

Droit commercial général

Leçon 1 : Introduction au cours de droit commercial général

, Edith BLARY-CLEMENT

, Gonzague GRAVE

Table des matières

Section 1. Le droit commercial : une construction de l'histoire.....	p. 2
§1. Les prémices du droit commercial.....	p. 2
A - Les droits antiques.....	p. 2
B - Le Moyen-âge.....	p. 2
§2. Naissance et consolidation du droit commercial moderne.....	p. 3
A - L'ordonnance de 1563.....	p. 3
B - Les ordonnances de 1673 et 1681.....	p. 4
C - La consolidation.....	p. 4
§3. De 1807 à nos jours.....	p. 4
A - L'échec de la codification napoléonienne.....	p. 5
B - Aspects juridiques et influence du capitalisme.....	p. 5
C - La législation contemporaine.....	p. 5
Section 2. Les sources du droit commercial.....	p. 8
§1. Les sources d'origine publique.....	p. 8
A - La loi.....	p. 8
B - La jurisprudence.....	p. 10
§2. Les sources d'origine privée.....	p. 10

Dans une première approche, le droit commercial peut être défini comme la partie du droit privé relative aux opérations juridiques faites soit par les commerçants entre eux soit par les commerçants et les tiers dans le cadre de leur activité professionnelle. La matière se caractérise par l'originalité de sa construction et de ses sources

- L'originalité du droit commercial découle de la **combinaison de divers facteurs** parmi lesquels les données historiques tiennent une place prépondérante. On peut même affirmer que le droit commercial est une construction de l'histoire (Section 1^{ère}).
- 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**. Il se caractérise par la diversité de ses sources : les usages, les traités, les accords internationaux y ont une place privilégiée (Section 2^{ème}).

Section 1. Le droit commercial : une construction de l'histoire

Le droit commercial est une construction de l'histoire. Il est né en même temps que le commerce lui-même. Son apparition et son développement coïncident avec ceux des civilisations marchandes.

§1. Les prémices du droit commercial

Si pour simplifier, on fait parfois remonter l'apparition du droit commercial au Moyen-Âge, il faut toutefois relever l'existence de règles spécifiques aux relations de commerce et d'échanges dès la plus Haute Antiquité. Certes, il ne s'agissait pas d'un droit commercial construit comme aujourd'hui mais de règles propres aux relations d'échanges qui préfiguraient le droit commercial moderne.

A - Les droits antiques

Exemple

Ainsi, les babyloniens, par exemple, connaissaient déjà un système élaboré. La preuve en est le code d'Hammourabi datant d'environ 1700 avant Jésus-Christ.

Dès cette lointaine époque, avait été mis en place un certain nombre de techniques pour faciliter le commerce tels le prêt à intérêts ou le dépôt d'espèces.

Exemple

Les Phéniciens et les Grecs, quant à eux, ont marqué l'histoire du droit commercial en donnant naissance au droit maritime. La **théorie de l'avarie commune** date de cette époque.

On sait également l'importance et l'influence du droit romain sur notre système juridique. S'agissant du droit commercial, il ne connaissait pas la distinction droit civil/ droit commercial mais il a posé les bases du système sur lesquelles le droit commercial s'est ensuite développé. Mais c'est surtout le Moyen-âge qui a vu l'éclosion du « droit des marchands ».

B - Le Moyen-âge

En effet, à partir du XI^{ème} siècle, le commerce renaît et avec lui les échanges et la nécessité de les faciliter. Comme l'écrit J Hilaire dans son introduction historique au droit commercial, au Moyen-âge, une

