

LE COMPARATISME EN MATIERE COMMERCIALE AU XIX^e SIECLE *

En 1969 le centenaire de la Société de législation comparée suscitait quelques réflexions historiques. La création de la Société était perçue comme « la première cristallisation du comparatisme juridique » auquel s'étaient opposées jusque-là, comme par instinct, aussi bien l'École historique allemande que celle de l'Exégèse en France. Sans doute d'autres formes, scientifique et littéraire, en avaient préparé l'avènement ; mais en 1869 les statuts de la Société en marquaient encore nettement les limites : « l'étude des législations étrangères et la recherche des moyens susceptibles d'améliorer la législation ». Ainsi n'envisageait-on qu'un travail d'information rigoureuse et méthodique sur les sources étrangères dans la mesure où cette connaissance pouvait engendrer des perfectionnements de la législation française.

Or, en 1900, au Congrès de droit comparé, Saleilles marquait le chemin parcouru. On n'en était plus à créer des moyens de travail par des publications de lois étrangères et, de ce travail de pionnier, était née une science nouvelle : « ...non plus la méthode comparative ou la méthode du droit comparé, mais la science du droit comparé au sens juridique du mot » ; et à cette science autonome le but que donnaient les congressistes était de « dégager de l'ensemble des institutions particulières un fonds commun ou tout au moins des points de rapprochement susceptibles de faire apparaître, sous la diversité apparente des formes, l'identité foncière de la vie juridique universelle ». Dès lors on passait de l'étude de la « législation étrangère » à celle des « systèmes juridiques » (1).

Assurément la naissance de la Société à la veille du conflit de 1870, au moment où une partie de la doctrine commençait à se libérer de l'Exégèse et passait de l'enseignement du Code civil à celui

* Cette étude a été menée dans le cadre du Centre d'étude d'histoire juridique (Université Paris II - Archives de France) associé au C.N.R.S., U.R.A. n° 955.

(1) M. ANCEL, « Cent ans de droit comparé en France », *Livre du Centenaire de la Société de législation comparée (1869-1969)*, pp. 7 et s.

du droit civil, a fait date et a été féconde en créant un lieu d'expression pour le comparatisme juridique. Cependant reléguer tout l'acquis antérieur au rang des simples curiosités dans la pure tradition des Lumières serait s'abandonner à une illusion réductrice et le XIX^e siècle dans son ensemble réclame un regard plus appuyé.

Il serait déjà singulier de rattacher trop directement l'étude des législations étrangères au début du XIX^e siècle au mouvement général de la pensée qui poussait à comparer les langues ou les littératures. En matière juridique le comparatisme, même si la méthode en était encore mal définie, était depuis longtemps d'une pratique très courante : les auteurs coutumiers se livraient au travail de comparaison entre les textes pour en repérer les lignes de force ; depuis la fin du XVI^e siècle ils faisaient des « conférences de coutumes » selon une terminologie au demeurant très explicite. Ils dégageaient un « droit commun coutumier » de même qu'ils faisaient des conférences entre coutumes et droit romain. Comparer était une méthode facilement utilisée dans des domaines très divers et Dupont de Nemours y avait encore recours en 1789 pour analyser le contenu des cahiers de doléances des bailliages et sénéchaussées et présenter sous forme d'un *Tableau comparatif* ce que l'on pouvait regarder, selon lui, comme le programme des Etats généraux (2). En l'an X Bonaparte avait fait créer un Bureau de législation chargé de procéder à la traduction de lois étrangères en vue de la préparation d'un code civil. Dès lors la création en 1831 au Collège de France d'une chaire « d'histoire générale et philosophique des législations comparées » n'était peut-être pas une innovation si révolutionnaire.

En ce qui concerne particulièrement le droit commercial, il est vrai que l'enseignement dispensé dans les Ecoles de droit, enseignement dont Pardessus a été l'initiateur, a enfermé la plus grande partie de la doctrine dans une vision glorieuse mais singulièrement rétrécie à partir du Code considéré comme le grand monument législatif. Mais il y a eu aussi des juristes pour contester ce point de vue trop nationaliste du droit commercial et présenter une critique sévère réclamant une profonde révision de la codification. On a effectivement commencé à démanteler le Code dès la Monarchie de Juillet, avec la loi de 1838 qui a entièrement refondu le livre III sur la faillite. Le mouvement de rénovation du droit commercial s'est accéléré d'abord pour des raisons essentiellement économiques sous le Second Empire, avec une vive expansion industrielle, puis sous la III^e République où venait s'ajouter une pression sociale, en particulier celle du petit commerce. Il en est résulté, en réalité, une œuvre législative continue à partir du milieu du XIX^e siècle tandis

(2) DUPONT DE NEMOURS, *Tableau comparatif des demandes contenues dans les cahiers des trois ordres remis à m.m. les députés aux Etats généraux*, Paris, 1789. De ce tableau synoptique ressortent des tendances générales considérées comme le programme des Etats.

que, dès la loi de 1858 sur les warrants ou celle de 1865 sur le chèque, le législateur se faisait comparatiste et le manifestait ouvertement dans la manière d'exposer les motifs de ces textes. Ce n'était pas là, enfin, manifestations isolées de la réflexion en direction du droit comparé dues seulement à l'affaiblissement de l'Exégèse et le souci du comparatisme était bien antérieur. Durant toute la première moitié du siècle il y a eu en effet tout un foisonnement d'initiatives et d'écrits, de publications diverses concernant très largement le droit commercial et s'attachant aux droits étrangers surtout sous la seconde Restauration. Lorsque le comparatisme semblait gagner le législateur en 1858 c'était bien plutôt une consécration d'un mouvement plus ancien et cette date pourrait marquer la césure entre l'époque des pionniers, surtout depuis 1819, et celle des techniciens et du travail législatif.

