

Chapitre introductif

Commerce et droit – Le commerce est l'une des plus anciennes activités de l'humanité. Après la première grande révolution qu'a été l'agriculture, le seul problème des hommes n'a plus été, comme l'ont montré les historiens, de se nourrir, mais d'échanger toutes sortes de biens et de services pour améliorer leur condition. Avec le développement des relations commerciales, le besoin d'adopter des règles capables d'en sécuriser et d'en favoriser l'exercice est devenu peu à peu nécessaire. Le droit a ainsi naturellement accompagné l'histoire du commerce.

L'évolution des règles commerciales ne fut pas soudaine. Ce n'est qu'après une longue période pendant laquelle l'encadrement du commerce a été le fait des commerçants eux-mêmes, que des usages puis des coutumes et enfin des règles écrites ont été adoptées. Les textes anciens, dont certains sont parvenus jusqu'à nous, ont été élaborés au gré des besoins, des nécessités, des évolutions et des contraintes de chaque époque et ne se sont fixés qu'après de nombreux perfectionnements. Au début du XIX^e siècle, le Code de commerce finira par faire œuvre commune ; avec lui une nouvelle discipline juridique, le droit commercial, naîtra.

Derrière l'aspect technique de la matière se dissimule un droit en prise directe avec des enjeux fondamentaux. Si certains sont aussi anciens que le commerce lui-même, d'autres se présentent sous un jour nouveau. La « machine numérique » est en train en effet de modifier non seulement la manière de faire du commerce, mais aussi de rapprocher les champs civils et commerciaux. Ce qui relevait autrefois de la sphère privée se monétise aujourd'hui ; par l'intermédiaire d'applications diverses, tout devient objet de commerce. Ces transformations, qui sous une forme ou une autre touchent toutes les disciplines juridiques, sont celles auxquelles le droit commercial doit faire face.

S'intéresser aux textes et principes qui régissent les rapports commerciaux présente deux aspects. Le plus visible consiste à connaître les règles qui s'appliquent aux activités et à ceux qui les exercent ; l'autre est de prendre la mesure entre le monde marchand et non marchand.

Donner la définition, retracer l'évolution historique et présenter les sources du droit commercial est une première manière d'aborder ces questions.

Section I

Introduction au droit commercial

1. – Introduisant son traité de droit commercial, Georges Ripert se demandait ce « que doit être le droit commercial¹ ». Quelques décennies plus tard, l'interrogation n'a pas disparu, peut-être même est-elle plus grande². Si les discussions qui ont animé la doctrine sur l'intérêt d'instituer un droit propre aux activités commerciales se sont apaisées, d'autres controverses, soutenues aujourd'hui par le développement du commerce électronique et les besoins d'encadrement qu'il suscite, sont apparues pour savoir s'il ne faudrait pas créer un ensemble plus vaste capable à la fois de mieux rendre compte et d'intégrer l'ensemble des règles applicables à la vie commerciale.

§ I. L'objet du droit commercial

2. – Si l'on peut, avec l'étymologie du mot « commercial » (relatif au « commerce », du latin *commercium*, achat et vente de marchandises, de denrées ou d'espèces)³ ou même intuitivement, se faire une idée du domaine concerné, cerner la discipline juridique est plus difficile. Donner sa définition, préciser son contenu et apprécier ses spécificités sont autant de passages obligés pour pouvoir la saisir.

A. La définition du droit commercial

3. – La définition que les lexiques juridiques donnent généralement du droit commercial tient en peu de mots : il s'agit du droit applicable aux commerçants et aux actes de commerce⁴.

Cette définition, reprise par de nombreux auteurs, contient deux conceptions différentes du droit commercial. À lire les premiers termes, il est le droit « des

1. G. Ripert, R. Roblot, Traité de droit commercial, M. Germain, L. Vogel, T. I, LGDJ, 17^e éd., préface, p. VI.

2. La préface du Traité de droit commercial date de 1947.

3. Les Romains désignaient par *commercium* le fait d'exécuter des actes juridiques. À Rome, le *commercium* concerne les citoyens et assimilés qui ont le privilège d'accéder aux actes du *jus civile*. Voir R. Guillien, J. Vincent, S. Guinchard, G. Montagnier, Lexique des termes juridiques, Dalloz ; aussi R. Szramkiewicz et O. Descamps, Histoire du droit des affaires, Montchrétien, 2^e éd., n^o 49, p. 50.

