

## *Droit et commerce*

-----  
Jean HILAIRE

**L**e choix de ce sujet était heureux et il faut s'en réjouir car nous avons plus que jamais besoin d'études historiques dans ce domaine.

Le *droit des affaires*, plus étendu que le *droit commercial* tel qu'on l'entendait il y a un siècle, est de plus en plus largement conçu : il s'étend et s'étale de plus en plus dans la vie juridique actuelle ; il évolue très vite aussi et il apparaît en perpétuelle réformation. Les juristes s'interrogent alors sur la nature de ce mouvement — est-ce une crise ? — et ils s'interrogent par voie de conséquence sur la nature de ce droit. Mais, là, il devient manifeste que le raisonnement du seul positiviste, en quelque sorte le nez sur la dernière réglementation, ne suffit plus : il faut prendre du recul, avoir des perspectives ; si le présent est un produit du passé, l'histoire apporte certaines clés pour sa compréhension. La découverte est ici également qu'il faut remonter aussi haut qu'il est nécessaire pour dégager des perspectives explicites.

Or il n'y a pas seulement qu'une perspective générale à dégager pour réfléchir en premier lieu à la nature de ce droit en tant que tel ; il y a aussi à retrouver les éléments déterminants propres à chaque institution. Comment, par exemple, réformer une institution sans scruter son passé ? Cela vaut aussi bien pour le droit des entreprises en difficulté que pour le fonds de commerce, pour la société en commandite, pour le commissariat aux comptes dans les sociétés anonymes ou encore pour la publicité légale.

Autrement dit, l'histoire est utile aujourd'hui particulièrement aux juristes qui ont en charge l'évolution du droit contemporain. Encore les historiens doivent-ils fournir une

contribution efficace pour cette sorte de mission qui leur revient et dont ils peuvent légitimement se prévaloir ; car les institutions présentes sont entourées bien souvent d'une gangue d'idées toutes faites, légitimées de manière fort aléatoire par l'appel à *l'esprit* de l'institution, et cette gangue sert facilement de support aux analyses les plus accréditées.

Tout cela est bien, dira-t-on, mais l'histoire est-elle vraiment en mesure de remplir une telle mission ? Effectivement la réponse n'est pas simple et pour bien des raisons. D'abord l'aire de recherche s'est brutalement élargie (brutalement... au rythme des historiens bien entendu). D'illustres collègues italiens dès la fin du siècle dernier, le célèbre Goldschmidt, un Pirenne, ont d'une manière ou d'une autre entamé l'histoire du commerce et du droit commercial ; puis le droit commercial surtout a été quelque peu délaissé par la suite et ce fut le mérite d'un Lévy-Bruhl en France de s'y attacher entre 1930 et 1940. Mais si l'on a repris ce sentier depuis les années 1970, le concept moderne s'est élargi au droit des affaires alors que les historiens ne sont pas encore totalement en mesure de présenter une synthèse du droit commercial *stricto sensu*. Il y a, si l'on peut dire, de plus en plus à faire pour les historiens pour suivre ce mouvement : effectuer des recherches en direction de la fiscalité, ou pour évaluer le poids si grand de la puissance publique dans la vie des affaires, entre autres .

Mais si la puissance publique est d'un grand poids, la pratique ne l'est pas moins : c'est toute la vie du droit, de ce point de vue, qu'il faut appréhender. Or cela suppose de longues études d'archives, fort ingrates, mais sans lesquelles on ne peut avoir de vue complète ; car sous l'accumulation des textes et des idées toutes faites, le contact direct de l'historien avec la pratique aboutit, comme disait un maître du droit des affaires qui vient de nous quitter, Alain Sayag, à une sorte de *décapage* des institutions. C'est aussi, bien sûr, la pratique qui permet le mieux de vérifier les évolutions que l'on pressent.

Il reste que, comme en d'autres domaines et plus peut-être ici encore, les sources dont on peut disposer sont souvent lacunaires : non pas seulement par les hasards de la conservation, mais aussi le cas échéant par la volonté des acteurs eux-mêmes. Les gens d'affaires ont leurs usages, leurs modes de vie, leurs idées. Et si la confiance a toujours été la base des relations commerciales, les marchands et hommes d'affaires ont toujours su d'expérience que le secret est souvent salutaire pour l'homme et son entreprise. Ainsi sommes-nous particulièrement démunis de pièces maîtresses telles que les actes de sociétés de commerce pour lesquels d'ailleurs on a

longtemps estimé que l'indication du montant du capital social n'était pas d'une absolue nécessité ...

