

précis  
**DOMAT**

DROIT PRIVÉ

Françoise  
DEKEUWER-DÉFOSSEZ  
Édith BLARY-CLÉMENT  
Caroline LE GOFFIC

# DROIT COMMERCIAL

Actes de commerce,  
fonds de commerce,  
commerçants, concurrence

13<sup>e</sup> édition



# DROIT COMMERCIAL

**Actes de commerce,  
fonds de commerce,  
commerçants, concurrence**

13<sup>e</sup> édition

## **FRANÇOISE DEKEUWER-DÉFOSSEZ**

Doyen honoraire de la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales  
de l'Université de Lille  
Professeure à la Faculté libre de droit de Lille

## **ÉDITH BLARY-CLÉMENT**

Professeure à l'Université de Lille

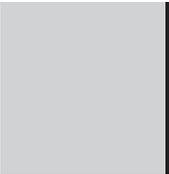
## **CAROLINE LE GOFFIC**

Professeure à l'Université de Lille



© 2023, LGDJ, Lextenso  
1, Parvis de La Défense  
92044 Paris La Défense Cedex  
[www.lgdj-editions.fr](http://www.lgdj-editions.fr)  
EAN : 9782275090368  
ISSN : 2968-7454  
Collection : Précis Domat

---



## LES AUTEURS

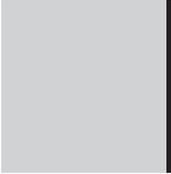
**Françoise DEKEUWER-DÉFOSSEZ** est doyen honoraire de la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales et professeure émérite de l'Université de Lille où elle a enseigné le droit commercial. Elle a également été chargée de mission au développement scientifique de la Faculté libre de droit de Lille et membre du Centre de recherches sur les relations entre le risque et le droit (C3RD).

**Édith BLARY-CLÉMENT** est professeure à l'Université de Lille. Elle enseigne le droit commercial et le droit de la propriété industrielle. Elle est membre du Centre de recherches « Droits et Perspectives du Droit » (CRDP EA, n° 4487) et co-directrice honoraire de l'équipe de recherches appliquées au droit privé (L'ERADP). Elle a créé, avec le Département Derecho Mercantil y Mercado de l'Université d'Alicante, le laboratoire associé international « Lille/Alicante Coopération (LAC+) » qu'elle co-dirige aujourd'hui.

**Caroline LE GOFFIC** est professeure à l'Université de Lille. Elle est membre du Centre de recherches « Droits et Perspectives du Droit » et co-directrice de l'Équipe de recherches appliquées au droit privé (L'ERADP). Elle dirige le Master « Droit de la propriété industrielle ». Elle est également membre associé du laboratoire de recherche du CEIPI (Université de Strasbourg) et co-directrice honoraire de l'Institut Droit et Santé (UMR Inserm 1145 S) de l'Université Paris Cité.



---



# SOMMAIRE

Introduction .....	15
§ 1. L'émergence du droit commercial .....	16
§ 2. Les sources du droit commercial .....	26
§ 3. L'existence et l'essence du droit commercial .....	37
<b>PREMIÈRE PARTIE. LES RÈGLES GÉNÉRALES DE L'ACTIVITÉ COMMERCIALE .....</b>	<b>47</b>
<b>Chapitre 1. Le domaine du droit commercial .....</b>	<b>49</b>
<i>Section 1. Les actes de commerce par nature .....</i>	<i>50</i>
§ 1. Les différentes catégories d'actes de commerce .....	51
§ 2. Les différentes catégories d'activités commerciales .....	55
<i>Section 2. Les commerçants .....</i>	<i>72</i>
§ 1. L'exercice d'actes de commerce .....	72
§ 2. La profession habituelle .....	76
<i>Section 3. La théorie de l'accessoire .....</i>	<i>77</i>
§ 1. L'accessoire commercial subjectif .....	78
§ 2. L'accessoire commercial objectif .....	82
§ 3. L'accessoire civil .....	86
<i>Section 4. La recherche d'un critère général de la commercialité .....</i>	<i>86</i>
§ 1. Le critère de la circulation des richesses .....	86
§ 2. Le critère de la spéculation .....	87
§ 3. Le critère de l'entreprise .....	88
<b>Chapitre 2. Les structures encadrant l'activité commerciale .....</b>	<b>95</b>
<i>Section 1. Les structures administratives .....</i>	<i>95</i>
§ 1. Les administrations étatiques .....	95

