

fiches de

**Droit commercial
et de droit
de la concurrence**

2^e édition

Rappels de cours et exercices corrigés

Moussa Thioye
Lucas Bettoni



Les aspects notionnels et historiques du commerce et du droit commercial

- I. Les notions de commerce et de droit commercial
- II. La genèse et l'évolution historique du droit commercial

DÉFINITIONS

- **Commerce** : englobe toutes les activités professionnelles de distribution des biens et les activités industrielles de production ainsi que diverses activités connexes de services (assurances, banque, transport...) à l'exclusion, néanmoins, des activités agricoles, des activités artisanales, des activités minières, des activités libérales... ou encore de certaines activités immobilières comme la construction-vente.
- **Droit commercial** : désigne l'ensemble des règles de droit applicables aux commerçants et/ou aux actes juridiques réalisés entre eux ou avec leur clientèle.

I. Les notions de commerce et de droit commercial

Notion de commerce. – La définition de la notion de « commerce » n'est pas uniforme. Dans un sens général ou courant, correspondant à la conception romaine, le commerce ou *commercium* désigne tout échange quels qu'en soient l'objet et/ou les modalités, tous les rapports juridiques que les hommes entretiennent relativement à l'utilisation de leurs biens. Il s'agit là d'une conception qui a le mérite d'être claire mais son inconvénient majeur est, de toute évidence, d'être trop large. Dans un sens plus étroit et plutôt économiste, le terme « commerce » ne désigne que les activités de circulation et de distribution des richesses, à l'exclusion des activités industrielles de production et des activités de pure consommation. La faiblesse de cette conception réside dans son exigüité. Ces deux conceptions extrêmes (l'une trop vague, l'autre trop restrictive) se sont avérées toutes incomplètes, de sorte qu'il a fallu dégager une conception intermédiaire : le commerce que régit le droit commercial

englobe, en effet, tant les activités de distribution des biens que les activités industrielles de production, ainsi que diverses activités connexes de services (assurances, banque, transport...). Il apparaît, de la sorte, qu'une très grande partie des activités économiques relèvent du domaine du droit commercial.

Cela dit, ce domaine n'est pas général car, même s'ils peuvent être exercés par des sociétés commerciales par leur forme, beaucoup de secteurs économiques y échappent encore puisqu'ils sont qualifiés et traités, eu égard notamment à des considérations sociologiques et historiques ou, plus récemment, à des raisons de politique juridique ou fiscale, comme des activités de nature civile : activités agricoles (production végétale et production animale), activités artisanales, activités libérales, certaines activités immobilières comme la promotion-vente, etc.

Notion de droit commercial. – Alors que le droit (dit objectif) correspond, de manière générale, à l'ensemble des règles de conduite sociale présentant un caractère général, permanent et obligatoire pour tous ses destinataires et dont le respect est assuré par l'autorité publique, le droit commercial, en particulier, peut être littéralement défini comme la branche du droit dont l'objet est de gouverner le «commerce». Il en existe, globalement, deux grandes conceptions : d'abord, une conception subjective ou personnaliste, d'inspiration allemande, selon laquelle le droit commercial constitue le droit applicable aux commerçants : on y insiste ainsi sur les personnes, sur les acteurs, sur les opérateurs ; ensuite, une conception objective d'après laquelle le droit commercial désigne le droit applicable aux actes de commerce quel que soit leur auteur : on y insiste ainsi sur les opérations commerciales. Le Code de commerce paraît avoir adopté une solution de compromis, tenant compte des deux conceptions, même si la seconde serait prédominante puisque la définition de commerçant y repose, en principe, sur la notion d'acte de commerce (on pourrait ajouter à cet argument le fait que la notion d'acte de commerce est désormais visée en tête du Code de commerce). Ainsi, de manière générale, l'on considère que le droit commercial, qui reste difficile à définir, constitue la composante du droit privé qui s'applique aux commerçants ainsi qu'à certains actes juridiques faits par les commerçants, soit entre eux, soit avec leurs clients particuliers ou professionnels, à savoir les actes de commerce.