nouvelle classe sociale se forme celles des « *mercatores* » (ou marchands) qui éprouvent le besoin pour le développement des affaires d'un encadrement juridique particulier. Géographiquement, deux pôles sont à l'origine de ce renouveau et du développement du commerce : l'Italie du Nord d'une part, les Flandres et les villes du Nord de l'Europe d'autre part. En Italie du nord, les marchands s'emparent du pouvoir politique et font passer dans les statuts des Petites Républiques indépendantes comme Venise leurs usages et pratiques. Usages et pratiques qui se répandent ensuite dans toute l'Europe. Le second pôle d'activité était situé en Flandre et d'une manière plus générale dans les villes du nord de l'Europe (Bruges, Tournai, Lille). Entre ces deux grands pôles, des lieux privilégiés d'échanges et de commerce apparaissent. Ce sont les villes qui accueillent les foires, les plus célèbres étant celles de Champagne. Ces foires constituent le lieu de rencontre des marchands de toute l'Europe et favorisent par la même la mise en place de règles communes à l'ensemble des marchands. Des règles telles le contrat de banque, la lettre de change ou traite, la faillite, ont facilité les échanges. De la même manière, les premières juridictions spécialisées composées de consuls sont apparues pour régler les conflits entre marchands de nationalités souvent différentes. Le développement du commerce et l'éclosion du droit commercial qui en résulte ainsi permise ont été très vite encadrés par différentes structures.

Exemple

On citera notamment les autorités politiques. Pour illustrer les propos on peut évoquer le rôle du comte de champagne qui a par exemple créé « le conduit de foire ». Par ce conduit, les marchands étaient placés sous la sauvegarde du seigneur. Des officiers étaient chargés de la garde des foires et de la protection des marchands. Ils avaient des pouvoirs de police et de justice.

D'autres facteurs ont contribué à l'élaboration du droit commercial d'une manière non négligeable.

Exemple

On pense à l'influence de l'Eglise et de ses interdits qu'il a fallu contourner et pour cela trouver des instruments adaptés. Ainsi est née la commandite, ancêtre de la société du même nom.

La commandite est un contrat par lequel une personne apporte de l'argent à une autre personne qui l'utilise pour une opération ou une activité lucrative, les bénéfices sont ensuite partagés.

Une démarche similaire peut être observée s'agissant du financement des activités par les banques islamiques.

Les corporations ont également joué un rôle important qui s'est maintenu jusqu'à la Révolution, c'est-à-dire pendant toute la période de consolidation du droit commercial.

§2. Naissance et consolidation du droit commercial moderne

Dotées d'une organisation hiérarchique puissante, les corporations ont élaboré progressivement les statuts des professions. Si ces règles étaient le plus souvent de simples usages, de grands textes ont néanmoins marqué l'évolution du droit commercial. Le droit commercial a ainsi acquis une autorité certaine et surtout a renforcé son autonomie.

A - L'ordonnance de 1563

Le premier texte marquant est un édit de Charles IX datant de 1563 par lequel sont créées les juridictions consulaires d'abord à Paris puis dans toute la France. Mais l'œuvre la plus aboutie est celle de Louis XIV inspirée par Colbert qui est à l'origine des deux ordonnances fondatrices du droit commercial moderne.

En savoir plus : Un peu d'histoire

La première partie du règne de Louis XIV est marquée par de grandes réformes administratives et principalement l'augmentation de la pression fiscale. Il crée le Code Louis en 1667, sorte de code civil, le Code Criminel en 1670, le Code forestier, l'édit sur les classes de la marine en 1669, l'ordonnance de commerce en

1673. Au fil du temps, deux clans vont se mettre en place aux côtés du roi et cohabiter tout en rivalisant l'un avec l'autre. Le clan Colbert va gérer tout ce qui touche à l'économie, la politique étrangère, la marine et la culture alors que le clan Le Tellier-Louvois (François-Michel Le Tellier, marquis de Louvois, secrétaire d'État à la guerre, rival de Colbert au sein du conseil royal) va avoir la main mise sur la défense. Le roi fait ainsi sienne la devise « *Diviser pour mieux régner* ». En ayant deux clans rivaux sous ses ordres, il est certain que les deux s'auto-contrôleront et que cela empêchera toutes dérives permettant à un de ses ministres de réussir un coup d'état contre lui. Jusqu'en 1671, le clan Colbert domine mais, quand commencent les préparatifs de la guerre de Hollande, les réticences de Colbert qui rechigne à se lancer à nouveau dans de grandes dépenses commencent à le discréditer aux yeux du roi. De plus, l'écart d'âge entre Colbert (52 ans à l'époque) et le roi (33 ans) fait que le roi se rapproche naturellement de Louvois qui n'a que 30 ans et la même passion : la guerre. Jusqu'en 1685, c'est le clan Louvois qui aura la haute main sur le roi.

