

TOUT-EN-UN
DROIT

Apprendre
Approfondir
Appliquer
Réviser

DROIT DE L'ENTREPRISE

Murielle Bénéjat-Guerlin



TOUT-EN-UN
DROIT

DROIT **DE L'ENTREPRISE**

Murielle Bénéjat-Guerlin



Dans la même collection

Droit administratif, Valentin Lamy, 2018.

ISBN 9782340-052796

©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

« Ce qui ne tue pas rend plus fort. »

F. Nietzsche, *Le crépuscule des idoles*, 1888

Introduction

I Objet de l'ouvrage : le Droit de l'entreprise

La gestion d'une entreprise requiert une bonne maîtrise du Droit. Plusieurs disciplines juridiques trouvent à s'appliquer : le Droit des contrats, le Droit commercial, le Droit des sociétés, le Droit pénal...

Mais, par son objet et ses enjeux spécifiques, le Droit de l'entreprise peut être appréhendé comme un ensemble normatif cohérent, suivant sa propre logique : la régulation de l'entreprise. Les normes en ce domaine doivent tout autant encadrer les pratiques que permettre les initiatives économiques. Les enjeux du Droit de l'entreprise oscillent ainsi entre sécurité juridique et liberté d'entreprendre.

II Objectifs de l'ouvrage

L'objectif de ce manuel construit sous forme de fiches est double.

- D'une part, proposer **une synthèse** des normes fondamentales applicables à l'entreprise. L'exhaustivité ne saurait être atteinte, et serait même contreproductive, dans la mesure où la matière est complexe. Il s'agira plutôt d'énoncer les règles majeures et de les illustrer afin d'en comprendre la logique.

En fin de Fiche, une rubrique « Pour aller plus loin » permet d'aborder un point plus technique ou un élément d'actualité.

- D'autre part, proposer un **manuel accessible** à tous les étudiants suivant des cours de Droit, qu'ils soient juristes ou non.

Les étudiants en BTS, en DUT, en Licence professionnelle ou en École de commerce, y trouveront les éléments essentiels d'une matière désormais intégrée à leurs programmes dans le cadre de cours magistraux ou de travaux dirigés.

Les étudiants passant des examens ou concours, spécialement de la fonction publique ou aux métiers juridiques et judiciaires (ENM, CRFPA, commissaire, officier de police...) y trouveront un outil de révision avec les fiches, des schémas, des tableaux et des entraînements (QCM et cas pratiques).

C'est pourquoi nous avons fait le choix de ne pas développer les concepts doctrinaux et renvoyer le cas échéant à des ouvrages spécialisés. De même, les références jurisprudentielles sont limitées à leur minimum pour ne pas charger inutilement les fiches.

Ainsi, le présent manuel se veut être un ouvrage de découverte ou de révision, à destination de juristes en herbe ou confirmés, pour apprendre ou s'entraîner.

Plan de l'ouvrage

- **Définitions de la matière.** Prenant sa source dans le Droit commercial, le Droit de l'entreprise désigne plus largement les règles juridiques applicables à tout type d'entreprise, commerciale ou non.

Si c'est le commerce qui a sans doute le premier motivé l'intervention législative pour régler les pratiques, toutes les professions font aujourd'hui l'objet de règles contraignantes.

Le Droit de l'entreprise permet d'aborder les normes fondamentales applicables à tout type d'entreprise, quelles que soient son activité et sa nature. Les règles propres à chacune d'entre elles ne seront pas abordées, ou seulement à titre d'illustration.

- **Organisation.** Cinq points majeurs nous paraissent essentiels à une bonne connaissance du Droit de l'entreprise :
 - les principes généraux du Droit de l'entreprise permettent de comprendre les problématiques générales et d'énoncer les règles fondamentales en la matière (chapitre 1) ;
 - puis, il s'agira de présenter les différentes organisations juridiques possibles de l'entreprise, et d'en comprendre les enjeux pour un professionnel (chapitre 2) ;
 - le Droit des contrats et de la responsabilité apparaît ensuite incontournable car le contrat constitue l'instrument essentiel de la pratique professionnelle, et la responsabilité, un risque naturel (chapitre 3) ;
 - l'engagement de la responsabilité professionnelle est envisageable non seulement dans le cadre de l'exécution d'un contrat pour l'entreprise mais encore en dehors de tout contrat, à l'égard des tiers ou pour violation d'une norme (chapitre 4) ;
 - enfin, le Droit pénal de l'entreprise permettra d'étudier les sanctions répressives propres aux infractions commises dans le contexte d'une entreprise (chapitre 5).
- Chacun de ces chapitres comporte :
 - des fiches thématiques numérotées ;
 - des schémas et tableaux récapitulatifs ;
 - des éléments d'approfondissement ;
 - des exercices pratiques.