*
**

On rappelle volontiers les publications, revues ou collections, qui sont nées ou se sont développées dans cette première moitié du XIX^e siècle et dans lesquelles la préoccupation comparatiste était immédiate ou très accusée. Ainsi est-il souvent fait allusion à la *Themis* ou *Bibliothèque du jurisconsulte* fondée en 1819, à la *Revue étrangère et française de législation et d'économie* fondée par Foelix en 1834, à la *Revue de législation et de jurisprudence* fondée par Wolowski en 1835, enfin à la *Revue historique de droit français et étranger* fondée en 1855. En matière commerciale spécialement, sont encore mentionnées la *Collection des lois civiles et commerciales des Etats modernes* publiée par V. Foucher à partir de 1833 et la *Concordance entre les codes de commerce étrangers et le code français* établie par A. de Saint-Joseph en 1844. Mais un siècle et demi plus tard les insuffisances apparentes de méthode ont un peu tendance à servir d'alibi pour une appréciation globale assez expéditive et posée une fois pour toutes. Or on trouve dans ces publications, à travers préfaces et introductions notamment, d'amples explications sur la conception du comparatisme et sur la méthode adoptée ; si l'on tente de faire la synthèse de ces notations éparses on découvre, sans doute en marge d'une certaine doctrine, une incontestable richesse de pensée dans cette double réflexion.

Sur le premier point, quant à la conception du comparatisme, la réflexion provoquée par le projet de codification, sur la nature du droit du commerce, avait déjà créé un terrain favorable. En effet si l'on avait finalement retenu la conception d'un droit d'exception à partir du droit civil, l'idée d'un droit commercial spécifique et de valeur universelle avait été avancée par les rédacteurs du projet, particulièrement Vital Roux. Ils affirmaient dans le Discours préliminaire que « les lois du commerce ont une influence plus universelle que les lois civiles... elles doivent être en harmonie avec les

grandes habitudes commerciales » (3). L'idée était également émise en 1804 par P.-B. Boucher qui en tirait ce « corollaire » : « lorsque l'on institue des lois particulières pour le commerce, il faut autant que possible les calquer sur les lois générales des nations » (4). Dans la présentation du projet de Code au corps législatif Regnaud de Saint-Jean d'Angély soulignait encore la valeur universelle que devait avoir ce Code. Sans doute s'agissait-il de la *consuetudo mercatorum* dans ce qu'elle avait de plus général et le terme *universel* voulait souligner ici le caractère international. Un auteur comme Boucher désignait en même temps sa référence dans l'organisation du commerce, laquelle était fournie par l'Angleterre.

Dans un discours prononcé à l'Ecole spéciale de commerce et d'industrie on affirmait qu'il « ne suffisait pas au négociant de connaître les lois de son pays, il devait encore ne pas ignorer celles des peuples avec lesquels son commerce lui ouvrira des relations ; sans cela ses intérêts seraient tous les jours compromis ». De plus « un négociant instruit... fera ressortir les imperfections qui ont échappé au législateur... et cet examen critique ouvrira la route des améliorations » (5). La critique du Code était menée depuis 1820 par des auteurs sans doute isolés mais concluant tous à la nécessité d'une réforme profonde et cherchant volontiers des références dans les droits étrangers. Horson, en particulier, s'appuyait en 1830 sur la révision du Code de commerce intervenue aux Pays-Bas, révision qui avait « eu pour effet de lever quelques équivoques et d'améliorer la législation commerciale » ; on pourrait y puiser « le jour où l'on comprendrait l'insuffisance et les imperfections de notre code actuel » (6).

Ces thèmes étaient présentés à la même époque, mais de manière beaucoup plus systématique, dans les revues qui s'orientaient vers le comparatisme. La *Thémis* dès 1819 se donnait pour buts de « faire connaître l'état actuel de la science du droit, seconder les progrès de cette science et contribuer au perfectionnement de la législation ». La première partie de chaque livraison devait être

(3) *Projet de Code de commerce présenté par la commission nommée par le gouvernement le 13 germinal an IX*, Paris, frimaire an X, pp. X-XIV.

(4) P. B. BOUCHER, *Les principes du droit civil proprement dit et du droit commercial comparés, ouvrage comprenant les principales controverses de la jurisprudence commerciale, à l'usage des Tribunaux de commerce, des négociants, des commissaires des relations commerciales et des personnes attachées à l'ordre judiciaire*, Paris, 1804, p. 16. « Lois particulières » s'entend ici des lois nationales.

(5) Discours prononcé à la troisième séance du conseil de perfectionnement de l'Ecole spéciale de commerce et d'industrie, sur l'utilité de l'étude du droit commercial (13 juillet 1827) par POUX-FRANKLIN, inspecteur des études et professeur de législation commerciale, pp. 10 et 15.

