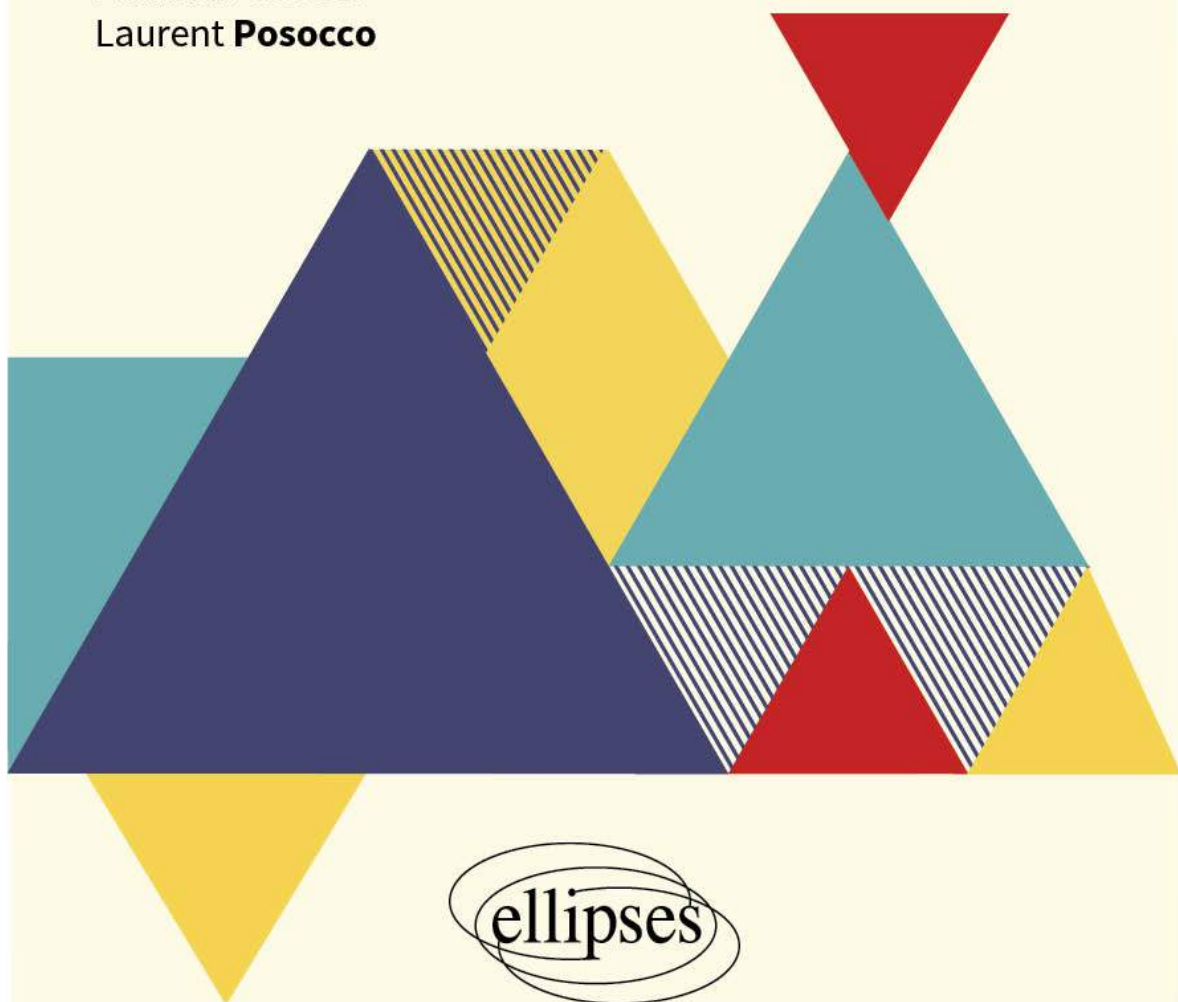


Droit commercial

Annalisa **De Grandi**
Patrick **Posocco**
Laurent **Posocco**



ellipses

TITRE 1 – *Notion de droit commercial*

3. Le droit commercial désigne l'ensemble des normes de droit privé qui encadrent spécifiquement les activités de production, de distribution et de service. Au centre du phénomène économique, le moteur de la vie sociale de toute communauté développée est l'opération qui crée de nouvelles richesses. L'œuvre commerciale est destinée à satisfaire un besoin auquel la communauté attribue une valeur économique. Elle est génératrice de biens ou services. La production est une manifestation de l'action humaine, socialement pertinente, caractérisée par une complexité profonde, qui se déploie et se développe au fil du temps et en l'espace. Définir le droit commercial (Chapitre 1) porte nécessairement l'analyse à le caractériser (Chapitre 2).

CHAPITRE 1

Définition du droit commercial

4. Le droit commercial se définit comme une branche particulière du droit privé. Cette classification est en elle-même instructive. Elle permet de situer la discipline au cœur de l'une des deux grandes familles de normes – droit privé et droit public – (Section 1). Elle doit toutefois être complétée par la différenciation, au sein du droit privé, entre le droit commercial et d'autres matières proches (Section 2).

Section 1 – **Droit commercial : critère de classification**

5. Le droit commercial est une subdivision du droit privé dont le domaine (§1) et les singularités (§2) doivent être analysées.

§1. Domaine

6. **Droit d'exception.** Le droit commercial est un droit d'exception. Par dérogation au droit civil, il se focalise sur certaines activités de production, de distribution et de services.

Il s'applique à la fois aux commerçants, qu'ils exercent seuls ou en entreprise, et aux activités commerciales.

7. **Droit professionnel.** Le droit commercial est également un droit professionnel, issu des pratiques des marchands. Il s'inscrit dans le domaine des relations professionnelles, de la même manière que le droit du travail. L'importance du droit commercial, au sein du droit professionnel, a probablement eu tendance à décroître ces dernières années. Un certain nombre d'activités professionnelles lui échappent en effet. Trois types d'activités professionnelles dont l'objet est réputé civil sont soustraits à ce titre à son emprise. Il s'agit de l'agriculture, de l'artisanat et des professions libérales.

