

Spécial
Droit

Cours et exercices

Droit commercial

Michel Dupuis



SPÉCIAL DROIT

dirigé par Philippe Ségur

Droit commercial

**Les actes de commerce,
le commerçant, le fonds de commerce,
les partenaires contractuels de l'entreprise**

Michel Dupuis

Professeur des Universités

– Université de Lille



Dans la collection Spécial droit

- Garé Thierry, Raynaud Anaïs, *Introduction à l'étude du droit*
- Dupuis Michel, *Les propriétés intellectuelles*
- Caporal-Gréco Stéphane, Espuglas-Labatut Pierre, Ségur Philippe, Torcol Sylvie, *Droit constitutionnel*
- Garé Thierry, Raynaud Anaïs, *Droit des personnes et de la famille*
- Rabu Gaylor, *Droit des obligations*

ISBN 9782340-052307

©Ellipses Édition Marketing S.A., 2018
32, rue Bague 75740 Paris cedex 15



Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5.2° et 3°a), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective », et d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit constituerait une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

www.editions-ellipses.fr

Introduction

L'étude du droit commercial est réputée plus difficile que celle du droit civil; ce sentiment, pour subjectif qu'il soit, est néanmoins justifié par plusieurs caractéristiques propres à cette branche du droit.

Tout d'abord, le droit commercial est une matière qui se singularise par une évolution rapide et contrastée; la doctrine, tout comme les enseignants et les étudiants, peinent à suivre le rythme effréné que leur impose un législateur toujours plus « interventionniste ».

On peut déplorer ensuite une jurisprudence en ce domaine mal fixée, les juges préférant souvent statuer en fait plutôt que d'affirmer des principes dont ils ne parviennent pas à mesurer la portée. Enfin ce droit mouvant et parfois imprévisible est fondé sur une compilation de textes épars qui ne furent restructurés que tardivement par le nouveau Code de commerce (le précédent Code datant de 1807) paru à la fin de l'année 2000; ce Code n'a d'ailleurs pas convaincu la doctrine puisque qu'il n'a pas permis d'apporter une clarification pourtant nécessaire sur le domaine du droit commercial.

Que ce constat austère ne décourage pas l'étude de cette matière riche et intéressante, en phase avec les grands enjeux économiques. Le droit commercial se présente aujourd'hui comme une mosaïque de règles où s'enchevêtrent des notions venues de diverses branches de droit, récemment enrichies de données fiscales et comptables, ainsi que de droit de la concurrence, de la consommation, sans oublier les apports de la législation de l'Union européenne.

Cet ouvrage n'a pas la prétention d'être exhaustif mais d'apporter les connaissances de base indispensables à la compréhension de cette branche du droit passionnante par sa diversité et par la richesse de ses mécanismes originaux.

La présentation générale de la matière conduit tout d'abord à définir le droit commercial (I) puis à aborder ses origines (II), ses sources (III), pour terminer par une réflexion sur sa place actuelle au sein du droit privé (IV).

I. Définition du droit commercial

Le droit commercial présente la particularité d'être rebelle à toute définition claire et précise. En effet, alors que l'on peut aisément définir l'existence et le contenu du droit civil ou du droit pénal, par exemple, l'identité du droit commercial reste un mystère. En effet, la matière traditionnellement désignée par l'expression « droit commercial » ne se limite pas à l'étude du phénomène du droit privé commercial : elle englobe également des questions qui relèvent du droit public (intervention de l'État dans l'économie), du droit fiscal, du droit du travail (place des salariés dans l'entreprise), du droit civil (statut du commerçant marié et de son conjoint), du droit de la consommation (relations clients/entreprise), et même – et surtout – du droit communautaire (droit de la concurrence, réglementation des sociétés).

Le droit commercial est donc en réalité une matière pluridisciplinaire que certains auteurs appellent plus volontiers « droit des affaires » (cf. Guyon, *Droit des affaires*, éd. Economica), « droit économique » ou « droit de l'entreprise » (v. *infra*, la place du droit commercial). Sans entrer dans la controverse consistant à savoir si ces expressions sont équivalentes, si elles confortent ou dépassent celle de « droit commercial », nous nous contenterons de retenir une définition globale et générale du droit commercial.

DÉFINITION

Le droit commercial est une branche du droit privé qui régit « le monde des échanges économiques », à savoir certaines activités économiques et les personnes qui s'y livrent, la détermination des unes et des autres étant faite par le Code de commerce (en ce sens, F. Dekeuwer-Défossez et E. Blary-Clément, *Droit commercial, Domat droit privé*, LGDJ, éd. 2011, v. p. 40).

II. Origines du droit commercial

Le droit commercial tire ses origines d'une longue évolution historique dont les péripéties éclairent ses caractères actuels. Si elle permet de mieux comprendre la situation actuelle, l'étude des origines historiques du droit commercial est toutefois assez difficile à mener car des faits commerciaux ont rarement donné lieu à la rédaction d'actes écrits, comme ce peut être le cas en droit civil. De manière classique, trois grandes périodes marquent les étapes de l'évolution du droit commercial : l'Antiquité (A), l'ancien droit (B) et la période post révolutionnaire (C).

A. L'Antiquité

Il faut distinguer ici la Haute Antiquité, le droit grec et le droit romain.

1. La Haute Antiquité

Si la civilisation égyptienne nous fournit peu d'indications sur le commerce, en revanche on sait que les Babyloniens étaient un peuple de marchands; deux sources nous ont fourni de précieux renseignements: le Code d'Hammourabi (2000 av. J.-C.) et les tablettes de Warka. On trouve dans ces documents des éléments de droit bancaire tels que le prêt à intérêt (pratiqué sous forme de semences, la monnaie étant inconnue), ainsi que des rudiments de droit des sociétés.

La tradition du commerce est ensuite passée des Babyloniens aux Phéniciens, réputés pour leurs qualités de navigateurs. Mais le droit du commerce phénicien et punique est malheureusement inconnu; sans doute a-t-il néanmoins influencé les droits des deux grandes civilisations antiques: la Grèce et Rome.

2. Le droit grec

Les Grecs, s'ils étaient passionnés de science politique ou de droit constitutionnel, n'attachaient guère d'intérêt au droit privé. Cependant, avec l'apparition de la monnaie, le commerce se développa en Ionie vers le milieu du VI^e siècle avant J.-C. Une loi rhodienne, la «*Lex Rhodia de jactu*» édicta une technique encore utilisée aujourd'hui en droit maritime: l'avarie commune (si, pour sauver le navire, le capitaine devait sacrifier une partie de la cargaison, l'armateur et les expéditeurs participaient tous à cette perte). Le droit grec est encore à l'origine du prêt nautique, tenant à la fois du prêt et de l'assurance qui devint au Moyen Âge le prêt à la grosse aventure (ou «*prêt à la grosse*») ainsi que des formes de sociétés commerciales ou des contrats bancaires.

On peut remarquer que la Grèce antique était atomisée en petites cités lesquelles avaient chacune ses institutions publiques, son droit civil et civique. Les commerçants étaient le plus souvent des étrangers à la cité où ils s'établissaient, des «*Métèques*». Cette situation particulière les amena très tôt à utiliser une forme de droit international composé d'éléments pris aux droits des diverses cités, mais aussi à créer des juridictions spéciales qu'ils géraient eux-mêmes. On trouve donc ici les ancêtres de nos tribunaux de commerce actuels.

3. Le droit romain

Bien que principalement préoccupés par le droit civil, les Romains ont néanmoins jeté les bases d'une véritable organisation du commerce. Chacun sait combien l'héritage du droit romain a été important pour notre droit moderne : la plupart de nos techniques contractuelles, les institutions telles que le mandat, la solidarité, ou encore les procédures collectives d'apurement du passif trouvent leur origine dans le droit romain. Les Romains avaient également instauré un droit public économique élaboré (cf. l'édit « du maximum » de Dioclétien, en 301 après J.-C., fixant les prix maximums de certaines denrées) et, au Bas Empire, une forme de corporatisme et d'économie dirigée avait déjà fait son apparition.

