

LE DROIT COMMERCIAL

Généralité :

Intellectuellement, l'univers juridique se suffit à lui-même. Il a son **langage**, sa **logique**, ses **valeurs** et sa **cohérence**. Et l'on peut dire que la science du droit a atteint un point de « **perfection** ». Ce qui lui permet d'en expliquer et d'en reproduire tous les mécanismes.

Mais, cet univers est englobé dans un monde plus vaste : produit des forces qui lui sont extérieures et subit les effets de leur virulence comme de leurs accalmies.

A- Le Droit:

*Selon H. Lévy-Bruhl, « ensemble des règles obligatoires déterminant les rapports sociaux imposés à tout moment à la collectivité à laquelle on appartient ». Différentes sources : **coutume, loi, traite, doctrine, religion.***

*Des juridictions spécialisées, une codification propre à chaque domaine : **droit civil, pénal, commercial, constitutionnel, administratif, public, privé, etc.***

Le droit est fixe dans un système de normes, de règles établies ou sanctionnées par le pouvoir d'Etat. La spécificité des normes juridiques tient au fait que leur exécution est assurée par la force coercitive de l'Etat.

Les spécialistes du droit ont tendance à n'y voir que des techniques particulières d'enregistrement et d'application des règles formelles ou des normes arbitraires régissant les rapports entre les hommes, domaines dont les mécanismes et les résultantes sont déjà étudiés par d'autres disciplines.

*Le « **droit** » est un ensemble de règles de conduite qui, dans une société donnée – et plus ou moins organisée –, régissent les rapports entre les hommes.*

*A cet ensemble, on applique l'expression de « **droit objectif** » qu'on reconnaît à l'individu ou à un groupe d'individus dans leurs relations avec les autres, et de « **droit subjectif** » dans l'attribution d'une **prérogative** au sujet de droit.*

B- La notion d'économie juridique :

L'expression renvoie à l'analyse des rapports entre le droit et l'économie. Les influences réciproques de l'économie sur le droit et du droit sur l'économie sont prises en considération au premier chef du droit commercial.

*La perspective retenue est alors essentiellement celle du traitement des phénomènes économiques par le droit ou qu'il s'agisse de l'adaptation au droit économique – à commencer par celui de « droit économique » ou par les faiseurs de textes (« **Droit et économie** ») – sur le droit des affaires, le droit des accidents de la circulation ou dans le droit de la faillite (« **Economic Analysis Of Law** »).*

C- Le droit commercial :

Sur l'initiative de Colbert, furent codifiées, en 1673, les règles relatives au commerce (« Sur l'histoire du droit commercial et du droit des affaires »), considérée selon les époques soit comme le droit applicable aux personnes qui ont la qualité de commerçant (conception subjective), soit comme le droit applicable aux opérations juridiques constituant des actes de commerce (conception objective) ; comprenant aussi des matières de droit fiscal, de droit pénal, de droit comptable, de droit du travail, de droit administratif, financier, économique, qui ne sont d'ailleurs point indifférentes à des considérations économiques et politiques, nationales et internationales.

*Quant au droit financier, il se relie à un phénomène capital de mondialisation des affaires, marchés financiers, organisation mondiale du commerce (**OMC**) – ce qui est de nature à mettre en cause l'efficacité et même l'existence de cadres et techniques juridiques traditionnels (« **Le cadre juridique de la mondialisation des marchés financiers, réflexions générales** »).*

*Maintes modifications du droit civil sont dues à l'influence du droit commercial, moins formaliste, plus dynamique (« **La spécialisation en droit privé** »).*

*Ainsi en a-t-il été en matière de cession de créance, l'**article 1690** soumettant cette cession à des formalités compliquées et coûteuses, alors que le droit commercial a admis des modes de transmission plus simples. Loin est le temps où l'on pouvait dire du droit commercial qu'il était le droit des villes, et du droit civil qu'il était le droit des champs.*

Aussi, divers corps de règles du droit commercial ont acquis une cohérence propre, qui conduit à les étudier distinctement : droit maritime ou fluvial, droit des transports terrestres et aériens, droit des assurances, droit de la propriété industrielle (brevets, marques de fabrique, dessins et modèles), droit bancaire, droit de la distribution, etc.

Toute cette évolution explique les vicissitudes du code de commerce.

