

## Table des Matières

<b>INTRODUCTION GÉNÉRALE</b> .....	7
<b>Chapitre I</b>	
<b>Eléments d'introduction au droit commercial</b> .....	11
<b>SECTION I</b>	
<b>DÉFINITION ET CARACTÈRES DU DROIT COMMERCIAL</b> .....	12
<b>§ 1. LA GENÈSE D'UN DROIT AU COMMERCE</b> .....	12
<b>A. Antiquité et droit romain</b> .....	13
<b>B. Moyen Age et Ancien droit</b> .....	14
<b>C. Le code de commerce de 1807</b> .....	15
<b>§ 2. L'ACTUALITÉ D'UN DROIT DES AFFAIRES</b> .....	17
<b>A. L'éclatement du droit commercial</b> .....	18
<b>B. Le dépassement du droit commercial</b> .....	20
<b>§ 3. LE PARTICULARISME DU DROIT COMMERCIAL</b> .....	21
<b>A. L'affirmation du particularisme</b> .....	22
1°. <i>Le droit commercial prend assez peu</i> <i>en considération la personne</i> .....	22
2°. <i>Le droit commercial tient compte des apparences</i> .....	22
3°. <i>Le droit commercial est attentif aux exigences</i> <i>de rapidité</i> .....	23
4°. <i>Le droit commercial recherche la sécurité juridique</i> .....	23
5°. <i>Le droit commercial favorise</i> <i>les solutions pragmatiques</i> .....	24
<b>B. Les limites du particularisme</b> .....	26

SECTION II	
LES SOURCES DU DROIT COMMERCIAL .....	27
§ 1. LA LOI NATIONALE .....	27
§ 2. LES TRAITÉS INTERNATIONAUX .....	30
<b>A. Traités internationaux classiques</b> .....	30
<b>B. Traités instituant la Communauté européenne (et droit dérivé)</b> .....	32
§ 3. LES USAGES DU COMMERCE ET LA PRATIQUE .....	33
<b>A. Les usages conventionnels</b> .....	34
<b>B. Les usages de droit</b> .....	35
<b>C. Les usages du commerce international</b> .....	37
§ 4. LA JURISPRUDENCE ET LA DOCTRINE .....	38
SECTION III	
LE TRAITEMENT DES LITIGES COMMERCIAUX .....	40
§ 1. LES TRIBUNAUX DE COMMERCE .....	41
<b>A. Organisation des tribunaux de commerce</b> .....	41
<b>B. Compétence des tribunaux de commerce</b> .....	43
1°. <i>Compétence matérielle</i> .....	43
2°. <i>Compétence territoriale</i> .....	46
<b>C. La procédure devant le tribunal de commerce</b> ....	48
§ 2. L'ARBITRAGE COMMERCIAL .....	51
<b>A. L'arbitrage interne</b> .....	51
1°. <i>La convention d'arbitrage</i> .....	52
2°. <i>La procédure d'arbitrage</i> .....	53
3°. <i>La sentence arbitrale</i> .....	56
<b>B. L'arbitrage international</b> .....	59
1°. <i>Régime de l'arbitrage international</i> .....	59
2°. <i>Reconnaissance et exécution de la sentence</i> .....	61

SECTION IV	
LA LIBERTÉ DU COMMERCE ET DE LA CONCURRENCE .....	63
§ 1. L’AFFIRMATION DE LA LIBERTÉ .....	63
<b>A. La liberté d’entreprendre</b> .....	63
<b>B. La liberté de concurrencer</b> .....	64
§ 2. LA PROTECTION DE LA LIBERTÉ .....	65
<b>A. Le respect d’une concurrence libre</b> .....	66
1°. <i>La prohibition des pratiques anticoncurrentielles</i> .....	67
2°. <i>Le contrôle des concentrations d’entreprises</i> .....	71
3°. <i>Transparence et pratiques restrictives de concurrence</i> .....	74
<b>B. La loyauté de la concurrence</b> .....	78
1°. <i>L’action en concurrence déloyale</i> .....	78
2°. <i>Le parasitisme commercial</i> .....	79
 <b>Chapitre II</b>	
<b>Les actes de commerce</b> .....	81
 SECTION I	
LA DÉTERMINATION DES ACTES DE COMMERCE .....	82
§ 1. L’ABSENCE D’UN CRITÈRE GÉNÉRAL .....	82
<b>A. Le critère de la spéculation</b> .....	82
<b>B. Le critère de l’entremise</b> .....	83
<b>C. Le critère de l’entreprise</b> .....	83
§ 2. LA CLASSIFICATION DES ACTES DE COMMERCE .....	84
<b>A. Les actes de commerce par nature</b> .....	85
1°. <i>L’achat en vue de la revente</i> .....	85
2°. <i>Les opérations d’intermédiaires</i> .....	86
3°. <i>Les activités industrielles ou de services</i> .....	86
4°. <i>Les activités financières</i> .....	87
5°. <i>La lettre de change</i> .....	88
<b>B. Les actes de commerce par accessoire</b> .....	88
<b>C. Les actes de commerce par extension</b> .....	89