(6) HORSON, *Questions sur le Code de commerce*, 2^e éd., Paris, 1830, introduction pp. XXIX. Horson, ancien agréé auprès du tribunal de commerce de Paris, avait réuni dans ce volume une série d'articles écrits pour le *Journal du commerce* de 1824 à 1829.

consacrée à la législation et à l'histoire du droit. Trois orientations pour susciter le perfectionnement des lois en ressortaient dont la première et la plus générale était de développer la science du droit en recherchant tant le secours qu'elle pourrait emprunter aux autres sciences que l'influence que les divers systèmes philosophiques avaient exercée sur la législation. La seconde orientation, plus précise, était la comparaison des lois françaises à la fois avec le droit romain et avec les lois étrangères ; on précisait que la revue avait commencé à constituer un réseau de correspondants, juriconsultes étrangers, pour faire l'histoire des modifications apportées aux codes français dans les pays où ils avaient été introduits. Enfin le seul cadre géographique envisagé était l'Europe, héritage du siècle des Lumières et signe que sur ce plan-là l'aventure américaine n'avait pas encore attiré l'attention des juristes.

Ce mouvement de pensée s'est développé surtout à partir de 1833. La terminologie elle-même s'est précisée avec l'expression *législation comparée*, encore que toute équivoque ne soit pas levée immédiatement car on paraît hésiter entre singulier et pluriel. La référence aux législations comparées était sans doute plus exacte dans la mesure où elle visait les législations soumises à la comparaison. En revanche, le singulier que l'on adoptera définitivement après 1850 peut s'entendre aussi bien des principes législatifs dégagés au moyen du comparatisme. On y pensera effectivement plus tard.

La présentation la plus complète et la plus claire a certainement été faite dans la première livraison de la *Revue étrangère de législation et d'économie politique* en 1834. Pour les auteurs, il y a entre les peuples, dans le besoin de communiquer et de recueillir les leçons de l'expérience, une sorte de « pacte universel » que l'époque semble enregistrer. Les études législatives ont été particulièrement négligées en France ; un « pédantisme national » les a arrêtées aux limites d'un code comme si les productions étrangères étaient des « conceptions barbares ». Or ce genre d'étude, « par la méthode comparative », présente l'avantage de guider le législateur autant que les magistrats ou les avocats. Les pays étrangers ont d'ailleurs leurs journaux de jurisprudence destinés à faire connaître à la fois la législation nationale et les législations étrangères (7). L'Angleterre surtout est allée beaucoup plus loin puisqu'elle intègre déjà le recours au comparatisme dans les travaux préparatoires en matière législative et n'hésite pas à emprunter directement des dispositions

(7) *Revue étrangère de législation et d'économie politique*, n° 1, I. Du système et de l'objet du journal, p. 3 : « L'Allemagne, la Hollande, l'Angleterre et les Etats-Unis d'Amérique septentrionale ont leur journaux de jurisprudence, consacrés à recueillir et à faire connaître l'esprit et le mouvement des législations étrangères, soit exclusivement, soit cumulativement avec la législation nationale ».

étrangères : un modèle qui pourrait inspirer le gouvernement français (8). Enfin le goût du comparatisme s'étant déjà quelque peu répandu chez les jurisconsultes en France il faut y développer les moyens de poursuivre cette étude pour que le pays puisse jouer le rôle éminent qui lui revient dans le « système de la civilisation européenne ». Et cette référence insistante à l'Europe est d'autant plus intéressante qu'en quelques années l'horizon des comparatistes s'est sensiblement élargi.

D'autres auteurs enfin confirment cette construction en ajoutant plus particulièrement des notations sur les rapports entre le comparatisme et l'avancement de la science, comme le fait Molinier en 1846 dans son *Traité de droit commercial* (9). A. de Saint-Joseph, à la même époque, souligne la double fonction des comparaisons entre lois différentes : faire progresser la science ; apporter des moyens d'application quotidienne c'est-à-dire fournir des solutions pratiques immédiatement utilisables. Le même auteur n'a pas manqué l'occasion de faire une référence mitigée à Pardessus. Il relève l'approbation du fondateur de l'enseignement du droit commercial à Paris, lequel reconnaît que les publications de codes étrangers seront utiles à ceux qui remplissent des fonctions législatives comme à ceux « qui méditent sur la théorie du droit ». Mais ce faisant le même Pardessus a opéré un singulier revirement : en 1822 il avait reçu du gouvernement une mission à peu près semblable à celle que l'auteur de la *Condordance* s'est assigné dans son ouvrage comparatiste ; or Pardessus avait « borné ses travaux » à l'établissement d'un « recueil d'antiquités et monuments historiques », s'en tenant

(8) *Ibid.* : « L'Angleterre a fait un pas de plus : toutes les fois que le gouvernement prépare un projet de loi il provoque, par des jurisconsultes connus pour se livrer à l'étude des législations étrangères, l'examen des dispositions analogues qu'elles renferment et s'empresse de les adopter comme siennes lorsqu'elles méritent l'honneur d'entrer au sénat ».