§2. Philosophie

8. **Droit d'exception.** Théoriquement droit d'exception, le droit commercial connaît toutefois un succès pratique dans sa mise en œuvre. Que ce soit devant les juridictions consulaires dont la performance est largement saluée par les entreprises et les justiciables ou devant les juridictions civiles, le droit commercial fournit en réalité les solutions de principe à la résolution des litiges d'affaire.
9. **Droit professionnel.** Droit professionnel régissant la relation de travail, le droit commercial est toutefois bien différent du droit du travail proprement dit. L'histoire et la philosophie de ces deux disciplines divergent. Le droit commercial est de création ancienne. Le droit du travail au contraire, si on le considère comme un ensemble de normes préservant le salarié, est une discipline apparue au XIX^e siècle en France. Au sens contemporain du terme, le droit du travail s'est formé après l'autorisation des syndicats par la loi Waldeck-Rousseau en 1884. L'époque a, en effet, vu l'avènement, avec la révolution industrielle, d'une nouvelle classe sociale, les ouvriers issus de la paysannerie. La principale caractéristique du droit commercial n'est toutefois pas liée à la date d'apparition de la matière. Elle résulte surtout de l'esprit qui l'anime. Là où le droit du travail protège la partie faible, le droit commercial est habité par une philosophie favorable à la spéculation, aux échanges, à la circulation des biens et des services.

Section 2 – Droit commercial : critère de distinction

10. La classification du droit commercial comme un droit privé permet de le caractériser mais pas de le différencier des autres matières appartenant à la même famille de normes. Elle ne livre qu'une définition minimaliste qu'il convient de compléter. Le droit commercial doit donc être clairement positionné par rapport au droit civil (§1). Il est également séparé d'autres familles de normes en lien avec la vie des entreprises (§2).

