mémentos

APPRENDRE UTILE

2022/23

Michel Menjucq

Droit commercial et des affaires

15e

Cours intégral et synthétique

Gualino un savoir-faire de Lextenso

Michel Menjucq
est Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris I-Panthéon-Sorbonne), Agrégé des Facultés de droit.

Suivez-nous sur www.gualino.fr

Contactez-nous gualino@lextenso.fr

© 2022, Gualino, Lextenso
1, Parvis de La Défense
92044 Paris La Défense Cedex
978-2-297-17567-8
ISSN 2680-073X

mémentos

APPRENDRE UTILE

2022/23

Michel Menjucq

Droit commercial et des affaires

15e

Cours intégral et synthétique

Gualino un savoir-faire de Lextenso

mémentos

APPRENDRE UTILE

- C'est un cours complet et synthétique avec des aides pédagogiques différenciées.
- Il correspond à un enseignement dispensé en Licence et Master.
- Il est entièrement rédigé de manière structurée, claire et accessible.
- Il est à jour de l'actualité la plus récente.

Chez le même éditeur

- Amphi LMD
- Mémentos
- Exos LMD
- Méthodo LMD
- Carrés Rouge
- Annales corrigées et commentées
- Master
- En Poche
- Droit Expert
- Droit en poche
- Petit Lexique
- Hors collection

Présentation

L'impératif de rapidité et de sécurité des transactions qui irrigue le monde des affaires justifie l'existence de ***règles originales***, ***propres aux opérations commerciales.***

L'étude de ces règles fait l'objet du présent ouvrage : celles-ci ***concernent essentiellement les commerçants et se rapportent aux actes de commerce qu'ils peuvent accomplir***. Elles ***intéressent aussi les autres professionnels qui, en différentes qualités, concourent à l'activité du commerçant.*** Enfin ces règles se rapportent au fonds de commerce et aux opérations dont il peut être l'objet. Elles concernent les modalités d'exploitation, soit par son propriétaire, titulaire du bail commercial, soit par une autre personne à qui l'exploitation du fonds est confiée, généralement par un contrat de location-gérance.

C'est la spécificité des règles commerciales que cet ouvrage doit permettre de faire comprendre aux étudiants de droit (premier et deuxième cycles) en leur donnant de manière claire les éléments essentiels de cette matière. L'ouvrage a pour but de présenter de manière synthétique et accessible les règles de droit des affaires, mais aussi la jurisprudence et les textes législatifs et réglementaires afférents.

De l'étude du droit des affaires, se dégagent trois idées-forces : le droit des affaires concerne certaines personnes ou institutions qui en sont les acteurs (Partie 1). Il concerne ensuite des biens (Partie 2) dont l'exploitation est soumise à des modes juridiques particuliers (Partie 3).

Plan de cours

Présentation 5

Introduction 15

PARTIE 1
Les acteurs du droit des affaires

Chapitre 1 Le commerçant 25

1 Les actes de commerce 25
A - L'énumération du Code de commerce 25
1) Activités du commerce 25
2) Activités industrielles 26
3) Activités financières et prestations de services 26
B - Les systématisations doctrinales 27
1) La recherche d'un critère général de commercialité 27
a) Le critère de la spéculation 27
b) Le critère de l'entremise 28
c) Le critère de l'entreprise 28
2) La classification des actes de commerce 28
a) Commercialité par la forme 28
b) Commercialité par l'objet 29
c) Commercialité par l'intérêt (ou par la cause) 29
3) Les actes de commerce par accessoire 30
C - Le régime des actes de commerce 30
1) Les règles propres aux actes de commerce 31
2) Les actes mixtes 31