§ 2. Les organes des collectivités territoriales .....	96
§ 3. Les institutions spécialisées .....	97
§ 4. Les organisations professionnelles de droit public .....	99
<b>Section 2. Les structures professionnelles .....</b>	<b>100</b>
<b>Section 3. Les structures judiciaires .....</b>	<b>101</b>
§ 1. Les tribunaux de commerce .....	102
§ 2. L'arbitrage .....	116
§ 3. Les modes alternatifs de règlement des différends commerciaux	121
<b>Chapitre 3. Le régime juridique propre aux obligations commerciales</b>	<b>127</b>
<b>Section 1. Le régime des obligations entre commerçants .....</b>	<b>128</b>
§ 1. La conclusion de l'engagement commercial .....	128
§ 2. L'inexécution des obligations commerciales .....	134
§ 3. L'extinction des obligations commerciales .....	136
§ 4. La solidarité des codébiteurs .....	140
<b>Section 2. Le régime des actes mixtes .....</b>	<b>141</b>
§ 1. Le principe de distributivité .....	141
§ 2. Les exceptions au principe de distributivité .....	142
<b>DEUXIÈME PARTIE. L'ENTREPRISE COMMERCIALE .....</b>	<b>149</b>
<b>Titre 1. Les acteurs de l'entreprise commerciale .....</b>	<b>151</b>
<b>Sous-titre 1. Le commerçant .....</b>	<b>153</b>
<b>Chapitre 1. L'accès à la profession de commerçant .....</b>	<b>155</b>
<b>Section 1. Le principe de liberté du commerce et de l'industrie .....</b>	<b>155</b>
§ 1. L'affirmation du principe .....	155
§ 2. Les conséquences du principe .....	156
<b>Section 2. Les limites au principe de liberté du commerce             et de l'industrie .....</b>	<b>158</b>
§ 1. Les limites tenant à la personne du commerçant .....	158
§ 2. Les limites tenant à l'activité envisagée .....	168
<b>Chapitre 2. Les interférences entre statut privé et statut professionnel</b>	<b>177</b>
<b>Section 1. Profession commerciale et droits attachés à la personne ...</b>	<b>177</b>
§ 1. Le patrimoine du commerçant .....	177
§ 2. Le nom du commerçant .....	200
§ 3. Le domicile du commerçant .....	201
<b>Section 2. Profession commerciale et statut matrimonial .....</b>	<b>203</b>

---

§ 1. Les règles communes à tous les commerçants mariés.....	203
§ 2. Les règles particulières aux époux exploitant ensemble le même fonds de commerce .....	210
§ 3. Pacte civil de solidarité et concubinage .....	218
<b>Chapitre 3. Les obligations du commerçant .....</b>	<b>227</b>
<b><i>Section 1. La publicité légale .....</i></b>	<b>227</b>
§ 1. Le registre du commerce et des sociétés et le registre national des entreprises .....	228
§ 2. Les autres publicités obligatoires .....	237
<b><i>Section 2. Les obligations comptables du commerçant .....</i></b>	<b>238</b>
§ 1. Les documents comptables .....	240
§ 2. La tenue de la comptabilité.....	245
<b><i>Section 3. Les autres obligations du commerçant .....</i></b>	<b>253</b>
§ 1. L'obligation d'établir des factures .....	254
§ 2. L'obligation d'avoir et d'utiliser un compte bancaire .....	257
§ 3. Le respect de l'équilibre dans les relations commerciales .....	258
<b><i>Sous-titre 2. Les auxiliaires du commerçant .....</i></b>	<b>267</b>
<b>Chapitre 1. Les auxiliaires n'ayant pas la qualité de commerçant .....</b>	<b>269</b>
<b><i>Section 1. Le statut d'agent commercial .....</i></b>	<b>270</b>
§ 1. La définition de l'agent commercial .....	270
§ 2. Le statut rénové de l'agent commercial .....	271
<b><i>Section 2. Le statut des gérants succursalistes .....</i></b>	<b>275</b>
<b><i>Section 3. Le statut des gérants-mandataires .....</i></b>	<b>277</b>
<b>Chapitre 2. Les auxiliaires ayant la qualité de commerçant.....</b>	<b>285</b>
<b><i>Section 1. Les intermédiaires commerçants .....</i></b>	<b>285</b>
§ 1. Les courtiers .....	285
§ 2. Les commissionnaires.....	286
§ 3. Les vendeurs à domicile indépendants.....	287
§ 4. Les centrales d'achats et de référencement.....	287
<b><i>Section 2. La distribution intégrée .....</i></b>	<b>288</b>
§ 1. Les problèmes communs aux différentes formes de distribution intégrée.....	289
§ 2. Les différents types de contrats de distribution .....	298