À la suite de la chute de Rome, et pendant plus d'un millénaire, les échanges économiques vont quasiment disparaître. Le Moyen Âge ne développera guère le droit commercial que vers le XII^e siècle.

B. L'Ancien Droit

Trois périodes peuvent être distinguées ici : le Moyen Âge (XII^e – XVI^e s.), les Temps modernes (XVI^e – XVIII^e s.) et la période révolutionnaire.

1. Le Moyen Âge

Les invasions barbares ont donc suspendu toute activité commerciale, chacun vivant en autarcie. Le commerce renaît réellement à partir du XII^e siècle, les principaux centres d'activité économique étant situés en Italie (Gênes, Pise, Florence, Amalfi, Venise) et dans les Flandres (Bruxelles, Bruges, Amsterdam, Gand, Anvers).

Le rôle politique des commerçants dans la cité prend alors de l'importance. Groupés en corporations, ils rédigent des statuts qui se présentent comme de véritables codes de commerce. Ce système corporatiste présentait de nombreux avantages (formation des jeunes, défense de commerçants face au pouvoir royal ou seigneurial, œuvres sociales...) mais était aussi un facteur de hausse des prix, de stagnation technique et de protectionnisme excessif (aucune concurrence n'était alors permise). Des juridictions commerciales spécialisées furent mises en place, comme les « *Consules mercatorum* » de Florence ou le tribunal de la Rote de Gênes. Les commerçants vont alors faire le négoce avec les autres villes, ils vont s'essaimer partout en Europe grâce au développement des foires (par exemple la célèbre foire de Champagne). Ces voyages suscitèrent des besoins spécifiques, tels que les

instruments de paiement permettant d'éviter les transports d'argent sur les routes (lettre de change, compte courant) ou les juridictions permettant de trancher les litiges sur les foires (les juridictions de foire). Très vite, la nécessité de faire prévaloir une règle internationale commune à toutes les places commerciales régies par une mosaïque de coutumes locales s'est fait sentir: ainsi naquit le «*jus mercatorum*», lequel s'applique toujours au commerce international moderne.

Il faut enfin souligner l'importance du rôle de l'Église catholique sous l'Ancien Régime. En effet, le droit canonique interdit non seulement l'usure mais aussi toute forme de prêt à intérêt, et ce durant tout l'Ancien Régime. Or le commerce suppose le crédit; aussi certaines dérogations ont-elles été admises par l'Église afin de ne pas paralyser toute la vie économique:

- En premier lieu, pour éviter la prohibition canonique, on pouvait utiliser la commandite: une personne apporte de l'argent à une autre pour une opération ou une activité lucrative, les bénéfices en résultant devant être ensuite partagés. Cette «*commanda*» fut à l'origine de la société en commandite moderne;
- La seconde dérogation concerne la lettre de change, la «*distancia loci*», laquelle est un ordre donné par un créancier à son débiteur de payer une certaine somme d'argent à une personne. L'Église autorisait ici la perception d'intérêts pour rémunérer le change et les risques inhérents à la distance à condition que le créancier ne soit pas de la même localité que le débiteur.
- Citons enfin le «*periculum sortis*», le danger du capital, où la rémunération du prêteur est autorisée lorsque celui-ci accepte des risques supérieurs à la normale.

REMARQUE Cette interdiction canonique fut une véritable manne pour les Juifs et les Lombards (Italiens du Nord qui méconnaissent toujours cette contrainte) car ils regroupèrent peu à peu entre leurs mains toutes les activités bancaires et financières. Par ailleurs, observons que l'interdiction du prêt à intérêt existe toujours dans le Coran, ce qui oblige les banques islamiques à développer des mécanismes juridiques et financiers particuliers pour contourner cette règle.

Le *jus mercatorum* est donc l'ancêtre direct de notre commercial moderne. En tant qu'instrument international, il préfigure l'unité européenne qui s'est faite autour du traité de Rome en 1958. C'est également un droit où prime la rapidité (vente des produits et règlement de ceux-ci le temps d'une foire) et la rigueur (saisie et vente des biens des commerçants ayant fait faillite). L'apport du Moyen Âge est

donc considérable puisqu'il nous a transmis les principales institutions de notre droit commercial moderne : les contrats commerciaux, les opérations bancaires, la faillite, la lettre de change et, dans une moindre mesure, les sociétés.

2. Les Temps modernes

À la suite de la découverte de l'Amérique, l'Espagne et le Portugal deviennent les principales puissances économiques. Par ailleurs, le commerce méditerranéen chute en raison de l'insécurité des transports maritimes due aux attaques turques.

Le droit commercial, à partir des ^{xvi}e et ^{xvii}e siècles, va faire l'objet d'une réglementation par le pouvoir royal, ces premières formes d'étatisation de l'économie répondant à une demande des commerçants désirant la protection légale des « bonnes pratiques commerciales » et la sanction des mauvaises pratiques.

Deux événements principaux marquent cette période.

- En 1563, un édit de Charles IX crée les juridictions consulaires, composées selon le système de l'échevinage, c'est-à-dire d'un juge professionnel et de quatre consuls élus par les autres marchands.
- En 1673, Colbert demande à Savary, un négociant de Paris, une codification des pratiques commerciales. Ce Code Savary, fixant pour la première fois le droit commercial, est toutefois trop pragmatique et trop réglementaire pour avoir une grande autorité. Inspiré par le souci de réprimer les fraudes, il avait plus pour effet de brider l'activité commerciale que de la développer. De plus il était incomplet, les activités bancaires ayant globalement été omises. Pour compléter et expliquer son code, Savary publiera en 1685 un commentaire, le célèbre « parfait négociant ».
- En 1681, Colbert édicte une seconde ordonnance afin de régler la marine ; ce texte sera d'ailleurs repris par la suite par les rédacteurs du Code du commerce.

REMARQUE Cette période prérévolutionnaire est traversée par des idées qui vont profondément marquer les mentalités commerciales et industrielles. Le premier courant d'idées est la doctrine du colbertisme, selon laquelle le pouvoir politique doit impulser l'économie, la diriger et la contrôler. Malgré de nombreuses tentatives pour instaurer le libéralisme dès le ^{xviii}e siècle, le colbertisme restera profondément ancré dans la mentalité commerciale française. Le second courant d'idées va naître de la révocation de l'Édit de Nantes : à la différence de la doctrine catholique, les protestants voient dans le profit et l'enrichissement une récompense divine de l'effort humain. L'avance commerciale et technologique des Pays-Bas ou de l'Angleterre sur la France s'explique en grande partie par cette idée.

Le XVIII^e siècle fut donc marqué par une réelle effervescence des idées économiques et par un dirigisme étatique strict. Le droit commercial, cependant, demeure fort en retard au regard du droit civil, mieux élaboré et plus logique (cf. l'influence déterminante de Pothier); Il ne fait que donner des recettes sans élaborer une théorie générale. Devant l'inadaptation du Code Savary, d'autres tentatives d'établissement d'une législation commerciale rationnelle furent entreprises, la plus élaborée étant le projet Miromesnil, en 1778; mais aucune n'a été suivie d'effet. D'autre part, il faut encore noter que le droit commercial de cette époque se trouvait sclérosé par les règles corporatistes et que le laxisme dont faisait preuve les juridictions consulaires ne favorisait pas l'ordre et la justice dans le commerce.

3. La période révolutionnaire

La Révolution ne fit guère œuvre constructive, mais on lui doit toutefois deux textes célèbres :

- Le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 proclamant la liberté du Commerce et de l'industrie, encore en vigueur actuellement. Cette incitation à la création d'entreprises fut à l'origine du développement économique amorcé dès le début du XIX^e siècle qui prendra ensuite l'essor que l'on connaît.
- La loi Le Chapelier des 14 et 15 juin 1791 abolissant le système des corporations. Cette loi, libérale dans son principe, eut cependant des conséquences discutables puisqu'elle interdisait les groupements professionnels et faisait obstacle au développement des personnes morales, en particulier les syndicats.