4. G. Cornu, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF.

commerçants » ; la matière réunit autrement dit l'ensemble des règles applicables aux personnes qui font de l'activité commerciale leur profession. Cette vision subjective est ancrée dans l'histoire ; dès l'origine, il a été un droit élaboré à la fois « par et pour les marchands¹ ». Ainsi perçu, ses règles s'appliquent aux personnes physiques et aux personnes morales dans l'exercice de leur commerce. Le libraire, dont l'activité consiste à acheter des livres pour les revendre, relève du droit commercial.

On lit ensuite que le droit commercial est le droit « des actes de commerce ». Cette conception objective, qui trouve sa consécration dans le Code de commerce de 1807, étend son champ d'application. Ce ne sont plus les personnes commerçantes qui en délimitent le domaine, mais la nature des actes réalisés. Il concerne les personnes non-commerçantes dès lors qu'elles réalisent des actes que la loi considère comme étant des actes de commerce. L'article L. 110-1 du Code de commerce dresse une liste d'actes de commerce ; toute personne qui réalise l'une de ces opérations, dans les conditions visées par ce texte, se trouve soumise au droit commercial².

4. – Bien qu'admise, cette conception du droit commercial n'a jamais satisfait la doctrine. De nombreuses critiques ont été formulées pour en montrer le caractère incomplet et imprécis. La conception subjective, malgré le soutien des auteurs qui se sont attachés à en montrer l'importance³, est apparue trop étroite car la législation commerciale ne s'applique pas seulement, et même de moins en moins, aux seuls commerçants ; les artisans, les professions libérales qui exercent une activité civile sont soumis à de nombreuses dispositions du Code de commerce. La conception objective a été discutée au motif qu'elle conduit à mettre en place une « commercialité imparfaite » ; l'article L. 110-1 du Code de commerce qui lui sert de fondement donne lieu à des solutions légales et à des interprétations jurisprudentielles n'aboutissant pas à rendre compte précisément du champ commercial⁴.

Malgré ces insuffisances, les deux conceptions demeurent aujourd'hui pour définir le droit commercial. Cette résignation à les maintenir repose sur un constat largement partagé : le droit commercial n'est pas plus réductible à l'unité que ne le sont de nombreuses autres disciplines juridiques ; la dualité des critères, toujours consacrée par le Code de commerce, reste ainsi une manière généralement adoptée pour présenter le champ d'application « du droit commun du commerce ».

1. G. Decocq et A. Ballot-Léna, *Droit commercial*, Dalloz, Coll. HyperCours, 7^e éd., p. 7, n° 13.

2. Sur les conditions précises d'application de ce texte, voir *infra*.

3. G. Ripert, R. Roblot, *Traité de droit commercial*, *op. cit.*, n° 9 et s.

4. De manière plus radicale, certains auteurs estiment même que les « actes de commerce ne sont plus que des survivances historiques », J.-B. Blaise et R. Desgorges, *Droit des affaires, commerçants, concurrence, distribution*, LGDJ, 8^e éd., p. 52, n° 78.

Cette conception n'est pas sans conséquences. Elle conduit à appréhender le droit commercial en ne s'attachant pas tant à sa définition qu'à son domaine. Il apparaît comme une « mosaïque » regroupant l'ensemble des règles de nature commerciale qu'on classe en fonction de leurs finalités. En toute première place se situe « la maison-mère¹ » du droit commercial, c'est-à-dire les dispositions concernant les actes de commerce, les commerçants et le fonds de commerce. Viennent ensuite les règles liées au fonctionnement de l'entreprise commerciale (droit des sociétés, droit comptable notamment), celles régissant les contrats passés par les commerçants dans l'exercice de leurs activités (comme les contrats de distribution ou ceux conclus avec des intermédiaires du commerce), puis les dispositions encadrant l'exercice du commerce (droit de la concurrence) et l'exploitation de certains droits (droit de la propriété industrielle), auxquelles s'ajoutent les textes régissant les opérations bancaires et de financement, et ceux relatifs aux difficultés des entreprises (mesures de prévention, procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire).

Tel qu'il apparaît, le droit commercial appelle deux observations. Il s'agit d'un droit qui se présente davantage comme une juxtaposition de textes que comme un ensemble de règles coordonnées². S'il occupe une place propre parmi les disciplines juridiques, il ressemble à « un gigantesque maquis³ », souvent difficile à défricher tant ses règles sont nombreuses et poursuivent des objectifs différents. Le droit commercial n'est ensuite pas, malgré son vaste domaine, un droit régissant l'ensemble de l'activité économique. De nombreux domaines restent en dehors de son périmètre d'action. Les activités agricoles, artisanales, libérales, qui sont considérées comme civiles, demeurent soumises, sauf dispositions légales contraires, à des règles spéciales⁴ et à celles du Code civil. Cette constatation conduit certains auteurs, comme on le verra, à proposer la création d'une nouvelle matière.