De même, les relations entre droit et commerce ne peuvent se comprendre à l'évidence sans une certaine connaissance de l'histoire économique. Or il y a ici un double intérêt. Les progrès de l'histoire économique sont considérables depuis un demi-siècle et sont bien entendu précieux pour les juristes qui scrutent l'évolution du droit commercial ; de plus, les historiens de l'économie, beaucoup plus nombreux, mettent au jour sans cesse de nouveaux documents qui sont pour les juristes un appoint considérable. Cela permet un éclairage nouveau de l'histoire institutionnelle ; mais cela permet plus encore d'aller au delà et de mieux aborder le processus de formation de ce droit des affaires dont la compréhension est capitale aussi bien pour l'historien que pour le juriste attaché au droit contemporain.

On peut donc dire, au total, que l'histoire a vis-à-vis du droit des affaires un beau rôle à jouer, mais à partir d'une certaine conception qui met en cause à la fois l'aire de recherche et la méthode.

L'aire de recherche doit être en effet considérablement élargie. L'effort a longtemps porté sur les relations commerciales, les rapports entre marchands, et le cadre de cette recherche était en quelque sorte naturellement dessiné par la conception du droit commercial qui s'était déterminée au moment de la codification de 1807 en France : donc des relations de droit privé. C'est-à-dire que l'on a en priorité étudié le statut du marchand, et d'abord à travers les corporations, avec le prolongement constitué par la juridiction consulaire. Puis on s'est attaché également aux grandes institutions de ce cadre de droit privé : l'association entre marchands sous toutes ses formes, les effets de commerce — avant tout la lettre de change —, la faillite. Mais déjà à ce propos quelques remarques assez suggestives s'imposent : si l'on étudiait le prêt à intérêt ou l'authentification des actes juridiques, ce n'était pas spécialement du point de vue du droit commercial ; en revanche, l'histoire a longtemps ignoré le fonds de commerce à la suite des commercialistes eux-mêmes tout simplement parce que le fonds de commerce était à peine né à l'époque du Code de 1807 et que ce dernier n'en parlait pas...

Aujourd'hui cette vision fondée sur la vieille division entre droit public et droit privé est dépassée. La distinction elle-même tend à s'effacer : la *nature des choses*, comme aurait dit Casaregis, le grand commercialiste italien du XVIII<sup>e</sup> siècle, le veut ainsi et on

fait rentrer dans le droit des affaires tout ce qui forme l'encadrement de l'activité de production et d'échange par l'Etat. Cette vision nouvelle, qui était d'ailleurs apparue dès le temps de la codification napoléonienne mais de manière très fugitive, convient beaucoup mieux aux historiens : dès lors que les historiens ne s'en tiennent pas aux seules sources normatives, c'est la vie même — la pratique — qu'ils rencontrent dans leurs archives, laquelle se moque de la vieille distinction des juristes. En ce sens les historiens se retrouvent directement dans le cadre du droit des affaires quand ils délaissent la lettre de change pour s'intéresser à la fiscalité ou à la question de la liberté du commerce.

Les travaux de nos Journées sont de ce point de vue tout à fait dans la perspective souhaitable. J'y verrais volontiers deux parts qui se complètent de manière très cohérente. En premier lieu les rapports entre commerçants y ont toujours leur place traditionnelle et nécessaire. On s'intéresse aux modes de traitement de la défaillance en affaires à propos de la cession de biens qui permettait à un marchand en grande difficulté d'éviter l'emprisonnement à ce prix, c'est-à-dire par l'abandon de tout son patrimoine à ses créanciers. De même, l'intérêt s'est porté sur l'authentification des actes juridiques dont les marchands sont largement tributaires et aux modes de preuve que les marchands peuvent invoquer, notamment à partir de leurs propres livres. Et pour ajouter à ce panorama déjà étendu, vient encore une recherche du contentieux en matière commerciale dans cette région à travers les archives du Parlement de Paris.