Sommaire

Introduction	5
Plan de l'ouvrage.....	6

Chapitre 1

Les principes généraux du Droit de l'entreprise	9
▶ Fiche 1 – La liberté d'entreprendre.....	10
▶ Fiche 2 – Les sources du Droit de l'entreprise	16
▶ Fiche 3 – L'organisation juridictionnelle en Droit de l'entreprise	26

Chapitre 2

L'organisation juridique de l'entreprise	39
▶ Fiche 4 – Critères de choix entre l'entreprise individuelle et la société.....	41
▶ Fiche 5 – Le commerçant.....	47
▶ Fiche 6 – Les statuts particuliers pour l'entrepreneur individuel.....	53
▶ Fiche 7 – Le fonds de commerce.....	58
▶ Fiche 8 – Les règles communes à toutes les sociétés	65
▶ Fiche 9 – L'action sociale.....	71
▶ Fiche 10 – Les catégories de sociétés.....	74
▶ Fiche 11 – La société anonyme.....	80
▶ Fiche 12 – La société par actions simplifiée	86
▶ Fiche 13 – La société en nom collectif.....	89
▶ Fiche 14 – La société à responsabilité limitée	92
▶ Fiche 15 – La société civile professionnelle.....	96
▶ Fiche 16 – Les sociétés d'exercice libéral.....	98
▶ Fiche 17 – Les sociétés immobilières.....	101

Chapitre 3

Les contrats et la responsabilité dans l'entreprise	105
▶ Fiche 18 – Le contrat	109
Section I – Le processus contractuel	116
▶ Fiche 19 – Les négociations contractuelles.....	117
Section II – La formation du contrat.....	125
▶ Fiche 20 – Les conditions de formation du contrat.....	126

Section III – Les conditions de validité du contrat	132
▶ Fiche 21 – Le consentement des parties.....	133
▶ Fiche 22 – La capacité des parties.....	142
▶ Fiche 23 – Le contenu du contrat.....	148
▶ Fiche 24 – La nullité du contrat.....	159
▶ Fiche 25 – La forme du contrat.....	163
Section IV – Les effets du contrat	166
▶ Fiche 26 – La révision du contrat.....	167
▶ Fiche 27 – Les sanctions contractuelles.....	172
▶ Fiche 28 – Le contrat et les tiers.....	187
▶ Fiche 29 – La preuve du contrat.....	196
Chapitre 4	
La responsabilité en dehors du contrat	203
▶ Fiche 30 – La responsabilité du fait personnel.....	206
Section I – Les responsabilités du fait des choses	208
▶ Fiche 31 – La responsabilité générale du fait des choses.....	209
▶ Fiche 32 – La responsabilité du fait des produits défectueux.....	215
▶ Fiche 33 – L’indemnisation des victimes d’accidents de la circulation.....	223
Section II – Les responsabilités du fait d’autrui	232
▶ Fiche 34 – La responsabilité des parents du fait de leurs enfants mineurs.....	233
▶ Fiche 35 – La responsabilité des commettants du fait des préposés.....	236
▶ Fiche 36 – Les responsabilités générales du fait d’autrui.....	241
Chapitre 5	
Le droit pénal de l’entreprise	249
▶ Fiche 37 – Les grands principes du Droit pénal.....	250
▶ Fiche 38 – La responsabilité pénale du chef d’entreprise.....	263
▶ Fiche 39 – La responsabilité pénale de la société.....	266
▶ Fiche 40 – Les délits d’homicide et de blessures involontaires dans l’entreprise.....	270
▶ Fiche 41 – L’abus de biens sociaux.....	277
▶ Fiche 42 – La banqueroute.....	285
Bibliographie indicative des ouvrages de référence.....	291
Index.....	293
Table des matières.....	297

Les principes généraux du Droit de l'entreprise

Plan du chapitre

Les principes généraux du Droit de l'entreprise permettent de revoir les principes généraux du Droit privé, comme les sources du Droit et l'organisation juridictionnelle. Mais, abordées sous l'angle de l'entreprise, ces règles fondamentales présentent des spécificités.

Pour commencer l'étude du Droit de l'entreprise, il convient d'exposer le principe essentiel de la liberté d'entreprendre.

- ▶ **Fiche n° 1** – La liberté d'entreprendre
- ▶ **Fiche n° 2** – Les sources du Droit de l'entreprise
- ▶ **Fiche n° 3** – L'organisation juridictionnelle en Droit de l'entreprise

La liberté d'entreprendre

L'essentiel

Principe à valeur constitutionnelle, la liberté d'entreprendre signifie que chacun a le droit de créer et d'exercer librement une activité économique.

Les exceptions au principe doivent être nécessaires et proportionnées, ce que le Conseil constitutionnel vérifie.

Il existe également parfois des formalités pour devenir professionnel.

I Proclamation

Valeur constitutionnelle. Avec l'abolition des corporations de l'Ancien régime, la Révolution française consacre la liberté d'entreprendre dans le décret D'Allarde, également appelée Liberté du commerce et de l'industrie. Tout un chacun découvrait alors le droit d'exercer la profession de son choix même si à l'époque, cette liberté restait soumise au paiement d'une patente.

Le Conseil constitutionnel reconnaît à la liberté d'entreprendre une valeur constitutionnelle dans sa décision relative aux nationalisations en 1982¹ tout en autorisant des dérogations fondées sur d'autres exigences constitutionnelles ou motifs d'intérêt général dès lors que l'atteinte reste nécessaire et proportionnée. Ainsi le Conseil constitutionnel a-t-il validé la Loi n° 2009-888 du 22 juillet 2009 *de développement et de modernisation des services touristiques* régissant l'exploitation des voitures de tourisme avec chauffeur (VTC) : l'activité des VTC ne « portait aucune atteinte à la liberté d'entreprendre des taxis » au motif que la liberté d'exploitation est la règle alors que le monopole ne peut être qu'une restriction justifiée par des impératifs de sauvegarde de l'ordre public².

Le Conseil constitutionnel a également eu l'occasion de censurer des dispositions législatives qui y portaient atteinte, comme celles de la Loi n° 2014-384 du 29 mars 2014 *visant à reconquérir l'économie réelle* qui obligeaient le chef d'entreprise d'accepter une offre de reprise sérieuse et de rechercher un repreneur sous peine de sanctions prononcées par le tribunal de commerce³.

