

RECHERCHE SUR LES DEFINITIONS

DANS

LES LOIS COMMERCIALES

Par

Emmanuel PUTMAN

*Assistant associé à la Faculté de Droit et de Science Politique  
d'Aix-Marseille*

R.R.I. 1986-4

## RECHERCHE SUR LES DEFINITIONS

DANS

## LES LOIS COMMERCIALES

Par

Emmanuel PUTMAN

*Assistant associé à la Faculté de Droit et de Science Politique  
d'Aix-Marseille*

1. Quel est l'apport des lois commerciales (1) à l'art des définitions ? La question, de prime abord, peut surprendre. D'une part, le "trésor" des définitions légales paraît se trouver ailleurs, dans le Code pénal, le Nouveau Code de procédure civile, et bien sûr, le Code civil (2). D'autre part, on éprouve le sentiment que la technique des définitions, si elle est utilisée dans de nombreux textes spéciaux, trouve davantage à s'épanouir dans le contexte d'une codification où elle peut prendre une valeur abstraite et universelle (3). Or, le Code de commerce est notamment en perte de vitesse, débordé par les lois commerciales (4). Enfin, on se dit que la définition n'atteint sa plus haute valeur doctrinale qu'à partir d'un certain degré de rationalité et de généralité (5) auquel le pragmatisme commercialiste peut répugner, préférant une attitude plus conjoncturelle:

2. A la réflexion pourtant, cette surprise initiale apparaît comme le reflet d'un préjugé, qui voit dans la rationalité une exigence plus noble que le pragmatisme, dans l'énoncé de règles abstraites une technique supérieure à celle de la définition "au cas par cas", alors que ces attitudes sont sans doute plus complémentaires que contradictoires, et sont en tout cas également respectables.

3. L'essai d'analyse de quelques définitions issues des lois commerciales peut, au contraire, être riche d'enseignements. Obligées d'épouser une réalité économique diverse et évolutive, les lois commerciales ne sont-elles pas amenées à multiplier les spécimens de définitions afin de mieux saisir, dans leur complexité, les opérations que suscite une pratique dynamique ? Les définitions données par les lois commerciales n'ont-elles pas une spécificité dont le langage juridique riche en présentations et formulations originales est le reflet ? Enfin, les objectifs du législateur commercial, les finalités attribuées par lui aux définitions, ne traduisent-elles pas les exigences du droit commercial qui est de plus en plus le droit des affaires, le droit de l'entreprise, le droit "économique", au delà des clivages traditionnels entre droit public et droit privé ? Au lieu du préjugé initial défavorable, on est amené à formuler l'hypothèse de la richesse et de la spécificité des définitions dans les lois commerciales, hypothèse que l'on va s'efforcer de vérifier en étudiant leur typologie (I) leur présentation formelle (II) et leurs fonctions (III).

(1) Le terme "loi" est pris dans son sens matériel le plus large.

(2) comp. Cornu, "Les définitions dans la loi", *Mélanges Vincent* p. 77 et la liste des définitions qu'il cite.

(3) Rappr. Cornu, art. cité, p. 90, n° 32.

(4) Cf. Oppetit, "La décodification de droit commercial", in *Mélanges Rodière*, 197 et s.

(5) Rappr. Cornu, art. cit., loc. cit.

## I. TYPOLOGIE DES DEFINITIONS.

Notre première démarche doit être de rechercher les définitions dans les lois commerciales, de mesurer leur fréquence. Cette recherche du genre (A) doit ensuite être affinée ; il recouvre en effet de multiples espèces différentes (B).

### A. La recherche du genre.

Forcé est de constater qu'il est relativement rare ; on est fréquemment confronté à l'absence de définition ou à la fausse définition.

#### 1° Absence de définition.

4. L'exemple le plus remarquable est celui de la publicité ; visée par de très nombreux textes (6), la publicité n'est définie nulle part. Cette absence de définition révèle rapidement le décalage entre le sens commun et le sens juridique d'un terme. Dans le langage commun, relève un auteur, "chacun sait ce que veut dire le procédé publicitaire ou publicité" (7). Dans le langage juridique, toute une jurisprudence s'est développée, passant du critère de l'incitation à la consommation du produit, longtemps dominant, à une notion beaucoup plus matérielle, retenue par un arrêt de la Chambre criminelle du 25 juin 1984, qui, dans le cadre de la loi Royer, a défini la publicité comme "tout moyen d'information du public portant sur la composition d'un produit mis en vente, s'agirait-il d'un étiquetage obligatoire" (8). Il est vrai que, plus récemment, une définition a été donnée, en droit européen, par la directive communautaire du 10 septembre 1984, qui retient le but de la promotion du produit (9). Néanmoins, il importait de souligner les inconvénients de l'absence de définition, avant de voir, comme nous le ferons plus loin (10) si elle ne correspond pas à un propos délibéré du législateur, et si celui-ci n'y voit pas certains avantages.

La fausse définition présente "a priori" moins de difficultés.

#### 2° Fausse définition.

5. La définition de la définition manque de certitude, et l'on peut s'en faire une conception plus ou moins large. Pour notre part, nous nous en tiendrons à une définition stricte de la définition, que nous emprunterons au "Vocabulaire de Lalande" : "la définition, considérée comme opération de l'esprit, consiste à déterminer la compréhension caractérisant un concept".

Nous rangerons parmi les "fausses définitions", toute une série de "définitions", très nombreuses dans les lois commerciales, où l'opération de définition n'est accomplie qu'incomplètement et de manière indirecte.

(6) Loi du 20 mars 1951 sur les ventes avec primes, art. 3 ; loi du 23 déc. 1966 sur l'usure et certains démarchages, art. 10 ; son décret d'application n° 68-259 du 15 mars 1968 ; loi du 3 janv. 1972 sur le démarchage financier, art. 18 et s. ; loi Royer du 27 déc. 1973, art. 44 ; décret du 9 mai 1974 sur les ventes avec primes, art. 5 ; loi n° 75-633 du 15 juillet 1975 relative à l'élimination des déchets et à la récupération des matériaux, art. 19 ; loi n° 78-23 du 10 janv. 1978, art. 30.

