

3^e édition

fiches de
**Droit
des affaires**

Rappels de cours et exercices corrigés

Claire Humann



fiches de
Droit des affaires

fiches de Droit des affaires

Rappels de cours et exercices corrigés

3^e édition

Claire Humann

Maître de conférences à l'université du Havre



Retrouvez tous les titres de la collection « Fiches »
sur <http://www.editions-ellipses.fr>



ISBN 9782340-053601

©Ellipses Édition Marketing S.A., 2019

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

Table des matières

| | | |
|-----------------|---|-----|
| Fiche 1 | Notion de droit des affaires | 5 |
| Fiche 2 | Les caractéristiques du droit des affaires | 11 |
| Fiche 3 | Histoire du droit des affaires | 19 |
| Fiche 4 | Les sources du droit des affaires..... | 26 |
| Fiche 5 | Les juridictions commerciales | 37 |
| Fiche 6 | La procédure consulaire..... | 48 |
| Fiche 7 | La justice arbitrale | 55 |
| Fiche 8 | Les actes de commerce..... | 64 |
| Fiche 9 | Le régime juridique des actes de commerce..... | 78 |
| Fiche 10 | Les actes civils | 86 |
| Fiche 11 | Les actes mixtes | 94 |
| Fiche 12 | La qualité de commerçant..... | 100 |
| Fiche 13 | L'exercice du commerce | 106 |
| Fiche 14 | L'inscription au Registre du commerce et des sociétés | 118 |
| Fiche 15 | Les obligations civiles, sociales et bancaires du commerçant..... | 129 |
| Fiche 16 | Les obligations comptables et fiscales du commerçant..... | 136 |
| Fiche 17 | La concurrence déloyale | 148 |
| Fiche 18 | Le statut du commerçant marié, pacsé ou concubin | 155 |
| Fiche 19 | Le statut du conjoint du commerçant | 164 |
| Fiche 20 | L'artisan | 174 |
| Fiche 21 | Les autres professionnels civils..... | 182 |
| Fiche 22 | La notion d'entreprise..... | 189 |
| Fiche 23 | La nature juridique du fonds de commerce | 202 |
| Fiche 24 | Les éléments du fonds de commerce | 207 |
| Fiche 25 | Les conditions de la vente du fonds de commerce..... | 223 |
| Fiche 26 | Les effets de la vente du fonds de commerce | 234 |
| Fiche 27 | Les conditions de la location-gérance | 241 |
| Fiche 28 | Les effets de la location-gérance | 248 |
| Fiche 29 | Le nantissement et le gage sur stock | 255 |
| Fiche 30 | Le crédit-bail..... | 264 |
| Fiche 31 | Les conditions du bail commercial | 270 |
| Fiche 32 | Le loyer du bail commercial | 281 |
| Fiche 33 | La déspécialisation du bail commercial..... | 289 |

| | | |
|-----------------------------|--|-----|
| Fiche 34 | Le renouvellement du bail | 295 |
| Fiche 35 | La cession et sous-location du bail commercial | 305 |
| Fiche 36 | Les pratiques anticoncurrentielles | 312 |
| Fiche 37 | Les pratiques restrictives de concurrence | 322 |
| Fiche 38 | L'Autorité de la concurrence..... | 331 |
| Fiche 39 | Les concentrations | 338 |
| Fiche 40 | Les principaux contrats de distribution..... | 345 |
| Table des abréviations..... | | 355 |
| Index..... | | 357 |

Notion de droit des affaires

- I. Droit des affaires et droit civil
- II. Droit des affaires et droit commercial

- **Définition**

Droit des affaires: ensemble de règles juridiques applicables aux acteurs, aux activités et aux structures du monde des affaires.

I. Droit des affaires et droit civil

Le droit des affaires est une **branche du droit privé** en ce qu'il règle principalement les rapports entre les personnes privées (commerçants, associés, concurrents, sociétés, etc.). Bien que présentes, les dispositions de droit public (droit fiscal, droit de l'urbanisme, droit des institutions commerciales, etc.) ne sont qu'accessoire.

En tant que branche du droit privé, le droit des affaires emprunte bon nombre de principes et de techniques au droit civil qui est le droit commun. Pour l'essentiel, **le droit des affaires repose sur les deux piliers du droit civil qui sont le droit des obligations et le droit des biens**. Nombreuses sont ainsi les dispositions du Code de commerce qui renvoient aux règles du Code civil: ces règles constituent, par exemple, la base du contrat de société, du bail commercial ou du crédit-bail.

- **Remarques**

Les nouvelles dispositions du Code civil suite à la réforme du droit des contrats par l'ordonnance du 10 février 2016 énoncent des définitions ou posent des principes ayant vocation à s'appliquer aux contrats commerciaux. Tel est, par exemple, le cas de la définition des contrats cadre et des contrats d'adhésion.

Cette influence du droit civil se manifeste encore par un grand usage de la liberté contractuelle pour adapter les mécanismes juridiques du droit civil aux exigences du monde des affaires. Parmi les nombreux contrats créés par les praticiens pour les besoins de leurs activités professionnelles, on peut citer le contrat de franchise, de concession (voir Fiche n° 40) ou encore le contrat d'affacturage (voir Fiche n° 15).

Si le droit des affaires dépend ainsi du droit civil et si, pour en comprendre toutes les règles, il faut se référer au code du même nom, il n'est pas moins vrai qu'il existe des règles de droit des affaires qui ont leur originalité propre. **Le droit des affaires se sépare, en effet, du droit civil car il connaît des impératifs spécifiques** tels que la nécessité d'un recours fréquent au crédit ou l'exigence de rapidité et de sécurité (voir Fiche n° 2). Ces impératifs génèrent des règles spéciales qui font du droit des affaires **un droit d'exception**. Ces règles spéciales sont énoncées non seulement par le Code de commerce qui prévoit un régime spécifique pour les actes juridiques effectués par les commerçants et une juridiction spécialisée (les tribunaux de commerce) mais aussi par certains articles du Code civil qui réservent expressément des exceptions en matière commerciale. Il en va ainsi en matière de contrat (C. civ., art. 1105), d'intérêt moratoire (C. civ., art. 1231-6), de preuve (C. civ., art. 1359), etc.

Les liens entre le droit civil et le droit des affaires ne sont cependant pas univoques. Par un effet de retour, **le droit des affaires exerce une influence sur le droit civil**. Les institutions du droit des affaires sont, de plus en plus souvent, étendues aux activités civiles. À titre d'exemple, les professionnels civils doivent tenir une comptabilité et le droit des procédures collectives s'applique aux artisans (depuis 1988), aux agriculteurs (depuis 1985) et aux personnes morales civiles (depuis 1967). Autre exemple, le développement du commerce en ligne a conduit à la réforme de l'article 1316-1 du Code civil (devenu l'article 1366 du Code civil) qui a instauré la preuve et la signature électronique.

Il en résulte que le droit des affaires dont l'existence se justifie par les besoins spécifiques du commerce, ne peut être envisagé indépendamment du droit civil. Et que le droit civil est également influencé par le droit des affaires.

II. Droit des affaires et droit commercial

Depuis, le début des années 1950, l'appellation « droit des affaires » s'est peu à peu imposée face à l'appellation traditionnelle de « droit commercial ». Cela s'explique par le fait que si le droit commercial reste le noyau dur du droit des affaires, ce dernier ne rendrait pas compte de l'ensemble des aspects juridiques de la vie des affaires qui ne concernent pas seulement les commerçants et les actes de commerce.

Le droit des affaires vise ainsi à englober une matière plus large que celle qui relève du droit commercial stricto sensu dans ses deux fondements subjectif et objectif.

D'une part, **le droit des affaires doit être distingué du droit commercial conçu comme le droit des commerçants, donc comme un droit subjectif** pour lequel la commercialité résulte de la qualité de commerçant. En effet, contrairement à la conception subjective qui met l'accent sur la personne, le droit des affaires ne

s'applique pas seulement aux commerçants. Il concerne l'ensemble des entrepreneurs. Peu importe le sujet, c'est-à-dire le statut juridique de l'entrepreneur. Le **droit des affaires s'applique à tous les acteurs de la vie économique** : commerçants, artisans, agriculteurs ou encore professionnels libéraux ou personnes morales civiles. Le droit des affaires remédie ainsi à l'inconvénient majeur de la conception subjective du droit commercial qui ignore la diversité de statuts juridiques des acteurs de la vie économique pour se limiter à l'étude du commerçant.

