pas deviner sa portée malencontreuse.

On ne soupçonne pas, en effet, qu'une loi *"conférant aux chefs de cour le pouvoir de déléguer des magistrats du siège de la cour d'appel pour exercer des fonctions judiciaires dans les tribunaux du ressort de la cour d'appel, modifiant le code de l'organisation judiciaire (partie législative) et donnant force de loi audit code"* ait eu pour conséquence la suppression des dispositions légales réglementant la compétence d'attribution des tribunaux de commerce.

Le texte même de l'article 3 "fautif" ne fait pas davantage transparaître ce résultat puisqu'il se limite à énoncer, dans la plus pure tradition de la méthode de législation par référence⁹, que :

"Les dispositions contenues dans le Code de l'organisation judiciaire (partie législative) ont force de loi. Les dispositions législatives énumérées aux articles 1^{er} et 2 du décret n° 78-329 du 16 mars 1978 instituant le Code de l'organisation judiciaire (première partie : législative) sont abrogées".

Bien que cette lecture paraisse lever un premier coin de voile, les raisons de l'abrogation des articles 631 et 634 à 638 du Code de commerce demeurent, à ce stade, assez mystérieuses. Aussi faut-il se replonger dans la genèse de Code de l'organisation judiciaire, et ses modifications successives, pour y puiser davantage de précisions sur l'origine de l'abrogation malencontreuse.

Le Code de l'organisation judiciaire trouve son origine dans la loi n° 72-626 du 5 juillet 1972, instituant un juge de l'exécution et relative à la réforme de la procédure civile (J.O. 9 juill., p. 7181), dont l'article 15 autorisait la codification, par voie de décrets en Conseil d'État, des textes concernant l'organisation judiciaire¹⁰.

Cette disposition visait à ce que soient rassemblés, à travers une codification par décret, les textes épars qui se rapportaient à l'organisation judiciaire — à l'exception notable toutefois de la procédure civile .

⁹ V. *infra*, B.

¹⁰ Loi 72-626 du 5 juill. 1972, art. 15 :

"Il sera procédé, sous le nom de code de l'organisation judiciaire, à la codification des textes de nature législative et réglementaire concernant cette matière, par des décrets en Conseil d'État, après avis de la commission supérieure chargée d'étudier la codification et la simplification des textes législatifs et réglementaires.

"Ces décrets apporteront aux textes de nature législative les adaptations de forme rendues nécessaires par le travail de codification à l'exclusion de toute modification de fond".

La codification prévue par la loi du 5 juillet 1972 relevait du mouvement de codification dite "administrative", lancé peu après la seconde guerre mondiale¹¹, et qui fut à l'origine de nombreux codes¹² institués par voie réglementaire, sans que de véritables modifications de fond fussent en principe apportées aux textes législatifs codifiés¹³ : la méthode réglementaire adoptée impliquait que le fond des dispositions *législatives* ne pût être modifié ou abrogé par voie de décret. En effet, un décret ne peut en principe abroger une loi parlementaire (en vertu du principe *cujus est condere legem ejus est abrogare*)¹⁴. —, tandis que les dispositions d'origine réglementaire codifiées pouvaient en principe faire l'objet de modifications sur le fond, dès lors que celles-ci résultaient d'un texte de nature identique¹⁵.

La codification de textes législatifs qui résultait de ce processus était ainsi vouée, comme l'a souligné un commentateur, à demeurer de nature purement "*formelle*", les dispositions législatives codifiées ne puisant leur valeur "*que dans le seul texte original qui leur a donné naissance*", lequel subsistait ainsi *en sus* du texte codifié et conservait sa pleine autorité juridique¹⁶.

Élaboré au bout de presque six années, le Code de l'organisation judiciaire est issu de deux décrets distincts en date du 16 mars 1978. Le premier (n° 78-329¹⁷) instituait sa partie législative, tandis que le second (n° 78-330¹⁸) était consacré à la partie réglementaire. Conformément au mécanisme de codification par voie réglementaire décrit ci-avant, le premier de ces textes prévoyait notamment, en son article 1^{er}, que les dispositions codifiées "*se substitu[ai]ent, dans les conditions prévues à l'article 34 de la Constitution et à l'article 15 de la loi n° 72-626 du 5 juillet 1972*", aux dispositions législatives énumérées au même article — parmi lesquelles figuraient, en particulier, les articles 631, 634 et 636 à 638 du Code de commerce.

¹¹ V. F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 5^e éd., 2000, n° 376 ; J.-C. Groshens, *La codification par décret des lois et règlements*, D. 1958, Chron., p. 157.

¹² Parmi ceux-ci : le Code des pensions civiles et militaires de retraite (1951), le Code de la santé publique (1953), le Code de la famille et de l'aide sociale (1956), le Code du travail (1973)... V. F. Terré, *op. cit.*, note n° 11, *loc. cit.*

¹³ Sur les inconvénients de la méthode de codification par décret adoptée par l'exécutif à partir de 1948, v. J.-C. Groshens, *op. cit.*, note n° 11, spéc. p. 160 et s.

¹⁴ Sauf lorsque la loi abrogée ressortit à la matière réglementaire, ce qui n'était toutefois pas le cas en l'espèce puisque J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, *Droit civil, Introduction générale*, L.G.D.J., 4^e éd., 1994, n° 352 et s.

¹⁵ Ce que permettait d'ailleurs l'art. 15 de la loi n° 72-626 du 5 juill. 1972, précité, note n° 10.

¹⁶ ; J.-C. Groshens, *op. cit.*, note n° 11, spéc. p. 159.

¹⁷ J.O. du 18 mars 1978, p. 1129.

¹⁸ J.O. du 18 mars 1978, p. 1130.

