La législation commerciale : instrument du rayonnement du droit français dans le monde

Denis Voinot

▶ **To cite this version:**

Denis Voinot. La législation commerciale : instrument du rayonnement du droit français dans le monde. Revue juridique de l'Océan Indien, 2005, Le rayonnement du droit français dans le monde, NS-2005, pp.151-164. hal-02549638

HAL Id: hal-02549638

https://hal.univ-reunion.fr/hal-02549638

Submitted on 21 Apr 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LA LEGISLATION COMMERCIALE : INSTRUMENT DU RAYONNEMENT DU DROIT FRANÇAIS DANS LE MONDE

Par Denis Voinot,
Professeur à l'Université de La Réunion

Au pays du soleil levant, les juristes savent combien le droit français a rayonné sur l'élaboration du droit japonais[1]. Chez leurs voisins chinois, le mot France traduit littéralement signifie le pays de la loi. Autant de symboles qui devraient permettre d'aborder avec un certain optimisme la question du rayonnement du droit français dans le monde. Pourtant la déception est immense lorsque l'on se focalise sur la législation commerciale prise en tant qu'instrument de ce rayonnement. On se demande en effet si l'on n'est pas victime d'une illusion.

Le doute résulte de l'expression "législation commerciale". Ce qualificatif recèle en effet des difficultés. Il n'est ainsi pas très facile de tracer de manière précise, sans controverse, les frontières entre le droit commercial et le droit civil. On peut certes affirmer sans risque que la législation commerciale correspond au droit du commerce et des commerçants. Mais, cela dit, on sait qu'il existe des territoires communs entre le droit commercial et le droit civil dont on se demande s'ils sont du domaine de l'un ou de l'autre.

Quoi qu'il en soit, il n'est nullement certain que la qualification retenue par le droit français interne de "législation commerciale" soit utilisable telle quelle pour mesurer le rayonnement du droit français dans les autres pays du monde. On pourrait donc, pour se faciliter la tâche, limiter le propos à la codification commerciale. La démarche consisterait alors à comptabiliser le nombre de pays qui ont repris le

[1] NODA (Y.), "La réception du droit français au Japon", *RIDC* 1963, p. 543.

code de commerce. Mais là encore une telle orientation n'incite guère à plus d'optimisme.

On est en effet tenté de dire à propos de l'influence de la codification qu'il est à la fois trop tard et trop tôt. Trop tard car le code de commerce de Napoléon n'est plus. Trop tôt car le code adopté en l'an 2000 est bien jeune pour que l'on s'intéresse déjà à son impact au plan international. Tout au plus peut on retenir que le domaine de cette intervention se limitera pour l'essentiel à la "législation commerciale" c'est-à-dire à celle qui est contenue principalement mais pas exclusivement dans le code de commerce. Mais il est alors plus exact de dire que seront abordés les grands thèmes du droit commercial à savoir le commerce en général, les sociétés commerciales, le droit de la concurrence, les effets de commerce, les difficultés des entreprises, etc.

Pourtant, même si l'on s'en tient à ces thèmes, cela n'estompe pas le doute qui pèse sur la capacité de la législation commerciale française à rayonner dans le monde. L'incertitude est d'autant plus forte lorsque l'on observe à quel point le droit français s'inspire lui-même de droits étrangers. On sait par exemple que le chèque et le warrant sont de création anglaise. Que dire encore de la clause de réserve propriété dont nos parlementaires ont cru pouvoir imiter le régime juridique allemand ? Comment ne pas faire allusion aux discussions actuelles autour du projet de loi de sauvegarde des entreprises dont le gouvernement a indiqué qu'il s'inspire directement du code fédéral américain de la faillite ? Tous ces exemples conduisent à un raisonnement simple : dans la mesure où le droit commercial français s'inspire en grande partie des droits étrangers, peut-on encore considérer qu'il est en retour une source d'inspiration pour les systèmes juridiques étrangers ? N'était-il pas préférable au contraire de traiter du rayonnement des législations étrangères sur le droit français ? Le thème peut paraître d'autant plus anachronique qu'il est de nos jours plus fréquent de s'interroger sur l'influence du droit communautaire sur les droits nationaux.