B. La place du droit commercial au sein du droit privé

5. – Le droit commercial est une branche du droit privé. S'il n'échappe pas à tout élément de mixité (pour les questions touchant notamment à l'organisation administrative et celles relatives aux conditions d'accès à la vie commerciale), les auteurs s'accordent pour dire que sa tonalité générale est privatiste⁵. Mais les certitudes se

1. Sur cette approche téléologique, voir A. Viandier et J. Vallansan, Actes de commerce, commerçants, activité commerciale, PUF, 2^e éd., n° 6.

2. F. Dekeuwer-Défossez et E. Blary-Clément, Droit commercial, Montchrestien, 11^e éd., p. 35, n° 34.

3. M. Guibal, Répertoire de droit commercial, Dalloz, Commerce et industrie, n° 3.

4. Par exemple, à celles du Code de l'artisanat pour les artisans ou à celles du Code rural et de la pêche maritime pour les activités agricoles.

5. G. Decocq et A. Ballot-Léna, Droit commercial, *op. cit.*, p. 7, n° 13.

brouillent lorsqu'il s'agit de savoir s'il est un droit autonome. La réponse n'est pas simple, car les critères capables de fonder l'autonomie d'une discipline juridique restent discutés. Le plus souvent toutefois, et malgré sa finalité propre, son autonomie est mise en cause aux motifs qu'il entretient des rapports filiaux avec le droit civil et des liens étroits avec d'autres disciplines juridiques. Si « les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce¹ », dans de nombreuses hypothèses les dispositions du Code civil régissent les rapports commerciaux. C'est en particulier en application de la théorie générale des obligations qu'est appréciée la validité des contrats de la vie commerciale (contrats de vente, contrats de distribution...). Et de manière générale, le Code civil, en sa qualité de droit commun, reste applicable à défaut de textes spéciaux, ce qui accrédite la conception doctrinale selon laquelle « le droit commercial n'est que la réunion des exceptions apportées aux règles civiles dans l'intérêt du commerce² ». Les rapports entre les deux disciplines ne sont d'ailleurs pas à sens unique. Par un phénomène qualifié parfois de « commercialisation », « d'intrusion » ou de « contagion », les règles et les techniques du droit commercial s'étendent à la sphère civile³. Le fonds agricole ou libéral que notre droit connaît aujourd'hui est inspiré du fonds de commerce, la loi de 1966 sur les sociétés commerciales a influencé la loi de 1978 sur les sociétés civiles, les dispositions sur la sauvegarde, le redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire ont été progressivement étendues à des entreprises civiles (aux personnes morales de droit privé en 1967, aux artisans en 1985, aux agriculteurs en 1988, aux professions libérales en 2005)⁴, récemment certains usages propres à sanctionner une inexécution contractuelle ont été repris en droit civil pour pouvoir être appliqués à des personnes non-commerçantes⁵. Ce phénomène a conduit certains auteurs à proposer d'unifier les pratiques pour soumettre les opérations qui présentent des analogies aux mêmes règles indépendamment de leur caractère civil ou commercial ; d'autres vont plus loin en considérant qu'il faudrait, à l'image de certains droits étrangers, fusionner les deux disciplines. Ce serait, résumant certains, une « source non négligeable de contentieux qui disparaîtrait si l'on supprimait une distinction, au fond inutile⁶ ».

1. Comme le précisait l'ancien article 1107 alinéa 2 du Code civil. Le nouvel article 1105 alinéa 2 dispose désormais que « les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux ».

2. G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, *op. cit.*, p. 9, n° 13.

3. Sur la question, F. Dekeuwer-Défossez et E. Blary-Clément, *Droit commercial*, *op. cit.*, p. 35, n° 35. Ces auteurs parlent de « liaisons dangereuses » entre le droit civil et le droit commercial ; également M. Pédamon et H. Kenfack, *Droit commercial*, Dalloz, coll. Précis, 4^e éd., p. 80, n° 82.