<b>SECTION II</b>	
LE RÉGIME DES ACTES DE COMMERCE .....	91
§ 1. ACTES DE COMMERCE À L'ÉGARD DES DEUX PARTIES .....	91
<b>A. La preuve en matière commerciale</b> .....	91
<b>B. L'exécution des obligations</b> .....	93
<b>C. La prescription</b> .....	93
§ 2. ACTES DE COMMERCE À L'ÉGARD D'UNE SEULE PARTIE .....	94
<b>A. Le régime dualiste</b> .....	95
<b>B. Le régime unitaire</b> .....	95
 <b>Chapitre III</b>	
<b>Les commerçants</b> .....	97
 <b>SECTION I</b>	
LA QUALITÉ DE COMMERÇANT .....	97
§ 1. LA DÉTERMINATION DE LA QUALITÉ DE COMMERÇANT ....	98
<b>A. L'accomplissement d'actes de commerce</b> .....	98
<b>B. L'accomplissement à titre</b> <b>de profession habituelle</b> .....	99
§ 2. L'ACCÈS À LA QUALITÉ DE COMMERÇANT .....	101
<b>A. La capacité d'être commerçant</b> .....	101
<b>B. Les incompatibilités</b> .....	102
<b>C. Les interdictions</b> .....	102
<b>D. Les autorisations</b> .....	104
§ 3. DISTINCTIONS AVEC D'AUTRES PROFESSIONS .....	105
<b>A. L'artisan</b> .....	106
<b>B. L'exploitant agricole</b> .....	109
<b>C. Le professionnel libéral</b> .....	110

<b>SECTION II</b>	
LE STATUT DU COMMERÇANT .....	111
§ 1. LES OBLIGATIONS PROFESSIONNELLES .....	111
<b>A. L'immatriculation au Registre du commerce</b> .....	112
<b>B. Les obligations comptables</b> .....	116
§ 2. L'INCIDENCE DE LA SITUATION MATRIMONIALE DU COMMERÇANT .....	119
<b>A. Situation de l'époux commerçant</b> .....	119
<b>B. Situation du conjoint de l'époux commerçant</b> ..	121
 <b>Chapitre IV</b>	
<b>Le fonds de commerce</b> .....	127
 <b>SECTION I</b>	
LES ÉLÉMENTS DU FONDS DE COMMERCE .....	127
§ 1. L'ÉLÉMENT PRÉPONDÉRANT : LA CLIENTÈLE .....	128
<b>A. L'exigence d'une clientèle</b> .....	128
<b>B. Les caractères de la clientèle</b> .....	129
§ 2. LES ÉLÉMENTS ACCESSOIRES .....	133
<b>A. Les éléments incorporels</b> .....	133
1°. <i>Le nom commercial</i> .....	133
2°. <i>L'enseigne</i> .....	134
3°. <i>Les droits de propriété industrielle</i> .....	134
4°. <i>Le droit au bail</i> .....	134
5°. <i>Les licences et autorisations d'exploitation</i> .....	135
6°. <i>Éléments en principe exclus du fonds :</i> <i>les créances, dettes, contrats en cours</i> .....	135
<b>B. Les éléments corporels</b> .....	136
1°. <i>Le matériel</i> .....	136
2°. <i>Les marchandises</i> .....	137
3°. <i>L'exclusion des immeubles</i> .....	137

## SECTION II

LES OPÉRATIONS PORTANT SUR LE FONDS DE COMMERCE .....	139
§ 1. LA MISE EN LOCATION-GÉRANCE .....	139
<b>A. Les conditions de la location-gérance</b> .....	140
1°. <i>Conditions de fond</i> .....	140
2°. <i>Conditions de forme</i> .....	143
<b>B. Les effets du contrat de location-gérance</b> .....	144
1°. <i>Effets à l'égard des parties au contrat</i> .....	144
2°. <i>Effets à l'égard des créanciers</i> .....	145
3°. <i>Effets à l'égard des contractants du propriétaire du fonds</i> .....	148
<b>C. La cessation du contrat de location-gérance</b> .....	148
§ 2. L'APPORT DU FONDS DE COMMERCE À UNE SOCIÉTÉ .....	150
<b>A. L'acte d'apport</b> .....	151
<b>B. Les règles attachées aux dettes du fonds</b> .....	152
§ 3. LA VENTE DU FONDS DE COMMERCE .....	153
<b>A. Les conditions de la vente du fonds</b> .....	154
1°. <i>Les conditions de fond</i> .....	154
2°. <i>Les conditions de forme</i> .....	155
3°. <i>Dispositions fiscales relatives au prix</i> .....	157
4°. <i>Dispositions relatives aux intermédiaires</i> .....	157
5°. <i>Formalités de publicité</i> .....	159
<b>B. Les effets de la vente</b> .....	160
1°. <i>Situation du vendeur</i> .....	160
2°. <i>Situation des créanciers du vendeur</i> .....	164
§ 4. LE NANTISSEMENT DU FONDS DE COMMERCE .....	167
<b>A. Le nantissement conventionnel du fonds</b> .....	167
1°. <i>Constitution du nantissement</i> .....	167
2°. <i>Mise en œuvre du nantissement</i> .....	168
<b>B. Le nantissement judiciaire</b> .....	169