(7) Fourgoux, note D. 1985, p. 81.

(8) Idem.

(9) Fourgoux, note précitée, p. 82.

(10) Cf. infra, n° 23 s.

#### a) Définition par énumération.

6. C'est, si l'on ose dire, l'une des plus impures, source de difficultés d'interprétation traditionnelles, quant au point de savoir si l'énumération est ou non limitative. Les lois commerciales l'utilisent volontiers, par exemple pour la définition de l'emballage (11) ou de l'opération de crédit mobilier au consommateur (12).

#### b) Définition négative.

7. Elle consiste à dire ce que n'est pas une chose, ce qui n'est qu'une moitié de définition et se suffit rarement à elle-même ; la définition négative de la vente directe au consommateur se combine avec une définition positive (13) ; la définition négative de la vente avec primes, donnée par les articles 2 et 3 du décret n° 74-410 du 9 mai 1974, est l'accessoire de la définition positive contenue par la loi du 20 mars 1951, article B.

#### c) Définition par l'énonciation d'un synonyme.

8. La définition de la publicité financière, comme synonyme de "propagande" (art. 10, loi du 28 décembre 1966) ou celle du consommateur, par référence au "non-professionnel" (loi n° 78-23 du 10 janvier 1978, art. 25) ne font que déplacer le problème de définition, la "propagande" n'étant pas définie et le "non-professionnel" n'étant pas d'une définition évidente (14).

#### d) Définition par énonciation de l'objet sur lequel porte l'opération

9. C'est la plus proche d'une vraie définition. En apparence simple variante perfectionnée de la définition par énumération, elle s'en distingue par une indication de but qui, nous le verrons, est très importante dans les lois commerciales.

Par exemple, la loi n° 72-1137 du 22 décembre 1972 ne nous dit pas ce qu'est le démarchage à domicile, mais, la nuance est importante, ce sur quoi il porte :

"Art. 1er. Quiconque pratique ou fait pratiquer le démarchage au domicile d'une personne physique, à sa résidence ou à son lieu de travail pour proposer la vente, la location ou la location-vente de marchandises ou objets quelconques ou pour offrir des prestations de services, est soumis aux dispositions du présent texte".

10. La différence avec une "vraie" définition est si peu sensible qu'il faut, pour la percevoir, comparer la "définition" de la loi sur la vente à domicile avec la définition conceptuelle du démarchage financier donnée par les deux derniers alinéas de l'article 9 de la loi du 28 décembre 1966.

"Se livre au démarchage, au sens du présent article celui qui, à l'une des fins visées à l'alinéa 1er, se rend habituellement soit au domicile ou à la résidence des personnes, soit sur leurs lieux de travail, soit dans des lieux ouverts au public et non réservés à de telles fins". "Sont également considérés comme actes de démarchage les offres de services faites ou les conseils donnés de façon habituelle en vue des mêmes opérations au domicile ou à la résidence des personnes, ou sur leurs lieux de travail, par l'envoi de lettres ou circulaires ou par communications téléphoniques".

(11) Tableau annexé à la loi du 13 juin 1966 sur les usages commerciaux, point V.

(12) Loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, art. 2.

(13) Décret n° 74-429 du 15 mai 1974, art. 1.

(14) Comp. à propos de l'obligation de renseignement, obs. J. Mestre, RTD Civ. 1986, p. 339 et s. n° 1, spéc. p. 341.

On voit ce qui sépare cette définition de la précédente ; ce qui est défini, ce ne sont pas les opérations sur lesquelles porte le démarchage, c'est l'opération de démarchage elle-même (l'alinéa I comportant quant à lui l'énumération des opérations visées).

Cette "vraie" définition n'est heureusement pas la seule. Les lois commerciales en proposent de diverses espèces.

#### A. La découverte des espèces.

Outre les types principaux (1°), on rencontre des types combinés (2°) et des types intermédiaires (3°).

##### 1° Types principaux.

11. Comme toutes les lois de droit privé, les lois commerciales sont un réservoir de définitions conceptuelles (par exemple celle du commissionnaire, art. 94 du Code de commerce ; de la lettre de voiture, art. 101 du Code de commerce ; du bien d'occasion, loi du 25 juin 1841, art. 1), et de définitions terminologiques.

12. On doit relever la grande variété d'utilisation de ces dernières qui concernent des notions aussi différentes que par exemple l'unité de mesure (art. 1 à 6 du décret n° 61-501 du 3 mai 1961), du poids, de la tare et du tonneau de mer (tableau annexe de la loi du 13 juin 1866 sur les usages commerciaux) mais aussi de la définition de la filiale pour laquelle on se serait attendu à une conceptualisation, et qui est simplement donnée par l'article 354 de la loi du 24 juillet 1966 comme une définition du terme "filiale", donné par le titre de la Section II du Chapitre VI de la loi ("Filiales et participation") et dont la portée est d'ailleurs strictement limitée à la Section concernée (la société est considérée comme filiale "pour l'application de la présente section"). Le type de définition choisi correspond assez bien, en l'occurrence, à l'objectif du texte, objectif limité puisqu'il est loin de constituer un véritable droit des groupes de sociétés et qu'il définit uniquement la filiale par le critère arithmétique du pourcentage de capital détenu par une autre société, alors que d'autres critères étaient possibles.

Mais le plus remarquable est que les lois commerciales ne se contentent pas d'utiliser les types principaux de définitions à l'état pur, et échafaudent de multiples combinaisons.

##### 2° Types combinés.

Une fausse définition se combine souvent avec une vraie (a) ou une définition terminologique avec une définition réelle (b).

