



INTRODUCTION

Le droit français connaît un ensemble de règles baptisé «droit commercial». Symbole fort, il existe, depuis Napoléon I^{er}, un Code dit «du commerce». De même, des tribunaux du commerce sont établis dans nombre d'agglomérations de l'Hexagone.

Le terme de «droit des affaires» – dont s'occupent notamment «des avocats d'affaires» –, de «droit économique», voire de «droit de l'entreprise» sont également fréquemment utilisés.

Il faut dès lors, au tout début de cet ouvrage, tenter de définir le droit commercial et par là même de tracer son domaine (I) et ses particularismes (II). Un bref survol historique permettra de comprendre l'origine, parfois fort ancienne, d'institutions-phare de la matière (III). Les sources du droit commercial présentent quelques particularités qu'il convient également de présenter (IV).

I. DÉFINITION ET DOMAINE DU DROIT COMMERCIAL

Le Petit Larousse illustré définit le commerce comme «l'activité qui consiste en l'achat, la vente, l'échange de marchandises, de denrées, de valeurs ou en la vente de services». Ce qui est «commercial» est alors relatif au commerce.

Le droit commercial se fait une idée plus large du commerce puisqu'il englobe aussi bien les transactions portant sur des biens

que l'industrie, de même l'activité bancaire fait partie du commerce. En fait, peu importe le secteur d'activité car seul compte la circulation de l'argent. Il faut, pour qu'il y ait commerce au sens des juristes, une sortie d'argent – un achat – en vue d'une rentrée d'argent ultérieure – une vente. Dans le meilleur des cas, la vente se réalise et elle se fait avec une rentrée d'argent supérieure à la sortie d'argent – un bénéfice –, mais ce n'est pas là une condition nécessaire à la définition de l'objet du droit commercial. Aussi, le droit commercial a d'abord été défini comme étant le « droit des commerçants », c'est-à-dire ceux, personnes physiques ou morales, qui ont fait de l'exercice de cette activité une profession. On fait alors prévaloir ce qui a été appelé la conception subjective du droit commercial.

D'autres auteurs en ont une conception dite « objective » ou « réelle ». Le droit commercial est alors surtout le droit qui régit toutes les opérations de commerce. Cette acception du droit commercial conduit à ce qu'il soit considéré comme un ensemble de règles régissant les activités commerciales, quels que soient les intervenants, même les personnes non commerçantes.

Le droit positif français ne choisit pas directement entre la conception subjective et la conception objective du droit commercial. On remarquera tout au plus une influence grandissante de la conception objective. De fait, le droit commercial s'applique tant aux commerçants dans le cadre de leur activité professionnelle, telles les règles relatives au fonds de commerce, à la capacité commerciale, qu'aux opérations commerciales, que le juriste appelle des « actes de commerce », quels que soient leurs auteurs.

Aujourd'hui, de plus en plus souvent, l'appellation « droit des affaires » voire même celle « droit économique » est utilisée. Le Vocabulaire juridique Capitant définit, en effet, les affaires comme étant des « opérations de toute nature liées à l'exercice d'une activité industrielle, commerciale ou financière ». (G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris 2000, p. 34). Cependant, le terme de « droit des affaires » ne saurait être entièrement synonyme de celui de droit commercial ; le droit commercial est une composante du droit des affaires. Ce dernier s'étend également au droit public des affaires organisant l'intervention de l'État dans la

vie économique, au droit pénal des affaires, regroupant les incriminations spécifiques à la vie des affaires, mais aussi au droit de la distribution, au droit fiscal, au droit de la propriété industrielle, au droit de la consommation, au droit du travail même.

Le droit économique est lui-même défini par le *Vocabulaire juridique* (*op. cit. supra* p. 320) comme étant «l'expression doctrinale qui a trait à l'ensemble des règles de droit gouvernant l'organisation et le développement de l'économie industrielle relevant de l'État, de l'initiative privée ou du concours de l'un ou de l'autre». L'objet de cette discipline a été dans le domaine économique de mettre en œuvre la reconstruction au lendemain de la seconde guerre mondiale, de faciliter le développement de nombreux services publics ; il est ensuite devenu le cadre de la montée en puissance d'une économie libérale s'ouvrant à l'internationalisation.

Aujourd'hui, l'étude du droit économique se confond souvent avec celle des multiples « autorités indépendantes », telle l'Autorité française de régulation des télécommunications (ART), aux fonctions déléguées par l'État. Le droit économique consiste également de plus en plus souvent dans des règles internationales : la matière économique est maintenant fréquemment régie par le droit communautaire et par le droit des traités économiques internationaux. On constate enfin le développement d'une spécificité du secteur du « commerce de l'argent » avec le Code monétaire et financier.

Le droit commercial constitue le droit privé du commerce, il est dès lors dépendant du droit privé commun, le droit civil.

Le droit commercial a été établi dans l'intérêt du commerce, en dérogeant au droit civil qui ne pouvait répondre de façon suffisamment satisfaisante aux nécessités de la vie commerciale. Le droit civil se préoccupe en effet surtout des « patrimoines » (de préférence immobiliers) de personnes physiques et moins de la production ou de circulation de richesses.