Libérés de ces deux limitations, le commerce et l'industrie allaient donc entrer dans l'ère industrielle et promouvoir une économie de type capitaliste. Notons que les révolutionnaires ne supprimèrent pas les juridictions consulaires, sans doute en raison de leur caractère électif.

C. La période post-révolutionnaire

En 1807, l'Empire élaborait un Code de commerce qui, applicable à partir du 1^{er} janvier 1808, est resté en vigueur jusqu'à la nouvelle codification de 2000. Toutefois cette œuvre législative est généralement considérée comme étant très médiocre. Ce code fut élaboré à la hâte pour mettre fin aux spéculations des fournisseurs aux armées et aux difficultés économiques. Ses rédacteurs se sont bornés à reproduire

l'ordonnance de 1673, sans se rendre compte que celle-ci se fondait sur un régime corporatiste abrogé lors de la Révolution par la loi Le Chapelier. Il fit donc très vite l'objet de multiples réformes qui le vidèrent de son contenu ; avant la nouvelle codification, il ne restait guère plus qu'une trentaine d'articles encore en vigueur dans leur rédaction d'origine. Le droit de l'économie capitaliste va donc se construire en dehors du Code de commerce.

Schématiquement, on peut diviser la période post révolutionnaire en trois époques : le libéralisme (jusqu'à la Première Guerre mondiale), l'interventionnisme (de 1914 à 1945) puis la période contemporaine (après la Seconde Guerre mondiale).

1. Le libéralisme

Le XIX^e siècle, qui s'achève avec la guerre de 1914, est essentiellement marqué par le libéralisme. C'est la période du « laisser faire, laisser passer » et du triomphe du capitalisme. Le monde du commerce et de l'industrie a alors besoin des outils qui lui permettront d'instaurer un système économique efficace. Parmi ces outils, les sociétés commerciales ont joué un rôle prédominant. Ce furent d'abord des commandites, puis la loi du 24 juillet 1867 facilita la constitution des sociétés anonymes. Les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne réunirent des moyens financiers sans commune mesure avec ceux des personnes physiques. Elles furent les instruments privilégiés du capitalisme moderne. L'amélioration du droit de la monnaie et du crédit va également participer à cet essor économique notamment par la création de la Banque de France par la loi du 28 pluviôse an VII (18 février 1800), par les nouveaux instruments de crédit (le warrant, L. 28 mai 1858 ; le nantissement du fonds de commerce, L. 17 mars 1909), ou par la législation moderne sur le chèque (L. 14 juin 1865). Notons que c'est également à cette période qu'apparurent les différents types de propriétés industrielles et commerciales (les brevets, L. 5 juillet 1844 ; les marques, L. 28 juin 1857 ; le fonds de commerce, L. 17 mars 1909) qui sont autant d'étapes de la construction de l'économie capitaliste.

2. L'interventionnisme

Cette période s'ouvre avec la Première Guerre mondiale, se poursuit avec la crise de 1929 pour finir avec la Seconde Guerre mondiale. Les méfaits du capitalisme apparaissent au grand jour et au libéralisme succède une intervention de plus en plus marquée de l'État dans le domaine économique. Par la même occasion, l'administration, après une absence d'un siècle, revient en force.

Une nouvelle orientation du commerce est inaugurée par la création du registre du commerce (L. 18 mars 1919); d'autres textes vont ensuite enrayer les spéculations dont était victime le petit commerce, telle que la loi du 29 juin 1935 sur la vente du fonds de commerce. En 1936 interviennent les premières nationalisations: l'État devient lui-même industriel ou commerçant. Ce mouvement législatif, inspiré par les idées socialistes, va s'accroître après la Seconde Guerre mondiale avec l'ordonnance du 30 juin 1945 relative aux prix, la seconde vague de nationalisation et le décret du 30 septembre 1953 sur les baux commerciaux. Cette socialisation de l'économie prend alors une coloration particulière qui perdurera jusqu'à nos jours (L. Royer du 27 décembre 1973, L. du 31 décembre 1989 par exemple): il s'agit d'assurer une protection aux agents économiques qui paraissent en situation d'infériorité, tels que les petits commerçants et, plus tard, les consommateurs.

3. La période contemporaine

Caractérisée par un retour au néo-libéralisme et par une politique d'économie concertée, l'époque contemporaine a été marquée par la nécessité de rénover le droit commercial, parallèlement à la révision du Code civil. Ainsi a-t-on réformé le droit des sociétés (L. 24 juillet 1966), le droit des procédures collectives (L. 13 juillet 1967 et, plus récemment, L. 25 janvier 1985), pour ne citer que ces exemples. L'idée présidant à ces réformes est de moderniser le droit commercial, de le rendre plus efficace, mieux adapté aux besoins de la pratique.

L'époque actuelle est également marquée par de nouveaux facteurs ayant une grande importance dans l'évolution du droit commercial.

Le premier de ces facteurs est la mise en place d'un Marché commun par le traité de Rome du 25 mars 1957, complété par l'Acte Unique et les accords de Maastricht. Le droit commercial moderne est obligé de tenir compte de cette nouvelle dimension européenne. Nombreuses sont les règles internes inspirées directement par le droit communautaire, soit en application d'une directive (par ex. L. comptable du 30 avril 1983, prise en application de la directive du 25 juillet 1978), soit en vertu de l'application directe de traités ou de règlements élaborés à Bruxelles (en matière de concurrence, par exemple). L'introduction du droit communautaire a considérablement freiné les tendances dirigistes du droit français, celles-ci s'avérant incompatibles avec la règle européenne de la liberté des échanges. L'introduction de la monnaie unique en janvier 1999 a remodelé le système bancaire français en l'europanisant: autonomie de la Banque de France (L. 4 août 1993 et 31 déc. 1993), puis intégration au sein de la Banque Centrale Européenne dont elle est devenue une sorte de « succursale ».

Le second facteur important est la prise en compte des intérêts salariaux dans le monde du commerce et de l'industrie. Déjà l'ordonnance du 7 janvier 1959 avait prévu la possibilité d'intéresser les salariés aux résultats de l'entreprise ; cette intégration des intérêts des salariés dans les mécanismes du droit commercial est particulièrement manifeste dans la loi du 25 janvier 1985 sur les procédures collectives où, pour la première fois, les travailleurs ont été considérés comme des acteurs à part entière dans le redressement de l'entreprise en difficulté. De même, l'ordonnance du 21 octobre 1986 a permis d'introduire des représentants des salariés dans les organes de surveillance et d'administration des sociétés anonymes.

Enfin, le dernier facteur, et non le moindre, c'est le contexte économique actuel : depuis les années 1980 nous sommes dans une période de récession économique. C'est ce contexte qui a justifié l'adoption d'une réforme du droit des procédures collectives afin d'adapter celles-ci à des finalités nouvelles telles que la sauvegarde des emplois. Devant la faillite du système d'économie socialiste à l'Est, le libéralisme est de nouveau regardé comme une méthode pouvant être efficace, le mot d'ordre étant devenu la « déréglementation ». Mais ce mouvement qui s'est traduit par une vague de privatisation en 1986 et en 1993 est resté fort timide. Alors que certains domaines faisaient l'objet d'allègements administratifs ou fiscaux (par ex. L. 11 févr. 1994 relative à l'initiative et l'entreprise), d'autres en revanche étaient assujettis à un renforcement du contrôle étatique, comme le droit de la concurrence, par exemple (Cf. L. 1^{er} juillet 1996). Une nouvelle tendance est apparue à la fin du xx^e siècle consistant à laisser s'exprimer le libéralisme tout en en jugulant les excès : c'est ce que la doctrine a appelé la « régulation » (Cf. Frison-Roche, *Le droit de la régulation*, D.aff.2001, n° 7, p. 610), et dont l'exemple législatif le plus marquant est la fameuse loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

REMARQUE La période contemporaine est également marquée par l'émergence de la distinction « professionnel / non professionnel » en lieu et place de la traditionnelle distinction opposant le commerçant au non commerçant. Sans doute faut-il y voir l'influence grandissante du droit de la consommation. On retrouve cette référence au professionnel dans la loi NRE du 15 mai 2001, mais aussi la loi du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique (protection de la résidence principale du professionnel, commerçant ou non) ou encore dans les lois du 2 août 2005 sur le statut du conjoint du chef d'entreprise travaillant dans l'entreprise familiale (renforcée en 2008) et du 15 juin 2010 instituant l'Entreprise Individuelle à Responsabilité Limitée (EIRL).