(9) J. V. MOLINIER, *Traité de droit commercial ou explication méthodique des dispositions du Code de commerce, précédé d'une introduction historique*, Paris, 1846. Préface : « ...j'ai souvent rapproché les dispositions des codes étrangers de celles des nôtres parce que l'étude des législations comparées est appelée à faire faire de grands progrès à la science du droit et offre un intérêt tout spécial dans les matières commerciales ». Il est fréquent que des juristes se procurent par relations des textes législatifs étrangers. De même que Horson s'était ainsi tenu au courant de la réforme intervenue aux Pays-Bas, V. BÉCANE (avocat, professeur de Code de commerce à la Faculté de droit de Poitiers) montre le même souci dans son commentaire sur les sociétés en commandite, forme inconnue en Angleterre... « ce qui peut, j'en conviens, élever un préjugé grave sur son utilité pour la prospérité commerciale d'une nation » ; cependant... « d'autres pays très florissants par le commerce et qui entendent bien les intérêts admettent ce genre de société. J'ai reçu dernièrement des Etats-Unis le projet d'un Code de commerce rédigé sur l'invitation du gouvernement par Mr. Livingstone, avocat distingué de la Louisiane. La question y est formellement décidée » (*Commentaire sur l'ordonnance du commerce de mars 1673 par Jousse, suivi de l'art des lettres de changes par Dupuy de la Serra avec des notes*, par V. BÉCANE, 2^e éd., Paris, 1841, pp. 96-97).

aux lois et coutumes antérieures au XVIII^e siècle et seulement pour le droit maritime (10).

Ainsi dans les décennies 1830-1850 la conception du comparatisme était déjà très élaborée et il faut poser la question de savoir si sur le second point — la méthode — l'instrument de recherche correspondait aux ambitions.

Depuis le début du siècle, l'idée est relativement simple : pour pouvoir comparer les législations il faut d'abord s'en donner les moyens, c'est-à-dire constituer des recueils de textes qui fourniront les bases. Or il faut également surmonter un obstacle majeur, celui de la langue ; de là l'idée de faire des traductions, idée qui était explicite dans la création du Bureau de législation de l'an X dont la mission première était précisément de fournir ces traductions.

Mais c'est là une œuvre de longue haleine et qui pose d'ailleurs elle-même de sérieux problèmes de méthode. Aussi relève-t-on deux approches chez ceux qui s'intéressent aux comparaisons entre lois françaises et étrangères ou entre lois étrangères : ceux qui se préoccupent d'abord de fournir matière à comparaison aux juristes, comme V. Foucher ou A. de Saint-Joseph qui entament d'énormes collections de textes ; ceux qui entendent aborder immédiatement l'analyse et tirer les enseignements du comparatisme.

Ce dernier point de vue est bien celui de la *Revue étrangère de législation et d'économie politique* exprimé dès la première livraison en 1834. D'une part, la revue se consacrera entièrement aux législations étrangères et non à la législation française : « il existe assez de recueils qui s'en occupent et le nôtre s'adresse à des personnes auxquelles notre droit national est suffisamment connu ». On ne saurait mieux dire que le comparatisme ne s'ouvre fructueusement qu'à partir de solides connaissances de base... D'autre part, la revue ne publiera pas une réflexion déjà élaborée, renonçant à s'engager dans une entreprise beaucoup trop vaste (11).

Quant à ceux qui préfèrent commencer par des publications de sources, ils prennent soin de justifier leur méthode. Ainsi V. Foucher

(10) A. DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les Codes de commerce étrangers et le Code de commerce français*, Paris, 1844. Avertissement, p. VIII. Pardessus n'ayant pas le projet de « faire un ouvrage de jurisprudence actuelle et usuelle » comme cela était attendu, était demeuré ainsi strictement dans son rôle de commentateur du code français. Or A. de Saint-Joseph tenait à souligner l'aide qu'il avait reçu (et que l'on aurait sans doute pu recevoir avant lui) du ministère des affaires étrangères organisant la collecte des textes par les agents diplomatiques : « une circulaire qui leur a été transmise... leur a désigné les lois qu'à défaut de Codes il était nécessaire de recueillir et a signalé les matières correspondantes de notre Code de commerce comme étant celles dont les règlements épars devaient être réunis pour pouvoir former des travaux de comparaison rédigés sur le même cadre que ceux de mon premier ouvrage sur les Codes civils, avec cette différence essentielle cependant que toutes les lois commerciales, même celles *non codifiées* devaient y être comprises ».

(11) *Revue*, n° 1, p. 6 : « La *Revue* se composera d'une série de documents et d'articles sur les points les plus intéressants de la législation et de l'économie politique. Nous puiserons une partie de ces articles dans les journaux de jurisprudence qui se publient en France ; d'autres seront l'ouvrage de jurisconsultes étrangers... le surplus sera l'œuvre de jurisconsultes français qui se sont livrés à l'étude des législations étrangères ».

a précisé ses conceptions à deux reprises. Dans la préface à la première livraison de la *Collection des lois civiles et criminelles des Etats modernes*, en 1833, il avertit à propos du Code pénal autrichien que « la traduction d'un code ne peut être que littérale » même si cela doit entraîner une rédaction très maladroite. L'auteur ajoute que « pour l'homme qui étudie les législations comparées il ne suffit pas d'examiner les liaisons d'une disposition avec le système auquel elle appartient ; il faut, en outre, rechercher quel a été le mode suivi pour le développement de ce système ». Dans le t. VI de la *Collection*, consacré au Code de commerce du royaume d'Espagne, il explique qu'il faut se référer aux textes étrangers qui ont à la fois le plus emprunté à la législation française et essayé d'y apporter des améliorations par une révision ; il faut alors les prendre comme des « documents » que nous devons étudier et, sous ce rapport, le Code espagnol est « l'un de ceux qui contiennent les matériaux les plus utiles pour la révision qu'appellent quelques parties de notre droit commercial » (12).