§ 5. LE CRÉDIT-BAIL SUR FONDS DE COMMERCE .....	170
<b>A. Présentation de l'opération de crédit-bail</b> .....	171
<b>B. Adaptation du régime de la location-gérance</b> ....	172
<b>Chapitre V</b>	
<b>Le bail commercial</b> .....	175
SECTION I	
LA CONCLUSION DU BAIL COMMERCIAL .....	177
§ 1. LE DOMAINE D'APPLICATION .....	177
<b>A. Les baux relevant du statut</b> .....	177
1°. <i>Détermination des catégories d'entreprises</i> <i>susceptibles de bénéficier du statut</i> .....	177
2°. <i>Détermination des biens susceptibles de relever du statut</i> ..	179
<b>B. Les baux ne relevant pas du statut</b> .....	181
1°. <i>Baux exclus par le code de commerce</i> .....	181
2°. <i>Autres exclusions</i> .....	182
§ 2. LA CONCLUSION DU CONTRAT DE BAIL .....	183
<b>A. Les parties au contrat</b> .....	183
<b>B. Le contenu du contrat</b> .....	185
SECTION II	
L'EXÉCUTION DU BAIL .....	185
§ 1. LE PAIEMENT DU LOYER .....	186
<b>A. La détermination du loyer initial</b> .....	186
<b>B. La révision du loyer en cours de bail</b> .....	187
1°. <i>Le principe du plafonnement de la révision</i> .....	189
2°. <i>L'exception au plafonnement de la révision</i> .....	189
3°. <i>La révision spécifique des loyers indexés</i> .....	190
4°. <i>Le cas des clauses de loyer variable</i> .....	192
<b>C. Le loyer du bail renouvelé</b> .....	192
1°. <i>Le principe du plafonnement</i> .....	192

2°. <i>L'exception au plafonnement</i> .....	193
3°. <i>L'incidence des clauses-recettes</i> .....	197
§ 2. LA DESTINATION DES LIEUX .....	197
<b>A. La déspecialisation restreinte</b> .....	198
<b>B. La déspecialisation plénière</b> .....	199
§ 3. LA CESSION DU BAIL .....	201
<b>A. Cession du bail avec le fonds de commerce</b> .....	201
<b>B. Cession du bail sans le fonds de commerce</b> .....	202
§ 4. LA SOUS-LOCATION .....	203
<b>A. L'accord du bailleur</b> .....	204
<b>B. L'incidence de la sous-location</b> .....	205
SECTION III	
L'EXTINCTION DU BAIL COMMERCIAL .....	206
§ 1. LA RÉSILIATION DU BAIL COMMERCIAL .....	206
<b>A. Résiliation triennale</b> .....	206
<b>B. Résiliation à tout moment</b> .....	207
§ 2. LE DROIT AU RENOUVELLEMENT DU BAIL .....	209
<b>A. Conditions d'obtention du renouvellement</b> .....	209
<b>B. Modalités d'exercice du droit         au renouvellement</b> .....	210
§ 3. LE REFUS DU RENOUVELLEMENT DU BAIL .....	211
<b>A. Le refus avec versement d'une indemnité</b> .....	211
<b>B. Le refus sans versement d'indemnité</b> .....	212
BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE .....	215
INDEX ALPHABÉTIQUE .....	217



## CHAPITRE I

### **Eléments d'introduction au droit commercial**

- 5/ L'introduction au droit commercial constitue un thème en soi qui mérite d'être traité au même rang que des questions techniques comme celles relatives au fonds de commerce ou au bail commercial. Tenter de définir ce qui forme le particularisme de cette branche du droit et donc de la distinguer du droit civil qui régit l'ensemble des relations juridiques entre particuliers est une démarche délicate et pourtant première. Outre une approche historique de la définition et des caractères du droit commercial (Section 1), qui est passé au fil du temps d'un droit du commerce à un droit des affaires, marquant de manière profonde l'ensemble du cadre juridique des relations économiques, c'est une étude de contenu qui doit être menée pour faire ressortir l'originalité contemporaine de cette discipline. Si l'on retrouve en cette matière les mêmes sources du droit que dans de nombreuses autres, et notamment en droit civil, le particularisme apparaît tout-de-même dans le rôle qui est dévolu à chacune d'elles et surtout dans la place prépondérante que tiennent les usages parmi les sources du droit commercial (Section 2). L'examen du traitement des litiges commerciaux (Section 3)

permet de mesurer l'écart qui existe entre le droit commercial et le droit civil, non seulement du fait que se sont développées des institutions spécifiques, tels les tribunaux de commerce, mais aussi du fait de l'importance de modes non-juridictionnels de traitement des litiges (l'arbitrage), qui témoigne de l'état d'esprit particulier qui anime les acteurs de la vie des affaires dans leurs relations juridiques. Enfin, étudier la permanence et les mutations qui caractérisent aujourd'hui le principe de liberté du commerce et de la concurrence (Section 4) signifie s'approcher au plus près des instruments juridiques par lesquels s'exprime une politique économique qui oscille toujours entre le libéralisme et le dirigisme, entraînant le droit commercial dans des soubresauts parfois peu propices à sa cohérence d'ensemble.

---

#### SECTION I

#### DÉFINITION ET CARACTÈRES DU DROIT COMMERCIAL

- 6/ C'est en s'engageant dès l'abord dans une perspective historique que peuvent apparaître les caractères fondamentaux de ce domaine du droit. Sa compréhension a fortement évolué au cours des siècles. D'un droit réservé à une corporation et ne comportant que quelques usages, le droit commercial s'est à la fois diversifié dans son contenu, au point d'altérer même sa définition, et étendu dans son rayon d'action, affectant un nombre grandissant de relations juridiques, alors même qu'elles seraient établies entre des personnes n'ayant pas la qualité de commerçant. La genèse d'un droit du commerce (§ 1) permet de mesurer le chemin parcouru pour découvrir aujourd'hui l'actualité d'un droit des affaires (§ 2) et faire ressortir le particularisme constant du droit commercial (§ 3).

