

LA METHODE DE CODIFICATION A DROIT CONSTANT: SA MISE EN ŒUVRE DANS L'ELABORATION DU NOUVEAU CODE DE COMMERCE ET SES CONSEQUENCES SUR LE DROIT APPLICABLE EN POLYNESIE FRANÇAISE

Yves-Louis Sage*

La loi du 16 décembre 1999 a autorisé le gouvernement français à codifier par voie d'ordonnance dans un grand nombre de matières. Ainsi, l'ordonnance n°2000-912 du 18 septembre 2000 devait proposer ce que l'on a appelé le nouveau code de commerce. Cet article propose un bilan de la réforme entreprise dans ce domaine tant en ce qui concerne la méthodologie retenue que les conséquences qui s'y rattachent.

La méthode de la codification à droit constant, utilisée par le gouvernement français, doit satisfaire aux objectifs d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi d'une part et de la sécurité juridique d'autre part qui ont été fixés par le Conseil Constitutionnel dans sa la décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999. Ces principes qui sont également applicables en Polynésie française ne sont pas sans influencer sur la nature du principe de spécialité législative.

Le mouvement de réforme des codes et plus généralement la volonté de continuer et promouvoir le processus de codification n'est guère nouveau dans le droit français, mais il ne s'est toutefois réellement amorcé qu'au lendemain de la seconde guerre mondiale. Pour ce faire, on devait mettre en place un certain nombre de commissions dont la Commission

* Maître de Conférences à l'Université de la Polynésie française, Teaching Fellow, Dispute Resolution Centre, Massey University. Cet article représente la version complétée de la conférence donnée par l'auteur, le 25 février 2002, dans le cadre de la formation continue des magistrats de la Polynésie française.

Supérieure de Codification¹. Toutefois en dépit du travail réalisé par ces commissions au cours de ces quarante dernières années, en droit commercial notamment où elles furent à l'origine de la réforme du droit des sociétés puis de celle des procédures collectives, force fut de constater que cela demeurait insuffisant.

Les causes en sont bien connues sans qu'il y ait lieu de trop s'y attarder. On rappellera seulement que pour ce qui est du droit commercial tout au moins pris dans sa généralité, une partie de la doctrine² avait dès 1982 attiré l'attention sur un processus qualifié en son temps de processus de "décodification". Ce phénomène était du à un émiettement quasi-ininterrompu de cette branche du droit, corollaire de son hétérogénéité.³ L'honnêteté commande de faire cependant observer qu'il s'agissait là d'un mouvement aux origines fort anciennes si l'on veut bien se souvenir que déjà la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés commerciales n'avait pas été insérée dans le Code de commerce de 1807.

Le diagnostic une fois posé, l'ensemble des remèdes préconisés tant par la doctrine que la jurisprudence passaient pratiquement tous par l'affirmation d'un nécessaire retour à une orthodoxie codificatrice centralisatrice accompagnée d'une nouvelle méthodologie de travail.⁴ Un nouvel élan à la codification devait donc être donné à partir de 1989,⁵ mais en 1999, le gouvernement se rendait à l'évidence : Le retard pris dans les travaux de codification ne permettrait pas de faire aboutir l'ensemble des projets en cours.⁶

Les raisons de cette incapacité tenaient tout autant au "goulot d'étranglement parlementaire" qu'à une production législative ininterrompue qui risquait de rendre le principe même de la codification sans objet.⁷ Ainsi, le code de commerce qui fit l'objet de la sollicitude du législateur dans le cadre d'un projet de loi déposé au parlement en 1993 devait être repoussé en première lecture par la commission des lois au motif qu'un code monétaire et

1 Un décret du 10 mai 1948 devait mettre en place la première commission chargée d'étudier la codification et la simplification des textes législatifs et réglementaires.

2 B Oppetit, *La décodification du droit commercial*, Etudes R Rodière, 1982, 97. R Houin, *La décodification du droit commercial en France*, Rev Jur et Pol Indépendance et Coopération, 1986, 701.

3 Voir notamment le Rapport au Président de la République du 18 septembre 2000, relatif à l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du code de commerce.

4 Voir notamment sur cette question, B Oppetit, *Essai sur la codification*, PUF, 1988, spé 40.

5 Lequel devait notamment aboutir à la promulgation du code de la propriété intellectuelle et de celle du Code de la ConSomption.

6 G Braibant, *Le gouvernement relance la codification*, Petites Affiches, n° 184, 15 septembre 1999, spé 7.

7 Ainsi, en 1999, juste avant que le gouvernement ne soit habilité à procéder par voie d'ordonnances, depuis la publication du code général des collectivités territoriales de 1996, le Parlement n'avait été en mesure que de simplement adopter le livre VI du Code rural.

financier devait également accompagner ce nouveau code de commerce et que par soucis de cohérence, ces deux codes devaient être présentés simultanément.

C'est dans ce contexte, de relative urgence il faut bien le reconnaître, que le gouvernement opta pour la technique des ordonnances⁸ afin d'assurer que les codes jusqu'alors promis, puissent être finalement disponibles. L'inévitable effet d'annonce qui accompagne une œuvre de pareille envergure ne pouvait que susciter l'intérêt du juriste, doctrine et praticiens confondus.

Le travail entrepris mérite sans conteste que l'on reconnaisse l'ampleur de la tâche réalisée puisque pour s'en tenir qu'au seul code de commerce, il ne s'est agit, ni plus ni moins, que de proposer un recueil de plus de 1600 articles regroupant et organisant diverses dispositions législatives contenues jusqu'alors dans des lois distinctes⁹. Toutefois, le résultat final, basé sur la méthode dite de codification à droit constant, n'est pas exempt de reproches et ce d'autant plus que, comble du paradoxe, le nouveau code de commerce, tout comme les autres codes publiés dans d'autres matières, est devenu la source de difficultés supplémentaires, incitant les praticiens du droit à adopter dans l'ensemble, une attitude réservée face à ce qui pourtant leur avait été présenté comme un indéniable progrès du droit¹⁰ (I).

Le titre quatrième du livre IX du nouveau code de commerce retiendra lui aussi notre attention en ce qu'il précise lesquelles de ses dispositions sont applicables en Polynésie Française. Ce faisant, il offre une illustration pratique de ce qu'à été la transposition dans ce territoire d'outre mer des objectifs qui accompagnent toute œuvre de codification mais nous renseigne aussi sur les limites dont il convient d'assortir cette transposition en raison du principe de spécialité législative en vigueur dans les TOM (II).

I LA PUBLICATION DU NOUVEAU CODE DE COMMERCE OU LES AVATARS DE LA CODIFICATION DROIT CONSTANT

La volonté d'assurer une meilleure accessibilité des textes, sans toutefois remettre en cause le droit applicable, n'est guère nouvelle. Déjà le décret du 10 mai 1948 qui instituait la

8 Procédure prévue par l'article 38 de la Constitution de 1958. J-E Schoettl, *Codification par ordonnances*, Actualité juridique droit administratif, 2000, 31.

9 Les textes relatifs ne forment ici qu'une fraction de l'ensemble de lois qui toutes matières confondues représentent plus de 8000 lois et que l'on estime à plus de 90.000 textes réglementaires. (Observations du gouvernement lors de la décision 99-421 DC -16 décembre 1999), Voir Lienhard et C Rondey, *De la codification: Incidences juridiques et pratiques des codifications à droit constant (à propos du nouveau Code de commerce)*, D 2000, chr P 521, actualisé le 8 mars 2002, Dossier Dalloz. <http://www.dalloz.fr/service/dossier>.

10 Ibidem.

première commission chargée d'étudier la codification et la simplification des textes législatifs et réglementaires avait pour mission de codifier à "droit constant", en rassemblant au sein de codes thématiques des dispositions législatives et réglementaires dispersées dans de multiples textes. Au fil du temps la mission n'a pas changée, seule la méthodologie retenue a évolué, le Conseil Constitutionnel ayant eu l'occasion d'en fixer les objectifs dans sa la décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999¹¹ (A).

La méthode dite de la codification par ordonnances,¹² a remplacé celle instaurée par la circulaire du 30 mai 1996¹³ qui on s'en souvient, prévoyait trois étapes distinctes : Dans un premier temps, la Commission supérieure de codification était chargée de la rédaction d'un projet de code, puis le Conseil d'Etat était saisi pour avis et enfin le vote d'une loi par le Parlement devait sanctionner le tout. On devait procéder de la sorte pour la mise en place des parties législatives¹⁴ du code de la propriété intellectuelle, du code de la consommation, des livres Ier, III, VI et VIII du code rural, des livres Ier, II et III du code des juridictions financières et du code général des collectivités territoriales.

La méthode de codification par voie d'ordonnances présente, au plan des principes, l'indéniable avantage de la rapidité. Elle confère aux différents codes ainsi élaborés une nature juridique aisément identifiable puisque jusqu'à leur ratification par le vote d'une loi, les codifications n'auront que la valeur d'actes réglementaires qui peuvent faire l'objet de recours devant le Conseil d'Etat et elles n'acquiescent la qualité de lois qu'une fois ratifiées par le parlement.¹⁵

11 Observations du gouvernement lors de la décision 99-421 DC –16 décembre 1999 op cit.

12 D Ribes, *Codification par ordonnances*, Dalloz, 2000, Somm, 425.

13 JO 5 juin 1996, p 8263 qui elle même remplaçait la pratique des décrets pris en Conseil d'Etat en vigueur sous la IVe République et jusqu'à la fin des années quatre-vingt sous la Ve, vingt et un codes ayant été publiés entre 1960 et 1982, rapport de P Gélard, Sénat, 1999-2000, n° 4, p 6. Toutefois, dans le régime antérieur à 1996, les codes pris en Conseil d'Etat n'avaient que valeur d'un décret de telle sorte qu'ils ne pouvaient pas abroger les lois déjà codifiées et obligeaient le recours à des lois de validation législative pour venir remédier a posteriori, aux défaillances constatées. Ainsi par exemple la loi du 3 avril 1958 a validé quinze codes publiés depuis 1951 et a procédé aux abrogations concomitantes. Mais d'autres parties législatives de codes n'ont jamais reçu l'approbation du Parlement alors que les textes d'origine qui s'y trouvaient rassemblés restaient, par ailleurs, en vigueur. Une telle situation ne pouvait qu'être sources d'incertitudes, la Cour de cassation ayant par exemple été amenée à se prononcer sur l'illégalité de certains articles de codes pris par décrets en Conseil d'Etat, par exemple pour le livre des procédures fiscales, voir notamment Cass crim., 23 janv. 1989, Bull. crim., n° 25; CE, 22 mai 1989.