Cette description historique mettant en lumière les origines du droit commercial est un outil précieux pour la compréhension du droit commercial. Le droit actuel est en effet le résultat de la mise en œuvre de procédés juridiques élaborés dès la plus haute Antiquité. L'étude des sources du droit commercial a également pour objet de cerner avec précision la réalité de ce droit économique.

III. Sources du droit commercial

Les sources privatistes du droit commercial sont de deux ordres. Les premières sont les sources classiques du droit privé, issues des autorités publiques, qui s'avèrent communes au droit civil et au droit commercial (A) ; les secondes, d'origine privée, donnent au droit commercial toute son originalité (B). À ces sources privatistes viennent s'ajouter des sources issues du droit public, les sources administratives et réglementaires du droit commercial (C).

A. Les sources classiques du droit privé

La loi et la jurisprudence sont les sources classiques, communes au droit commercial et au droit civil.

1. La loi

La loi est la source essentielle du droit commercial. Toutefois le terme de « loi » peut avoir plusieurs significations. Nous les présenterons par ordre hiérarchique décroissant.

En premier lieu, la loi vise les actes ratifiés par le Parlement français (l'Assemblée nationale et le Sénat), c'est-à-dire les traités internationaux. Ceux-ci jouent un rôle capital en droit commercial, notamment s'agissant de la réglementation des contrats tels que les transports ou les ventes. La Cour de cassation, dans son célèbre arrêt Jacques Vabre (com. 24 mai 1975, D. 1975, concl. Touffait) a affirmé de manière claire la supériorité des traités sur les lois nationales, même postérieures ; le Conseil d'État a, 14 ans plus tard, adopté la même solution dans son arrêt Nicolo (20 octobre 1989, JCP 1989-II-21371, concl. Frydman). Parmi les nombreuses conventions bi ou multilatérales qui ont été signées entre la France et les autres États, il faut réserver une place toute particulière au traité de Rome de 1957. Cette source internationale est devenue prépondérante dans les relations commerciales entre ressortissants des pays membres de l'Union européenne. Un ordre juridique supranational a finalement émergé, notamment en matière de droit de la concurrence. En outre, certains outils supranationaux ont déjà été mis en place (comme le Groupement européen d'intérêt économique, la société européenne, par ex.). On voit donc peu à peu apparaître un droit commercial européen.

La loi désigne également la Constitution et les principes fondamentaux de notre droit. Bien que ces textes jouent rarement de manière directe en droit commercial, ils revêtent néanmoins une importance réelle car ils inspirent toute

notre organisation économique. Ainsi, une décision du Conseil constitutionnel (Cons. const. 16 janvier 1982, D. 1983-169, note Hamon) a déclaré que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie avait une valeur constitutionnelle et ne pouvait donc pas être réduit à néant par une loi, en l'occurrence la loi du 16 janvier 1982 relative aux nationalisations.

La loi désigne encore les textes votés par le Parlement (Assemblée nationale et Sénat). Notons que le droit commercial doit être regardé comme un droit d'exception par rapport au droit civil (droit commun); ainsi, pour toutes les questions qui n'ont pas fait l'objet d'une loi commerciale spécifique, le droit civil retrouvera sa vocation à s'appliquer; tel est le cas, par exemple, du droit général des obligations.

Le terme « loi » vise aussi les règles de droit émanant du pouvoir exécutif, notamment les décrets et les arrêtés, le législateur n'ayant, en matière commerciale, qu'une compétence limitée à la détermination des principes fondamentaux, en vertu de l'article 34 de la Constitution. Ainsi, les arrêtés ministériels, qui ne jouent en droit civil qu'un rôle effacé, prennent en droit commercial une place prépondérante (nous verrons d'ailleurs qu'il convient de les classer parmi les sources propres au droit commercial). De nombreux textes sont encore pris par le pouvoir exécutif sur habilitation du parlement: il s'agit des ordonnances qui permettent notamment de mettre en harmonie les dispositions françaises avec les directives communautaires (cf. Ord. n° 2011-1540 du 16 nov. 2011 transposant la dir. 2008/52 du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale). La législation commerciale contemporaine a largement recours à ce moyen.

L'ensemble de ces sources éparées ont été codifiées par deux ordonnances, n° 2000-912 du 18 septembre 2000 pour la partie législative du Code de commerce et n° 2000-1223 du 14 décembre 2000 pour le Code monétaire et financier. Le résultat de cette codification a été accueilli avec réserve par la doctrine (v. par Bureau et Molféssis « Le nouveau Code de commerce ? Une mystification », D. aff. 2001, n° 4, p. 361). Contraints par une codification « à droit constant » (c'est-à-dire à une transposition telle quelle des textes en vigueur), les rédacteurs du Code n'ont pas pu faire œuvre de clarification, confrontés à une législation commerciale foisonnante, disparate et surtout en perpétuelle évolution. Ainsi, le nouveau Code de commerce n'appréhende-t-il pas l'ensemble des textes relatifs au droit des affaires (par ex. le droit des sociétés est éclaté entre le Code civil, le Code monétaire et financier et le Code de commerce; voir également en matière de baux commerciaux où les dispositions du décret de 1953 n'ont été que partiellement codifiées). La réforme du Code de commerce était néanmoins nécessaire pour offrir un cadre aux nombreuses dispositions réformant la matière.

2. La jurisprudence

Cette source n'appelle pas de remarques particulières. En première instance, le contentieux commercial est normalement porté devant les juridictions consulaires dont les juges sont élus, ce qui confère parfois une certaine originalité à leurs décisions (certaines jurisprudences des tribunaux de commerce ont été vigoureusement désapprouvées tant par la doctrine que par la Cour de cassation, comme en matière de procédures collectives, par exemple). Toutefois, l'appel étant jugé par les magistrats de carrière de la Cour d'appel, l'unité d'interprétation est ainsi assurée. La Cour de cassation, par son pouvoir régulateur, exerce de surcroît son influence sur la jurisprudence commerciale. Notons que les juridictions administratives doivent être encore citées car elles connaissent du contentieux fiscal (sauf celui de l'enregistrement) et des litiges dus à l'intervention de l'État dans l'économie; de même, il faut citer l'influence grandissante de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, notamment en matière de droit de la concurrence, de la distribution ou de la consommation. Enfin, il faut remarquer qu'en matière commerciale, l'arbitrage est largement répandu, notamment en matière internationale. Cette forme de justice privée, alliant la discrétion à la conciliation, fait bel et bien partie des sources du droit commercial; les sentences arbitrales, après leur exéquatur, sont susceptibles d'exécution forcée. Cette dernière source, bien que n'étant pas propre au droit commercial, marque cependant ce dernier de son originalité. Mais cette originalité est bien plus accentuée lorsqu'il s'agit des sources propres au droit commercial.

B. Les sources propres au droit commercial

Le droit commercial connaît encore des sources qui, sans être totalement ignorées du droit civil, vont jouer ici un rôle particulièrement important: il s'agit des usages et des sources administratives et réglementaires.

1. Les usages

DÉFINITION On appelle « usages » des comportements professionnels constants, notoires et généralement anciens.