---

#### § 1 - LA GENÈSE D'UN DROIT AU COMMERCE

- 7/ Il est toujours difficile d'identifier avec précision l'origine historique d'une institution sociale comme d'une règle juridique au sens plus étroit. Tenter de retracer la genèse du droit

commercial en quelques pages suppose de s'en tenir à des découpages reposant sur de grandes périodes historiques. Si l'Antiquité et le monde romain n'offrent finalement que des indices peu révélateurs de ce que le droit commercial contemporain doit à ces temps anciens, la période du Moyen Age est plus riche de références, ayant donné naissance à un grand nombre d'institutions juridiques encore en usage aujourd'hui. Curieusement, la rédaction du code de commerce au début du XIXème siècle n'a pas constitué l'ancrage que l'on pouvait attendre de cette matière dans le monde industriel naissant.

#### A. Antiquité et droit romain

- 8/ Si le transport et l'échange ou la vente de marchandises ont évidemment été constatés depuis la plus ancienne Antiquité, ces activités n'ont donné lieu qu'à des usages, principalement dans le commerce maritime, il est difficile de distinguer la naissance d'un véritable corps de règles spécifiques au monde du commerce. Certes, le code d'Hammourabi (vers 1700 av. J.-C.) fait mention de contrats tels que la société, le dépôt ou le prêt à intérêt, mais les institutions juridiques les plus élaborées relatives aux échanges économiques concernent plutôt le droit maritime. Ainsi, on retient du droit de la Grèce antique l'origine de la théorie de l'avarie commune et du prêt à la grosse aventure (V. J. HILAIRE, Introduction historique au droit commercial, P.U.F., coll. Droit fondamental).
- 9/ Le terme latin de « commercium » visait d'ailleurs à l'origine tous les rapports juridiques susceptibles d'être établis à propos de l'utilisation d'un bien. Une distinction opposait en conséquence les choses « in commercio » à celles « extra commercium ». Le droit romain ne reconnaissait pas un droit commercial mais a élaboré un droit des contrats et des obligations de nature à fournir un cadre juridique aux principaux actes que sont la vente, le mandat ou le louage par exemple, principalement utilisés dans les relations de la vie écono-

mique. Sans être véritablement à l'origine du droit commercial, le droit romain a perfectionné des règles générales du droit qui se sont surtout révélées utiles dans les relations d'affaires, qu'il s'agisse des contrats consensuels, tels la vente ou des procédés d'exécution forcée sur les biens (ex. : *venditio bonorum*) employés notamment en cas de faillite du commerçant.

### B. Moyen Age et Ancien droit

- 10/ L'origine historique la plus directe de notre actuel droit commercial est certainement issue de l'accentuation des échanges commerciaux constatée notamment à partir du XIème siècle en Europe.

Des usages propres au monde des commerçants ont été établis dans les grandes cités maritimes d'Italie du Nord (Gênes, Venise) ou des Flandres (Anvers, Amsterdam). De même les villes où se tenaient les foires les plus importantes (Lyon, Bruges, Francfort) ont contribué à fixer des règles applicables aux transactions commerciales mais aussi aux opérations de banque, de change, de même qu'aux sanctions applicables en cas de non-paiement (faillite).

Ces règles sont connues au travers des statuts des villes déterminant les conditions dans lesquelles les transactions pouvaient se réaliser en ce lieu (ex. : Pise, Venise), et des règlements édictés par les diverses corporations de commerçants (ex. : guildes des marchands des Flandres). De même des juridictions commerciales particulières, tels les tribunaux des foires, ont contribué à fixer ce corps de règles en formation mais déjà très important qui aboutira au droit commercial au sens contemporain.

- 11/ La période monarchique a donné une impulsion décisive à un droit du commerce de source étatique. Dans un Edit de 1563, le roi Charles IX institue une juridiction commerciale à

Paris destinée à connaître des « différends entre marchands qui doivent négocier ensemble de bonne foi, sans être astreints aux subtilités des lois et ordonnances ... » Le principe selon lequel les marchands devaient être jugés par leurs pairs, jamais démenti depuis lors, a certainement joué un rôle essentiel dans la revendication du particularisme du droit commercial. A la suite de Paris, de nombreuses autres villes obtiennent la reconnaissance d'une juridiction consulaire, formant ainsi la base des futurs tribunaux de commerce.

Une codification des usages du commerce a été réalisée par deux ordonnances royales prises par Louis XIV sur l'initiative de COLBERT. La première, de mars 1673, relative au commerce de terre, peut être considérée comme l'origine de l'actuel code de commerce. Même si on s'accorde à reconnaître sa faible qualité rédactionnelle, cette ordonnance démontre une volonté du pouvoir de fixer les règles applicables au monde du commerce, attitude démonstratrice d'un dirigisme économique qui ne se démentira guère au fil des siècles. Comportant seulement 122 articles, cette ordonnance ignorait pour l'essentiel les opérations de crédit, le contrat de commission et, dans une large mesure, le droit des sociétés. La seconde ordonnance, de 1681, est relative au commerce maritime. D'un contenu plus précis, cette ordonnance a contribué à l'édification d'un droit maritime, certes formellement rattaché au droit commercial, mais jouissant d'une incontestable autonomie scientifique, et même pour une large part juridictionnelle.