Ainsi, des règles de preuve spécifiques, fondées sur le principe de la liberté de la preuve prévue par le Code de commerce, marquent le droit applicable aux relations commerciales qui relèvent des juridictions spécifiques – les tribunaux de commerce – en première instance.

Autre illustration, le Code de commerce prévoit des modes de paiement spécifiques au commerce, les effets de commerce.

Pour autant, le droit civil trouve à s'appliquer dès lors que le droit commercial n'a pas prévu de règles particulières. S'il y a conflit entre une règle civile (droit commun) et une règle commerciale (droit d'exception), on applique l'adage selon lequel le droit d'exception l'emporte sur le droit commun (*Specialia generalibus derogant*).

On notera qu'à l'image des relations entre droit civil et droit commercial, certains droits spéciaux se sont eux-mêmes émancipés du droit commercial et se sont développés selon des logiques propres. Des règles spéciales régissent ainsi certains aspects des activités bancaires, on parle alors de droit bancaire, de l'activité d'assurances – qui connaît même un Code particulier – ou encore de celle du transport, voire de la distribution. De même, les relations entre le commerçant et le non-commerçant sont de plus en plus régies par le Code de la consommation. L'apparition de ces ensembles de règles pourrait laisser penser que le droit commercial voit son champ réduit. En réalité, le droit commercial reste essentiel pour la constitution et la gestion de l'activité de ce que les économistes appellent « l'entreprise ».

De ces différents éléments, on peut donc retirer la définition provisoire suivante : le droit commercial est un ensemble de règles particulières, nées des nécessités de la vie des affaires, qui s'appliquent aux commerçants dans leur activité professionnelle ainsi qu'aux actes de commerce. Le droit commercial englobe par ailleurs les règles législatives propres aux contrats commerciaux et aux groupements de droit commercial. Enfin, le droit commercial comprend les règles sur « les entreprises en difficultés ».



LECTURES

A. Pirovano, « Introduction critique au droit commercial », *RTD com.* 1985 p. 219 ; G. Farjat, *Pour un droit économique*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit » 2004 ; G. Védel, « Le droit économique existe-t-il ? », *Mélanges offerts à Pierre Vigreux*, Toulouse, coll. « Travaux et recherches de L.I.P.A.-I.A.E. de Toulouse », 1981, p. 76.

II. PARTICULARISMES DU DROIT COMMERCIAL

Le droit commercial est né des nécessités, des besoins du commerce : le droit commercial propose des techniques particulières indispensables à la vie des affaires.

Ainsi, tous les commerçants ont besoin de crédit pour exercer leur activité : ils utilisent alors des procédés particuliers, tels que les effets de commerce (lettre de change, billet à ordre...), ou encore les bordereaux « Dailly » qui correspondent à des cessions de créances professionnelles.

Le droit commercial propose des règles particulières pour répondre à certains impératifs qu'ignore le droit civil.

Le droit commercial fait ainsi prévaloir la rapidité et la simplicité dans l'accomplissement des opérations. Le droit civil, au contraire, est un droit protecteur, assurant la sécurité des opérations juridiques et l'égalité des cocontractants.

Ainsi :

- dans le cadre d'une cession de créance, le droit civil prévoit une signification, c'est-à-dire le recours à huissier. Le droit commercial permet, au contraire, une simple notification pouvant s'effectuer par tous moyens (lettre, fax...),
- le droit civil limite les moyens de preuve des actes juridiques (au-delà de 800€ notamment) en privilégiant la preuve écrite. Le droit commercial pose au contraire le principe de la liberté de la preuve (article L. 110-3 du Code de commerce),
- le droit commercial permet le règlement des litiges commerciaux selon une procédure simplifiée, moins contraignante et plus rapide que devant les juridictions de droit commun.

Pour autant, l'impératif de sécurité juridique n'est pas absent du droit commercial :

- les règles de publicité sont de plus en plus nombreuses et assurent l'information des créanciers, des associés, des salariés ;
- les tiers peuvent le plus souvent s'en tenir à l'apparence d'une situation même si elle n'est pas réelle.

Un certain formalisme est nécessaire pour assurer la sécurité des transactions. On trouve des règles de forme notamment en matière d'instruments de crédits ou en droit des sociétés.

Par ailleurs, même si le droit commercial reste un «droit des forts», le développement du droit de la consommation permet une protection de certains cocontractants.

Inversement, le droit civil a été influencé dans une certaine mesure par des règles de droit commercial, techniquement plus satisfaisantes. Ainsi, le droit des sociétés civiles s'est aligné sur de nombreux points au droit des sociétés commerciales.

