

UN POINT SUR LE CARACTÈRE À LA FOIS COMPLEXE ET CHANGEANT DU DROIT DES ENTREPRISES

En tant que participants à ce pré-MOOC, et bientôt au MOOC Sorbonne DE, vous aurez déjà perçu que la matière que nous étudions, le droit des entreprises, est particulièrement complexe et changeante.

A l'heure où j'écris ces lignes, plusieurs lois importantes sont en préparation, qui vont changer notre droit des affaires sur un certain nombre de points. Sans qu'il soit nécessaire que vous alliez consulter ligne à ligne ces textes qui sont en cours d'adoption, je vous signale notamment le *Projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances diverses mesures de simplification et de sécurisation de la vie des entreprises*¹, le *projet de loi relatif à l'économie sociale et solidaire*² et la *proposition de loi visant à reconquérir l'économie réelle*, dite « proposition de loi Florange »³.

Il faudra être attentif aux évolutions que ces textes vont apporter. Notez que le premier d'entre eux, une fois adopté, donnera lieu à de nombreuses ordonnances, qui vont notamment réformer le droit des entreprises en difficulté, matière déjà particulièrement complexe et mouvante.

Je ne souhaite pas, juste avant les fêtes de fin d'année, faire baisser votre moral en soulignant combien sont complexes les règles auxquelles sont soumises les entreprises et combien elles sont instables, mais simplement m'arrêter un instant avec vous sur une idée parfois avancée qui consisterait à donner comme solution à la complexité de notre droit une règle de suppression des lois existantes au fur et à mesure que des textes nouveaux seraient adoptés. Il y a indéniablement un phénomène d'inflation et d'instabilité législative (I), mais c'est sans doute une fausse bonne idée que de vouloir supprimer un texte ancien pour chaque texte nouveau (II).

I - Le phénomène d'inflation et d'instabilité législative.

S'agissant du phénomène d'inflation des textes, que l'on peut attribuer avec Carbonnier à notre « passion du droit », cela fait longtemps que le « bavardage législatif » est dénoncé en France. Un rapport du Conseil d'Etat avait déjà en 1991 fait usage de la formule selon laquelle « *quand la loi bavarde, le citoyen ne l'écoute plus que d'une oreille distraite* », mais la plainte est beaucoup plus ancienne : Montaigne écrivait dans ses *Essais* que « *nous avons en France plus de lois que tout le reste du monde ensemble, et plus qu'il n'en faudrait à régler tous les mondes d'Épicure* ». C'est un fait que les textes sont nombreux en France.

1 http://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPreparation.do;jsessionid=B965A4CBE82742D0D50A13564BCD4EC3.tpdjo13v_2?idDocument=JORFDOLE000027926565&type=general&typeLoi=proj&legislature=14.

2 http://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPreparation.do;jsessionid=B965A4CBE82742D0D50A13564BCD4EC3.tpdjo13v_2?idDocument=JORFDOLE000027750379&type=general&typeLoi=proj&legislature=14.

3 http://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPreparation.do;jsessionid=B965A4CBE82742D0D50A13564BCD4EC3.tpdjo13v_2?idDocument=JORFDOLE000027978969&type=general&typeLoi=prop&legislature=14.

En plus d'être nombreux, les textes changent souvent. Aujourd'hui, les codes papier des éditeurs juridiques, même lorsqu'ils sont très récents, sont généralement périmés à leur sortie même, car des textes ont été modifiés, ajoutés ou supprimés entre la date où le code a été imprimé et celle où il est en librairie ! Les justiciables, les entreprises et leurs juristes disposent heureusement d'instruments leur permettant de suivre l'évolution des normes presque en temps réel, comme le site www.legifrance.gouv.fr. Avant de citer un texte juridique aujourd'hui, il est prudent d'avoir vérifié par ce site qu'il a toujours la rédaction qu'on lui connaissait... ou qu'il n'a pas été abrogé.

Les phénomènes d'inflation et d'instabilité législative étant identifiés, il faut tout de même observer qu'ils ne peuvent pas être attribués à notre Etat seul, et qu'en matière d'entreprises, tant la multiplication des normes que les modifications apportées aux textes existants trouvent souvent leur source dans le droit européen. La législation applicable aux entreprises est en effet pour une large part décidée aujourd'hui au niveau de l'UE.

II - Une fausse bonne idée : supprimer un texte ancien pour chaque texte nouveau.