La méthode adoptée par A. de Saint-Joseph pour établir sa *Concordance entre les Codes de commerce étrangers et le Code de commerce français*, en 1844, mérite attention comme un exemple caractéristique de l'esprit dans lequel étaient menées certaines recherches à cette époque. Une introduction assez longue tente une synthèse de la comparaison entre les différents textes. Puis un tableau synoptique présente les codes étrangers : en double page une série de colonnes correspondant à chacun des codes retenus permet par une lecture horizontale la comparaison entre ces textes et celui du Code français. Or non seulement les textes ainsi alignés ne sont que des traductions mais plus encore, l'auteur les a réduits lorsqu'il l'a jugé nécessaire ou possible, c'est-à-dire là où il a estimé que « l'exposition du principe nettement tracé » suffisait ; « grâce à la précision de notre langue », expliquait encore l'auteur, « j'espère avoir été toujours clair et intelligible sans m'écarter de la fidélité, premier devoir du traducteur ». D'ailleurs les indications permettant de recourir à tout moment au texte original pour vérifier étaient données. De plus, l'ensemble a été ordonné à partir des divisions du Code français et, pour être complet, l'auteur a dû « nécessairement ajouter aux matières du Code français des dispositions qu'il ne renferme pas (*facteurs et commis, assurances terrestres, obligations commerciales*) » (13).

(12) V. FOUCHER, *Collection des lois civiles et criminelles des Etats modernes*, t. VI, *Code de commerce et loi de procédure sur les affaires et causes de commerce du royaume d'Espagne*, Paris, 1838, Introduction, p. XIV.

(13) *Concordance...*, Avertissement p. IX. L'auteur indiquait également sur quelles sources il s'était fondé pour établir son texte : d'abord les traductions du code prussien établie sur ordre du premier Consul en 1803. Les codes du Portugal, de la Hongrie, de la Russie, du Wurtemberg, et l'ordonnance de Bilbao n'avaient jamais été traduits ; la traduction du Code de commerce russe « a été faite dans des conditions qui en garantissent l'exactitude car elle a été contrôlée sur une traduction allemande préparée par les ordres du gouvernement russe pour les provinces de la Baltique ». L'auteur citait enfin les principales œuvres scientifiques étrangères auxquelles il avait eu recours.

Il y avait donc un écart très net entre les ambitions clairement exprimées et des méthodes qui paraissent manquer sérieusement de rigueur. Du moins le principe du comparatisme était-il retenu comme un élément indispensable surtout en matière commerciale, et sa mise en œuvre bien entamée. Au début du Second Empire les juristes disposaient déjà de vastes publications, les tentatives de lancement de revues comparatistes avaient marqué la doctrine. C'est précisément le moment où le législateur lui-même allait se faire ouvertement comparatiste.

*
**

Assez rapidement au milieu du siècle, en une vingtaine d'années, apparaît un monde nouveau dans lequel doivent évoluer législateur et doctrine.

Les évolutions techniques considérables, le changement de dimension économique et de structures obligent à revoir une grande partie du droit commercial. Il faut « libérer » les sociétés anonymes des entraves à leur constitution, mais aussi revoir la technique du chèque et développer les moyens de crédit. Il faut également revoir la faillite, tout spécialement pour protéger le petit commerçant (et nouvel électeur) contre des rigueurs aveugles.

Or le cadre d'élaboration de la législation change lui aussi. Avec le parlementarisme qui atteint son plein épanouissement sous la III^e République, le monopole gouvernemental en matière de propositions de lois n'est plus qu'un souvenir tandis que les commissions peuvent labourer les projets ministériels et marchander les amendements. Plus encore le travail préparatoire d'élaboration de projets sort même du cadre institutionnel — gouvernemental et parlementaire — et se développe éventuellement dans des instances extérieures où interviennent juristes de doctrine, économistes, praticiens de divers horizons. Sociétés savantes, mais aussi groupes moins désintéressés, entrent en scène et même concurrencent sur ce plan-là les Chambres de commerce.

Enfin dans le même temps l'environnement extérieur évolue rapidement. Les autres pays d'Europe ont senti le même besoin de mise à jour législative et les réformes se multiplient ; l'influence américaine grandit. Dès lors l'Angleterre n'offre plus un modèle unique alors que sous le Second Empire son évolution législative avait littéralement contraint le gouvernement impérial à modifier lui-même sa propre législation. Après 1870, même si des rapports scientifiques se maintiennent entre juristes allemands et français, l'Europe est passée de mode et l'accroissement des échanges mondiaux dans lesquels la place de Londres tient toujours un rôle essentiel porte davantage à l'universalisme que symbolisent les grandes Expositions.

Ainsi peut-on distinguer durant ce demi-siècle une période brève mais d'intense activité où le législateur tient un discours compa-

ratiste — sous l'Empire libéral — et un temps de réflexion doctrinale où le comparatisme paraît à nouveau se chercher.

