

Fiche 1

Histoire du droit commercial

- I. La naissance du droit commercial
- II. Le droit commercial contemporain

- **Objectif:** Maîtriser les grandes étapes historiques majeures de la création du droit commercial pour en comprendre la logique et les particularités actuelles.
- **Pré requis:** Aucun.
- **Mots-clés:** Jus civile, jus gentium, consules mercatorum, usages.

I. La naissance du droit commercial

A. L'antiquité

Le droit commercial a toujours été un droit différencié du droit civil, et ce même à l'époque romaine où l'on faisait déjà la différence entre le jus civile (droit civil) et jus gentium (qui s'apparente au droit commercial). Ceci est dû au fait que les commerçants avaient souvent recours au crédit, et en faisant de nombreux échanges passaient de nombreux contrats, il fallait donc des règles qui assuraient la rapidité et la sécurité des transactions. À cette époque on voit déjà apparaître des tribunaux de commerce : consules mercatorum, avec la particularité de sa composition, des commerçants qui sont donc appelés à juger leurs pairs. Caractéristique que l'on rencontre encore aujourd'hui.

Le droit de l'antiquité se focalisait surtout sur le droit maritime et le droit bancaire. Des usages propres à ces domaines ont été créés. On peut donc là encore constater que le droit commercial était créé par les usages, ces habitudes de faire des commerçants qui étaient caractéristiques suivant les régions ou les professions.

B. Le Moyen-Âge

Il faut attendre le Moyen-Âge (XI^e siècle) pour voir se développer un droit commercial à part entière. C'est notamment en Italie (Gênes, Pise, Florence, Venise: grands pôles d'activités commerciales); dans les Flandres (Bruges, Amsterdam, Gand, Anvers) et en Champagne (Provins, Troyes) que s'est développé le droit commercial.

En effet dans ces régions étaient organisées de grandes foires commerciales au cours desquelles les commerçants se déplaçaient et faisaient échange. On a, à cette occasion, mis au point la lettre de change, et des règles adaptées aux commerçants qui ne pouvaient satisfaire leurs engagements à payer (faillite). À cette époque ont été mises en place des juridictions spécifiques, les tribunaux des foires, et se sont également développés des usages propres aux lieux et aux corporations concernées.

C. Colbert, règne de Louis XIV

C'est au XVII^e que Colbert codifia le droit commercial, il s'agit alors d'un recueil de règles et de coutumes. En 1673 l'ordonnance de Colbert relative au commerce peut être considérée comme l'ancêtre du code de Commerce.

D. La période révolutionnaire

La période révolutionnaire a, quant à elle, affirmé la liberté du commerce et de l'industrie; accordant «à toute personne la liberté de faire commerce ou négoce, d'exercer profession, art ou métier qu'elle trouvera bon.» Cette affirmation est complétée par la loi Le Chapelier (1791) prononçant l'abolition des corporations.

Les corporations en effet étaient hostiles à la liberté du commerce puisque le système interdisait à toute personne d'exercer librement le commerce, les corporations étaient des associations d'artisans ou de marchands spécialisées dans des secteurs d'activités, qui s'unissaient pour réglementer leur profession, et défendre leurs intérêts et bien sûr limiter l'accès aux professions qu'elles représentaient. Il n'y avait donc pas de liberté d'accès aux professions concernées.

La loi Le Chapelier constitue donc une étape importante dans le développement des activités marchandes.

E. Napoléon et le code de commerce de 1807

C'est Napoléon, qui va formaliser en 1807 un document unique des règles applicables au commerce.

Il était composé de quatre livres:

- Livre I: Le commerce en général
- Livre II: Le commerce maritime

- Livre III: Les faillites et banqueroutes
- Livre IV: Les juridictions commerciales

Ce code de commerce était appelé code des boutiquiers.

Mais là encore ce code n'est qu'une compilation de l'existant sans œuvre créatrice, et pour de nombreux points restait très approximative.

II. Le droit commercial contemporain

Entre le 19^e et le 20^e le droit commercial a eu pour objectif de fournir au capitalisme industriel les moyens de son expansion :

- en 1867: création de la société anonyme destinée à financer la grande industrie
- en 1844: les brevets d'invention
- en 1857: les marques de fabrique
- en 1865: le chèque
- en 1905: la vente et le nantissement

Les périodes de guerre et de crises étant marquées par une intervention de l'État, alors que les périodes de croissance ont vu une affirmation de la liberté d'entreprendre et de contracter.