Le droit des affaires a, en outre, le mérite de correspondre à la législation commerciale qui ne réserve plus son application aux seuls commerçants. À titre d'exemple, le statut du conjoint collaborateur prévu au départ pour le conjoint du commerçant est applicable au conjoint de l'artisan (voir Fiche n° 20), de l'agriculteur (voir Fiche n° 21) ou du professionnel libéral (voir Fiche n° 21). De même, le droit de la concurrence ou les règles relatives aux procédures collectives sont applicables à presque tous les professionnels.

D'autre part, le droit des affaires doit être distingué du droit commercial conçu, cette fois, d'un point de vue objectif comme le droit des actes de commerce. Là encore, le droit des affaires ne se limite pas aux actes de commerce. Au contraire, **il régit les opérations de toute nature** liées à l'exercice d'une activité professionnelle qui peut être commerciale, artisanale, agricole ou libérale indépendamment de la qualité des opérateurs.

En définitive, le droit des affaires englobe non seulement les règles juridiques applicables au commerçant et aux actes de commerce **selon la conception mixte retenue par le Code de commerce de 1807**, mais plus largement l'ensemble des règles du monde des affaires, ce qui comprend non seulement les règles applicables aux commerçants mais aussi celles applicables aux entrepreneurs civils. Le droit des affaires est donc une matière plus vaste que le droit commercial entendu stricto sensu. Il comprend bien évidemment le droit commercial traditionnel (avec l'étude des actes de commerce, du statut du commerçant et des biens de la vie commerciale) mais celui-ci n'est plus que l'élément central d'un ensemble qui associe étroitement toutes les branches du droit susceptibles d'intéresser une entreprise privée. Tel est le cas, par exemple, du droit fiscal, du droit social, du droit pénal, du droit de l'urbanisme, etc.

Le droit des affaires transcende ainsi les classifications traditionnelles (entre les différentes branches du droit) pour regrouper l'ensemble des règles juridiques qui intéressent l'entrepreneur et l'entreprise privée.

L'opposition entre le droit des affaires et le droit commercial doit toutefois être nuancée car la plupart des ouvrages consacrés au droit commercial ne se limitent pas à l'étude des seules règles issues du Code de commerce et des textes complémentaires. L'appellation « droit des affaires » correspond ainsi à une vision moderne du droit commercial. Les textes récents font, en effet, de moins en moins référence au commerçant ou à la commercialité. Ils raisonnent de plus en plus en termes de

« professionnels » et opposent les professionnels ou les entreprises aux consommateurs. On peut dès lors s'interroger sur la nécessité de conserver un droit spécial d'autant que de nombreux pays n'ayant pas de droit des affaires, leurs ressortissants ne comprennent pas cette spécificité française. Certains auteurs font ainsi valoir que le maintien d'un droit spécial nuit à l'attractivité de notre droit au plan international.

- **Attention**

S'il est vrai que le droit des affaires s'apparente de plus en plus à un droit des professionnels transcendant les disciplines en faisant émerger un schéma commun aux différents acteurs de la vie économique (par exemple, le concept de fonds de commerce a été étendu au fonds artisanal), il n'en reste pas moins que les particularités propres à chaque secteur se maintiennent.

- **À retenir**

- Selon la conception subjective, le droit des affaires est le droit des commerçants.
- Selon la conception objective, le droit des affaires est le droit des actes de commerce.
- Le Code de commerce combine la conception objective et subjective du droit commercial.
- Le droit des affaires correspond à l'ensemble des règles juridiques applicables aux acteurs économiques dans l'exercice de leur activité.

Pour en savoir plus

- M. Cabrillac, *Vers la disparition du droit commercial*, Études Foyer, PUF, 1997, p. 329 ;
- J. Calais-Auloy, « De la notion de commerçant à celle de professionnel » in *Mélange P. Didier, Economica*, 2008, p. 81 ;
- Cl. Champaud, *Le droit des affaires*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2^e éd., 1984 ;
- G. Goubeaux, « Le poids de la tradition », *RTDciv.* 1998, p. 297 ;
- D. Lefebvre, « La spécificité du droit commercial », *RTDcom.* 1976, p. 301 ;
- D. Legeais, *Droit commercial et des affaires*, éd. Sirey 2014 ;
- J.-P. Marty, « La distinction du droit civil et du droit commercial dans la législation contemporaine », *RTDcom.* 1981, p. 681 s ;
- J. Schmidt, « Quelques brèves remarques sur la spécialisation en droit des affaires », in *Mélanges Gavalda*, Dalloz 2001, p. 273 ;
- Y. Vialla, « Recul de la commercialité ou avènement de la professionnalité ? », *JCP N*, 1993, I, p. 221.

POUR S'ENTRAÎNER: QUESTIONS

Répondre aux questions de cours suivantes :

1. Quelle(s) différence(s) y a-t-il entre le droit commercial et le droit des affaires ?
2. Quelle(s) sont les raison(s) de l'émergence du droit des affaires ?
3. Le droit des affaires est-il un droit autonome ?
4. Le droit des affaires est-il encore nécessaire ?
5. Le droit des affaires est-il le droit des commerçants ?

RÉPONSES

1. Le droit commercial *stricto sensu* regroupe l'ensemble des règles applicables aux commerçants et aux actes de commerce alors que le droit des affaires regroupe l'ensemble des règles applicables aux activités économiques indépendamment de la qualité de leur auteur et de la nature de l'acte.
2. L'émergence du droit des affaires s'explique par le fait que le droit commercial entendu *stricto sensu* ne répondrait plus à la réalité économique actuelle. D'une part, les acteurs de la vie des affaires ne sont pas forcément commerçants (ils peuvent être artisans, membres des professions libérales, agriculteurs, etc.). D'autre part, certaines règles de droit qui intéressent la vie des affaires ne se rattachent pas au droit commercial. En dépassant la simple étude du droit des commerçants et des actes de commerce, le droit des affaires permet d'appréhender les problèmes posés par la vie des affaires dans leur globalité. L'originalité du droit des affaires doit toutefois être nuancée si l'on considère qu'aujourd'hui, la plupart des ouvrages intitulés « Droit commercial » dépassent la seule application du droit commercial pour appréhender les questions juridiques posées par l'activité économique à la lumière d'autres branches du droit.
3. La question de l'autonomie du droit des affaires fait l'objet de débats. Sachant que l'autonomie d'un droit suppose qu'il dispose de règles spécifiques et qu'il n'ait pas recours à d'autres disciplines pour combler ses lacunes, la discussion sur l'autonomie du droit des affaires peut s'expliquer par le fait que ce dernier entretient des liens étroits avec le droit civil. La plupart de ses sources, de ses concepts et de ses méthodes d'interprétation sont empruntés au droit civil. Si le droit des affaires connaît des règles juridiques spécifiques voire contraires à certaines règles civiles comme la règle de la solidarité entre débiteurs commerçants, on ne peut nier qu'il se nourrit des dispositions du Code civil et plus particulièrement du droit des obligations qui constitue la technique de base des contrats

commerciaux. Exceptés les contrats spécifiques (comme la franchise ou la distribution sélective), les contrats conclus entre commerçants relèvent principalement des règles civiles, le particularisme commercial n'intervenant qu'à la marge de ces contrats, en ce qui concerne, par exemple, les modes de preuve. En définitive, plutôt que de parler d'autonomie, il paraît plus juste de considérer le droit des affaires comme un droit d'exception. Cette qualification présente le mérite de concilier le fait que si le droit des affaires présente des spécificités par rapport au droit civil, il ne se conçoit pas sans celui-ci.