En réalité, la vérité est certainement ailleurs. Pour la découvrir il faut prendre en considération l'évolution du monde économique depuis une cinquantaine d'années. On a assisté en effet à une

explosion des échanges internationaux. Or cette explosion en appelle une autre à savoir celle du droit commercial. Le monde a en effet besoin de législation dans ce domaine car les échanges doivent être loyaux et sûrs et le crédit conforté. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si l'on a vu fleurir des communautés d'États, telle l'Union européenne dont l'une des préoccupations majeures demeure le développement économique. De même, on ne peut ignorer l'importance croissante de l'Organisation mondiale du commerce. Toutes ces circonstances entraînent une évolution rapide du droit commercial dans les États participant au commerce mondial. Ceux-ci cherchant à se doter d'une législation efficace, ils n'hésitent pas à puiser dans les systèmes juridiques étrangers une source d'inspiration.

Dans ces conditions, les États qui ont une longue tradition de droit commercial peuvent plus que d'autres espérer jouer les premiers rôles. C'est le cas de la France dont la législation commerciale trouve ses racines dans les profondeurs de l'histoire. Elle peut ainsi se prévaloir d'une expérience non négligeable pour espérer faire de sa législation commerciale un instrument de rayonnement du droit français dans le monde. Ainsi, le ciel est voilé, mais l'horizon n'apparaît pas complètement bouché. C'est pourquoi il nous faut évoquer dans un premier temps, les désillusions, puis, dans un deuxième temps, les aspirations.

I – LES DESILLUSIONS

A - Le code de commerce de 1807 a reçu un accueil éphémère dans le monde

Cette œuvre de négociants n'étant pas d'une qualité sans reproche, il s'est en effet produit rapidement un phénomène de décodification du droit commercial. Cette décodification s'observe bien sûr dans les pays qui se sont vus imposés le code de commerce lors des campagnes napoléoniennes. L'exemple de la Belgique illustre à merveille cette évolution. L'intégration des provinces belges à la République française en 1796 a entraîné l'application du code de commerce à ces territoires. Avec la chute de Napoléon, la substance du code sera profondément remaniée. Qualifié de "squelette" par la

doctrine belge contemporaine le code de commerce demeure mais "ne contient plus une seule de ses dispositions originaires qui ont toutes été modifiées"[1]. Par comparaison avec la Belgique, l'expérience espagnole est assez similaire. Là encore le code français a servi de source d'inspiration à l'élaboration du premier code de commerce ibérique adopté en 1829[2]. Mais l'instrument a vite montré des lacunes et des carences d'où sa modification substantielle puis son abandon[3]. Il a cependant servi de modèle à plusieurs pays d'Amérique du Sud qui ont par conséquent bénéficié de l'influence indirecte de la législation commerciale française[4].

La décodification peut aussi être constatée dans les États qui ont volontairement choisi le code de commerce français comme modèle. Le cas de la Turquie en est une illustration symptomatique. Dans cet État en effet le premier code de commerce, entré en vigueur en 1850, fut pour une grande part issu de la traduction du code français[5]. Ont été ainsi très fortement inspirées du droit français les règles relatives aux commerçants, aux livres de commerce, à la lettre de change, ou encore aux sociétés commerciales. Cette inspiration dans le domaine des sociétés a été telle que certains termes français ont été purement et simplement repris en droit commercial turc. C'est le cas par exemple des mots "commandite" ou encore "anonyme". Mais une fois de plus le phénomène du déclin de la législation commerciale n'a pas épargné le code turc. Il a donc été remplacé par un nouveau code en 1926 puis

---

[1] MEEUS (A.), "La circulation du modèle juridique français, Rapport belge", *Travaux de l'Association Henri Capitant, journées franco-italiennes*, t. XLIV 1993, p. 24.

[2] SANCHEZ CALERO (F.), *Instituciones de derecho mercantil*, I, Introduccion, Empresa y sociedades, Mc Graw-Hill, 1997, p. 6 et s.

[3] MEEUS (A.), "La circulation du modèle juridique français, Rapport espagnol", *Travaux de l'Association Henri Capitant*, *op. cit.*, p. 66.