PLAN DE COURS

2 La notion de commerçant 32
A - Définition 32
1) L'exercice d'actes de commerce 33
2) La profession habituelle 33
B - Distinction avec les professions non commerciales 35
1) Les activités artisanales 35
2) Les autres activités de nature civile 36
3 La condition juridique du commerçant 36
A - Accès à l'exercice de la profession 36
1) Le commerçant-personne physique : l'exercice en entreprise individuelle 37
a) Restrictions de l'exercice par certaines personnes 37
b) Conditions spécifiques à certaines professions 39
c) Conditions propres aux étrangers 40
2) Le commerçant-personne morale : l'exercice en entreprise sociétaire 41
3) Le patrimoine affecté à l'activité commerciale : l'EIRL 42
B - Régime juridique des commerçants 44
1) Les obligations du commerçant 44
2) Protection de la situation patrimoniale du commerçant 45
3) Conséquences de la situation matrimoniale du commerçant 47
a) Situation de l'époux ayant la qualité de commerçant 47
b) Situation du conjoint du commerçant participant à l'exploitation du fonds 49

Chapitre 2 Les professionnels auxiliaires du commerçant 55

1 Les professionnels subordonnés 55
A - Les représentants de commerce (VRP) 55
1) Définition 55
2) Conditions d'application du statut 56
a) Caractères habituel et exclusif de l'activité 56
b) Contenu obligatoire du statut 57
B - Le gérant de succursale 58
1) Le gérant salarié 58
2) Le gérant succursaliste 59
2 Les intermédiaires indépendants 60
A - L'agent commercial 60
1) Définition 60
2) Conditions requises 62
a) Indépendance de l'agent commercial 62
b) Absence de condition de forme 63
3) Contenu du statut d'agent commercial 64
a) Rémunération 65
b) Indemnité compensatrice à la cessation du contrat 65
B - Le commissionnaire 67

1) Définition 67
2) Obligations des parties au contrat de commission 68
a) Obligations du commissionnaire 68
b) Obligations du commettant 71
C - Le courtier 72
1) Les conditions du courtage de marchandises 72
2) Le contrat de courtage de marchandises 73
a) Les obligations contractuelles du courtier 73
b) Les obligations du donneur d'ordre 74

Chapitre 3 Les institutions encadrant l'activité commerciale 75

1 Les structures administratives 75
2 Les structures professionnelles 76
3 Les structures judiciaires 76
A - L'organisation des tribunaux de commerce 77
B - La compétence des tribunaux de commerce 79
1) Compétence matérielle des tribunaux de commerce 79
2) Compétence territoriale des tribunaux de commerce 81
3) Compétence particulière des tribunaux de commerce spécialisés 81

PARTIE 2
Les biens du commerçant : le fonds de commerce

Chapitre 4 La notion de fonds de commerce 85

1 Les éléments du fonds de commerce 85
A - L'élément essentiel : la clientèle 85
1) La clientèle, élément nécessaire 86
a) Disparition du fonds 86
b) Fonds enclavés 86
c) Immeubles spécialisés 87
d) Fonds de commerce et distribution intégrée 87
2) La clientèle, élément suffisant 88
B - Les autres éléments inclus dans le fonds de commerce 89
1) Les autres éléments incorporels 89
a) Le nom commercial 89
b) L'enseigne 90
c) Les droits intellectuels 90
d) Le droit au bail 90
e) Les autorisations administratives 91
2) Les éléments corporels 91
C - Les éléments exclus du fonds de commerce 91
1) Les éléments incorporels exclus 92

PLAN DE COURS

2) Les éléments corporels exclus 93
a) Les immeubles 93
b) Les livres de commerce 93

2 La nature juridique du fonds de commerce 93

A - Distinction avec les notions voisines 93
1) Fonds de commerce et entreprise 94
2) Fonds de commerce et société 94
3) Fonds de commerce, succursale et branche d'activité 94

B - La solution retenue pour déterminer la nature juridique du fonds de commerce 96

Chapitre 5 Les opérations sur le fonds de commerce 97

1 Le nantissement du fonds de commerce 97

A - Le nantissement conventionnel 98
1) Les conditions du nantissement 98
a) Les conditions de fond 98
b) Les conditions de publicité 99
2) Les effets du nantissement 100
a) Les effets à l'égard des tiers 100
b) Effets du nantissement entre les parties 101

