

## Définition du droit des affaires

**LA DÉFINITION** Le droit des affaires, traditionnellement dénommé droit commercial, ne saurait être réduit à ce seul vocable. Les deux notions, bien que très proches, ont des domaines différents. Si le droit commercial peut se définir comme l'ensemble des règles applicables aux commerçants dans l'exercice de leur activité professionnelle, le droit des affaires a une visée plus large, qui s'incarne dans **l'ensemble des règles de droit applicables aux entreprises privées et ayant vocation à régir les échanges économiques.**

**LE DÉBAT** Si la notion de commerçant est clairement au centre de la définition du droit commercial, c'est la notion plus vaste d'entreprise qui caractérise le droit des affaires. Pour autant, cette approche ne doit pas troubler.

Quelle que soit l'appellation retenue, ce droit se développe selon deux axes que sont, d'une part, la notion de commerce au sens large du terme, c'est-à-dire non seulement le négoce strictement entendu (distribution par exemple) mais également l'activité économique globale (services, production, banque, assurance...) et, d'autre part, la notion de commerçant, également envisagée largement (banquier, transporteur, entrepreneur individuel mais aussi société commerciale, entreprise...). C'est dire qu'à l'intérieur de la grande catégorie du droit des affaires, le droit commercial, plus restreint, constitue un sous-ensemble parfaitement intégré. **Le droit des affaires englobe et prolonge ainsi le droit commercial.**

Le constat ne doit pas étonner. Il résulte de deux phénomènes dont on mesure pleinement aujourd'hui les conséquences. D'une part, à force d'annoncer la mort du droit commercial, il faut bien constater que son **dépassement** était inéluctable. Même si le constat de son impérialisme a souvent été dressé, ses règles propres sont à présent insuffisantes à rendre compte précisément de la réalité de la matière. La prise en considération de normes provenant de disciplines connexes, comme le droit pénal, le droit fiscal ou encore

le droit civil, permet d'avancer la perte de spécificité du droit commercial au profit d'un droit plus global des *professionnels*. D'autre part, **l'impérialisme**, justement, du droit commercial permet de comprendre que bien des règles qui lui sont propres, irriguent aujourd'hui le droit civil et d'autres disciplines (par exemple, les procédures collectives sont désormais applicables aux artisans et agriculteurs, ainsi qu'aux professions libérales, qui ne sont pas des commerçants). Ce constat amène l'idée d'une dénomination à présent trop stricte pour décrire complètement la matière et ses enjeux d'où la nécessité d'un relais, disons plus moderne, au travers de l'appellation « droit des affaires ».

Le droit des affaires ne doit pas non plus se confondre avec le **droit de l'entreprise**. La raison essentielle tient au flou juridique qui entoure la notion d'entreprise et au fait, notamment, qu'outre son absence de définition juridique, cette notion est essentiellement fonctionnelle et économique. Elle permet le déclenchement d'un certain nombre de règles de droit (en droit de la concurrence notamment). En outre, l'entreprise souffre d'un déficit notionnel en droit français qui permet de comprendre les réticences du législateur quant à sa réception concrète dans la matière juridique : tantôt sujet de droit et personne à part entière (elle bénéficie d'un patrimoine, elle peut se défendre en justice, elle porte un nom appelé dénomination sociale...), tantôt simple masse de biens et donc réduite au rang de chose, il est bien délicat d'en saisir l'essence et donc, *a fortiori*, de dégager un régime juridique qui lui serait uniformément applicable. C'est la raison pour laquelle le vocable droit de l'entreprise, trop sujet à hésitations, doit être clairement séparé du droit des affaires.

Le droit des affaires doit enfin être identifié par rapport à la notion de **droit économique**, qui souffre des mêmes lacunes que l'expression précédente. Parce que son champ d'application n'est pas clairement identifié (droit de la concurrence, de la distribution mais également droit de la consommation et finalement peut-être tout le droit dans la mesure où l'économie se retrouve à tous les stades du processus juridique ?) et parce que la notion est parti-

culièrement polysémique, on ne peut pas assimiler ou réduire le droit des affaires au droit économique.