14 Ce qui leur confère force de loi dès leur publication, les parties réglementaires restant quant à elles ont été publiées par voie de décret en Conseil d'Etat.

15 Pour les codes issus des ordonnances autorisées par la loi du 16 déc. 1999, la loi prévoyait un délai de deux mois à compter de la publication de l'ordonnance pour le dépôt du projet de loi de

Cette même méthode présupposait comme préalable qu'intervienne le vote une loi d'habilitation au profit du gouvernement. Ce fut chose faite le 16 décembre 1999¹⁶ autorisant le gouvernement à "codifier" selon le cas dans un délai de six, neuf ou douze mois. Il faut bien reconnaître que les débats parlementaires qui ont précédé le vote de la loi d'habilitation de 1999 attestent, de la part du législateur, d'intentions qui ne manquaient ni de panache (on invoqua pêle-mêle une nécessaire œuvre de salubrité publique,¹⁷ la démonstration du génie français,¹⁸ le rayonnement de la France à l'extérieur de ses frontières¹⁹) ni d'ambition puisque ce n'étaient pas moins neuf codes qui devaient voir le jour.

C'est ainsi que, dûment habilité, le gouvernement devait procéder tout au long de l'année 2000, par voie d'ordonnance, à la codification, à droit constant, d'un certain nombre de matières fondamentales: Code de justice administrative,²⁰ Code de la santé publique,²¹ Code de l'éducation,²² quelques livres du Code rural,²³ Code de l'environnement,²⁴ Code de l'action sociale et des familles²⁵ et du Code de commerce,²⁶ ce dernier étant le fruit de l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du code de

ratification, à défaut l'ordonnance devient caduque. Si le Parlement rejette le projet, elle est abrogée. à défaut de vote, l'ordonnance reste en vigueur mais acquiert une double nature: législative, en ce sens que seule une loi peut la modifier ou l'abroger; réglementaire, en ce sens que sa régularité peut être contestée devant le juge administratif, voir notamment G Dupuis, M-J Guédon, P Chrétien, *Droit administratif*, (Armand Colin, 7e éd, 2000), 115.

16 Loi 99-1071 du 16 décembre 1999.

17 P Gélard, JO Sénat, séance du 13 octobre 1999, p 5093.

18 P Gélard, JO Sénat, séance du 13 octobre 1999, p 5089.

19 Le sénateur E Zucarelli n'a pas hésité à affirmer que la codification représentait un enjeu considérable pour l'influence de la France dans le monde, pour l'exportation de sa science juridique et administrative, Ce même Sénateur allant même jusqu'à prédire qu'aucun législateur dans aucun pays, ne fera la moindre réforme sans se référer à ce que les français ont fait, JO Sénat, séance du 13 octobre 1999, p5094 et JOAN séance du 23 novembre 1999, p9998. Avec le recul, il est surtout certain que les législateurs étrangers ont eu un aperçu de ce qu'il ne fallait surtout pas faire, voir infra.

20 Ordonnance n° 2000-387 et décret n° 2000-388 et 389 du 4 mai 2000.

21 Ordonnance n° 2000-548 du 15 juin 2000.

22 Ordonnance n° 2000-549 du 15 juin 2000.

23 Ordonnance n° 2000-550 du 15 juin 2000.

24 Ordonnance n° 2000-914 du 18 septembre 2000.

25 Ordonnance n° 2000-1249 du 21 décembre 2000.

26 Ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 partie législative, JO. 21 septembre 2000, p 14783.

commerce.²⁷ La difficulté,²⁸ l'ampleur de la tâche entreprise et son résultat final incitent au respect. Mais cela ne doit cependant pas occulter les défauts et les erreurs qui les ont accompagnés²⁹ et dont les conséquences ont fini par fragiliser l'édifice final (B).

A *Les principes qui soutendent la codification à droit constant*

C'est l'article 3 de loi du 12 avril 2000³⁰ relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations qui pose les principes généraux qui régissent l'œuvre de codification: "La codification législative rassemble et classe dans des codes thématiques l'ensemble des lois en vigueur à la date d'adoption de ces codes. Cette codification se fait à droit constant, sous réserve des modifications nécessaires pour améliorer la cohérence rédactionnelle des textes rassemblés, assurer le respect de la hiérarchie des normes et harmoniser l'état du droit".

Ainsi présenté, un code est d'abord "une œuvre documentaire de rassemblement et de classification des textes concernant un même domaine du droit",³¹ le recours à la méthode de la codification à droit constant étant alors censé constituer, selon un auteur, "une thérapie à la complexité, la maladresse ou l'ancienneté des dispositions législatives".³²

Très tôt, une partie de la doctrine a clairement manifesté son hostilité tout autant sur la méthode retenue (en fustigeant au passage l'absence d'une ambition de réforme de la part du gouvernement) que sur ce qui pouvaient apparaître comme des arrières-pensées politiciennes (en dénonçant alors ce qui leur apparaissait être "la fausse neutralité de ce type de codification").³³

27 J O 21 septembre 2000, p 14783.

28 F Terré, A Outin-Adam, *Codifier est un art difficile (à propos d'un... "code de commerce")*, D 1994, Chron. 99.

29 La charge de travail induite par une entreprise de pareille envergure explique peut être aussi les erreurs qui ont pu être commises et ce d'autant plus comme le rapport de la commission des lois de l'Assemblée nationale consacré au projet de loi relatif aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations ne manquait pas de le souligner "le travail de codification est austère, voire ingrat. Il n'est guère attrayant..".

30 Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, D 2000, Lég p 221.

31 H Matsopoulou, *Le Nouveau code de commerce et le droit pénal des sociétés*, D 28 juin 2001, Cahier de Droit des Affaires, p 2021. Voir également sur cette question, B Oppetit, *De la codification*, D 1996, Chron. 33.

32 B Mathieu, *La loi*, (Dalloz, 1996). M-A Frison-Roche et W Baranès, *Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi*, D 2000, n°23, Chron, 361.

33 P-Y Gautier, *De l'art d'être furtif*, in "La codification", Dalloz 1996, p 107. Sur l'approche officielle, voir Circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires, *JORF*, 5 juin 1996, p 8263.

Ces critiques doctrinales furent relayées par plus de soixante députés représentant trois groupes parlementaires qui devaient déférer la loi d'habilitation au Conseil constitutionnel pour qu'il se prononce sur sa conformité au regard de la Constitution.³⁴ La Haute Juridiction, devait mettre un terme à ce débat, puisqu'elle déclara dans sa décision 99-421 DC du 16 décembre 1999 que le texte du 16 décembre 1999 était conforme à la Constitution puisqu'il satisfaisait "à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi".³⁵

Ce faisant le Conseil Constitutionnel en validant les principes qui soutendaient et justifiaient l'œuvre de codification entreprise par le gouvernement, consacrait également l'objectif de sécurité juridique dans le droit français. Ces deux composantes (objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi d'une part et de la sécurité juridique) méritent que l'on s'y attarde quelque peu.

1 *L'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi*

Le Conseil Constitutionnel devait dans sa décision du 16 décembre 1999, par le biais d'un *obiter dictum*, conférer une valeur constitutionnelle aux objectifs d'accessibilité et d'intelligibilité des lois³⁶. La Haute Juridiction précisait qu'en leur absence, il ne saurait y avoir de connaissance suffisante des normes sans laquelle ne peut exister d'égalité devant la loi et de garantie des droits et principes posés par les articles 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.³⁷ Au demeurant qui peut sérieusement nier que le langage juridique (on serait même tenté de dire le jargon juridique³⁸), reste par son opacité et sa technicité, une barrière souvent infranchissable pour le commun des mortels.³⁹

Ce sont du reste les mêmes objectifs d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi qui sont au cœur de l'article 2 de loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs

34 Les 6 griefs qui étaient invoqués à l'appui de la saisine du Conseil Constitutionnel devaient tous être rejetés, sur la question voir notamment DRibes, *Codes en stock-Le Conseil constitutionnel et les aléas de la codification*, Revue française de droit constitutionnel, 2000, 41, p 120.

35 Décision n° 99-421 du 16 décembre 1999, JO. 22 décembre 1999, p19041. Note D Ribes, D 2000, p 425.

36 *La codification du droit répond à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi*, Cahiers de la fonction publique, février 2000 (187), p33.

37 M-AFrison-Roche et W Baranès, *Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi*, D 2000, n°23, Chron, 361.

38 "Langue telle qu'elle est parlée par un cénacle, par un de ces milieux qui recouvrent soit par intérêt, soit par fantaisie, soit par traditions particulières à des tours ou à des vocables incompréhensibles pour les non-initiés" JP Colin, *Dictionnaire des difficultés du Français*, les Usuels du Robert.