4. V. F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, 8^e éd., p. 4 et s.

5. V. *infra* lors de l'étude du régime des actes de commerce.

6. Dekeuwer-Défossez et E. Blary-Clément, *Droit commercial*, *op. cit.*, p. 37, n° 36.

Le droit commercial entretient ensuite des rapports étroits avec d'autres disciplines juridiques. Il en est ainsi avec le droit fiscal qui exerce son emprise sur certaines opérations commerciales. En pratique, il n'est pas rare que les commerçants se déterminent en raison des conséquences fiscales découlant de l'opération qu'ils envisagent d'accomplir (tel est le cas par exemple pour la création d'une forme de société plutôt que d'une autre). De fait, le droit fiscal oriente le choix des techniques commerciales, obligeant souvent le commercialiste, dans des remarques de fin de paragraphe, à revêtir les habits du fiscaliste. Le droit du travail s'empare également à sa manière du droit commercial. Tous les commerçants employant des salariés doivent respecter les règles protectrices du Code de travail, ce qui leur impose lors de certaines opérations d'intégrer des intérêts divergents de ceux dictés par le strict exercice de leurs activités commerciales¹. Le droit commercial est sous la coupe du droit pénal car celui-ci en déterminant, dans des textes très nombreux et spécifiques (dont beaucoup se trouvent insérés dans le Code de commerce), les pratiques commerciales illicites lui fixe les frontières dans lesquelles il doit se tenir. On peut mentionner l'influence de disciplines plus récentes. Le droit de la consommation et celui de l'environnement sont, par exemple, aujourd'hui à combiner avec la législation commerciale, spécialement parce qu'ils imposent le respect de règles particulières, d'ordre public, lors de l'exercice de certaines activités².

Enfin, le droit commercial est lié au droit international. Ses règles, en particulier celles devenues considérables du droit communautaire, conduisent par primauté à en déterminer le contenu.

§ II. Les caractères du droit commercial

6. – L'histoire enseigne que le commerce a eu pendant très longtemps une mauvaise image. Saint Thomas d'Aquin considérait que « le commerce est en soi une chose honteuse³ ». La raison, d'ordre religieux, tenait à ce que l'activité commerciale était liée à l'usure, c'est-à-dire à la recherche inique du profit, à l'enrichissement sans travailler. Les choses ont progressivement changé. La nécessité des échanges et la reconnaissance sociale des commerçants se sont affirmées. Mais, le commerce ne s'est jamais totalement départi d'un certain nombre de spécificités donnant ainsi au droit commercial qui l'encadre une identité propre.

-
1. L'article 1224-1 du Code du travail fait, par exemple, obligation de maintenir les contrats de travail en cours au jour de la cession d'un fonds de commerce. Cette règle s'applique en cas de délocalisation de l'activité, opération qui peut être motivée par une volonté de rentabilité commerciale.
 2. V. les articles L. 511-1 et s. du Code de l'environnement.
 3. Cité par J. Le Goff, *L'homme médiéval*, éd. Du seuil, Point Histoire, p. 28. Cet auteur constate qu'au Moyen Âge : « en ville, l'argent est roi. La mentalité dominante est la mentalité marchande, celle du profit ».

Son esprit général et ses caractères montrent qu'il s'agit d'un droit à fort particularisme.

A. L'esprit général du droit commercial

7. – L'hétérogénéité et la complexité des règles qui forment le droit commercial rendent difficiles toutes les tentatives visant à en dégager les spécificités. Les qualificatifs qu'on lui donne parfois (droit existentialiste¹, droit bourgeois²) montrent, au-delà des formules, les différentes perceptions qu'il est possible d'en avoir.

Faute de pouvoir réduire un droit aussi dense en quelques idées générales, il faut se contenter de mettre en avant certains de ses traits fondamentaux³.

Pour des raisons évidentes, l'esprit du droit commercial est très étroitement lié à celui du commerce. Aussi, doit-on observer qu'il est d'abord fortement influencé par la finalité des activités commerciales qui est tournée vers la recherche du profit⁴. C'est sous cet angle qu'il faut souvent comprendre la logique et les exigences de certaines de ses dispositions. Réaliser des profits passe par la poursuite constante d'efficacité économique, ce qui implique de faciliter et de simplifier l'exécution des opérations commerciales. Certains textes traduisent expressément ce trait de caractère ; l'assouplissement du formalisme (en matière de preuve notamment), les techniques de transmission des créances professionnelles, de garantie ou encore celles, issues d'usages, pour faire face aux inexécutions contractuelles en sont des exemples.