**LA BIBLIOGRAPHIE** P. et Ph. Didier, *Droit commercial*, Economica, coll. « Corpus Droit privé », 2005 ; Y. Guyon, *Droit des affaires, Droit commercial et sociétés*, Economica, Tome 1, 12<sup>e</sup> éd., 2003 ; M. Menjuq, *Droit des affaires*, Gualino éditeur, coll. « Mémentos LMD », 4<sup>e</sup> éd., 2004, n° 7 ; J. Mestre et M.-E. Pancrazi-Tian, *Droit commercial*, LGDJ, coll. « Manuel », 26<sup>e</sup> éd., 2003 ; B. Petit, *Droit commercial*, Litec, coll. « Objectif droit », 3<sup>e</sup> éd., 2005, n° 1 et suivants ; Ripert et Roblot, par L. Vogel, *Traité de droit commercial*, LGDJ, Tome 1, vol. 1, 18<sup>e</sup> éd., 2001.

## Histoire des affaires

**LA DÉFINITION** L'histoire du droit des affaires se propose de retracer son évolution au travers des siècles, en insistant, pour chaque période, sur les caractéristiques de ce droit.

**LE DÉBAT** L'histoire du droit des affaires permet de mesurer l'évolution des caractères de la discipline ainsi que sa place au sein de la science juridique. On distingue traditionnellement **trois périodes** : la période antique, la période du droit codifié et l'époque moderne.

La **période antique**, qui vise essentiellement le Moyen Âge, c'est-à-dire qui s'étend, grossièrement, de l'an mille au XV<sup>e</sup> siècle, est marquée par trois forces qui accompagnent la naissance du commerce et du droit afférent. La période antique subit d'abord l'influence prépondérante de la *féodalité*. Le commerce et la vie économique en général sont alors le fait des seigneurs, véritables autorités législatives découlant de l'éparpillement du pouvoir central. Le droit commercial plonge ses racines, historiquement, dans les usages des marchands, eux-mêmes découlant du renouveau du négoce à l'époque : multiplication des foires, actions des corporations, apparition des premières juridictions spécialisées

dans le commerce... La période antique subit ensuite, assez directement, l'influence de l'Église catholique et du clergé en général. L'Église marque très vite sa défiance vis-à-vis du commerce, qu'elle juge contraire aux préceptes de la Bible et qu'elle n'hésite pas à stigmatiser de tous les maux. Le clergé condamne ainsi l'usure, qui ne correspond pourtant alors qu'au prêt à intérêt (les prêtres comme les laïcs pouvaient être frappés d'excommunication s'ils pratiquaient l'usure). Cette condamnation traduit d'ailleurs parfaitement la méconnaissance des besoins économiques de l'époque, l'usure étant le seul mode de survie du paysan dans l'hypothèse de récoltes décevantes. Enfin la période antique est marquée par le *renouveau du commerce* auquel nous faisons allusion précédemment : les grandes villes de négoce, notamment en Italie et en Flandres avant que cette idée ne se propage dans toute l'Europe, développent de plus en plus en leur sein de grands marchés et de grandes foires. Les premières échoppes apparaissent, avec les premières esquisses de réglementation : contrôle des autorités aux fins de protection des consommateurs, couleurs différentes des boutiques pour différencier les corps de métiers... C'est également l'époque des corporations, dont le but est moins de regrouper les divers corps de métiers que de s'assurer, par des réglementations internes, prémices des codes de conduite, que tel commerçant n'ira pas exercer tel métier dépendant d'un autre corps que le sien. Avant les actions en concurrence déloyale modernes, les marchands avaient ainsi parfaitement saisis l'importance du respect de la clientèle d'autrui. C'est enfin la naissance d'un *corpus* de règles communes à tous les marchands, articulé autour de deux idées fortes ; la nécessité d'être jugé par des juges proches de la vie économique : c'est la naissance des juges du commerce, figure originelle des tribunaux du même nom ; la nécessité de bénéficier d'instruments commerciaux communs : c'est la découverte des premières sociétés commerciales, de la lettre de change et des mécanismes de la faillite.