II Limites

Les restrictions à la liberté d'entreprendre trouvent leurs sources soit dans la loi, soit dans le contrat.

A Limites légales

Les limites légales concernent principalement l'exercice du commerce. Certaines visent à protéger la personne elle-même en raison de sa vulnérabilité présumée ; d'autres relèvent d'un motif d'intérêt général et visent l'activité moins que la personne.

1 Les incapacités commerciales

Capacité juridique. La capacité juridique est le pouvoir d'accomplir des actes juridiques. Les « incapacités » ont pour but de protéger les personnes les plus vulnérables juridiquement, car elles pourraient s'engager sans se rendre compte de la portée

1. Cons. Const. 16 janv. 1982 DC n° 81-132.

2. Cons. Const. 17 oct. 2014 QPC n° 2014-422.

3. Cons. Const. 27 mars 2014 DC n° 2014-692.

de leurs actes, raison pour laquelle on parle de « mesure de protection » plutôt que d'incapacités. Ces mesures se justifient d'autant plus que l'activité commerciale constitue naturellement une activité dangereuse pour le patrimoine¹.

a. Les mineurs

Incapacité commerciale. S'il n'est pas émancipé, le mineur est absolument incapable de commercer et ses père et mère ne peuvent le faire en son nom.

Le mineur émancipé peut être commerçant sur autorisation du juge des tutelles au moment de la décision d'émancipation et du président du tribunal de grande instance s'il formule cette demande *a posteriori*.

b. Les majeurs protégés

Incapacités commerciales. Certains majeurs bénéficient d'une assistance juridique plus ou moins forte en fonction de l'altération de leurs facultés mentales. Il existe trois types de protection.

De la plus stricte à la plus faible : la tutelle, la curatelle et la sauvegarde de justice.

Le majeur sous tutelle a besoin d'une protection continue car ses facultés mentales sont abolies. L'interdiction est la même que pour le mineur : le majeur sous tutelle ne peut être commerçant.

Le majeur est placé sous curatelle lorsque ses facultés mentales ne sont qu'altérées ; en conséquence, il n'est pas hors d'état d'agir mais a besoin d'être conseillé et aidé dans les actes de vie civile. Le juge peut autoriser le majeur sous curatelle à exercer le commerce.

La sauvegarde de justice constitue une mesure provisoire de protection qui n'empêche pas en principe l'exercice du commerce, même s'il reste possible de confier la gestion des biens à un mandataire.

2 Les incompatibilités commerciales

La profession commerciale est incompatible avec certaines autres professions : fonctionnaires, magistrats, militaires, notaires, huissiers, avocats... La déontologie de ces professions s'oppose à l'idée de spéculation qui caractérise le commerce.

3 La déchéance

Sanctions. L'exercice de l'activité commerciale est impossible pour toutes les personnes qui en ont été déchues. Les déchéances interviennent pour des causes graves comme une condamnation pénale grave (ex : banqueroute). L'interdiction peut être définitive ou temporaire. Le non-respect d'une telle interdiction d'exercer fait encourir jusqu'à 2 ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende².

4 Les interdictions commerciales

Certaines activités qui pourraient relever du commerce sont interdites pour des raisons d'hygiène, de morale, de police (proxénétisme), du risque ou en raison d'un monopole (tabacs...).

1. Pour les mesures de protection dans le domaine contractuel, v. infra p. 143.

2. Art. L654-15 C. Com.

D'autres activités, sans être interdites, sont soumises à un strict régime d'autorisation, de licence ou d'enregistrement, délivrés après vérification de conditions ou de qualifications professionnelles : débit de boissons, transport routier, cinéma, pharmacie...

B Limites conventionnelles

Sous de strictes conditions, il est possible de limiter conventionnellement sa propre liberté d'entreprendre. Tel est l'objet des clauses de non-concurrence envisageables notamment dans un contrat de travail sous réserve d'être limitée dans le temps, dans l'espace, quant à l'activité prohibée et justifiée par un intérêt légitime.

III Formalités

A Les formalités générales

Inscription au RCS. La plupart des activités économiques suppose l'inscription sur un registre professionnel. Le plus connu est le Registre du commerce et des sociétés.

Il s'agit d'un répertoire officiel et public. Depuis sa création en 1919, le RCS n'a cessé de croître. Initialement réservé aux commerçants, il concerne aujourd'hui toutes les sociétés, civiles ou commerciales. Le RCS est tenu par le tribunal de commerce ou à défaut par le tribunal de grande instance. Le Registre comprend un fichier alphabétique des personnes immatriculées, des dossiers individuels et un certain nombre de pièces sur les sociétés comme les statuts sociaux.

Tout commerçant doit s'inscrire au RCS. Il s'agit d'une obligation. Néanmoins, le défaut d'inscription n'empêche pas d'être commerçant ; simplement, le commerçant ne pourra pas se prévaloir des avantages du statut (notamment des baux commerciaux).

Le RCS trouve sa raison d'être dans la nécessité d'instaurer une publicité commerciale c'est-à-dire de porter à la connaissance du public l'existence des entreprises. Les tiers ont besoin d'informations sur les professionnels avec lesquels ils traitent. La publicité permet également de contrôler l'activité commerciale sur des plans administratif, fiscal, social...

Domaine de l'inscription. Doivent s'inscrire au RCS dans le ressort duquel se trouve leur principal établissement :

- les commerçants, personnes physiques ;
- les sociétés commerciales et civiles ;
- les groupements d'intérêt économique (GIE), qu'ils aient un objet civil ou commercial, ainsi que les groupements européens d'intérêt économique (GEIE) ;
- les établissements publics à caractère industriel et commercial.