Cette attitude du législateur, entre 1858 et 1870, est formellement demeurée propre au régime impérial. Elle s'explique par la compétition économique avec l'Angleterre : en tentant d'instaurer les moyens juridiques adéquats le législateur français paraît constamment décider en fonction du modèle anglais comme le montrent quatre lois importantes (les deux lois de 1858 sur les warrants et les ventes publiques de marchandises en gros ; la loi de 1863 instaurant des sociétés à responsabilité limitée ; la loi de 1865 sur le chèque).

La loi de 1863 en matière de sociétés répondait à une nécessité très immédiate puisqu'il s'agissait de venir en aide aux hommes d'affaires français gênés par l'autorisation gouvernementale préalable à la constitution de sociétés anonymes et par la rigueur introduite à propos des commandites par actions en 1856 (précisément au moment-même où l'Angleterre avait pris le parti de lever les restrictions à la création de sociétés de capitaux). Hésitant encore à libérer totalement la constitution des sociétés anonymes, le gouvernement français adoptait une solution de compromis en créant un nouveau type de société, à responsabilité limitée, directement inspiré par le droit anglais. Par cette loi de 1863 on suivait donc l'idée, émise au début du siècle, de chercher dans les droits étrangers les améliorations possibles de la législation nationale. Il faut d'ailleurs préciser que si cette tentative a échoué c'est beaucoup moins le modèle qui est en cause que la timidité de la réforme (14).

Les lois de 1858 sur les warrants et les ventes publiques de marchandises en gros n'étaient pas provoquées par une situation aussi fâcheuse et ne répondaient pas à la même urgence ; néanmoins l'exposé des motifs, d'ailleurs commun aux deux projets de loi, était entièrement dominé par le modèle qui avait guidé le législateur : « il existe en Angleterre deux institutions traitées avec grande faveur par la législation, entrées depuis longtemps dans les mœurs et qui rendent au commerce de très grands services... Ces deux institutions ont donc sur la prospérité commerciale de l'Angleterre une action considérable. Tous ceux qui ont été étudiés dans ce pays le proclament hautement ». La partie de l'exposé consacrée à la première loi (*projet de loi sur les négociations relatives aux marchandises déposées dans les magasins généraux*) prend même une tournure académique : pour faire « mieux comprendre les améliorations » apportées par le projet sont successivement présentés le système anglais des warrants, le système français selon le décret du

(14) Cette société à responsabilité limitée devait constituer en effet un substitut, de création libre, à la société anonyme ; mais, à la fois par crainte de la puissance financière des sociétés de capitaux et du fait des réticences du Conseil d'Etat, la constitution du capital avait été limitée à un montant beaucoup trop faible ne permettant pas de couvrir les grandes affaires.

21 mars 1848 (*récépissés créés en imitation des warrants anglais*), enfin le nouveau système. Les rédacteurs de cet exposé des motifs ont cru bon tout d'abord d'invoquer des raisons très utilitaires pour cette réforme conduisant à tirer de l'institution « les mêmes bienfaits que le commerce anglais », c'est-à-dire à « rendre les valeurs en marchandises toujours disponibles et à fournir ainsi au commerce une augmentation de capital ». Ils se sont abrités derrière l'opinion des « hommes les plus compétents » pour souligner les erreurs du législateur français qui avait vu jusque-là les opérations du commerce avec défiance et les avait traitées encore en civiliste (15). L'analyse du système anglais telle qu'ils l'ont rédigée a été judicieusement balancée pour désarmer les préventions. D'une part, ce système est très simple dans son mécanisme et dans sa forme, bien conçu pour donner une sécurité à tous les intérêts. D'autre part, s'il n'est pas sans inconvénient ni abus, la cause peut en être clairement déterminée, à savoir que tout individu peut ouvrir librement des magasins publics avec droit de délivrer des warrants. Or il n'est pas question pour le législateur français d'aller aussi loin en copiant ce défaut essentiel et le maintien de la surveillance et du contrôle sur les magasins généraux suffira à l'éviter. La critique du système anglais apporte alors la justification des aménagements introduits par le projet dans la législation en cours.

Enfin les travaux préparatoires de la loi de 1865 sur le chèque comportent eux aussi de constantes références au droit anglais. Ce dernier en effet a inspiré l'ensemble du projet au point que le rapporteur de la Commission du Corps législatif commence par rappeler le modèle : « après une étude approfondie du chèque et des banques de dépôts en Angleterre, ainsi que de leur influence sur le développement de l'industrie et du commerce, M. le rapporteur, arrivant à l'examen des dispositions du projet de loi », etc. Il s'agissait de susciter en France la naissance de grands établissements de crédit capables de drainer l'épargne au profit de l'industrie en plein essor ; le projet que le législateur avait en chantier à propos du chèque devait accompagner la création du Crédit Lyonnais par Henri Germain. Or la technique utilisée par les banquiers français pour le chèque, celle du récépissé, était nettement inférieure à celle adoptée en Angleterre, le mandat. Mais les usages bancaires obéissaient en France à des préoccupations fiscales (le

