

INTRODUCTION – DROIT COMMERCIAL

Le **droit commercial** est la branche de droit privé qui régit les commerçant et les opérations commerciales.

Cette définition illustre les deux conceptions possibles du droit commercial :

- La conception **subjective** : le droit commercial est le droit des commerçants ;
- La conception **objective** : le droit commercial est le droit des opérations commerciales (actes de commerce et fonds de commerce).

I. L'HISTOIRE DU DROIT COMMERCIAL

Le droit commercial est né et s'est développé avec les évolutions du commerce. Il a donc une dimension historique importante. C'est « la survivance d'un passé encore récent » (M. Cabrillac, « Vers la disparition du droit commercial », Écrits en hommage à Jean Foyer, PUF, 1997).

Dès l'Antiquité, le droit commercial trouve des traces importantes :

- Les Phéniciens étaient réputés pour être des peuples commerçants ;
- On retrouve les tablettes de Warka (2000 avant JC) révèlent l'importance du troc et contiennent des éléments qui se rapprochent du droit bancaire et du droit des sociétés ;
- Le Code de Hammourabi (1700 avant JC) contient également des dispositions relatives au commerce : activités marchandes, associations se rapprochant du droit des sociétés, activités de prêts et limitation des abus...
- Les romains et les grecs ne se sont pas passionnés pour le commerce. En Grèce les commerçant proviennent des cités étrangères et avaient leur propre système de règles commerciales qui inspireront plus tard le droit du commerce international.

Le Moyen-Âge connaît l'avènement des grandes foires d'une classe sociale, les « mercatores » ou marchands, dont les activités se développent autour de deux grands pôles : La Péninsule Italienne et les Flandres. Le droit est alors oral, élaboré par les marchands eux-mêmes : c'est la « lex mercatoria ». L'influence de l'Église et ses nombreux interdits (comme le prêt à intérêts) encourageait les acteurs de l'époque à trouver des mécanismes de contournement.

Aux 16^e et 17^e siècles, apparaissent des éléments importants pour le développement du droit commercial :

- En 1563, un édit de Charles IX va créer des juridictions consulaires en France.
- En 1673, l'ordonnance de Colbert sur le commerce, nommé Code Savary, a codifié les pratiques commerciales relatives aux terres ; Une seconde ordonnance en 1681 a réglementé le commerce maritime. Ces textes créent un régime autonome pour les commerçants : c'est le véritable début du droit commercial.

La révolution française apportera :

- **La loi d'Allarde (improprement appelée « décret »), des 2 et 17 mars 1791**, affirmera la liberté du commerce et de l'industrie. Ce texte est encore en vigueur de nos jours et aura fait émerger la liberté d'entreprendre et la liberté de concurrence.
- **La loi Le Chapelier, adoptée les 14 et 15 juin 1791**, abolit le système corporatif définitivement. Les corporations étaient des groupements ou associations de personnes exerçant la même activité et ayant des règles de fonctionnement particulières et autonomes. Les corporations étaient vivement critiquées pour créer des règles qui avantageaient leurs intérêts particuliers et non l'intérêt général.
- **Le Code de commerce est promulgué par Napoléon en 1807** : il reprend essentiellement la réglementation antérieure, ce qui a été critiqué car les règles étaient anciennes dépassées voire obsolètes et non rédigées par des juristes chevronnés. C'est ainsi que les textes postérieurs sont élaborés en dehors du Code de commerce : on parle de décodification.

A partir du 19^e siècle et jusqu'à nos jours, a émergé le droit commercial moderne :

- Le droit commercial s'est largement développé avec l'émergence de l'économie industrielle, la pratique des affaires et le capitalisme : textes sur les sociétés commerciales, sur l'entreprise et les travailleurs, sur le financement, sur le soutien de l'État...
- Les nationalisations et privatisations ont modifié le fonctionnement des marchés.
- La mondialisation impose des règles adaptées.
- L'Union Européenne et sa construction ont apporté de nouvelles sources du droit (communautaire, européen) et de nouvelles instances (CJUE, CEDH).
- Les fluctuations économiques ont conduit à l'adaptation de règles de droit commercial.
- La protection du consommateur devient centrale avec l'émergence du droit de la consommation.

La période moderne a connu l'arrivée de la notion de « droit des affaires » exprimant l'idée que la matière est pluridisciplinaire et dépassant le cadre du droit commercial stricto sensu. Le droit des affaires intègre en plus du droit commercial : le droit des sociétés, le droit de la concurrence, le droit de la distribution, le droit de la propriété intellectuelle, le droit du travail, le droit des entreprises en difficulté, le droit fiscal...