Mutations du droit commercial. – Le droit commercial classique – conçu comme la partie du droit privé qui s'occupe des opérations juridiques faites par les commerçants ès qualité – s'est progressivement enrichi d'apports tout à fait nouveaux constitués par des éléments tant de droit privé que de droit public et, en particulier, de droit public économique, de droit fiscal, de droit social... C'est ainsi qu'il a paru nécessaire de bâtir des concepts et/ou notions nouveaux, de portée plus large, à même d'englober toutes les règles juridiques applicables à l'entreprise quel que soit l'objet ou la forme de celle-ci. On a ainsi vu naître des appellations concurrentes, plus ou moins analogues, de «droit des affaires», «droit économique», «droit de l'entreprise»,

«droit professionnel», etc. Ces dernières formules, qui s'efforcent de réunir l'ensemble des acteurs et actes de la vie économique, qu'ils soient commerciaux ou civils, tendraient aujourd'hui à se substituer à l'expression «droit commercial» même si cette dernière demeure vivace (sur le «droit de la concurrence» *stricto sensu*, voir Fiches n° 49 et s.).

II. La genèse et l'évolution historique du droit commercial

L'Antiquité : bribes de droit commercial. – Période de l'histoire correspondant aux plus anciennes civilisations (Égypte, Grèce, Rome, Orient) que l'on situe aux origines des temps historiques jusqu'à l'effondrement de l'Empire romain, l'Antiquité ne connaissait pas, à y regarder de près, de droit commercial organisé nettement distinct du droit civil. Cette ignorance n'était toutefois pas absolue puisqu'il y avait quelques institutions ou règles spécifiques à la vie commerciale dont la plus grande partie n'intéressait, certes, que le commerce maritime.

Ainsi, alors que l'on n'aurait pas retrouvé en Égypte pharaonique des documents strictement relatifs au droit commercial, les Babyloniens ont pu, eux, édicter dans le Code d'Hammourabi (1750 ans avant l'ère chrétienne) des dispositions commercialistes relatives aux actes juridiques les plus usuels de l'époque comme le contrat de prêt à intérêt, le contrat de dépôt, le contrat de société ou encore le contrat de commission. Les Phéniciens, qui furent de grands navigateurs et des commerçants dynamiques, bâtirent des règles ou institutions importantes propres au commerce maritime comme, par exemple, la loi rhodienne du jet à la mer (*Lex Rhodia de Jactu*) qui permettait de répartir entre tous les expéditeurs la perte d'une partie des marchandises, en particulier celles qui auraient été jetées à la mer par le capitaine pour éviter un naufrage (c'est cette institution qui a été à la source de la théorie des avaries communes). De leur côté, les Grecs instituèrent, notamment, le *nauticum foenus* qui allait être à la base du prêt à la grosse aventure, c'est-à-dire un prêt à intérêt concernant des biens exposés à des risques maritimes et conclu sous la condition singulière que, en cas de dégât, l'emprunteur sera dispensé de rembourser au prêteur tout ou partie des sommes prêtées. Davantage orientée vers les activités agricoles, Rome ne connaissait pas un droit commercial véritablement organisé parce qu'il y avait, peut-être, un mépris pour les activités commerciales (les activités de négoce y étant alors exercées essentiellement par des esclaves et, plus tard, par des affranchis) ou parce que le droit civil suffisait à régler les litiges commerciaux. Cela dit, le droit romain avait repris un certain nombre d'institutions des peuples méditerranéens en matière commerciale et révélait ainsi une parfaite maîtrise des contrats et de certaines opérations bancaires ou financières comme, par exemple, le cautionnement.