Or, on comprend que la substitution opérée par le décret du 16 mars 1978 ne valait pas *abrogation* des textes législatifs antérieurs, puisque le législateur — ou une autorité supérieure — est seul titulaire du pouvoir d'abroger ou de modifier la loi¹⁹. A travers la technique de codification que l'on vient de décrire, il subsistait donc en droit positif, pour chaque disposition — à valeur simplement réglementaire — de la "partie législative" du Code de l'organisation judiciaire, un texte de loi non codifié, en principe identique quant au fond, et qui en constituait le support juridique nécessaire !

C'est précisément dans le but de mettre fin à cette situation hybride et complexe, aussi peu satisfaisante sur le plan de la clarté que de la sécurité juridiques, qu'est intervenu l'article 3 de la loi précitée du 17 décembre 1991. L'intention du législateur était de conférer force de loi aux dispositions contenues dans la partie législative du Code de l'organisation judiciaire et d'abroger, corrélativement, les dispositions légales objet de la codification, auxquelles devait se substituer cette fois définitivement la partie législative du Code, désormais dotée de la même valeur, dans la hiérarchie des normes, que les dispositions qu'elle remplaçait²⁰.

Aucun "passage à la trappe" de dispositions légales n'aurait dû, en principe, intervenir à cette occasion, puisque l'abrogation réalisée par la loi du 17 décembre 1991 ne visait que des dispositions codifiées par décret en 1978. C'était toutefois oublier la refonte du titre du Code de l'organisation judiciaire consacré aux tribunaux de commerce, intervenue entre-temps à travers la loi n° 87-550 du 16 juillet 1987. Celle-ci, réformant l'organisation et le fonctionnement des juridictions consulaires, réorganisa les dispositions légales codifiées en 1978 et eut notamment pour effet de "décodifier" implicitement, *en les supprimant purement et simplement du Code de l'organisation judiciaire*, les dispositions dudit code correspondant aux articles 631, 634, 636, 637 et 638 du Code de commerce, lesquels continuaient à figurer dans ce dernier code²¹.

¹⁹ cf. *supra* ; V. également, au sein d'une doctrine fournie : Ph. Malaurie et L. Aynès, Droit civil, Introduction générale, Cujas, 2e éd., n° 563 ; J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, Droit civil, Introduction générale, L.G.D.J., 4e éd., 1994, n° 353.

²⁰ cf. J.O.A.N., 1991, *Débats*, p. 6467 et s., spéc. à la p. 6468, 2e col., intervention du Garde des Sceaux : "*Si l'œuvre de codification [des textes relatifs à l'organisation judiciaire], au sens strict du terme, est depuis longtemps achevée, il reste (...) à la parachever en conférant au code de l'organisation judiciaire son entière valeur législative (...)*" ; cf. également l'intervention de M. Rudloff, J.O. Sénat, 1991, *Débats*, p. 5235 : "*Nous avons (...) deux fois [dans le corps même du code et en annexe] les mêmes textes (...). Il s'agit là, en quelque sorte, d'un gaspillage de matière première. (...) Cette proposition de loi entraîne, par voie de conséquence, l'abrogation d'un certain nombre de dispositions législatives qui sont devenues superfétatoires dans la mesure où elles figurent dans le code de l'organisation judiciaire. (...) [L]a logique et la simplicité doivent triompher*".

²¹ Dans la rédaction d'origine du C.O.J. issue du décret n° 78-329 du 16 mars 1978, l'art. L411-2, C.O.J. reprenait le contenu des dispositions de l'art. 631 C. com ; l'art. L411-5, C.O.J. correspondait au texte des articles 634 et 637,

C'est ce dont le législateur de 1991 a semble-t-il entièrement omis de tenir compte, et qui nous vaut aujourd'hui de découvrir que l'abrogation "par mégarde" des dispositions définissant la compétence d'attribution des tribunaux de commerce et permettant l'utilisation de la clause compromissoire dans les mêmes matières, a bien eu lieu voici près de dix ans.

C'est ainsi que, du "trop-plein" de textes régissant la compétence des tribunaux de commerce, entre 1978 et 1987, puisque durant cette période ces dispositions coexistaient au sein des Codes de commerce et de l'organisation judiciaire, nous en sommes arrivés à une lacune législative après 1991 !

Les raisons purement techniques de l'abrogation des articles 631 et suivants du Code de commerce se trouvant élucidées, il faut se tourner à présent vers les causes plus profondes de leur abrogation involontaire.

2) **L'abrogation par mégarde des articles 631 et s. du Code de commerce, illustration des inconvénients de certaines méthodes contemporaines de législation.**

Très en amont dans la chaîne causale, l'une des raisons premières, bien qu'indirecte, de l'abrogation des articles 631 et s. du Code de commerce, peut être imputée à la technique de codification administrative²² retenue dès 1972 pour l'élaboration du Code de l'organisation judiciaire. Les insuffisances de la codification par décret ont très tôt été mises en avant par une partie de la doctrine : l'absence de modifications de fond apportées aux textes législatifs codifiés donne lieu, en effet, à une forme de compilation, ou tout au mieux à une "mise en ordre" du droit existant, à travers la réorganisation des textes existants, parfois fort hétérogènes. Or un tel processus n'élimine nullement les incohérences, et peut même faire naître des incertitudes, voire être source d'erreurs matérielles²³.

C. com, l'art. L 411-6, C.O.J. à l'art. 636, C. com et l'art. L 411-7, C.O.J. à l'art. 638, C. com. Les art. L 411-3 et L 411-4, C.O.J., se bornaient quant à eux à faire référence aux art. 632 et 633 du C. com et en reproduisaient le texte ("*Comme il est dit à l'article 632/633 du Code de commerce : "...*"), mais *sans s'y substituer* puisque ces deux dispositions n'étaient — fort heureusement — pas visées par la liste de dispositions codifiées (cf. art. 1^{er}, D. n° 78-329 du 16 mars 1978). Le texte des articles L 411-1 et s., C.O.J. reçu une rédaction entièrement nouvelle à travers la loi n° 87-550 du 16 juill. 1987, entraînant ainsi la "décodification" des art. 631 et s. du Code de commerce.

²² V. *supra*.