**La période du droit codifié** se traduit en deux temps : le premier amorce la codification alors que le second la réalise concrètement. Cette période, qui correspond à la Révolution française de 1789,

dessine les premiers contours de la codification. Le législateur révolutionnaire affirme alors le *principe de la liberté du commerce et de l'industrie* dans la loi des 2 et 17 mars 1791 (dit décret d'Allarde) qui proclame la liberté pour toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle jugera bon. Il prononce également l'abolition des corporations par la loi Le Chapelier des 14 et 17 juin 1791. Ces premiers pas s'inscrivent assez nettement dans les *grandes tendances ou revendications sociales* de l'époque, dont l'aboutissement se concrétisera par la Révolution de 1789. Depuis le Moyen Âge, la montée du capitalisme est un constat irréfutable. Se détachent assez nettement au sein même des marchands, les simples marchands ruraux, les négociants, les banquiers et une certaine aristocratie marchande se développe à mesure que les marchés et les bourses de commerce s'intensifient. Quant à la *politique royale*, elle est toute tournée vers le *mercantilisme*, de sorte que la Monarchie pose son empreinte sur tous les secteurs de la vie économique jusqu'en 1789. Les ordonnances de Colbert de 1673 marquent ainsi la volonté royale de rassembler l'ensemble des usages du commerce afin de dégager un droit des marchands unifié. Cette volonté ressort également des tribunaux de commerce, dont l'établissement s'intensifie dès le XVI<sup>e</sup> siècle, de même que du développement des premiers embryons de secteur public par l'instauration des manufactures royales (manufacture des Gobelins par exemple). La montée en puissance du capitalisme se traduit enfin par la création des premières sociétés commerciales par actions et par l'amélioration des moyens de communication (routes et transport fluvial notamment).

Puis, dès le début du XIX<sup>e</sup> siècle, la *codification* proprement dite du Code de commerce débute, pour n'aboutir qu'en 1807. Entré en vigueur en 1808, le Code de commerce est de rédaction médiocre et ressemble à une sorte de fourre-tout fort peu maniable. Comportant à l'origine 648 articles divisés en 4 livres (commerce en général, commerce maritime, faillite et contentieux commercial), le Code de commerce ne répond que très imparfaitement aux ambitions alors affichées. En effet tant la révolution économique

(notamment industrielle avec le développement du machinisme et l'apparition de modes de transport plus rapides et plus sûrs comme le chemin de fer) que la révolution financière (développement des banques et des assurances) marquent un peu plus chaque jour l'obsolescence croissante du Code. Dépassé par la vitesse des évolutions, il est de fait, dès son entrée en vigueur, d'utilité réduite. La révolution sociale, enfin, achèvera de stigmatiser ses lacunes, la naissance de la classe ouvrière pointant le décalage existant alors entre les règles capitalistes du Code et les attentes sociales nouvellement exprimées des travailleurs.

**L'époque moderne**, enfin, qui s'étend de la codification de 1807 à nos jours, reste profondément marquée par un mouvement d'aller-retour. Si au sortir des deux grandes guerres mondiales de 1914 et 1939, le constat peut être posé d'un abandon du libéralisme dominant, son retour en force dans les années 1980 ne doit pas surprendre. *L'abandon du libéralisme triomphant du XIX<sup>e</sup> siècle* est une conséquence directe des effets de la Première Guerre mondiale et du crack boursier de 1929. Pour tenter de rompre avec l'idéologie du marché tout puissant autorégulateur, héritée d'Adam Smith, les pouvoirs publics français ont opté pour un modèle *d'économie dirigée*. La libre concurrence fit alors place à l'encadrement des prix et les ordonnances de 1945 marqueront l'avènement d'un système de prix administrés où, sauf indication contraire, les prix étaient définis et bloqués par les pouvoirs publics. Le crédit est alors très fortement contrôlé, l'idée étant que les liquidités du public devaient être protégées contre une faillite potentielle du banquier. C'est par la réglementation de la profession (notamment par l'instauration de conditions de moralité et de surface financière) que le gouvernement agira.