[4] Ce fut le cas des codes de commerce de Colombie (1853), de diverses provinces d'Argentines (1845 à 1862), du Brésil (1850) et du Venezuela (1862) ; v. SANCHEZ CALERO (F.), *op. cit.*, p. 9.

[5] POROY (R.), DURAN (L.), DÖNMEZER (S.) et ULUOCAK (N.), "La circulation du modèle juridique français, Rapport turc", *Travaux de l'Association Henri Capitant*, *op. cit.*, p. 497.

par un autre en 1957. Or ce travail législatif d'ampleur montre que l'influence française a été largement supplantée par celle du droit suisse.

Ce phénomène de décodification s'explique par la mauvaise qualité du code de commerce de 1807. Celui-ci a d'abord été conçu comme le code des commerçants mais pas vraiment comme un code de l'activité commerciale. L'objectif était alors d'encadrer les commerçants. Il convient en effet de rappeler que Napoléon avait relancé la codification commerciale suite à plusieurs faillites retentissantes. Cela explique les contrôles et les contraintes qui devaient peser sur les négociants. Le code de commerce était par ailleurs ancré dans l'ancien régime puisqu'il s'inspirait en grande partie de l'ordonnance de Colbert relative au commerce de 1673. Or cette orientation vers le passé convient mal à une matière que l'on imagine plutôt regardant vers l'avenir. C'est l'une des raisons qui expliquent l'effritement rapide de la législation commerciale dans les États qui avaient choisi le code de commerce français comme source d'inspiration.

C'est finalement un bilan assez négatif qui caractérise le rayonnement du droit français dans le monde en matière commerciale. La désillusion est d'autant plus forte qu'à la décodification du droit commercial s'ajoute une autre déception, plus grave encore, celle de la disparition du droit commercial.

B - Lorsque l'on évoque la disparition du droit commercial[1] on doit comprendre que cette matière a subi une perte d'identité.

C'est plus exactement la conception française du droit commercial qui a perdu son identité. Ainsi les critères de qualification qui fondaient traditionnellement cette discipline –l'acte de commerce et le commerçant- jouent un moindre rôle dans sa mise en œuvre. Elle est de moins en moins un droit d'exception puisqu'elle a vocation à s'appliquer à d'autres qu'aux seuls commerçants. On sait par ailleurs que le droit civil lui-même a tendance à emprunter au droit

[1] CABRILLAC (M.), "Vers la disparition du droit commercial ?", *Mélanges J. Foyer*, p. 329 et s.

commercial, on parle alors de "commercialisation du droit civil". Cela provoque en retour une dilution du droit commercial dans un droit privé qui englobe l'ensemble des rapports sociaux entre professionnels ou particuliers. Un tel constat au plan interne ne rend guère optimiste sur la capacité du droit commercial français à rayonné dans le monde.

Il est vrai que de nombreux pays ne partagent plus cette conception française du droit commercial. Le phénomène a ainsi frappé plusieurs États d'Europe qui étaient initialement soumis à l'influence du droit commercial français. L'exemple du droit suisse est bien connu. Si les cantons francophones ont adopté pendant un temps le dualisme droit civil/droit commercial, se contentant parfois de copier le code de commerce français, il a été mis fin assez vite à cette soumission. C'est en 1881 en effet que fut définitivement abandonné l'idée d'un code de commerce par l'adoption d'un code fédéral des obligations applicable à tous les citoyens. Le constat de cette évolution permet à un auteur suisse de conclure avec politesse que "le modèle juridique français n'a joué qu'un rôle limité en droit commercial"[1]. D'autres États européens ont été séduits par cette unification du droit privé. Ainsi aux Pays-Bas la décodification progressive du droit commercial a conduit le pouvoir normatif à supprimer les juridictions consulaires puis à rejeter la distinction entre commerçants et non commerçants. L'unification du droit privé a en définitive été réalisée par l'adoption d'un code civil néerlandais en 1976. C'est aussi un code civil unitaire qu'a adopté l'Italie en 1942.