²³ V. notamment F. Terré, ouvrage préc., n° 376 et 377 ; J.-C. Goshens, *op. cit.* note n° 11, spéc. p. 160 et s., V., pour une approche globale, B. Oppetit, *La notion générale de codification*, in *Essai sur la Codification*, P.U.F., 1998, p. 7, spéc. p. 20 et s. V. également, pour un exemple récent, A. Lienhardt, *La légalité retrouvée de l'article 173 du décret du 27 décembre 1985 (ou les surprises de la codification à droit constant)*, D. 2000, n° 34, point de vue, p. III.

Dans le cas présent, l'erreur n'est certes pas venue directement du décret de 1978 — on ne se risquerait pas même à parler ici de causalité adéquate —, mais à la source de l'abrogation involontaire se trouve tout même ce résultat particulier de la codification administrative qu'est la survie du texte législatif codifié, pour servir de fondement juridique à son "double" réglementaire. La codification eût-elle, dès l'origine, été de nature législative, la loi du 16 juillet 1987, opérant refonte des articles L 411-1 et s. du Code de l'organisation judiciaire, n'aurait pas relégué les articles 631 et suivants du code de commerce hors du Code de l'organisation judiciaire, et *a fortiori* nulle loi nouvelle n'aurait été rendue nécessaire pour conférer enfin valeur de loi à la partie législative du même code !

Si, de l'équivalence des causes, l'on passe à la théorie, plus orthodoxe en matière civile, de la causalité adéquate, le "dommage" apparaît ici avoir pour origine un travers législatif de plus en plus fréquent : celui de la méthode de législation par référence. C'est ainsi que l'art. 3 de la loi du 17 décembre 1991 a abrogé en bloc, sans les citer individuellement, "les dispositions législatives énumérées aux articles 1er et 2 du décret n° 78-329 du 16 mars 1978 instituant le Code de l'organisation judiciaire (première partie : législative)". Eût-il procédé à leur énumération expresse — certes nettement plus longue —, la méprise aurait sans aucun doute pu être détectée plus tôt, voire tout bonnement évitée. Cette "coquille" législative ne paraît d'ailleurs pas constituer un cas unique : c'est parfois directement à travers une opération de codification pourtant "à droit constant", qu'ont été expressément abrogées, sans être codifiées, certaines dispositions qui auraient en principe dû se trouver englobées dans le code nouveau²⁴

Enfin, si l'on s'essaie à identifier la "cause déterminante" de l'abrogation involontaire des articles 631 et s. du Code de commerce, il faut montrer du doigt une autre tendance législative contemporaine, tout aussi condamnable : celle de la prolifération incontrôlée de textes nouveaux, sans réel souci de cohérence entre les dispositions nouvelles et les anciennes, le principe d'abrogation tacite de la norme ancienne

²⁴ V. notamment, sur l'abrogation du premier alinéa de l'art. R. 47 C. trib. adm., édictant le caractère d'ordre public de la compétence territoriale des tribunaux administratifs, par le décret de codification n° 2000-389 du 4 mai 2000 instituant la partie réglementaire du Code de la justice administrative : A. Lienhard et C. Rondey, *Incidences juridiques et techniques des codifications à droit constant (à propos du nouveau code de commerce)*, D. 2000, Chr. p. 521, spéc. à la p. 523 ; P.-Y. Gautier, *De l'art d'être furtif - le "droit constant" des codes de la propriété intellectuelle et de la consommation*, in *La Codification*, Dalloz, 1996, p. 107 et s., spéc. n° 8, sur l'abrogation pure et simple, par la loi n° 92-597 du 1^{er} juill. 1992 instituant le Code de la propriété intellectuelle, de la loi du 12 mars 1952 relative aux industries saisonnières de la mode et de la parure.

incompatible avec la norme nouvelle étant, semble-t-il, supposé suffire à maintenir la cohésion de l'ensemble²⁵.

C'est ainsi que le législateur de 1991, soucieux de donner valeur législative à un texte dont, il est vrai, le caractère réglementaire tranchait de façon peu orthodoxe avec l'intitulé ("Code de l'organisation judiciaire, partie législative"), n'a pas tenu compte de ce que cette tâche avait partiellement été opérée par son prédécesseur de 1987, certes pour ce qui concernait les seules juridictions commerciales, mais déjà avec pour but exprès de "remonter dans la loi l'ensemble des dispositions qui doivent s'y trouver et qui, actuellement, figurent dans des décrets"²⁶ — outre un véritable travail de réforme en la matière, resté absent de la codification administrative²⁷. Mais un tel résultat paraît inéluctable dès lors que le travail législatif s'effectue de manière parcellaire, sans vision d'ensemble et sans égard pour le travail déjà accompli par le passé : l'article 3 de la loi du 17 décembre 1991 n'a-t-il pas été inséré, entre deux "navettes" parlementaires, dans un texte dont l'objet principal était de conférer "aux chefs de cour le pouvoir de déléguer des magistrats du siège de la cour d'appel pour exercer des fonctions judiciaires dans les tribunaux du ressort de la cour d'appel" ?

On se serait attendu à ce que l'inadvertance du législateur fût rapidement mise au jour, comme c'est généralement le cas pour ce type d'erreur, et que soit par conséquent apporté un prompt remède. Il n'en a pourtant rien été : L'abrogation par mégarde des articles 631 et 634 à 638 du Code de commerce est passée complètement inaperçue pendant près de dix ans... Il faut donc, avant d'étudier le remède²⁸, envisager les conséquences de cette parenthèse regrettable.

B- Les conséquences l'abrogation "par mégarde" **des articles 631 et s. du Code de commerce**

²⁵ Ce qui peut s'accorder mal, pourtant, avec la "présomption de survivance de la loi ancienne non abrogée explicitement" (G. Wiederkehr, Rép. civ. Dalloz, v° *Lois et décrets*, n° 115), et ne favorise nullement la sécurité juridique tant prônée.

²⁶ Intervention du Garde des Sceaux, J.O. Sénat, *Débats*, séance du 16 juin 1987, p. 1893).