§1. Droit commercial et droit commun

11. Le droit civil est le droit commun qui régit les relations commerciales en l'absence de dispositions spéciales. Ainsi, par exemple, les contrats commerciaux (ex. bail commercial, location-gérance, cession d'un fonds de commerce, société) doivent respecter les exigences posées par le droit commun des contrats s'agissant de la négociation¹ ou encore de la formation². Notamment, chaque partie devra remplir les conditions de fond édictées par le Code civil (ex. capacité juridique, consentement libre et éclairé, contenu licite et certain de l'obligation). Lorsque des normes dédiées au commerce sont en vigueur, elles reçoivent bien entendu application.

§2. Droit commercial et disciplines affairistes

A. Droit commercial : discipline mère

12. Régissant des situations diverses, le droit commercial a parfois dû se subdiviser en plusieurs branches (droit des sociétés, droit des entreprises en difficultés, droit des Instruments de paiement) dont certaines ont fini par devenir des disciplines à part entière.

B. Droit commercial : composante

13. Le droit commercial est considéré comme étant une composante de familles juridiques dont le champ est plus vaste. Les matières, citées ci-avant, qui se sont détachées du droit commercial, font partie de ces ensembles élargis. Par exemple, le droit des entreprises en difficultés est un domaine du droit des affaires ou du droit de l'entreprise. Ledit droit des affaires comprend, au-delà du droit commercial général, notamment le droit du crédit, le droit fiscal, le droit pénal des affaires, le droit de la concurrence, le droit des contrats commerciaux, etc. Le droit de l'entreprise quant à lui inclut en plus du droit des affaires le droit de la consommation ou le droit du travail.

1. C. civil, art. 1112 et s.

2. C. civil, art. 1113 et s.

CHAPITRE 2

Caractères du droit commercial

14. Le pragmatisme du droit commercial (Section 1), parfois critiqué, lui a permis de s'adapter aux situations les plus diverses et ceci en dépit de ses origines fort lointaines (Section 2).

Section 1 – Caractère pragmatique

15. Le droit commercial est un droit pragmatique, opportuniste. Il adopte une ligne de conduite adaptable en fonction des situations concrètes, des circonstances et des objectifs poursuivis. Et souvent, les lois et décrets intervenus dans le domaine du droit commercial résultent d'une pratique légalisée ou réformée mais elle est rarement une création *ex nihilo*. Une absence de doctrine générale cohérente se dégage d'orientations *a priori* paradoxales. Parfois, le droit commercial favorisera la circulation des biens et services ; il sera alors épuré, déréglémenté (§1). D'autres fois, les échanges seront sécurisés par une procédure formalisée (§2).

§1. Caractère libéral

16. **Modes de preuve.** La rigueur du droit civil se combinait parfois mal avec la souplesse requise dans les rapports d'affaires. L'orientation pragmatique prise par la discipline a par exemple abouti à la libéralisation des règles de preuve, ceci afin de répondre à l'impérieuse nécessité de rapidité des échanges commerciaux. En droit commercial par dérogation à la règle de la preuve littérale des actes juridiques, les commerçants peuvent utiliser tous moyens afin de prouver les actes commerciaux passés entre eux. La formule « tous moyens » ou « tout moyen » n'inclut bien entendu que les moyens probatoires légaux. Ainsi par exemple, le témoignage est admis, y compris pour les actes supérieurs à 1 500 euros. Également, sont acceptés les documents d'affaires (devis accepté, facture, comptabilité du commerçant régulièrement tenue). Par ailleurs, entre commerçants, c'est le juge qui décide seul de la force probante des éléments qui lui sont soumis sans avoir à respecter une quelconque hiérarchie entre les différents modes de preuve.