Cette perte d'identité du droit commercial français est peut-être la rançon à payer pour une discipline en quête de résultats. Le droit commercial est en effet un droit matériel. Il se préoccupe moins de régler les relations sociales entre les individus que d'"atteindre des objectifs substantiels" selon l'expression de Bruno Oppetit[2]. Ainsi, le droit des procédures collectives vise à sauvegarder l'entreprise en difficulté, le droit de la concurrence tente de protéger le marché, etc.

---

[1] PATRY (R.), "La circulation du modèle juridique français, Rapport suisse", *Travaux de l'Association Henri Capitant*, *op. cit*., p. 467 et s.

[2] OPPETIT (B.), "Développement économique et développement juridique", *Études à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec, 1997, p. 78.

Dans ce contexte il est pour ainsi dire naturel que de nouvelles législations interviennent afin de coller à l'évolution de l'économie. Cela explique que l'on assiste à un phénomène d'explosion normative en matière commerciale ce qui par contrecoup sonne le glas des textes en vigueur au détriment d'une cohérence d'ensemble. Devenu un instrument d'ingénierie le droit commercial se doit désormais d'être efficace. À défaut il est condamné à être remplacé. Or à cet exercice c'est souvent le modèle dominant sur le plan économique qui l'emporte. On comprend mieux dès lors pourquoi la législation commerciale française a été progressivement évincée comme source d'inspiration des systèmes juridiques étrangers ceux-ci lui préférant les solutions anglo-américaines[1]. Il est donc révolu le temps où le droit commercial français s'exportait comme un modèle dominant.

Confronté à cet environnement de compétition sur le marché du droit, le pouvoir normatif français a réagi par l'adoption d'un nouveau code de commerce à droit constant. Face à ce travail législatif comment envisager l'avenir du droit commercial français dans sa relation avec les États tiers ? On peut considérer qu'il ne s'agit là que d'une compilation. Dès lors mesurer l'influence du droit commercial revient à vérifier au cas pas cas si tel texte codifié à été reçu par un droit étranger. C'est en quelque sorte la démarche du cuisinier amateur qui suit une recette de cuisine. Mais on peut ensuite voir dans ce nouveau code, le point de départ d'un processus de reconstruction du droit commercial dont le rayonnement serait plus prometteur. Certains l'affirment sans hésiter. Ainsi ce sénateur qui déclare à propos du code de l'an 2000 que "dorénavant, aucun législateur dans aucun pays ne fera la moindre réforme sans se référer à ce que les Français ont fait"[2]. Ce sont là de fières paroles dont il est difficile de dire si elles sont chimériques ou prophétiques. Quoiqu'il en soit elles

---

[1] RIPERT (G.) et Roblot (R.), *Traité de droit commercial*, 17ème éd., t. 1 par GERMAIN (M.) et Vogel (L.), LGDJ, 1998, n°82, p. 49 ; ces auteurs relèvent que "depuis la fin de le deuxième guerre mondiale, l'attrait exercé par les performances de l'économie américaine et la place croissante des États-Unis dans les échanges internationaux font rayonner dans tout le monde capitaliste l'influence de certaines institutions américaines".

[2] GELARD (P.), *JO Sénat*, 14 octobre 1999, séance du 13 octobre 1999, p. 5089.

renvoient implicitement au constat actuel d'un sérieux doute sur l'influence de la législation commerciale française dans le monde. Mais elles expriment aussi, pour l'avenir, l'espoir d'un regain d'intérêt pour le droit commercial français. En d'autres termes après le temps des désillusions, voici le temps des aspirations.

II – LES ASPIRATIONS

A - La complémentarité c'est la capacité de la législation nationale à se greffer sur un système juridique en construction.

On pense tout d'abord au cas de l'Union européenne. Il y a en effet ici un terrain propice à l'influence de la législation commerciale du fait que la Communauté européenne s'intéresse avant tout à l'activité économique. Or on a vu que celle-ci est précisément l'objet du droit commercial. C'est dire que le droit communautaire trouve dans les droits nationaux une source d'inspiration inépuisable. Par exemple c'est l'un des poncifs du droit communautaire de dire que le groupement européen d'intérêt économique est directement inspiré de la législation française sur le GIE. Il ne faut pourtant pas exagérer la portée de l'illustration. On peut ainsi observer que, dans ses détails techniques, le GEIE n'est pas l'équivalent du GIE. En outre cet exemple d'inspiration directe est suffisamment isolé pour ne pas y voir l'exception qui confirme la règle.