##### a) Combinaison d'une fausse définition avec une vraie.

13. C'est ainsi que la définition conceptuelle de la Bourse de commerce (art. 71 du Code de commerce : "la bourse de commerce est la réunion qui a lieu, sous l'autorité du Gouvernement, des commerçants, capitaines de navires, agents de change et courtiers") se combine avec une définition par énonciation de l'objet sur lequel porte l'opération (art. 72 : "Le résultat des négociations et des transactions qui s'opèrent dans la bourse détermine le cours du change des marchandises, des assurances, du frêt ou nolis, du prix des transports par terre ou par eau, des effets publics et autres dont le cours est susceptible d'être coté").

14. C'est ainsi également que la définition par énumération est volontiers complétée par un élément ou un critère de définition conceptuelle, par exemple "l'abus de puissance économique" et "l'avantage excessif" dans l'énumération (limitative) des clauses susceptibles d'être considérées comme abusives (art. 35, loi n° 78-23 du 10 janvier 1978). Dans le même ordre d'idées, si l'article 77 du Code de commerce énumère les différents courtiers, l'article 74 donne un élément de définition conceptuelle, en indiquant que ce sont des "agents intermédiaires pour les actes de commerce".

En un sens, ces combinaisons sont rassurantes ; conscient de l'imperfection des fausses définitions, le législateur a tenu à les compléter par des types de définitions plus "purs".

Mais le législateur ne s'arrête pas là ; il combine aussi les "types purs" entre eux.

##### b) Combinaison d'une définition terminologique et d'une définition conceptuelle.

15. La définition du warrant (ordonnance du 6 août 1945, art. 21) est caractéristique.

"A chaque récépissé de marchandise est annexé sous la dénomination de warrant, un bulletin de gage contenant les mêmes mentions que le récépissé". C'est à la fois une "définition de mot" (sous la dénomination de) et une définition de chose (un bulletin de gage).

Le droit commercial permet donc de vérifier l'opinion selon laquelle "loin d'être exclusifs l'un de l'autre, les deux types principaux pourraient avoir, dans un même système juridique, des emplois complémentaires (15).

16. Leur combinaison peut notamment correspondre au passage d'un terme usuel, au sens juridique précis qui lui est donné dans le cadre d'une réglementation spécifique. Ainsi, l'article 1 de la loi du 5 novembre 1953 dispose : "Sont interdites les ventes pratiquées par le procédé dit "de la boule de neige" ou tous autres procédés analogues consistant en particulier à offrir des marchandises au public en lui faisant espérer l'obtention de ces marchandises à titre gratuit ou contre remise d'une somme inférieure à leur valeur réelle en subordonnant les ventes au placement de bons ou de tickets à des tiers ou à la collecte d'adhésions ou inscriptions".

Ces types combinés de définitions, à la fois terminologiques et conceptuelles, se rapprochent beaucoup des types "intermédiaires", dont le législateur commercial est également friand.

##### 3° Types intermédiaires.

17. Il s'agit cette fois de définitions qui se donnent formellement l'apparence de simples définitions de mots, limitées au contexte d'une loi, mais, sous cette apparence se cachent de véritables définitions conceptuelles.

Ces types intermédiaires, définitions conceptuelles inavouées, sont très significatifs des réticences qu'éprouve le législateur commercial dans le maniement des définitions ; celles-ci ne sont pas excessivement abondantes, les types "purs" s'y retrouvent peu, et, parmi ceux-ci, les définitions conceptuelles données comme telles sont rares.

(15) Cornu, "Les définitions dans la loi" Mém. Vincent, p. 90, n° 31.

18. On trouve un bon exemple de ces types intermédiaires dans la définition des soldes, liquidations et ventes au déballage (art. 1 à 4, décret n° 62-1463 du 26 novembre 1962 pris pour l'application de la loi du 30 décembre 1906) dont nous extrayons la définition des soldes (art. 2).

"Sont considérées comme solde, au sens de la loi du 30 décembre 1906 les ventes présentant un caractère réellement ou apparemment occasionnel, accompagnées ou précédées de publicité, et annoncées comme tendant à l'écoulement accéléré de tout ou partie d'un stock de marchandises".

Il faut d'ailleurs noter que l'alinéa suivant du texte ajoute une définition négative en énumérant les ventes qui "ne tombent pas sous le coup des dispositions de la loi".

Une technique analogue est utilisée pour définir les ventes directes au consommateur (décret n° 74-429 du 15 mai 1974, art. 1, pour l'application de la loi Royer).

C'est donc à une typologie très diversifiée des définitions que les lois commerciales ont recours. Une diversité comparable se retrouve dans la présentation formelle des définitions.

## II. PRESENTATION FORMELLE DES DEFINITIONS.

La présentation formelle des définitions est par elle-même riche d'enseignements, qu'il s'agisse de la place des définitions dans l'économie des textes (A) ou de leur formulation (B).

### A. Place des définitions dans l'économie des textes.

19. Une constatation s'impose très nettement : nombre de définitions légales sont aussi des définitions du domaine de la loi.

Cette méthode est particulièrement utilisée par les textes visant à la protection du consommateur, qu'il s'agisse de la réglementation des ventes avec primes (16), du crédit en matière mobilière (17), de la vente à domicile (18), des ventes directes au consommateur (19) ou des clauses abusives (20).

20. On peut imputer ce phénomène à la nature propre du droit de la consommation, droit nouveau aspirant à déclarer son autonomie, et, comme tel, désireux de tracer ses frontières, de délimiter son champ d'action, en somme de se définir.

Mais une explication plus générale peut également être recherchée dans l'attitude de la loi commerciale, moins soucieuse d'une certaine cohérence d'ensemble que de se doter d'instruments fonctionnels au coup par coup, selon ses besoins d'intervention. La formulation des définitions en témoigne également.