D'autres répertoires existent, comme le Répertoire des métiers pour les artisans poursuivant le même objectif d'identification et d'information. Si le commerçant exerce simultanément une activité artisanale, il procède à une double immatriculation. Il en va de même pour les agriculteurs.

Modalités de l'inscription. Une même personne ne peut faire l'objet que d'une seule immatriculation à titre principal. Des immatriculations secondaires sont possibles à condition de faire référence à l'immatriculation principale.

La demande d'immatriculation doit émaner du commerçant, ou pour les personnes morales du représentant de la société. Le déposant doit faire un certain nombre de déclarations concernant l'entreprise (nom, activité, lieu d'exercice...) avec des pièces justificatives auprès du Centre de formalités des entreprises qui transmet sa demande au greffier du Tribunal de commerce.

Le commerçant doit fournir une déclaration dans laquelle il reconnaît ne pas avoir fait l'objet d'une mesure d'interdiction d'exercice.

S'il existe une déclaration d'insaisissabilité de la résidence principale, la déclaration au RCS doit en faire mention.

Depuis 2005, il est possible de se déclarer par internet.

Le fait de donner, de mauvaise foi, des indications inexactes ou incomplètes au RCS est puni d'une amende de 4500 euros et d'un emprisonnement de six mois¹.

Délai. La demande d'immatriculation doit être effectuée au plus tard dans un délai de 15 jours après le commencement de l'activité mais elle peut aussi être demandée dans le mois qui précède par la personne physique ; pour les personnes morales, aucun délai n'est prévu, même s'il vaut mieux la réaliser le plus rapidement possible car l'immatriculation donne la personnalité morale.

Actualisation. Le RCS doit être actualisé en permanence. Le commerçant demande des inscriptions modificatives pour toute modification de son statut, adresse, activité... Tous les événements majeurs affectant la vie de la société doivent être mentionnés : modification de la forme sociale, des dirigeants, procédure collective...

Numéro d'inscription. L'immatriculation confère un numéro composé de l'indicatif RCS, du nom de la commune du tribunal, la lettre A s'il s'agit d'une personne physique, B si c'est une personne morale. C'est le numéro SIREN (Système d'Identification du Répertoire des ENtreprises) ou SIRET (plus complet, Système d'Identification du Répertoire des ÉTablissements). L'immatriculation et ses modifications donnent enfin lieu à l'insertion d'un avis au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (BODACC).

Effets. L'immatriculation a trois effets juridiques majeurs :

- **Présomption de commercialité.** Si la publicité au registre n'est pas nécessaire à la qualité de commerçant, c'est une règle de preuve qui permet de présumer la qualité de commerçant. Ce n'est qu'une présomption simple car elle peut être renversée par une preuve contraire.
- **L'opposabilité aux tiers.** Les commerçants ne peuvent opposer aux tiers et aux administrations que les éléments ayant fait l'objet d'une déclaration. Tel est le cas d'une modification de dirigeants en cas d'action en responsabilité.
- **La personnalité juridique de l'entreprise.** Lorsque l'immatriculation concerne un groupement, l'immatriculation lui donne la personnalité juridique.

1. Art. L123-5 C. Com.

B Les formalités propres aux étrangers

La liberté d'entreprendre trouve son corollaire dans la libre installation des ressortissants de l'Espace économique européen (Suisse incluse). Les personnes de nationalité étrangère non ressortissantes européennes souhaitant exercer une activité commerciale, industrielle, artisanale ou autre profession non salariée sur le territoire français pendant plus de 3 mois, doivent être titulaires d'une carte de séjour temporaire qui autorise l'exercice de ladite activité professionnelle. En revanche, l'ancienne carte d'identité de commerçant étranger a disparu.

Les sources du Droit de l'entreprise

L'essentiel

Le Droit de l'entreprise se singularise par ses sources.

Outre que les sources classiques du Droit, d'origine étatique, font l'objet d'adaptations, il existe des sources professionnelles, atypiques, répondant à l'objectif de pragmatisme du Droit de l'entreprise.

Histoire. Le Droit de l'entreprise trouve son origine dans le Droit commercial dont l'objectif était de formaliser un corps de règles adapté à l'exercice du commerce. Cela a justifié pendant longtemps la *summa divisio* entre le Droit civil et le Droit commercial, ce dernier étant présenté plus pragmatique avec son propre code depuis 1807 et ses propres juges.

Le Droit commercial a aujourd'hui perdu de sa singularité en raison de la diversification des activités économiques et du besoin de les réguler sans les entraver.

La grande distinction se fait aujourd'hui entre le professionnel et le consommateur.

Le Droit de l'entreprise concerne potentiellement tous les professionnels, qu'ils mènent une activité commerciale ou civile (artisanat, agriculture ou profession libérale...).

Sources. Les sources du Droit de l'entreprise sont globalement les mêmes que celles du Droit privé. Si la Loi reste la source essentielle du Droit de l'entreprise, les conventions internationales, les usages et la pratique jouent désormais un rôle important.

I Les sources étatiques

A Le bloc de constitutionnalité et Droit de l'entreprise

Notre Constitution du 4 octobre 1958 se situe au sommet de la hiérarchie des normes, avec les autres textes qui appartiennent au Bloc de constitutionnalité, comme la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC). Mais ces textes, plus symboliques que d'application quotidienne, contiennent peu d'éléments relatifs à l'entreprise. Le Conseil constitutionnel joue donc un rôle prépondérant dans la garantie des valeurs du Droit de l'entreprise. Ainsi a-t-il reconnu en 1982 la valeur constitutionnelle de la liberté d'entreprendre¹. Son rôle en matière économique n'a cessé de croître avec l'avènement de la Question prioritaire de constitutionnalité.