B - Les ordonnances de 1673 et 1681

La première connue sous le nom de **code Savary** a permis une codification des pratiques commerciales relativement au commerce de terre en 1673, la seconde de 1681 a trait au commerce maritime. Ces textes marquent un véritable tournant dans l'histoire du droit commercial. Notamment parce qu'elles font échapper les commerçants au droit commun pour les soumettre à un régime autonome. C'est donc l'apparition du droit commercial moderne qui prendra corps plus tard dans le Code de commerce de 1807.

C'est à partir de cette époque que l'on peut véritablement parler de « droit commercial » défini comme un ensemble de règles, de normes régissant l'activité des commerçants.

Abandonnant le caractère international du droit antérieur, le code Savary pose les règles générales qui vont encadrer le commerce et l'exercice des professions commerciales.

Exemple

Il réglemente la lettre de change, les sociétés commerciales et partiellement la faillite.

De cette époque date le colbertisme : doctrine selon laquelle il appartient au pouvoir politique d'impulser l'économie, de la diriger et de la contrôler. L'essor des manufactures, le développement des compagnies maritimes ont rendu nécessaire la fixation de règles spécifiques pour encadrer les nouvelles activités économiques. On retrouve ainsi la justification même de l'existence du droit commercial c'est-à-dire la nécessité d'élaborer des règles adaptées aux opérations économiques et aux commerçants. Les ordonnances de Colbert ont permis la naissance du droit commercial qui s'est ensuite consolidé au fil du temps.

C - La consolidation

A partir du XVII^{ème} siècle, le droit commercial a acquis son autonomie en faisant échapper les commerçants au droit commun. Ce droit prendra véritablement corps, quelques décennies plus tard, dans le code de commerce de 1807. Mais avant d'envisager cette troisième période, il faut rappeler qu'entre temps est intervenu un événement politiquement marquant : la Révolution de 1789. Deux grands textes issus de cette période doivent retenir l'attention :

- le décret d'Allarde des 2 et 7 mars 1791,
- la loi Le Chapelier des 14 et 17 juin 1791.

Libérant les commerçants du carcan des corporations, maîtrises et autres jurandes, ils consacrent le principe de la liberté du commerce et de l'industrie sans lequel le commerce et partant le droit commercial n'aurait pu prospérer.

§3. De 1807 à nos jours

Cette période est marquée par l'échec de la codification napoléonienne et le dépassement du droit commercial. On sait maintenant que le droit commercial a pris corps dans le Code de commerce de 1807. Cependant dès l'origine ce droit portait en germe un certain nombre d'imperfections qui ont amplement été dénoncées par la doctrine et ont abouti à une véritable décodification du droit commercial à laquelle il a été mis fin en 2000.

A - L'échec de la codification napoléonienne

Sans doute le plus grave défaut du Code de 1807 a été de reproduire presque servilement le droit antérieur. En effet, son contenu et son plan étaient fortement inspirés de l'ordonnance de 1673 évidemment obsolète.

Il a reproduit le droit antérieur alors que déjà s'annonçait une ère nouvelle : celle du capitalisme.

Les aspects juridiques du capitalisme moderne ont été mis en lumière par le Doyen Ripert notamment dans un ouvrage qui porte ce titre. Il rappelle que la société commerciale et industrielle du XIX^{ème} siècle a eu besoin d'outils pour se développer et fonder un système économique efficace. Elle ne les a pas trouvés dans le Code de commerce déjà obsolète, elle les a donc créés souvent en dehors même du code de commerce.