B - Le nantissement judiciaire 102

2 L'aliénation du fonds de commerce 103

A - La vente du fonds de commerce 105
1) Protection de l'acquéreur du fonds de commerce 105
a) Protection par le droit commun depuis l'abrogation de l'obligation de mentions dans l'acte de cession 105
b) Protection de la jouissance du fonds par l'acquéreur 106
2) Protection du vendeur et de ses créanciers 107
a) Protection du vendeur à crédit 107
b) Protection des créanciers du vendeur 109

B - L'apport en société 112

C - Fiscalité de la vente et de l'apport 113

PARTIE 3
L'activité du commerçant

Chapitre 6 L'exploitation du fonds par son propriétaire 119

1 Les conditions d'application du statut des baux commerciaux 121

A - Conditions relatives aux lieux loués 122

B - Conditions relatives au bail 124

C - Conditions relatives à l'exploitation du fonds de commerce 128

D - Conditions relatives aux parties contractantes 131

1) L'immatriculation du preneur au registre du commerce et des sociétés 131
2) Les conditions propres aux parties 131

2 Les modalités d'exécution de contrat de bail commercial 132

A - L'encadrement du loyer commercial 132
1) Le loyer initial 132
2) La révision du loyer 134

B - Jouissance des lieux loués 140
1) La destination des lieux loués 141
a) Déspécialisation partielle 141
b) Déspécialisation plénière 142
2) La cession du bail 143
a) Principe de la libre cession du bail 143
b) Effets de la cession de bail 144
3) La sous-location 145

C - Le renouvellement du bail 147
1) Le congé 148
2) Conditions d'existence du droit au renouvellement 150
a) Condition tenant à la propriété du fonds 150
b) Condition tenant à l'exploitation effective pendant trois ans 153
3) Procédure de renouvellement du bail commercial 154
a) Congé ou demande de renouvellement 154
b) Accord sur le renouvellement 157
c) Refus de renouvellement : problématique de l'indemnité d'éviction 163

D - Résiliation du bail commercial en cas d'inexécution du bail 168
1) Les obligations du bailleur 169
a) L'obligation d'information 169
b) L'obligation de délivrance 170
c) L'obligation d'entretien et de réparation 171
d) L'obligation de garantie 173
2) Les obligations du preneur 173
3) Les fondements de la résolution du bail 175
a) L'action résolutoire 175
b) La clause résolutoire 176
c) Protection des créanciers inscrits sur le fonds en cas de résiliation du bail 178

Chapitre 7 L'exploitation du fonds confiée à un tiers 181

1 Caractères du contrat de location-gérance 182

A - Définition et implications de la location-gérance 182

B - Distinction de la location-gérance et des contrats voisins 183
1) Contrats dérivés 183
2) Contrats approchants 184

2 Conditions de formation de la location-gérance 185

A - Conditions de droit commun 185

PLAN DE COURS

B - Conditions spécifiques 186
1) Conditions de la location-gérance pour le loueur 186
2) Conditions de la location-gérance pour le locataire 189

3 Exécution du contrat de location-gérance 190

A - Obligations du loueur dans l'exécution du contrat 190
1) La garantie due à ses créanciers 190
2) La garantie due aux créanciers du gérant par la solidarité du loueur 191
a) Solidarité de l'article L. 144-7 du Code de commerce 191
b) Solidarité fiscale pour les impôts directs 192

B - Obligations du locataire dans l'exécution du contrat 193
1) Obligations envers le loueur 193
2) Obligations envers les tiers 194

C - Cessation du contrat de location-gérance 194
1) Cessation à l'échéance contractuelle 194
2) Résiliation en cours de contrat 195

Chapitre 8 Les règles de droit de la concurrence 197

1 La prohibition des restrictions de concurrence 200
A - La prohibition des pratiques anticoncurrentielles 200
B - La prohibition des pratiques restrictives de concurrence 203
2 La sanction de la déloyauté des concurrents 204
A - La concurrence déloyale 205
B - Le parasitisme 206
C - L'action en contrefaçon 208