39 G Cornu, *Linguistique juridique* (Montchrestien, Domat Droit privé, 1990).

relations avec les administrations⁴⁰ laquelle ne manque pas d'insister sur le fait que la mise à disposition et la diffusion des textes juridiques constituent une véritable mission de service public.⁴¹ Ainsi conçus, les concepts d'accessibilité et l'intelligibilité de la loi ne sont qu'un des corollaires de l'exercice des droits et libertés fondamentaux garantis aux citoyens et doivent leur permettre d'accéder sans entrave à la règle de droit.⁴²

2 *La consécration de l'objectif de sécurité juridique dans le droit français*⁴³

On rappellera ici, en liminaire, que la Cour européenne des Droits de l'Homme estime qu'une loi doit correspondre à une norme énoncée avec suffisamment de précision afin de permettre à un citoyen de régler sa conduite. Celui-ci pourra alors en s'entourant au besoin de conseils éclairés, être à même de prévoir à un degré raisonnable les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé.⁴⁴ La prévisibilité et la qualité du droit, fondements de l'objectif de sécurité juridique, n'étant dans ce contexte que la conséquence des objectifs d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi.⁴⁵

Le Conseil Constitutionnel ne s'éloigne guère de cette conception ; Il a déjà eu l'occasion à plusieurs reprises (deux fois en 1998,⁴⁶ puis par trois fois en 1999⁴⁷) de fixer par touches

40 Dans son article 2. Voir supra n°13.

41 J-E Schoettl, Décision n° 99-421 DC du 16 déc 1999: loi habilitant le Gouvernement à procéder par voie d'ordonnances à l'adoption de certains codes, AJDA 2000, p 31. On rappellera que ce principe n'était pas en soi nouveau, puisque le Conseil d'Etat avait déjà eu l'occasion de souligner à propos de l'accès aux bases de données juridiques dans l'affaire Ordre des avocats à la Cour de Paris du 17 décembre 1997 req n° 181611, Rec CE, p 491, que l'obligation d'organiser un accès simple aux règles de droit relevait de la responsabilité de l'Etat, précisant que "la mise à disposition et la diffusion de textes [...] constituent une mission de service public au bon accomplissement de laquelle il appartient à l'Etat de veiller".

42 Ibidem.

43 B Pacteau, *La sécurité juridique, un principe qui nous manque*, AJDA 1995, 151; J-P Puissochet, "Vous avez dit confiance légitime ?", in *l'Etat de droit*, (Mélanges Guy Braibant, Dalloz 1996) 581.

44 Ibidem.

45 B Mathieu, *La sécurité juridique: un produit d'importation dorénavant "made in France"*, D 2000, n° 4, Point de vue. En droit communautaire la notion de principe de sécurité juridique, empruntée au droit allemand, englobe le principe de respect des droits acquis, le principe de prévisibilité et de clarté des règles applicables, le principe de publicité des actes, le principe de non-rétroactivité, le principe de confiance légitime, issue du droit allemand voir Catherine Prieto, *L'apport du droit communautaire de la concurrence à une nouvelle perception par les entreprises de leur sécurité juridique*. Droit 21, 2001, ER 001 F Hubeau, *Le principe de la confiance légitime*, Cah. Dr. eur. 1983, p143.

46 Une première fois dans la décision 98-404 DC du 18 décembre 1998, Rec.p AJDA 1999,p2. Une seconde fois dans la décision 98-401 DC, il a pu vérifier, à l'occasion de l'examen de constitutionnalité de la loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, que les dispositions législatives à lui soumises étaient "définies de manière suffisamment claire et

successives les contours de cet objectif.⁴⁸ Sa décision du 16 décembre 1999 allait toutefois lui donner l'occasion d'en élargir le champs d'application.

Rapportée à l'entreprise de codification elle-même, le Conseil Constitutionnel considère dorénavant que la mise en œuvre de l'objectif de sécurité juridique, impose au législateur français de traduire la loi dans des termes clairs et précis (en particulier la matière pénale, afin d'échapper à l'arbitraire⁴⁹), mettant à la charge du "codificateur" une double contrainte d'harmonisation et d'amélioration des textes afin de remédier à leurs éventuelles incohérences.

(a) Le devoir d'harmonisation des textes

Ce devoir ressort clairement des termes de l'article 1er de la loi d'habilitation du 16 décembre 1999.⁵⁰ Il a notamment permis de justifier entre autres, l'extension à toutes les juridictions administratives des dispositions qui étaient jusqu'alors réservées dans les textes aux seuls tribunaux administratifs et cours administratives d'appel, harmonisation opérée par plusieurs articles du code de justice administrative.⁵¹

Si nécessaire l'harmonisation des textes peut en pratique, prendre la forme de nouvelles répartitions opérées selon leur nature législative ou réglementaire⁵² tout en respectant la hiérarchie des normes et le principe de la supériorité du traité sur la loi.⁵³ On doit

précise pour satisfaire aux exigences découlant de l'article 34" (BM et MV, Petites affiches 1998, n°144.).

47 Dans la décision 99-419 du 9 novembre 1999, voir Petites Affiches, n° 369 du 1er décembre 1999, puis dans deux décisions 99-421 DC et 99-422 qui concernaient la sécurité juridique des entreprises, sur cette question voir B Matthieu, *La sécurité juridique: un produit d'importation, à propos des décisions du Conseil constitutionnel*, D 2000, n°4.

48 B Matthieu, *La sécurité juridique: un principe constitutionnel clandestin mais efficient*, Mélanges P Gélard, Montchrestien 2000, p 301.

49 H Matsopoulou, op cit, 2021.

50 D 2000, Lég p18. C'est le résultat d'un amendement parlementaire pris sur l'initiative de la commission des lois du Sénat.

51 Titre préliminaire, art L 1 s.

52 C'est le cas des cotisations sociales des salariés agricoles, l'ordonnance relative au code rural ayant procédé au reclassement des dispositions du décret relatif au financement des assurances sociales qui présentent un caractère législatif .

53 On connaît les réticences des tribunaux français de faire prévaloir surtout en matière pénale la supériorité du Traité sur la loi, par exemple l'art L 463-7 c. com, qui, reprenant l'art 25 de l'ordonnance du 1er déc. 1986 sur la concurrence, tient compte du fait que la Cour de cassation avait jugé contraire aux prescriptions de l'art 6 Conv EDH (principe de l'égalité des armes) l'assistance, sans voix délibérative, des rapporteurs aux délibérés du Conseil de la concurrence (Cass com, 5 oct 1999, D 2000, Somm p 9, obs M-L Niboyet; D 1999, AJ p 44, obs A M Voir aussi en

cependant noter que cette volonté d'opérer une répartition rationnelle entre les textes de nature législative et ceux de nature réglementaire reste une gageure difficile à tenir quand on se sait quelles sont les difficultés que l'on a en droit français, pour tracer une nette séparation entre ces deux catégories de normes.⁵⁴ On a ainsi vu des dispositions initialement intégrées dans des décrets glisser dans la partie législative du nouveau code de commerce,⁵⁵ alors que d'autres dispositions de nature manifestement réglementaire mais figurant dans une loi n'en ont pas été exclues.⁵⁶

C'est sans doute au bénéfice de ce "flou" que le gouvernement a, au prix d'un procédé qualifié en son temps de "coup de bluff" par un auteur,⁵⁷ pu conférer à 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 et devenu l'article L. 627-1 dans le nouveau code de commerce, une légalité retrouvée au motif qu'il s'agirait d'une disposition réglementaire qui "s'avère de nature législative"⁵⁸ laquelle ayant pourtant été déclarée illégale par le Conseil d'Etat.⁵⁹

matière pénale la position de la Chambre criminelle qui pendant longtemps a continué d'appliquer l'article l'art9cle 583 du code de procédure pénale (obligation faite à celui qui se pourvoit en cassation de se constituer prisonnier avant l'audience) et ce en dépit de condamnation répétée de la France par la Cour de Strasbourg sur ce point, pour une illustration voir J-P Delmas Saint Hilaire, *Affaire Maurice Papon. La justice pénale française avait encore des choses à dire...Deux étranges non-lieux à statuer*, D15 novembre 2001, p3222.

- 54 D Ribes, La répartition des compétences normatives entre loi et règlement, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1999, p 589 à 591, 595 et 628.
- 55 Voir par exemple les art 1, 2, 4, 58, 64, 65 et 66 du décret du 30 mai 1984 relatif au registre du commerce et des sociétés;des dispositions du Décret (n°53-960) du 30 septembre 1953 réglant les rapports entre bailleurs et locataires en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal; Les articles art 13-1, 44-1 et 293 du décret du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales; Les articles 46-2, 119-3 et 173 du décret (n°85-1388) du 27 décembre 1985 relatif au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises; Certaines dispositions de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés; Le décret (n°84-406) du 30 mai 1984 relatif au registre du commerce et des sociétés.
- 56 Pour pouvoir être regroupées plus tard dans la partie réglementaire du code de commerce qui devrait être publiée ultérieurement. Voir par exemple les dispositions des articles 103 et 104 de la loi du 25 janvier 1985 relatives aux dépôts de l'état des créances en matière de redressement et à la liquidation judiciaires de entreprises.
- 57 B Saintourens, *Méfiez-vous du nouveau code de commerce !*, Droit 21, 2001, ER 008.
- 58 A Lienhard, *La légalité retrouvée de l'article 173 du décret du 27 décembre 1985*, D 2000, N°34, Point de vue Voir Rapport au Président de la République du 18 septembre 2000.
- 59 CE 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, jurisprudence reprise par la Cour de

La mise en œuvre du respect du devoir d'harmonisation s'est aussi manifestée dans la manière dont le "codificateur" a structuré le nouveau code de commerce qui apparaît maintenant comme un véritable code "généraliste"⁶⁰ et aux huit livres qui composaient déjà "le périmètre et la structure du projet de code déposé en 1993", on en a rajouté un neuvième consacré aux dispositions relatives à l'outre-mer.

(b) Le devoir d'amélioration des textes

Il incombe aussi au "codificateur" de profiter de l'œuvre entreprise pour améliorer la rédaction des textes par une terminologie appropriée et plus moderne, plus contemporaine, pour écarter les dispositions tombées en désuétude ou implicitement abrogées⁶¹ ou encore celles qui se sont avérées inconstitutionnelles.⁶² L'objectif ici poursuivi est d'affiner les termes de la loi afin de la rendre aisément lisible mais aussi pour respecter le principe de légalité, en particulier en matière pénale. C'est ainsi par exemple, que lors de l'élaboration du nouveau code de commerce, le contenu de l'art. 194 et du deuxième alinéa de l'art. 195 de la loi du 25 janv. 1985 (codifié à l'art. L. 625-10 c. com.), qui avait été jugé inconstitutionnel en tant qu'il instituait une incapacité automatique d'exercer une fonction publique élective frappant toute personne physique ayant fait, notamment, l'objet d'une faillite personnelle ou d'une liquidation judiciaire,⁶³ a été supprimé.