B - Aspects juridiques et influence du capitalisme

Tout le XIX^{ème} siècle et XX^{ème} siècle sont marquées par les idées capitalistes bien que en ce domaine comme dans bien d'autres les idées aient évolué. Le **capitalisme libéral s'est d'abord imposé**, notamment sous le Second Empire.

Exemple

De grandes lois datent de cette époque en matière de propriété intellectuelle, en matière de sociétés aussi et on peut citer la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés par actions sociétés en commandite par actions, Sociétés anonymes. La création du chèque date de 1865.

Puis la 3^{ème} République voit la mise en place des structures de l'économie moderne ; les industriels, les commerçants s'enrichissent (Cf. Y Guyon). **On parle « d'âge d'or ».**

Exemple

Les règles relatives au fonds de commerce datent de cette époque.

Mais l'âge d'or n'a pas duré. La première mondiale marque une rupture dans l'évolution du système.

C - La législation contemporaine

Après la première guerre mondiale, la crise économique de 1929 et la seconde guerre, le libéralisme fait place à l'interventionnisme. On est toujours dans une économie de type capitaliste mais **l'Etat dirige de plus en plus l'économie**.

Exemple

Pour illustrer le propos, il suffit de citer les ordonnances de 1945 sur les prix et les pratiques anticoncurrentielles ou encore les nationalisations d'après-guerre qui font de l'Etat un agent économique.

La tendance perdure aujourd'hui encore même si l'étatisme s'est relâché sous l'influence des multiples facteurs souvent contradictoires. L'adhésion au Traité de Rome et l'intrusion de l'ordre juridique communautaire en droit interne, les soubresauts politiques de ces dernières décennies, la récession économique et les

crises pétrolières rendent peu lisibles l'évolution de la législation contemporaine soumise à des influences contradictoires. Le concept de régulation traduit ce phénomène. Le libéralisme reste de mise mais il faut réguler les activités économiques. La crise financière du début du XXI^{ème} siècle montre la nécessité toujours actuelle mais aussi les limites de l'encadrement étatique (P. Lignière, « Colbertisme, Quelle place pour le volontarisme industriel ? », *JCP (G)* 2010 doctr. 429).

Une autre tendance marque la période contemporaine, c'est celle du dépassement du droit commercial classique voire son absorption partielle ou totale par d'autres matières. A cet égard le droit de la consommation se montre particulièrement envahissant.

Au regard de l'évolution contemporaine du droit, il apparaît que la volonté de protéger le consommateur face aux professionnels déborde le simple cadre des relations entre consommateur et commerçant pour s'appliquer à toute personne physique qui contracte avec un professionnel. Les incursions du droit de la consommation dans les relations commerciales sont fréquentes. Et plus largement encore, la loi « Hamon » du 17 mars 2014 consacre l'hégémonie du droit de la consommation en abondant, dans un texte de droit de la consommation, des pratiques qui concernent les seuls professionnels : les pratiques restrictives de concurrence.

En savoir plus : Le droit de la consommation

Le droit de la consommation ne connaît pas la distinction commerçant / non commerçant. Il lui préfère celle de professionnel/ non professionnel. Et cette distinction est de plus en plus utilisée dans la législation récente.

Prenons quelques exemples :

Exemple

- La loi « NRE » du 15 mai 2001 réforme le régime de la clause compromissoire et admet sa validité dans tous les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle. Le critère pour apprécier la validité repose sur le caractère professionnel de l'activité et non sa nature civile ou commerciale.
- La loi du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique affirme davantage encore la prépondérance de la distinction entre professionnel et non-professionnel au détriment de la distinction entre commerçant et non commerçant en permettant la protection spécifique de la résidence principale du professionnel quelle que soit la nature de l'activité, commerciale, artisanale, agricole ou libérale. Seul le non professionnel ne peut bénéficier de cette protection.
- La prévalence de la distinction entre professionnel/non-professionnel au détriment de celle entre commerçant/non commerçant est encore illustrée par l'article préliminaire du Code de la consommation issu de l'ordonnance n° [2016-301](#) du 14 mars 2016 qui définit le professionnel comme « *toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel* ». Cette définition s'inspire largement du droit européen (art. 2, point 2, de la directive [2011/83/UE](#) du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs).
- Enfin, concernant les procédures de surendettement, outre la possibilité de prendre en compte l'engagement de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société, la loi n° 2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante a modifié l'article [L. 711-1](#) du Code de la consommation afin d'intégrer dans la caractérisation d'une situation de surendettement des particuliers tant les dettes professionnelles que non professionnelles.