Les usages sont historiquement à l'origine du droit commercial et continuent de faciliter son adaptation à l'évolution de l'économie. On distingue deux sortes d'usages: les usages conventionnels et les usages de droit.

a. Les usages conventionnels

Ce sont des pratiques commerciales courantes auxquelles les parties d'un contrat sont supposées s'être tacitement référées en l'absence de toute clause expresse contraire. Ils ont donc un caractère supplétif de volonté. Ces usages tiraient leur autorité de l'ancien article 1160 du Code civil, en vertu duquel « on doit suppléer dans les contrats les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées ». Cette disposition ayant été supprimée par la réforme de l'Ordonnance du 10 février 2016, le Code civil fait désormais référence aux usages sous les articles 1163 (La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages) et 1166 (Le débiteur doit offrir une prestation de qualité conforme aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie). Le contrat renvoie donc implicitement à l'usage, évitant aux parties de préciser en détail des obligations telles que les délais de paiement, les modalités de livraisons, l'inclusion ou l'exclusion de la TVA dans le prix, etc. Toutefois, il faut remarquer que ces usages ne sont applicables qu'entre professionnels, lesquels sont supposés les connaître ; ils ne sont pas opposables aux clients non commerçants, pas plus qu'aux professionnels d'une autre branche d'activité ignorant l'usage en cause. Ainsi, une pratique commerciale d'origine purement contractuelle peut, par sa répétition, devenir un usage supplétif de volonté.

OBSERVATION

L'usage pose cependant une difficulté particulière, celle de sa preuve. En effet, contrairement à la loi qui fait l'objet d'une publicité, l'usage professionnel n'est pas nécessairement connu. La preuve de l'existence et du contenu de l'usage va alors se faire au moyen d'attestations, appelées « parères », émanant des chambres de commerce ou des syndicats professionnels.

D'autre part, afin de moraliser et d'organiser les professions commerciales, de nombreux organismes professionnels ont établi des « codes d'usages » ou « codes de bonne conduite » propres à certaines branches d'activités ; ces sources d'information prennent une forme quasi législative : tel est le cas de la norme « AFNOR », par exemple, qu'un décret du 26 janvier 1984 a rendu expressément applicable dans le silence du contrat, ou encore du « code AFEP-MEDEF » de juin 2013 sur les bonnes pratiques de transparence dans la gouvernance des sociétés cotées.

On peut remarquer que ces réglementations professionnelles ont vocation à se transformer en véritables règles de droit (le législateur peut d'ailleurs s'en inspirer) ; elles ont même un aspect coercitif puisque le commerçant qui ne respecte pas l'usage communément admis ou « codifié » par la profession peut faire l'objet d'une

poursuite sur le fondement de la concurrence déloyale, celle-ci se définissant comme le non respect des « usages loyaux du commerce ». De fait, ces usages deviennent des « usages de droit ».

b. Les usages de droit

Ces usages présentent la caractéristique, contrairement aux usages conventionnels, d'être véritablement obligatoires, sans faire référence à la volonté présumée des parties. On retrouve ici la transposition en droit commercial de la notion de coutume de droit civil. Ainsi, comme en droit civil, l'usage peut être « *secundum legem* », « *praeter legem* » ou « *contra legem* ».

1. L'usage « *secundum legem* »

C'est celui qui vient combler les vides laissés volontairement à cet effet par le législateur. Nombreux sont les cas où le législateur fait un renvoi exprès aux usages pour régler certains détails précis. Cette référence législative expresse vient donc donner à l'usage toute sa légitimité.

EXEMPLE L'art. L. 145-47, concernant les baux commerciaux et la possibilité qu'a le preneur commerçant de modifier la nature de son activité (la désécialisation), précise que le juge doit se prononcer en fonction « notamment de l'évolution des usages commerciaux ».

2. L'usage « *praeter legem* »

C'est un usage autonome par rapport à la loi ; il vient compléter la loi et, dans le silence des textes, il prend une valeur supplétive. La jurisprudence l'a reconnu, notamment en matière de droit de la concurrence où la référence aux « usages loyaux du commerce » a été l'un des éléments ayant permis la construction prétorienne de la protection par la concurrence déloyale.

EXEMPLE Bien que la loi soit muette sur ce point, il est d'usage constant, entre commerçants, d'indiquer le prix des transactions hors taxes, sauf convention contraire. C'est ce qu'a rappelé la Cour de cassation dans son arrêt du 9 janvier 2001, Bull.civ. IV, n° 8 ; CCC 2001, n° 70, note Leveneur.

C'est surtout dans le domaine du commerce international que l'usage « *praeter legem* » vient suppléer le droit transnational inexistant. Les règles sont conservées ou créées par des organismes spécialisés, notamment par la Chambre de commerce internationale qui a recensé « les règles et usances relatives aux crédits documentaires » et qui a codifié les termes utilisés dans les ventes internationales, les Incoterms (*International Commercial Terms*). On constate donc ici une rémanence du « *jus mercatorum* », le droit des marchands dont l'origine n'est pas étatique.

3. L'usage « *contra legem* »

Enfin, l'usage « *contra legem* », c'est-à-dire allant à l'encontre de la loi, est lui aussi fort répandu en matière de commerce et le législateur se montre souvent impuissant devant une pratique commerciale bien établie. La jurisprudence intervient cependant régulièrement pour rappeler qu'un usage ne saurait prévaloir contre des dispositions d'ordre public (v. pour un usage bancaire interdit, Cass. com. 18 mars 1997, CCC 1997, n° 124, note G. Raymond). Les exemples d'usages commerciaux « *contra legem* » sont toutefois nombreux.

EXEMPLE Certains usages sont ainsi directement contraires à une disposition légale énoncée par le Code civil. Tel est le cas de la solidarité commerciale contraire à l'article 1310 nouveau du Code civil ou encore l'anatocisme (règle selon laquelle les intérêts échus produisent eux-mêmes des intérêts) dans les comptes courants contraires à l'article 1154 du Code civil, etc. Certaines dispositions du Code de commerce ou de la consommation, censées protéger contre les pratiques abusives dans le commerce, sont elles-mêmes méconnues : l'article L 442-1 du Code de commerce et L. 122-1 du Code de la consommation interdisent formellement de « subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée », sous peine de sanction pénale ; or la jurisprudence a admis l'usage consistant à imposer au consommateur l'achat d'une quantité minimale à cause de la contrainte posée par le conditionnement du produit (lessive vendue en baril et non au kilo, par ex).

C. Les sources administratives et réglementaires

Ces dernières sources, venant préciser les conditions d'application de la loi, ont une très grande importance pratique en droit commercial.

En premier lieu, les arrêtés ministériels, qui ne jouent pratiquement pas de rôle en droit civil, exercent une influence prépondérante sur la vie des affaires. Par exemple, le régime des relations financières avec l'étranger peut se trouver modifié par un simple arrêté du ministre de l'Économie. Il faut observer que ces textes ne font que croître en nombre et dans des domaines de plus en plus divers, comme en témoigne la multitude d'arrêtés homologuant les règlements d'instances les plus diverses (autorité des marchés financiers, commission de la réglementation bancaire et financière, etc.).

Les réponses ministérielles, face à l'instabilité de la législation commerciale et à l'absence fréquente de jurisprudence ou de doctrine, se voient également reconnaître une certaine importance. Elles sont fréquemment utilisées en matière fiscale et dans le droit des sociétés. Mais ce sont sans doute les circulaires qui ont le rôle le plus significatif ; elles peuvent émaner de divers ministères mais les plus redoutées sont émises par la Direction générale des impôts. Ces textes ont

normalement pour objet de préciser les conditions d'application des décrets et des lois, mais ils vont bien souvent au-delà au point d'être parfois contraires aux dispositions légales ! Les circulaires interviennent surtout en matière de protection du consommateur, du maintien de la libre concurrence et, bien sûr, en matière de politique fiscale de l'administration. Les réponses ministérielles et les circulaires n'ont toutefois qu'une valeur indicative pour les tribunaux, lesquels les démentent assez fréquemment. Ces textes ont néanmoins une valeur contraignante car ils sont appliqués par l'administration dans l'attente de la formation de la jurisprudence.

Parfois l'administration se borne à publier de simples communiqués dont la nature juridique reste imprécise.

Il faut enfin citer la multitude de commissions, conseils ou comités qui rendent des avis, recommandations ou lettres circulaires. Ainsi l'Autorité des Marchés Financiers (AMF) ou le Conseil de la concurrence ont édicté des normes en matière d'opérations réalisées par les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne et le maintien de la libre concurrence. D'autres normes émanent encore de la Commission de contrôle des banques de la Banque de France, du Conseil national du crédit, etc. ; la question de la valeur juridique qu'il faut reconnaître à ces textes est loin d'être évidente. Sans les priver d'effets, les tribunaux estiment généralement que ces normes constituent une sorte de « code de bonne conduite » dont la violation fautive peut entraîner une action en responsabilité. C'est ainsi que la Cour de cassation a pu considérer que l'avis émanant de la Banque de France pouvait être regardé comme un « usage professionnel », c'est-à-dire une sorte de source privée de droit (Cass. com. 22 avril 1980, D. 1981-48).