²⁷ V., pour une vive critique de l'abandon, par le Parlement, de ses prérogatives de législateur au profit d'une codification de nature bureaucratique et administrative, F. Terré, ouvrage préc., *loc. cit.* ; V. également, du même auteur, *La "crise de la loi"* : Arch. de phil. du dr., t. 25, Sirey, 1980, p. 17 et s., dénonçant une véritable altération de la loi à travers l'accroissement de la technicité, ainsi que l'"importance croissante de la bureaucratie dans la genèse des règles législatives" (pp. 19-20).

²⁸ *infra*, II.

Par un concours de circonstances, dû peut-être au cloisonnement des disciplines et des services, l'abrogation des articles 631 et s. du Code de commerce, passée inaperçue dans les codifications privées, est restée ignorée tant de la doctrine que de la pratique jusqu'à sa récente révélation²⁹. On se demandera quelles pourraient être les conséquences proprement juridiques de cette lacune longue de presque deux lustres (1), avant de s'interroger sur la portée réelle de cette abrogation involontaire (2).

1) Les effets supposés de l'abrogation involontaire

Les conséquences envisageables de l'abrogation des articles 631 et suivants du Code de commerce touchent aussi bien la compétence d'attribution des tribunaux de commerce, que la faculté de dévolution à l'arbitrage des litiges commerciaux, et plus largement la définition de la commercialité en droit français.

En premier lieu, sans aller jusqu'à alléguer l'inexistence des juridictions consulaires depuis l'entrée en vigueur de la loi du 17 déc. 1991³⁰, l'absence de définition de leur compétence d'attribution remet en question la qualité des tribunaux de commerce à connaître des litiges qui leur ont été soumis depuis cette date et le seront jusqu'au rétablissement prochain des articles 631 et s. du Code de commerce³¹. Faute d'une compétence spécifique déterminée par la loi, en effet, ces litiges auraient dû être portés, en fonction des montants en jeu, soit devant le tribunal de grande instance, juridiction de droit commun de première instance, soit devant le tribunal d'instance.

Il en est de même pour les litiges soumis, en matière commerciale, à l'arbitrage en vertu d'une clause compromissoire. En vertu de la prohibition générale édictée à l'article 2061 du Code civil, aux termes duquel "*la clause compromissoire est nulle s'il n'en est disposé autrement par la loi*", toutes les procédures arbitrales menées depuis l'entrée en vigueur de la loi du 17 déc. 1991 en matière commerciale sur le fondement d'une clause arbitrale sembleraient susceptibles d'être invalidées³².

Plus largement encore, c'est la *définition même* du droit commercial, de son domaine d'application, qui se trouve affectée. En effet, en établissant la compétence de tribunaux de commerce, les articles 631 et suivants contribuaient à délimiter la

²⁹ V. Le *Canard Enchaîné*, 1^{er} nov. 2000, préc., note n° 5, *loc. cit.*

³⁰ *ibid.*, *loc. cit.*

³¹ V. *infra*, II.

³² Le cas des litiges soumis à l'arbitrage en vertu d'une clause compromissoire est cependant à distinguer de ceux qui le sont sur le fondement d'un compromis d'arbitrage, lequel n'intervient qu'une fois le litige né et échappe ainsi, dans la rédaction actuelle des textes, à la prohibition générale édicté par l'art. 2061 du Code civil (*cf.* art. 2059 C.civil).

sphère de la commercialité, complétant en cela les articles 632 et 633 qui se bornent, pour leur part, à énumérer les différentes catégories d'actes de commerce³³.

Les conséquences présumées de la disparition — provisoire — des articles 631 et suivants du Code de commerce sont cependant, à notre avis, fortement tempérées par plusieurs facteurs qui permettent finalement de conclure à l'absence d'effets juridiques de l'abrogation, laquelle apparaît bien vouée à demeurer une mise entre parenthèses malencontreuse, mais anecdotique, de textes législatifs.

2) Une abrogation en réalité dépourvue d'effets juridiques

Au vu des développements qui précèdent, la question de la réalité des effets de l'abrogation malencontreuse peut certes surprendre. Après tout, puisque la suppression des articles 631 et 634 à 638 du Code de commerce résulte expressément de l'article 3 de la loi du 17 décembre 1991, ses effets ne sont-ils pas automatiquement ceux qui viennent d'être décrits ci-avant ?

A notre sens, aussi paradoxale puisse paraître l'interrogation, elle est néanmoins nécessaire. On a vu, en effet, que le caractère purement involontaire de la suppression de ces textes ne peut être remis en cause. Les éléments développés ci-après rendent à notre avis contestable qu'une abrogation *stricto sensu* ait eu lieu, c'est-à-dire la suppression d'un texte *en sorte qu'il devienne inapplicable pour l'avenir*³⁴.

La jurisprudence refuse pour sa part de donner un quelconque effet juridique aux erreurs intervenues lors d'une opération de codification. C'est ainsi que, par un arrêt du 22 mai 1975, la Cour de cassation a rejeté, en retenant que "le décret n° 73-1046 du 15 novembre 1973, qui n'était qu'une œuvre de codification des textes antérieurs, n'avait pas eu pour objet de modifier les dispositions contenues dans ceux-ci", le pourvoi qui se prévalait de la substitution, dans l'article L. 435-2 du Code du travail, d'une conjonction "ou" à une conjonction "et" qui figurait dans l'article 3 de la loi du 29 décembre 1972 remplacé par le nouveau texte, la Haute juridiction approuvant en outre les juges du fond d'avoir considéré qu'une telle substitution était "dépourvue de conséquence quant à son sens et à sa portée"³⁵.

La portée de cette décision ne nous apparaît nullement restreinte par le fait que la modification en cause portait sur la substitution d'une simple conjonction à une

³³ cf., en ce sens, J. Calais-Auloy, J. Cl. Proc. Civ., fasc. 401, n° 2 et s.