### C. Le code de commerce de 1807

- 12/ Il est remarquable que la Révolution française ne se soit pas directement intéressée à la législation du commerce. Les textes en vigueur comme les tribunaux consulaires ont été préservés. Ce n'est qu'indirectement, même si cela n'est pas négligeable, que la marque «révolutionnaire» a été imprimée dans le milieu des affaires. Le principe de liberté du

commerce et de l'industrie (sur son contenu et ses conséquences, V. infra) a été affirmé par la loi des 2 et 17 mars 1791 (nommée décret d'Allarde, du nom du député qui a été à l'origine du texte), accordant la liberté « à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ». Certes, cette loi indiquait également que l'exercice de cette liberté supposait de « se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix, et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits », mais il n'en demeure pas moins que cet acte de foi dans le libéralisme économique marquera une orientation profonde dans le cadre juridique des activités économiques. La promotion de la liberté était d'ailleurs prolongée par la loi des 14 et 17 juin 1791 (dite Loi Le Chapelier) prononçant l'abolition des corporations et de toute réglementation professionnelle qui en était issue afin que les activités puissent être exercées librement.

- 13/ Il appartient donc à l'Empereur Napoléon, dans le cadre de son oeuvre codificatrice, de formaliser en un document unique de source législative un ensemble de lois relatives au commerce. Ce code de commerce, édicté par la loi du 15 septembre 1807 et déclaré exécutoire à compter du 1er janvier 1808, était composé de quatre livres (Livre I : Commerce en général ; Livre II : Commerce maritime ; Livre III : Faillites et banqueroutes ; Livre IV : Juridiction commerciale) et réunissait 648 articles. Au fond, il reconduisait pour l'essentiel les textes existants (ex. : ordonnances de 1673 et 1681) sans grand souci de définitions, de classifications, et surtout sans faire oeuvre novatrice. Le développement rapide de l'activité économique lié à la révolution industrielle - comme ses crises - n'a pu trouver dans ce texte l'encadrement normatif nécessaire. Pour l'essentiel, l'oeuvre législative des XIX<sup>ème</sup> et XX<sup>ème</sup> siècles a eu pour effet de le vider plus ou moins de sa substance en établissant dans des lois distinctes les institutions nécessaires au droit commercial contemporain (V. B.

OPPETIT, La décodification du droit commercial, Etudes offertes à René Rodière, 1982, p. 197). Toutefois, un récent effort de recodification a pu aboutir à la publication, par une ordonnance du 18 septembre 2000, d'un nouveau code de commerce qui réunit matériellement des domaines du droit (ex. sociétés, entreprises en difficulté) qui figuraient jusqu'alors à l'extérieur du code (sur ce nouveau code, voir infra, n° 38).

---

## § 2 - L'ACTUALITÉ D'UN DROIT DES AFFAIRES

---

- 14/ Une corrélation évidente peut être établie entre les différentes périodes politiques et économiques qui ont marqué les XIX<sup>ème</sup> et XX<sup>ème</sup> siècles et les principales lois touchant au monde du commerce.

Des dernières décennies du XIX<sup>ème</sup> siècle aux premières décennies du XX<sup>ème</sup>, la législation commerciale a surtout eu pour objectif de fournir au capitalisme industriel les instruments juridiques nécessaires à son expansion (V. G. RIPERT, Aspects juridiques du capitalisme moderne, L.G.D.J. 1951). La loi du 24 juillet 1867 est révélatrice de cette époque en ce qu'elle reconnaissait la liberté de constitution des sociétés anonymes (soumises auparavant à autorisation) permettant de réunir les capitaux destinés à financer la grande industrie. De cette période datent des grandes lois qui ont fixé certains cadres juridiques de l'activité économique pendant près d'un siècle : loi du 5 juillet 1844 sur les brevets d'invention, loi du 28 juin 1857 sur les marques de fabrique, loi du 14 juin 1865 relative au chèque ... La loi du 17 mars 1909 sur la vente et le nantissement des fonds de commerce constitue encore aujourd'hui le texte de référence en ce domaine, son insertion formelle, en septembre 2000, dans le code de commerce ne modifiant pas le régime juridique établi au début du siècle.

- 15/ L'effet des périodes de crise économique ou de guerre est également mesuré dans le droit commercial par l'accentua-

tion de l'encadrement par les pouvoirs publics de l'activité économique. Les ordonnances de 1945 sur le contrôle des prix demeurent encore les exemples les plus évidents de la dépendance du droit commercial à l'égard des soubresauts de la vie politique et économique nationale comme internationale. Le traitement juridique des entreprises en difficulté est également un bon reflet des variations des normes du droit commercial. Aux dispositions très rigoureuses contenues dans le code de commerce originaire - la faillite poursuivait une fonction de sanction et d'élimination du commerçant - les lois du 28 mai 1838 et du 4 mars 1889 ont substitué des règles plus favorables au débiteur malheureux mais de bonne foi. En revanche, les réformes du milieu du XXème siècle sont revenues vers un dispositif plus sévère pour les dirigeants sociaux (V. décret-loi du 8 août 1935 et du 20 mai 1955).