Pour achever cette présentation du droit commercial, il est opportun de s'interroger sur la place que peut occuper aujourd'hui cette matière parmi les autres branches du droit, notamment par rapport au droit civil.

VI. Place du droit commercial

A. L'unité du droit privé

Certains auteurs se sont interrogés sur l'existence et l'utilité du droit privé (F. Dekeuwer-Défossez et E. Blary-Clément, précit., p. 34 et s.), compte tenu, d'une part, de la frontière floue qui sépare le droit commercial du droit civil, et, d'autre part, des insuffisances du droit commercial à régir les rapports économiques complexes du monde des affaires.

Certains ont alors milité pour la suppression du droit commercial, au motif que ce dernier n'était pas autonome par rapport au droit civil. Le droit commercial repose en effet sur deux piliers fondamentaux du droit civil, le droit des obligations et le droit des biens. Loin d'être un ensemble de règles cohérentes, la matière commerciale n'est cimentée que par quelques principes dérogatoires au droit civil; elle ne se distingue que par une juxtaposition d'institutions spécifiques comme le droit des sociétés commerciales ou le droit des procédures collectives, par exemple. Par ailleurs, le droit civil a également été contaminé par les règles commerciales; ainsi, la loi du 4 janvier 1978, en réformant l'article 1832 du Code civil, s'est inspirée du droit des sociétés commerciales institué par la loi du 24 juillet 1966 pour établir le socle commun aux sociétés commerciales et civiles. On peut encore illustrer cette contamination en faisant observer que les lois récentes distinguent le professionnel du non professionnel sans rechercher si le professionnel en question est un commerçant ou une personne civile. Au vu de ces éléments, on pourrait se demander s'il est encore judicieux de distinguer le droit commercial du droit civil, s'il ne serait pas plus avantageux de prôner l'unité du droit privé.

Nombreux sont les auteurs qui postulent pour une possible fusion entre le droit civil et le droit commercial, mais aucun consensus n'émerge sur le point de savoir lequel des droits absorbera l'autre. Certains considèrent à juste titre que la distinction entre droit civil et droit commercial n'est plus pertinente et doit désormais passer par la distinction entre le droit des activités professionnelles et le droit des activités non professionnelles (v. Bert. D., «Essai sur le droit de l'activité professionnelle indépendante», LGDJ 2011).

Mais, pour l'heure, le droit commercial conserve son autonomie, et la réflexion doctrinale ne semble pas influencer le monde du commerce qui demeure toujours très attaché à ses propres lois et ses propres juridictions. Les obstacles à l'unité du droit privé sont donc avant tout d'ordre sociologique et politique; elles n'en demeurent pas moins incontournables.

B. L'élargissement du champ commercial

Nous avons vu, au début de cette introduction, que le droit commercial est en réalité une matière pluridisciplinaire; on a cherché alors à élargir le champ du droit commercial jugé trop étroit. En effet, le droit commercial dans son acception étroite est impuissant à organiser et structurer les rapports économiques. Par exemple, lors d'une cession d'entreprise, le droit commercial dans ses diverses branches (droit des sociétés, droit comptable, droit des valeurs mobilières, droit

de la concurrence, voire droit de la bourse) s'avère insuffisant pour appréhender l'opération : il faut encore faire appel au droit social et au droit fiscal. On a donc cherché une nouvelle définition de la matière ; certains commercialistes ont alors défendu l'existence d'un droit économique, tandis que d'autres ont mis en avant le concept de droit des affaires. Ces notions purement doctrinales demeurent néanmoins rebelles à toute définition précise. Ainsi, certains auteurs définissent le droit économique comme un droit dont le centre est l'entreprise (Champaud, Contribution à la définition du droit économique, D. 1967, chron. p. 215), d'autres comme le droit de l'intervention de l'État dans l'économie (Jeantet, Aspects du droit économique, mélanges Hamel, p. 33), d'autres encore comme la théorisation de ce qui se fait en pratique (Pirovano, Introduction critique au droit commercial contemporain, RTD Com. 1985, p. 239)... La notion de droit des affaires, beaucoup plus répandue (cf. les nombreux manuels intitulés « Droit des affaires ») n'est guère plus aisée à définir, chaque auteur lui donnant un contenu plus ou moins large. Certes, la notion de droit des affaires est née du souci de regrouper tous les mécanismes d'organisation de la vie des affaires, sans se préoccuper du clivage arbitraire entre « affaires civiles » et « affaires commerciales ». Mais il est évident que le droit des affaires serait menacé d'éclatement s'il devait intégrer des matières complètement hétérogènes comme le droit social ou le droit bancaire ; or, si l'on retranche ces dernières, on constate que l'on en revient au contenu du droit commercial dans son sens originel étroit, c'est-à-dire des structures et des relations de l'entreprise. Certains auteurs tentent de résoudre cette difficulté en dégagant une troisième notion : le droit de l'entreprise ; ce dernier concernerait la structure interne de l'entreprise, tandis que le droit des affaires serait celui des relations entre entreprises et le droit économique celui des rapports entre l'État et les entreprises (Paillusseau, Le Big Bang du droit des affaires à la fin du xx^e siècle, JCP 1988-1-3330).

EN CONCLUSION Sans entrer plus en avant dans ce débat essentiellement doctrinal, nous nous contenterons de reprendre la terminologie classique de « droit commercial » qui, pour désuète et incomplète qu'elle puisse être, a le mérite de répondre à une définition précise que nous avons déjà énoncée plus haut : il s'agit de la branche de droit privé qui régit un certain nombre d'activités économiques ainsi que les personnes qui s'y livrent, la détermination des unes et des autres étant faite par le Code de commerce (cf. F. Dekeuwer-Défossez et E. Blary-Clément, précit. p. 40). Par essence, le droit commercial est donc un droit mouvant car en perpétuelle évolution, un droit efficace économiquement et juridiquement, un droit largement ouvert aux influences internationales et européennes.

Plan de l'ouvrage

Cette étude du droit commercial se déroulera selon un plan classique mais logique en voyant les conditions de l'activité commerciale (Partie I) puis les moyens de l'activité commerciale (Partie II).

REMARQUE L'activité commerciale connaît également des contraintes liées à la concurrence et au droit des consommateurs. Le droit de la concurrence impose le respect de la liberté et de la loyauté dans les relations de l'entreprise avec ses concurrents, tandis que le droit de la consommation organise la protection et la défense du consommateur en imposant notamment un devoir d'information aux professionnels. Ces matières importantes, bien que figurant dans le Code de commerce, relèvent d'études spécifiques qui dépassent le périmètre ordinaire d'un cours de droit commercial dans nos facultés et ne seront donc pas abordées dans le présent ouvrage.

Pour aller plus loin

Szramkiewicz et Deschamps, Histoire du droit des affaires, Précis Domat, 2^e éd; 2013; Terré et Outin-Adam, « Codifier est un art difficile » (à propos d'un... Code de commerce), D.1994, p. 99; Paillusseau, « Un nouveau Code de commerce en cette fin de siècle, est-ce une si bonne idée ? » in Études offertes à Jaques Bathelemy « Sur l'entreprise et le droit social », 1994; Bureau et Molfessis, « Le nouveau Code de commerce ? Une mystification », D. aff. 2001, n° 4, p. 361; Dekeuwer-Défosse et Blary-Clément, « Le droit commercial existe-t-il encore ? », in Domat Droit privé, 11^e éd. n° 33 et s.; Bert D., « Essai sur le droit de l'activité professionnelle indépendante », LGDJ 2011.