Au regard de cette évolution, on peut affirmer que la volonté de protéger le consommateur face aux professionnels déborde aujourd'hui le simple cadre des relations entre consommateur et commerçant pour s'appliquer à toute personne physique qui contracte avec un professionnel.

Par ailleurs, on peut relever l'alignement des statuts de tous les professionnels : commerçants, artisans, membres des professions libérales. Citons par exemple la loi du 2 août 2005 et ses dispositions sur le statut du conjoint du chef d'entreprise travaillant dans l'entreprise familiale renforcé en 2008 ou plus récemment la loi du 15 juin 2010 sur l'EIRL. Émerge un droit des professionnels qui englobe et dépasse le commerçant.

À lire : Calais-Auloy J., « De la notion de commerçant à celle de professionnel », in *Méanges P. Didier*, Economica, 2008, p. 81-89.

Section 2. Les sources du droit commercial

Le droit commercial a de multiples sources tant **nationales** qu'**internationales**, tant **écrites** que **coutumières**. Cette diversité des sources traduit la complexité du monde des affaires, sa propre diversité. Certaines sources sont traditionnelles en ce sens qu'elles sont communes aux différentes branches du droit et notamment au droit civil et au droit commercial. D'autres sont plus spécifiques à notre matière. Les sources sont soit d'origine **publique** soit d'origine **privée**.

§1. Les sources d'origine publique

Il faut y classer la loi au sens large du terme et la jurisprudence.

A - La loi

Par loi, il faut entendre la loi nationale et la loi internationale et s'agissant de la loi nationale, la loi civile et la loi commerciale, la loi civile constituant le droit commun.

S'agissant de la **loi nationale**, le premier texte est la Constitution qui détermine les domaines respectifs de la loi et des règlements, étant entendu qu'en matière commerciale, la loi détermine simplement les principes fondamentaux des obligations commerciales. Pour le reste, il est renvoyé aux règlements. Viennent, ensuite, les principes généraux du droit découlant de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 et du préambule de la Constitution de 1946, auxquels le préambule de la Constitution de 1958 fait une référence expresse. Le conseil constitutionnel veille à leur respect.

En ce qui concerne plus spécialement la loi commerciale, il faut surtout mais pas exclusivement puisque parmi les sources du droit commercial figurent l'ensemble des règles de droit commun relatifs aux biens et aux obligations, évoquer le Code de commerce. Après une longue période de décodification du droit et plus spécialement du droit commercial, le mouvement s'est inversé. De nouveaux codes ont été promulgués

En savoir plus : Quelques dates

Le Code de la propriété intellectuelle en 1992, le Code de la consommation en 1993 etc. Il faut relever qu'il s'agit dans tous les cas d'une codification à droit constant qui interdit de clarifier le droit antérieur, d'ajouter des définitions nécessaires parfois. Et les imperfections de la méthode ont amplement été dénoncées par la doctrine. Ce qui n'a pas empêché la poursuite du processus.

Le Code du commerce est issu d'une ordonnance du 18 septembre 2000 qui a codifié la partie législative, la partie réglementaire ayant, quant à elle, été codifiée par le décret n° 2007-431 du 25 mars 2007. Il comporte de nombreuses imperfections et a déjà fait l'objet de maintes retouches soit pour corriger les erreurs commises soit pour y intégrer de nouvelles réformes. L'activité législative est dense d'autant que la pratique des ordonnances « court-circuite » l'activité parlementaire. La loi au sens formel du terme connaît un certain déclin au profit de règlements, arrêtés et autres textes à valeur juridique parfois incertaine. Certains ont valeur législative. C'est le cas des ordonnances qui sont une source importante du droit commercial. Le recours aux ordonnances se justifie en matière économique par l'urgence et la technicité des questions.