(15) « De l'avis des hommes les plus compétents, cela tient aux défiances que ces deux opérations semblent inspirer au législateur qui ne les a pas traitées chez nous, tant s'en faut, avec la même faveur qu'en Angleterre. En ce qui concerne les ventes publiques, les formalités, les frais et les lenteurs que leur oppose la législation leur enlèvent le caractère commercial. En ce qui touche les warrants le système formulé en 1848 semble porter de nombreuses traces de la défaveur avec laquelle le contrat de gage est traité par notre droit civil et qui le suit même dans notre droit commercial. Avec les dispositions défiantes qui régissent chez nous le système des warrants il est resté une de ces opérations d'extrême ressource que l'emprunteur redoute pour son crédit, que le prêteur lui-même n'aime pas pour sa sûreté ».

récépissé étant assujéti pour l'impôt du timbre à un droit fixe, le mandat à un droit proportionnel). Alléger la fiscalité sur le mandat paraissait la solution la plus simple mais prendre les mesures favorables au développement pratique du chèque sans compromettre les intérêts du Trésor plaçait le législateur devant un dilemme paralysant : on invoquait encore l'expérience anglaise pour justifier une solution transactionnelle, une période limitée d'exonération fiscale laissant à l'usage du chèque le temps de se répandre dans la population (16). Le modèle anglais servait en même temps à justifier de manière péremptoire que soit attachée au chèque la faculté d'endossement.

Il reste que si ces différents textes s'appuyaient directement sur les avantages reconnus au droit anglais pour introduire des améliorations législatives importantes, le recours au comparatisme pourvoyeur d'une argumentation déterminante n'était pas pour autant sans limite. Ainsi le droit anglais a bien fourni un modèle dans la loi de 1863 pour un nouveau type de société mais cet exemple n'a pas exorcisé la vieille suspicion à l'égard des sociétés de capitaux n'offrant pas de personne physique responsable ; de même, dans la loi de 1858 à propos de la création des magasins généraux l'efficacité du contrôle étatique a été proclamée comme un dogme. Quant au chèque enfin, on reconnaissait que la simplicité du droit anglais en matière d'effets de commerce permettait de régler assez facilement le problème fiscal ; mais pour parvenir au même résultat en droit français, il aurait fallu remanier sensiblement le Code de commerce : un travail trop complexe auquel il était bien préférable de renoncer (17). En somme le comparatisme a surtout servi, à travers ces textes, à justifier des aménagements techniques de la législation mais il n'était pas question de l'invoquer à l'encontre des grandes tendances du système juridique français dont la philosophie ne pouvait être remise en cause.

(16) « Quand l'usage du chèque n'était pas encore très répandu en Angleterre, quand il n'était pas encore complètement entré dans les habitudes de la population, le chèque ne payait aucun impôt ; lorsqu'il a été frappé de l'impôt d'un penny c'est qu'il était déjà tellement connu, tellement apprécié, qu'il faisait tellement partie intégrante du mécanisme financier de l'Angleterre, qu'il se reliait tellement aux autres éléments de la circulation fiduciaire dans ce pays qu'il pouvait supporter un léger impôt sans préjudice et qu'aucune considération ne justifiait plus à son égard une dérogation au droit commun. En France... l'usage du chèque est encore dans l'enfance, il cherche à entrer dans les habitudes mais il n'y est pas entré encore, il n'est pas mûr pour le droit commun. Cet ordre d'idées, qui est le vrai, s'il appelait comme conséquence une exemption totale n'appelait pas une exemption définitive et il a paru qu'une exemption totale mais temporaire ne présentait ni les inconvénients pratiques du droit réduit ni les inconvénients de principe de l'exemption absolue ».

(17) *Ibid.* : « En France il ne nous serait pas possible de porcéder de la même manière. Pour assimiler le chèque à la lettre de change à vue il nous faudrait remanier tout le titre VIII du livre I et en partie le titre II du livre IV C. comm. Il avait paru l'année dernière à un certain nombre de personnes que c'était là une entreprise facile ; mais après mûre réflexion on s'aperçoit qu'elle est plus compliquée qu'on ne le croit à première vue et que d'ailleurs on peut arriver à un résultat utile et pratique sans avoir recours à une révision complète de notre législation en matière de lettre de change ».

Les références aux droits étrangers ne disparaîtront pas dans les exposés des motifs des grandes lois après le Second Empire, mais elles seront plus diffuses, ou plus éclectiques, dans la mesure où elles ne se limiteront plus à un unique modèle (18). De même, l'élan donné aux publications de sources n'est pas brisé même si la méthode ne paraît pas encore bien fixée ; ainsi en 1888 Ch. Lyon-Caen annonce qu'il fera prochainement la traduction annotée de la loi anglaise de 1883 (en matière de faillite) dans la *Collection des principaux codes étrangers* publiée par le *Comité de législation étrangère du Ministère de la Justice* (19). En revanche, on éprouvait le besoin au moment de la chute du régime impérial d'approfondir la réflexion sur le comparatisme ; pour la relancer a été créée en 1869 la Société de législation comparée. D'une part, on y définit à nouveau le projet comparatiste, d'ailleurs remis périodiquement sur le métier ; d'autre part, les séances de la société deviennent le lieu de grandes discussions concernant les principales réformes et, comme le législateur est de plus en plus lent et hésitant, les joutes entre les grands commercialistes du moment se prolongent.