³⁴ Cf. G. Cornu, *Vocabulaire Juridique* - Association H. Capitant, v° *Abrogation*, P.U.F., coll. Quadrige, 2000.

³⁵ Cass. soc., 22 mai 1975, Bull. civ. V, n° 268, p. 237.

autre : ce qui vaut pour un seul terme au sein d'une disposition, vaut tout autant pour une disposition entière, voire pour un ensemble de dispositions. De même, l'intérêt de l'arrêt ne nous semble pas davantage diminué par la circonstance que la substitution opérée l'était, en l'espèce, par un texte réglementaire codifiant des dispositions législatives : à notre sens, la prise en compte par la Cour de cassation de "*l'objet*" de la modification vaudrait confère à l'arrêt une portée qui dépasse les faits de l'espèce, et le même critère paraît parfaitement transposable à la détermination de la portée réelle de l'article 3 de la loi du 17 décembre 1991.

Il ne nous paraît pas entièrement iconoclaste, par ailleurs, d'affirmer que les principes énoncés aux articles 631 et 634 à 638 du Code de commerce ont, en toute hypothèse, été maintenus dans le droit positif, de 1991 à ce jour au moins en tant que principes *coutumiers*. Les conditions d'existence de la coutume, source de droit positif "*au même titre que la loi et à côté d'elle*"³⁶, apparaissent en effet réunies dans le cas présent : d'une part, nonobstant la suppression matérielle de ces prescriptions, celles-ci ont continué à être appliquées par la pratique de manière répétitive, générale et constante, pendant un laps de temps conséquent : on retrouve ici l'élément matériel de la coutume, "*usage ancien, constant, notoire et général*"³⁷. L'élément psychologique de la coutume, l'*opinio juris seu necessitatis*, est également bien présent, puisque le contenu des dispositions supprimées a continué à être mis en pratique avec la conviction des intéressés d'agir en vertu d'une règle obligatoire — et pour cause, la disparition des articles 631 et s. du Code de commerce n'ayant, semble-t-il, pas même été prise en compte dans les codifications privées... L'adage *error communis facit jus* nous semble, de la même façon, pouvoir être invoqué à bon escient pour parer aux effets indésirables de l'abrogation pour la période en cours.

Enfin, concernant les litiges en cours, l'obligation de soulever *in limine litis* les exceptions de compétence devrait, également, permettre de faire obstacle aux recours qui seraient fondés sur l'inexistence des articles 631 et suivants du Code de commerce, lesquels n'interviennent pas dans un domaine de compétence d'ordre public — à l'exception notable cependant du cas de l'arbitrage, en vertu du caractère d'ordre public des dispositions de l'article 2061 du Code civil auxquelles dérogeait l'article 631 du Code de commerce.

Les conséquences juridiques de l'abrogation involontaire des articles 631 et suivants du Code de commerce seront, quoi qu'il en soit, prochainement jugulées : l'erreur

³⁶ J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, n° 541.

³⁷ *ibid.*, n° 544.

ayant été finalement détectée, le rétablissement des dispositions disparues figure désormais au calendrier législatif.

II. L'article 631 retrouvé

Même s'il est possible, et souhaitable, que la jurisprudence ne laisse pas prospérer des arguments fondés sur l'abrogation par mégarde de l'article 631, il devenait urgent de rétablir la sécurité juridique. Restait à savoir comment. Le choix du procédé utilisé est intéressant, tout autant que celui du contenu de la réforme proposée.

A- Le procédé utilisé

Le rétablissement des dispositions relatives à la compétence des tribunaux de commerce nécessitait de trouver un véhicule législatif permettant de mener à bien l'opération, ainsi qu'un réceptacle destiné à accueillir les dispositions relatives aux tribunaux de commerce.

1) Le véhicule

Rétablir le contenu des articles 631 et 634 à 638 exigeait une loi. Or le calendrier parlementaire, déjà passablement chargé, n'offrait pas un grand choix de possibilités. Il convenait en effet de trouver un véhicule législatif approprié à la fois au regard de l'objet du texte et de l'urgence de son rétablissement.

Le projet de loi portant réforme des Tribunaux de commerce³⁸ adopté en Conseil des ministres durant l'été 2000³⁹ semblait fournir le véhicule législatif le plus approprié. Il ne paraissait pas inutile en effet, avant de réformer les tribunaux de commerce, de connaître la mesure de leur compétence. C'est donc dans cet esprit que l'article 2 du projet de loi propose une nouvelle rédaction des articles définissant la compétence des tribunaux de commerce, et que l'article 19-II du même projet prévoit leur entrée en vigueur de façon rétroactive à la date d'entrée en vigueur de la loi du 17 décembre 1991 "responsable" de l'abrogation par mégarde. Approprié par

³⁸ Projet de loi portant réforme des tribunaux de commerce, n° 2545.

³⁹ Projet de loi enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 juillet 2000.

son objet, ce projet de loi comportait toutefois un inconvénient d'ordre calendaire. Déposé à l'Assemblée nationale depuis le 18 juillet 2000 mais non encore inscrit à l'ordre du jour, ce texte, sensible s'il en est, ne devrait pas voir sa discussion parlementaire s'achever avant l'été 2001 au plus tôt. Or à partir du moment où l'abrogation par mégarde était inscrite en toutes lettres dans un projet de loi, il devenait urgent d'agir avant que les recours ne se multiplient.

L'urgence justement, était la procédure parlementaire retenue pour le projet de loi consacré aux Nouvelles Régulations Economiques. Ce projet de loi contient diverses dispositions d'ordre juridique consacrées pour l'essentiel à des réformes de droit boursier, de droit de la concurrence et de droit des sociétés. Sur ce dernier point en particulier il modifie sensiblement les données du gouvernement d'entreprise au sein des sociétés anonymes. Son objet se prêtait donc sans trop de contorsions à la réintroduction de dispositions relatives à la compétence des tribunaux de commerce.