II. LES SOURCES DU DROIT COMMERCIAL

Le droit commercial est influencé par de nombreuses sources. Nous étudierons ici les sources spécifiques au droit commercial, celles-ci s'inscrivant par ailleurs dans le cadre d'une hiérarchie des normes, laquelle place au sommet la Constitution française.

A. Les sources internes

1. La loi

Le code de commerce

- Promulgué initialement en 1807 par Napoléon 1^{er}, celui-ci va ensuite faire l'objet de nombreuses réformes.
- L'ordonnance du 18 septembre 2000, a entièrement revu le Code de commerce : c'est une codification à droit constant qui consiste à changer la forme, la structure du code, la numérotation des lois et règlements, sans modifier le contenu global du droit. Cette codification s'est achevée en 2007, avec la codification, à droit constant également, de la partie réglementaire, et en 2009 avec la partie des arrêtés.

Les textes hors du Code commerce :

- Certaines dispositions du droit commercial ont été décodifiées avant 2000 et ne sont pas reprises dans le Code de commerce.
- On retrouve donc des règles dans le code civil, dans le code de la consommation...

Le Code civil

- Parmi ces sources hors du Code de commerce, il faut avoir une attention particulière pour le Code civil.
- Le Code civil contient le droit commun des obligations : il y a des règles d'ordre public et d'autres s'appliquent en raison du silence du Code de commerce sur les points concernés ;

2. La coutume et les usages

La coutume et les usages sont importants en matière commerciale puisqu'ils ont pour la plupart été consacrés dans les textes par le législateur. La qualité de commerçant des juges facilite la connaissance de ces règles professionnelles.

La coutume ou usage de droit :

- Elle est similaire à une loi générale, est obligatoire et peut même déroger au droit commun (exemple la solidarité est présumée, contrairement au droit civil).
- La jurisprudence a consacré son existence et son caractère obligatoire.
- Elle s'applique dans le silence du contrat, n'a pas besoin d'être prouvée et s'impose au juge.

La coutume ou usage de fait :

- C'est une pratique professionnelle, en général locale, suivie par les commerçants.
- Elle ne peut déroger à la loi et un contrat commercial peut l'écarter.
- Leur existence se fait souvent à travers les Parères (attestation délivrée par les chambres de commerce ou les syndicats professionnels).

3. La jurisprudence

Son rôle est particulièrement important en droit commercial.

La **juridiction commerciale (tribunal de commerce)** est spécifique :

- Il y a un tribunal de commerce auprès de chaque tribunal judiciaire (lequel connaît la matière s'il n'y a pas de tribunal de commerce dans la circonscription) ;
 - Ils sont composés de juges consulaires : ce ne sont pas des juges professionnels mais ils sont élus par les commerçants ou assimilés pour deux puis quatre années (durée totale de la fonction : 14 ans). Ils siègent à trois dans des instances où le ministère public est représenté.
 - La présentation des parties est libre et elles peuvent se faire aussi représenter par un avocat ou un mandataire. L'administrateur, et le mandataire judiciaire sont présents.
 - Règles générales de compétence :
 - **Matérielle** : les tribunaux de commerce connaissent (art 721-3 C. Com.) :
 - « 1° Des contestations relatives aux engagements entre commerçants, entre établissements de crédit, entre sociétés de financement ou entre eux ;
 - 2° De celles relatives aux sociétés commerciales » (ces deux premiers sont la compétence matérielle subjective)
 - « 3° De celles relatives aux actes de commerce entre toutes personnes » (c'est la compétence matérielle objective).
 - Nous présenterons ultérieurement **l'acte mixte** qui apporte des exceptions à la compétence du tribunal de commerce.
 - L'incompétence des tribunaux commerciaux pour les litiges civils est une nullité d'ordre public. Celle des tribunaux civils pour les affaires commerciales est une nullité relative.
 - **Territoriale** :

C'est le lieu de domicile du défendeur (pour une personne morale, c'est son siège social ou principal établissement).
Mais la loi ouvre l'option avec le lieu de livraison effective ou d'exécution de la prestation de service (article 46 du CPC)
De même il peut y avoir une clause attributive de compétence valable uniquement entre commerçant et si elle est clairement apparente (article 48 du CPC).
- Taux de ressort : Le tribunal statue en premier et dernier ressort pour les litiges inférieurs à 5000 euros.

4. La doctrine

Ce sont « les opinions émises sur le droit par des personnes qui ont fonction de l'étudier » (F. Terré, Introduction générale au droit, Dalloz, 2015) : professeurs, magistrats, avocats...

L'apport doctrinal en droit commercial est important (Gény, Thaller et Escarra, Ripert...).

B. Les sources internationales

1. Le droit communautaire

On retrouve ici le droit communautaire :

- Primaire : Les traités ;
- Dérivé : les règlements, directives, décisions, recommandations.