Le Moyen Âge : construction et expansion du droit commercial. – Époque comprise entre l'Antiquité et les Temps modernes, le Moyen Âge apparaît, de l'avis de tous, comme la période qui a vu naître un droit commercial véritablement organisé grâce à l'essor du commerce lui-même consécutif, notamment, à la naissance et au développement des grands centres de foires dans les villes marchandes de l'Italie du Nord (Gênes, Milan, Florence, Pise, Venise), des Flandres (Bruges, Gand, Anvers, Amsterdam, Bruxelles), d'Allemagne (Leipzig, Francfort, Brême, Lübeck, Hambourg) ou encore de France (Troyes, Provins, Beaucaire, Lyon). Un solide droit commercial y a, en effet, vu le jour avec, principalement, les phénomènes suivants : le développement du droit des contrats ; la création de la lettre de change dont le mérite, à l'époque, était d'éviter les transferts de fonds sur des routes peu sûres ; l'institution de la procédure de faillite alors destinée à sanctionner les commerçants mauvais payeurs ; la création de la société en commandite pour contourner l'interdiction canonique du prêt à intérêt puisque, au lieu de prêter, un investisseur constituait une société avec un entrepreneur commerçant ayant besoin de financement et, de la sorte, se trouvait ainsi associé tant aux bénéfiques qu'aux pertes ; la création de tribunaux spécialisés – les juridictions des foires – ainsi investis de la mission de régler rapidement et efficacement les contentieux nés pendant une foire (on peut ainsi citer, par exemple, les *Consules Mercatorum* de Florence et la juridiction consulaire de Lyon) ; le développement de la *lex mercatoria* (droit des marchands résultant des usages) et la forte internationalisation du droit avec la naissance du *jus mercatorum* qui gouverne encore de nos jours le commerce international...

L'Ancien droit français : systématisation du droit commercial. – La consolidation de la monarchie, y compris sur le terrain économique, et la création d'un grand État moderne marquèrent une remise en cause du caractère international du droit commercial qui allait alors devenir, à la fin du XVIII^e siècle, un droit essentiellement écrit et national dominé, essentiellement, par le régime des corporations limitant artificiellement l'accès aux différents corps de métiers et la réglementation royale du commerce. Avec une première ordonnance de 1673 sur le commerce de terre – encore appelée Code Savary du nom du commerçant parisien qui en a préparé la rédaction – et une seconde ordonnance de 1681 sur le commerce maritime, les règles du droit commercial étaient ainsi, pour la première fois, rassemblées et systématisées même si, conçue et bâtie par un praticien, l'œuvre réalisée était incomplète et, étant innervée par le souci de réprimer les fraudes, avait pour effet de ralentir l'expansion des activités commerciales.

La Révolution française : libéralisation du droit commercial. – Les innovations majeures de la Révolution se trouvent, sans aucun doute, dans la proclamation de la liberté du commerce et de l'industrie (par la loi des 2 et 17 mars 1791, dite décret d'Allarde, toujours en vigueur) et dans l'abolition corrélative des corporations (par la loi Le Chapelier des 14 et 17 juin 1791). Mais,

sous ces réserves majeures, les législateurs révolutionnaires n'ont pas bouleversé l'ordre antérieur ainsi qu'en atteste le choix de maintenir les juridictions consulaires qui, apparues dès le XV^e siècle, doivent leur existence officielle et leur généralisation à un édit de Charles IX de 1563.

De l'Empire à nos jours : codification, décodification et recodification du droit commercial. – La codification napoléonienne s'est exprimée en matière commerciale par la promulgation, par une loi du 15 septembre 1807, d'un Code de commerce entré en vigueur le 1^{er} janvier 1808. Ce fut un code peu novateur qui, pour l'essentiel, se contentait de reprendre des normes antérieures issues, notamment, de l'ordonnance de Colbert de 1673 et de certains usages et coutumes appliqués par les tribunaux. Il présentait de nombreuses faiblesses présentées comme le fruit d'une préparation pas assez nourrie et, peut-être, de la défiance que Napoléon avait à l'égard des commerçants à cause, notamment, des spéculations pratiquées par certains d'entre eux sur le ravitaillement des armées. D'où, semble-t-il, la multiplication exponentielle des réformes en dehors de ce code de sorte que, à la fin du XX^e siècle, le droit commercial était essentiellement composé de textes spéciaux non codifiés : un auteur, Bruno Oppetit, a ainsi pu en tirer une formule devenue célèbre depuis, celle de « décodification du droit commercial français » (Études offertes à René Rodière, Dalloz, 1981, p. 197). Cette situation particulière a alors conduit à l'abrogation du Code de 1807 et à la mise en place, à droit constant, d'un nouveau code avec l'adoption de l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 (partie législative) suivie par le décret n° 2007-431 du 25 mars 2007 et un arrêté du 14 janvier 2009 (partie réglementaire). Ainsi, désormais, l'essentiel du droit commercial se trouve réuni au sein du Code de commerce même s'il convient de préciser qu'il a également été institué, par une ordonnance du 14 décembre 2000, un Code monétaire et financier qui rassemble toutes les dispositions législatives relatives à la monnaie et aux activités bancaires et financières.