---

<b>Titre 2. Les biens de l'entreprise commerciale : le fonds de commerce</b> .....	311
<b>Sous-titre 1. La notion de fonds de commerce</b> .....	313
<b>Chapitre 1. La clientèle, essence du fonds de commerce</b> .....	315
§ 1. La clientèle, condition d'existence du fonds .....	316
§ 2. La clientèle, critère de transmission du fonds .....	320
<b>Chapitre 2. Le fonds de commerce, ensemble des biens affectés à l'entreprise</b> .....	323
§ 1. Le fonds de commerce, « universalité de fait » .....	323
§ 2. Le fonds de commerce, meuble incorporel .....	326
<b>Sous-titre 2. Les éléments d'attraction de la clientèle</b> .....	333
<b>Chapitre 1. Les éléments corporels du fonds de commerce</b> .....	335
§ 1. Les marchandises .....	335
§ 2. Le matériel .....	336
<b>Chapitre 2. Les monopoles d'exploitation</b> .....	339
<b>Section 1. La présentation générale des monopoles</b> .....	339
§ 1. La définition des monopoles d'exploitation .....	339
§ 2. Le régime juridique des monopoles d'exploitation .....	340
<b>Section 2. La propriété industrielle</b> .....	342
§ 1. Les brevets d'invention (et certificats d'utilité) .....	342
§ 2. Les marques de produits ou de services .....	358
§ 3. Les dessins et modèles .....	371
<b>Chapitre 3. Les baux commerciaux</b> .....	383
<b>Section 1. Les conditions d'application du statut des baux commerciaux</b> .....	385
§ 1. Les conditions relatives aux lieux loués .....	386
§ 2. Les conditions relatives aux cocontractants .....	387
§ 3. La condition d'exploitation d'un fonds de commerce dans les lieux loués .....	391
§ 4. Les conditions tenant à la durée ou à la nature de la convention de louage .....	392
<b>Section 2. L'exécution du bail commercial</b> .....	397
§ 1. Les droits du locataire .....	399
§ 2. Les obligations du locataire .....	411
<b>Section 3. Le renouvellement du bail commercial</b> .....	422
§ 1. Les conditions du droit au renouvellement .....	422
§ 2. Le loyer du bail renouvelé .....	426
§ 3. La procédure de renouvellement .....	430
§ 4. L'indemnité d'éviction .....	433

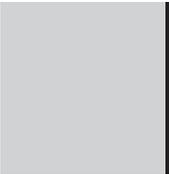
---

<i>Sous-titre 3. Les contrats portant sur le fonds de commerce</i> .....	441
<b>Chapitre 1. La location-gérance de fonds de commerce</b> .....	443
<i>Section 1. Les conditions de la location-gérance</i> .....	444
§ 1. Les conditions de fond .....	445
§ 2. Les conditions de forme .....	447
<i>Section 2. Les effets de la location-gérance</i> .....	448
§ 1. En début de contrat .....	448
§ 2. Pendant la durée du contrat .....	449
§ 3. À l'expiration du contrat .....	452
<i>Section 3. La location d'actions ou de parts sociales</i> .....	453
<b>Chapitre 2. Les opérations de crédit garanties par le fonds de commerce et ses éléments</b> .....	457
<i>Section 1. Le nantissement du fonds de commerce</i> .....	457
§ 1. Les caractéristiques propres à chaque sûreté .....	458
§ 2. Les effets du nantissement .....	460
<i>Section 2. Le crédit-bail</i> .....	464
§ 1. La présentation du crédit-bail sur fonds de commerce .....	464
§ 2. Le régime juridique du crédit-bail sur fonds de commerce .....	465
§ 3. L'extension du crédit-bail aux actions et parts sociales .....	467
<b>Chapitre 3. L'aliénation du fonds de commerce</b> .....	469
<i>Section 1. La vente de fonds de commerce</i> .....	469
§ 1. La conclusion de la cession .....	470
§ 2. La protection spéciale des créanciers chirographaires .....	477
§ 3. Les effets de la cession .....	478
<i>Section 2. L'apport en société d'un fonds de commerce</i> .....	483
<b>Titre 3. Les relations de l'entreprise commerciale avec ses fournisseurs, clients professionnels et concurrents</b> .....	487
<b>Chapitre 1. La loyauté de la concurrence</b> .....	489
<i>Section 1. Les atteintes à la loyauté</i> .....	489
§ 1. Le dénigrement et la publicité comparative .....	490
§ 2. La désorganisation de l'entreprise concurrente ou du marché ...	494
§ 3. La confusion et/ou l'imitation d'un concurrent .....	499
§ 4. Le parasitisme .....	501
<i>Section 2. L'action en concurrence déloyale</i> .....	503
§ 1. Le fondement de l'action en concurrence déloyale .....	504

---

§ 2. L'exercice de l'action en concurrence déloyale .....	505
<b>Chapitre 2. La liberté de la concurrence .....</b>	<b>509</b>
<b><i>Section 1. La liberté des prix .....</i></b>	<b>512</b>
§ 1. Les dérogations législatives à la liberté des prix.....	512
§ 2. Les dérogations réglementaires à la liberté des prix .....	513
<b><i>Section 2. L'approche micro-économique des pratiques     anticoncurrentielles .....</i></b>	<b>514</b>
§ 1. Les clauses de non-concurrence .....	514
§ 2. Les « pratiques restrictives » et l'obligation de transparence .....	520
§ 3. Les autres pratiques prohibées ou encadrées.....	544
<b><i>Section 3. L'approche macro-économique des pratiques     anticoncurrentielles .....</i></b>	<b>545</b>
§ 1. La réglementation européenne des comportements anticoncurrentiels .....	546
§ 2. La réglementation française des comportements anticoncurrentiels .....	564
Index alphabétique .....	605