I- Les droits économiques :

Les droits économiques sont ceux dont l'exercice est commandé par la structure économique du pays. La philosophie du XVIII^e siècle et la **Déclaration** de 1789, qui en est l'expression, ne connaissaient pas proprement parler les droits économiques, car l'ordre économique, considéré alors comme désirable, était spontané, résultat du libre jeu des droits individuels. La vie économique échappait à l'action des pouvoirs publics, point n'était donc besoin de droits spéciaux pour y prendre part.

A- Le droit de propriété :

De la conception individualiste au droit social (voy. **R. Gonnard**, « **La propriété dans la doctrine et dans l'histoire** », 1943). – Plaçant la propriété parmi les droits dont la conservation est le but de toute association politique, la **Déclaration** du 3 septembre 1791 la met sur le même plan que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression.

Elle y voit un droit naturel. Cette conception individualiste associe propriété et liberté selon la devise que Voltaire enviait à l'Angleterre de son temps. Envisagée sous cet angle, la propriété apparaît, en effet, comme le rempart de la liberté, car celui qui en jouit, n'ayant besoin ni des autres ni du secours de l'Etat, est vraiment libre (voy. Sur la conception de la propriété dans la philosophie sociale du XVIII^e siècle, **Ch. Morazé**, « **La France bourgeoise** », 1946, p. 71). Selon l'optique individualiste et libérale, la propriété est, comme la liberté, un droit subjectif opposable à tous, même à l'Etat.

L'homme n'a pas un droit sur l'être des choses, mais sur leur usage, c'est-à-dire un droit d'utilisation éclairée, aussi doit-on reconnaître que le fondement de la propriété est inséparable de la considération de son usage, c'est-à-dire de sa finalité (voy. **E. Mounier**, « **Liberté sous conditions** », 1946, pp. 110 et suiv.). Or cette finalité est à la fois individuelle et sociale, ce qui implique en même temps le respect du droit de propriété privée et le contrôle de son exercice par le pouvoir public interprète de l'intérêt social.

B- La nationalisation : Principes généraux

1- Définition et fondement :

La nationalisation est un mode de **dépossession** des propriétaires privés qui repose sur un double postulat : d'une part, l'incapacité du régime de la propriété privée à assurer la conformité d'une activité économique ou autre aux exigences de l'intérêt général ; d'autre part, sur le principe que « tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité ».

Cette seconde proposition, seule, est incluse dans le Préambule de la **Constitution** du **27 octobre 1946**, mais il est clair qu'elle présuppose la première, car si l'entreprise doit revenir à la collectivité, c'est parce que le propriétaire privé ne saurait la faire pleinement servir à l'intérêt général.

Si le premier postulat fait ainsi apparaître la nécessité de la nationalisation, le second a pour objet de la rendre légitime.

L'idée essentielle, c'est, en effet, celle d'un retour à la nation des richesses qui lui appartiennent (voy. **M. Walline**, « **Droit social** », 1945, p.84), car il est difficile de trouver un fondement juridique au droit de propriété de la nation sur les minerais, l'énergie hydraulique, la distribution de crédit ou la fabrication d'automobiles. Mais il existe un fondement social qui, lui, est incontestable : c'est le pouvoir imprescriptible qui appartient à la collectivité de contrôler ou d'exercer elle-même les activités à l'aménagement concret desquelles est subordonné l'intérêt national.

C- Le transfert de la propriété au profit de l'Etat :

Juridiquement, la nationalisation s'analyse en une **expropriation** au profit de l'Etat.

L'expropriation. – Bien qu'il ne soit pas de l'essence de la nationalisation de comporter transfert de propriété au profit de l'Etat. – On pourrait, par exemple, concevoir la remise de l'entreprise à un groupement coopératif associant le personnel et les usagers –

L'expropriation utilisée pour nationaliser présente toutefois deux caractères originaux :

a) Quant à sa forme d'abord, elle exclut presque totalement l'intervention du juge. C'est le Législateur qui, par un texte spécial à chaque cas, détermine à la fois les biens à exproprier et les bases d'après lesquelles sera calculé le montant de l'indemnité. C'est le caractère politique de la nationalisation qui justifie cette élimination du juge par le législateur ;

b) Quant à son objet ensuite, l'expropriation vise, non pas une série de biens individualisés, Mais l'entreprise. Or l'entreprise se prête mieux à une définition économique qu'à une intégration dans les catégories juridiques attachées à la notion de patrimoine.