De même, certaines dispositions désuètes ont été mises en harmonie avec l'état du droit positif, comme par exemple l'article L. 322-7 du nouveau code de commerce, qui codifie l'article 10 de la loi du 25 juin 1841, ne reprend pas, dans l'énumération des professionnels habilités à procéder aux ventes publiques en l'absence de courtier de commerce, les greffiers des tribunaux d'instance, lesquels, autrefois officiers publics et ministériels, sont maintenant fonctionnarisés depuis 1965. De même, l'article L. 322-8 substitue un décret au tableau mentionné par l'article 1er de la loi du 28 mai 1958.

Cassation, voir notamment 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.

60 C Arrighi de Casanova et O. Douvreur, *La codification par ordonnances: à propos du Code de Commerce*, JCP 10 janvier 2001, I, 285.

61 V Rapport au président de la République du 18 sept. 2000, JO 21 sept., p 14780.

62 Pour un exemple d'application dans un autre domaine que celui du droit commercial, voir notamment Ord. n° 96-345 du 24 avr. 1996, art 3, relative à la maîtrise médicalisée des dépenses de soins, D 1996, L 181.

63 Cons. const., 15 mars 1999, D 2000, Somm. 116, obs Roujou de Boubée.

B Le bilan contrasté de la mise en œuvre des objectifs posés par le Conseil Constitutionnel lors de l'élaboration du nouveau code de commerce

La parution de l'ordonnance du 18 septembre 2000 relative au code de commerce "a pu surprendre, voire inquiéter",⁶⁴ les réactions de la doctrine variant d'une attitude réservée y compris parmi ses défenseurs⁶⁵ à la franche hostilité.⁶⁶ Il est vrai qu'il suffit de prendre connaissance du catalogue des erreurs ou omissions constatées et dénoncées avec pertinence⁶⁷ par une grande partie de la doctrine⁶⁸ pour mesurer le bien-fondé de l'ensemble des réserves affichées. Ces errements ne retiendront notre intérêt qu'en ce qu'ils nous permettront d'illustrer le décalage qui existe entre les objectifs fixés par le Conseil Constitutionnel en matière de codification et la manière dont ils ont été mis en œuvre dans le cadre du nouveau code de commerce.⁶⁹

Une telle situation où les intentions annoncées, les résultats escomptés et le résultat final fluctuent sans cesse, ne peut que rendre aléatoire l'existence et la portée d'un principe de sécurité juridique dont on affirme pourtant par ailleurs l'impérieuse nécessité. Les causes de ce décalage sont aisément décelables. Pour le nouveau code de commerce, elles tiennent principalement à une réticence du codificateur à vouloir promouvoir un code résolument adapté aux exigences du commerce moderne et à une rédaction trop souvent approximative des nouvelles dispositions obligeant la publication de rectificatifs successifs.

1 La difficile détermination du véritable champ d'application du nouveau code de commerce

L'objet de la codification étant, par définition, de regrouper logiquement (c'est-à-dire thématiquement) des dispositions éparées au sein d'un même ensemble, un souci d'harmonisation doit prévaloir. A cet égard, la structure et le plan retenus seront révélatrices de l'économie générale qui sous-tendra la nouvelle codification. Or force est de

64 C Arrighi de Casanova et O Douvreur, op cit.

65 Ibidem.

66 GB, *Le code de commerce nouveau est arrivé ! ("Arrêter de recoder !")*, Bull. Joly 2000, p 883. B Saintourens, opcit. D Bureau et N Molfessis, *Un nouveau code de commerce ? Une mystification*, D 25 janvier 2001, p361. Ces réserves sont pourtant anciennes puisque F Terre et A Outin-Adam préconisaient déjà en 1994 de "renvoyer ce monstre à l'expéditeur", *Codifier est un art difficile (à propos d'un... "code de commerce"*, D 1994, Chron 99, spécial p100.

67 Au demeurant, tenter d'établir un florilège exhaustif des ces incohérences risquerait de se révéler une véritable gageure.

68 Voir notamment les références citées note 65 supra.

69 Sur la question voir N Molfessis, les illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique, RTD Civ. 2000, p186.

constater que la lecture attentive du nouveau code de commerce ne nous renseigne guère sur la nature véritable de l'ensemble proposé. Il n'est donc pas surprenant que des plumes autorisées⁷⁰ aient pu souligner que si l'on était pratiquement certain d'avoir à faire à un véritable code *de* commerce et non un code *du* commerce ni à un code des activités économique, le doute restait cependant permis lorsqu'il s'agissait d'en déterminer sa philosophie sous-jacente.

Ainsi au fil des livres et des titres du nouveau code de commerce, le lecteur hésitera successivement entre une conception objective pourtant apparemment officiellement annoncée et une conception subjective du texte qui pourtant continue à perdurer, n'en voulant pour preuve que les titres II et III du livre 1^{er} qui traitent exclusivement des commerçants, des courtiers, des commissionnaires, des transporteurs et agents commerciaux.⁷¹

Le débat n'est pas ici purement théorique, car on pouvait légitimement espérer que le nouveau code de commerce redonne une identité véritable au droit commercial français pour qu'il puisse s'inscrire dans une logique moderne prenant en compte un environnement international, à commencer européen.⁷² Or sur ce point, l'occasion a été manifestement manquée. On ne peut en effet que constater avec regret, que l'architecture retenue par le "codificateur" met l'accent sur un droit commercial surtout "hexagonal",⁷³ qui ne diffère pas beaucoup de celui que l'on connaissait déjà avant la réforme, le condamnant ainsi à inexorablement reproduire les mêmes travers que ceux que l'on reprochait à l'ancien code.⁷⁴ C'est là un des paradoxes de cette réforme qui était pourtant censée, entre autres choses, faire table rase des errements anciens.⁷⁵

2 *Les conséquences malheureuses de maladroites rédactionnelles*

Le lecteur attentif de l'ensemble des dispositions du nouveau code de commerce, surtout dans sa première mouture, n'a pu que constater les insuffisances rédactionnelles des versions successives proposées. Dans un contexte différent, ce phénomène de "lissage" n'aurait certes toutes, suscité qu'un intérêt limité. Mais s'agissant ni plus ni moins d'une

70 D Bureau et N Molfessis, op cit, 365-366.

71 Ibidem.

72 D Bureau et N Molfessis, op cit, 364.

73 Aucune mention n'est faite aux dispositions de la Convention de Vienne de 1980 sur les ventes internationales de marchandises.

74 Voir notamment sur cette critique fondamentale, D Bureau et N Molfessis, op cit 364.

75 Voir notamment les déclarations d'intentions faites lors des travaux préparatoires qui ont accompagné le vote de la loi d'habilitation du 16 décembre 1999, voir note 17 supra.

entreprise dont le résultat était censé réunir en un seul et même document, sous couvert de sécurité juridique, la quasi-totalité des règles appelées à régir l'ensemble des activités commerciales, l'affaire prend un relief particulier.

Les choses il est vrai, ne commencèrent guère sous les meilleurs auspices puisqu'on devait se rendre compte dès la première version du code de commerce figurant en annexe à l'ordonnance du 18 septembre 2000,⁷⁶ que certaines dispositions devaient déjà être écartées purement et simplement tant les erreurs de syntaxe ou d'orthographe voire de numérotation étaient nombreuses,⁷⁷ ce qui entraîna la publication d'un premier rectificatif au Journal Officiel daté du 18 novembre 2000.⁷⁸

Alors que l'on pouvait légitimement penser que cette première remise en ordre aurait été suffisante pour remédier à ces incohérences, celle-ci devait elle-même se révéler incomplète, signe annonciateur de nouveaux rectificatifs qui n'ont pas manqué de venir. Ce fut notamment le cas pour assurer l'insertion dans le nouveau code de commerce, de dispositions non prévues par le code ancien, telles par exemple l'interdiction d'entreprendre une profession commerciale ou industrielle (art. L127-1 à L.127-7 c. com.) ou les règles relatives au regroupement d'actions (art. L. 228-29-1 à L. 228-29-7 c. com.).

Dans les instances en cours, ces inévitables incertitudes attachées à ces incessantes modifications fragilisent l'environnement juridique. Elles sont la source d'hésitations et de confusions lorsqu'il s'agit de déterminer ou de se référer à une norme applicable, laquelle dans les circonstances actuelles se retrouve être par définition fluctuante: il suffit par exemple de se reporter à la polémique qui a entouré la mise en œuvre des dispositions de l'article L.145-34 relatives aux motifs de déplaçonnement des baux commerciaux⁷⁹ ou encore aux doutes que l'on peut nourrir sur le sort qu'il convient de réserver à l'artisan dans le cadre des procédures collectives.⁸⁰

76 Annexe au n° 219, JO. 21 sept 2000.

77 Ainsi l'adjonction pure et simple d'un article (art L 124-8) ou à la modification du numéro d'article auquel un texte fait renvoi (ex. art L524-21 au lieu de L 525-21).

78 Voir le Journal Officiel daté du 18 novembre 2000 p 18349 qui contient entre autre, toute une liste impressionnante de rectifications orthographiques ou typographiques qui n'ont pas pu être insérées à temps dans les éditions des codes 2001, compliquant ainsi la tâche des praticiens.

79 J-F Auque, *La codification des baux commerciaux à droit "presque" constant*, JCP 8 novembre 2000 Actualité, Aperçu rapide, p2003; Broccara, *Baux commerciaux: De l'interprétation obligée d'une codification à droit constant*, D 28 juin 2001, Cahier Droit des Affaires, Point de vue, p2018. Y Rouquet, *La codification du statut des baux commerciaux n'a pas créé un nouveau motif de déplaçonnement !* D15 novembre 2001, Cahier Droit des Affaires, p3278.

80 Voir sur cette question, A Lienhard, *Tous les artisans peuvent-ils encore être mis en "faillite"?*, D 2000, n° 38, Point de vue.

Pour ajouter au trouble, certaines dispositions qui n'étaient plus en vigueur depuis longtemps se sont retrouvées miraculeusement ressuscitées ou ont inversement disparu de manière tout aussi soudaine que surprenante.⁸¹

Pour ce qui est des "résurrections", on mentionnera, à titre d'exemple simplement, 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, on s'en souvient, fait l'objet par une loi du 11 février 1994,⁸² d'une modification supprimant la condition d'antériorité de deux ans du contrat de travail par rapport à la nomination en qualité d'administrateur, or l'article L. 225-22 du nouveau code de commerce pourtant présenté comme la reprise à droit constant de l'article 93 de la loi du 24 juillet 1966, ressuscite cette condition imposant non seulement de continuer à se référer au texte tel qu'il figurait dans la loi de 1966 mais aussi à la jurisprudence qui l'accompagnait.