§2. Caractère formaliste

17. **Sécurisation.** Le pragmatisme commercial n'est toutefois pas toujours et partout synonyme d'allègement. Certains contrats tels que le bail commercial, la cession de fonds de commerce ou sa mise en location gérance obéissent à une réglementation stricte destinée à garantir la sécurité juridique des opérations. Ces contrats font l'objet d'un formalisme particulier (ex. mentions obligatoires) et/ou d'une diffusion atypique (ex. publicités). Sans que la liste ne soit exhaustive, citons quelques exemples :
- La lettre de change doit comporter ad validitatem des mentions particulières (article L. 511-1 du Code de commerce) ;
 - Les marques et brevets doivent être déposées à l'Institut National de la Propriété Industrielle pour bénéficier d'une protection efficace ;
 - Les sociétés doivent être enregistrées au registre du commerce et des sociétés, à défaut de quoi elles n'auraient pas de personnalité juridique active (art. L. 210-6 du Code de commerce).

Section 2 – Caractère ancien

18. Les échanges de marchandises se pratiquent depuis l'Antiquité. Toutefois, les règles observées par les marchands d'alors ne constituaient pas un corpus structuré. Le droit commercial s'est en effet construit lentement, par étapes. Une approche chronologique permet ainsi de distinguer le droit commercial tel qu'il était appliqué avant la création du Code de commerce (§1) et celui qui est en vigueur depuis le Code de commerce (§2).

§1. Droit commercial non codifié

19. La période antérieure au Code de commerce peut se découper schématiquement en deux époques distinctes : une première phase qui s'étend de l'Antiquité jusqu'au Moyen Âge (A) et deuxième phase qui va du Moyen Âge à la Révolution française (B).

A. Période : Antiquité – Moyen Âge

20. **Antiquité.** Le droit commercial, dans son contenu primitif, est apparu en même temps que le concept de commerce. Or, les civilisations marchandes existent depuis l'Antiquité. On trouve en effet dans l'Antiquité la trace de règles utiles au commerce :
- les Babyloniens connaissaient le prêt à intérêts, le dépôt ou encore la société ;

- les Phéniciens, inventeurs de la monnaie et de l'alphabet, ont développé des techniques juridiques adaptées au commerce maritime dont certaines furent reprises et perfectionnées par les Grecs (loi du jet à la mer, prêt maritime) ;
 - les Mésopotamiens développaient des relations commerciales avec les cités de l'Asie Mineure, exportant de l'étain et des étoffes, et important de l'or et de l'argent.
21. Les tablettes de Warka (2000 ans av. J.-C.) et le Code d'Hammourabi (1700 av. J.-C.) sont les plus anciens documents relatifs aux règles commerciales ; ils comportent des éléments de droit bancaire – comme le prêt à intérêt ou le dépôt d'espèces –, ainsi qu'une préfiguration du droit des sociétés.

Le droit romain, quant à lui, a beaucoup inspiré le droit commercial. La technique juridique de la vente, ou encore les procédures collectives d'apurement du passif y puisent leurs racines. Pourtant, les Romains, en dépit de la sophistication de leur droit, ne distinguaient pas le droit commercial du droit civil.

22. **Moyen Âge.** La véritable apparition du Droit commercial date en réalité du Moyen Âge. À cette époque, le commerce connaît un certain essor. À partir des XII^e et XIII^e siècles, il s'est développé dans les Républiques du Nord de l'Italie (Gênes, Milan, Venise), en France, en Flandres (Bruges, Anvers) et en Allemagne (Francfort, Brême, Lübeck). Apparaît alors un *jus mercatorum* (droit des marchands) formant un corps autonome de règles. Les marchands créent entre eux des usages qui dépassent les frontières et acquièrent au fil du temps force obligatoire. De nouvelles techniques contractuelles (lettre de change, compte courant, commandite...), procédures d'exécution (faillites), sanctions (banqueroute) ainsi que de nouvelles institutions (banques, corporations, juridictions de foires) font leur apparition à cette époque. Les règles appliquées sont souvent marquées par une absence de formalisme, due aux besoins de la vie des affaires, laquelle est essentiellement mue par la recherche du profit, la spéculation, la circulation des richesses, la garantie de rapidité des transactions, grâce notamment au crédit.