### B. Formulation des définitions.

La formulation des définitions commerciales est significative, dans les mots (1<sup>o</sup>) comme dans le style (2<sup>o</sup>).

(16) Loi du 20 mars 1951, art. B.

(17) Loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, art. 1 et 2.

(18) Loi du 22 décembre 1972, art. 1.

(19) Décret n° 74-429 du 15 mai 1974, art. 1.

(20) Loi n° 78-23 du 10 janvier 1978, art. 35 al. 2 et 3.

### 1<sup>o</sup> Les mots.

21. Il convient de relever certaines expressions caractéristiques.

- "Au sens de" (la présente loi) ou "visé par", que l'on rencontre très fréquemment (21) n'annonce pas nécessairement une définition terminologique, comme dans les systèmes anglo-saxons, mais annonce souvent une fautive définition, ou une définition indirecte, et toujours une définition du domaine de la loi.

- "Est réputé" reçoit diverses utilisations. Tantôt, c'est l'équivalent de "est considéré par", et il est alors combiné avec "au sens de la présente loi" ou le sous-entend (22). Tantôt, et c'est la formule la plus connue (mais pas la plus fréquente), au lieu de "est réputé au sens de la présente loi", une disposition énonce que la loi "répute" (ainsi les articles 632 et 633 du Code de commerce énumèrent les actes réputés actes de commerce par la loi). Le texte attribue une nature juridique à un acte ou une série d'actes, définit une catégorie juridique générique.

Il est significatif que ce soit "la loi qui répute", et non la "présente loi". En revanche, la formule n'annonce pas nécessairement une présomption légale simple ou irréfragable. En tout cas, l'exemple (célèbre) de l'article 632 montre que la situation peut être plus complexe, puisque cette disposition n'énonce qu'un seul acte qu'elle considère comme acte de commerce "entre toutes personnes", la lettre de change, tandis que la "présomption de commercialité" dégagée par la jurisprudence et qui considère tous les actes du commerçant comme faits pour les besoins de son exploitation jusqu'à preuve du contraire, a débordé l'énumération de l'article 632 (23).

- "En vue de". On se bornera pour l'instant à signaler cette expression que l'on rencontre par exemple à propos du démarchage (24), du G.I.E. (25) ou du magasin collectif de commerçants indépendants (26). Dans la mesure où elle correspond à l'énoncé du but, de la finalité d'une opération ou d'une institution, elle répond à une utilisation importante de la définition en droit commercial, nous le verrons tout à l'heure (27).

- "Par" ou "par lequel" désigne fréquemment le contrat, et, d'une manière plus générale, l'acte juridique : par exemple dans la définition du crédit-bail (28), de l'endossement, de l'aval ou de l'acceptation de la lettre de change (29) ; tandis que "il y a" désigne de façon beaucoup plus large et plus vague une situation juridique : par exemple, la constitution de la provision d'une lettre de change (art. 116, al. 2 Code de commerce).

(21) Exemples : ventes avec primes, loi du 20 mars 1951 préc. ; ventes directes au consommateur ("au sens de l'article 39 de la loi du 27 déc. 1973" auquel renvoie le décret) ; démarchages financiers (loi du 28 décembre 1966, art. 9 avant-dernier alinéa) et démarchage en général (loi du 22 déc. 1972, art. 2 "Les opérations visées dans l'article 1er...") ; crédit-bail (loi n° 66-455 du 2 juil. 1966, art. 1, "Les opérations de crédit-bail visées par la présente loi sont...")...

(22) Décret du 26 nov. 1962, art. 1 "Sont réputées faites sous forme de soldes, liquidations, ventes forcées ou déballage, au sens de la loi du 30 déc. 1966...".

(23) Voir par exemple sur cette question classique : Calais Auloy "Grandeur et décadence de l'article 632 du Code de commerce", Mél. Cabrillac, 37 et s.

(24) Loi du 8 juil. 1963, art. 30 sur les bourses de commerce et loi n° 72-6 du 3 janv. 1972 sur le démarchage financier, art. 2.

(25) Ordonnance n° 67-821 du 23 sept. 1967, art. 1.

(26) Loi n° 72-651 du 11 juil. 1972, art. 1.

(27) Cf. infra n° 33 s.

(28) Loi du 2 juil. 1966, art. 1.

Les lois commerciales ne se bornent pas à une utilisation significative de certains mots ; il y a aussi un "style" des définitions commerciales.

### 2° Le style.

22. Les lois commerciales répugnent à ce qu'on pourrait appeler le "style lexicographique" consistant en l'énoncé du terme à définir, suivi des termes de la définition. Elle pratique volontiers la définition "par inversion" ou "par contraction".

a) Définition par inversion. La loi commerciale donne assez souvent la définition avant le mot (exemple article 74 du Code de commerce : "la loi reconnaît, pour les actes de commerce, des agents intermédiaires, savoir : les agents de change et les courtiers"), ou même sans le mot (exemple de la définition de la vente à perte, dans l'article 1 de la loi de finances du 2 juillet 1963).

Le cas de la cessation des paiements dans la loi du 25 janvier 1985 est frappant puisque l'état de cessation des paiements est défini à l'article 3 avant que le mot ne soit employé à l'article 4. La réalité économique précède l'acte du législateur qui lui donne un nom.

b) Définition par contraction. C'est le cas de la définition de l'aval (article 130 du Code de commerce) et de l'endossement (article 117 du Code de commerce), c'est-à-dire de définitions qui, formellement, ne se présentent pas comme telles mais qui en comportent les éléments. Le Code ne nous dit pas que "l'aval" est un mode de garantie de paiement de la lettre de change mais que le "paiement d'une lettre de change peut être garanti pour tout ou partie de son montant par un aval". De même, il ne nous dit pas que "l'endossement est l'acte par lequel se réalise la transmission de la lettre de change", mais, "toute lettre de change, même non expressément tirée à ordre, est transmissible par la voie de l'endossement". On ne s'aviserait pas de ce que l'article 117 contient la définition de l'endossement si l'article 118 n'énonçait pas cette définition sous une forme différente en précisant la portée de l'effet translatif ("l'endossement transmet tous les droits résultant de la lettre de change").