4. La nécessité du droit des affaires se justifie par le fait qu'il existe toujours des règles spécifiques aux commerçants et que leurs litiges relèvent d'une juridiction spécialisée, le tribunal de commerce (C. com., L. 721-3 et s). Toutefois, l'utilité du droit des affaires est mise en cause au motif qu'un tel droit n'existe pas dans la plupart des autres pays et que cette spécificité française nuit à l'attractivité du droit français au plan international.
5. Depuis l'entrée en vigueur du Code de commerce de 1807, la conception subjective, selon laquelle le droit commercial est le droit applicable aux commerçants, a fait place à une conception mixte. Selon celle-ci, le droit commercial ou des affaires est non seulement le droit des commerçants mais aussi le droit des actes de commerce sachant que ces derniers peuvent être aussi réalisés par des non-commerçants. En outre, depuis plusieurs années, on observe que la législation commerciale ne réserve plus son application aux seuls commerçants mais à l'ensemble des acteurs économiques, c'est-à-dire non seulement les commerçants mais aussi, les artisans, agriculteurs, professionnels libéraux ou certaines personnes morales civiles. Le droit des affaires tend ainsi à devenir le droit des professionnels par opposition au droit des consommateurs. Au sein de ce droit, demeurent toutefois des règles spéciales réservées aux seuls commerçants.

Les caractéristiques du droit des affaires

- I. Un droit pluridisciplinaire
- II. Un droit pragmatique
- III. Un droit attentif aux exigences de rapidité
- IV. Un droit visant la sécurité juridique
- V. Un droit soucieux d'éthique

• Définitions

Théorie de l'apparence : selon cette théorie, toute personne de bonne foi doit pouvoir se fier aux apparences sans avoir besoin de procéder à des vérifications approfondies.

Le principe de la liberté des preuves : à l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit disposé autrement par la loi.

I. Un droit pluridisciplinaire

La vie des affaires ne se prête pas aux découpages disciplinaires. Au-delà du droit civil et des règles spécifiques du droit commercial (voir Fiche n° 1), le droit des affaires entretient nécessairement des relations avec d'autres branches du droit. L'appréhension du contexte juridique du monde des affaires implique la prise en compte de disciplines juridiques théoriquement extérieures au droit des affaires. À titre d'exemple, pour ses opérations commerciales, un entrepreneur doit tenir compte des règles du droit de la concurrence sachant que les pratiques anticoncurrentielles (voir Fiche n° 36) ou restrictives de concurrence (voir Fiche n° 37) sont sanctionnées; de même, il ne saurait ignorer les conséquences fiscales de ses choix.

La pluridisciplinarité du droit des affaires s'explique encore par le fait que la seule étude des règles juridiques, hors contexte, ne permet pas de saisir la réalité de la vie des affaires. Il s'ensuit que le praticien du droit des affaires ne peut pas ignorer certaines techniques extra-juridiques provenant des sciences financières, de l'économie, du marketing, etc. À titre d'exemple, les problèmes que pose la

constitution d'une société ne sont pas strictement juridiques. Le juriste ne peut pas méconnaître les aspects financiers, comptables ou encore humains d'une telle opération sans prendre de grands risques. En définitive, le droit des affaires est une discipline de synthèse par excellence.

II. Un droit pragmatique

Le droit des affaires est un **droit de la compétition**. Le commerce, c'est l'échange, la spéculation, la recherche d'un gain. Le contexte technique et économique évolue (cartes de crédit, franchise, affacturage, etc.) constamment. En prise directe avec les fluctuations économiques, le droit des affaires doit donc avoir une capacité d'adaptation, voire d'imagination. Il en résulte plusieurs caractéristiques :

- **Le droit des affaires se préoccupe peu des théories générales.** Il cherche uniquement à donner aux entrepreneurs les moyens de réaliser leurs affaires et notamment à leur faciliter le crédit (la loi leur accorde un certain nombre de garanties particulières). Pragmatique, le législateur prend en compte les besoins de sécurité des entrepreneurs pour adapter les règles juridiques à leurs besoins en créant, par exemple, le statut d'EIRL (voir Fiche n° 22) ou en adaptant les règles du droit de la concurrence ou du droit des marchés financiers.
- **Le droit des affaires limite, le plus possible, les entraves à l'action des entreprises.** Les aires de liberté sont plus larges qu'en droit civil. De même, les modes de solutions des litiges sont plus souples (voir Fiche n° 7).
- **Le droit des affaires reprend à son compte des techniques créées par la pratique** pour répondre à ses besoins. Tel est, par exemple, le cas pour le crédit-bail (voir Fiche n° 30), les lettres de confort (variation du cautionnement) et les principales formes de distribution des produits et services comme la franchise ou la concession exclusive (voir Fiche n° 40).
- **Les dispositions législatives jugées inadéquates sont abrogées ou assouplies.** Les règles commerciales sont atteintes d'une plus grande précarité que les règles civiles. À titre d'exemple, la loi Pacte, acronyme de Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises, qui doit entrer en vigueur courant 2019, vise à assouplir ou à supprimer un certain nombre de formalités incombant aux entreprises.
- **Le droit des affaires est avant tout un droit du crédit.** Nombreuses sont les règles commerciales visant à favoriser l'octroi du crédit et son remboursement en cas de défaillance de l'emprunteur. Tel est notamment l'objet de certaines dispositions relatives aux cessions de créances professionnelles, aux nantissements ou aux procédures collectives.

- **Le droit des affaires est un droit de professionnels.** Les questions de capacité, de consentement et de protection de la volonté des contractants passent, de ce fait, au second plan. Le droit des affaires assimile ainsi les personnes physiques et les personnes morales : les sociétés commerciales ont la même capacité que les commerçants individus.

III. Un droit attentif aux exigences de rapidité

En droit civil, les personnes ne concluent que rarement des contrats importants (vente immobilière, contrat de mariage, etc.). Elles ont donc tout le temps de procéder, souvent avec l'assistance d'un notaire, à des vérifications approfondies.

En droit des affaires, il en va différemment. La rapidité est l'essence du commerce. Le temps, c'est de l'argent. Certes, on y retrouve des actes graves qui nécessitent de longues négociations. Par exemple, la conclusion d'un gros contrat international. Mais la plupart des actes de la vie des affaires (vente, transport, assurances, opérations bancaires, etc.) sont répétitifs et se concluent nécessairement vite (courrier électronique, téléphone, fax, etc.). Ce souci de rapidité dans les transactions de la vie des affaires se manifeste par un certain nombre de règles spécifiques. On peut citer les exemples suivants :

- **Le principe de la liberté des preuves :** l'article L. 110-3 du Code de commerce dispose qu'à l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent être, sauf exception, prouvés par tous moyens (voir Fiche n° 9). Le droit des affaires échappe ainsi au formalisme probatoire du droit civil et notamment à l'exigence d'un écrit préconstitué pour les actes supérieurs à 1500 euros (Décret du 15 juillet 1980, mod. D. 20 août 2004). Au contraire, les partenaires commerçants peuvent traiter sans retard, par courrier électronique, téléphone, fax, etc. Le but de cette exception à la preuve écrite est de ne pas retarder les transactions.
- **La théorie de l'apparence :** la conclusion nécessairement rapide des contrats commerciaux justifie la reconnaissance juridique de la théorie de l'apparence qui évite d'avoir à procéder à des vérifications minutieuses quant aux pouvoirs de son cocontractant ou à la réalité des situations rencontrées. En permettant de se fier à l'apparence, cette théorie assure la sécurité des transactions. Pour que la théorie s'applique, il faut être de bonne foi et avoir commis une erreur commune (sur la notion de commerçant apparent, voir Rouen 16 janvier 1959. D. 1960, 177, note. J. Calais Auloy).
- **Les procédures commerciales** contentieuses sont, en principe, plus rapides (voir Fiche n° 9).
- **L'utilisation fréquente de contrats-type** permet d'accélérer et de faciliter la conclusion des contrats usuels.

- **Attention**

Le délai de la prescription commerciale extinctive de droit commun a été modifié par la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription civile. La prescription commerciale a été réduite à cinq ans (C. Com., art. L. 110-4). Cette harmonisation de la prescription commerciale et de la prescription civile a vidé de sa substance l'important contentieux relatif au champ d'application de chacune des prescriptions.