Bibliographie 209

Index 211

Liste des principales abréviations

AJDI	Actualité juridique de droit immobilier
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
BJS	Bulletin Joly Sociétés
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
CA	Cour d'appel
Cass. ass. plén.	Cour de cassation, assemblée plénière
Cass. civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
Contrats, conc. consom.	Contrats, concurrence, consommation
Dr. & patr. mensuel	Droit & patrimoine mensuel
Dr. famille	Droit de la famille
Dr. soc.	Droit social
JCP	JurisClasseur périodique (Semaine juridique)
LPA	Petites affiches (Les)
Loyers et copr.	Loyers et copropriétés
RLDA	Revue Lamy Droit des affaires
Rev. proc. coll.	Revue des procédures collectives, civiles et commerciales
Rev. loyers	Revue des loyers
Rev. sociétés	Revue des sociétés
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit public
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial

Introduction

1. Depuis la plus haute antiquité existent des règles relatives au transport et à l'échange ou à la vente de marchandises. On constate ainsi que le Code d'Hammourabi (vers 1700 ans av. J.-C.), premier code dans l'histoire de l'humanité (même si l'on connaît l'existence plus ancienne des tablettes de Warka – 2000 av. J.-C.), fait référence à des contrats comme le contrat de société, celui de dépôt ou encore le prêt à intérêt. Plus tard, les Grecs ne connurent pas beaucoup plus de règles sauf en matière maritime où ils inventèrent le prêt nautique, ancêtre du prêt à la « grosse aventure » (ou « prêt à la grosse ») existant au Moyen-Âge et qui tenait du prêt et de l'assurance.

Quant aux Romains, ils inventèrent le terme de *commercium* qui visait toutes relations établies entre plusieurs personnes à propos d'un bien et parlaient des choses *in commercio* et de celles *extra commercium*. En revanche, ils ne furent pas à l'origine d'un premier corpus juridique se rapportant directement aux relations entre marchands même s'ils élaborèrent des techniques juridiques pouvant être employées par les marchands tels que les contrats consensuels comme la vente, ou encore telles que le mandat. Il est vrai qu'à cette époque les marchands (*mercatans*) ne bénéficiaient pas d'un préjugé favorable, le terme marchand dérivant du nom du dieu Mercure (*Mercuria*) qui était le patron des « trafiquants » et... des voleurs.

Il faut attendre 1563 pour voir apparaître les prémisses d'une juridiction commerciale, date à laquelle le Roi Charles IX institue par un édit un tribunal compétent pour connaître « des différends entre marchands qui doivent négocier ensemble de bonne foi, sans être astreints aux subtilités des lois et ordonnances ». Était née la première juridiction consulaire, vite copiée dans les autres régions du Royaume et continuant à exister de nos jours même si le principe sur lequel elle repose, selon lequel les marchands (ou commerçants) doivent être jugés par leurs pairs, est actuellement en partie remis en cause dans les projets gouvernementaux.

En 1673, Louis XIV, à l'instigation de Colbert, édicte deux ordonnances royales, l'une relative au commerce de terre, qui, comportant 122 articles, est à l'origine du Code de commerce, l'autre relative au commerce maritime.

La Révolution française ne s'est guère intéressée au commerce, les règles de l'Ancien régime restant en vigueur, de même que les tribunaux de commerce en raison du caractère électif de la désignation des magistrats consulaires et l'appartenance de ceux-ci à la

bourgeoisie. Indirectement néanmoins, des principes importants sont posés pendant la période révolutionnaire comme celui de liberté de commerce et d'industrie par la loi du 2 et 17 mars 1791 (dite décret *Allarde*) qui affirme : « Il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ». Cette loi est le premier pas du libéralisme économique, même si elle soumet l'exercice de cette liberté à l'obtention d'une sorte de licence appelée la patente. Il n'en reste pas moins que le principe de la liberté du commerce est proclamé, celui-ci étant renforcé par la seconde grande loi révolutionnaire, la loi du 14 et 17 juin 1791 (dite loi Le Chapelier) abolissant les corporations et toutes les réglementations professionnelles.