Mais, en quelque sorte, l'autre domaine de nos travaux (qui n'est pas pour autant d'inspiration totalement nouvelle chez les historiens) montre directement l'intervention de la puissance publique pour l'encadrement juridique du commerce : l'ordre public est en jeu, et sous toutes ses formes, puisqu'on peut y réunir le maintien de la paix publique... et la fiscalité, laquelle tend à procurer à la puissance publique les moyens de son action. La liaison entre l'ordre public et le commerce est fort présente ici, comme condition du développement de l'activité marchande et à travers la navigation fluviale. De là, on passe inévitablement à la question du commerce en période troublée : le commerce en temps de guerre, plus précisément *avec l'ennemi*, fait problème de multiples façons ; car il n'y a pas que l'issue du conflit qui soit en jeu : la survie des entreprises commerciales l'est aussi et, si l'on peut dire, l'instinct de conservation est également puissant en de telles circonstances. Eternel problème d'ailleurs, qui a très près de nous encore déterminé parfois le comportement de nos grandes sociétés

anonymes. On peut remonter à la première guerre mondiale ; mais les guerres médiévales dans nos régions, par exemple, avaient déjà clairement posé le problème. Enfin la conception du rôle de l'Etat prend de plus en plus d'importance depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et l'on s'interroge toujours sur les voies extrêmes — Etat libéral ou Etat dirigiste et providentiel — tout en recherchant quelles réalités peuvent se cacher derrière ce débat permanent.

A la charnière, en quelque sorte, entre ces deux domaines, parmi les travaux qui vont être présentés ici il y a l'encadrement juridique que, en apparence, le commerce s'est donné lui-même à travers les corporations de métiers et la coutume marchande quasiment universelle. Mais dans les deux cas la puissance publique n'est pas loin : non seulement elle s'y intéresse au regard de l'ordre public mais le commerce trouve avantage à se mettre d'une certaine manière sous sa protection, au moins par une reconnaissance ou une confirmation des statuts qu'il s'est donnés. Et l'on pourrait en dire autant du droit du commerce : très tôt les marchands italiens avaient compris l'intérêt de faire confirmer certaines règles par le pouvoir municipal auxquels au demeurant ils étaient étroitement liés ; plus tard l'insertion des usages marchands — au prix de quelques corrections le cas échéant — dans l'ordre juridique interne de l'Etat a bien aussi été souhaité par la *marchandise* qui a souvent tenu la plume à l'instar d'un Jacques Savary. Ainsi nos travaux couvrent-ils une aire vaste à souhait, car loin d'être une source de dispersion c'est au contraire leur richesse, encore une fois au regard d'une certaine conception de l'histoire du droit du commerce. Passons alors à la méthode.

Là encore il faut évoluer pour donner à cette branche de l'histoire toute l'assise et l'efficacité qu'elle réclame. Des philosophes américains professaient il y a quelques décennies que la philosophie avait perdu beaucoup de son audience par manque d'utilité pour le monde actuel et prédisaient que l'histoire était appelée à prendre la relève, qu'elle était mieux armée ou mieux placée pour répondre aux interrogations de la société contemporaine sur son état et ses destinées. Cette vision pessimiste de la philosophie ne s'est pas vraiment vérifiée et il y a en tout cas de la part de nombreux juristes, face au positivisme ambiant, un appel certain à la philosophie ; mais les juristes se tournent aussi vers la sociologie et vers l'histoire. La doctrine préoccupée d'analyser le droit des affaires et son avenir proche s'intéresse également à l'histoire : replacés dans ce cadre nos travaux trouvent leur utilité. Cela réclame sans doute une méthode mais, si l'on peut dire, les historiens n'ont qu'à suivre leur pente naturelle.