On peut voir dans cet emploi d'un style indirect de définitions le reflet de la réticence des lois commerciales envers les types "purs" de définitions, particulièrement de définitions conceptuelles ; mais aussi dans le cas de la définition par contraction une perspective "utilitariste" qui privilégie l'énoncé de l'objectif poursuivi par l'institution (la garantie ou le transfert de l'effet de commerce). C'est donc une indication sur la fonction des définitions.

### III. FONCTIONS DES DEFINITIONS.

A quoi sert de définir, dans les lois commerciales ? La question, en réalité, se dédouble. Pourquoi les lois commerciales se servent-elles des définitions, quelle est l'attitude des lois commerciales face aux définitions (A) ? Mais aussi, comment la loi commerciale manie-t-elle l'art des définitions, quelle est l'aptitude de la loi commerciale aux définitions (B) ?

#### A. Attitude des lois commerciales face aux définitions.

Que font les lois commerciales des définitions et que n'en font-elles pas ? Il est au moins aussi intéressant de s'interroger sur les causes du non usage des définitions (1°) ou les motifs de leur faux usage (2°) que sur les mobiles du bon usage (3°).

### 1° Du non usage.

23. La raison de l'absence de définition apparaît souvent contingente. Par exemple, la loi du 24 juillet 1966 ne donne pas de définition de la société car cette définition figure dans le Code civil, où elle vient d'être modifiée pour tenir compte de l'introduction, en droit français de l'E.U.R.L. (30) ; en revanche la loi de 1966 contient des définitions du caractère commercial de la société (31), et des diverses formes particulières de sociétés commerciales (32).

24. Outre un souci d'économie législative, l'absence de définition peut se justifier par son inutilité au moins apparente. L'action, en général, n'est pas définie contrairement à des formes particulières d'actions et de valeurs mobilières (33) et à l'obligation (34). On a pu considérer que, sauf à préciser certaines formes spéciales, l'action était incluse dans la définition, plus large, des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions, dont elle constitue le type le mieux connu. L'absence de définition serait à rapprocher de l'"understatement" en tant que convention de langage ; le texte a été rédigé en fonction de ses utilisateurs potentiels, c'est-à-dire des personnes suffisamment familiarisées avec la vie des affaires pour savoir ce qu'est une action. L'absence de définition peut donc être le révélateur d'une définition acquise implicite (35).

Si l'absence de définition correspond alors à un sous-entendu, il s'agit d'un simple sous-entendu "par renvoi" et on peut se demander si de tels sous-entendus sont fréquents en droit commercial. Une première opinion serait que, dans les droits spéciaux, bien des concepts n'ont pas à être définis car il existe un stock commun de définitions que l'on trouve notamment en droit civil, lequel comporte un bon nombre de "définitions de genre" ; les droits spéciaux auraient davantage besoin de "définitions d'espèces" (36).

Cette explication est certainement juste mais ne cerne pas complètement le phénomène. Car encore faudrait-il rendre compte du processus par lequel le droit commercial adapte les concepts du droit civil à ses besoins, et renvoie au droit civil un écho qui suscite à son tour les réflexions des civilistes (37) ; le droit civil se "commercialise" autant que le droit commercial se "civilise" (38).

(30) Art. 1832 C.Civ., mod. par la loi n° 85-697 du 11 juil. 1985 (qui modifie aussi l'art. 34 de la loi du 24 juil. 1966 sur la SARL).

(31) Loi du 24 juil. 1966, art. 1.

(32) Exemples : loi du 24 juil. 1966, art. 34 (SARL), 73 (SA), 251 (commandite par actions).

(33) Loi du 24 juil. 1966, art. 267 et s.

(34) Loi du 24 juil. 1966, art. 284.

(35) Encore la définition de la valeur mobilière n'est-elle en réalité qu'une fausse définition par énumération (loi du 24 juil. 1966, art. 263).

(36) Ce qui renvoie à la classique question des rapports du "droit commun" et des "droits spéciaux". V. sur ce point, Cassin, "Lois spéciales et droit commun", D 1961, Chr. 91.

(37) Rappr. les significatives "Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété" de M. le Professeur Chestin à l'occasion de la loi dite "Bubanchet" du 12 mai 1980, D 1981, Chr. 1.

(38) Sur les rapports du droit civil et du droit commercial v. Marty, "La distinction du droit civil et du droit commercial dans la législation contemporaine", RDT Com. 1981, 681 - Ripert et Roblot II, n° 11 et la bibliographie citée mais surtout les pages lumineuses de Ripert : Préface au traité élémentaire de droit commercial, 1947 et "La commercialisation du droit civil français", Méf. Mautovic, 1934.

25. Au demeurant, le sous-entendu "par renvoi" n'est pas le seul utilisé dans les lois commerciales, ni même sans doute le plus significatif. Existe aussi, le sous-entendu révélateur d'une intention du législateur celui qui invite à lire un texte "entre les lignes".

Il arrive en effet que l'absence de définition traduise un parti pris législatif. Par exemple, le Code ne propose pas une véritable définition directe de la lettre de change, du chèque ou du billet à ordre, mais seulement une énumération formelle du contenu du titre, accompagnée d'une définition négative, précisant que "les titres qui ne comportent pas les mentions obligatoires" ne sont pas des lettres de change, des chèques ou des billets à ordre (39). A peu près la même méthode a été utilisée à propos du bordereau Dailly, défini à la fois par l'objet de l'opération et le contenu du titre (40). Le procédé n'est-il pas révélateur de l'importance attachée à la régularité formelle du titre, elle-même corollaire de l'indépendance du titre, au moins en matière d'effets de commerce ?