2. En matière de droit du commerce, la première œuvre majeure de codification revient à Napoléon I^{er} avec l'élaboration du Code de commerce.

L'Empereur, dans le cadre de son œuvre codificatrice a rassemblé dans un document unique de source législative un ensemble de lois relatives au commerce. Ce Code de commerce édicté par une loi du 15 septembre 1807 est entré en vigueur le 1er janvier 1808. Il comportait quatre Livres réunissant 648 articles :

– Livre I : Commerce en général ;
– Livre II : Commerce maritime ;
– Livre III : Faillite et banqueroute ;
– Livre IV : Juridictions commerciales.

C'était essentiellement une compilation des textes existants et donc de l'Ancien droit.

3. C'est pourquoi ***le Code de commerce de 1807*** a vite été dépassé par le développement des activités économiques du XIX^{e} siècle liées à la révolution industrielle. Or les lois nouvelles (lois sur les brevets d'invention du 5 juillet 1844, loi du 14 juin 1865 sur le chèque, loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés anonymes, loi du 17 mars 1909 sur le fonds de commerce...) n'ont pas été intégrées dans le Code de commerce, de sorte que ce code, en vigueur jusqu'en septembre 2000, avait perdu une grande partie de son intérêt. Il ne contenait plus aujourd'hui que 140 articles en lieu et place des 648 articles du code d'origine (une trentaine d'articles ont conservé leur contenu originaire). C'est ainsi que l'on trouvait dans le Code de commerce actuel des règles relatives aux commerçants, à leur comptabilité, aux courtiers, aux commissionnaires, aux lettres de change et aux billets à ordre (effets de commerce), à la prescription et à la preuve en matière commerciale. Ce phénomène a été qualifié de « décodification ».

4. ***La recodification de l'an 2000*** – Le 21 septembre 2000, un nouveau Code de commerce a été publié au *JO* en annexe de l'Ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000. Le nouveau code était immédiatement applicable, l'ancien code étant en totalité abrogé, de même que toutes les lois intégrées dans le nouveau code. Le décret n° 2007-431 du 25 mars 2007 est venu parachever ce travail de codification en instituant la partie réglementaire du Code de commerce qui reprend le découpage de la partie législative. Ce nouveau Code rassemble tous les textes législatifs et réglementaires, relatifs non seulement aux commerçants, mais aussi aux sociétés, au droit des entreprises en difficulté, au droit de la concurrence... Il s'agit d'une codification à droit constant, c'est-à-dire, en principe, sans modification du contenu des textes en vigueur et donc sans œuvre créatrice sauf nécessité venant de

la cohérence rédactionnelle des textes ou la modernisation de la terminologie[1]. Le nouveau Code de commerce adopte une numérotation moderniste : le premier article est l'article L. 110-1, livre I, titre 1, chapitre (absent), numéro de la disposition. Le premier article de la partie réglementaire est l'article R. 121-1, livre I titre II (le titre premier ne comportant pas de dispositions réglementaires), chapitre 1.

Ce code se compose de neuf Livres :

- Livre premier : Du commerce en général
- Livre deuxième : Des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique
- Livre troisième : De certaines formes de ventes et des clauses d'exclusivité
- Livre quatrième : De la liberté des prix et de la concurrence
- Livre cinquième : Des effets de commerce et des garanties
- Livre sixième : Des difficultés des entreprises
- Livre septième : Des juridictions commerciales et de l'organisation du commerce
- Livre huitième : De quelques professions réglementées
- Livre neuvième : Dispositions relatives à l'outre-mer

Lors de la publication de la partie législative du Code de commerce, la doctrine[2] a émis de sévères critiques, car certains textes n'ont pas été repris dans leur formulation d'origine et ont donc subi à l'occasion de leur codification une modification de fond.