III. ÉVOLUTION DU DROIT COMMERCIAL

Le droit commercial bénéficie d'une tradition ancienne; le droit commercial s'est toujours adapté à son objet et a été marqué par le développement de l'activité économique. Avec la «globalisation» on note l'influence, grandissante, d'un droit international qui conduit à une transformation du droit interne

La pratique des marchands et le développement des échanges ont donné naissance progressivement à des règles particulières. Plusieurs étapes peuvent être distinguées:

Déjà dans l'Antiquité, apparaît un corpus de règles régissant le commerce entre villes ne connaissant pas les mêmes lois. Ainsi, dans la Grèce antique, le Tribunal du Pirée est composé de juges choisis parmi les marchands; l'arbitrage, une procédure plus souple, plus rapide, et donc mieux adaptée aux besoins du commerce s'y est également développé. Il est possible de faire remonter diverses autres institutions aux Grecs anciens, tel le prêt nautique, une forme de commandite et ancêtre de l'assurance maritime.

Le consortium – une société entre étrangers –, la société de Publicains ou encore la faillite trouvent leurs origines dans le droit romain.

Après une période de régression de la chute de l'Empire romain d'Occident (476) jusqu'à l'an 1000, à cause des invasions barbares et de la disparition des villes, le commerce se développe à nouveau au Moyen Âge : sont créées des villes indépendantes dirigées par des commerçants, les foires se multiplient entre le XI^e et le XII^e siècles, notamment en Champagne. La foire de Lyon profite, plus tard, du déplacement vers l'est de l'axe de commerce après la guerre de Cent Ans. On assiste à la levée de la prohibition du prêt à intérêt (juqu'au XI^e siècle, l'Église interdisait l'usure de façon générale pour tout chrétien sous peine d'excommunication, mais cette pratique était autorisée pendant les foires). Parallèlement le commerce maritime se développe. Apparaît alors l'utilisation des lettres de change. Pour trancher les contestations, des tribunaux des foires, ancêtre des tribunaux de commerce, sont institués notamment à Lyon où la première juridiction propre aux marchands est fondée en 1419 : « la conservation des foires de Lyon ». Elle est composée de juges choisis parmi les commerçants. En 1563, un édit de Charles IX établit les juridictions consulaires.

À partir du XII^e siècle, les marchands et artisans créent des regroupements visant à préserver les intérêts du métier (la corporation), en fixant des usages obligatoires pour tous ceux qui en font partie. Des associations, « métiers », « guildes » ou « hanses » sont formées entre artisans, commerçants ou industriels.

Les redécouvertes successives du droit romain et l'activité des notaires vont conduire à l'apparition de la *societas* et à la rédaction des premiers recueils pratiques de droit commercial tels les usages des foires comme « les coutumes, styles et usages des foires de Champagne et de Brie ». On voit également apparaître des commandes, des compagnies, notamment à Venise puis plus tard des sociétés de capitaux de gestion de moulins. La lettre de change, instrument de crédit essentiel apparaît à Gênes au XII^e siècle.

Le pouvoir royal ne manqua pas de s'intéresser au commerce, source de richesse. Le droit commercial devient alors national.

Louis XIV, sous l'influence de Colbert, prend deux ordonnances :

- en 1673 : une ordonnance est consacrée au commerce de terre. On parle du « code Savary » (qui en était l'un des rédacteurs) : ce texte régleme divers domaines tels que la faillite,

les sociétés commerciales, les lettres de change Elle réprime également la banqueroute ;

- en 1681 : une seconde ordonnance est consacrée au commerce maritime.

À la Révolution, dans une optique libérale, deux grands principes sont posés :

- la liberté du commerce et de l'industrie (décret du 2-17 mars 1791) ; le député D'Allarde a demandé l'abolition des corporations, jurandes et maîtrises, qu'il considérait comme des privilèges exclusifs ;
- l'interdiction des corporations, par la loi Le Chapelier du 14 juin 1791 permet le libre accès aux professions commerciales.

Un décret du 2 octobre 1789 a légitimé le prêt à intérêt, tandis que la création de la Banque de France en 1800 a permis l'uniformisation du taux d'escompte et a favorisé le développement de l'escompte.

Pour assurer l'unicité au plan national des règles de droit et l'accessibilité aux citoyens des dispositions légales, la codification est entreprise. C'est ainsi que le Code de commerce adopté en 1807 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1808, s'est développé en France au côté du Code civil. Il consacre un droit des commerçants rattaché à l'acte de commerce. La spécificité d'une justice commerciale accompagne celle du droit commercial.

Ce Code comporte 4 livres consacrés au commerce en général (commerçants, livres de commerce, société, effets de commerce, agents de change), au commerce maritime, aux faillites et banqueroutes, et aux tribunaux de commerce. Le Code de commerce reproduit pour l'essentiel des textes de l'Ancien Régime (ordonnance de 1673 notamment). Le terme « commerçant » y apparaît toutefois pour la première fois. Avant, on parlait de marchands, de négociants, de banquiers et d'artisans.

La doctrine a été critique face à la rédaction de ce code jugée de qualité inférieure à celle du Code civil. De fait, le nouveau code s'est vite montré inapproprié à l'arrivée de la révolution industrielle. Ainsi, le droit des sociétés est traité de façon succincte en 30 articles ; le Code de 1807 reste lacunaire sur bien des points.