Une solution régulièrement proposée pour mettre fin à l'instabilité législative consisterait à mettre en œuvre le principe selon lequel tout nouveau texte doit entraîner la disparition d'au moins un texte de même valeur⁴. Le principe est finalement aussi simple que celui consistant à ne pas renouveler un fonctionnaire sur deux partant en retraite, si ce n'est qu'il porte sur des textes et non sur des hommes... et il est sans doute aussi absurde de vouloir appliquer systématiquement une telle règle à nos textes qu'à nos agents publics. Il y a peut-être trop de fonctionnaires affectés à certaines activités, mais il n'y en a sans doute pas assez pour d'autres ! De même, on concevrait assez mal qu'une nouvelle loi ou un nouveau décret ne puisse être adopté qu'après avoir supprimé par ailleurs, quelque part dans notre système juridique, un texte de même valeur. Imagine-t-on l'adoption d'une norme nouvelle, et par hypothèse nécessaire, bloquée par la difficulté à trouver un texte à supprimer ?

Chacun peut cependant comprendre aisément l'idée proposée et percevoir son caractère séduisant : pour ne pas avoir trop de textes, ne laissons exister une nouvelle norme que si un texte de même valeur disparaît. D'autres voix ont même évoqué deux lois anciennes supprimées pour une loi nouvelle. Et pourquoi pas cinq, ou dix ?

Ce malthusianisme juridique n'est cependant satisfaisant qu'en apparence. Raisonner comme cela vient d'être exposé revient en effet à ignorer un impératif essentiel, qui est celui de la sécurité juridique. Prenons un exemple simple, et imaginons un contrat de bail conclu en 2012. Il est régi par la loi qui était applicable lors de sa signature, et si une loi nouvelle change en 2014 le régime des baux, ce n'est en principe qu'aux contrats nés postérieurement à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi que celle-ci s'appliquera. Dès lors, même si la loi nouvelle abroge la loi ancienne pour le futur, elle laissera généralement cette loi ancienne survivre, pour régir les situations créées sous son empire. Ainsi, des baux conclus en 2012 seront encore régis en 2014 par la loi applicable en 2012.

Cette survie de la loi ancienne est compliquée (et reçoit des exceptions), mais c'est la moins mauvaise des solutions. Soumettre à la loi nouvelle des situations créées sous l'empire de la loi ancienne peut être très dangereux pour les parties concernées. Conclure un contrat en fonction de la loi existante, pour voir la règle du jeu changer ensuite, est tout simplement le contraire de la sécurité juridique. Cette application de la loi nouvelle à des situations nées antérieurement à son entrée en vigueur porte un nom : la rétroactivité de la loi. Or cette rétroactivité doit autant que possible être

⁴ V. par ex. B. Cohen-Hadad, *PME : stop à l'instabilité juridique*, *Le Figaro*, 5-6 mai 2012, qui invite à combattre « l'instabilité juridique permanente que constituent pour les entreprises l'inflation législative et réglementaire, la multiplication des interlocuteurs et dispositifs publics et la rétroactivité de toutes sortes de normes », en proposant comme solution « l'adoption d'un principe simple : tout nouveau texte doit entraîner la disparition d'au moins un texte de même valeur tombé, de facto, de jure, en désuétude ».

évitée, même si la loi de finances nous a habitués chaque année à une petite rétroactivité en matière fiscale.

La loi rétroactive, bien que justifiée dans certains cas, surprend les parties concernées, puisqu'elle modifie les règles applicables à leur situation déjà constituée. D'où l'intérêt, dans une certaine mesure, de conserver les textes anciens, le temps que les situations qu'ils régissent s'éteignent. Cela est source de complexité, car plusieurs lois sont applicables à un moment donné à un même type de situation, en fonction de sa date de constitution. Mais cette complexité est le prix de la sécurité juridique.

En conclusion, on peut souhaiter légitimement pour les justiciables que les textes soient le moins nombreux et le plus clairs possible. Tout juriste a eu un jour ou l'autre sous les yeux un texte incompréhensible, pour ne pas parler des difficultés d'application, qui sont monnaie courante dans toutes les matières du droit... Mais la réalité qu'affrontent les entreprises est elle-même complexe, et rechercher la simplicité ne doit pas amener à négliger d'autres impératifs, comme celui de la sécurité juridique. La loi idéale est simple ; elle ne doit pas être simpliste.

Sur ces mots, je vous souhaite d'excellentes fêtes de fin d'année, en attendant 2014 et le démarrage du MOOC proprement dit !

Bruno Dondero

Agrégé des Facultés de droit

Professeur à l'Université Paris 1 (Panthéon - Sorbonne)

Proposé conjointement par :



Et avec le soutien de :
Canal U
Editions Francis Lefebvre
Legifrance
Association Juriconnexion