5. Bien qu'abrogé depuis l'an 2000, l'ancien Code de commerce a « vécu » suffisamment de temps pour influencer l'appréhension de la matière et d'abord la terminologie : on ne parle plus du droit des marchands, mais du droit commercial dans lequel l'acteur principal est le commerçant. C'est ainsi qu'est né le droit commercial qui réunit l'ensemble des règles relatives au commerce et au commerçant (actes de commerce, statut du commerçant, contrats commerciaux, sociétés commerciales, effet de commerce, faillite).

6. ***Émergence du droit des affaires*** – Le Code de commerce est à l'origine du droit commercial qui est une terminologie toujours employée en doctrine. Cependant, le concept de « droit des affaires » paraît préférable si l'on veut décrire le mouvement de mercantilisation des rapports sociaux qui s'est accru avec la mondialisation des échanges économiques et a déplacé le centre de gravité des règles se rapportant aux affaires. C'est ainsi que des techniques à l'origine purement commerciales comme le crédit se sont largement répandues dans un public non commerçant, que des disciplines nouvelles comme le droit de la concurrence ont pris une place prépondérante à la fois en raison du développement de l'activité économique et en raison de l'édification d'un marché européen commun qui, en intensifiant la concurrence, a imposé de la réglementer davantage. Dans le même sens, il est apparu artificiel d'exclure certaines activités du domaine d'étude parce qu'elles revêtaient un caractère civil (agriculture, immobilier).

1. V. Arrighi de Casanova C. et Douvreleur O., « La codification par ordonnances », à propos du Code de commerce, JCP CI 2001, I, 285.
2. Lienhard A., « Incidences juridiques et pratiques des codifications à droit constant », à propos du nouveau Code de commerce, D. 2000, Chron., p. 521.

L'expression de droit des affaires est ainsi souvent préférée, car plus large que celle de droit commercial parce qu'elle comprend, outre les questions entrant dans le domaine classique du droit commercial, certains aspects de droit civil, de droit public économique, tels que les marchés publics, ou encore des aspects de droit fiscal et de droit du travail.

7. *Un droit original, mais pas autonome* – La distinction entre le droit civil et le droit commercial, souvent rappelée dans le Code civil, concrétisée par l'existence séparée de deux codes et de deux juridictions, reposait sur des considérations réelles et homogènes. Recherche de la rapidité, promotion du crédit, ponctualité des paiements : « le temps, c'est de l'argent ».

Le souci de rapidité se manifeste d'abord dans le moindre formalisme. En droit commercial, les actes juridiques peuvent être prouvés par tous moyens ; de plus, le rôle donné à l'apparence est plus grand qu'en droit civil, car l'on veut dispenser de longues vérifications les commerçants. Enfin, la procédure devant le tribunal de commerce obéit à des formes plus simples et à des délais plus brefs que la procédure devant le tribunal judiciaire.

8. *Rigueur des règles commerciales* – La ponctualité des paiements est en quelque sorte garantie par la rigueur des procédures d'exécution : pour protéger le crédit (dont l'étymologie vient du verbe latin *credere*, c'est-à-dire croire, faire confiance), il faut faire comprendre aux débiteurs qu'ils prennent des risques importants à violer les lois commerciales. Même si cette époque est désormais révolue ; pendant longtemps la faillite est venue châtier très sévèrement les mauvais payeurs et même ceux qui ont échoué dans leur entreprise. Le Code de commerce de 1807 prévoyait encore par renvoi au Code pénal des châtiments corporels contre les commerçants coupables de banqueroute frauduleuse. Ces débiteurs malhonnêtes ou incompétents étaient éliminés du monde du commerce, sauf réhabilitation en cas de paiement des créanciers.

9. *Sécurité des transactions* – Les risques du commerce et la sécurité des transactions d'autant plus nécessaire qu'elles sont rapides et peu formalisées fondent l'exclusion de certaines personnes réputées faibles (les incapables, et, pendant longtemps, la femme mariée) du droit des affaires. Ainsi, l'incapable est non seulement envisagé comme une personne en situation de faiblesse qui doit être protégée, mais surtout comme une source de risque : risque pour lui-même dans un milieu économique où la rapidité des transactions, la lourdeur des engagements et la rigueur des sanctions prévalent ; risque pour les tiers en raison de la fragilité des transactions que l'incapable conclut dont la remise en cause peut avoir des effets considérables. Le commerce est réservé à des professionnels qui prennent leurs risques.