---

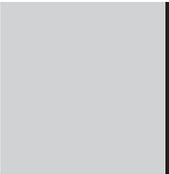


## ABRÉVIATIONS

<i>AJDA</i>	Actualité juridique, Droit administratif
<i>AJPI</i>	Actualité juridique, Propriété immobilière
<i>ALD</i>	Actualité législative Dalloz
<i>Ann. prop. ind.</i>	Annales de la propriété industrielle
<i>Banque</i>	Revue Banque
<i>BOCCRF</i>	Bulletin officiel de la République française : Concurrence, Consommation, Répression des fraudes
<i>BOSP</i>	Bulletin officiel du service des prix
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
<i>Bull. crim.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle
<i>CAA</i>	Cour administrative d'appel
<i>Cah. dr. eur.</i>	Cahiers de droit européen
<i>Cah. dr. entr.</i>	Cahiers de droit de l'entreprise (La semaine juridique ; Juris-classeur périodique, éd. Entreprise)
<i>Cass.</i>	Cour de cassation
<i>Cass. civ.</i>	Cour de cassation, chambre civile
<i>Cass. 1<sup>re</sup> civ.</i>	1 <sup>re</sup> ch. civile de la Cour de cassation
<i>Cass. 2<sup>e</sup> civ.</i>	2 <sup>e</sup> ch. civile de la Cour de cassation
<i>Cass. 3<sup>e</sup> civ.</i>	3 <sup>e</sup> ch. civile de la Cour de cassation
<i>Cass. com.</i>	Cour de cassation, chambre commerciale et financière
<i>Cass. crim.</i>	Cour de cassation, chambre criminelle
<i>Cass. soc.</i>	Chambre sociale de la Cour de cassation
<i>CE</i>	Conseil d'État
<i>C. civ.</i>	Code civil
<i>C. com.</i>	Code de commerce
<i>C. mon. fin.</i>	Code monétaire et financier
<i>C. consom.</i>	Code de la consommation
<i>CGI</i>	Code général des impôts
<i>CJCE</i>	Cour de justice des Communautés européennes
<i>CJUE</i>	Cour de justice de l'Union européenne
<i>Circ.</i>	Circulaire
<i>Clunet</i>	Journal du droit international
<i>Comp.</i>	Comparer
<i>Concl.</i>	Conclusions
<i>Cons. conc.</i>	Conseil de la concurrence

<i>Contrats, conc. consom.</i>	Contrats, Concurrence Consommation
C. pén.	Code pénal
CPC	Code de procédure civile
CPI	Code de la propriété intellectuelle
C. trav.	Code du travail
D.	Dalloz
<i>D. aff.</i>	Dalloz Affaires
D.	Décret
D. IR	Dalloz, informations rapides
D. som.	Dalloz, sommaires
D. som. com.	Dalloz, sommaires commentés
EUIPO	<i>European Union Intellectual Property Office</i>
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
<i>Gaz. Pal.</i> , pan.	Panorama de jurisprudence à la Gazette du Palais
<i>Gaz. Pal.</i> , som.	Gazette du Palais, sommaires
<i>Gaz. Pal.</i> , 1 <sup>er</sup> ou 2 <sup>e</sup> sem.	Gazette du Palais, 1 <sup>er</sup> ou 2 <sup>e</sup> semestre
<i>Infra</i>	Voir ci-dessous
INPI	Institut national de la propriété industrielle
JCP G	Juris-classeur périodique, la semaine juridique, édition générale
JCP CI	Juris-classeur périodique, la semaine juridique, édition commerce et industrie
JCPE	Juris-classeur périodique, la semaine juridique, édition entreprise
JO	Journal officiel de la République française
JO doc. adm.	Journal officiel documents administratifs
JOAN	Journal officiel, Assemblée nationale
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
J. soc.	Journal des Sociétés
LPA	Les Petites Affiches
Ord.	Ordonnance
Propr. ind.	Propriété industrielle
Propr. intell.	Propriété intellectuelle
<i>Rec. CJCE</i>	Recueil des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes
<i>Rec. Lamy</i>	Recueil Lamy
<i>Defrénois</i>	Répertoire du Notariat Defrénois
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD eur.</i>	Revue trimestrielle de droit européen
<i>RD bancaire et fin.</i>	Revue de droit bancaire et financier
<i>RDI</i>	Revue de droit immobilier
<i>RDP</i>	Revue de droit public
<i>RJ com.</i>	Revue de jurisprudence commerciale
<i>RJDA</i>	Revue de jurisprudence et de droit des affaires
<i>RJPF</i>	Revue juridique Personnes et Familles
<i>Rev. sociétés</i>	Revue des sociétés
S.	Sirey
<i>Supra</i>	Voir ci-dessus
T. com.	Tribunal de commerce
Th.	Thèse de doctorat
V.	Voir à, consulter