Pour rappel, les organismes principaux de l'UE sont

- La commission européenne : elle a pour rôle de promouvoir l'intérêt général de l'Union européenne (UE) en proposant des textes législatifs et en veillant à leur application, ainsi qu'en mettant en œuvre les politiques et le budget de l'UE.
- Le conseil des ministres (ou conseil de l'Union) : voix des États membres de l'UE, adopte la législation et coordonne les politiques de l'UE.
- Le Parlement : organe de l'Union européenne élu au suffrage universel direct, doté de compétences législatives avec le CUE, mais aussi budgétaires et de surveillance.
- Le conseil européen (rassemble les chefs d'États) : définit les grandes orientations et priorités politiques de l'Union européenne.
- La Cour de justice de l'Union européenne veille au respect du droit primaire et du droit dérivé.

Le droit de l'Union européenne respecte plusieurs grands principes :

- **Principe de primauté** : le juge interne doit écarter les règles nationales contraires au droit Européen ;
- **Principe d'effet direct** : les normes européennes s'imposent directement sans reprise nécessaire par des textes internes ;
- **Le principe de subsidiarité** : dans les domaines qui ne sont pas de leurs compétences exclusives, les institutions européennes n'interviennent que lorsque les EM ne sont pas capables de réaliser les objectifs de manière suffisante.

2. La convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDHLF)

Bien qu'il ne s'agisse pas du droit de l'Union européenne mais du droit européen (Conseil de l'Europe), il ne faut oublier dans les sources européennes la **Convention européenne de**

sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales signée en 1950 et ratifiée en 1974 par la France. Ce texte énonce des droits fondamentaux importants (dignité, vie privée, procès équitable...).

Les violations de la CEDH sont sanctionnées par la Cour européenne des droits de l'homme :

- Ses arrêts sont obligatoires : les parties se sont engagées à s'y conformer (en réalité la Cour dit qu'ils sont déclaratoires).
- Ils ne sont toutefois pas exécutoires : c'est l'État concerné qui doit les faire appliquer (sans qu'il soit contraint sérieusement).
- En revanche les juridictions peuvent s'appuyer sur ses fondements dans leurs jugements.
- L'article 6, paragraphe 2, du Traité sur l'Union Européenne (TUE) dispose par ailleurs que : "L'Union européenne adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales".

Certains droits peuvent être invoqués dans le cadre de l'activité commerciale (exemple : application au bail commercial) et surtout d'une procédure judiciaire correspondante.

3. Les autres sources internationales

Il s'agit des traités internationaux (par exemple convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises du 11 avril 1980 ; Le règlement Rome 1 (2008), qui établit des règles uniformes pour déterminer la loi applicable aux obligations contractuelles de l'Union européenne ; La convention d'Ottawa de 1988 sur l'affacturage international).

Contrôle de conventionnalité : les décisions Société des Cafés Jacques Vabre (Cass. mixte, 24 mai 1975) et Nicolo (CE, 20 octobre 1989) ont permis au juge interne d'écarter des débats la loi contraire aux traités internationaux, même si la loi lui est postérieure.

On peut encore se référer aux usages internationaux qui sont importants (INCOTERMS ou international commercial terms, par exemple).

Il faut également évoquer l'Organisation Mondiale du Commerce (1995) :

- Elle assure la succession de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), signé en 1947 par 23 pays dont la France, pour la régulation du commerce international.
- Elle édicte des règles régissant le commerce des marchandises, des services, des biens agricoles et industriels et de la propriété intellectuelle entre les pays. Son but est d'aider, par la réduction des obstacles au libre-échange, les producteurs de marchandises et de services, les exportateurs et les importateurs à mener à bien leurs activités.
- L'OMC est principalement un cadre de négociation : les gouvernements membres y essaient de résoudre les désaccords commerciaux existant entre eux.
- L'OMC est dotée d'un « pouvoir judiciaire », via l'Organe de Règlement des Différends (ORD) : une procédure permet de régler les conflits entre les États membres. Elle est avant tout basée sur la négociation.

- Il existe un organe d'appel (OA) comme voie de recours.

4. L'arbitrage international

Le recours à l'arbitrage (1442 du CPC) est devenu le mode de résolution de droit commun des litiges du commerce international, la saisine des tribunaux étant l'exception. Lorsque le litige n'est pas né ce sera une clause compromissoire, à défaut c'est un compromis.

Le principal avantage est que les parties à un contrat n'ont pas à choisir une juridiction nationale (les arbitres choisis n'auront généralement ni la nationalité des parties au contrat ni la nationalité de la loi applicable au contrat).

Les parties peuvent renoncer dans la sentence arbitrale à pouvoir saisir la Cour d'appel, compétente à défaut en cas de recours.