Au fur et à mesure du temps, le droit commercial s'est ramifié en sous-groupes, sous disciplines avec un caractère propre. Ainsi on a vu la naissance du droit bancaire, du droit des transports: maritime, routier, aérien, fluvial, naissance également du droit des sociétés, du droit de la propriété industrielle...

En 1957 la signature du traité de Rome mettant en place l'Europe, a bien sûr joué un rôle important en affirmant la liberté des échanges.

Aujourd'hui on parle plus souvent de droit de l'entreprise en lieu et place du droit commercial, cette conception est plus large et englobe tous les thèmes auxquelles les entreprises sont confrontées dans leurs activités. Dans cette conception élargie l'appellation « droit des affaires » rencontre un vrai succès et correspond à cette même conception.

En 2000 fut publié un nouveau code de commerce qui a tenté de mettre en cohérence les différentes règles existantes.

Dans tous les cas le droit commercial est un droit actuel, en mouvement qui répond aux exigences de la vie des affaires : rapidité et sécurité des transactions.

POUR S'ENTRAÎNER: QUESTION

Quelles sont les étapes majeures de la création du droit commercial ?

CORRIGÉ

Le droit commercial est à un droit qui dès l'origine s'est distingué du droit civil. À l'époque de l'antiquité on avait déjà perçu la nécessité de mise en place de règles particulières pour ceux qui faisaient commerce. Et déjà à cette époque le droit commercial était créé par les usages, ces habitudes de fonctionnement que les commerçants avaient mis en place par la pratique.

C'est au Moyen-Âge, à travers les grandes foires commerciales qui avaient lieu en Italie, en Flandres et en Champagne que le droit commercial s'est développé. Là encore surtout par les usages. À cette époque ont été mises en place les règles concernant la lettre de change, les entreprises en difficulté (faillite), et les tribunaux de commerce, juridictions spécialisées composées de commerçants pour résoudre les litiges.

Les ordonnances de Colbert (1673) ont commencé l'œuvre codificatrice du code de commerce qui ne s'achèvera en 1807 avec la codification faite par Napoléon. Même si ce code n'était en fait qu'une compilation des règles existantes sans véritable création.

La période révolutionnaire apportera sa pierre à l'édifice avec la loi Le Chapelier de 1791, qui mettra fin au régime des corporations et proclamera la liberté du commerce.

Le droit contemporain s'est construit à travers les périodes guerre, de crises et de croissance.

Depuis le XIX^e siècle le droit commercial s'est développé en techniques: droit des sociétés, droit de la propriété intellectuelle, les moyens de paiement (le chèque), les garanties (le nantissement)

En 2000 un nouveau code de commerce a été publié, tentant de faire œuvre créatrice et de réorganiser un code de commerce qui jusque-là était une compilation sans vraiment de cohérence globale.

Fiche 2

Les sources du droit commercial

- I. Les sources traditionnelles
- II. Les sources particulières

- **Objectif** : Intégrer les particularités liées aux sources du droit commercial.
- **Pré requis** : Hiérarchie des normes, applicabilité immédiate et directe.
- **Mots-clés** : Applicabilité directe et immédiate, primauté du droit communautaire, usages, usage supplétif, usages conventionnels, parère, incoterms, faire jurisprudence.

I. Les sources traditionnelles

A. La constitution et son préambule

La constitution confère par son article 34 à la loi le pouvoir d'organiser les principes fondamentaux des obligations commerciales. La constitution dans son préambule affirme la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle qui sont deux principes fondamentaux du développement des échanges, principes qui ont donc valeur constitutionnelle.

B. Les traités internationaux

Ils constituent une source importante du droit commercial. À ce titre les traités internationaux sont nombreux dans le domaine des échanges et s'apparentent davantage au droit des transports qu'au droit commercial. On peut dans le cadre du droit commercial citer la convention de Vienne 1980, qui formule des règles de fond sur la vente internationale.

Dans ce cadre le droit européen, basé sur la libre circulation des personnes et des biens, joue un rôle majeur. L'applicabilité immédiate et directe et la primauté du droit communautaire sur le droit national confèrent au droit européen une importance particulière dans la création du droit commercial.

C. La loi

Elle est bien sûr source du droit commercial, article 34 de la constitution. Le rôle de législateur a été variable dans ce domaine. Interventionniste en période de crise et de guerre, plus distant en période de croissance. Dans le rôle actif du législateur il faut citer la recodification du code de commerce de 2000.