Avec l'exemple des effets de commerce, on rencontre déjà des éléments de définitions incomplètes et indirectes, donc un "faux usage" des définitions.

#### 2° Du faux usage.

26. Là encore, certains "faux usages" ont des raisons contingentes, d'autres sont davantage révélateurs.

La définition par énumération et la définition négative sont souvent incluses dans l'énoncé du domaine d'un texte. C'est peut-être là un contre-coup de la décodification du droit commercial, qui est de plus en plus une juxtaposition de textes spéciaux (41).

27. La définition par le synonyme est déjà plus significative, car on y retrouve le procédé du sous-entendu.

Il peut y avoir un sous-entendu par renvoi, et c'est par exemple la référence implicite au sens commun des mots. Ainsi quand le texte législatif parle de publicité "ou" propagande, renvoie-t-il au sens de la propagande dans le langage courant, en même temps qu'il contient peut-être une définition par le but (la publicité serait ce qui vise à réaliser une propagande) (42).

Il peut aussi y avoir un sous-entendu par allusion à l'intention du législateur, ainsi quand le texte parle du "non-professionnel ou consommateur", ce qui est à la fois une définition du domaine du texte et une indication sommaire sur l'esprit du texte protecteur d'une catégorie considérée comme en position de faiblesse face à la catégorie antagoniste des "professionnels".

On laisse d'ailleurs de côté la question de l'équivalence entre les synonymes (le consommateur correspond-il au non-professionnel ?) ; de la définition du synonyme (le non-professionnel est-il celui qui agit en dehors des besoins de sa profession pour des besoins personnels ou familiaux, par exemple le quidam qui fait ses emplettes au supermarché ? ou celui

(39) Articles 110 et 111, 183 et 184 du Code de commerce ; décret-loi du 30 oct. 1935, art. 1 et 2.

(40) Loi du 2 janv. 1981, n° 81-1, art. 1, mod. par la loi bancaire du 24 janv. 1984.

(41) V. Oppetit. "La décodification du droit commercial", Mél. Rodière, 197 et s.

(42) Loi n° 66-1010 du 28 déc. 1966, art. 10.

qui agit, même pour ses besoins professionnels, mais en dehors de sa spécialité, par exemple le débitant de boissons qui achète à une entreprise spécialisée un extincteur pour son bar ?). On laisse même de côté la question de savoir si l'indication sur l'esprit du texte n'est pas une fausse piste, ou une indication partielle (par exemple, en opposant le professionnel et le non-professionnel, le législateur semble laisser entendre que l'infériorité protégée est une infériorité du "savoir" de la compétence technique : le professionnel est "celui qui sait ou qui est censé savoir". Mais en parlant plus loin d'abus de puissance économique et d'avantage excessif, le texte vise cette fois une infériorité du "pouvoir", et c'est celle-ci qui est décisive (43).

28. L'indication implicite de la finalité du texte est sans doute plus complète et moins ambiguë dans les définitions consistant en une indication de l'objet sur lequel porte une opération juridique. Par exemple, lorsque le législateur ne définit pas la publicité mais indique les opérations commerciales à propos desquelles la publicité est réglementée, il révèle assez la destination première des dispositions concernant la publicité mensongère. L'indication des opérations réglementées concerne au premier chef les professionnels de ce secteur ; la définition de la publicité intéresserait davantage ses destinataires c'est-à-dire les consommateurs. Le droit de la publicité mensongère vise en premier lieu un assainissement des pratiques commerciales, c'est du droit de la concurrence avant d'être du droit de la consommation (44).

Face au non-usage ou au faux-usage, le bon usage apparaît un peu comme l'usage résiduel. Impression qu'il convient toutefois de corriger.

#### 3° Du bon usage.

29. Il est, paradoxalement, à la fois relativement rare et d'une surprenante richesse. En réalité, c'est le "panachage" entre divers usages des définitions qui s'impose comme une constante dans les lois commerciales. Le législateur commercial, pragmatique, refuse de se laisser enfermer dans un ou deux schémas préétablis. Le bon usage fait bon ménage avec le faux-usage ou le non-usage. Le style même de la définition est aussi varié que significatif. Ainsi la définition inversée, qui donne le sens avant le mot sera-t-elle révélatrice d'un mode de maniement des catégories juridiques. La définition inversée est alors la définition d'une catégorie générique à l'intérieur de laquelle cohabitent des sous-catégories : les agents de change et les courtiers sont des sous-catégories des intermédiaires de commerce (45).

La constatation de cette diversité de l'usage des définitions augure bien de l'aptitude de la loi commerciale aux définitions.

#### B. Aptitude de la loi commerciale aux définitions.

Le test d'aptitude de la loi commerciale aux définitions serait assez décevant si l'on s'en tenait au seul choix entre définition conceptuelle et définition terminologique (1°), car le droit commercial s'oriente vers une voie intermédiaire, celle de la définition téléologique (2°).

(43) Loi n° 78-23 du 10 janv. 1978, art. 35 et sur la définition du consommateur v. partic. Pizzio, "L'introduction de la notion de consommateur en droit français", D 1982, Chr 92 et s.

(44) Comp. les critères de délimitation du droit de la concurrence proposés par M. Azéma, "Droit français de la concurrence", Thémis n° 6-7.

(45) Sur les catégories juridiques v. spéc. J.-L. Bergel, "Différence de nature = différence de régime", RTD Civ. 1984, 255 et s.

### 1° Définition conceptuelle ou définition terminologique ?

Force est de constater, de la part du droit commercial, une relative défiance à l'égard de la définition conceptuelle pure et se donnant pour telle. On peut s'interroger sur les motifs de cette réticence.

30. Les commercialistes éprouveraient-ils le sentiment que la définition conceptuelle pose plus de problèmes qu'elle n'en résoud ?