En réalité, l'inspiration de la législation commerciale est plus subtile qu'une transposition intégrale de la norme nationale dans l'ordre juridique communautaire. Il s'agit d'une influence qui n'est ni imposée ni spontanée mais plus exactement négociée. Nul n'ignore en effet que les textes de droit communautaire sont le résultat de compromis débattus entre les différents États membres, chacun apportant sa propre culture juridique. L'exemple du droit des sociétés est à cet égard très instructif. Il s'agit d'une matière qui, en France, donne traditionnellement lieu à un encadrement normatif d'ampleur. On sait par ailleurs que, dans ce domaine, la Communauté a de longue date engagé une politique de coordination des législations nationales par l'intermédiaire des directives. Or il est remarquable de constater qu'avec l'harmonisation européenne des États de tradition plutôt

libérale et jurisprudentielle comme l'Angleterre se sont à leur tour ouvert à un encadrement normatif du droit des sociétés. Cela ne veut d'ailleurs pas dire qu'en retour il n'y a pas une certaine libéralisation du droit français des sociétés sous l'influence du droit commercial anglais. Il n'en reste pas moins que, par l'intermédiaire des textes du droit communautaire des sociétés, une influence de la législation commerciale française peut être observée.

Bien sûr on peut considérer que cette forme d'influence est peu glorieuse pour notre droit national. Ainsi, plus qu'un phénomène de rayonnement du droit français, on serait plutôt en présence d'une influence rampante de la législation commerciale. Un tel constat n'est pas faux sauf à préciser alors que, ce faisant, la législation française apporte sa part contributive à l'élaboration d'un nouveau modèle, celui du droit commercial européen. Mais face à cette dynamique communautaire ne peut-on pas craindre à terme la disparition pure et simple de la législation commerciale nationale ? En réalité il n'en est rien car le droit communautaire lui-même ne cesse de renvoyer au droit national ce qui est précisément le cas des textes relatifs à la société anonyme européenne. Il y a donc des raisons d'espérer pour la législation commerciale française, et ce d'autant que son influence peut se fait sentir aussi en dehors de l'Union européenne.

En effet, si l'on sort de l'Union européenne on peut dire que la législation commerciale française a encore un avenir à l'exportation. Il convient en effet d'insister sur le fait que la plupart des États du monde ont une volonté de s'intégrer dans le commerce mondial d'où la nécessité pour eux de se doter d'un droit commercial moderne. Le droit français peut à cet effet jouer un rôle d'inspiration classique. C'est généralement le cas dans les États ouvert à la langue française. On peut ainsi évoquer le travail effectué par l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA). Celui-ci confirme que les liens traditionnels qui unissent les États de l'Afrique francophone à la France ne sont pas rompus. L'analyse de la plupart des actes uniformes adoptés par cette organisation montre en effet qu'ils s'inspirent directement de la législation commerciale française. Ainsi, comme en droit français, l'acte de commerce est le fondement de ce droit commercial uniforme. De même la notion de société trouve

ses racines dans la définition de l'article 1832 du code civil puisque la société peut avoir pour vocation de faire réaliser des économies à ses membres[1]. Cette influence du droit français est d'autant plus intéressante qu'elle provoque indirectement un rapprochement du droit des affaires africain avec le droit de l'Union européenne. Il y a donc là un phénomène qui est de nature à faciliter les échanges entre les deux continents[2].

Mais bien d'autres États sont concernés par ce besoin de droit commercial. Il s'agit notamment de ceux qui ont adhéré récemment à l'Organisation mondiale du commerce. Parmi eux, la République populaire de Chine offre par exemple des perspectives évidentes pour le marché du droit[3]. Mais il n'y a pas ici de langue commune avec la France comme c'est le cas avec l'OHADA. C'est pourquoi il y a sur ce marché une plus forte concurrence entre le droit anglo-américain et le droit romano-germanique. Dès lors, si la législation commerciale veut jouer pleinement un rôle d'instrument de rayonnement du droit français dans le monde, elle ne peut pas seulement aspirer à la complémentarité mais elle doit aussi aspirer à la compétitivité.