Et d'abord il ne faut pas s'enfermer dans une histoire limitée à l'exploitation des sources normatives. Certes il fallait bien commencer par là ; mais le temps n'est plus où l'on pouvait, par exemple, bâtir une belle thèse sur la faillite dans l'ancien droit français uniquement à partir des coutumes et des actes royaux sans jamais utiliser les archives de la pratique. Il est bien certain que les travaux récents sur les archives notariales parisiennes ont complètement renouvelé nos connaissances : à Paris au XVIII<sup>e</sup> siècle, et depuis longtemps vraisemblablement, une grande partie des cas de défaillance en affaires se traitait sans faire appel aux mesures extrêmes prévues par la loi ; et ces usages entretenus par le commerce avec l'aide des praticiens étaient une forme de traitement des entreprises en difficulté... dont notre législateur contemporain vient de faire la découverte avec un certain orgueil ! De ce point de vue le recours aux actes de la pratique — largement entendue : c'est-à-dire aussi bien judiciaire que notariale — qui n'est pas, certes, une nouveauté pour les historiens est déjà un caractère marquant des travaux qui seront présentés ici.

Cela est fort important car il ne s'agit pas seulement de parfaire nos connaissances, mais bien d'en renouveler considérablement le sens. Rappelons en effet, comme il a déjà été dit, qu'il ne suffit plus d'avoir une vision uniquement institutionnelle du droit commercial ; on s'attache désormais aussi à une vision que l'on pourrait dire organique et qui se préoccupe du mode de formation de ce droit pour mieux en pénétrer la vie. Or, dans le travail de recherche scientifique il faut, pour avancer en entrant profondément dans le détail, avoir des repères généraux. L'étude des sources normatives, en quelque sorte dans un premier temps, a permis d'acquérir ainsi quelques cadres de pensée ou, si l'on préfère, un certain nombre d'idées qui servent de référence et constituent ce que l'on pourrait appeler un schéma directeur.

Ce schéma directeur est assurément nécessaire mais il reste une hypothèse de travail et ceux qui tentent une synthèse dans ce sens doivent savoir que leurs idées seront un jour sujettes à révision. Ainsi après avoir bâti une histoire du droit du commerce à partir des actes normatifs, a-t-on cherché à la fois à découvrir qui était *le Législateur* et quelle était la portée réelle des actes normatifs. Et là sont apparus de subtils rapports entre législation et pratique en une sorte de mouvement dialectique qui d'ailleurs part le plus souvent de la pratique : le législateur intervient autant pour entériner que pour rectifier les usages et les réactions de la pratique, à leur tour, en arrivent à provoquer de nouvelles interventions législatives.

De même, ce schéma directeur comporte un faisceau d'idées correspondant à chacune des grandes institutions ; là aussi l'exploitation de nouveaux documents de la pratique a déjà remis en cause bien des certitudes. Comme cela a déjà été dit, derrière l'apparence d'extrême rigueur de la législation sur la faillite en France, il y avait aussi une pratique qui n'était pas répressive mais venait en aide sous l'égide du notaire au marchand en difficulté. Mais il faudrait ajouter bien d'autres exemples. Il est apparu que la lettre de change qui a si longtemps retenu l'attention était loin d'être le seul effet de commerce utilisé dès le XVI<sup>e</sup> siècle : l'obligation souscrite par devant notaire et « circulant » par le jeu de cessions notariées a joué un rôle analogue tandis que le billet à ordre a été, à son tour, sans doute plus répandu (en nombre sinon en valeur) que la lettre de change, laquelle était surtout un instrument du grand commerce. De même encore, a-t-il fallu réviser des idées concernant la société en commandite au XIX<sup>e</sup> siècle.

Mais pour pénétrer la pratique qui seule permet de comprendre le droit dans sa globalité et dans ses évolutions, il faut accumuler les études d'archives sur les sujets les plus divers ; il faut aussi accumuler les études sur une très longue chronologie depuis que s'est produite, selon la formule désormais consacrée chez les historiens, la *révolution commerciale* des XI<sup>e</sup> et XII<sup>e</sup> siècles. Il faut multiplier les recherches dans des régions différentes. Cela revient à dire qu'il n'y a pas de « petits » sujets, ni de périodes plus valorisantes que d'autres au regard de ce cheminement qui sans cesse doit remettre en cause ce schéma directeur pour tenir compte de toute les diversités régionales.

Les sujets qui vont être abordés dans ces deux journées répondent parfaitement à ces préoccupations : nul doute que leur réunion sera un apport fort utile pour les historiens du droit des affaires. Sans dévoiler leur contenu, bien entendu, il fallait laisser percevoir tout leur intérêt d'un point de vue très général.