B Rôle du Conseil constitutionnel en Droit de l'entreprise

Le Conseil constitutionnel contrôle la conformité des lois au bloc de constitutionnalité. Composé de 9 membres permanents nommés et de membres de droit en la personne des anciens présidents de la République, il ne peut s'autosaisir ; il peut être saisi soit après le vote de la loi mais avant sa promulgation, soit d'une loi en cours d'application par le biais d'une Question prioritaire de constitutionnalité (QPC).

1 Contrôle de constitutionnalité *a priori*

Qui ? Peuvent saisir le Conseil avant l'application de la loi, le président de la République, le Premier ministre, les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat ou 60 députés ou 60 sénateurs.

1. V. Fiche n° 1.

Conséquences. Lorsque le Conseil constitutionnel déclare une loi inconstitutionnelle, elle ne peut être promulguée et donc mise en application. Souvent l'inconstitutionnalité ne vise que certaines dispositions de la loi votée. La décision rendue n'est susceptible d'aucun recours.

2 Contrôle de constitutionnalité *a posteriori*

Raisons. Avant l'avènement du contrôle *a posteriori* en 2009, une loi inconstitutionnelle pouvait théoriquement s'appliquer si aucune des institutions n'avait saisi le Conseil constitutionnel, ce qui était envisageable en présence d'une majorité présidentielle. C'est la grande innovation de la Loi du 10 décembre 2009 modifiant l'article 61-1 de la Constitution et applicable depuis le 1^{er} mars 2010.

Le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* s'exerce par la QPC : un citoyen qui est partie à une instance devant un juge judiciaire ou administratif demande au Conseil constitutionnel d'abroger une loi au motif qu'il l'estime inconstitutionnelle. Ce fut une « révolution » car cette procédure étend les pouvoirs du Conseil constitutionnel. Sur le plan symbolique, cette réforme confère aux citoyens un plus grand pouvoir dans le fonctionnement des institutions.

Conditions cumulatives. Les conditions de la Question prioritaire de constitutionnalité sont les suivantes :

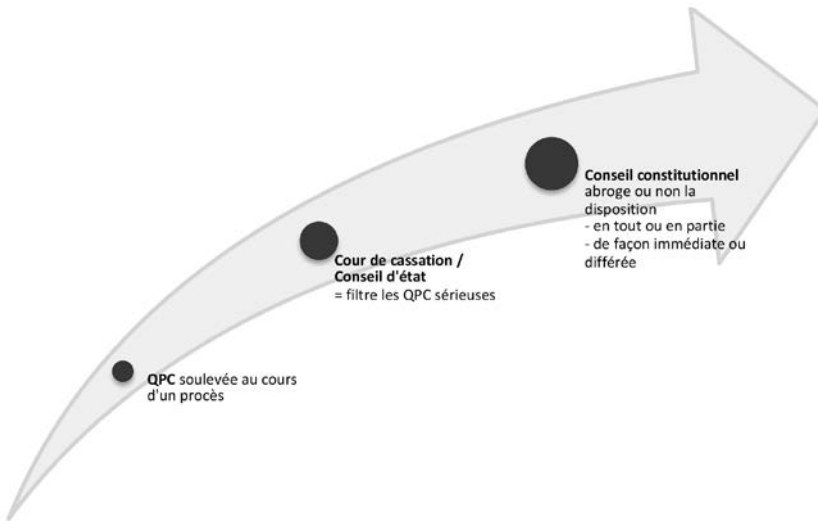
- il doit exister un litige devant les juges ordinaires pour lequel la disposition contestée est applicable (ex : le délit de harcèlement sexuel devant le tribunal correctionnel pour une affaire de harcèlement au travail)
- la disposition ne doit pas avoir été préalablement déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel (ex : aucune saisine *a priori*)
- la question doit présenter un caractère sérieux (une question nouvelle, qui pose des problèmes pratiques, suscite des débats doctrinaux, nécessite une interprétation...).

Procédure. Pour éviter les abus, un système de filtrage est mis en place : la question soulevée devant le juge est d'abord transmise à la juridiction au sommet de l'ordre judiciaire (Cour de cassation) ou administratif (Conseil d'État) ; ensuite, si ces dernières estiment que la question présente un caractère sérieux, elles la transmettent au Conseil constitutionnel.

On parle de « QPC » parce qu'il s'agit d'une question posée au Conseil constitutionnel (la disposition est-elle constitutionnelle ?), elle est prioritaire car la procédure est rapide (la Cour de cassation et le Conseil d'État disposent d'un délai de trois mois pour statuer) et de constitutionnalité (car elle porte sur les textes constitutionnels).

Effets. Si le Conseil constitutionnel déclare la disposition inconstitutionnelle, il l'abroge au jour même de sa décision ou à une date ultérieure qu'il fixe. Sinon, le procès reprend avec la disposition contestée.

Procédure de la QPC



Illustrations. Par exemple, l'organisation du tribunal de commerce a fait l'objet d'une QPC : le requérant mettait en cause, sur le fondement de l'article 16 de la DDHC, l'impartialité et l'indépendance des juges consulaires au regard de leurs règles d'élection et de mandat. Le Conseil constitutionnel a estimé que les règles applicables aux magistrats consulaires ne portaient pas atteinte aux droits et libertés constitutionnels¹. En revanche, l'organisation du tribunal maritime commercial a été censurée pour défaut d'indépendance en raison de la présence en son sein d'agents de l'État soumis à la hiérarchie du Gouvernement².