Cependant, l'expropriation peut porter sur les actions qui offrent une signification patrimoniale classique. Mais cela peut être insuffisant lorsque d'autres droits sont en cause (marque de fabrique, concession d'exploitation, participation dans d'autres entreprises, etc.). Le législateur doit alors procéder par voie d'énumération des biens corporels impliqués dans l'expropriation.

D- L'indemnisation :

Hormis le cas où la nationalisation équivaut à une confiscation pénale, le législateur a toujours reconnu le droit à une indemnité au profit des particuliers dépossédés. Le principe de la déclaration des droits de l'homme demeure donc respecté, encore que l'exigence d'une indemnité juste et préalable soit plus malaisée à satisfaire

Il apparaît ainsi qu'en absence de données objectives, c'est au législateur seul qu'appartient de fixer sinon le chiffre, du moins les méthodes de détermination du montant de l'indemnité. Solution d'un problème en grande partie politique et social, la nationalisation conserve ce caractère social par la manière dont elle permet d'aménager le dédommagement « juste » du préjudice souffert par les propriétaires dans l'intérêt de la collectivité. L'opportunité qui est souveraine pour décider s'il y a lieu de nationaliser est également décisive dans l'appréciation de l'indemnité.

II- La liberté du commerce et de l'industrie :

A- Le principe primitif de la non-intervention de l'Etat dans la vie économique :

En réaction contre la réglementation rigide du commerce et de l'industrie, dont le mercantilisme et le colbertisme avaient fait une des assises économiques de l'Ancien Régime, une aspiration vers un

régime de liberté se traduit, dès le milieu du **XVIII e siècle**, dans les œuvres de **Turgot**, de **Mirabeau** l'ami des hommes, de **Quesnay**.

Fortement systématisée par l'école physiocratique, l'utilité du désintéressement de l'Etat en matière économique est présentée alors, comme le corollaire de la liberté individuelle que comme imposée par la considération économique du meilleur rendement et de la meilleure répartition des produits.

La liberté du commerce ne sera proclamée que par le **décret** des **2-7 mars 1791**, **article 7** : « il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon...»

B- Le sort de la liberté est lié au régime politique et social :

Dès l'époque révolutionnaire, le principe de la liberté subit une atteinte du fait du décret du 29 septembre 1793, dit « **loi du maximum**» qui fixe un prix maximum pour un grand nombre de denrées de consommation courante. Par la suite, d'autres restrictions apparurent, soit que l'exercice de certaines professions (médecin, pharmacien, avocat...) fut soumis à certaines conditions, soit que l'Etat leur impose son contrôle ou son autorisation, soit même qu'il les interdise en s'en réservant le monopole. Par ailleurs, comme toute liberté, la liberté du commerce et de l'industrie a toujours été soumise aux limitations résultant de l'exercice du pouvoir de police.

Mais ce sont là les conséquences bénignes de toute réglementation qui restent parfaitement compatibles avec un régime économique libéral.

C- L'extension progressive du pouvoir de police par le contrôle :

Le régime répressif, seul conciliable avec la protection réelle des libertés, ne peut suffire dans une société complexe, à harmoniser la liberté des activités professionnelles avec les exigences de l'ordre social.

Un régime de police, c'est-à-dire un régime de réglementation préventive, est indispensable (professions présentant des dangers pour la main-d'œuvre employée, établissements dangereux, insalubres ou incommodes, débits de boissons, professions exigeant des garanties professionnelles, etc.).

D'autre part, les éléments traditionnels de l'ordre public, hygiène, sécurité, salubrité publiques, ont pris une ampleur plus considérable, d'autre part, la notion d'ordre public a été admise à se référer à certains buts économiques qu'au nom de l'ordre les autorités de police ont été autorisées à prendre en considération.

Etendue des pouvoirs de réglementation (voy. **F. Ripert**, « **La liberté du commerce et le pouvoir de police du maire** », 1936) ; **M. Morange**, « **Réflexions sur la protection accordée par le juge administratif à la liberté du commerce et de l'industrie** », 1956. Le pouvoir de police est limité par le but que peut viser l'autorité, par le lieu, par la manière dont elle peut réglementer et par l'étendue des mesures qu'elle peut prendre.