IV. Un droit visant la sécurité juridique

Les transactions commerciales reposant sur le crédit, cela suppose qu'elles se déroulent dans un climat de confiance. Le législateur et la jurisprudence se préoccupent de moraliser les méthodes de la compétition économique afin de garantir une sécurité maximale aux acteurs de la vie des affaires.

Ce souci de sécurité se traduit par l'émergence du principe de loyauté et l'exigence d'une certaine transparence car le secret favorise la fraude.

- **L'exigence de loyauté** éclaire un certain nombre de solutions dans les principaux domaines du droit des affaires. Les juges consulaires sanctionnent les pratiques déloyales dont se rendent coupables certains commerçants à l'égard des autres acteurs de la vie économique sur le fondement de l'article 1240 et 1241 du Code civil (voir Fiche n° 17). Ils sanctionnent aussi la mauvaise foi des parties dans la formation et l'exécution des contrats en retenant une conception large du dol.

Cette exigence de loyauté est présente dans de nombreuses lois. À titre d'exemple, la loi du 1^{er} juillet 1996 impose un devoir de loyauté et d'équilibre dans les relations commerciales. Autre exemple, l'article L. 128-1 du Code de commerce interdit la pratique du commerce aux personnes dont la moralité est insuffisante (voir Fiche n° 13).

- **L'exigence de transparence**, gage de moralité et d'équilibre entre les parties, justifie aussi un certain nombre de règles. Parmi celles-ci, on peut citer:
 - **L'obligation faite aux commerçants de tenir une comptabilité** pour formaliser les opérations de l'entreprise dès leur conclusion et offrir aux tiers une information financière sur la solvabilité de l'entreprise (voir Fiche n° 16).
 - **Les règles accordant un pouvoir d'investigation de plus en plus important à certains organismes** tels que l'Autorité des Marchés Financiers (AMF), la Direction générale de la concurrence, consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) ou encore l'Autorité de la concurrence (voir Fiche n° 4 et Fiche n° 38).

- **Les formalités et les règles de publicité** (voir Fiche n° 14) imposées aux entrepreneurs et aux entreprises sont de plus en plus nombreuses. Ces règles ont pour but d'assurer la sécurité juridique des transactions en protégeant les tiers ou l'un des contractants. Il s'agit d'éviter toute hésitation ou contestation sur la portée des engagements souscrits. À titre d'exemple, dès lors qu'une lettre de change est régulière en la forme, elle est valable et celui qui l'a signée doit l'honorer. Au-delà de la sécurité, il convient de souligner que, contrairement à une idée reçue, ces formes imposées favorisent aussi la célérité des transactions en ce qu'elles dispensent le commerçant d'avoir à effectuer des vérifications approfondies quant à la capacité et au pouvoir de son cocontractant.

Le besoin de sécurité juridique des entrepreneurs a pour corollaire la mise en place d'une éthique des affaires.

V. Un droit soucieux d'éthique

Depuis quelques années, l'éthique s'invite dans la vie des affaires. La prise en compte de l'éthique a conduit à la création de codes de déontologie par lesquels les professionnels s'engagent à respecter des règles de loyauté. La portée juridique de ces codes est toutefois controversée car il s'agit de règles morales souvent sans valeur contraignante.

La nécessité d'une éthique des affaires est également reconnue par le législateur. Sa prise en compte a donné lieu à la création d'un statut pour les donneurs d'alerte (loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et la modernisation de la vie économique dite « loi Sapin 2 ») en vertu duquel les donneurs d'alerte n'encourent pas de responsabilité pénale en cas d'atteinte à un secret protégé par la loi si sa divulgation est nécessaire. La considération de l'éthique dans la vie des affaires a également donné le jour à une nouvelle approche de la responsabilité des acteurs de la vie des affaires qu'il s'agisse du développement de la responsabilité sociale et environnementale des entreprises dite « RSE », initiée par la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques portant engagement national pour l'environnement complétée par la loi n° 2009-967 du 3 août 2009 et par la loi n° 2012-788 du 12 juillet 2010 (modifiée en 2012 par décret), qui vise un développement durable ou de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie solidaire et sociale. On ajoutera enfin que le droit souple ou « *soft law* » (voir Fiche n° 4) est également sensible au respect d'une certaine éthique des affaires.

- **Attention**

L'exigence d'éthique et de transparence n'a pas fait disparaître tout secret. Les entreprises continuent à protéger leur savoir-faire contre les investigations trop poussées de leurs concurrents. La loi favorise ce souhait en validant les clauses de secret ou en réprimant la divulgation d'un secret d'entreprise par un salarié à des tiers. Tel est l'objet de la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 sur le secret des affaires qui renforce la force des conventions relatives au secret des affaires. Cette loi prévoit un régime spécifique pour la protection des secrets d'affaires non protégés par les droits de propriété intellectuelle en sus de la responsabilité de droit commun.

- **À retenir**

- Le droit des affaires se caractérise par le fait qu'il s'agit d'un droit pluridisciplinaire, pragmatique, soucieux de rapidité, de sécurité et d'éthique.
- La preuve commerciale est dominée par le principe de la liberté des modes de preuve.
- La prescription commerciale extinctive de droit commun est quinquennale.

Pour en savoir plus

- F. Buy et J. Théron, « L'éthique de l'entreprise », JCP E 2013.1359 ;
- P. Dienner, « Éthique et droit des affaires » D.1993. p. 53 ;
- P. Dienner, « De l'éthique et du droit », Cah. dr. entr. sept-oct. 2011, p. 21 ;
- C. Gavalda, « Le secret des affaires », in Mélanges R. Savatier, p. 29 ;
- E. Garaud, La transparence en matière commerciale, thèse Limoges, 1995 ;
- N. Lenoir, « Les lanceurs d'alerte, une innovation française venue d'outre-Atlantique », JCP E, 2015, 1492 ;
- M. Malaurie-Vignal, « Transparence tarifaire et liberté contractuelle », JCP E 1996.I p. 537 ;
- S. F. Maurice, « Secret des affaires et mesures d'instruction in futurum », D. 2002, Chron. p. 3131 ;
- B. Oppetit, « Éthique et la vie des affaires », in Mélanges Colomer, p. 319 ;
- A. Sayag et J. Hilaire, « Quel droit des affaires pour demain ? », Enquête du CREDA 1984, n° 193 ;
- S. Schiller, « La protection du secret d'affaires fait son entrée dans le Code de commerce », JCP G., 2018, 888, p. 1517.

POUR S'ENTRAÎNER: QUESTIONS

Répondre aux questions de cours suivantes :

1. Comment peut-on justifier le particularisme du droit des affaires ?
2. Quel est le rôle de la théorie de l'apparence en droit des affaires ?
3. Quel est l'objet et le but de la publicité légale ?
4. L'émergence de l'éthique dans la vie des affaires a-t-elle conduit à la disparition des secrets d'affaires ?

RÉPONSES

1. Le particularisme du droit des affaires se justifie par les besoins spécifiques des acteurs de la vie commerciale. Les affaires exigent du crédit, de la souplesse, de la rapidité et de la sécurité. Ces exigences justifient la création de règles spécifiques aux métiers du commerce en faveur de professionnels avisés. Le droit des affaires connaît ainsi des contrats spécifiques tels que le bail commercial ou la franchise. Le particularisme du droit des affaires doit toutefois être nuancé dès lors qu'il n'intervient qu'à la marge des contrats commerciaux, par exemple par la mise en œuvre de moyens de preuve originaux par rapport au droit civil. De plus, les lois contemporaines font émerger un droit « professionnel » en ce qu'elles tendent à soumettre l'ensemble des professionnels commerçants ou non à des règles communes. L'harmonisation des règles applicables aux professionnels n'est toutefois pas totale, chaque secteur, et en premier lieu le secteur commercial, conservant ses exigences particulières.
2. La théorie de l'apparence selon laquelle toute personne de bonne foi peut se fier aux apparences dans la mesure où elle a commis une erreur commune, a une grande importance en droit des affaires car cette théorie permet de répondre à deux des principaux impératifs du droit des affaires. D'une part, cette théorie contribue à assurer la rapidité des transactions en ce qu'elle permet de se fier aux apparences et évite aux acteurs économiques de s'interroger trop longtemps sur les pouvoirs de leurs contractants. D'autre part, cette théorie permet d'assurer la sécurité des transactions en ce qu'elle reconnaît la validité des conventions conclues sur la foi des apparences même si l'apparence ne correspond pas à la réalité.
3. La publicité légale a pour objet de rendre publiques des informations et pour but d'assurer la sécurité juridique des transactions en limitant les contestations et par voie de conséquence, d'accélérer les transactions en dispensant le cocontractant d'avoir à effectuer des vérifications approfondies.