C Les normes internationales

Traités. Les conventions internationales, aussi appelées traités, désignent des accords conclus entre plusieurs états. Elles tendent à harmoniser les Droits. Cependant, les traités présentent l'inconvénient de nécessiter une transposition nationale pour intégrer l'ordre juridique, avec le risque de modification ou de transposition tardive.

L'internationalisation du Droit des affaires apparaît comme une conséquence inévitable de l'intensification des échanges internationaux. Les plus anciennes conventions internationales portent sur le transport, comme la Convention de Berne du 14 octobre 1890 sur le transport ferroviaire ou la Convention de Varsovie du 12 octobre 1929. L'une des plus célèbres est la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises dont l'objectif est de créer un corps de règles unifié. D'autres conventions visent à désigner le Droit applicable en cas de litiges ou la juridiction compétente.

1. Cons. const. 4 mai 2012 QPC n° 2012-241.

2. Cons. const. 2 juill. 2010 QPC n° 2010-10.

Droit de l'Union européenne. Mais surtout, l'harmonisation du Droit provient de l'Union européenne dont le principe phare est la libre circulation des personnes, des biens et des capitaux. Par le biais de Règlements et de Directives, les institutions communautaires organisent un marché intérieur commun aux États membres.

Alors que la Directive nécessite une transposition dans l'ordre interne, le Règlement a un effet direct. Peuvent être cités : la Directive Bolkestein du 12 décembre 2006 sur les services, ou celle du 25 octobre 2011 sur les droits des consommateurs ou encore le Règlement du 11 février 2004 établissant des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol.

La Cour de justice de l'Union européenne joue également un rôle important soit à titre de juridiction pour juger un État membre qui méconnaîtrait ses obligations conventionnelles, soit à titre consultatif car les juridictions internes peuvent lui poser une question préjudicielle sur l'interprétation d'une norme communautaire.

Enfin, les juges nationaux peuvent écarter l'application d'une norme interne (ex : une loi) qui contrarierait une norme communautaire ; c'est le contrôle de conventionalité.

D Les lois

Lois du parlement. La loi demeure la source première du Droit de l'entreprise, même si elle est influencée par un texte international. L'inflation législative contemporaine n'a pas épargné l'entreprise, au contraire. La preuve en est que les codes contenant des dispositions applicables aux entreprises se sont multipliés : si au départ, le Code civil et le Code de commerce contenaient l'essentiel des règles applicables aux affaires, il faut aujourd'hui compter avec le Code monétaire et financier, le Code des sociétés ou encore le Code de la consommation.

Certains domaines sensibles du Droit des entreprises relèvent du domaine exclusif de la loi, comme la fiscalité, c'est-à-dire du pouvoir législatif appartenant au Parlement, composé de ses deux chambres (Assemblée nationale et Sénat).

« **Lois du gouvernement** ». Cela n'empêche pas le gouvernement d'intervenir par voie d'ordonnances dans le domaine réservé au pouvoir législatif¹, comme ce fut le cas pour la réforme du Droit du travail au moyen de cinq Ordonnances publiées le 22 septembre 2017² ou du Droit des contrats par l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016³.

Sous réserve d'obtenir une habilitation du Parlement, le gouvernement peut ainsi agir dans le domaine de la loi afin de proposer une réponse rapide et concrète, et d'éviter les longs débats parlementaires. Le Parlement ratifie ensuite l'Ordonnance.

Toutefois, ce type de réforme présente l'inconvénient d'occulter le débat démocratique. Nombre de réformes importantes en Droit commercial ont pris la forme d'ordonnances : l'Ordonnance de recodification du Code de commerce du 18 septembre 2000 ou l'Ordonnance du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives.

1. Art. 38 Constitution.

2. Ordonnances n° 2017-1385, 1386, 1387, 1388 et 1389.

3. V. infra Chapitre 3.

E Les règlements

L'usage récurrent des règlements en Droit de l'entreprise confirme l'objectif de pragmatisme de cette matière, qu'il s'agisse des règlements autonomes, des règlements d'application ou des circulaires, généralement intégrés aux différents codes qui contiennent une partie législative et une partie réglementaire.

F La jurisprudence

Juridictions consulaires. En principe, la jurisprudence est considérée comme une source secondaire du Droit. Selon Montesquieu, les juges ne sont que « la bouche de la loi », ils ne peuvent créer le Droit. Mais l'objectif de pragmatisme du Droit de l'entreprise confère naturellement une place importante au juge.

D'ailleurs, les juges du Droit de l'entreprise présentent des singularités qui témoignent de cet objectif¹. Ainsi, le tribunal de commerce et le conseil de prud'hommes, juridictions de premier degré, constituent des juridictions consulaires, au sens où la justice est rendue par des professionnels élus par leurs pairs. Plus pratique et concrète, cette justice risque aussi d'être moins indépendante et impartiale. C'est pourquoi, il a été proposé d'introduire l'échevinage dans le tribunal de commerce.

Juridictions de Droit commun. Dès lors que le Droit de l'entreprise s'intéresse aussi aux activités civiles, les juridictions de Droit commun contribuent à son application, de même que les juridictions pénales, compétentes pour juger les infractions au Droit pénal professionnel².

AAI. Il faut également compter avec les autorités administratives indépendantes dont les activités professionnelles constituent le terrain d'élection : Autorité de marchés financiers (AMF), Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), Autorité de la concurrence, Commission nationale informatique et libertés (CNIL), etc.