La physionomie actuelle de ce que l'on peut continuer à dénommer le droit commercial au sens large résulte d'un double mouvement dont il convient de retracer les principaux aspects : l'éclatement du droit commercial et le dépassement du droit commercial.

#### A. L'éclatement du droit commercial

- 16/ A l'intérieur-même de ce que l'on pouvait considérer comme une branche du droit réunissant l'ensemble des règles relatives au commerce, on a vu se distinguer, au fil du temps, des corps de règles qui, prenant de l'importance et affichant quelques caractères propres, ont provoqué un éclatement du droit commercial en sous-disciplines.

Les conditions d'un tel éclatement sont très variées et, peu à peu, un grand nombre de domaines sont concernés.

- 17/ Alors même que l'opération de banque constituait traditionnellement un acte de commerce, à ce titre complètement intégré dans le droit commercial, la diversification et la



sophistication des opérations juridiques réalisées par l'intermédiaire des banques a entraîné l'édification d'un droit bancaire qui tend à se développer de manière plus ou moins autonome vis-à-vis du droit commercial au sens général.

- 18/ Ailleurs c'est l'originalité des droits accordés (et l'accentuation de leur importance économique) qui explique le détachement. Ainsi en est-il notamment du droit de propriété industrielle, littéraire et artistique, qui confère un monopole d'exploitation à l'auteur d'une invention, d'une marque ou d'une oeuvre dans des conditions et selon des procédures qui se démarquent de plus en plus du cadre traditionnel du droit commercial.
- 19/ Parfois encore, c'est une orientation récente du cadre juridique de l'activité économique qui donne naissance à une branche particulière tendant à se détacher du droit commercial. C'est en particulier le cas pour le droit de la concurrence qui a fait l'objet, en France et au sein de la Communauté européenne, d'un développement spectaculaire.
- 20/ Enfin, mais l'on pourrait poursuivre cette présentation sur bien d'autres domaines, c'est la prise en considération d'une situation particulière dans laquelle se trouve une entreprise qui peut être à l'origine de l'éclatement interne du droit commercial. Le meilleur exemple est sans doute celui des entreprises en difficulté. Le caractère fortement dérogatoire au regard du droit commun des règles édictées en cas de mise en redressement ou en liquidation judiciaires (il était autrefois question de « faillite ») a fortement contribué à faire du droit des procédures collectives une branche à part entière.
- 21/ Dans un objectif de formation, d'apprentissage, de ce domaine du droit, on peut considérer qu'il s'agit le plus souvent de regroupement de questions présentant une unité de matière et de méthode sans que cela altère profondément

leur intégration dans l'étude du droit commercial. Dans une vision positive des choses on pourrait même considérer que le droit commercial s'est enrichi de toutes ces excroissances. Il n'en demeure pas moins que le juriste en formation doit être attentif aux spécificités qui se sont affirmées dans telle ou telle sous-branche du droit commercial car elles permettent le plus souvent d'en comprendre les mécanismes (ex. : protection des tiers dans le droit des sociétés).

### **B. Le dépassement du droit commercial**

- 22/ Pendant très longtemps, le droit commercial représentait l'essentiel du cadre juridique au sein duquel l'activité économique se développait.

Ce que l'on pourrait appeler un mouvement de mercantilisation de l'ensemble des rapports sociaux a retiré au droit commercial classique sa prépondérance. Un étirement du concept a eu lieu et a donné naissance notamment au droit économique intégrant des domaines anciens du droit commercial (telle la banque) mais valorisant le droit de la concurrence de même qu'un droit public de l'entreprise (réglementation des marchés publics) (V. F. Ch. JEANTET, Aspects de droit économique, Mélanges J. Hamel, p. 33 ; Cl. CHAMPAUD, Contribution à la définition du droit économique, D. 1967, chron. p. 215).

- 23/ Une approche plus thématique s'est manifestée autour d'un droit de l'entreprise destiné à intégrer des domaines relevant de la législation sociale (travail, emploi, droit des salariés dans l'entreprise). Une telle recomposition du droit commercial autour du thème de l'entreprise peut se fonder sur la multiplication des hypothèses dans lesquelles le législateur ou le juge visent expressément ce concept (V. not. Loi du 1er mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises ; Loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entre-

prises). Toutefois, une telle approche souffre de l'absence de personnalité juridique de l'entreprise comme d'ailleurs d'une définition admise par tous (V. B. MERCADAL, La notion d'entreprise, in Mélanges Derruppé, Litec 1991, p. 9 ; J. PAILLUSSEAU, Qu'est-ce que l'entreprise : nouveaux apports, éd. Economica, 1987).

- 24/ C'est sans doute l'appellation « droit des affaires » qui a eu le plus de succès, à la fois parce qu'elle est plus ouverte aux activités de nature civile (agriculture, immobilier ...) mais dont la place dans la vie économique est incontestable, et aussi parce qu'elle intègre plus évidemment des pans entiers de législation représentatifs des préoccupations les plus actuelles des agents économiques (la fiscalité, la bourse, l'épargne). Même si le droit des affaires ne saurait être considéré comme une discipline nouvelle, il constitue certainement le cadre d'un renouvellement des questions liées à l'évolution du cadre juridique des activités économiques (sur ces débats, V. not. Ch. CHAMPAUD, Le droit des affaires, coll. Que sais-je ? ; A. SAYAG et J. HILAIRE, Quel droit des affaires pour demain ?, ouvrage collectif, éd. Litec, 1984).