---



# INTRODUCTION

1 Qu'est-ce que le droit commercial ? À cette question simple, il n'existe pas de réponse simple.

Alors qu'il n'y a aucune ambiguïté sur l'existence et le contenu du droit civil, pénal et même du droit du travail ou du droit fiscal, le droit commercial a toujours été et se trouve encore à la recherche de son identité : on a pu écrire que « c'est un trait caractéristique du droit commercial que sa difficulté d'être »<sup>1</sup>.

S'il faut prendre une définition « de travail », contentons-nous en première approche de supposer que le droit commercial est celui qui régit **le monde des échanges économiques**.

La matière étudiée commande le choix des méthodes. Si le droit commercial existe, c'est le fruit d'une longue évolution historique dont les accidents expliquent ses caractères actuels. En effet, l'originalité du droit commercial découle de la combinaison de divers facteurs parmi lesquels les données historiques tiennent une place prépondérante. Ainsi **l'émergence du droit commercial** est le premier phénomène à observer (§ 1). On peut même affirmer que le droit commercial est une construction de l'histoire.

Issu de la pratique, du besoin d'organiser les échanges et plus largement de la nécessité de donner un cadre juridique à l'activité économique, le droit commercial s'est forgé des instruments propres à assurer le bon fonctionnement de la vie des affaires à partir de sources diverses. Les **sources du droit commercial contemporain** lui confèrent son originalité : ce sera la seconde étape de notre parcours (§ 2).

Ces deux étapes préalables franchies, il nous sera possible de réfléchir sur **l'existence et l'essence** du droit commercial (§ 3).

---

■ 1. Ch. ATIAS, « Hypothèses sur la doctrine en droit commercial », *Mélanges Roblot*, LGDJ, 1984, p. 29.

## § 1. L'ÉMERGENCE DU DROIT COMMERCIAL

### A. PROLÉGOMÈNES : LES DROITS ANTIQUES

2 On peut dire que le droit commercial a commencé à naître en même temps que le commerce, c'est-à-dire qu'il est intimement lié à l'apparition et au développement de **civilisations marchandes**. Les plus anciens documents connus sont actuellement les **tablettes de Warka** (vers 2000 avant J.-C.) et, surtout, le célèbre **Code d'Hammourabi** (vers 1700 avant J.-C.). Ces deux ensembles sont issus de la civilisation mésopotamienne, dont l'une des caractéristiques intéressantes pour nous est que l'ensemble de la société s'adonnait au commerce<sup>2</sup>. On trouve dans ces documents des éléments de droit bancaire, tels le prêt à intérêt ou le dépôt d'espèces (et ceci bien que la monnaie fût inconnue), ainsi qu'une préfiguration du droit des sociétés. Les techniques juridiques élaborées vont se répandre alors sur l'ensemble des pays visités par ces marchands et surtout sur le pourtour de la Méditerranée.

On a souvent relevé, par contraste, la pauvreté du droit de l'Égypte antique. La société égyptienne était trop agraire pour créer un droit commercial. Le seul événement notable est que l'écriture égyptienne dut se simplifier pour pouvoir être utilisée dans des transactions commerciales : ainsi, vers 1400 avant J.-C., des marchands syriens (encore eux) créèrent une écriture alphabétique des hiéroglyphes. Ce fait historique témoigne de deux constantes de la vie commerciale : la nécessité impérieuse d'**instruments commodes** pour passer rapidement les transactions et la **tendance de la vie commerciale à influencer la vie « civile »**.

M. Champaud a chanté en termes lyriques l'épopée commerciale, nautique et juridique des peuples phéniciens et puniques, d'ailleurs étroitement apparentés<sup>3</sup>. Le droit du commerce phénicien et punique est malheureusement inconnu. On peut néanmoins supposer qu'il nous a été transmis incognito à travers les droits des deux grandes civilisations dont nous avons recueilli l'héritage : la Grèce et Rome. Nous avons également conservé le nom donné par les romains à ces peuples : le terme de « marchand » vient du nom du dieu Mercure, patron à la fois des trafiquants internationaux de l'époque et des voleurs...