Adopté en Conseil des ministres le 15 mars 2000, ce texte était voté en première lecture à l'Assemblée Nationale en avril avant d'être à son tour adopté au Sénat en octobre de la même année⁴⁰. Comme la procédure parlementaire de l'urgence limite le nombre de lectures devant chaque assemblée, on peut raisonnablement s'attendre à un vote définitif de ce projet de loi pour le début de l'année 2001. La commission mixte paritaire, réunie le 13 décembre 2000, a échoué et le projet devrait par conséquent être examiné en nouvelle lecture par l'Assemblée nationale à la fin du mois de janvier 2001. Le projet de loi sur les nouvelles régulations économiques devrait en tout état de cause être définitivement voté avant celui sur les tribunaux de commerce.

C'est ainsi que le Sénat a pu adopter le 12 octobre 2000, avec le soutien du gouvernement⁴¹, l'amendement de rétablissement du contenu des articles 631, 631-1 et 634 à 638 proposé par le Sénateur Marini et qui figure maintenant à l'article 69 C du projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques. L'exposé des motifs est très clair, il s'agit dans l'esprit de l'auteur de l'amendement de s'assurer dès que possible du rétablissement de la sécurité juridique. Celui précise en effet que "cette

⁴⁰ Initialement prévu en juin 2000, l'examen de ce texte par la Haute Assemblée fut repoussé au mois d'octobre.

⁴¹ Mme Lebranchu quelques jours avant d'être nommée Garde des Sceaux remplaçait Elisabeth GUIGOU lors d'une partie du débat consacré au projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques. Elle a ainsi eu l'occasion d'indiquer à propos de l'amendement présenté par le Sénateur Marini que le gouvernement s'en remettait à la sagesse du Sénat, c'est-à-dire fournissait un soutien implicite. Ce soutien était confirmé par la suite des propos tenus par la ministre qui "constate qu'un travail minutieux a été accompli" (JO, Débats, séance du 12 octobre 2000, p. 5055). Le Sénateur Marini avait d'ailleurs indiqué en présentant son amendement qu'il avait "puisé le dispositif dont il s'agit à bonne source (...) dans le projet de loi sur la réforme des tribunaux de commerce qui sera soumis prochainement aux Assemblées parlementaires" (JO, Débats, séance du 12 octobre 2000, p. 5054 et 5055).

abrogation passée inaperçue participe d'une insécurité juridique préjudiciable à tous. Il convient d'y remédier dans les meilleurs délais"⁴².

Cet amendement propose, à l'instar du projet de loi portant sur les tribunaux de commerce, de réintroduire les dispositions relatives à la compétence des tribunaux de commerce au sein d'un nouveau réceptacle juridique, le Code de l'organisation judiciaire.

2) Le réceptacle

Le Code de l'organisation judiciaire a déjà contenu des dispositions relatives à la compétence des tribunaux de commerce. Comme on l'a déjà souligné, les dispositions contenues dans les articles 631 et suivants ont figuré pendant quelques années dans le Code de l'organisation judiciaire sous la forme des articles L 411-2 et L. 411-5 et suivants. Pourquoi ce retour dans le Code de l'organisation judiciaire a-t-il été choisi, alors que la publication d'un nouveau Code de commerce offrait la possibilité de réintroduire les dispositions relatives à la compétence des tribunaux de commerce ? Il semble que soit la tendance domine en faveur d'un regroupement des compétences des juridictions au sein du Code de l'organisation judiciaire. C'est cette politique qui explique que le projet de loi comme l'amendement sénatorial prévoient la réintroduction des dispositions abrogées dans le Code de l'organisation judiciaire.

D'ailleurs, autant le rétablissement des dispositions abrogées aurait pu sembler pertinent au sein du nouveau Code de commerce, autant l'entrée en vigueur de ce dernier rendait le rétablissement des dispositions relatives à la compétence des tribunaux de commerce dans le Code de commerce plus complexe. Il aurait en effet fallu prévoir deux périodes d'entrée en vigueur distinctes selon que l'on se situait avant ou après la publication du nouveau Code. Dès lors, le choix du Code de l'organisation judiciaire apparaissait non seulement plus conforme à la politique de codification générale, mais également plus lisible.

Si l'Assemblée nationale vote dans les mêmes termes que le Sénat cet article 69 C du projet de loi sur les nouvelles régulations économiques le chapitre Ier du titre Ier du livre quatrième du code de l'organisation judiciaire se trouvera alors complété par les articles L 411-4 à L 411-7, ces dispositions étant alors réputées avoir pris effet à la

⁴² Comme le souligne Philippe Marini au cours de débats "Dès lors que l'on sait aujourd'hui qu'il y a un vide juridique né d'une erreur de coordination de textes, mieux vaut le combler immédiatement, sous peine de voir apparaître des contentieux et des contestations"(JO, débats, préc. p. 5055).

date d'entrée en vigueur de l'article 3 de la loi n° 91-1258 du 17 décembre 1991⁴³. Mais là ne s'arrête pas l'intérêt juridique du rétablissement de ces dispositions. En effet, le contenu même des articles 631 et suivants fait l'objet d'une réécriture qui se veut une simple modernisation. Est-ce sa seule portée ?

B- Le nouvel article 631

L'article 69 C adopté en première lecture par le Sénat est ainsi rédigé :

" Art. L. 411-4. - Les tribunaux de commerce connaissent :

" 1° Des contestations relatives aux engagements entre commerçants, entre établissements de crédit ou entre eux ;

" 2° Des contestations relatives aux sociétés commerciales ;

" 3° De celles relatives aux actes de commerce entre toutes personnes.

" Toutefois, les parties peuvent, au moment où elles contractent, convenir de soumettre à l'arbitrage les contestations ci-dessus énumérées.

" Art. L. 411-5. - Le tribunal de commerce connaît des billets à ordre portant en même temps des signatures de commerçants et de non-commerçants

" Lorsque les billets à ordre ne portent que des signatures de non-commerçants et n'ont pas pour occasion des opérations de commerce, trafic, change, banque ou courtage, le tribunal de commerce est tenu de renvoyer au tribunal de grande instance s'il en est requis par le défendeur.

