

Introduction

L'étude du droit commercial est réputée plus difficile que celle du droit civil; ce sentiment, pour subjectif qu'il soit, est néanmoins justifié par plusieurs caractéristiques propres à cette branche du droit.

Tout d'abord, le droit commercial est une matière qui se singularise par une évolution rapide et contrastée; la doctrine, tout comme les enseignants et les étudiants, peinent à suivre le rythme effréné que leur impose un législateur toujours plus « interventionniste ».

On peut déplorer ensuite une jurisprudence en ce domaine mal fixée, les juges préférant souvent statuer en fait plutôt que d'affirmer des principes dont ils ne parviennent pas à mesurer la portée. Enfin ce droit mouvant et parfois imprévisible est fondé sur une compilation de textes épars qui ne furent restructurés que tardivement par le nouveau Code de commerce (le précédent Code datant de 1807) paru à la fin de l'année 2000; ce Code n'a d'ailleurs pas convaincu la doctrine puisque qu'il n'a pas permis d'apporter une clarification pourtant nécessaire sur le domaine du droit commercial.

Que ce constat austère ne décourage pas l'étude de cette matière riche et intéressante, en phase avec les grands enjeux économiques. Le droit commercial se présente aujourd'hui comme une mosaïque de règles où s'enchevêtrent des notions venues de diverses branches de droit, récemment enrichies de données fiscales et comptables, ainsi que de droit de la concurrence, de la consommation, sans oublier les apports de la législation de l'Union européenne.

Cet ouvrage n'a pas la prétention d'être exhaustif mais d'apporter les connaissances de base indispensables à la compréhension de cette branche du droit passionnante par sa diversité et par la richesse de ses mécanismes originaux.

La présentation générale de la matière conduit tout d'abord à définir le droit commercial (I) puis à aborder ses origines (II), ses sources (III), pour terminer par une réflexion sur sa place actuelle au sein du droit privé (IV).

I. Définition du droit commercial

Le droit commercial présente la particularité d'être rebelle à toute définition claire et précise. En effet, alors que l'on peut aisément définir l'existence et le contenu du droit civil ou du droit pénal, par exemple, l'identité du droit commercial reste un mystère. En effet, la matière traditionnellement désignée par l'expression « droit commercial » ne se limite pas à l'étude du phénomène du droit privé commercial : elle englobe également des questions qui relèvent du droit public (intervention de l'État dans l'économie), du droit fiscal, du droit du travail (place des salariés dans l'entreprise), du droit civil (statut du commerçant marié et de son conjoint), du droit de la consommation (relations clients/entreprise), et même – et surtout – du droit communautaire (droit de la concurrence, réglementation des sociétés).

Le droit commercial est donc en réalité une matière pluridisciplinaire que certains auteurs appellent plus volontiers « droit des affaires » (cf. Guyon, *Droit des affaires*, éd. Economica), « droit économique » ou « droit de l'entreprise » (v. *infra*, la place du droit commercial). Sans entrer dans la controverse consistant à savoir si ces expressions sont équivalentes, si elles confortent ou dépassent celle de « droit commercial », nous nous contenterons de retenir une définition globale et générale du droit commercial.

DÉFINITION

Le droit commercial est une branche du droit privé qui régit « le monde des échanges économiques », à savoir certaines activités économiques et les personnes qui s'y livrent, la détermination des unes et des autres étant faite par le Code de commerce (en ce sens, F. Dekeuwer-Défossez et E. Blary-Clément, *Droit commercial, Domat droit privé*, LGDJ, éd. 2011, v. p. 40).

II. Origines du droit commercial

Le droit commercial tire ses origines d'une longue évolution historique dont les péripéties éclairent ses caractères actuels. Si elle permet de mieux comprendre la situation actuelle, l'étude des origines historiques du droit commercial est toutefois assez difficile à mener car des faits commerciaux ont rarement donné lieu à la rédaction d'actes écrits, comme ce peut être le cas en droit civil. De manière classique, trois grandes périodes marquent les étapes de l'évolution du droit commercial : l'Antiquité (A), l'ancien droit (B) et la période post révolutionnaire (C).

A. L'Antiquité

Il faut distinguer ici la Haute Antiquité, le droit grec et le droit romain.

1. La Haute Antiquité

Si la civilisation égyptienne nous fournit peu d'indications sur le commerce, en revanche on sait que les Babyloniens étaient un peuple de marchands; deux sources nous ont fourni de précieux renseignements: le Code d'Hammourabi (2000 av. J.-C.) et les tablettes de Warka. On trouve dans ces documents des éléments de droit bancaire tels que le prêt à intérêt (pratiqué sous forme de semences, la monnaie étant inconnue), ainsi que des rudiments de droit des sociétés.