B - La compétitivité d'une législation est d'abord une question de moyens.

Il s'agit alors de savoir ce que l'on fait pour que le droit national soit choisi par des systèmes juridiques étrangers. C'est là une démarche devenue nécessaire dès lors que le droit commercial ne constitue plus en soi un modèle exportable et qu'il est en concurrence avec d'autres droits nationaux. À cet effet, plusieurs moyens peuvent être retenus. Il y a ainsi les aspects linguistiques. Un droit sera évidemment rendu plus accessible s'il est disponible dans la langue de l'État que l'on veut atteindre. Cet outil a par exemple été utilisé par les États-Unis après la chute du mur de Berlin. Les américains ont en

---

[1] MODI KOKO BEBEY (H.-D.), "La réforme du droit des sociétés commerciales de l'OHADA", *Rev. Soc.* 2004.

[2] PAILLUSSEAU (J.), "Une révolution juridique en Afrique francophone, l'OHADA", *Prospectives du droit économique, Dialogues avec M. Jeantin*, 1999, p. 97.

[3] "La chine et le droit", *Gaz. Pal.* 2-4 juillet 2000, p. 48 et s.

effet diffusé gratuitement des livres et des textes de lois traduits dans les bibliothèques, les universités et les barreaux des pays de l'Europe centrale et orientale[1].

Quant à la France, elle a depuis peu une politique de traduction prometteuse. Il est en effet possible sur le site du gouvernement français *légifrance* de trouver des codes et lois traduites dans les principales langues européenne. La France peut aussi s'appuyer sur cet atout linguistique dans les pays qui utilisent la langue française où dont les étudiants viennent étudier en France. Il est ainsi frappant de relever dans les revues juridiques africaines francophones les nombreuses références faites à des auteurs français. Un autre moyen réside dans les financements qui sont dégagés pour permettre la diffusion du droit français. Il faut revenir ici sur l'exemple de l'OHADA. Il est très intéressant d'observer combien l'État français a contribué financièrement aux négociations qui ont précédé l'adoption du traité ayant aboutit à la création de l'organisation d'harmonisation du droit des affaires en Afrique.

Mais au-delà des moyens, la compétitivité c'est ensuite et surtout une question de finalités. Cela signifie qu'une législation commerciale sera d'autant plus choisie qu'elle sera efficace. Pour cela il paraît nécessaire de procéder à une évaluation régulière de notre droit positif tout en diffusant les résultats. C'est d'ailleurs un travail qui s'effectue régulièrement au sein de l'Université française notamment à travers les études doctorales. On aimerait à cet égard que le pouvoir normatif s'attarde un peu plus sur les travaux des chercheurs français plutôt que de cultiver le "mythe du législateur étranger". Mais l'efficacité de la législation commerciale passe aussi par l'imagination. Il s'agit alors de trouver des institutions nouvelles qui soient susceptibles non seulement d'attirer les législateurs étrangers mais aussi les opérateurs économiques. C'est là une autre manière d'envisager l'influence du droit commercial dans le monde avec ce que l'on appelle le *law shopping*. Comment à cet égard ne pas évoquer la création de la société par actions simplifiée dont l'objectif affiché a été de fixer en France le siège de groupes internationaux ?

[1] SOLEIL (S.), "Modèle français", *Droits*, 2004, p. 84.

On a donc cherché le moyen d'être au moins aussi compétitif que le droit néerlandais qui offrait lui aussi des structures sociétaires assez souples. C'est là un bon exemple de compétitivité mais aussi de créativité comme l'a mis en évidence le doyen Carbonnier. En effet, selon cet auteur, "Le droit commercial s'est toujours mis en vedette par sa capacité d'inventer, partant de surprendre"[1]. C'est exactement ce que l'on attend de la législation commerciale, qu'elle nous surprenne afin que perdure le rayonnement du droit français dans le monde.

[1] CARBONNIER (J.), "L'avenir d'un passé, L'avenir du droit", *Mélanges F. Terré*, Dalloz/Puf/Juris-Classeur, 1999, p. 7.

CHAPITRE 2

LA JURISPRUDENCE