Ces autorités disposent de deux pouvoirs :

- un pouvoir normatif d'émettre des avis ou des recommandations. Par exemple, l'AMF édicte son règlement général qui, homologué par le ministre chargé de l'économie sous forme d'un arrêté, énonce les droits et obligations des acteurs financiers ;
- un pouvoir de sanction au titre d'une compétence juridictionnelle, pour prononcer des injonctions ou des sanctions pécuniaires.

II Les sources professionnelles

Certaines sources du Droit de l'entreprise, de plus en plus influentes, peuvent être qualifiées d'atypiques car elles ne résultent pas de l'État mais des pratiques ou d'instances professionnelles.

1. V. Fiche n° 3.

2. V. Fiche n° 37.

A Normes professionnelles

Définition. Les normes professionnelles désignent des règles édictées par une autorité privée à destination d'un corps professionnel, comme les codes de bonnes pratiques ou les chartes, édictés soit au niveau de la profession soit au niveau même de l'entreprise. Il peut également s'agir d'avis, de recommandations d'autorités privées ayant une influence particulière sur les professionnels. Leur objectif est de formaliser des pratiques dans un sens éthique ainsi que d'harmoniser ces pratiques. Il existe des normes professionnelles sur l'arrimage des marchandises, sur l'éco-conduite, sur la responsabilité sociale des entreprises en faveur du développement durable ou encore sur la protection du consommateur. Ces règles vont généralement au-delà des règles juridiques qu'elles ne peuvent contrarier. Tel est le cas des *Incoterms* (*International commercial terms*) qui, issus de la Chambre de commerce internationale, harmonisent le vocabulaire dans la vente internationale de marchandises.

Force obligatoire. En principe, seule la règle juridique a une force obligatoire et seules les institutions de l'État peuvent émettre une règle juridique. Toutefois, le développement de réglementations privées conduit au développement de ces normes appelées « *soft law* – droit souple ». Si ces normes comportent des engagements conclus entre entreprises, elles peuvent prendre la force d'un contrat. À défaut d'accord, la norme professionnelle n'a aucun caractère contraignant. Toutefois, comme pour les usages, le juge peut s'y référer, et s'y réfère de plus en plus, notamment lorsqu'il doit apprécier le comportement du professionnel. Mais le juge ne prononce pas une sanction en application de la norme professionnelle, ce n'est qu'un élément d'appréciation. En ce sens, la norme professionnelle peut être considérée comme une source du Droit mais une source accessoire, secondaire.

B Le contrat

Loi des parties. Un contrat est un accord de volonté qui crée, modifie, transmet ou éteint des obligations¹. En ce sens, le contrat apparaît comme une source du Droit car les parties qui l'ont conclu se sont engagées à en respecter le contenu, c'est le principe de force obligatoire du contrat².

Source accessoire. Mais, le contrat ne saurait être qu'une source accessoire :

- d'abord parce qu'il tire sa force obligatoire de la loi (l'article 1194 du Code civil pose le principe de la force obligatoire du contrat) ;
- ensuite car les contrats doivent respecter la loi sous peine d'être annulés ;
- enfin, le contenu du contrat peut aller au-delà des textes, innover mais ne peut contredire les règles de Droit.

Règles supplétives / règles impératives. Cela étant, le Droit de l'entreprise regorge de normes supplétives, c'est-à-dire de normes applicables en l'absence de volonté contraire. Ainsi, certaines sociétés comme la SARL peuvent opter pour le régime fiscal de l'impôt sur

1. Art. 1101 C. Civ.

2. V. infra Chapitre 3.

les sociétés ou pour l'impôt sur le revenu des personnes physiques¹. Il demeure des normes impératives, d'ordre public, auxquelles on ne peut déroger, spécialement lorsqu'il s'agit de protéger le consommateur².

C Les usages professionnels

L'objectif pragmatique du Droit de l'entreprise explique le rôle dévolu aux usages professionnels, ces pratiques que la majorité des professionnels reconnaît comme obligatoires en dépit de toute prescription étatique.

Usages *secundum legem*. La loi elle-même fait parfois référence aux usages.

Ex : L'article 1194 du Code civil dispose que les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi.

Ex : L'article L134-5 du Code de commerce fait référence aux usages dans le secteur d'activité pour calculer la rémunération de l'agent commercial dans le silence du contrat.

La force de l'usage découle directement de la loi.

Usages *praeter legem*. Il existe d'autres pratiques bénéficiant d'une force contraignante sans référence légale mais que l'absence d'interdiction autorise. On dit alors que l'usage est permis car il va au-delà de la loi. Tel est le cas des principes généraux du commerce international issus de la *lex mercatoria*³ permettant le recours à un arbitre en cas de litige.

Usages *contra legem*. En revanche, un usage ne saurait en principe contredire la loi. Pourtant, alors que l'article 1310 du Code civil dispose que « *La solidarité est légale ou conventionnelle ; elle ne se présume pas* », une ancienne coutume commerciale édicte la solidarité entre codébiteurs commerçants. Cette règle coutumière est aujourd'hui remise en cause par certaines décisions⁴.