La tradition du commerce est ensuite passée des Babyloniens aux Phéniciens, réputés pour leurs qualités de navigateurs. Mais le droit du commerce phénicien et punique est malheureusement inconnu; sans doute a-t-il néanmoins influencé les droits des deux grandes civilisations antiques: la Grèce et Rome.

2. Le droit grec

Les Grecs, s'ils étaient passionnés de science politique ou de droit constitutionnel, n'attachaient guère d'intérêt au droit privé. Cependant, avec l'apparition de la monnaie, le commerce se développa en Ionie vers le milieu du VI^e siècle avant J.-C. Une loi rhodienne, la «*Lex Rhodia de jactu*» édicta une technique encore utilisée aujourd'hui en droit maritime: l'avarie commune (si, pour sauver le navire, le capitaine devait sacrifier une partie de la cargaison, l'armateur et les expéditeurs participaient tous à cette perte). Le droit grec est encore à l'origine du prêt nautique, tenant à la fois du prêt et de l'assurance qui devint au Moyen Âge le prêt à la grosse aventure (ou «*prêt à la grosse*») ainsi que des formes de sociétés commerciales ou des contrats bancaires.

On peut remarquer que la Grèce antique était atomisée en petites cités lesquelles avaient chacune ses institutions publiques, son droit civil et civique. Les commerçants étaient le plus souvent des étrangers à la cité où ils s'établissaient, des «*Métèques*». Cette situation particulière les amena très tôt à utiliser une forme de droit international composé d'éléments pris aux droits des diverses cités, mais aussi à créer des juridictions spéciales qu'ils géraient eux-mêmes. On trouve donc ici les ancêtres de nos tribunaux de commerce actuels.

3. Le droit romain

Bien que principalement préoccupés par le droit civil, les Romains ont néanmoins jeté les bases d'une véritable organisation du commerce. Chacun sait combien l'héritage du droit romain a été important pour notre droit moderne : la plupart de nos techniques contractuelles, les institutions telles que le mandat, la solidarité, ou encore les procédures collectives d'apurement du passif trouvent leur origine dans le droit romain. Les Romains avaient également instauré un droit public économique élaboré (cf. l'édit « du maximum » de Dioclétien, en 301 après J.-C., fixant les prix maximums de certaines denrées) et, au Bas Empire, une forme de corporatisme et d'économie dirigée avait déjà fait son apparition.

À la suite de la chute de Rome, et pendant plus d'un millénaire, les échanges économiques vont quasiment disparaître. Le Moyen Âge ne développera guère le droit commercial que vers le XII^e siècle.

B. L'Ancien Droit

Trois périodes peuvent être distinguées ici : le Moyen Âge (XII^e – XVI^e s.), les Temps modernes (XVI^e – XVIII^e s.) et la période révolutionnaire.

1. Le Moyen Âge

Les invasions barbares ont donc suspendu toute activité commerciale, chacun vivant en autarcie. Le commerce renaît réellement à partir du XII^e siècle, les principaux centres d'activité économique étant situés en Italie (Gênes, Pise, Florence, Amalfi, Venise) et dans les Flandres (Bruxelles, Bruges, Amsterdam, Gand, Anvers).

Le rôle politique des commerçants dans la cité prend alors de l'importance. Groupés en corporations, ils rédigent des statuts qui se présentent comme de véritables codes de commerce. Ce système corporatiste présentait de nombreux avantages (formation des jeunes, défense de commerçants face au pouvoir royal ou seigneurial, œuvres sociales...) mais était aussi un facteur de hausse des prix, de stagnation technique et de protectionnisme excessif (aucune concurrence n'était alors permise). Des juridictions commerciales spécialisées furent mises en place, comme les « *Consules mercatorum* » de Florence ou le tribunal de la Rote de Gênes. Les commerçants vont alors faire le négoce avec les autres villes, ils vont s'essaimer partout en Europe grâce au développement des foires (par exemple la célèbre foire de Champagne). Ces voyages suscitérent des besoins spécifiques, tels que les

instruments de paiement permettant d'éviter les transports d'argent sur les routes (lettre de change, compte courant) ou les juridictions permettant de trancher les litiges sur les foires (les juridictions de foire). Très vite, la nécessité de faire prévaloir une règle internationale commune à toutes les places commerciales régies par une mosaïque de coutumes locales s'est fait sentir: ainsi naquit le «*jus mercatorum*», lequel s'applique toujours au commerce international moderne.