3 Le droit de la Grèce antique est moins connu que l'on ne pourrait le supposer : les Grecs n'attachaient guère d'intérêt au droit privé, alors que ce que nous appelons le droit constitutionnel et la science politique les passionnaient. De cette époque datent cependant un certain nombre d'institutions qui perdurèrent fort longtemps, surtout en droit maritime. Ainsi la loi rhodienne du jet à la mer, qui prescrivait de partager entre les différents expéditeurs la perte résultant de ce que le capitaine avait dû jeter des marchandises par-dessus bord pour s'alléger dans la tempête, est à l'origine de la théorie des « avaries communes ». Le prêt nautique grec devint, au Moyen Âge, le prêt à la grosse aventure, dit encore « prêt à la grosse », contrat qui tenait à la fois du prêt et de l'assurance. Enfin, là aussi, se trouvent des formes de sociétés et des contrats bancaires.

■ 2. SZRAMKIEWICZ et DESCAMPS, *Histoire du droit des affaires*, Précis Domat, 2<sup>e</sup> éd., 2013, n° 18.

■ 3. CHAMPAUD, *Droit des affaires*, coll. Que sais-je ?, p. 7 et « Les sources du droit de la concurrence au regard du droit commercial et des autres branches du droit applicable en France », *Mélanges Houin*, p. 61.

Il est vraisemblable qu'une bonne partie de ces institutions n'était que le perfectionnement de techniques juridiques déjà connues et correspondant aux nécessités immuables du commerce. Il est peut-être plus intéressant de relever, avec MM. Szramkiewicz et Descamps<sup>4</sup>, l'émergence d'une dissociation entre le droit civil des personnes et le droit commercial. La Grèce était divisée en une poussière de petites « cités » dont chacune avait ses institutions publiques, et son droit à la fois civil et civique. Mais des commerçants s'établissent dans des cités dont ils ne sont pas originaires : ce sont les « Métèques ». Cette situation particulière va les amener à utiliser un droit international, composé de bribes de droits des diverses cités, et à créer des **juridictions spéciales** qu'ils gèrent eux-mêmes : ce sont les très anciens ancêtres de nos tribunaux de commerce.

#### 4 Le droit romain est une source à la fois très riche et très pauvre pour le droit commercial.

C'est une source très riche parce que les fondements de notre droit actuel des biens et des obligations se sont construits à Rome. C'est le **droit prétorien** qui a jeté les bases de la plupart de nos techniques contractuelles. La différence entre contrat solennel, contrat réel et contrat consensuel, ou encore des institutions telles que le mandat ou la solidarité sont des héritages encore actuels du droit romain. De façon plus précise et ponctuelle, la technique juridique de la vente ou les procédures collectives d'apurement du passif ont leur racine et leur explication dans le droit romain.

Enfin, nous connaissons des éléments de **droit public économique romain**, le plus connu étant l'Édit « du maximum » de Dioclétien, en 301 après J.-C., fixant le prix que ne devaient pas dépasser certaines denrées. Le Bas-Empire connut déjà une forme de corporatisme et d'économie dirigée.

Mais c'est aussi une source très pauvre, car, malgré l'existence de l'« ordre équestre » qui était une véritable classe sociale de bourgeoisie d'affaires, au sein de laquelle se recrutaient les *argentarii* (banquiers) et les *negociatores* (hommes d'affaires pratiquant l'import-export), le droit du commerce romain ne se sépara pas du droit civil, ni quant au fond, ni en matière de procédure et de juridictions, pour des raisons d'ailleurs encore controversées<sup>5</sup>. L'hégémonie de Rome généralisa cette **réunification du droit privé**, qui devait survivre à sa disparition.

La période du Haut Moyen Âge se caractérise par la faiblesse des échanges économiques et la régression du droit. Pendant à peu près un millénaire, il n'y a donc plus ni commerce, ni droit commercial.

## B. LA RENAISSANCE DES ÉCHANGES COMMERCIAUX ET LA CONSTRUCTION DU DROIT COMMERCIAL : DU XII<sup>E</sup> AU XVI<sup>E</sup> SIÈCLE

#### 5 Le point de départ de l'évolution est un fait économique et social : le **renouveau des échanges économiques**. À partir du XII<sup>e</sup> siècle, les productions se

■ 4. *Op. cit.*, n° 29.

■ 5. SZRAMKIEWICZ et DESCAMPS, *op. cit.*, n° 88.

développent, se diversifient. Un véritable appétit de consommation, qui touche d'ailleurs surtout les classes favorisées, entraîne les marchands à sillonner inlassablement les routes, allant chercher au loin les produits mythiques et convoités : soie, épices, tapisseries des Flandres, draps de Champagne... Les Croisades sont-elles cause ou conséquence de ce mouvement ? Probablement l'une et l'autre à la fois, de même que, quelques siècles après, la découverte du Nouveau Monde. Toujours est-il que ces échanges économiques multipliés vont créer un besoin de droit et que la nouvelle puissance économique de la catégorie sociale des marchands leur permettra – dans une certaine mesure – de le créer eux-mêmes. Processus de création du droit que l'on retrouve tout au long de l'histoire du droit commercial, véritable fil directeur de la création de ce droit.