Aucun de ces débordements ne connaît une définition unanimement admise ni un périmètre très précis. Outre une valeur essentiellement descriptive et une allure plus moderne, il faut reconnaître à ces nouvelles disciplines l'intérêt de bien traduire les évolutions que le droit des activités économiques a connu durant ces dernières décennies.

---

### § 3 - LE PARTICULARISME DU DROIT COMMERCIAL

---

- 25/ Il est sans doute exagéré de parler d'autonomie du droit commercial. Son intégration dans le système juridique d'ensemble, et singulièrement son rattachement au droit civil, rendent peu crédible une telle conception. En revanche, il est clair que le droit commercial développe une spécificité, un particularisme (V. D. LEFEBVRE, La spécificité du droit

commercial, Rev. trim. dr. com. 1976, p. 301) qui mérite d'être mesuré en envisageant successivement l'affirmation de ce particularisme et ses limites.

#### A. L'affirmation du particularisme

**26/** De très nombreuses règles du droit commercial expriment des objectifs particulièrement importants, sensibles pour le monde du commerce. Sans prétendre réaliser une étude exhaustive des manifestations de ce particularisme, il est possible d'en identifier un nombre non négligeable.

*1°. Le droit commercial prend assez peu en considération la personne*

**27/** Des domaines entiers du droit commercial excluent en principe que la considération de la personne puisse intervenir dans une opération dans l'ordre économique afin que sa bonne fin n'en soit pas perturbée. Ainsi en est-il notamment en matière de bourse, la libre négociation des actions (des valeurs mobilières en général) excluant que la réalisation de la vente des actions soit soumise à l'agrément de la société concernée. De même, l'ensemble du droit de la lettre de change privilégie le titre émis, son formalisme excluant que le paiement du titre puisse être refusé pour une cause concernant un précédent porteur du titre et le débiteur poursuivi en paiement.

*2°. Le droit commercial tient compte des apparences*

**28/** Cette manifestation du particularisme recoupe en partie la précédente en ce que le droit de la lettre de change privilégie les mentions écrites sur le titre dans la mise en oeuvre des droits attachés à la lettre.

Mais au-delà, des effets juridiques sont attachés à l'apparence, notamment en droit des sociétés où le dirigeant apparent (celui qui s'est présenté comme tel malgré le défaut de pouvoirs réels) est tenu comme un dirigeant de droit et engagera la société si la croyance des tiers est légitime. De

même, le juge sera amené à appliquer les règles du droit des sociétés dans l'hypothèse où des personnes se sont comportées en fait comme de véritables associés (alors même qu'elles n'ont pas conclu entre elles une telle convention).

3°. *Le droit commercial est attentif aux exigences de rapidité*

- 29/ Même si l'on peut évidemment considérer que certaines négociations commerciales sont longues et supposent la succession d'accords préparatoires destinés à assurer la conclusion du contrat final dans les meilleures conditions possibles, le souci de rapidité dans les transactions du monde du commerce se manifeste dans nombre de règles du droit commercial.

C'est certainement le principe de la liberté des preuves (V. art. L.110-3 c. com.) qui constitue l'illustration la plus évidente de ce souci. Afin de ne pas retarder la réalisation d'un acte économique, les parties n'ont pas à établir nécessairement un écrit. L'engagement pourra être prouvé par tous moyens (sur les conditions d'application de cette règle, V. infra, à propos du régime des actes de commerce).

L'objectif de rapidité explique également les dispositions spécifiques apportant une simplification au regard des règles générales du droit civil. Ainsi la transmission de créances professionnelles se réalise-t-elle par la simple émission d'un bordereau récapitulatif sans avoir à respecter les exigences de l'article 1690 du code civil (signification, acceptation dans un acte authentique). La simplification des règles dans un but de rapidité se retrouve également en matière procédurale. Le règlement des litiges entre commerçants doit être accéléré, soit devant les juridictions commerciales elles-mêmes, soit par le recours à des arbitres qui pourront se consacrer exclusivement au litige qui leur est soumis.

4°. *Le droit commercial recherche la sécurité juridique*

- 30/ Les transactions commerciales doivent se dérouler dans un climat de confiance entre les partenaires. Les règles doivent

dans ce domaine garantir une sécurité maximale. Plusieurs aspects du droit commercial peuvent être rattachés à cet impératif.

- 31/** En premier lieu, il faut que chaque partenaire dispose des informations relatives à son cocontractant de manière à le rassurer sur ses qualités, compétences et garantie financière. De nombreuses règles instituent des obligations de publicité destinées à renseigner tout agent économique désireux d'entrer en relation avec un autre. Le registre du commerce et des sociétés, tenu au greffe du tribunal de commerce, remplit l'essentiel de cette fonction de sécurisation. Les commerçants personnes physiques comme les sociétés doivent y déposer les actes et décisions qui les concernent (identité, statuts, désignation en qualité de dirigeant, comptes sociaux ...). D'autres supports sont utilisés pour diffuser au maximum les informations utiles à la conclusion, en toute connaissance de cause, d'une convention : journal d'annonces légales, Bulletin Officiel des annonces civiles et commerciales, Bulletin des annonces légales obligatoires ...
- 32/** Des registres spécialisés permettent également aux partenaires d'être renseignés sur des questions sensibles liées à la situation financière du cocontractant : registre des protêts, des contrats de crédit-bail.