Le code se compose de 9 livres : 1 : le commerce général, 2 : sociétés commerciales et groupements d'intérêts publics, 3 : certaines formes de ventes et clauses d'exclusivité, 4 : liberté des prix et concurrence, 5 : effets de commerce et garanties, 6 : difficultés des sociétés, 7 : organisation du commerce, 8 : quelques professions réglementées, 9 : outre-mer.

D. La jurisprudence

Émanant des tribunaux de commerce, des chambres commerciales des Cours d'appel et de la cour de cassation elle joue un rôle dans la création du droit commercial, comme elle le joue dans les autres domaines du droit. C'est à travers les décisions qui font jurisprudence qu'elle devient source du droit commercial.

II. Les sources particulières

C'est par la pratique que s'est surtout constitué le droit commercial, à travers ce que l'on appelle les usages. Le droit commercial étant avant tout un droit coutumier né de la pratique des professionnels.

Les usages sont donc des pratiques dont l'emploi constant et régulier en fait une règle non écrite.

A. Usage supplétif

Ces usages peuvent être supplétifs, c'est-à-dire conventionnels, ils s'appliquent sans volonté contraire exprimée. Si aucune des deux parties ne s'y oppose explicitement l'usage s'applique.

Les chambres de commerce et d'industrie délivrent des parères, c'est-à-dire des attestations écrites qui prouvent de l'existence d'un usage, usages qui sont souvent propres à une région ou à une profession.

B. Usage impératif

A contrario, ces usages peuvent être impératifs ou usages de droit dans ce cas il sera impossible d'y déroger par conventions particulières et ils s'appliqueront obligatoirement. Ils peuvent être *secundum legem*, c'est-à-dire comblant un vide laissé volontairement par le législatif ou *contra legem* en contradiction, opposition par rapport à la loi de façon à créer une règle plus adaptée au contexte commercial : Ainsi la règle de la solidarité en droit commercial (voir fiche 3).

C. Usage international

Les usages internationaux sont très nombreux, dès le XIX^e siècle des commerçants d'une même profession se sont regroupés au sein d'organismes internationaux et ont codifié ces usages: ils ont élaboré ce que l'on appelle les incoterms, il s'agit de termes commerciaux normalisés destinés aux ventes commerciales accompagnées de transport. Ce sont en fait des mots codes qui ont pour objectif de définir les obligations respectives des parties. Ils concernent par exemple le lieu de délivrance de la marchandise, ou bien les conditions d'assurance de la marchandise.

POUR S'ENTRAÎNER: QUESTIONS

Classer hiérarchiquement les sources du droit commercial.

Qu'est-ce que la primauté du droit européen, comment se matérialise-t-elle?

CORRIGÉ

Les sources du droit commercial obéissent à la hiérarchie classique des normes même si certaines particularités peuvent être évoquées.

Ainsi au sommet de la pyramide on trouve bien sur la constitution et le bloc de constitutionnalité, avec l'affirmation du principe de la liberté du commerce.

Ensuite il y a les traités internationaux qui se rencontrent surtout en matière d'échange et de transport. Bien sûr au titre des traités internationaux, on trouve les traités européens et les textes qui en découlent. Le traité de Rome posant le principe de la libre circulation des biens et des personnes est un pilier du droit commercial et de sa construction. Les normes européennes qui émanent des traités bénéficient de l'applicabilité immédiate et directe et de la primauté.

En effet les traités internationaux (non européens), eux, doivent faire l'objet d'une ratification pour pouvoir être appliqués dans l'ordre interne. Les normes européennes n'ont pas à passer cette étape, dès que les textes sont publiés au *JOUE* (*Journal officiel de l'Union européenne*) ils ont vocation à s'appliquer immédiatement dans l'ordre interne et effacent toutes les règles (lois) en vigueur sur le territoire de l'état concerné qui pourraient

leur être contraires, ils priment donc sur les règles de droit internes qui sont donc tacitement abrogées si elles sont en contradiction.

La loi est bien sûr source du droit commercial.

Viennent ensuite les usages, ce sont des habitudes de faire anciennes et répétées communes à certaines régions et/ou professions. Or ces règles peuvent être *contra legem*, c'est-à-dire qu'elles peuvent s'imposer en opposition à la loi et donc être supérieures. Ces usages peuvent également être supplétifs, c'est-à-dire ne s'appliquer que si les parties sont d'accord en cas de volonté des parties de les écarter, la loi s'applique.

Ainsi concernant les usages commerciaux, très nombreux, la hiérarchie classique des normes est à nuancer, ce qui constitue une vraie particularité du droit commercial.