B. Période : Moyen Âge – Révolution française

23. **Ancien Régime.** Les marchands sont regroupés dans des corporations et des jurandes. Au XVI^e siècle sont créées les juridictions consulaires. Au cours de la seconde moitié du XVII^e siècle, naissent de nombreuses manufactures royales et de grandes compagnies de commerce. L'Ordonnance sur le commerce de terre du 23 mars 1673, connue sous le nom de « code Savary » (du nom du négociant auquel Colbert confia la rédaction du projet d'ordonnance), constitue un corps de règles dédié aux commerçants et à leur activité. Le commerce de mer fut quant à lui réglementé par une ordonnance publiée le 31 juillet 1681. Un projet de révision de l'Ordonnance de 1673 a bien été entrepris sur l'ordre de Miromesnil mais il n'aboutira jamais. Les croisades puis la découverte du Nouveau Monde sont de nouvelles opportunités pour développer les échanges.

24. **Période révolutionnaire.** Le XVIII^e siècle a été marqué par le bouillonnement des idées économiques, les prémices de l'industrialisation, l'expansion du commerce colonial et la première expérience de la monnaie papier. Le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 proclame la liberté du commerce et de l'industrie et la loi Le Chapelier des 14 et 15 juin 1791 abolit les corporations, maîtrises et jurandes. Mais les révolutionnaires ne réforment pas les lois commerciales de droit privé. Ils suppriment les tribunaux de l'amirauté mais conservent les tribunaux de commerce. Ils unifient le marché intérieur en réglementant les poids et les mesures avec une définition du mètre et du gramme.

§2. Droit commercial partiellement codifié

25. En raison de la survenance de faillites et de regrettables spéculations, Napoléon prend l'initiative en 1806 de préparer un Code de commerce. Celui-ci advient aux termes d'une loi du 15 septembre 1807. Il comporte alors quatre livres (Livre I sur le commerce en général, Livre II sur le commerce maritime, Livre III sur la faillite et la banqueroute, Livre IV sur la juridiction commerciale) et cent quarante-huit articles. Il ne traite nullement des banques et des sociétés. On distingue généralement deux périodes dans l'évolution moderne du droit commercial : la première libérale (A), la seconde interventionniste (B). À travers les diverses époques, l'œuvre n'a jamais vraiment réussi à réglementer l'ensemble de la discipline commerciale.

A. Période libérale (XIX^e)

26. Le Code de 1807 révèle rapidement ses insuffisances. Le document, reprenant un « droit du passé », n'a pas prévu la révolution industrielle qui arrivait. Pour cette raison, de substantielles modifications durent lui être apportées (lois du 28 mai 1838 et du 4 mars 1889 sur les faillites, loi du 5 juillet 1844 sur les brevets d'invention, loi du 24 juin 1865 sur les chèques, législation de 1856, 1863, 1867 sur les sociétés). Par ailleurs, son contenu sommaire appelait certainement des compléments. C'est en dehors du Code de commerce que s'est construit le droit commercial moderne. Et plutôt que de s'attaquer à un travail salutaire de recodification, le législateur a multiplié les normes éparses couvrant plusieurs secteurs de l'économie.

B. Période interventionniste (XX^e)

27. Le XX^e siècle apporte lui aussi ses réformes. Des décrets sont pris pour réglementer les faillites (Décrets du 8 août 1935, du 30 octobre 1935 et du 20 mai 1955) avant la grande loi du 13 juillet 1967. Face à la dispersion des règles commerciales, la question d'une recodification s'est imposée. En 1947 avait été constituée une commission de réforme. Avant sa recodification, seuls 33 des articles de 1807 subsistaient. Une ordonnance du 18 septembre

2000 recodifie mais elle le fait à droit constant, animée par un conservatisme frileux. Aucune modification au fond n'a été introduite à cette occasion. Les rares améliorations ont consisté à consacrer des décisions de principe. L'occasion a probablement été manquée de construire un nouveau droit commercial. La preuve en est que, depuis cette réforme, le mouvement de création hors du code s'est amplifié, marginalisant le rôle de l'œuvre napoléonienne.