1. V. Fiche n° 14.

2. V. infra p. 151.

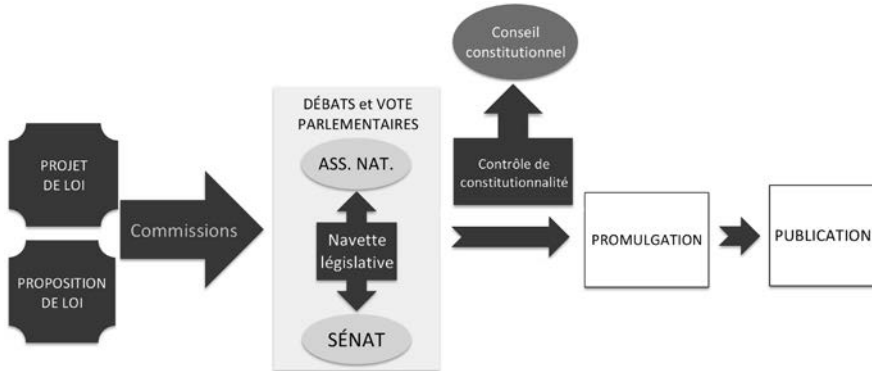
3. Littéralement « Loi marchande », désignant depuis le Moyen Âge le Droit élaboré par les milieux professionnels du commerce international, qui spontanément respecté, échappe aux règles du conflit de lois.

4. V. notamment Cass. Com. 24 mai 2016, pourvoi n° 14-14933, qui refuse faute « d'une disposition légale ou d'une stipulation contractuelle », l'application à tous les associés de la solidarité passive souscrite par deux d'entre eux lors d'une cession d'actions.

Pour aller plus loin

La procédure législative ordinaire

Figure 2. La procédure législative



Procédure législative (lois ordinaires)

Typologie. Plusieurs types de lois existent :

- les lois constitutionnelles résultent soit d'un référendum soit du Congrès, et modifient la Constitution. Ces lois prennent une valeur constitutionnelle ;
- les lois organiques organisent les pouvoirs publics, selon une procédure particulière, et sont supérieures aux lois ordinaires ;
- les lois ordinaires désignent toutes les autres lois : lois de finance, lois d'orientation...

Procédure. L'**initiative** de la loi appartient concurremment au gouvernement (« projet de loi ») et aux parlementaires (« proposition de loi »). Le projet ou la proposition est d'abord débattu au sein de **commissions** réunissant des parlementaires experts pour formaliser le premier jet du texte.

Ensuite, le texte formalisé par la commission est présenté devant chaque assemblée. Au cours des **débats**, il est possible de formuler des amendements. Chaque assemblée vote un texte. Le texte n'est considéré comme adopté que lorsque les deux assemblées l'ont voté en termes identiques ; à défaut, le texte fait la « navette » entre les deux chambres jusqu'au vote identique. En cas de dissension, l'Assemblée nationale a le dernier mot.

Puis, par la **promulgation**, le Président de République atteste que la loi est régulière. La date de la loi est celle de la promulgation. Chaque loi dispose d'un numéro faisant référence à sa date et à l'ordre d'enregistrement (ex : Loi n° 2014-384 du 29 mars 2014 *visant à reconquérir l'économie réelle*).

La loi est enfin **publiée** au Journal officiel.

Une collection d'ouvrages juridiques TOUT-EN-UN

APPRENDRE : des fiches de cours pédagogiques et exhaustives

APPROFONDIR : des éléments pour aller plus loin sur un point spécifique du sujet

APPLIQUER : des exercices d'application corrigés

RÉVISER : des fiches sur les notions essentielles à connaître

Chapitre 1. Les principes généraux du Droit de l'entreprise

- ▶ La liberté d'entreprendre
- ▶ Les sources du Droit de l'entreprise
- ▶ L'organisation juridictionnelle en Droit de l'entreprise

Chapitre 2. L'organisation juridique de l'entreprise

- ▶ Critères de choix entre l'entreprise individuelle et la société
- ▶ Le commerçant
- ▶ Les statuts particuliers pour l'entrepreneur individuel
- ▶ Le fonds de commerce
- ▶ Les règles communes à toutes les sociétés
- ▶ L'action sociale
- ▶ Les catégories de sociétés
- ▶ La société anonyme
- ▶ La société par actions simplifiée
- ▶ La société en nom collectif
- ▶ La société à responsabilité limitée
- ▶ La société civile professionnelle
- ▶ Les sociétés d'exercice libéral
- ▶ Les sociétés immobilières

Chapitre 3. Les contrats et la responsabilité dans l'entreprise

- ▶ Le contrat

Section I. Le processus contractuel

- ▶ Les négociations contractuelles

Section II. La formation du contrat

- ▶ Les conditions de formation du contrat

Section III. Les conditions de validité du contrat

- ▶ Le consentement des parties
- ▶ La capacité des parties
- ▶ Le contenu du contrat
- ▶ La nullité du contrat
- ▶ La forme du contrat

Section IV. Les effets du contrat

- ▶ La révision du contrat
- ▶ Les sanctions contractuelles
- ▶ Le contrat et les tiers
- ▶ La preuve du contrat

Chapitre 4. La responsabilité en dehors du contrat

- ▶ La responsabilité du fait personnel

Section I. Les responsabilités du fait des choses

- ▶ La responsabilité générale du fait des choses
- ▶ La responsabilité du fait des produits défectueux
- ▶ L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation

Section II. Les responsabilités du fait d'autrui

- ▶ La responsabilité des parents du fait de leurs enfants mineurs
- ▶ La responsabilité des commettants du fait des préposés
- ▶ Les responsabilités générales du fait d'autrui

Chapitre 5. Le Droit pénal de l'entreprise

- ▶ Les grands principes du Droit pénal
- ▶ La responsabilité pénale du chef d'entreprise
- ▶ La responsabilité pénale de la société
- ▶ Les délits d'homicide et de blessures involontaires dans l'entreprise
- ▶ L'abus de biens sociaux
- ▶ La banqueroute

Murielle Bénéjat-Guerlin est maître de conférences à l'Université de Bordeaux.



9 782340 028463



www.editions-ellipses.fr