À RETENIR

- Le Moyen Âge apparaît, de l'avis de tous, comme la période qui a vu naître un droit commercial véritablement organisé.
- Issu de l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 (partie législative) suivie par le décret n° 2007-431 du 25 mars 2007 et un arrêté du 14 janvier 2009 (partie réglementaire), le nouveau Code de commerce contient aujourd'hui l'essentiel du droit commercial.

POUR EN SAVOIR PLUS

- ➔ V. L. Amiel-Cosme, «L'essor du commerce», Mélanges en l'honneur d'Isabelle Urbain-Parleani – Liber amoricum, Dalloz, 2023, p. 513 et s.
- ➔ V. J. Béguin, «L'affirmation de l'autonomie du droit commercial», in Le discours et le code, *Litec*, 2004, p. 73 et s.
- ➔ V. D. Bureau et N. Molfessis, «Le nouveau Code de commerce ? Une mystification», *D. Affaires* 2001, chron., p. 361 et s.
- ➔ V. M. Cabrillac, «Vers la disparition du droit commercial», in Écrits en hommage à Jean Foyer, *Puf*, 1997, p. 329 et s.
- ➔ V. D. Guevel, «La loi commerciale française», *La Gazette du Palais*, 2005, n° 212, p. 3 et s.
- ➔ V. G. Lyon-Caen, «Contribution à la recherche d'une définition du droit commercial», *RTD com.* 1949, p. 577 et s.
- ➔ V. J.-P. Marty, «La distinction du droit civil et du droit commercial dans la législation contemporaine», *RTD com.* 1981, p. 681 et s.
- ➔ V. C. Mascala, «Du commerce en général», *Droit et Patrimoine*, 2001, n° 95, p. 56 et s.
- ➔ V. B. Mercadal, «Le droit des affaires, pourquoi?», *JCP E* 1985, I, 14401.
- ➔ V. Br. Oppetit, «La décodification du droit commercial français», in Études offertes à René Rodière, *Dalloz*, 1981, p. 197 et s.
- ➔ V. Br. Oppetit, «L'expérience française de la décodification en droit commercial», *D.* 1990, p. 1 et s.
- ➔ V. J. Paillusseau, «Le big bang des affaires à la fin du xx^e siècle ou les nouveaux fondements du droit des affaires», *JCP E* 1988, I, 3330.
- ➔ V. A. Pirovano, «Introduction critique au droit commercial contemporain», *RTD com.* 1985, p. 285 et s.
- ➔ V. R. Szramkiewicz et O. Descamps, Histoire du droit des affaires, *LGDJ*, 3^e éd., 2019.

POUR S'ENTRAÎNER: QUESTIONS

Donner le sens de la formule «codification à droit constant».

RÉPONSES

On parle de codification à droit constant lorsque les anciennes dispositions en vigueur ont été codifiées telles quelles sans qu'il y ait été apporté des modifications autres que celles imposées par «le respect de la hiérarchie des normes», «la cohérence rédactionnelle des textes» et «l'harmonisation de l'état du droit».