Au chapitre des "disparitions" on ne peut pas passer sous silence le sort réservé dans le nouveau code de commerce aux dispositions du décret-loi du 30 octobre 1935 relatives au chèque, lesquelles figurent maintenant dans les articles L 131-2 à L-131-88 du code monétaire et financier.⁸³

Plus polémique, mais tout aussi déroutantes, les péripéties qui ont accompagné les tribulations de l'abrogation "par mégarde"⁸⁴ des articles 631 et suivants du code de commerce ancien qui définissaient la compétence générale des tribunaux de commerce.⁸⁵ Les conséquences de cette "disparition" ont entraîné des réactions souvent contradictoires dans la jurisprudence tant des tribunaux de commerce que des tribunaux d'instance et de grande

81 Il s'agit, semble-t-il d'un phénomène qui semble affecter toutes les entreprises codification de manière générale, voir par exemple le sort réservé au droit de préemption des chambres de commerce et d'industrie et des chambres de métiers dont on pourrait supposer qu'elle aurait été abrogée par la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000, dite loi SRU, alors qu'elle subsiste encore dans l'article L 711-9 du nouveau Code de commerce, Sur cette question en particulier voir *Les codifications: Abrogations à surprises, le droit de préemption des chambres de commerce et d'industrie et des chambres de métiers a-t-il disparu ?* JCP N 2001, En bref n° 46.

82 Loi n° 94-126 du 11 février 1994.

83 CDC-SJF et Jean-François Boudet, "Le code monétaire et financier et la Caisse des dépôts et consignations", Droit 21, 2001, ER 023.

84 Fabrice Fages et Claire Vexliard, *De l'abrogation par mégarde de certains articles du code de commerce- Chronique d'une renaissance annoncée*, Droit21 2001, ER 002.

85 Th Le Bars, Nouvelles observations sur la codification "à droit constant" du Code de commerce, l'article 631 du code de commerce était abrogé depuis...1991, JCP, éd. G, 2000, Actualité, p 2163; Fabrice Fages et Claire Vexliard, *De l'abrogation par mégarde de certains articles du code de commerce- Chronique d'une renaissance annoncée*, opcit, des mêmes auteurs, *La suite du feuilleton législatif de la compétence des tribunaux de commerce*, Droit21 2001 ER 028.

instance, lesquels saisis dans les matières relevant du champ de compétence des articles 631 et suivants du code de commerce (ancien) ont d'une manière générale refusé de se déclarer incompétents⁸⁶. Il a fallu attendre l'examen en nouvelle lecture le jeudi 18 avril 2001, par le Sénat du texte relatif aux Nouvelles Régulations Economiques ("NRE"), pour qu'à la faveur d'un amendement sénatorial, le Code de l'Organisation Judiciaire puisse être modifié par l'adjonction des articles L. 411-4 à L. 411-7, corrigeant ainsi et de manière rétroactive la maladresse évidente du codificateur.⁸⁷

Reste, comme on pu le faire remarquer⁸⁸ que la disposition qui représentait une impérative "actualisation rédactionnelle des articles 631, 634 et 636 à 638 du code de commerce" ancien, ne résout pas un certain nombre de difficultés relatives au droit transitoire. En effet quand bien même l'amendement du Gouvernement redonne compétence aux tribunaux de commerce et autorise expressément la Cour de cassation saisie d'un pourvoi formé contre la décision d'une juridiction civile de ne pas tenir compte de la rétroactivité, cela ne veut pas pour autant dire qu'elle octroi la possibilité à la Cour de cassation à tenir compte de cette rétroactivité pour valider les décisions rendues par des juridictions commerciales. Autant dire que le débat est loin d'être clos !

3 *Les difficultés inhérentes à l'architecture du nouveau code commerce*

Aux difficultés nées du redécoupage et de la nouvelle affectation dans la hiérarchie des normes de certains textes législatifs⁸⁹ s'ajouteront celles nées de la disparition de lois entraînant par la même celle du texte qui en fixaient les modalités d'application. Le nouveau code de commerce n'y échappe pas. Les exemples de déclassements soit de la partie

86 Voir CA Paris, 31 janvier 2001, Vidal et a. c/ Société Compagnie de Financement Industriel et a.; CA Paris 4 juillet 2001, ch, 23, sect A; CA Paris 1er ch. D, 17 octobre 2001, note ALienhard Dalloz Affaire n 42, p3438-3439; Cour d'appel d'Orléans, 10 janvier 2001, Decouard c/ Buisson et a., JCP (G) 2001.I.311, obs L Cadiet; CA Paris

87 Loi n° 87-550 du 16 juillet 1987 art 1 Journal Officiel du 19 juillet 1987 rétroactivement en vigueur à compter du 1er janvier 1988; Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 art 127 Journal Officiel du 16 mai 2001 rétroactivement en vigueur à compter du 19 décembre 1991. La rétroactivité fut introduite afin d'éviter que soit remise en cause des décisions prises par les tribunaux d'instance et de grande instance dans les matières qui, compte tenu de l'abrogation des articles 631 et suivants, ne relevaient plus de la compétence des tribunaux de commerce".

88 Fabrice Fages et Claire Vexliard, op cit, 17.

89 Rendant problématique, l'articulation avec des décrets jadis conçus en fonction de dispositions légales éparpillées dans la partie "L", quand elles n'ont pas été abrogées. Lienhard et C Rondey, *De la codification: Incidences juridiques et pratiques des codifications à droit constant (à propos du nouveau Code de commerce)*, op cit, 13.

réglementaire vers la partie législative, soit à l'inverse de la partie législative vers la partie réglementaire ne manquent pas.⁹⁰

Nous n'en retiendrons que deux pour illustrer la situation des déclassements vers la partie législative. Tout d'abord un premier exemple puisé dans le domaine des procédures collectives où plusieurs dispositions du décret du 27 décembre 1985⁹¹ dont l'article 46, alinéa 2 relatives aux obligations mises à la charge de tout tiers détenteur, de remettre au mandataire judiciaire les documents comptables du débiteur sont devenues l'article L. 621-17 du nouveau code de commerce. Ensuite, les articles 1^{er}, 2, 4, 58 et 64 à 66 du décret du 30 mai 1984 relatifs au registre du commerce et des sociétés, relatifs aux personnes assujetties à l'immatriculation ainsi qu'aux effets attachés à celle-ci, qui sont devenus les articles L. 123-1 et suivants dans la nouvelle codification⁹²;

Pour un déclassement vers la partie réglementaire, on puisera notre premier exemple dans les dispositions concernant la vente et le nantissement de fonds de commerce où l'article L. 143-16 reprend les alinéas 1 et 2 de l'article 24 de la loi du 17 mars 1909 relative à la vente traitant des modalités des inscriptions et radiations des privilèges. Le second exemple viendra des dispositions relatives au loyer des baux commerciaux à renouveler : Alors que l'article 23 du décret du 30 septembre 1953, qui pose le principe de la nécessaire correspondance du montant de ce loyer avec la valeur locative, est abrogé et codifié à l'article L. 145-33, les articles 23-1 à 23-5 précisant les éléments à prendre en compte pour déterminer la valeur locative, n'ont quant à eux pas été repris dans la partie législative, qui se contente de simplement renvoyer à un " décret en Conseil d'Etat " (article L. 145-30).

A cela s'ajoute que le code de commerce n'échappera sans doute pas à l'inéluctable décalage qui existe toujours entre la publication des parties législative et réglementaire des nouveaux codes (en général entre 3 et 4 années en moyenne⁹³). Or si l'entrée en vigueur de la partie législative n'est pas subordonnée à la promulgation de la partie réglementaire, l'inverse, on le sait, n'est cependant pas vrai. On conçoit alors aisément que la nécessaire besoin de sécurité juridique ne peut que difficilement s'accommoder de délais aussi longs. On

90 V Rapport au Président de la République du 18 sept. 2000, p 14777.

91 On pourrait aussi citer l'article L 622-15 reprenant celles des dispositions de l'ancien article 119-3, (permettant, durant la phase de liquidation, au liquidateur le destinataire du courrier du débiteur); Pour les cas de redressement judiciaire, figurait à l'art 29 de la loi de 1985

92 Voir également les articles L 232-21 à L 232-23 qui ont repris les articles du décret du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales obligeant certaines sociétés en nom collectif, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions à publier leurs comptes (art 13-1, 44-1 et 293).

93 Par exemple presque quatre ans pour le code de la consommation Loi du 26 juill. 1993; décret n° 97-298 du 27 mars 1997, D 1997, L 226 et trois ans pour le code de la propriété intellectuelle Loi du 1er juill. 1992; décret n° 95-385 du 10 avr. 1995, D 1995, L 283.

remarquera toutefois que les tribunaux font souvent preuve de pragmatisme en la matière puisque plusieurs arrêts de la Chambre criminelle ont, ainsi, réaffirmé le principe selon lequel "les arrêtés ou règlements légalement pris par l'autorité compétente revêtent un caractère de permanence qui les fait survivre aux lois dont ils portent application, tant qu'ils n'ont pas été rapportés ou qu'ils ne sont pas devenus inconciliables avec les règles fixées par une législation nouvelle".⁹⁴

II DE LA TRANSPOSITION DE LA MÉTHODE DE CODIFICATION À DROIT CONSTANT EN POLYNÉSIE FRANÇAISE

Les objectifs fixés par le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 99-421 DC du 16 décembre 1999 ont vocation de s'appliquer sur l'ensemble du territoire national et ce y compris en Polynésie Française.⁹⁵ La publication de la partie dite des dispositions relatives à l'outre mer contenue dans l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du code de commerce, n'échappe pas à cette logique et en offre une illustration pratique (A). De surcroît la spécificité de ce territoire d'outre mer en matière institutionnelle qui opère un partage des pouvoirs entre l'Etat français d'une part et le Territoire de la Polynésie française d'autre part, autorise ce dernier dans son domaine de compétences, à prendre un certain nombre de dispositions réglementaires, certaines revêtant l'appellation de "codes territoriaux",⁹⁶ lesquelles ne peuvent pas s'affranchir des objectifs posés par le Conseil Constitutionnel en matière de codification quand bien même ils seraient tempérés par la notion de spécialité législative (B).