Aujourd'hui, le Gouvernement use et abuse de ce procédé.

Quelques exemples suffisent pour s'en convaincre.

Exemple

Citons parmi les multiples exemples l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 sur la simplification du droit et des formalités des entreprises qui touche aussi bien aux sociétés coopératives de commerçants indépendants qu'à la location-gérance, au droit des sociétés, au droit de la concurrence et des concentrations etc. ou plus récemment l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficultés et l'ordonnance n° 2009-80 du 22 janvier 2009 relative à l'appel public à l'épargne et portant diverses dispositions en matière financières. On peut encore citer pour illustrer le phénomène d'élaboration du droit commercial par ordonnance, l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52 du Parlement européen et du conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

Le phénomène s'est accentué lors de la dernière législature notamment en application de la loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises (JO, 3 janvier) destinée à opérer « le choc de la simplification » annoncé par le Gouvernement (Jouffroy, « 3 questions Choc de la simplification : comment mieux légiférer à l'avenir ? », JCP (E) 2013 n° 740, p. 714). Et d'importantes réformes sont intervenues en 2014 dont celle du droit des procédures collectives (Ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, JO, 14 mars p. 5249) ou du droit des sociétés (Ord. n° 2014-863 du 31 juillet 2014 relative au droit des sociétés, prise en application de l'article 3 de la loi n° 2014-1, JO, 2 août p. 12820) en exécution de ce texte. De même, l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 qui a été prise par le Gouvernement à la suite de l'habilitation à procéder à une refonte du Titre IV du Livre IV du Code de commerce donnée par la loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 dite loi EGalim.

On peut, également, citer les ordonnances n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés et n° 2020-116 du 12 février 2020 portant création d'un droit d'opposition aux brevets d'invention qui ont été prises par le Gouvernement à la suite de l'habilitation donnée par la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises dite loi PACTE.

Notons enfin que l'article 8 de la loi n° 2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante a habilité le Gouvernement à modifier les dispositions législatives du code de l'artisanat afin d'en clarifier la rédaction et le plan. C'est dans ce cadre que l'ordonnance n° 2023-208 du 28 mars 2023 a été prise.

Ainsi, légiférer par ordonnance pourrait devenir la règle au cours de la présente législature.

Classiquement les lois et ordonnances sont complétées par des décrets. En droit commercial existent aussi de nombreux autres textes à la valeur juridique variable mais qui, néanmoins, s'imposent.

Exemple

On peut évoquer la réglementation par arrêtés et en particulier les arrêtés homologuant des règlements émanant d'instances telle l'AMF (Autorité des Marchés Financiers qui remplace la COB Commission des opérations de bourse : voir, par exemple, arrêté du 30 octobre 2007 (JO 31 oct.) ainsi que les circulaires (voir la circulaire « Dutreil » du 8 décembre 2005 relative aux opérations commerciales). De nombreux textes sont aussi d'origine privée.

Ces textes contribuent au phénomène de dégradation du droit par inflation des sources dénoncé par la doctrine.

Essentiellement international à l'origine, le droit commercial a perdu ce caractère au XVII^{ème} siècle avec le code Savary. Toutefois la généralisation et la mondialisation des échanges ont contribué au renouveau du droit international des affaires. Les traités et autres accords internationaux sont donc une source importante du droit commercial et ce d'autant que les traités internationaux ratifiés par le Parlement ont prééminence sur les lois internes même postérieures.

La Cour de cassation depuis l'**arrêt J. Vabre du 24 mai 1975** et le Conseil d'Etat depuis l'**arrêt Nicolo du 20 octobre 1989** consacrent ce principe.