EXERCICES

Faire le plan du sujet théorique suivant, en vous aidant de différentes sources auxquelles vous pouvez avoir accès (bibliothèque, ouvrages...) :

« Faut-il qu'il existe un droit commercial distinct du droit civil? »

Rappel: le plan doit se faire en deux parties (I et II) et deux sous-parties (A et B), avec des intitulés apparents, qui se répondent et s'articulent. Il s'agit de faire un plan d'idées, permettant au lecteur de comprendre le sens de votre démarche par rapport au sujet.

Sujet: Faut-il qu'il existe un droit commercial distinct du droit civil?

CORRIGÉ

Pour ce sujet de réflexion, vous pouviez reprendre les deux grands courants doctrinaux, celui qui milite pour la dualité des deux droits et celui qui prône la fusion de ceux-ci. Voici un exemple de plan que l'on pouvait adopter, en commençant par la dualité puisque c'est l'actuelle situation de notre droit.

I. La dualité du droit commercial et du droit civil

A. La spécificité des transactions commerciales

On pouvait souligner ici que les transactions commerciales sont fréquentes et répétées et qu'elles s'accommodent mal des pratiques complexes et des formalités souvent longues du droit civil. Le droit commercial permet des règles plus souples, notamment en matière de preuve.

D'autre part, le droit commercial assure des moyens de crédit indispensables aux affaires, mais différents du droit civil, les commerçants devant se faire confiance.

B. La sécurité des transactions commerciales

En contrepartie de la confiance qu'ils se vouent, les commerçants reçoivent une protection particulière en cas de manquement à la parole donnée, grâce notamment à l'institution du droit des procédures collectives. La vie commerciale suscite également des institutions spécifiques pour assurer cette sécurité comme les effets de commerce et les bourses de commerce, L'AMF...

II. La fusion du droit commercial et du droit civil

A. La simplification des règles juridiques

La fusion simplifierait l'application du droit grâce à des règles communes là où elles sont différentes. La question du domaine d'application respectif des deux droits serait réglée, tout comme celle de la compétence commerciale.

Certaines règles du droit commercial continueraient toutefois d'exister car elles sont fortement enracinées dans la vie économique (cf. les règles de preuve, les lettres de change), comme dans les institutions (les juridictions consulaires). La fusion attendue ne serait donc que partielle...

B. La création d'une nouvelle distinction

Selon certains auteurs, c'est le droit civil, matière de droit commun, qui doit absorber le droit commercial. D'autres au contraire pensent que la matière commerciale en tant que droit d'exception doit intégrer les règles civiles.

Une autre voie consiste à opérer un nouveau clivage, lequel devrait désormais passer par la distinction entre les activités professionnelles et les activités non professionnelles.

On pourrait observer en conclusion que le monde commercial reste très attaché à son droit et à ses institutions et que les débats doctrinaux sur la disparition et/ou la mutation du droit commercial ne semble pas avoir d'influence concrète sur le législateur.

Partie 1

Les conditions de l'activité commerciale

Les conditions de l'activité commerciale conduisent à s'interroger en premier lieu sur les règles applicables à l'activité commerciale (Titre 1) puis à étudier l'organisation spécifique qui régit l'activité commerciale (Titre 2).

Titre 1

Les règles de l'activité commerciale

L'étude des règles applicables à l'activité commerciale nécessite dans premier temps de définir le domaine du droit commercial (Chapitre 1), d'exposer les conditions présidant à l'exercice de l'activité commerciale (Chapitre 2), pour aborder enfin le régime des obligations commerciales (Chapitre 3).

Chapitre 1

Le domaine du droit commercial

La définition du domaine du droit commercial dépend d'une question qui, en droit français, n'a jamais été réellement tranchée : le droit commercial est-il le droit des opérations commerciales ou celui des commerçants ?

Selon une conception objective, le domaine du droit commercial est déterminé par des actes définis par la loi comme étant des « actes de commerce ». C'est l'acte de commerce qui définit alors le domaine du droit commercial.

Selon une conception subjective, le domaine du droit commercial est déterminé en fonction des personnes à qui on reconnaît la qualité de commerçant. Le commerçant, en tant que sujet exclusif du droit commercial, en définit donc le domaine.

TEXTES

Le Code de commerce de 1807 n'a pas pris position pour l'une ou l'autre des conceptions ; c'est une solution mitigée qui fut retenue par article 1^{er} dont la lettre a été reprise par l'actuel article L. 121-1 : « Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et qui en font leur profession habituelle ». Le premier texte de l'ancien code commence donc par définir le commerçant alors que la reconnaissance de cette qualité résulte de l'accomplissement d'actes de commerce.

Le nouveau Code de commerce a rétabli l'ordre logique en définissant tout d'abord les actes de commerce par nature (art. L. 110-1 et s.) pour en déduire ensuite la qualité de commerçant (art. L. 121-1). C'est, par conséquent, la liste des actes de commerce qui délimite le champ d'application du droit commercial. Toutefois, la commercialité suppose par principe la réitération de l'acte de commerce par une personne, ce qui introduit la notion de « profession », même si on peut observer que le juge reconnaît parfois l'existence d'actes de commerce isolés ne nécessitant pas de réitération (*v. infra*).

DÉFINITION

Le domaine du droit commercial peut donc se définir par « l'exercice, dans le cadre d'une profession, d'un ensemble d'actes de nature commerciale déterminant l'application d'un droit spécifique ».

Pour étudier le domaine du droit commercial, nous devons donc faire une démarche parallèle à celle des rédacteurs du nouveau Code de commerce, en déterminant quels sont les actes de commerce (I) pour en déduire qui sont les commerçants (II).

I. Les actes de commerce

Après avoir exposé certaines généralités relatives à la notion d'acte de commerce (A), on observera que certains d'entre eux sont expressément définis par le Code de commerce : ce sont les actes de commerce par nature (B). Le Code de commerce considère également que certains actes sont commerciaux du seul fait de leur forme (C). Le droit commercial a également largement fait application du principe général selon lequel « l'accessoire suit le principal » : ainsi, en présence d'un ensemble logique et cohérent d'opérations, certaines d'entre elles seront commerciales par accessoire : ce sont les actes de commerce par accessoire (D).

A. La notion d'actes de commerce

La définition de l'acte de commerce relevant plutôt d'une énumération légale (1), nous devons nous interroger sur l'existence d'un critère général qui permettrait de qualifier la commercialité de l'acte (2).

1. La définition de l'acte de commerce

Les actes de commerce sont pour l'essentiel énumérés sous l'article L. 110-1 du Code de commerce, si l'on excepte les actes de commerce maritimes prévus à l'article L. 110-2 du même Code.

TEXTE

C.com., art. L. 110-1 : « La loi répute actes de commerce :

- tout achat de biens meubles pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillés et mis en œuvre ;
- tout achat de biens immeubles aux fins de les revendre, à moins que l'acquéreur n'ait agi en vue d'édifier un ou plusieurs bâtiments et de les vendre en bloc ou par locaux ;
- toutes opérations d'intermédiaire pour l'achat, la souscription ou la vente d'immeuble, de fonds de commerce, d'actions ou parts de sociétés immobilières ;
- toute entreprise de location de meubles ;
- toute entreprise de manufactures, de commission, de transport par terre ou par eau ;
- toute entreprise de fournitures, d'agence, bureaux d'affaires, établissements de vente à l'encan, de spectacles publics ;

- toute opération de change, banque, courtage, activité d'émission de monnaie électronique et tout service de paiement;
- toutes les opérations de banques publiques;
- toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers;
- entre toutes personnes, les lettres de change.»

L'article L. 110-1 est un texte disparate qui ne permet pas d'élaborer une construction théorique sérieuse des actes de commerce; on y trouve mélangées les opérations et les professions sans qu'aucune indication d'ordre général ne soit fournie pour les classer selon un ordre logique.

OBSERVATION Ce « désordre textuel » s'explique par l'objectif poursuivi ici par le législateur : loin d'élaborer une classification logique, le texte se contente d'énumérer les actes relevant de la compétence des tribunaux de commerce. Ce procédé d'énumération a pour conséquence de créer une catégorie fermée, peu malléable face aux évolutions économiques et sociales. La jurisprudence a tenté d'interpréter l'article L. 110-1 pour l'adapter aux besoins nouveaux du monde du commerce, mais le résultat est peu logique et trop rigide.