A Une illustration pratique : la mise en oeuvre des dispositions du livre IX, titre quatrième du nouveau code de commerce

Le livre IX intitulé "Dispositions relatives à l'outre-mer" du nouveau code de commerce est une adjonction nouvelle par rapport au projet de code de 1993 lequel rappelons le, a été pratiquement repris à l'identique dans l'ordonnance du 18 septembre 2000. Le titre quatrième est quant à lui plus particulièrement consacré aux dispositions applicables en Polynésie Française.

S'agissant de déterminer l'étendue du droit applicable en Polynésie Française en vertu des dispositions du nouveau code de commerce, nous sommes en présence, comme l'indique la

94 Cass crim, 4 mai 1995, D 1995, IR 181; 16 oct 1996, D 1997, IR 24; Dalloz Affaires 1997, p 114.

95 TA de Papeete, 20 décembre 2001, *Territoire de la Polynésie française c/ Etat* (Dossiers n° 1-26 et 1-35), voir à ce propos A Moyrand, *Chronique de jurisprudence administrative* RJP Vol 8 - 2002.

96 Voir notamment le Code de Procédure Civile de la Polynésie française, institué par la Délibération de l'Assemblée Territoriale de Polynésie Française, n° 2000-200 APF du 4 décembre 2001. On parle aussi du code territorial de la santé, du code territorial du travail.

lecture de l'article L 940-1, d'une simple transposition, sous réserve d'adaptations,⁹⁷ à ce territoire d'outre mer des dispositions contenues par ailleurs dans le code. On ne peut donc pas véritablement parler, comme le laisse supposer le rapport fait au Président de la République du 18 septembre 2000⁹⁸ qui accompagnait l'ordonnance du même jour relative à la partie législative du code de commerce, d'une véritable dérogation à la règle du droit constant.

En effet, codifier à droit constant, signifiant rassembler au sein de codes thématiques des dispositions législatives et réglementaires dispersées dans de multiples textes, il ne s'agissait pas, pour la partie de droit applicable en Polynésie française tout au moins, d'introduire des dispositions législatives nouvelles. Tout au mieux, s'agissait-il de reprendre en le réorganisant en fonction des objectifs posés par le Conseil Constitutionnel, l'ensemble des textes déjà existants et applicables en Polynésie française dans les domaines visés par le nouveau code de commerce. Il ne s'est pas agi de modifications de fond mais simplement de forme pour des textes déjà en vigueur dans ce territoire d'outre mer. C'est ainsi qu'à titre d'exemple, on voudra bien se souvenir que les textes métropolitains de 1984 et 1985 et 1994 pris en matière de difficultés des entreprises⁹⁹ avaient déjà été rendus applicables en Polynésie française après avoir été adaptées au contexte particulier de ce TOM.¹⁰⁰

Au demeurant, s'il en avait été autrement, la mise en œuvre du principe de spécialité législative et le respect des règles qui régissent les domaines de compétences entre l'Etat et le Territoire de la Polynésie française, auraient sans aucun doute conduit à choisir une autre modalité que celle de la transposition retenue à l'article L 940-1 de l'ordonnance du 18 septembre 2000.

Dans ce contexte, il est parfaitement cohérent, que comme pour les dispositions du code de commerce dont l'application est limitée au seul territoire métropolitain, que l'on retrouve dans la partie relative à l'outre mer, la même volonté de satisfaire aux objectifs de sécurité juridique, d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi posés par le Conseil Constitutionnel.

97 Art L 940-1. – "Sous réserve des adaptations prévues dans les chapitres ci-après, les dispositions suivantes du présent code sont applicables dans le territoire de la Polynésie française".

98 Rapport au Président de la République, livre IX "dispositions applicables à l'outre-mer": "Conformément à ce qui est prévu par la loi d'habilitation du 16 décembre 1999, la codification des dispositions applicable déroge à la règle du droit constant".

99 Loi 84-148 du 1er mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, loi 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, loi 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises.

100 Voir article 242 de la loi de 1985, à l'exclusion de certaines dispositions relatives aux contrats de travail ou d'autres qui relevaient du domaine de la procédure civile locale) ou encore par les dispositions qui ont rajouté un chapitre IX au texte de 1994 (devenus les articles 100 à 103).

1 *La mise en oeuvre des objectifs de sécurité juridique, d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi dans les dispositions du nouveau code de commerce applicables en Polynésie française*

Pour la partie relative à la Polynésie française, l'harmonisation des textes opérée par le codificateur métropolitain s'est traduite, outre par l'exclusion des règles qui ne concernaient qu'une partie seulement du territoire français métropolitain,¹⁰¹ par une prise en compte de la répartition des compétences entre l'Etat et le Territoire, telles qu'elles sont définies dans la loi statutaire du 12 avril 1996.¹⁰²

Dès lors, n'ont pas été étendues à la Polynésie française les dispositions qui n'intégraient pas cette composante du droit local. Ainsi, par exemple, ont été exclues l'intégralité du Livre VII sur les dispositions d'organisation du commerce et du Livre VIII sur les professions réglementées) lesquelles ne sont pas déclarées applicables en Polynésie Française car relevant clairement du seul domaine de compétences du Territoire de la Polynésie française.¹⁰³ De la même manière, n'ont pas été reprises puisque faisant déjà l'objet par ailleurs de délibérations territoriales, les règles applicables aux sociétés coopératives et aux sociétés de caution mutuelle (L 124-1 à L 126-1), celles relatives aux baux commerciaux (L 145-34 à L 145-36, L 145-38 à L 145-39), celles relatives aux garanties attachées au contrat de travail ou au contrat d'apprentissage (L 621-132), ou encore les articles L 621-38, sur la déclaration fiscale¹⁰⁴ à faire pour les sommes perçues par les salariés lors d'une procédure collective.

Dans le même esprit (respectant la hiérarchie des normes en vigueur) chaque fois que le texte métropolitain fait référence à des dispositions réglementaires qui doivent intervenir pour compléter les textes, l'article 940-6 du nouveau code de commerce précise que ce sont en fait des délibérations qui en auront la charge.

L'amélioration des textes en vigueur en Polynésie française passait par l'intégration dans les nouvelles dispositions d'une terminologie conforme à celle en vigueur sur le Territoire. Ainsi par exemple, le tribunal de commerce cède la place au tribunal mixte de

101 C'est le cas de l'exclusion des articles L 628-1 à L 628-3 sur les dispositions spécifiques applicables aux départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle.

102 Loi organique n 96-312 du 12 avril 1996 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, modifiée par la loi organique n 96-624 du 15 juillet 1996 (JORF du 13 avril 1996, p 5693 et JOPF n 25, NC du 18 juillet 1996, p1204). Sur la question de la répartition des compétences entre l'Etat et le Territoire, voir Y-Brard, *Autonomie interne et sources du droit en Polynésie française*, AJDA, septembre 1992 p 553.

103 Y-Brard, *Autonomie interne et sources du droit en Polynésie française*. op cit.

104 L'autonomie fiscale du Territoire de la Polynésie française par rapport à la France, étant acquise depuis la loi 56-619 du 23 juin 1956 et du décret n 57-812 du 22 juillet 1957.

commerce, le Tribunal de première instance remplace le Tribunal de Grande instance, le Représentant de l'Etat dans le Territoire se substitue au Préfet, la notion de Territoire de la Polynésie française prenant quant à elle, la place du département ou d'arrondissement.

2 *Observations critiques*

Au chapitre des effets "pervers" de la codification à droit constant dans le cadre de la mise en œuvre de certaines dispositions du code de commerce en Polynésie française, les mêmes causes produisant les mêmes effets, on aurait pu s'attendre à retrouver les mêmes défauts que ceux qui affectent les textes métropolitains.

Force est de constater qu'il n'en a rien été ou qu'à tout le moins, ces défauts n'apparaissent pas aussi marqués qu'en métropole. On peut avancer deux raisons à cela. La première découle de la nature même du principe de codification à droit constant qui ne fait que réorganiser au sein d'un seul et même texte, des dispositions préexistantes, lesquelles, le cas échéant, ont déjà fait en amont l'objet d'adaptations nécessaires¹⁰⁵, réduisant ainsi les risques de confusions ou d'interprétations divergentes¹⁰⁶. La seconde tient à respect de la répartition des domaines de compétences entre l'Etat et le Territoire, répartition qui a pour conséquence de limiter les possibilités d'interventions du législateur métropolitain, amenuisant ainsi d'autant la probabilité d'erreurs possibles. Sur ce point, on peut même considérer que la méthode retenue a certainement concourue à assurer une meilleure connaissance du droit commercial applicable en Polynésie Française dans la mesure où une grande partie de sa composante métropolitaine fait dorénavant l'objet d'une délimitation précise.¹⁰⁷

Ces dernières constatations doivent néanmoins s'accompagner d'un tempérament. On ne peut en effet manquer d'être surpris, par la formulation quelque peu maladroite¹⁰⁸ utilisée par les rédacteur du rapport au Président de la République pour justifier la décision du "codificateur" de déroger aux principes de la codification à droit constant en Polynésie Française. On peut y lire que cette "dérogation" qui n'en est probablement pas une¹⁰⁹, "est

105 Notamment par le biais la mise en œuvre du principe de spécialité législative ou encore de la consultation préalable des institutions territoriales.

106 Sans doute en raison de l'absence de manquements ou difficultés réelles constatées, puisque la consultation de l'Assemblée Territoriale de la Polynésie Française par le gouvernement central a bien eu lieu avant que ne soit votée la loi d'habilitation du 16 décembre 1999, aucune réponse n'étant parvenue avant l'expiration du délai imparti, à savoir le 26 juin 1999.