10. *Absence d'autonomie* – Malgré des caractères distinctifs évidents, le droit des affaires n'en repose pas moins sur le droit des obligations, le droit des biens, la théorie de la personnalité juridique et la théorie du patrimoine. En ce sens, le droit des affaires qui manifeste un particularisme certain, essentiellement pour des raisons pratiques, n'est pas du point de vue de la théorie juridique autonome par rapport au droit commun que représente le droit civil.

11. *Sources du droit des affaires* – Comme en droit civil, la ***loi interne*** – nous avons évoqué le ***Code de commerce*** – est la source principale du droit des affaires,

complétée par la jurisprudence des juridictions françaises chargées de l'application et de l'interprétation de la loi.

Mais depuis quelques décennies, une diversification des sources s'est produite : ainsi, les traités internationaux et plus particulièrement le ***traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)*** constitue une source de plus en plus importante du droit des affaires, notamment au regard de la liberté de circulation des personnes, des marchandises et des capitaux et de la liberté d'établissement et de prestation de services qu'il a instauré au sein du marché unique communautaire. De plus, le ***droit dérivé européen***, constitué par les règlements et directives, pris en application du traité, régit des pans entiers du droit des affaires tels que le droit de la concurrence, le droit des sociétés ou encore le droit de la distribution...

L'importance des normes européennes en droit des affaires explique aussi le rôle prépondérant que joue dorénavant la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne chargée notamment de leur interprétation.

12. ***Les usages du commerce*** – La dernière source, mais non la moindre, est une particularité du droit des affaires. Le droit des affaires fait effectivement une place particulière aux usages (« les usages du commerce »)[3], dont le contenu peut être établi par un « parère », auprès de chambres de commerce, d'organismes spécialisés, voire de la juridiction consulaire. Ce sont des pratiques contractuelles habituellement suivies dans une branche donnée du commerce et parfois codifiées. Les usages ont un champ d'application très variable ; on peut distinguer les usages de place [usages locaux, nationaux ou internationaux] et les usages professionnels, ou de secteur économique (ex. : l'hôtellerie, les constructions mécaniques, la chimie, la batellerie...). Ils peuvent donner des spécifications matérielles (ex. : comment se mesure telle denrée), ou plus juridiques (délais, terme et modes de paiement).

Dans le cadre du commerce international, les usages ont une importance particulière parce que la souveraineté juridique des États s'y exprime moins facilement. Il y a ainsi les usages du commerce maritime, les usages du commerce du blé, les usages de la vente internationale (pour les conditions de la vente et du transport, on se réfère aux Incoterms qui définissent sous des dénominations types concises les obligations des parties). Ces usages internationaux composent avec les principes généraux du droit du commerce international la *lex mercatoria* qui est un ensemble de règles internationales d'origine non étatique et à laquelle on peut reconnaître la qualité de source privée du droit du commerce international[4].

13. ***Terminologie des usages*** – La distinction entre usages de fait et usages de droit n'est pas parfaitement établie en doctrine et en jurisprudence. La doctrine est relativement hésitante à l'égard de la terminologie et du régime juridique des usages commerciaux. L'hésitation la plus nette concerne avant tout la terminologie[5]. Cette hésitation est en partie due aux difficultés que le juriste rencontre à catégoriser les

3. Sur les usages en droit de l'entreprise, on lira utilement : *Les usages : l'autre droit de l'entreprise*, sous la dir. de P. Mousseron, 2014, LexisNexis.
4. Sur les usages du commerce international, v. *Traité de droit du commerce international*, sous la dir. de Béguin J. et Menjucq M., 2e éd., 2011, Litec, nº 940.
5. V. sur ce flottement : Salah M. M., Rép. com. Dalloz, Vº « Usages commerciaux », nº 7, p. 2.

règles issues de l'autorégulation des acteurs économiques[6]. Les termes d'usages de fait, d'usages conventionnels, d'usages de droit, d'usages à caractère impératif et de coutumes commerciales sont notamment employés[7]. Cette diversité terminologique correspond également à une certaine hésitation quant à la détermination du régime juridique des différents usages[8].