Géographiquement, les échanges se réalisent dans certains secteurs privilégiés.

L'Italie du Nord, tout d'abord : Gênes, Venise, Pise, Milan, dont les natifs, « Lombards », essaieront dans toute l'Europe. Entre autres inventions, ils nous ont légué la comptabilité en partie double qui est à la base de la perception moderne de la notion d'entreprise comme entité autonome<sup>6</sup>.

Il faut évoquer aussi les villes du nord de l'Europe et de la Flandre : Anvers, Brème, Lübeck, Hambourg, villes « hanséatiques », et aussi Bruges, Tournai, Gand, Ypres, Arras, Lille et les autres villes formant la Hanse Flamande des XVII villes<sup>7</sup>.

Il existait également des pôles commerçants en Europe de l'Est (Leipzig) et en Catalogne (Barcelone), mais d'importance moins grande.

Entre ces villes existait un perpétuel va-et-vient de commerçants. Sur les chemins ceux-ci prirent l'habitude de s'arrêter pour commencer avec les habitants des pays traversés, le plus souvent à l'initiative des seigneurs locaux : ce sont les célèbres **foires**, par exemple celles de Champagne.

Ces voyages susciterent des **besoins juridiques spécifiques** : des instruments permettant d'éviter les transports d'argent et leurs dangers (lettres de change, compte courant) ; des juridictions permettant de juger rapidement et efficacement les litiges nés pendant une foire (les juridictions de foires).

Comme à l'époque des Phéniciens et des métèques, le droit commercial est alors international : il ne pourrait pas exister autrement, car le droit « national » est composé d'une mosaïque de coutumes locales impossibles à connaître et incompatibles entre elles. C'est la naissance du *jus mercatorum*, qui régit encore aujourd'hui le commerce international.

À cette époque, trois types de structures encadrent l'activité des marchands et vont concourir à modeler leur droit.

- 6 Les structures politiques, tout d'abord. Le roi et les seigneurs sont omniprésents. Comme clients et débiteurs, parfois impécunieux ; comme **autorité fiscale**, soucieuse à la fois de prélever, mais aussi de susciter la création de matière imposable, ce qui explique l'intérêt que pouvait avoir le Comte de Champagne à créer une foire<sup>8</sup> ; comme **autorité proprement politique**, à qui les municipalités,

■ 6. CHAMPAUD, *Que sais-je ?*, préc., p. 39.

■ 7. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, PUF, coll. « Droit fondamental », p. 29.

■ 8. HILAIRE, *op. cit.*, n° 14.

largement composées de marchands vont arracher leurs « franchises » ; comme responsable de la police des marchés ; comme **autorité judiciaire** enfin, qui laissera se créer, voire créera elle-même les juridictions propres aux commerçants : juridictions de foires tout d'abord, puis juridictions consulaires qui s'insèrent dans l'ordre judiciaire, à telle enseigne que ce sont les pouvoirs publics qui assureront l'exécution de leurs décisions.

Commerçants et autorités publiques inaugurent alors un type spécifique de relation, où entrent simultanément une certaine autonomie et une non moins certaine dépendance, la faveur liée aux bienfaits économiques résultant du commerce et la crainte, sinon la haine envers des marchands plus riches, voire plus puissants que leurs souverains. Cette dialectique est encore contemporaine : que l'on songe à l'attitude des pouvoirs politiques d'aujourd'hui (et particulièrement des pays en voie de développement) face aux multinationales...

- 7 La deuxième structure omniprésente sous l'Ancien Régime est l'**Église catholique**. À l'époque, elle interdit **non seulement l'usure, mais tout prêt à intérêt**. Cette prohibition durera autant que l'Ancien Régime. Or, le crédit est l'une des nécessités constantes et essentielles du commerce. Les Babyloniens le savaient déjà ! Le résultat de cette interdiction ne sera donc pas d'empêcher le prêt à intérêt, ce qui aurait paralysé toute évolution économique, mais de favoriser les personnes et les contrats permettant de passer outre à l'interdiction. Quant aux personnes, ce sera la fortune des juifs et des Lombards (tout au moins tant que leurs débiteurs ne les font pas exécuter ou assassiner pour éviter d'avoir à les rembourser). Quant aux contrats, c'est la raison du succès de certaines conventions telles que, par exemple, les **commandites** et les **lettres de change**.

La **commandite** est un contrat par lequel une personne apporte de l'argent à une autre qui l'utilise pour une opération ou une activité lucrative. Les bénéfices sont ensuite partagés. Ce contrat fort utile permettait de surcroît aux nobles de placer leur fortune dans de fructueuses affaires commerciales sans « déroger ».