107 Reste évidemment la composante locale de ce droit commercial (principalement sous la forme de délibérations territoriales) mais aussi une partie du droit métropolitain toujours pas rendu applicable sur le territoire en raison de son défaut de publication. Voir *infra*.

108 Qu'il faut peut être simplement attribuer à une simple maladresse rédactionnelle (une de plus !)

109 Voir *supra*.

particulièrement justifiée pour le projet de code de commerce du fait de l'état tout à la fois lacunaire et obsolète du droit commercial applicable dans les collectivités soumises au principe de spécialité législative". Ainsi énoncé, on pourrait laisser croire que les difficultés, réelles dans certains domaines¹¹⁰ que connaît le droit commercial en Polynésie française seraient la résultante de la mise en œuvre du seul principe de la spécialité législative. Un tel postulat nous semble traduire une méconnaissance de la part du "codificateur" métropolitain de la portée réelle du principe de spécialité législative et des règles qui l'accompagnent.

En fait les difficultés que l'on peut constater, tiennent en grande partie dans la manière dont ce principe est mis en œuvre par les autorités de l'Etat dans le cadre de la répartition des domaines de compétences organisée entre l'Etat et le Territoire par la loi organique n°96-312 du 12 avril 1996 portant statut d'autonomie de la Polynésie française.

On voudra bien ici se souvenir que d'une manière générale, l'applicabilité des lois en Polynésie Française est soumise au principe de spécialité législative.¹¹¹ La conséquence de sa mise en œuvre dont le caractère obligatoire a été confirmé par le Conseil d'Etat,¹¹² est de soumettre, sauf exceptions, l'applicabilité des textes métropolitains dans les territoires d'outre-mer, à un régime de promulgation dérogatoire au droit commun. Ce régime trouve son origine dans les dispositions de l'article 74 et 76 de la Constitution.¹¹³

On doit cependant ajouter que le simple constat du défaut de promulgation expresse des textes métropolitains n'implique pas pour autant qu'ils ne sont pas applicables.¹¹⁴ En effet, les textes métropolitains qui peuvent être rangés parmi les lois dites de "souveraineté" ne présupposent pas de promulgation particulière préalable pour être applicables dans un TOM. Les circulaires du Premier Ministre des 21 avril 1988¹¹⁵ et du 15 juin 1990¹¹⁶ en

110 Sur les difficultés que l'on peut avoir en matière du droit de la concurrence, voir Y-L Sage, *Le droit de la concurrence en Polynésie française – Quelques remarques à la lumière des contrats de concessions exclusives*, Droit 21, 2001, ER 056

111 Pour une étude détaillée sur la question de la spécialité législative voir Y Brard, *Autonomie interne et sources du droit en Polynésie française*. opcit, du même auteur *Nouvelle Calédonie et Polynésie française: "Les lois du pays": De la spécialité législative au partage du pouvoir législatif*, Les Petites Affiches 6 juin 2001, 112, p1-2 et RJP, *Contemporary Challenges in the Pacific: Towards a New Consensus*, Vol.1 2001, Editors S.Levine, A Powles, Y-L Sage, p49.

112 CE 27 janvier 1984, *Ordre des Avocats de Polynésie française*.

113 Pour une illustration, voir T.A de Papeete, 20 décembre 2001 et A Moyrand, *Chronique de jurisprudence administrative*, op cit.

114 En pareilles circonstances, seuls devraient alors être pris en compte les principes dégagés par jurisprudence antérieure à 1986.

115 JO 24 avril 1988, p 5454.

116 JO du 31 juillet 1990.

dressent la liste, il est vrai fluctuante.¹¹⁷ Chaque fois qu'un texte rentrera dans cette catégorie, il sera alors applicable de plein droit en Polynésie française et devra simplement faire l'objet d'une publication à titre d'information par le Haut-Commissaire de la République, les délais d'application de la loi et décret étant alors ceux applicable en France métropolitaine.¹¹⁸ Le principe de la publication a quant à lui été institué sur le Territoire de la Polynésie française par un texte du 28 décembre 1885¹¹⁹ et quand bien même sa nature juridique reste difficile à cerner, les différentes circulaires des Ministres ont toujours insisté, sur la nécessité de respecter les délais les plus brefs possibles.¹²⁰

Si les autorités territoriales n'ont pas toujours fait preuve de diligences dans ce domaine, l'honnêteté commande de reconnaître que l'Etat français n'est pas non plus exempt de reproches en ne procédant pas à la publication de textes métropolitains qui pourtant auraient du l'être.¹²¹ Les torts en ce domaine sont donc sans doute partagés.¹²²

B L'intégration dans le droit polynésien des objectifs de sécurité juridique, d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, modifient-ils la nature du principe de spécialité législativ ?

Le Territoire prenant appui sur les compétences qu'il détient de la loi statutaire de 1996¹²³, dans les matières non dévolues à l'Etat ou encore en application de dispositions

117 Sur la liste voir également, FLuchaire, Le statut constitutionnel de la France d'outre-mer, éd. Economica, 1992, p 66-70; Y-L Sage, op cit, 62-63.

118 Article 1 de la loi 96-313 du 12 avril 1996 complétant le Statut d'autonomie de la Polynésie française. Ce principe constant a été rappelé par la Cour de Cassation dans une espèce où la loi du 21 décembre 1976 relative à l'indivision modifiant les articles 815 et suivants du Code Civil applicable de plein droit en Polynésie française ne devait pas être spécialement publiée au Journal Officiel de Polynésie française (Cass Civ 16/11/1983 - Bull Civ I, n° 274).

119 H Lenoir, op cit.

120 Voir CE 11/03/1960 Re p 190 La circulaire n° 511 du 10/19/1931 du Ministre des Colonies aux Gouverneurs Généraux et Gouverneurs des Colonies, Circulaire du 27/10/1952. Voir CE Section 11/03/1960 - Société Maiserie et Aliment de bétail précité. Un délai de publication qui viendrait à être considéré comme anormal serait susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat s'il cause un préjudice spécial à un particulier, F Luchaire, op cit p 278.

121 H Lenoir, *La promulgation des lois et décrets en Polynésie française*, in Revue Juridique Polynésienne, vol.1, n°1. Juin 1994, p113, plus particulièrement p116. L'auteur estime que le Haut Commissaire s'est arrogé un droit de veto que la loi pourtant ne lui confère pas.

122 R Calinaud note qu'un certain nombre de reformes qui paraissaient utiles se heurtent soit à la résistance de l'Etat lorsqu'elles sont initiées par les autorités territoriales, soit aux pesanteurs de celle-ci lorsqu'elles sont initiées par le pouvoir central", *De quelques problèmes de répartition des compétences*, note dactylographiée, 1990, p 13.

123 Notamment en application des dispositions combinées des articles 5 et 6. N 96-312 du 12 avril 1996.

expresses, peut adopter des règlements dans le domaine qui relève du droit commercial, seuls les "principes fondamentaux des obligations commerciales", relèvent de la compétence réservée à l'Etat.¹²⁴

Les décisions prises par l'Assemblée Territoriale de la Polynésie Française, n'ont qu'une valeur réglementaire,¹²⁵ mais elles n'échappent cependant pas au respect des objectifs de sécurité juridique, d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. Ces objectifs posés par le Conseil Constitutionnel ont vocation à s'appliquer à toutes entreprises d'ordonnancement et de rassemblement de textes légaux à plus forte raison lorsque l'Assemblée Territoriale vote, dans son domaine de compétences, des délibérations appelées des codes territoriaux. Au demeurant, le même raisonnement vaut pour l'élaboration ne serait-ce que pour l'élaboration et le vote d'un texte unique.

Ceci posé, il semble difficile d'admettre que l'on puisse transposer à l'identique les objectifs d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi tels qu'ils peuvent être perçus en France métropolitaine. Il s'agit en effet, d'une notion abstraite qui doit s'analyser au regard de critères spécifiques propre à la population qui *in fine*, devra se conformer à ces dispositions légales. A défaut, il ne saurait y avoir de véritable sécurité juridique.

On peut aussi valablement soutenir qu'existe en marge de la conception européenne de ce que doit être une loi accessible et intelligible, une autre perception spécifique à la Polynésie française.¹²⁶ Les organes délibérant de ce territoire les mettent souvent en application, respectant ainsi les objectifs fixés par le Conseil Constitutionnel. Il reste que ce pouvoir d'adaptation du "codificateur" polynésien aussi fondé soit-il, à aussi ses limites. Ainsi une

124 Art 6-6 de la loi statutaire de 1996.

125 La jurisprudence du Conseil d'Etat précise que les ordonnances doivent être édictées "dans le respect des règles et principes de valeur constitutionnelle, des principes généraux du droit qui s'imposent à toute autorité administrative" (CE, 4 novembre 1996, Association de défense des sociétés de courses des hippodromes de province, ReC p 427).

126 On peut même avancer que cette perception sera basée sur des critères communs à l'ensemble de la communauté du Pacifique Sud: La "Pacific Way" Cette expression est généralement attribuée au Premier ministre des Fidji qui prononçait un discours devant les Nations Unies à New York. Elle a depuis longtemps fait florès dans le Pacifique Sud. Elle exprime à la fois une référence à un mode de vie traditionnel en vigueur dans le Pacifique Sud mais aussi une aspiration à la prise en compte et à la reconnaissance de ces valeurs par le reste de la communauté internationale. Pour la doctrine (Voir notamment Crocombe, (1976), *The Pacific Way- An Emerging Identity*, Lofu Pasifica Productions, Suva), ce concept regroupe les principaux éléments suivants: - Une organisation souple qui privilégie l'oralité à l'écrit et favorise le compromis - Une participation importante de la population au processus décisionnel, qui encourage la prise en compte de l'intérêt commun plutôt qu'individuel grâce au rôle joué par les réseaux familiaux fortement développés renforce un sentiment de coopération et d'entre-aide - Une forte empreinte de la religion chrétienne - Le sentiment encore fortement répandu de la notion de propriété collective - Un mode de vie qui accorde une grande importance aux relations sociales, à la recherche d'une qualité de vie.

question voisine (où la symbolique est forte) alimente un contentieux qui illustre les limites inhérentes d'une approche trop "locale" de ces objectifs constitutionnels et les difficultés de trouver un équilibre acceptable de la nécessaire adaptation des objectifs constitutionnels aux spécificités locales avec le respect de la sécurité juridique pris au sens large.