Ce souci de sécurité se retrouve également lors de la vente du fonds de commerce, avec l'obligation du vendeur de faire figurer à l'acte des indications relatives au chiffre d'affaires et aux bénéfices réalisés durant les années précédentes. La transparence est un facteur incitatif à l'engagement de transactions, donc est favorable au développement du commerce.

*5°. Le droit commercial favorise les solutions pragmatiques*

- 33/** De nombreuses dispositions du droit commercial et d'importantes positions jurisprudentielles peuvent être rattachées à ce

caractère particulier. Le pragmatisme conduit à valider des créations de la pratique sans grand souci de rattachement à une catégorie juridique préexistante. Le crédit-bail, l'affacturage et les principales formes de distribution des produits et des services (franchise, concession exclusive) ont été forgés pour répondre à un besoin exprimé par les agents économiques, et le juge comme le législateur en ont reconnu l'efficacité, donc la validité. En droit des sociétés, un mouvement très sensible s'est fait jour, dans le sens de l'adaptation du cadre légal par des pactes entre associés, des montages intégrant plusieurs sociétés. Le phénomène des groupes de sociétés qui s'est développé en-dehors de tout cadre légal préétabli mais qui forme aujourd'hui l'une des réalités les plus évidentes de cette matière témoigne très clairement du pragmatisme du droit commercial qui intègre un élément nouveau, qui s'en accommode et lui fait produire des effets de droit alors même qu'aucun encadrement normatif cohérent et préalable n'a pu être établi.

- 34/ L'attitude pragmatique se retrouve également dans la démarche du législateur qui, constatant l'inutilité ou l'inadaptation d'une institution, n'hésite pas, par voie de réforme, à prendre, quelques temps plus tard, le contrepied de ce qu'il avait précédemment décidé. Ainsi, en matière de droit des procédures collectives, après avoir instauré en 1985 une période d'observation obligatoire préalablement à toute décision éventuelle de liquidation, par une loi du 10 juin 1994, le législateur a institué une procédure de liquidation immédiate, tirant ainsi les leçons de l'observation de la pratique qui montrait que, dans une très large proportion de cas, cette période s'avérait parfaitement inutile, la situation étant irrémédiablement compromise.

Ces diverses expressions du particularisme du droit commercial, si elles contribuent à en marquer profondément l'originalité, ne peuvent toutefois réaliser une coupure complète avec la branche maîtresse du droit privé : le droit civil.

### B. Les limites du particularisme

- 35/ Le droit commercial ne saurait prospérer de manière parfaitement étanche au regard du droit civil dans la mesure où cette branche du droit a vocation à constituer le droit commun de l'ensemble du droit privé.

En conséquence, nombre d'institutions qui paraissent propres au droit commercial doivent une part non négligeable de leur régime juridique au droit civil. Quelques exemples suffisent à s'en convaincre :

- le compte courant bancaire emprunte l'essentiel de ses mécanismes à la compensation (art. 1289 c. civ.) permettant l'extinction des dettes réciproques de deux personnes qui se trouvent débitrices l'une envers l'autre,

- l'affacturage permet le transfert des créances du commerçant envers la société d'affacturage par le support civiliste de la subrogation par changement de créancier (art. 1250 c. civ.),

- la plupart des contrats commerciaux empruntent leur régime de base au droit civil ; il en est ainsi de la vente, du bail, du mandat, de la société dont les dispositions générales contenues dans le code civil ne sont écartées que par des dispositions particulières contenues dans les lois relatives au commerce.

Il est intéressant notamment de relever que la réforme des dispositions du code civil relatives à la société (art. 1832 et suivants), telle qu'elle a résulté de la loi de janvier 1978, a consisté largement à faire passer dans le droit commun des règles issues de la loi de 1966 sur les sociétés commerciales.

- 36/ De même, participe de ce mouvement l'extension à des professions traditionnellement rattachées au droit civil (les



artisans, les agriculteurs) des règles relatives au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises en difficulté (loi du 25 janvier 1985 modifiée). Plus typique peut-être encore est l'instauration en direction des particuliers de plans de redressement, largement inspirés de ceux applicables aux commerçants, par la loi du 31 décembre 1989 relative au surendettement.

Au résultat, l'environnement juridique général au sein duquel le droit commercial se développe lui est de moins en moins étranger, même si le particularisme de nombre de ses institutions est incontestable.

---

## SECTION II

### LES SOURCES DU DROIT COMMERCIAL

- 37/ Dans son application quotidienne à la très grande majorité des opérations relevant du droit commercial, cette branche du droit met principalement en oeuvre les sources classiques que sont la loi nationale (au sens large) (§ 1) et les solutions retenues par la jurisprudence (§ 4). Toutefois, une place plus grande doit sans doute être apportée en la matière par rapport à d'autres domaines du droit aux usages du monde du commerce (§ 3) et aux sources internationales (§ 2). Leur incidence sur le régime juridique des affaires est en effet prépondérant.

---

#### § 1 - LA LOI NATIONALE

---

- 38/ Les sources internes du droit interviennent évidemment majoritairement pour fixer les règles applicables aux activités commerciales.

Ce droit national est constitué des principaux codes : code civil, code de commerce, code de la consommation, code monétaire et financier, code de la propriété intellectuelle ...