2. La recherche d'un critère général de la commercialité

La théorie française des actes de commerce se prête fort mal à la synthèse. La doctrine a souvent relevé son manque d'unité et son caractère artificiel. Les auteurs ont donc tenté avec plus ou moins de bonheur de proposer un critère unique des activités commerciales. Trois principaux critères ont été avancés celui de la spéculation (a), de la circulation des richesses (b) et de l'entreprise (c).

a. Le critère de la spéculation

Tiré de l'objectif lucratif poursuivi et correspondant à une économie de type capitaliste, le critère de spéculation était déjà posé comme condition nécessaire à l'activité commerciale par la doctrine du XIX^e siècle. La spéculation a donc permis de distinguer les activités civiles des activités commerciales. Une opération est commerciale dès qu'elle a pour but de dégager des bénéfices, même si l'opérateur est une personne civile (cf. par ex. les opérations bancaires réalisées dans un but spéculatif ou les associations poursuivant un but lucratif comme certaines associations à but lucratif, V. *infra*). Dès lors que l'absence d'intention spéculative est établie, l'acte est exclu du domaine commercial, la gratuité étant étrangère au droit marchand.

Le critère de la spéculation n'est pourtant pas complètement satisfaisant; il est à la fois trop large et trop ambigu. Il est trop large car de nombreuses activités orientées vers la recherche d'un profit ne sont pas commerciales : c'est le cas de la

promotion immobilière, de l'artisanat, de l'agriculture ou des professions libérales qui, bien que recherchant un bénéfice, ne sont que des activités civiles (v. *infra*). Il est encore ambigu car si on limite la spéculation à la recherche d'un gain sans travail, cela revient à écarter l'activité d'entremise qui caractérise aussi l'activité commerciale. Il faut donc rechercher un autre critère.

b. Le critère de l'entremise dans la circulation des richesses

Née au début du xx^e siècle, cette doctrine défendue par Theiler repose sur l'idée selon laquelle toute opération intermédiaire s'insérant entre le fabricant et le consommateur d'un produit doit être considérée comme un acte de commerce. Le commerce est donc regardé comme l'instrument privilégié de transmission ou de distribution des richesses. Ce critère permet alors d'exclure du domaine de la commercialité, en amont, les actes de production (agriculture, les industries extractives) et, en aval, l'achat final réalisé par le consommateur.

Toutefois, le critère de la circulation des richesses ne semble plus aujourd'hui adapté aux réalités du commerce moderne. En effet, on peut noter que l'industrie appartient au droit commercial alors que la notion de circulation des richesses y est largement secondaire par rapport à celle de la transformation des richesses. De même, l'exploitation des mines est aujourd'hui commerciale. Inversement, certains actes de circulation échappent au droit commercial lorsqu'ils n'ont pas de but lucratif (cf. les achats pour revendre effectués par les coopératives d'achats, les activités du secteur de l'économie solidaire comme les mutuelles, etc.).

Le critère de la circulation des marchandises est donc impropre à rendre compte de la notion d'acte de commerce.

c. Le critère de l'entreprise

Le critère de l'entreprise s'inspire largement des textes : dès 1804, l'article 632 du Code de commerce parlait déjà d'actes de commerce effectués « en entreprise ». Ce critère est donc fondé sur l'analyse des méthodes de travail des commerçants, puisque l'entreprise est définie comme la répétition d'opérations commerciales effectuées à titre professionnel et réalisées par une organisation structurée. Une certaine doctrine a promu ce critère (spécialement Escarra, J. et E. Escarra et Rault, *Traité de droit commercial*, t. 1 1934, cours de droit commercial 1952 ; également Champaud et Paillusseau, *L'entreprise et le droit commercial*, 1970) mais force

est de constater que la notion même d'entreprise transcende les diverses branches du droit (la notion existe en droit civil, en droit social, en droit des procédures collectives, etc.) et ne saurait être réduite au seul droit commercial; de plus, on notera que le terme « entreprise » n'a pas le même un sens juridique selon les diverses branches du droit. Enfin, certaines activités commerciales ne nécessitent pas nécessairement la création d'une structure d'entreprise (le courtage, par ex.).

Ce critère ne permet donc pas non plus de saisir toute la diversité de l'acte de commerce.

EN RÉSUMÉ Nous ne pouvons donc que constater qu'il n'existe pas de véritable critère de la commercialité, pas plus qu'il n'y a d'ailleurs de fondement logique à la distinction entre le droit civil et le droit commercial. Ce constat conduit de nombreux auteurs à se poser la question de la suppression de la commercialité elle-même afin de déboucher sur une unification du droit privé (V. Bert. D., « Essai sur le droit de l'activité professionnelle indépendante », précit. *supra*). Le droit commercial, sous la pression des évolutions économiques et sociales, cherche une nouvelle dimension, adoptant au passage de nouvelles terminologies comme celle de « droit des affaires » ou de « droit économique ». En réalité, il semble bien que ce droit né de la pratique pour les besoins de cette dernière s'avère bel et bien rebelle à toute approche théorique. Sa construction repose le plus souvent sur des considérations d'opportunité. Reste que chacun de ces critères reflètent une part exacte de réalité et que leur présentation conjointe permet d'avoir une vision globale de l'acte de commerce.

Nous allons à présent développer les différents types d'actes de commerce tels qu'ils résultent du Code de commerce et de la jurisprudence.

B. Les actes de commerce par nature

Pour présenter de manière cohérente les actes qui sont commerciaux à raison de leur nature, un effort de classification s'avère indispensable. On observera en premier lieu que tous les actes de commerce par nature sont assujettis aux mêmes conditions (1). Ensuite, on remarquera que l'article L. 110-1 régit en réalité trois grands groupes d'activités: le négoce, c'est-à-dire le commerce classique (2), les activités de transformation qui relèvent de l'industrie (3), et les services (4).

1. Les conditions de la commercialité par nature

Pour être commerciaux, les actes énumérés à l'article L. 110-1 C.com. doivent répondre, par principe, à deux conditions cumulatives: ils doivent avoir un but spéculatif (a) et ils doivent se répéter (b).

La collection **Spécial Droit** a pour ambition de satisfaire au double critère de la pédagogie et de l'excellence.

Reprenant la structure classique des plans de cours, chaque ouvrage s'attache à donner aux lecteurs des clefs de compréhension de la matière par une démarche méthodique et guidée qui n'exclut ni l'exhaustivité ni la rigueur du propos. Pour ce faire, des rubriques systématiques scandent le cours et des exercices corrigés sont proposés en fin de chapitres.

Cet ouvrage poursuit un double but. Tout d'abord, il constitue un outil pédagogique pour l'étudiant de licence ou de master désireux d'acquérir les connaissances nécessaires à la maîtrise de la matière. Construit comme un cours, l'ouvrage aborde ici les thèmes relevant traditionnellement de l'étude du droit commercial tel qu'il est enseigné dans nos universités.

Il permet ensuite d'approfondir l'apprentissage, en apportant un éclairage et une meilleure compréhension du droit commercial grâce à de nombreux cas pratiques et des mises en situation concrètes.

L'ouvrage est composé de deux parties, l'une consacrée aux conditions de l'activité commerciale, l'autre aux moyens de l'activité commerciale.

Dans la première partie sont abordées les règles et l'organisation de l'activité commerciale. La seconde partie traite du fonds de commerce, des opérations sur le fonds de commerce et des partenaires contractuels de l'entreprise commerciale.

Michel Dupuis est professeur de droit privé à l'Université de Lille (UDL), membre de l'équipe de recherches ERADP appartenant au CRDP, directeur du Master Juriste d'entreprise – Management juridique des entreprises, formation en M1 et M2 dispensée en apprentissage à la faculté de droit, des sciences politiques et sociales de Lille. Il enseigne le droit des affaires, principalement la propriété littéraire et artistique et le droit de la propriété intellectuelle, en Master.



9 782340 026216