Une telle constatation est quelquefois fondée. C'est ainsi que la définition et la réglementation des clauses d'exclusivité, contenue dans l'article 1er de la loi du 14 octobre 1943 :

"Est limitée à dix ans la durée maxima de validité de toute clause d'exclusivité par laquelle l'acheteur, cessionnaire ou locataire de biens meubles, s'engage vis-à-vis de son vendeur, cédant ou bailleur, à ne pas faire usage d'objets semblables ou complémentaires en provenance d'un autre fournisseur",

visait à l'origine à se substituer à une jurisprudence, pas assez protectrice des débiteurs, qui raisonnait simplement par analogie avec les clauses de non-concurrence. Ce qui n'a pas empêché une nombreuse jurisprudence d'intervenir à son tour pour interpréter ce texte à la lumière des questions que la pratique découvrait (domaine d'application limitatif ou général du texte, réduction de l'engagement à la durée maxima ou nullité...) (46).

Plus significatif encore est l'exemple de la définition de la cessation des paiements comme l'impossibilité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible, empruntée par la loi du 25 janvier 1985 à la jurisprudence antérieure (47).

L'apparente consécration d'un acquis commence déjà à révéler ses lacunes. Au lendemain de la parution du texte, des commentateurs se sont demandés si les solutions antérieures qui, à côté de la définition principale, continuaient à accueillir dans certains cas (jurisprudence criminelle ; responsabilité du banquier ayant soutenu artificiellement le crédit d'un débiteur en cessation de paiements), la notion de "situation irrémédiablement compromise", avaient encore droit de cité (48). Et voici que la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, pour décider qu'il convient d'ouvrir une liquidation judiciaire relève dans plusieurs arrêts récents, l'"impossibilité absolue de faire face au passif exigible" inaugurant semble-t-il une nuance nouvelle par rapport à la cessation des paiements "pure et simple" (49). L'oeuvre des définisseurs est un perpétuel recommencement....

31. Une autre explication trouverait, dans cette méfiance envers le conceptuel, une sorte d'abdication d'une fonction du législateur, qui est de fournir le Droit en concepts, une réticence à l'égard de la valeur générale et abstraite de la loi. Le droit commercial ne serait-il pas un droit de l'action, plutôt qu'un droit de la connaissance ?

(46) Sur cette jurisprudence v. la synthèse d'Azéma, "Droit français de la concurrence", n° 251 et s.

(47) Loi du 25 janvier 1985, art. 3. Sur l'ancienne jurisprudence v. Ripert et Roblot, II, n° 2872, et la bibliographie citée.

(48) V. p. ex. Crim. 20 nov. 1978, D 1979, 525, note Derida et Culioli, et Derida, Godé, Sortais, "Redressement et liquidation judiciaires des entreprises" n° 33.

(49) V. not. Aix Bème Ch. 21 mars 1986, inédits, n° 225 et 226, Procureur de la République c/Mme Paoli et Me Astier, et, Procureur de la République c/SARL Sté Commerciale et industrielle du Midi et Me Belot ; 18 avril 1986 inédit n° 284, Procureur de la République c/SA Marseillaise d'Affrètement et de Transport Maritimes et Me Belot ; 13 mai 1986, inédit n° 371, Procureur de la République c/De Angelis et Me Astier.

32. Toutefois, une vue moins pessimiste serait plus juste. On peut faire une place à l'idée selon laquelle la pratique et les usages ont en droit commercial un rôle plus important qu'ailleurs, de sorte que la loi pourrait se passer d'un certain nombre de définitions, déjà acquises par un "consensus des marchands" (50).

Il serait d'ailleurs excessif de dénier au droit commercial tout pouvoir conceptuel, en matière de contrats notamment. Il y a peu de définitions de contrats dans le Code de commerce alors que c'est la vie des affaires qui est génératrice du plus grand nombre de types contractuels nouveaux. Mais il faut tenir compte d'une évolution historique. A l'origine, de nombreux contrats commerciaux pouvaient encore apparaître comme des "petits contrats", variations commercialistes sur les grands types contractuels du droit civil (51). Avec le développement de contrats commerciaux originaux, les définitions conceptuelles commencent à apparaître dans la loi, par exemple à propos du crédit-bail (52).

L'effort de conceptualisation a tout de même un temps de retard sur la pratique (que l'on songe aux développements jurisprudentiels modernes sur l'affacturage ou du franchisage en l'absence ou au delà des textes (53), et, aussitôt fait, il est aussitôt dépassé ; le corpus de solutions judiciaires relatives au crédit-bail est sans commune mesure avec les brèves dispositions textuelles qui le concernent (54).

La loi commerciale n'adopte donc pas un rythme conceptuel rapide et a préféré s'orienter vers une autre voie, en choisissant de préférence la technique de la solution téléologique.

### 2° Vers la définition téléologique.

33. Le droit commercial résoud fréquemment l'alternative : définition conceptuelle-définition terminologique, en ayant recours à la définition téléologique, définition par le but, définition d'une fonction plutôt que d'une notion.

(50) V. l'abondante littérature consacrée aux usages commerciaux, et not. Boucourechliev "Usages commerciaux, usages professionnels ; élaboration et formulation", un "Dix ans de droit de l'entreprise", 19 et s., ou les études plus anciennes d'Escarra ("Valeur de l'usage en droit commercial", Annales de droit commercial, 1910, p. 97) ou de Tanaka ("Fonction de la coutume en droit commercial", Méf. Gény, II, 247 et s.)...

(51) V. le mot-choc de Ripert, "il n'y a pas de contrats commerciaux", in Traité élémentaire de droit commercial, II, n° 2483.

(52) Loi n° 66-455 du 2 juillet 1966.