" Art. L. 411-6. - Sous réserve des compétences des juridictions disciplinaires et nonobstant toute disposition contraire, les tribunaux civils sont seuls compétents pour connaître des actions en justice dans lesquelles l'une des parties est une

⁴³ Ajoutons pour être complet que, puisque la question de l'abrogation de l'article 631-1 demeurerait incertaine, le plus probable étant son abrogation à compter de l'entrée en vigueur du nouveau code de commerce le 21 septembre 2000, l'article 69 C IV prévoit son abrogation rétroactive corrélativement à son rétablissement dans le code de l'organisation judiciaire.

société constituée conformément à la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé ainsi que des contestations survenant entre associés d'une telle société.

" Néanmoins, les associés peuvent convenir, dans les statuts, de soumettre à des arbitres les contestations qui surviendraient entre eux pour raison de leur société.

" Art. L. 411-7. - Ne sont point de la compétence des tribunaux de commerce les actions intentées contre un propriétaire, cultivateur ou vigneron, pour vente de denrées provenant de son cru, ni les actions intentées contre un commerçant, pour paiement de denrées et marchandises achetées pour son usage particulier.

" Néanmoins, les billets souscrits par un commerçant sont censés faits pour son commerce. "

L'article 2 du projet de loi relatif aux tribunaux de commerce précise que la rédaction qu'il propose, et qui est très proche de celle retenue par le Sénat, se contente, selon son exposé des motifs, d'une "actualisation rédactionnelle des articles 631, 634 et 636 à 638 du Code de commerce". A cette actualisation le projet de loi ajoute la nullité des clauses attributives de juridiction au profit des tribunaux de commerce dans les actes mixtes, disposition qui n'a pas été reprise dans l'amendement sénatorial.

Avant de s'interroger sur la portée de cette actualisation, il convient de souligner le particularisme de la méthode utilisée. Le législateur, reprenant le dispositif proposé par le projet de loi relatif à la réforme des tribunaux de commerce, a rétabli rétroactivement les dispositions abrogées, non dans leur forme initiale, mais dans une nouvelle rédaction. Ce procédé, au demeurant classique s'agissant d'une disposition rétroactive, ne devrait pas poser de difficulté dans ce cas particulier. Certes il s'agit de réintroduire des dispositions qui ont été prises en compte, en quelque sorte spontanément, par les opérateurs économiques et juridiques dans leur version initiale ; le risque aurait pu être que des litiges entrant dans le champ de compétence des tribunaux de commerce dans la version initiale en soient exclus par la nouvelle rédaction. Un tel risque semble cependant très limité, non seulement parce que, comme nous l'avons déjà souligné, l'exception d'incompétence doit être soulevée *in limine litis*, mais également, mais surtout parce que la nouvelle rédaction se présente comme une simple actualisation. Les dangers de la codification à droit

constant sont connus et la publication de l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du code de commerce est récemment venue nous le rappeler. L'actualisation concernée n'échappe pas à ces écueils. L'examen comparé des textes montre en effet que cette actualisation conduit à un élargissement de la compétence des tribunaux de commerce.

Quelles sont les principales modifications apportées ?

L'article L 411-4, 1° vise les contestations relatives aux engagements entre commerçants, entre établissements de crédit ou entre ces deux catégories. La rédaction antérieure visait les contestations relatives aux "engagements et transactions entre négociants, marchands et banquiers". Le projet de loi, quant à lui, ne mentionne que les contestations relatives aux engagement entre commerçants et établissements de crédit. La nouvelle mouture a pour objet de moderniser les notions employées en regroupant sous la notion de commerçants celles de négociants et marchands datant de 1807. On gagne donc en rationalité ce que l'on perd en poésie. En revanche la disparition de la notion de banque et l'apparition de celle d'établissement de crédit ne relève pas du même ordre. La distinction que le texte établit clairement entre commerçant et établissement de crédit devrait conduire à inclure les établissements à objet non commercial dans le champ de compétence des tribunaux de commerce, alors que le triptyque antérieur laissait la jurisprudence hésitante⁴⁴.

Il est intéressant de relever que le texte adopté par le Sénat se distingue en partie de celui contenu dans le projet de loi. Ce dernier mentionne les "contestations relatives aux engagements entre commerçants et établissements de crédit". Cette rédaction pouvait prêter à confusion dans la mesure où elle ne visait plus les engagements entre commerçants, ce qui pouvait alors laisser croire à leur exclusion du champ de compétence des tribunaux de commerce. Or ce résultat n'était évidemment pas celui recherché. Le Sénat a donc préféré ajouter *in fine* les termes "ou entre eux", quitte à sacrifier la légèreté rédactionnelle à la clarté.

⁴⁴ On sait que la troisième chambre civile voit dans l'activité dans établissements de crédit qui ne poursuivent pas un but lucratif une activité civile (v. par exemple Civ. 3^e, 26 janvier 1982, RTD Com. 1982.397, obs. Derrupé) alors que la chambre commerciale considère que leur commercialité est certaine sur le fondement de l'article L 110-1, anciennement article 632 du Code de commerce, (Com., 24 janvier 1984, D. 1984, *inf. rap.*, p. 262, obs. Vasseur, *RTDCom*.471, obs. Derrupé, et dans la même revue p. 487 obs. E. Alfandari et Jeantin, p. 703 obs. M. Cabrillac). Les auteurs semblent cependant favorables à la compétence des tribunaux de commerce "plus conforme au bon sens" (Derrupé, *RTDCom* 1982, obs. préc., p. 397 et v. dans le même sens les auteurs cités par Jean Calais-Auloy et Daniel Lebeau, jurisclosseur, compétence des tribunaux de commerce, com. fasc. 145, proc. civ. fasc. 401). Quelle que soit la position adoptée, il convenait de sortir de l'ambiguïté. Cette sortie se produit donc au profit de la compétence des tribunaux de commerce, la seule susceptible d'unifier un contentieux bancaire très similaire.