La sentence arbitrale devient exécutoire après une décision d'exequatur émanant du tribunal judiciaire (1487 du CPC).

III. LES GRANDS PRINCIPES DU DROIT COMMERCIAL

A. La liberté du commerce et de l'industrie

Le principe de liberté du commerce et d'industrie (LCI) Il a été consacré par la loi du 2 et 17 mars 1791 (décret d'Allarde) : « *il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouve bon* ».

La loi Le Chapelier des 14 et 17 juin 1791 en supprimant les corporations en a donné une application définitive.

Ce principe est toujours protégé par le juge mais n'apparaît plus dans le Code de commerce. La LCI a été réaffirmée via le principe de liberté d'entreprendre par la Loi Royer du 27 décembre 1973 : « *la liberté et la volonté d'entreprendre sont les fondements des activités commerciales et artisanales* » (article 1^{er}).

De plus, la loi sur les libertés des collectivités locales du 22 juillet 1982 impose « le respect de la liberté du commerce ». La loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres du 21 août 2007, dans son article 1^{er}, attribue à la LCI la valeur de « *principe constitutionnel* ».

La Cour de Cassation (Civ. 1re, 1er avril 1991) protège la LCI : le droit d'exercer librement une activité professionnelle est une liberté fondamentale que la voie de fait peut contribuer à protéger. Le Conseil d'État l'a reconnu comme PGD (arrêt Daudignac , CE 22 juin 1951). Le

Conseil constitutionnel, a donné une valeur constitutionnelle à la liberté d'entreprendre : « *La liberté aux termes de l'article 4 de la DDHC consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre* » (DC du 16 janvier 1982).

La LCI comporte en fait deux volets :

- La liberté d'accéder à une activité professionnelle commerciale ou industrielle ;
- La liberté d'exercer cette activité comme on l'entend

La LCI n'est pas un principe absolu et peut dans certaines conditions être limitée.

Le Conseil constitutionnel dans une décision du 27 juillet 1982 indique que la LCI relève de ces libertés qui « *ne sont ni générales, ni absolues* » et qui ne peuvent « *s'exercer que dans le cadre d'une réglementation instituée par la loi* ».

Il existe en effet des limites :

- Sur les activités : il existe des monopoles d'État réglementés, certaines activités sont soumises à une autorisation administrative, la loi peut restreindre les conditions de commerce (exemple la loi Royer pour les centres commerciaux).
- Sur les personnes : certaines personnes sont frappées d'incapacité (mineur non anticipé, majeur sous tutelle...). Il existe également des incompatibilités professionnelles avec le statut de commerçant (officiers ministériels, fonctionnaires...). Certaines personnes sont également frappées de déchéance à titre de sanction pénale.
- Les limites conventionnelles : c'est le cas de la clause de non-concurrence du contrat de travail (laquelle est valable moyennant le respect de conditions précises : limitée dans le temps, l'espace, justifiée et proportionnée, faisant l'objet d'une contrepartie financière).

B. Les règles associées au principe de la liberté de commerce et d'industrie

De nombreux principes sont liés à celui de la LCI, sans être des principes propres au droit commercial :

- La liberté des prix (article 410-2 du Code de commerce)
- Les règles de la concurrence : la concurrence déloyale (dénigrement, confusion, désorganisation...), les pratiques restrictives de concurrence (prix imposés, revente à perte, rupture brutale de relation commerciale...), les pratiques

anticoncurrentielles sanctionnées par l'Autorité de la concurrence (ententes, abus de position dominante, abus de dépendance économique).

C. Le cadre de l'activité commerciale

L'activité commerciale est encadrée à trois niveaux :

- **Les juridictions commerciales** : c'est le tribunal de commerce, juridiction d'exception ayant son fonctionnement spécifique.
- **L'administration** :
 - L'administration centrale : c'est le Président et son gouvernement et particulièrement le ministre de l'économie (parfois assisté d'un conseil économique et social), à travers la politique économique qu'ils mènent. En dehors de l'administration centrale, les collectivités territoriales jouent un rôle notamment en matière d'aides aux entreprises.
 - Les autorités administratives indépendantes : ont des rôles spécifiques : Commission des clauses abusives, Autorité de la Concurrence...
- **Les institutions professionnelles** :
 - Les chambres de commerce et d'industrie (CCI) : Ce sont des établissements publics, elles soutiennent et protègent les intérêts des entreprises, elles les assistent (création d'entreprise et autres opérations importantes), elles participent à la politique de formation et apportent leurs expertises à l'État et aux entreprises.
 - Les syndicats professionnels qui défendent les intérêts de leurs adhérents, membres d'une branche professionnelle.