4. L'émergence de l'éthique dans la vie des affaires n'a pas fait disparaître les secrets d'affaires. En effet, si la prise en considération de l'éthique conduit à plus de transparence dans les relations d'affaires et au développement de la législation relative à la responsabilité solidaire et environnementale des entreprises ainsi qu'au développement de l'économie solidaire et sociale, la divulgation de secrets d'affaires est encore sanctionnée sauf si cette divulgation est nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause. Dans cette dernière hypothèse, le lanceur d'alerte peut bénéficier d'une protection et n'encourt aucune responsabilité pénale. La sanction de la divulgation d'un secret d'affaires est rendue plus facile depuis la promulgation de la loi du 30 juillet 2018 qui instaure un régime spécifique pour les données secrètes des entreprises qui ne sont pas protégées par les droits de propriétés intellectuelles.

Histoire du droit des affaires

- I. L'Antiquité : les prémices du droit commercial
- II. Le Moyen Âge : l'apparition d'un droit coutumier des marchands
- III. L'ancien droit français : l'apparition d'un droit du commerce écrit
- IV. La période moderne : la construction du droit des affaires contemporain

• Définitions

Lex mercatoria ou loi des marchands : système de droit coutumier ou ensemble de règles du commerce international dégagées par la pratique. La *lex mercatoria* se compose d'usages et de principes généraux du droit.

Corporations : communautés de métiers investies par le roi de privilèges et de monopoles et organisées de façon hiérarchique. Leurs statuts définissaient les conditions d'accès aux professions et leurs modalités d'exercice.

Jus mercatorum : droit des marchands.

I. L'Antiquité : les prémices du droit commercial

Le droit commercial, ancêtre du droit des affaires, est né avec l'apparition des sociétés marchandes de l'Orient méditerranéen de l'Antiquité. Les sources les plus anciennes sont l'œuvre des Babyloniens et des Phéniciens.

Les premiers nous ont laissé des règles pour le commerce de terre inscrites sur les tablettes de Warka (environ 2000 ans av. J.-C.) ou gravées dans la pierre du code d'Hammourabi (1750 av. J.-C.). On trouve dans ces documents des éléments de droit bancaire (prêt à intérêt, dépôt d'espèces) ainsi qu'une préfiguration du droit des sociétés. Les seconds, grands navigateurs, établirent essentiellement des règles pour le commerce maritime.

Ces règles et techniques anciennes ont été reprises et perfectionnées par les Grecs et les Romains. Leur apport au droit des affaires est toutefois marginal car tant les Grecs que les romains ne connaissaient pas de droit spécial pour les commerçants. Si les Grecs avaient une forte activité commerciale, ils n'attachaient guère d'intérêt au droit privé. De son côté, le droit du commerce romain ne se sépara jamais du droit civil. Le commerce s'exerçait grâce à un assouplissement et perfectionnement des techniques juridiques du droit civil.

À la fin de l'époque romaine, le commerce très actif n'est donc pas encadré. Le besoin de législation commerciale n'étant pas réellement nécessaire, le droit romain n'a créé que quelques institutions isolées, locales le plus souvent, en nombre limité mais suffisant pour satisfaire les principales opérations de négoce. L'effondrement de l'empire romain plonge les pays francs et saxons dans une économie strictement agricole.

II. Le Moyen Âge : l'apparition d'un droit coutumier des marchands

L'origine véritable du droit commercial remonte au Moyen Âge. Il faut, en effet, attendre la fin des invasions barbares (XI^e-XII^e siècle) pour que commence à se construire le droit commercial. L'essor du droit des marchands ou « *jus mercatorum* » est dû au commerce qui se développe entre les républiques d'Italie du Nord (Pise, Venise) et les villes du nord de l'Europe (Bruges, Anvers) et de Champagne (Troyes). L'apparition du droit commercial dans ces villes s'explique par le fait que le pouvoir politique y était exercé par des marchands et boutiquiers appelés « consuls ». Ils tenaient le rôle de conseillers municipaux souverains et de juges d'où le nom de juridictions consulaires donné aux premiers tribunaux de commerce (voir Fiche n° 5). Ces marchands s'organisaient au sein de corporations. Ces corporations définissaient les conditions d'accès aux professions commerciales et leurs conditions d'exercice de telle sorte que le négoce ne pouvait pas être librement exercé. Les corporations établissaient également des règles originales répondant aux besoins des commerçants. Ces règles avaient surtout trait à la banque et au transport maritime. Elles étaient influencées par le droit romain et le droit canonique. À titre d'exemple, la prohibition du prêt à intérêt par l'Église a conduit à imaginer la société en commandite. Le droit canonique a aussi inspiré la règle du respect de la parole donnée. De plus, afin de développer leur commerce, les marchands du Moyen Âge se retrouvaient dans de grandes foires. Au cours de ces foires, des pratiques commerciales communes voient le jour pour assurer la rapidité et la sécurité des transactions. Ces pratiques donnent naissance à une « coutume marchande internationale » dite « *lex mercatoria* ou *jus mercatorum* » (voir Fiche n° 4). Ces pratiques, appliquées de la Baltique à l'Italie, vont peu à peu acquérir force obligatoire et s'appliquer à l'ensemble du négoce quelle que soit la nationalité des commerçants et parfois même les lieux. Le droit du commerce est alors coutumier et international. Tout en s'inspirant du droit romain et du droit canonique, ces pratiques ou usages étaient plus simples et moins formalistes que le premier et moins hostiles au profit que le second. Ces usages sont, par exemple, à l'origine d'instruments permettant d'éviter le transport d'argent (et donc le vol) comme la lettre de change ou le compte-courant; ils sont aussi à l'origine de la création des juridictions foraines permettant de juger rapidement les litiges nés pendant une foire. Ces usages sont encore à l'origine de la création de la procédure

de faillite qui permet l'exécution immédiate des biens du commerçant tandis que la banqueroute excluait le marchand de la profession (suppression du banc de l'intéressé à l'assemblée des marchands). Le droit applicable est alors un droit mixte composé de droit romain et de droit canonique.

III. L'ancien droit français: l'apparition d'un droit du commerce écrit

L'avènement des grands États modernes mit fin à l'uniformité du droit des marchands (à partir du XVI^e et XVII^e siècle). La création des États va impliquer un repliement du commerce sur les territoires de chaque pays et un certain protectionnisme. Les nouveaux États cherchent à délimiter le cadre de leur souveraineté par la création d'un droit propre et autonome. Les règles commerciales vont se particulariser au sein de chaque État en formation. En France, le droit commercial est alors, essentiellement, un droit professionnel présentant un caractère subjectif. Il est systématisé par le pouvoir royal qui cherche à protéger le commerce pour enrichir l'État. À cette fin, le pouvoir légifère en ce qui concerne les foires et les différents métiers. Les juridictions consulaires, héritières des tribunaux de foire, sont officialisées par l'Édit de Charles IX de 1563. Le droit commercial présente alors un caractère nouveau: d'essence internationale, il devient national; principalement coutumier et oral, il devient un droit écrit. À la fin du XVII^e, afin d'apporter une certaine cohérence à la floraison de normes et d'unifier le droit des marchands, Colbert a entrepris la première œuvre de codification. Les deux textes fondamentaux sont l'ordonnance sur le commerce de terre du 23 mars 1673 (ou code Savary du nom du commerçant qui l'a rédigée) et l'ordonnance du 31 juillet 1681 sur le commerce maritime. Ces ordonnances codifient les pratiques commerciales terrestres (comme la lettre de change et les sociétés commerciales) et maritimes préexistantes. Ces deux ordonnances royales sont très importantes pour deux raisons:

- D'une part, elles préfigurent la substitution du droit commercial au droit des marchands.
- D'autre part, elles ont été conservées par les législateurs révolutionnaires de 1789. À titre d'exemple, les juridictions consulaires ont été maintenues (même si ce maintien est sans doute dû à leur caractère électif).