Le 2° de l'article L 411-4 vise "les contestations relatives aux sociétés commerciales" qui viennent remplacer l'expression ambiguë "des contestations entre associés pour raison d'une société de commerce". Que recouvre la généralité de la formule ? *Quid* par exemple des nombreux litiges relatifs aux cessions de part ou d'action? On sait qu'aujourd'hui ils échappent aux tribunaux de commerce, sauf s'ils ont pour effet un changement de contrôle de la société⁴⁵. Si le législateur a choisi de retenir une expression plus générale, ce n'est probablement pas pour réduire la portée de cette disposition. L'exposé des motifs du projet de loi nous conforte dans ce sentiment dans la mesure où il prévoit la compétence des tribunaux de commerce, en formation mixte, pour "les contentieux relatifs au contrat de société commercial ou de groupements d'intérêt économique à objet commercial, à la constitution, au fonctionnement, à la dissolution, la liquidation de ces personnes morales ainsi que les contestations entre leurs associés et les contentieux relatifs aux instruments financiers définis à l'article 1^{er} de la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières". Parmi les instruments financiers visés à l'article 1^{er} de la loi de modernisation des activités financières figurent les actions et autres titres donnant accès au capital ou aux droits de vote. On peut donc penser que la nouvelle rédaction est plus large que l'ancienne et permet d'attirer devant les tribunaux de commerce les contestations relatives aux cessions d'actions quel que soit le volume échangé.

Le 3° de l'article L 411-4 demeure inchangé, tout comme l'article L 411-6 qui remplace l'article 631-1.

On peut mentionner les dispositions relatives à la validité des clauses compromissoires figurant dans les dispositions finales de l'article L 411-4 qui demeurent également inchangées, à une modification rédactionnelle près puisque de la mention "des arbitres" on passe à la mention "l'arbitrage" dans l'amendement sénatorial⁴⁶. Il s'agit simplement de constater que l'usage du pluriel est vide de sens dans la mesure où l'arbitre peut être unique. Deux brèves observations "en tiroir" sur la clause compromissoire : la clause compromissoire devrait bénéficier de l'élargissement de la compétence des tribunaux de commerce. Mais ce bénéfice ne devrait être d'aucune utilité dans la mesure où un article 69 B du projet de loi relatif

⁴⁵ V. par exemple Com., 11 juillet 1988, *Bull. civ. IV*, n° 249.

⁴⁶ L'article 411-6 qui reprend à l'identique les dispositions de l'ancien article 631-1 du Code de commerce maintient le pluriel et fait référence "aux arbitres". Il s'agit bien entendu d'un oubli dans la mesure où cet article plus récent n'a pas eu besoin d'actualisation, et il faut bien entendu continuer à comprendre cette disposition comme autorisant les parties à insérer dans les statuts des sociétés visées une clause compromissoire désignant un ou plusieurs arbitres.

aux nouvelles régulations économiques prévoit par ailleurs l'abrogation de l'article 2061 du code civil, et par là même la disparition de l'interdiction de principe de la clause compromissoire. Si l'interdiction de principe devait disparaître, l'exception prévue deviendrait évidemment caduque.

Enfin, les articles L 411-5 et L 411-7 reprennent le contenu des articles 634, 636, 637 et 638 en les réorganisant. Le terme de négociant est remplacé par celui de commerçant et les dispositions des articles 634 et 638 relatives aux billets faits par les receveurs, payeurs percepteurs ou autres comptables des deniers publics disparaissent.

Le sentiment qui domine est bien celui de l'élargissement de la compétence des tribunaux de commerce. Cet élargissement peut surprendre lorsque l'on se souvient des vives réactions provoquées par le débat sur la réforme des tribunaux de commerce. Est-il volontaire ?

On peut proposer une explication.

Le Sénat a repris une rédaction présentée comme une simple actualisation par le projet de loi consacré à la réforme des tribunaux de commerce, dans le but de s'assurer au plus vite du rétablissement de la sécurité juridique mise en péril par l'abrogation des articles 631 et suivants.

La rédaction contenue dans le projet de loi élargit cependant la compétence des tribunaux de commerce. Cet élargissement s'explique dans le cadre de la réforme des tribunaux de commerce. Le projet de réforme des tribunaux de commerce prévoit en effet dans un certain nombre de cas une attribution de compétence, au sein du tribunal de commerce, à une chambre mixte composée de juges consulaires et de juges professionnels. Par conséquent l'élargissement rédactionnel s'accompagne d'une diminution des spécificités des juridictions commerciales, puisque, comme l'indique ledit projet de loi "le choix a été fait d'inscrire la chambre mixte dans le cadre de la compétence d'attribution des tribunaux de commerce". Autrement dit l'élargissement de la compétence des tribunaux de commerce est "compensée" par la perte de commercialité qu'entraîne l'instauration de la mixité. Mais, au moins jusqu'à l'entrée en vigueur de la réforme proposée, la compétence élargie ne sera pas contrebalancée par la mixité.

Néanmoins cet élargissement ne peut qu'être encouragé dans la mesure où, indépendamment des arguments avancés par les partisans et les détracteurs des

juridictions consulaires, dès lors que le principe d'une telle juridiction est retenu, il convient de lui attribuer l'ensemble des litiges commerciaux et d'éviter le morcellement du contentieux.

- Conclusion -

La malencontreuse abrogation des articles 631 et suivants fournit une belle leçon de sociologie juridique dont le Garde des Sceaux, bien que l'étant pas encore à l'époque, nous a livré l'essentiel lorsqu'elle a récemment fait observer avec justesse au cours de débats parlementaires que "nous vivions depuis une quinzaine d'années avec ce vide, et apparemment, tout le monde s'en portait bien ...".

Finalement, plus encore que de sociologie, peut-être l'abrogation "par mégarde" des articles 631 et suivants du Code de commerce est-elle porteuse d'une leçon de modestie juridique.