(53) Sur l'affacturage v. Gavalda et Staufflet, JCP 1966, I, 2044 ; Kharroubi "Le contrat d'affacturage et les procédures collectives", Les Petites Affiches n° 18, 8 fév. 1985, p. II ; Ripert et Roblot ; Traité élémentaire de Droit commercial, II, n° 2400 et s. Sur le franchisage, comp., définition de l'arrêté du 3 janvier 1974, et Paris, 28 avril 1978, Cah. Dr. Entreprise 1980 n° 5 reprenant la définition de la Fédération Française de Franchisage, adde Azéma, Droit français de la concurrence ; Mousseron et autres, Droit de la distribution n° 348 et s. ; Guyenot "La franchise commerciale" RTDC Com 1973, 161 et s. ainsi que les bibliographies citées.

(54) Sur le crédit-bail, v. entre autres, E.M. Bey et Gavalda, "Le crédit-bail mobilier" Ripert et Roblot, II, n° 2422 et s. et la bibliographie citée. La jurisprudence en matière de crédit-bail fournit d'ailleurs un ex. d'application "commercialiste" des notions du droit civil, en particulier la notion de cause ; v. spéc., sur la question de savoir si la résolution de la vente entraîne ou non la résolution ou la nullité du crédit-bail pour absence ou disparition de la cause, obs. P. Remy, RTD Civ. 1983, 153, sous Civ. 3 mars 1982, et RTD Civ. 1983, 758, sous Com 10 mai 1982.



On peut accorder à la définition téléologique une portée plus ou moins grande. L'impression première est que le droit commercial se serait porté à la rencontre du "troisième type" ; que la définition téléologique n'est ni une définition terminologique, ni une définition conceptuelle, mais signale l'apparition d'une espèce nouvelle, sans précédent.

34. En réalité, la présence de définitions fonctionnelles, dans le droit économique (55) et dans les diverses branches du droit privé (56), amène à corriger cette opinion initiale : la définition terminologique comme la définition conceptuelle peut connaître une variante téléologique.

L'importance quantitative considérable de la définition téléologique, en droit des affaires, n'en est pas moins le signe d'une évolution qualitative. Il s'agit moins d'une espèce nouvelle que d'un mutant, mais c'est peut-être la pointe (actuelle) de l'évolution des espèces.

Le phénomène est particulièrement net lorsque la définition téléologique apparaît comme un avatar de la définition conceptuelle : loin d'être inapte au conceptuel, le droit commercial l'a adapté en en faisant du fonctionnel.

35. Les signes de cette valeur excellent du fonctionnel ne manquent pas.

- Le fonctionnel est le bon usage des définitions dans les lois commerciales, car il peut servir à tous les usages.

Que l'on se penche, par exemple, sur la définition des Chambres de commerce et d'industrie (loi du 9 avril 1898, art. 1er). Bien qu'il s'agisse de définir une institution, c'est le critère fonctionnel qui l'emporte sur la conception purement organique. La définition fonctionnelle ("Les chambres de commerce sont auprès des pouvoirs publics les organes des intérêts commerciaux et industriels de leur circonscription") précède, dans l'ordre de la phrase, l'énoncé du critère organique ("elles sont des établissements publics").

- L'importance du fonctionnel se manifeste à l'intérieur même du conceptuel.

C'est ainsi que la définition déjà évoquée (57) du Groupement d'Intérêt Economique, est bien la définition d'une notion. Mais la fonction, signalée par la formule "en vue de mettre en oeuvre tous les moyens propres à...", est inséparable de la notion, qu'elle contient toute entière.

Quant à la définition, récemment retouchée (58) des ententes et abus de position dominante, exemple même d'élaboration de concepts, d'ailleurs féconde puisqu'elle a inspiré le droit européen (59), elle est aussi la définition fonctionnelle par excellence, puisqu'elle sert à caractériser les comportements "ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet" d'entraver la concurrence.

(55) V. l'article de M. J.Y. Cherot.

(56) V. l'article de M. J.L. Bergel.

(57) Cf. supra, n° 21.

(58) V. la "loi portant amélioration de la concurrence" du 30 décembre 1985, art. 2, complétant l'art. 51 de l'ordonnance du 30 juin 1945 sur les ententes et positions dominantes, et l'art. 6 mod. art. 4 de la loi du 19 juillet 1977 sur les concentrations.

(59) Art. 85 et 86 du Traité de Rome. Il est d'ailleurs remarquable que le droit européen de la concurrence influence par contrecoup le droit français. Ainsi la notion de "part équitable du profit" réservée au consommateur, qui permet de justifier des comportements "a priori" anticoncurrentiels se retrouve dans la dernière loi française sur la concurrence (art. 2 mod.

- Le fonctionnel atteint son meilleur usage lorsqu'il se combine, selon un de ces "panachages" dont les lois commerciales sont friandes, avec d'autres modes de caractérisation d'un concept. C'est pourquoi l'on voudrait terminer cette étude sur un exemple parfait de "télescope" des techniques de définition.

Il s'agit de la définition du magasin collectif de commerçants indépendants (loi n° 72-65 du 11 juillet 1972, art. 1er).

"Les dispositions de la présente loi s'appliquent aux personnes physiques ou morales, réunies dans une même enceinte, sous une même dénomination, pour exploiter, selon des règles communes, leur fonds de commerce ou leur entreprise immatriculée au répertoire des métiers sans en aliéner la propriété, créant ainsi un magasin collectif de commerçants indépendants".

On y trouve tout à la fois, une définition dans la loi, une définition du domaine de la loi ("les dispositions... s'appliquent), une définition inversée (la définition est donnée avant le mot qui la termine : "créant ainsi...") et une définition du but poursuivi ("pour exploiter"). La fonction est au coeur de la définition.

(\*) La présente étude était déjà sous presse au moment où est paru l'article de Claude Nanterme et Gérard Ponceblanc, "L'opportunité d'avoir caractérisé légalement la notion de cessation des paiements : une opportunité qui n'est pas sans risques", Gazette du Palais 2-4 novembre 1986, doctrine p. 10