Mais, **l'apport essentiel de la Révolution est la proclamation du principe de la liberté du commerce et de l'industrie et l'abolition des corporations.** La Révolution donne ainsi le jour à deux textes d'inspiration libérale:

- **Le décret d'Allarde du 2 et 17 mars 1791** qui proclame le principe du libre accès aux professions commerciales et artisanales.
- **La loi Le Chapelier du 14 et 17 juin 1791 qui abolit le système des corporations** et la réglementation élaborée par ces dernières.

Favorables au petit commerce, ces lois sont méfiantes vis-à-vis de toute organisation collective suspectée de faire écran entre l'État et les citoyens. Elles sont aussi hostiles à la grande industrie. Le droit commercial devient le droit des opérations commerciales ou des actes de commerce au détriment du droit professionnel des commerçants. Son caractère subjectif s'estompe au profit d'un droit objectif.

Sous l'Empire, en 1807, la rédaction d'un premier Code de commerce est entreprise. Ce code n'a, cependant, jamais eu le prestige du Code civil. Son contenu est étroitement inspiré des ordonnances de Colbert. Cela lui vaudra d'être rapidement obsolète. Faute d'avoir su anticiper la révolution industrielle, quelques années à peine après sa promulgation, le code a fait l'objet de nombreuses modifications. Au fil du temps, le Code de commerce était devenu une coquille vide. Des pans entiers du droit commercial étaient dispersés dans des lois ou des décrets extérieurs au code. Tel fut le cas, par exemple, pour le droit des sociétés, pour la réglementation relative au bail commercial ou au fonds de commerce. À l'aube du ^{xxi}^e, cette habitude de légiférer en dehors du Code de commerce avait entraîné sa quasi-disparition : en 2000, seuls trente-trois articles subsistaient dans leur rédaction originaire. Cette décodification du droit des affaires a conduit à l'abrogation du Code du commerce (dit ancien code) et à la promulgation d'un nouveau Code de commerce par l'ordonnance du 18 septembre 2000. Ce nouveau code rassemble les dispositions encore en vigueur de l'ancien code et la plupart des lois, jusqu'à lors non codifiées, intéressant la vie des affaires (voir Fiche n° 4).

IV. La période moderne: la construction du droit des affaires contemporain

La période dite moderne succède à la Révolution et à l'Empire. Elle correspond à la période postérieure au Code de commerce de 1807. Sous l'influence de facteurs économiques (Révolution industrielle, mondialisation des échanges, etc.), politiques (instauration de la démocratie, guerres) et idéologiques (doctrine socialiste et néolibérale), le droit des affaires a beaucoup évolué depuis 1807. Cette période se caractérise par un mouvement pendulaire oscillant entre libéralisme et interventionnisme.

Jusqu'à la Première Guerre mondiale, le droit des affaires est marqué du sceau du libéralisme économique. À titre d'exemple, la loi du 24 juillet 1867 supprime les autorisations nécessaires à la création des sociétés anonymes.

Dès la fin du ^{xix}^e siècle, sous l'influence des idées socialistes, l'interventionnisme étatique devient plus important afin de limiter certains excès et insuffisances du libéralisme. L'interventionnisme s'est encore accentué pendant et après les deux guerres mondiales. L'État intervient alors pour organiser et optimiser la production tout en assurant la redistribution des richesses. L'État construit un ordre public économique. Par l'ordre public de protection, il vise à protéger le contractant le

plus faible. Tel est, par exemple, l'objet du décret du 30 septembre 1953 sur le bail commercial destiné à protéger le locataire ou de la loi du 29 juillet 1935 sur la vente du fonds de commerce ayant vocation à protéger les petits commerçants. Par l'ordre public de direction, le législateur a, en revanche, pour but de discipliner l'économie. Il prend ainsi toute une série de textes ayant notamment pour objet la réglementation des prix et de la concurrence, le contrôle des changes ou encore la planification et nationalisation des entreprises.

Cette tendance interventionniste s'est inversée au profit d'une tendance néolibérale depuis la création de la Communauté européenne par le Traité de Rome du 25 mars 1957 (voir Fiche n° 4). Les exemples de cette tendance néolibérale sont nombreux. Parmi ceux-ci, on peut citer l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 posant le principe de la liberté des prix et de la concurrence, la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques qui a pour objet d'assouplir la réglementation, l'ordonnance du 30 janvier 2014 allégeant les obligations comptables des micro-entreprises et petites entreprises modifiée par un décret du 5 février 2016, la loi du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises ou encore la loi du 4 août 2008 sur la modernisation de l'économie. Ces textes ont tous pour but d'encourager la création et d'alléger les contraintes administratives pesant sur les entreprises. Cette tendance au néolibéralisme doit toutefois être nuancée. D'une part, le législateur contemporain a également pour objectif de protéger certains acteurs économiques au détriment d'autres. Tel est par exemple, le cas de la loi relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, dite loi « Pinel », du 18 juin 2014 qui protège le locataire titulaire d'un bail commercial. Tel est aussi le cas de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 dite loi « Macron » pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques qui a libéralisé plusieurs secteurs économiques. D'autre part, les lois récentes instaurent de nouvelles règles d'éthique afin de moraliser la vie des affaires. L'exigence d'une certaine éthique peut être illustrée par la loi 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire ou par la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 dite loi « Sapin II » qui prévoit notamment la protection des donneurs d'alerte qui dénoncent les manquements de leur entreprise à la réglementation. Ces quelques exemples de lois récentes témoignent de la vivacité du droit des affaires qui est en perpétuel mouvement et dont l'histoire s'écrit chaque jour.

• À retenir

- L'Antiquité ne connaissait que de rares institutions commerciales. Les Grecs et les Romains n'avaient pas de droit des affaires autonome.
- Le Moyen Âge a vu l'apparition d'un droit des marchands autonome à vocation universelle.
- L'Ancien régime est à l'origine d'un droit du commerce national et écrit.

- La Révolution et l'Empire ont conduit à la proclamation de la liberté du commerce et à l'élaboration du Code de commerce de 1807.
- La période moderne se caractérise par un droit des affaires inspiré tour à tour par l'interventionnisme étatique et des idées néolibérales. Depuis le Traité de Rome de 1957, le droit des affaires est avant tout un droit néolibéral, l'État jouant un simple rôle de régulateur de l'économie.

Pour en savoir plus

- J. Gaudemet, *Les institutions de l'Antiquité*, Montchrestien, 1998 ;
- J. Hilaire, *Le droit, les affaires et l'histoire*, Economica, 1995 ; *Introduction historique au droit commercial*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1986 ;
- V. Lassere-Kiesow, « L'esprit du Code de commerce », *Livre du bicentenaire du Code de commerce*, 2007, p. 19 ;
- B. Oppetit, « L'expérience française de la décodification en droit commercial », *D.* 1990, p. 1 ;
- A. Pirovano, « Introduction critique au droit commercial contemporain », *RTDcom.* 1985, p. 285 ;
- H. Synvet, « L'internationalisation du droit des affaires », *Livre du bicentenaire du Code de commerce*, 2007, p. 727 ;
- F. Valente, *Le Code de commerce napoléonien et son application*, thèse ronéotypée, Lyon, 1992.