Il faut enfin souligner l'importance du rôle de l'Église catholique sous l'Ancien Régime. En effet, le droit canonique interdit non seulement l'usure mais aussi toute forme de prêt à intérêt, et ce durant tout l'Ancien Régime. Or le commerce suppose le crédit; aussi certaines dérogations ont-elles été admises par l'Église afin de ne pas paralyser toute la vie économique:

- En premier lieu, pour éviter la prohibition canonique, on pouvait utiliser la commandite: une personne apporte de l'argent à une autre pour une opération ou une activité lucrative, les bénéfices en résultant devant être ensuite partagés. Cette «*commanda*» fut à l'origine de la société en commandite moderne;
- La seconde dérogation concerne la lettre de change, la «*distancia loci*», laquelle est un ordre donné par un créancier à son débiteur de payer une certaine somme d'argent à une personne. L'Église autorisait ici la perception d'intérêts pour rémunérer le change et les risques inhérents à la distance à condition que le créancier ne soit pas de la même localité que le débiteur.
- Citons enfin le «*periculum sortis*», le danger du capital, où la rémunération du prêteur est autorisée lorsque celui-ci accepte des risques supérieurs à la normale.

REMARQUE Cette interdiction canonique fut une véritable manne pour les Juifs et les Lombards (Italiens du Nord qui méconnaissent toujours cette contrainte) car ils regroupèrent peu à peu entre leurs mains toutes les activités bancaires et financières. Par ailleurs, observons que l'interdiction du prêt à intérêt existe toujours dans le Coran, ce qui oblige les banques islamiques à développer des mécanismes juridiques et financiers particuliers pour contourner cette règle.

Le *jus mercatorum* est donc l'ancêtre direct de notre commercial moderne. En tant qu'instrument international, il préfigure l'unité européenne qui s'est faite autour du traité de Rome en 1958. C'est également un droit où prime la rapidité (vente des produits et règlement de ceux-ci le temps d'une foire) et la rigueur (saisie et vente des biens des commerçants ayant fait faillite). L'apport du Moyen Âge est

donc considérable puisqu'il nous a transmis les principales institutions de notre droit commercial moderne : les contrats commerciaux, les opérations bancaires, la faillite, la lettre de change et, dans une moindre mesure, les sociétés.

2. Les Temps modernes

À la suite de la découverte de l'Amérique, l'Espagne et le Portugal deviennent les principales puissances économiques. Par ailleurs, le commerce méditerranéen chute en raison de l'insécurité des transports maritimes due aux attaques turques.

Le droit commercial, à partir des ^{xvi}e et ^{xvii}e siècles, va faire l'objet d'une réglementation par le pouvoir royal, ces premières formes d'étatisation de l'économie répondant à une demande des commerçants désirant la protection légale des « bonnes pratiques commerciales » et la sanction des mauvaises pratiques.

Deux événements principaux marquent cette période.

- En 1563, un édit de Charles IX crée les juridictions consulaires, composées selon le système de l'échevinage, c'est-à-dire d'un juge professionnel et de quatre consuls élus par les autres marchands.
- En 1673, Colbert demande à Savary, un négociant de Paris, une codification des pratiques commerciales. Ce Code Savary, fixant pour la première fois le droit commercial, est toutefois trop pragmatique et trop réglementaire pour avoir une grande autorité. Inspiré par le souci de réprimer les fraudes, il avait plus pour effet de brider l'activité commerciale que de la développer. De plus il était incomplet, les activités bancaires ayant globalement été omises. Pour compléter et expliquer son code, Savary publiera en 1685 un commentaire, le célèbre « parfait négociant ».
- En 1681, Colbert édicte une seconde ordonnance afin de régler la marine ; ce texte sera d'ailleurs repris par la suite par les rédacteurs du Code du commerce.

REMARQUE Cette période prérévolutionnaire est traversée par des idées qui vont profondément marquer les mentalités commerciales et industrielles. Le premier courant d'idées est la doctrine du colbertisme, selon laquelle le pouvoir politique doit impulser l'économie, la diriger et la contrôler. Malgré de nombreuses tentatives pour instaurer le libéralisme dès le ^{xviii}e siècle, le colbertisme restera profondément ancré dans la mentalité commerciale française. Le second courant d'idées va naître de la révocation de l'Édit de Nantes : à la différence de la doctrine catholique, les protestants voient dans le profit et l'enrichissement une récompense divine de l'effort humain. L'avance commerciale et technologique des Pays-Bas ou de l'Angleterre sur la France s'explique en grande partie par cette idée.