Selon plusieurs écoles de pensée économique, le droit commercial est perçu comme d'inspiration libérale⁵. Depuis l'émergence des idées des physiocrates et après que la Révolution française ait consacré le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, « toute la science du droit commercial⁶ » s'est construite autour des valeurs du marché.

-
1. Y. Guyon, *Droit des affaires*, Economica, t. 1, n° 2. Selon cet auteur, « c'est un droit existentialiste » car « son existence précède son essence ».
 2. Gérard Lyon-Caen, « Contribution à la recherche d'une définition du droit commercial », *RTD com.* 1949, p. 577.
 3. J. Pailluseau, « Un nouveau Code de commerce en cette fin de siècle, est-ce une si bonne idée ? », *Études offertes à Jacques Barthélémy*, éd. Techniques 1994, p. 99.
 4. Certains textes en sont même l'expression. Ainsi, toute société, précise l'article 1832 alinéa 1 du Code civil est créée « en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter ».
 5. M. Pédamon et H. Kenfack, *Droit commercial*, *op. cit.*, p. 77, n° 80 ; voir aussi J. Boncoeur et H. Thouément, *Histoire des idées économiques*, Nathan, T. 1, De Platon à Marx, p. 61 et s.
 6. Gérard Lyon-Caen, « Contribution à la recherche d'une définition du droit commercial », *RTD com.* 1949, p. 577.

Le droit commercial moderne peut sembler bien différent de l'ancien sur de nombreux points, mais il a été très largement utilisé pour amplifier ce courant en favorisant la liberté d'entreprendre, le libre-échange, la concurrence, la production, l'innovation. La construction européenne renforce du reste cette charge idéologique¹. Est-ce à dire que le droit commercial « ne fait que verbaliser le vouloir des rapports économiques ? » Sa fonction normative est-elle autrement dit mise au service des intérêts financiers et des gens d'affaires ? Répondre à ces questions supposerait de mettre à jour les ressorts cachés de la matière, ce qui impliquerait une analyse complète des objectifs que poursuivent les multiples règles qui la composent. S'il est indéniable que certaines de ses dispositions peuvent apparaître comme formant « un droit capitaliste² », d'autres servent cependant à réguler l'exercice du commerce. Si le but premier de certains textes est étroitement lié aux intérêts de ses acteurs et à la mise en place de structures favorables aux échanges, d'autres sont, comme le montrent notamment les règles relatives aux conditions d'accès à la vie commerciale, des moyens d'opposer l'intérêt général aux intérêts particuliers. Les promoteurs du libre marché ne réclament d'ailleurs pas tous aujourd'hui la mise à l'écart des règles et de l'État ; les commerçants sont parfois demandeurs de régulations sectorielles ou de dispositions protectrices ou encadrantes, même s'il est vrai, comme l'a montré d'Adam Smith, que la motivation du marchand repose avant tout sur le soin apporté à son propre intérêt. L'État n'a de surcroît pas abandonné tout pouvoir de contrôle des activités³. Il reste que cette vision est attachée au libéralisme classique. Avec la montée en puissance de « l'ultralibéralisme » qui, comme l'a observé un auteur, considère les lois « comme des produits législatifs en compétition sur un marché mondial des normes », le droit peut sembler souvent être, pour les États comme pour les entreprises, « un instrument de mise en œuvre du calcul économique⁴ ».

Le droit commercial est ensuite un droit qui présente une forte spécialisation. De nombreuses matières qui le composent (droit bancaire, droit des sociétés, droit de la concurrence...) comprennent des règles techniques et complexes qui font de ces disciplines des affaires de spécialistes. Cette spécialisation n'est pas sans conséquences. Elle contribue à son « éclatement », car dès lors que certains domaines présentent un corps de règles et des principes propres, ils tendent progressivement à s'en détacher pour se présenter comme des disciplines à part entière. Ce phénomène conduit à une « décodification » du droit commercial. Un grand nombre de dispositions commerciales se trouvent ainsi aujourd'hui hors du Code de commerce.

1. F. Dekeuwer-Défossez et E. Blary-Clément, *Droit commercial*, *op. cit.*, p. 37, n° 37.

2. Selon l'expression de Jean Carbonnier à propos des règles sur le redressement judiciaire, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, J. Carbonnier, Flammarion, p. 171.

3. *V. infra.*

4. A. Supiot, *La Gouvernance par les nombres*, Cours au Collège de France (2012-2014), éd. Fayard, p. 183 et 184.