POUR S'ENTRAÎNER: QCM

Indiquez si la proposition faite est Vraie ou Fausse :

1. La *lex mercatoria* est une loi commerciale.
 Vrai Faux
2. Le droit romain est à l'origine du droit des affaires.
 Vrai Faux
3. Le décret d'Allarde du 2 et 17 mars 1791 pose les règles régissant les corporations.
 Vrai Faux
4. Le Code de commerce de 1807 a repris les dispositions des ordonnances de Colbert.
 Vrai Faux
5. Le droit des affaires contemporain est néolibéral.
 Vrai Faux
6. Le droit des affaires contemporain vise à moraliser la vie des affaires
 Vrai Faux

RÉPONSES

1. **Faux**, car la «*lex mercatoria*» est un ensemble d'usages du commerce international. Elle est apparue au Moyen Âge, le droit du commerce étant alors un droit coutumier.
2. **Faux**, car le droit romain ne connaissait pas de règles spécifiques aux opérations commerciales. Son apport au droit des affaires est donc marginal.
3. **Faux**, car le décret d'Allarde de 1791 a établi le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, ce qui impliquait, contrairement aux règles applicables sous l'Ancien régime, que toute personne serait libre de faire tel négoce ou d'exercer la profession de son choix.
4. **Vrai**, car le Code de commerce de 1807 s'est largement inspiré des deux et du commerce au cours du XIX^e siècle.
5. **Vrai**, car depuis la création de la Communauté européenne par le Traité de Rome de 1957, la majeure partie des lois a pour objet et pour but d'alléger les contraintes administratives pesant sur les entreprises. Il faut toutefois nuancer cette affirmation sachant que le législateur n'hésite pas à intervenir lorsqu'il s'agit de préserver un secteur économique considéré comme important.
6. **Vrai**, car depuis quelques années, la législation commerciale prend en compte la nécessité d'une éthique des affaires. Cette exigence est formalisée par plusieurs lois récentes qui posent des règles plus contraignantes pour les entreprises dans le but de moraliser les pratiques commerciales. Tel est le cas de la loi du 31 juillet 2014 relative à l'économie solidaire et sociale ou de la loi «Sapin II» du 9 décembre 2016 sur la protection des donneurs d'alerte.

Les sources du droit des affaires

- I. La loi
- II. Les usages commerciaux
- III. Les sources institutionnelles
- IV. Les sources supranationales

• Définitions

Autorité administrative indépendante: organe administratif qui ne subit ni la tutelle ni le contrôle de l'État.

Coutume commerciale: règle de droit non écrite ayant force obligatoire.

Incoterms: terme du commerce international permettant de fixer le lieu et le moment des transferts des risques et de répartir les obligations respectives du vendeur et de l'acheteur dans les contrats internationaux.

Lex mercatoria ou loi des marchands: ensemble de règles aménagées par les professionnels en matière de contrats internationaux et suivies spontanément par les milieux d'affaires.

Parère: attestation écrite destinée à faire preuve de l'existence d'un usage dans un milieu professionnel ou un lieu déterminé. Elles ont, pour le juge, valeur de présomption.

Usage: pratique habituellement suivie par les commerçants pour leurs échanges et considérée comme obligatoire.

I. La loi

La loi est la principale source du droit des affaires même si elle a un domaine exclusif limité. En application de l'article 34 de la Constitution de la V^e République, la loi détermine « les principes fondamentaux... du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ». La loi fixe aussi les règles relatives aux garanties fondamentales accordées aux citoyens au nombre desquelles figure la liberté du commerce et de l'industrie. Parmi les lois relatives au commerce, la première loi est sans aucun doute, le Code de commerce.

Contrairement au Code civil, le Code de commerce napoléonien de 1807 a été rédigé à la hâte. Pour l'essentiel, le législateur s'est contenté de reprendre les textes existants à savoir le code Savary de 1673. Le code s'est ainsi très vite révélé largement

incomplet. À ce défaut d'origine s'est ajouté le fait que la plupart des textes postérieurs concernant la vie des affaires n'ont pas été codifiés. À titre d'exemple, la loi de 1867 régissant les sociétés commerciales ou la loi du 17 mars 1909 précisant le régime du fonds de commerce n'y figurait pas. Cet éparpillement des textes relatifs au droit des affaires a entraîné une insécurité juridique car il était difficile d'appréhender la matière. C'est la raison pour laquelle, le gouvernement a décidé d'entreprendre une vaste opération de recodification qui a fini par aboutir en l'an 2000. L'ordonnance du 18 septembre 2000 a conduit à une **recodification à droit constant** (voir Fiche n° 2). Le nouveau Code de commerce regroupe ainsi, sans les réformer mais sous une nouvelle numérotation, non seulement les dispositions de l'ancien code mais aussi la plupart des grands textes à valeur législative ou réglementaire du droit des affaires figurant jusque-là dans des lois éparses.

- **Attention**

Le Code de commerce s'applique non seulement aux personnes commerçantes mais aussi à des personnes non commerçantes. Toutefois, le code ne régit pas toutes les activités commerciales. Certaines activités traditionnellement considérées comme commerciales figurent aujourd'hui dans d'autres codes. Il en va ainsi pour les activités bancaires et financières qui figurent dans le code monétaire et financier.

À côté des principes fondamentaux posés par la loi (première partie du code), les règlements (seconde partie) tiennent une place très importante en droit des affaires en vertu de l'article 37 de la Constitution. Les décrets sont en effet indispensables pour assurer l'exécution des lois ou en préciser les modalités d'application. Tel est, par exemple, le cas du décret 30 septembre 1953 en matière de baux commerciaux (intégré dans le Code de commerce aux articles L.145-1 et suivants). La voie réglementaire permet aussi au gouvernement de diriger la politique économique du pays. On citera, à titre d'exemple, l'ordonnance du 30 janvier 2014 allégeant les obligations comptables des micros et petites entreprises. Elle est utilisée dans les domaines où le gouvernement veut agir vite : concurrence, urbanisme, réglementation des prix, etc.

Certains règlements sont complétés par des circulaires qui, sans avoir la valeur juridique des règles de droit, sont respectées par les acteurs de la vie économique. Elles ont notamment joué un rôle très important en droit de la concurrence.

En dépit de sa refonte, le nouveau Code de commerce fait l'objet de critiques. Au-delà de la forme, on lui reproche d'être incomplet, de nombreuses lois intéressant la vie des affaires n'y figurant pas. On ajoutera enfin, que depuis la recodification de 2000, le droit des affaires fait régulièrement l'objet d'importantes modifications. À titre d'exemples, on citera la loi Macron du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économique ou encore la loi Sapin II du 9 décembre 2016 sur la transparence, la lutte contre la corruption et la modernisation de la vie économique ou encore la loi Pacte, acronyme de « Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises » dont les dispositions doivent entrer en vigueur courant 2019.

- **Attention**

Le rôle de la Constitution s'est accru suite à l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité dite « QPC » par l'article 6-1 de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008. Cette procédure, qui n'est pas propre au droit des affaires, a été utilisée, à plusieurs reprises, avec plus ou moins de succès en droit fiscal, en droit des sociétés ou en droit de la concurrence. Elle permet au justiciable, après filtrage par la Cour de cassation ou le Conseil d'État, de poser au Conseil Constitutionnel, la question de la constitutionnalité d'un texte applicable à son litige.

II. Les usages commerciaux

Les usages ont un rôle important en matière commerciale. Les usages commerciaux sont des **pratiques commerciales constantes considérées comme obligatoires par les commerçants ou les professionnels**. La référence aux usages résulte soit de la volonté des contractants, soit de la loi, soit de la jurisprudence. Les juges s'y reportent parfois pour rendre une décision. On distingue les usages généraux du commerce ou de droit qui servent à interpréter ou compléter la volonté du législateur et les usages conventionnels ou de fait qui servent à interpréter ou compléter la volonté des parties.