14. *Force des différentes catégories d'usage* – L'usage est toujours une pratique couramment admise dans un milieu commercial, mais cette pratique n'est pas nécessairement reconnue comme une règle par le milieu considéré. Ces usages, que l'on peut qualifier d'usages de fait ou usages conventionnels, n'acquièrent de caractère obligatoire qu'en étant incorporés expressément ou au moins tacitement dans une convention. En revanche, certains usages, qualifiés d'usages de droit, sont des véritables règles de droit et n'ont pas besoin d'être incorporés à une convention pour exister comme tels et posséder une force obligatoire pour les professionnels concernés[9]. La valeur de ces usages de droit est en principe celle d'une loi supplétive s'appliquant de droit aux conventions à moins d'avoir été expressément écartée[10]. Ces usages peuvent déroger à des lois ayant elles-mêmes une valeur supplétive, mais ne peuvent en revanche déroger à une loi impérative[11]. Certains usages ont pu toutefois s'imposer *contra legem* en vertu du principe selon lequel la loi spéciale déroge à la loi générale (*lex specialia genaralibus derogant*). Ainsi des usages de droit commerciaux ont pu déroger à des dispositions du Code civil. Tel est par exemple le cas de la solidarité passive des codébiteurs commerçants qui est présumée[12] contrairement aux dispositions de l'ancien article 1202 du Code civil (« *La solidarité ne se présume point* ») qui ont été conservées, avec la réforme du droit des contrats de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, par le nouvel article 1310 du Code civil (« *La solidarité est légale ou conventionnelle ; elle ne se présume pas* »). Cet usage, antérieur au Code civil et maintenu depuis, a été validé par une jurisprudence presque centenaire de la Cour de cassation qui a estimé qu'en favorisant le crédit aux commerçants, l'usage était conforme à l'intérêt commun du créancier et du débiteur. Il faut souligner qu'en principe, en vertu de l'article 1103 (ancien art. 1134) du Code civil (« *Les contrats légalement formés tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faits*. ») affirmant le primat de la convention des parties, les dispositions du contrat peuvent expressément déroger à un usage, même s'il s'agit d'un usage ayant valeur de règle de droit (par exemple, la règle de la solidarité pour les actes de commerce ou l'anatocisme dans le compte courant). Il n'en va différemment que si une loi impérative reprend un usage ou y renvoie. C'est donc à ces seuls usages que devrait être réservée la qualification d'usages impératifs.

6. V. Bahans J.-M., *Théorie générale de l'acte juridique et droit économique*, thèse Bordeaux 1998, éd. Anrt, tome 1, n^os^ 170 et s.
7. V. Guyon Y., *Droit des affaires*, tome 1, 12^e^ éd., 2003, Economica, n^os^ 30 et s., p. 26 et s.
8. Sur les usages, v. Usages, par l'Institut des usages, JCP E, 2016, chron., 1684. V. aussi, *Les usages, l'autre droit de l'entreprise*, sous la dir. de Mousseron P., 2014, LexisNexis.
9. Pour la reconnaissance d'un usage de droit en matière de courtage, voir Cass. com., 13 mai 2003 : D. 2004, p. 414, note Bahans J.-M. et Menjucq M.
10. V. not. : Salah M. M., « Usages commerciaux », *op. cit.,* n^os^ 73 et s.
11. V. not. : Salah M. M., « Usages commerciaux », *op. cit.,* n^os^ 60 et s.
12. En revanche, la solidarité active ne se présume pas en matière commerciale : Cass. com., 28 sept. 2018, n° 16-18133 : RTD com. 2018, p. 907, note Saintourens B.