Le XVIII^e siècle fut donc marqué par une réelle effervescence des idées économiques et par un dirigisme étatique strict. Le droit commercial, cependant, demeure fort en retard au regard du droit civil, mieux élaboré et plus logique (cf. l'influence déterminante de Pothier); Il ne fait que donner des recettes sans élaborer une théorie générale. Devant l'inadaptation du Code Savary, d'autres tentatives d'établissement d'une législation commerciale rationnelle furent entreprises, la plus élaborée étant le projet Miromesnil, en 1778; mais aucune n'a été suivie d'effet. D'autre part, il faut encore noter que le droit commercial de cette époque se trouvait sclérosé par les règles corporatistes et que le laxisme dont faisait preuve les juridictions consulaires ne favorisait pas l'ordre et la justice dans le commerce.

3. La période révolutionnaire

La Révolution ne fit guère œuvre constructive, mais on lui doit toutefois deux textes célèbres :

- Le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 proclamant la liberté du Commerce et de l'industrie, encore en vigueur actuellement. Cette incitation à la création d'entreprises fut à l'origine du développement économique amorcé dès le début du XIX^e siècle qui prendra ensuite l'essor que l'on connaît.
- La loi Le Chapelier des 14 et 15 juin 1791 abolissant le système des corporations. Cette loi, libérale dans son principe, eut cependant des conséquences discutables puisqu'elle interdisait les groupements professionnels et faisait obstacle au développement des personnes morales, en particulier les syndicats.

Libérés de ces deux limitations, le commerce et l'industrie allaient donc entrer dans l'ère industrielle et promouvoir une économie de type capitaliste. Notons que les révolutionnaires ne supprimèrent pas les juridictions consulaires, sans doute en raison de leur caractère électif.

C. La période post-révolutionnaire

En 1807, l'Empire élaborait un Code de commerce qui, applicable à partir du 1^{er} janvier 1808, est resté en vigueur jusqu'à la nouvelle codification de 2000. Toutefois cette œuvre législative est généralement considérée comme étant très médiocre. Ce code fut élaboré à la hâte pour mettre fin aux spéculations des fournisseurs aux armées et aux difficultés économiques. Ses rédacteurs se sont bornés à reproduire

l'ordonnance de 1673, sans se rendre compte que celle-ci se fondait sur un régime corporatiste abrogé lors de la Révolution par la loi Le Chapelier. Il fit donc très vite l'objet de multiples réformes qui le vidèrent de son contenu ; avant la nouvelle codification, il ne restait guère plus qu'une trentaine d'articles encore en vigueur dans leur rédaction d'origine. Le droit de l'économie capitaliste va donc se construire en dehors du Code de commerce.

Schématiquement, on peut diviser la période post révolutionnaire en trois époques : le libéralisme (jusqu'à la Première Guerre mondiale), l'interventionnisme (de 1914 à 1945) puis la période contemporaine (après la Seconde Guerre mondiale).

1. Le libéralisme

Le XIX^e siècle, qui s'achève avec la guerre de 1914, est essentiellement marqué par le libéralisme. C'est la période du « laisser faire, laisser passer » et du triomphe du capitalisme. Le monde du commerce et de l'industrie a alors besoin des outils qui lui permettront d'instaurer un système économique efficace. Parmi ces outils, les sociétés commerciales ont joué un rôle prédominant. Ce furent d'abord des commandites, puis la loi du 24 juillet 1867 facilita la constitution des sociétés anonymes. Les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne réunirent des moyens financiers sans commune mesure avec ceux des personnes physiques. Elles furent les instruments privilégiés du capitalisme moderne. L'amélioration du droit de la monnaie et du crédit va également participer à cet essor économique notamment par la création de la Banque de France par la loi du 28 pluviôse an VII (18 février 1800), par les nouveaux instruments de crédit (le warrant, L. 28 mai 1858 ; le nantissement du fonds de commerce, L. 17 mars 1909), ou par la législation moderne sur le chèque (L. 14 juin 1865). Notons que c'est également à cette période qu'apparurent les différents types de propriétés industrielles et commerciales (les brevets, L. 5 juillet 1844 ; les marques, L. 28 juin 1857 ; le fonds de commerce, L. 17 mars 1909) qui sont autant d'étapes de la construction de l'économie capitaliste.

2. L'interventionnisme

Cette période s'ouvre avec la Première Guerre mondiale, se poursuit avec la crise de 1929 pour finir avec la Seconde Guerre mondiale. Les méfaits du capitalisme apparaissent au grand jour et au libéralisme succède une intervention de plus en plus marquée de l'État dans le domaine économique. Par la même occasion, l'administration, après une absence d'un siècle, revient en force.