Les usages généraux du commerce dits aussi usages de droit (ou coutume commerciale) sont des règles non écrites (des habitudes) communes à l'ensemble du commerce ; La jurisprudence leur confère la valeur d'une véritable règle de droit. Les usages de droit ont un caractère obligatoire et peuvent déroger à une loi supplétive. Les usages de droit sont censés être connus par les professionnels et le juge. Leur violation est contrôlée par la Cour de cassation. Parmi les usages généraux du commerce, le plus connu concerne **l'usage de concurrence loyale** élaboré par la jurisprudence en se référant « aux usages loyaux du commerce ». En application de cet usage, il a été jugé que l'utilisation de documents commerciaux ou de fichiers clients copiés sur ceux d'un concurrent est contraire aux usages loyaux du commerce, peu important que ces fichiers ne soient pas protégés ou ne puissent être l'objet de conventions (CA Paris, 9 avr. 2014, n° 12/19485).

À titre exceptionnel, la jurisprudence admet même qu'un usage général du commerce puisse déroger à une loi civile impérative. On parle alors d'usages *contra legem*. Les exemples sont rares. Les plus connus sont **la règle de l'anatocisme** qui, contrairement aux dispositions impératives de l'article 1343-2 du code civil (C. civ., anc. art.1354), permet de faire produire des intérêts aux intérêts échus sur une période inférieure à un an lorsqu'il existe un compte courant entre les parties et **la présomption de solidarité entre codébiteurs commerçants** contraire aux dispositions de l'article 1310 du Code civil (C. civ., anc. art. 1202) en vertu desquelles la

solidarité passive ne se présume pas. On peut également citer la règle de la mise en demeure du débiteur par simple lettre recommandée. On ajoutera que certains usages de droit ont vocation à s'appliquer soit par renvoi de la loi (usage *secundum legem*), soit dans le silence de loi (usage *praeter legem*).

• Attention

Certains usages sont condamnés par la Cour de cassation. Tel est le cas de l'usage bancaire qui consiste à calculer le taux d'intérêt sur une année de 360 jours.

Les usages conventionnels ou de fait sont des pratiques commerciales courantes auxquelles on suppose que les commerçants se sont tacitement référés en l'absence de clause contraire dans le contrat. Ils ont une valeur moindre que celle des usages de droit car ils ont un caractère supplétif et ne s'appliquent qu'à défaut de volonté contraire des parties. Les usages de fait ont souvent un domaine d'application plus restreint que celui des usages de droit. Ils peuvent être limités à une place commerciale (à titre d'exemple, les usages du port du Havre) ou à une catégorie de professionnels commerçants par exemple, les usages du commerce du bois, de la laine ou du vin (Cass. com., 13 mai 2003, JCP E 2004, 384, n° 4, obs. C. Masquefa-Neau-Leduc à propos d'un usage dans le domaine du courtage du vin) ou encore du secteur de la distribution où il est d'usage que le preneur prenne en charge le paiement de la taxe foncière (Cass. 3^e civ., 26 mars 2013, n° 11-24311, JCP E 2013, 1344, note P. Mousseron). Bien évidemment, un usage professionnel ou local ne peut être opposé à un non commerçants ou à un commerçants d'un autre secteur d'activité ou d'une autre place commerciale que si ces derniers l'ont expressément accepté.

Les usages conventionnels ou de fait ne sont pas censés être connus du juge. Leur régime procédural est celui des données de fait. En cas de litige, ils doivent être prouvés par celui qui l'invoque sachant que la preuve peut être rapportée par tous moyens notamment par des parères (attestations) délivrés par les chambres de commerce et d'industrie ou d'autres organismes professionnels. Leur existence et leur application sont appréciées souverainement par les juges du fond et ne peuvent être soumises à la censure de la Cour de cassation. Cette dernière peut néanmoins contrôler l'opposabilité des usages aux contractants et censurer les juges du fond qui auraient refusé d'appliquer un usage.

• Remarques

Les nouvelles règles issues de la réforme du Code civil par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 prennent en compte l'existence d'usages comme en témoigne le nouvel article 1120 apportant une exception à la règle selon laquelle le silence ne vaut pas acceptation s'il en résulte autrement «... des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières».

La force juridique des usages commerciaux (de droit ou de fait) suppose :

- **Qu'ils soient généraux** (les usages doivent être largement répandus dans le milieu social ou géographique dans lesquels ils se sont développés), **constants et anciens** (l'usage doit être régulièrement suivi et répété).
- **Qu'ils aient été acceptés** expressément ou tacitement par les parties. L'acceptation tacite résulte, suivant la nature de l'usage, de la simple qualité de commerçant, de l'appartenance à un secteur d'activité ou à une place commerciale donnée.
- **Qu'ils ne soient pas contraires à l'ordre public.**

À côté des usages professionnels, il existe des pratiques professionnelles. Il s'agit d'habitudes plus récentes que les usages. Elles peuvent prendre la forme de contrats inventés par les professionnels, de clauses-types ou bien de code de déontologie ou d'éthique (ces derniers contiennent notamment des dispositions relatives à la responsabilité solidaire et environnementale sous le nom de RSE). Ces pratiques ont la nature de règles contractuelles ou bien de règles morales ou éthiques. Ces règles font partie du « droit souple » ou « *soft law* » car elles sont, en principe, dépourvues de portée juridique. Toutefois, la Cour de cassation accepte parfois d'en sanctionner l'inobservation.

• **Attention**

L'usage commercial se distingue des relations d'affaires pour deux raisons :

- Les relations ou rapports d'affaires sont propres aux seules parties en présence (ex : contractants) alors que l'usage appartient à un milieu professionnel.
- D'un point de vue probatoire, la preuve de l'usage est appréciée objectivement contrairement aux relations d'affaires pour lesquels on regarde si la pratique est communément admise dans leurs relations passées (appréciation subjective) par les contractants sans qu'il soit nécessaire que la pratique soit collective.

III. Les sources institutionnelles

Le droit des affaires contemporain se caractérise par l'importance des sources institutionnelles. Bien qu'inconnues de la Constitution, ces sources institutionnelles sont dotées d'une réelle autorité. Il s'agit des réglementations émanant de deux types d'institutions on distingue :

- **Les institutions étatiques ou Autorités administratives indépendantes.** À titre d'exemples, on peut citer l'Autorité de la concurrence (voir Fiche n° 38), l'Autorité des marchés financiers, la Commission des clauses abusives. Ces autorités ont pour but d'assister ou de compléter l'action du gouvernement

le contenu

40 fiches pour réviser tout le cours de Droit des affaires :

- les définitions à connaître, les erreurs à éviter, les points essentiels à retenir
- des exercices corrigés pour vérifier ses connaissances
- des repères bibliographiques pour aller plus loin
- 1 index

le sommaire

1. Notion de droit des affaires
2. Les caractéristiques du droit des affaires
3. Histoire du droit des affaires
4. Les sources du droit des affaires
5. Les juridictions commerciales
6. La procédure consulaire
7. La justice arbitrale
8. Les actes de commerce
9. Le régime juridique des actes de commerce
10. Les actes civils
11. Les actes mixtes
12. La qualité de commerçant
13. L'exercice du commerce
14. L'inscription au Registre du commerce et des sociétés
15. Les obligations civiles, sociales et bancaires du commerçant
16. Les obligations comptables et fiscales du commerçant
17. La concurrence déloyale
18. Le statut du commerçant marié, pacsé ou concubin
19. Le statut du conjoint du commerçant
20. L'artisan
21. Les autres professionnels civils
22. La notion d'entreprise
23. La nature juridique du fonds de commerce
24. Les éléments du fonds de commerce
25. Les conditions de la vente du fonds de commerce
26. Les effets de la vente du fonds de commerce
27. Les conditions de la location-gérance
28. Les effets de la location-gérance
29. Le nantissement et le gage sur stock
30. Le crédit-bail
31. Les conditions du bail commercial
32. Le loyer du bail commercial
33. La déspécialisation du bail commercial
34. Le renouvellement du bail
35. La cession et sous-location du bail commercial
36. Les pratiques anticoncurrentielles
37. Les pratiques restrictives de concurrence
38. L'Autorité de la concurrence
39. Les concentrations
40. Les principaux contrats de distribution

l'auteur

Claire Humann est maître de conférences à l'Université du Havre.

le public

- Licence 2 et 3 Droit
- Écoles de commerce

www.editions-ellipses.fr



9 782340 033672