Il existe plusieurs sortes d'accords internationaux. Certains visent à **unifier le droit**, d'autres tendent à **organiser la vie économique** et parmi tous ces textes, une place particulière revient aux règles émanant de l'Union européenne qui visent les deux objectifs.

- Ainsi il existe des **traités d'uniformisation** du droit qui tendent à soumettre à un régime identique certains aspects du droit commercial. Mais une subdivision doit être opérée selon le degré d'unification. En effet, la loi internationale peut soit se superposer à la loi nationale soit s'y substituer.
 - Le premier degré d'internationalisation consiste à **superposer à la loi nationale qui reste en vigueur dans les relations internes une loi uniforme qui s'applique tant dans les relations internationales.**

Exemple

Tel est le cas par exemple de Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises.

- La seconde forme d'internationalisation consiste, quant à elle, à **substituer aux différentes lois nationales une loi uniforme qui s'applique tant des les relations internes que dans les relations internationales.** La solution est plus radicale elle s'applique notamment en matière d'effets de commerce en vertu des Conventions de Genève des 7 juin 1930 et 11 mars 1931. Des principes communs ont été posés par ces conventions qui ont été repris par les législations nationales.
- Plus souples sont en général des accords qui visent simplement à **faciliter les relations économiques entre les états** et à mettre en place une sorte d'ordre économique international. Les accords relatifs à l'OMC, les accords de Bretton Woods créant de Fonds monétaire international participent de cette idée.

Parmi toutes ces normes, les dispositions communautaires/européennes ont une place privilégiée.

Elles ont une influence directe sur l'évolution du droit interne et elles créent parfois aussi un ordre juridique supranational par le biais de Règlements.

Exemple

Il existe un véritable droit commercial européen en matière de concurrence, de propriété industrielle (marques communautaires, dessins et modèles, appellations protégées).

Le droit des sociétés connaît la Société européenne. Sans aller jusque l'instauration de règles supranationales, le droit communautaire bouleverse néanmoins le droit interne au travers de multiples directives qu'il faut transposer. A cela il faut ajouter les décisions de la CJUE qui, notamment, interprètent les normes communautaires.

B - La jurisprudence

La jurisprudence en tant que source de droit n'appellerait pas de remarques particulières si l'on se contentait d'évoquer son pouvoir créateur sans insister sur une de ses caractéristiques fondamentales qui est d'émaner de juges qui sont eux-mêmes commerçants. Certes, en appel, elle perd cette spécificité mais il n'en demeure pas moins que la jurisprudence commerciale s'en ressent. Les juges interprètent la loi, ils la complètent, la font évoluer en fonction des besoins.

Exemple

Un certain nombre d'exemples atteste du pouvoir créateur de la jurisprudence commerciale : Présomption de solidarité, action en concurrence déloyale, application de la théorie de l'abus de droit en droit des sociétés participent de ce phénomène.

L'appréciation est souvent plus économique que juridique. Le juge est saisi moins d'une prétention que d'une situation économique complexe qu'il faut démêler. La norme s'élabore ou se précise à l'occasion du contentieux.

Elle confère au droit commercial son pragmatisme et sa souplesse.

§2. Les sources d'origine privée

Ce sont essentiellement les usages qui vont retenir notre attention. La doctrine classique civiliste distingue clairement l'usage de la coutume et enseigne que la coutume est toujours obligatoire à la différence de l'usage. La distinction semble moins nette en droit commercial bien que de grands auteurs comme Thaller et Gény au XIX^{ème} siècle et début du XX^{ème} siècle l'aient consacrée. Les auteurs contemporains à la suite d'ESCARRA ont largement renoncé à utiliser le terme de coutume pour ne s'intéresser qu'à l'usage mais continuent à distinguer entre usage conventionnel et usage de droit : l'usage de droit s'apparentant à la coutume. Cette présentation doctrinale ne modifie en rien le fait que l'usage est essentiel dans la création du droit commercial qu'il tire sa force de la volonté des parties, de la loi ou de la jurisprudence.