L'ambition était également de contrôler l'émission et la masse de la monnaie pour réagir et prévenir un éventuel autre crack boursier. C'est aussi le moyen de contenir l'inflation en période de pénurie. Mais ces mesures, qui agissent comme une sorte d'amorce à la réaction contre le libéralisme du XIX<sup>e</sup> siècle, trouvent leur prolongement le plus significatif, d'une part, dans les mesures de *planification*, dès le sortir de la Seconde Guerre mondiale, aux fins de

reconstruction de l'industrie et, plus généralement, de l'économie d'un pays dévasté par des années de guerre et de pénurie et, d'autre part, par la *nationalisation* de pans entiers de l'économie afin de placer sous contrôle étatique les entreprises dont on estime alors qu'elles constituent les poumons de l'économie nationale. La création d'un secteur public fort apparaît alors comme « le moyen suprême de résistance au capitalisme ». Les nationalisations, amorcées dès l'après-guerre, vont s'accélérer jusqu'en 1982 où le processus servira d'éléments de campagne aux partis de gauche lors des élections présidentielles.

Le *retour du libéralisme* est pourtant le second constat de cette époque moderne. Il prend place au cœur des années 1980. Ce mouvement, qui n'est pas propre à la France, se manifeste d'abord au plan international par la réalisation des traités fondateurs du Marché commun : Communauté du charbon et de l'acier (CECA), première Communauté européenne, Communauté économique européenne (CEE), Communauté européenne de l'énergie atomique (CEEA)... Le traité de Rome est irrigué par ces idées libérales dont le cœur reste l'instauration d'une économie de marché, commandant la liberté de circulation des travailleurs, des produits, des services... La libre concurrence est également placée en tête des préoccupations du traité. Ces mouvements internationaux ne pouvaient manquer d'avoir des répercussions en France. Le retour du libéralisme s'y manifeste autour de trois grands pôles : la libéralisation du secteur bancaire par la loi du 24 janvier 1984, établissant un cadre unique de fonctionnement pour tous les établissements de crédit nationaux dans lequel la concurrence est libre ; la libéralisation des prix par l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 abrogeant la réglementation des prix et laissant là encore la libre concurrence jouer son rôle régulateur ; les privatisations d'entreprises publiques par les lois du 2 et 6 août 1986 et du 19 juillet 1993.

Enfin, pour clôturer, on ne peut manquer de souligner le dernier mouvement ayant animé le Code de commerce : pour enrayer l'éclatement croissant du droit des affaires, l'ordonnance du 18 septembre 2000 a codifié à droit constant l'ensemble des textes

épars de la matière, c'est-à-dire sans modifier ces textes. Sur ce point, les critiques ont pourtant été nombreuses. Pour n'en stigmatiser que quelques unes, il faut relever, d'une part, que le législateur a abrogé par mégarde certains articles du Code de commerce, et notamment ceux afférents à la compétence des tribunaux de commerce et, d'autre part, qu'il a parfois ajouté dans le corps même des articles existants des opinions jurisprudentielles, leur donnant ainsi force de loi (notamment dans le droit des baux commerciaux). C'est dire que cette recodification du droit des affaires est loin d'être satisfaisante.

**LA BIBLIOGRAPHIE** P. et Ph. Didier, *Droit commercial*, Economica, coll. « Corpus Droit privé », tome 1, 2005, n° 9 et suivants ; J. Hilaire, *Introduction historique au droit commercial*, PUF, 2002.

## Autonomie du droit des affaires

**LA DÉFINITION** L'autonomie du droit des affaires s'entend de la frontière entre son domaine et celui du droit civil qui constitue le droit commun. L'autonomie du droit des affaires pose clairement la question de son indépendance.

**LE PROBLÈME** Le droit des affaires s'est forgé assez largement en dehors du droit civil pour répondre à des besoins différents, notamment de rapidité et de sécurité. Mais il ne peut ignorer le droit civil pris sous l'angle du droit commun. Il lui emprunte de nombreux mécanismes et principes, au rang desquels figure en bonne place la liberté contractuelle. C'est ce principe qui permet, notamment, de créer de nouvelles institutions (crédit-bail, franchise...) afin d'adapter le droit des affaires et ses mécanismes à l'évolution de l'économie et des besoins des opérateurs économiques. C'est la raison pour laquelle subsiste aujourd'hui encore deux droits spécifiques : le droit civil et le droit des affaires. Toutefois, à l'heure où l'économie de marché domine l'économie française, comme celle de ses voisins européens où la