Les finalités du droit commercial

- I. Les impératifs de simplicité et de rapidité des transactions
- II. L'impératif de sécurité juridique des transactions

DÉFINITIONS

- **Endossement** : mention portée au dos d'un titre de créance établi sous la forme à ordre par laquelle le bénéficiaire actuel dudit titre, appelé endosseur, enjoint à celui qui doit payer le titre, appelé tiré ou souscripteur, d'effectuer ce paiement à une tierce personne, appelée endossataire.
- **Affacturage** : cession par un vendeur de biens ou un prestataire de services (l'adhérent) des créances qu'il détient sur ses clients à un factor (ou facteur) qui lui règle le montant de ses créances moyennant le versement d'une commission et d'un intérêt si les créances sont à terme.
- **Crédit-bail** : opération par laquelle un établissement de crédit (le crédit-bailleur) achète le bien à financer afin de le louer à un client (le crédit-preneur) qui, au terme de la période de location, bénéficie d'une option d'achat pour un prix résiduel fixé dans le contrat.
- **Ouverture de crédit** : acte par lequel une personne, moyennant rémunération, met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend dans l'intérêt de celle-ci un engagement par signature.

Étroitement dépendant du contexte économique et technique, le droit commercial français, comme beaucoup de ses homologues étrangers, est un droit en constante rénovation au point d'être l'objet d'une inflation normative et, surtout, d'une inflation législative (puisque'il y a, de plus en plus souvent, une insuffisance réglementaire du fait des carences du pouvoir exécutif en matière de règlements d'application). Mais sa spécificité majeure réside, indéniablement, dans son réalisme qui, à bien des égards, le démarquent du droit civil même si ce dernier demeure le droit commun ayant ainsi vocation à s'appliquer lorsque les règles commerciales sont inexistantes ou insuffisantes (le droit civil a néanmoins tendance, lui aussi, à subir quelquefois les influences du droit commercial). En effet, pour répondre à certains besoins propres au monde des affaires, le droit commercial a dû, par pragmatisme, se forger des impératifs particuliers que l'on peut résumer en termes de simplicité et de

rapidité, d'une part, et de sécurité, d'autre part, même si ces deux impératifs sont, dans une certaine mesure, assez contradictoires.

Il convient aussi de signaler qu'il y a, certes dans une bien moindre mesure, une ouverture de plus en plus marquée à des considérations d'éthique avec, par exemple, le développement des exigences de transparence (avec la multiplication des obligations d'information, de publicité, de tenue d'une comptabilité, etc.) et de loyauté (avec une tendance à la répression d'abus de toutes sortes) dans les relations commerciales. Tout cela sans préjudice des exigences générales de conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs au nom desquels certaines choses sont traditionnellement déclarées hors du commerce juridique (C. civ., art. 6 et 1162).

I. Les impératifs de simplicité et de rapidité des transactions

On sait que le droit civil, plus statique et plus conservateur, s'intéresse plus à la conservation des biens (immobilisation) qu'à leur distribution de sorte que les opérations importantes y sont plus rares et, lorsqu'elles sont réalisées, requièrent souvent du temps et des formalités, de la patience, des vérifications approfondies, etc. À l'inverse, la distribution (mobilisation) étant le principal moteur du commerce, celui-ci implique rapidité et souplesse, du moins en ce qui concerne les actes les plus courants tels que les opérations ordinaires de vente, de bail de meubles, de banque, d'assurance, de transport, etc. Partant, le droit commercial, plus dynamique et plus élastique, a opté pour la suppression ou l'assouplissement d'un très grand nombre de règles formalistes, voire attentistes, du droit civil en faisant recours à des normes ou techniques originales dont les exemples sont nombreux.

Domaine d'élection du principe de liberté de la preuve. – La liberté de la preuve constitue le principe en matière commerciale alors que, en droit civil, la règle ordinaire est que «l'acte juridique portant sur une somme ou une valeur excédant un montant fixé par décret (1 500 euros) doit être prouvé par écrit sous signature privée ou authentique» et «il ne peut être prouvé outre ou contre un écrit établissant un acte juridique, même si la somme ou la valeur n'excède pas ce montant, que par un autre écrit sous signature privée ou authentique» (C. civ., nouv. art. 1359 et ancien art. 1341). En effet, pour des raisons de simplicité et de rapidité, l'article L. 110-3 (ancien article 109) du Code de commerce dispose que, «à l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens, à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi» (une règle confirmée d'ailleurs par l'ancien article 1341, al. 2, du Code civil qui, à la différence de l'actuel article 1359, réservait expressément «ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce» et marquait ainsi le particularisme du droit commercial). La règle générale, sans être absolue, est