L'Assemblée Territoriale de la Polynésie française a voté le 4 décembre 2001 (délibération 2001-200 APF) un texte autorisant que l'on puisse accomplir des actes de procédure dans une des langues polynésiennes parlées ou écrites¹²⁷ au lieu de la langue française.¹²⁸

On s'accordera tous sur la nécessité qu'il y a pour un plaideur de pouvoir accomplir des actes de procédure dans une langue qui lui permettra de faire valoir ses droits dans les meilleures conditions. Si l'on se contente d'appliquer ici une grille de lecture juridique classique, on constatera que cette situation relève du domaine de la procédure civile laquelle en l'état des dispositions statutaires de 1996, entre dans le champ de compétences du Territoire¹²⁹ ; On notera également au visa de l'article 115 du statut de 1996 que "le français étant la langue officielle, la langue tahitienne et les autres langues polynésiennes peuvent être utilisées ". On pourra donc logiquement en déduire sur ce seul fondement, que rien n'interdisait à l'Assemblée Territoriale de voter la délibération litigieuse.

Une fois constatée la validité de cette disposition au regard des dispositions du statut de 1996, il s'agit ensuite de se demander si elle satisfaisait aux obligations posées par les principes constitutionnels. Sur ce point, on se souviendra que depuis la révision constitutionnelle du 25 juin 1992,¹³⁰ l'article 2 de la Constitution du 4 octobre 1958 prévoit que "La langue de la République est le français". Le Conseil Constitutionnel a par ailleurs déjà été amené à indiquer¹³¹ que "la référence faite par l'article 115, premier alinéa, au français en qualité de "langue officielle", doit s'entendre comme imposant en Polynésie française l'usage du français aux personnes morales de droit public et aux personnes de droit privé dans l'exercice d'une mission de service public, ainsi qu'aux usagers dans leurs relations avec les administrations et services publics ; que tout autre interprétation serait

127 Le tahitien, le marquisien, le poumotu, etc.

128 Notamment dans les articles 17,18,23, 33 et 35.

129 Marc Joyau, *Observations sur la délimitation entre le droit et la politique en Polynésie française: L'exemple de l'utilisation des langues polynésiennes devant les juridictions judiciaires*, in « Contemporary Challenges in the Pacific: Towards a consensus », Vol. II, 2002, numéro hors série RJP, editors S. Levine & Y-L Sage et sur le site <http://www.upf.pf> (Recherche, RJP).

130 Loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992 (JORF p 8406).

131 Décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996, Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française.

contraire à l'article 2 de la Constitution"¹³². Au demeurant, on notera que des requêtes rédigées dans une langue régionale ont été déclarées irrecevables, aussi bien par le juge administratif (Conseil d'Etat) que par le juge judiciaire (Cour de cassation), bien avant ces précisions constitutionnelles¹³³.

L'illégalité de la délibération territoriale (ou tout au moins de certaines de ses dispositions) ne serait donc avérée que si le texte voté ne prévoyait non pas une possibilité d'utilisation d'une langue polynésienne mais une obligation d'y recourir.

Ce n'aurait donc été que dans ce dernier cas de figure, uniquement que de telles dispositions, sans être pourtant fondamentalement contraires à l'article 115 du statut (l'usage du français langue officielle n'exclue pas pour autant celui des autres langues polynésiennes), auraient été illégales car contraires à l'article 2 de la Constitution. Or tel n'est pas le cas en l'espèce.¹³⁴

Mais on se rend bien vite compte qu'une telle logique, qui représente la forme la plus extensive, la plus achevée du concept d'accessibilité au droit au bénéfice du justiciable polynésien, fragilisera aussi la notion même de sécurité juridique compte tenu des difficultés pratiques quasiment insurmontables auxquelles devront faire face les tribunaux.¹³⁵

132 On notera cependant une opinion contraire et restée isolée, par laquelle F Melin-Soucramanien (in *La République contre Babel. à propos de la décision du Conseil Constitutionnel n 99-412 du 15 juin 1999, Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, RDP 1999, p998) notait à propos de la Conseil constitutionnel sur la constitutionnalité de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, "cette règle du recours au français à l'intérieur de la "sphère publique" fixée par l'article 2 de la Constitution que le Conseil constitutionnel se borne... à appliquer n'est pas absolue, mais au contraire assortie de nombreux tempéraments. Certains apparaissent déjà en filigrane dans les précédents constitués par les décisions du 29 juillet 1994, "Loi Toubon", et du 9 avril 1996, "Autonomie de la Polynésie française".

133 En ce qui concerne le juge administratif: CE, 27 juin 1990, Association de défense et de promotion des langues de France, req. 52379 et CE, 10 juin 1991, Kerrain, req. 99608. En ce qui concerne le juge judiciaire: Cass civ., 17 février 1981 (cité par D Latournerie dans *Le droit de la langue française*, EDCE 1984-85, p 103) et Cass crim., 4 mars 1986, Turkson, Bull. crim., p 214 (cité par R. Debbasch, dans *La reconnaissance constitutionnelle de la langue française*, RFDC 1992, p 468, note 33).

134 Le tribunal administratif de Papeete saisi d'un recours a, par application des dispositions de l'article 113 du statut de 1996, rendu le 1^{er} mars 2002 une décision de sursis à statuer pour solliciter l'avis du Conseil d'Etat, s'agissant d'une question qui intéresse la répartition de compétence entre l'Etat et le Territoire.

135 On peut même imaginer des situations où le demandeur et le défendeur s'exprimeront et rédigeront leurs actes de procédure dans des langues polynésiennes différentes, le magistrat s'exprimera en français, l'ensemble de la procédure étant traduit au fur et à mesure dans trois langues différentes. La paralysie du système judiciaire polynésien serait vite atteinte.

En sens inverse, le principe de spécialité législative, opère comme une sorte de filtre pour justifier ou non que les textes métropolitains puissent être étendus en Polynésie Française. Le principe de spécialité législative étant "synonyme de spécificité du droit applicable"¹³⁶, il remplit en cette qualité et sans doute depuis son origine, une fonction qui ressemble à bien des égards à la prise en compte des objectifs récemment posés par le Conseil Constitutionnel. Ne seront donc étendus sur le Territoire que les textes métropolitains qui seront accessibles et intelligibles pour la population lui garantissant ainsi une sécurité juridique. On peut donc valablement soutenir que ces objectifs font partie intégrante du principe de spécialité législative.

Or, on considère en l'état de la doctrine dominante,¹³⁷ que ce principe n'a pas pour l'instant de caractère constitutionnel,¹³⁸ mais seulement une "valeur d'un principe général du droit s'induisant d'un ensemble de loi".¹³⁹ Si cette analyse reste sans doute exacte tant que l'on n'avait pas conféré de valeur constitutionnelle à certains de ses éléments constitutifs, la situation est peut être différente aujourd'hui depuis la décision du Conseil Constitutionnel du 16 décembre 1999. On peut, en effet s'interroger si ce faisant, le principe de spécialité législative ne pourrait pas maintenant être transformé en un principe général du droit à valeur constitutionnelle. Si tel devait être le cas, cette qualité nouvelle accompagnerait heureusement "la notion de "loi de pays" qui elle aussi est une nouveauté marquante dans l'ordre juridique Français".¹⁴⁰ Mais, il s'agit là d'un champ de recherches qu'il est sans doute plus prudent de laisser aux spécialistes du droit public.

136 Y- Brard. *Nouvelle Calédonie et Polynésie française: "Les lois du pays": De la spécialité législative au partage du pouvoir législatif*, op cit, 50.

137 P Lampue: *Les lois applicables dans les Territoires d'Outre-Mer*, note Conseil Constitutionnel 25/01/1985 - DS 1985 - 361. Y-L Sage, *De l'application des normes juridiques en Polynésie française*, in Seconde Table Ronde sur le Droit applicable en Polynésie française, juin 1992. Pour la Nouvelle Calédonie, voir R. Fraisse, *La hiérarchie des normes applicable en Nouvelle Calédonie*, Revue Française de Droit Administratif, 2000, p82. J-Y Faberon, *La nouvelle donne institutionnelle en Nouvelle-Calédonie*, Revue Française de Droit Constitutionnel.1999, 38,p 328. O. Gohin, *L'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie, l'Actualité juridique- Droit administratif*, 20 juin 1999, p502.

138 Notamment parce que cette procédure de promulgation particulière aux TOM peut être "remise en cause dans son existence même" par une simple loi (H Lenoir, *La promulgation des lois et décrets en Polynésie française*, in Revue Juridique Polynésienne, vol.1, n°1. Juin 1994, p113). prenant appui sur la décision 87-241 DC du 19/01/88 relative à la loi 88-82 du 22/01/88 sur la Nouvelle Calédonie. La jurisprudence paraît plus réservée puisque le Conseil Constitutionnel n'ayant pas eu l'occasion de se prononcer explicitement et le Conseil d'Etat semble éviter prudemment d'aborder la question.

139 P Lampue, *Droit d'Outre-Mer et de la Coopération*, Dalloz, 1969, p 90 et suiv.

140 Qui elle aussi est d'origine constitutionnelle, voir Y-Brard, *Nouvelle Calédonie et Polynésie française: "Les lois du pays": De la spécialité législative au partage du pouvoir législatif*, op cit, 56.

***OBSERVATIONS ON THE METHOD OF CODIFYING BY CONSOLIDATION:
THE MAKING OF THE NEW COMMERCIAL CODE AND THE
CONSEQUENCES OF THE METHOD FOR THE LAW APPLICABLE IN
FRENCH POLYNESIA***

The Law of 16 December 1999 authorised the French government to codify a great number of areas of law by administrative order. As a result Ordinance 2000-912 of 18 September 2000 provided what has been called the New Commercial Code. This paper provides an assessment of the reform both in terms of the method used and its consequences. The method of codification by consolidation must meet the requirements of accessibility and coherence and of legal certainty which were established by the Constitutional Council in its decision 99-421 DC of December 1999. Those principles apply equally in French Polynesia and have an impact on the principle of legislative specificity.