Les usages peuvent être définis comme des pratiques qu'un emploi constant et répété transforme en règles de droit.

Les usages correspondent aux besoins mêmes du droit commercial, aux besoins d'adaptation des règles aux pratiques commerciales. Ils peuvent être conventionnels ou professionnels ou de droit. Les usages conventionnels tirent leur force de l'autonomie de la volonté des parties. Ils correspondent à des règles habituellement suivies par les professionnels. Ils se forment par la pratique et la répétition. Puis ils sont sensés être connus de tous les professionnels et s'imposent sans qu'il soit besoin de les reprendre dans les conventions. Une pratique devient usage lorsqu'elle acquiert un caractère général et constant (En ce sens, Reinhard, Thomasset et Nourissat, *Droit commercial*, Manuel LexisNexis 2012 n° 58 p. 38).

Les usages s'appliquent dès lors qu'ils ne sont pas expressément écartés. Ils s'imposent certes mais encore faut-il préciser qu'ils ne sont opposables qu'aux professionnels par opposition aux non professionnels ou consommateurs et uniquement aux professionnels agissant sur une place ou dans une branche qui leur est familière. Ces précisions sont apportées par la jurisprudence dont il ne faut pas négliger le rôle dans la consécration de l'usage. L'usage doit être prouvé par celui qui l'invoque. A cette fin des attestations peuvent être obtenues auprès des chambres de commerce et d'industrie ou auprès des syndicats professionnels.

Exemple

Par exemple, dans une espèce où il était question de profilés en aluminium, l'usage revendiqué est établi par les attestations de la Chambre des métiers de la Gironde et du Groupement des lamineurs et fileurs d'aluminium (Cour de cassation, chambre commerciale 9 janvier 2001, n° de pourvoi : [97-22.668](#)).

En savoir plus : Sur la preuve de l'usage

Voir le Rapport annuel de la Cour de cassation 2012, La preuve, *La documentation française* 2013.

L'usage conventionnel diffère en cela de l'usage de droit qui a une portée plus large. Il est obligatoire il s'apparente à la coutume du droit civil et comme elle, il peut être *secundum legem*, *praeter legem* voire *contra legem*.

Exemple

Au titre des usages, on peut prendre pour exemple l'usage selon lequel la facturation des prix entre commerçants s'entend "hors taxes" sauf convention contraire (Cass. com., 9 janv 2001, CCC mai 2001, p. 10).

Si l'application de cet usage ne fait pas débat entre commerçants, il soulève encore quelques difficultés en présence de professionnels non commerçants. Deux arrêts rendus le même jour illustrent ces difficultés. Alors que dans le premier arrêt, la cour de cassation refuse d'appliquer l'usage au motif que le bien cédé appartenait à une société civile (Cass. com., 21 mars 2018, n° [17-12744](#)), dans le second, elle relève que la convention avait été conclue entre des professionnels en contrepartie d'une prestation de services et juge que la cour d'appel, qui était tenue, dans le silence de la convention, de rechercher la commune intention des parties, a souverainement retenu que cette rémunération, prévue dans un contrat entre professionnels, s'entendait hors taxes (Cass. com., 21 mars 2018, n° [16-17492](#)). L'intérêt pratique est important car il s'agit au final de déterminer qui aura la charge du paiement de la TVA. La mise en perspective de ces deux décisions invite à réfléchir sur la définition du professionnel et l'extension de la règle commerciale à toutes les relations entre professionnels.

D'une manière générale, on sait que la loi renvoie elle-même fréquemment aux usages. Ainsi l'article [1194](#) du Code civil dispose que :« *Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi.* »

Cette règle s'applique aux contrats commerciaux. Il en va de même de l'article [L. 442-1](#), II du code de commerce, s'agissant, par exemple, de la durée du délai de préavis en cas de rupture des relations commerciales.

L'importance de l'usage en droit commercial n'a rien d'étonnant en ce qui s'inscrit dans la continuité historique et affirme le particularisme du droit commercial.