La **lettre de change** est un ordre de paiement donné par un créancier à son débiteur. À l'époque, créancier et débiteur ne devaient pas être de la même localité (cette exigence existait encore dans le Code de commerce de 1807), ce qui impliquait la plupart du temps qu'ils n'avaient pas la même monnaie. Dans ce cas, l'Église autorisait la perception d'intérêts comme rémunérant le « change » et la *distancia loci*.

On aurait tort de croire ce type de casuistique dépassé : aujourd'hui, si l'Église catholique ne condamne plus le prêt à intérêt, le Coran l'interdit toujours, ce qui place les banques islamiques en porte-à-faux par rapport à la *Charia* et à la *Figh* et les oblige à pratiquer des détours juridiques très semblables à ceux de l'Ancien Droit<sup>9</sup>. Ce qui oblige aussi, à l'ère de la toute-puissance de la finance, les systèmes juridiques à s'adapter pour offrir des instruments conformes aux besoins de la finance islamique et renforcer ainsi l'attractivité des places financières. Des banques islamiques ont, par exemple, été introduites au Royaume-Uni. La récente consécration de la fiducie en droit interne participe de ce mouvement. Quelques

■ 9. HEINRICH, « Les principaux contrats de financement utilisés par les banques islamiques », *Banque* 1987, p. 1134.

aménagement restent toutefois nécessaires<sup>10</sup>. L'article 16 de la loi n° 2009-1255 du 19 octobre 2009<sup>11</sup> les prévoyait mais ce texte a été invalidé par le Conseil constitutionnel<sup>12</sup>. Ainsi la fiducie est préservée des audaces du législateur<sup>13</sup>.

- 8 La troisième structure organisant et bridant l'activité économique est le **système des corporations**. Fruit des amours dénaturées de l'interventionnisme public et de l'aversion naturelle des commerçants pour la concurrence<sup>14</sup>, le système corporatif avait, certes, des avantages ; il assurait la formation des jeunes, gérât des œuvres sociales, prenait la défense des commerçants et servait d'interlocuteur au pouvoir royal ou seigneurial. Mais il était aussi facteur de hausse des prix, de stagnation technique, et d'exclusion de ceux qui n'étaient pas admis, pour des raisons plus ou moins valables (incompétence mais aussi malthusianisme). La tendance corporatiste demeurera une tentation permanente du monde commerçant.

### C. POUVOIR ROYAL ET DROIT COMMERCIAL DU XVI<sup>E</sup> AU XVIII<sup>E</sup> SIÈCLE : CONSTRUCTION JURIDIQUE ET DIRIGISME ÉCONOMIQUE

- 9 À partir des XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles, le droit commercial qui avait jusqu'alors évolué en fonction de ses besoins dans une relative liberté va être **systématisé par le pouvoir royal** et l'on va assister aux premières formes d'étatisation de l'économie. Il ne faut pas voir seulement dans ce phénomène la traduction de l'affermissement du pouvoir politique. Il existait certainement, à l'époque, une **demande du monde commercial** pour voir donner à ses usages force législative : il suffit, pour s'en convaincre, d'observer l'importance des praticiens et en particulier des ancêtres des chambres de commerce et des « députés du commerce » dans ce processus<sup>15</sup>. C'est, là aussi, une constante du droit commercial que cet appel des praticiens à l'autorité publique pour qu'elle donne la force de son autorité aux « bonnes » pratiques et empêche les mauvaises<sup>16</sup>.

Deux dates doivent être retenues :

— en 1563, un édit de Charles IX crée les **juridictions consulaires** qui étaient, à l'époque, échevinales, c'est-à-dire qu'elles comprenaient un juge et quatre « consuls » ;

— en 1673, Colbert fait préparer par un négociant de Paris, Savary, une codification des pratiques commerciales. Ce sera l'« *Édit pour le commerce des marchands en gros et en détail* » dit aussi « *Ordonnance sur le commerce de terre* », ou

■ 10. En ce sens : J. CHARLIN, « Fiducie, sukuk et autres marabaha ou ijara. À propos de la finance islamique », *JCP E* 2009 p. 1946 ; J. VASA, « Finance islamique : une loi qui fait polémique », *RLDA* 2009, n° 41 éditorial.

■ 11. Loi n° 2009-1255 du 19 oct. 2009 tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers, *JO* 20 oct. 2009 p. 17410.

■ 12. Cons. const., 14 oct. 2009, n° 2009-589 DC, *JO* 20 oct. p. 17412.

■ 13. En ce sens, L. AYNÈS et P. CROCQ, « La fiducie préservée des audaces du législateur », *D.* 2009, p. 2559.

■ 14. Sur cette aversion, v. CHAMPAUD, art. préc. aux *Mélanges Houin*, p. 61.

■ 15. HILAIRE, *Le droit des affaires et l'histoire*, *Economica*, 1995, p. 39 et s.

■ 16. SAYAG et HILAIRE, *Quel droit des affaires pour demain*, CREDA, 1984, n° 193.