Le discours de Laboulaye après son élection à la présidence de la Société le 16 février 1869 entendait définir les buts et les moyens. Quant à la méthode l'ambition était sans doute plus grande qu'au début du siècle puisqu'il s'agissait d'aller plus loin que la simple recherche de points de rapprochement plus ou moins intéressants ; la comparaison devait être en même temps étude philosophique à la recherche de l'esprit des lois. Mais le but demeurait encore très utilitaire et dans son essence la comparaison des lois étrangères était « une étude de législateur bien plus encore que de jurisconsulte ». Et ce comparatisme tourné vers le travail législatif était d'abord fondé sur une conception résolument positiviste de la science du droit (20). Cette orientation englobait enfin une réflexion

(18) Par exemple, la présentation du projet de loi relatif au taux de l'intérêt de l'argent (12 janvier 1886) : « ...D'autre part l'abrogation des lois restrictives du taux de l'intérêt ne constituerait pas une innovation sans précédents et dont il est difficile de prévoir les conséquences. Pourquoi, ajoutent les partisans d'une réforme complète, la France seule, avec quelques cantons suisses et quelques Etats de l'Amérique du Nord, resterait-elle privée d'une liberté dont les effets favorables ont été constatés partout où l'expérience a été tentée?... Pourquoi la législation française, à l'exemple des législations de Belgique, d'Allemagne, d'Autriche et de plusieurs cantons suisses ne frapperait-elle pas d'une pénalité les prêteurs qui exploiteraient l'inexpérience et les besoins des emprunteurs ? ».

(19) *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1888, p. 292, n. 4.

(20) *Bulletin...*, 1869-1872, p. 4 : « Quand nous étudions les législations étrangères, nous n'allons pas simplement chercher quelques points de rapprochement plus ou moins intéressants. Nous cherchons les principes qui président à telle loi, nous sommes amenés à étudier la philosophie du droit, à remonter aux principes de notre propre législation ; nous faisons là, tout ensemble, une étude de morale, de politique dans le sens le plus élevé du mot, d'économie politique. La comparaison des lois étrangères est une étude de législateur bien plus encore que de jurisconsulte ; mais il n'y a de bon jurisconsulte que celui qui sait remonter jusqu'à l'esprit des lois. Ces études ont l'avantage d'agrandir l'intelligence ; nous n'étudierons pas de vaines théories, mais nous rassemblerons des faits, nous les expliquerons. La science du droit doit être, comme la physique ou la chimie, une science positive ».

comparatiste sur le processus d'élaboration des lois opposant l'attitude du législateur français coupé de la population parce que se croyant toujours plus ou moins inspiré et celle de l'anglais laissant préalablement le pays s'exprimer en toute liberté (21).

Quinze ans plus tard s'ouvraient des horizons plus vastes, avec en particulier les premières conventions internationales, et le débat s'instaurait autour de l'universalisme en matière législative. Bufnoir, alors président de la Société, affirmait en 1889 que « la législation ne doit plus être une œuvre locale mais une œuvre à laquelle l'expérience du monde entier doit collaborer : il ne s'agit plus d'une entreprise d'intérêt simplement national et français mais d'une entreprise d'intérêt universel ». Cette idée toutefois n'était pas admise sans réserve et peu auparavant dans le Bulletin de la société le compte rendu du premier numéro des *Annales de droit commercial français, étranger et international* (revue dirigée par Thaller) avait été l'occasion d'exprimer le point de vue inverse. L'auteur relevait que l'unification du droit commercial dans toutes les nations du monde était un idéal encore lointain ; les législations n'avaient pas acquis suffisamment de plasticité pour se prêter à cette sorte de combinaison. On ne pourrait songer à les fusionner qu'après que chacune d'elles se serait améliorée de son côté en se modelant sur un type uniforme et il appartenait justement au droit comparé de faire ressortir ce type de prédilection. Jusque-là les tentatives de croisement risquaient de recevoir de l'opinion un accueil défiant. Pour le moment c'était à résoudre les conflits qu'il fallait surtout s'attacher. En revanche, quant à la méthode à laquelle devait se tenir la nouvelle revue, elle ne pouvait que recueillir l'approbation puisqu'il s'agissait de faire l'analyse des législations sur une même matière pour en opérer la synthèse et chercher ainsi un rapprochement avec les notions les plus communément reçues (22).

Ainsi, à travers ces discours ou ces écrits, les juristes se partageaient dans leurs conceptions du comparatisme entre l'utopie et le réalisme mais, dans ses grandes lignes, le projet généralement évoqué dans la première moitié du siècle n'en sortait pas fondamentalement renouvelé. Était-ce d'ailleurs possible ? En revanche si des progrès pouvaient être accomplis c'était surtout dans la méthode et la précision du travail de comparaison d'une part, dans la prise en

(21) *Ibid.*, p. 6 : « En France le législateur s'est toujours cru plus ou moins inspiré. On prépare la loi en secret et l'on arrive souvent ainsi à des résultats inattendus : je veux dire qu'on effraie l'opinion publique en la prenant au dépourvu.

Voyez au contraire comment les choses se passent en Angleterre. Un individu a une idée ; il l'expose dans un livre, il la défend dans un journal. Si l'idée paraît bonne il se forme des associations. On signe des pétitions au Parlement. Ces pétitions sont revues, enregistrées, publiées. Et le ministre que fait-il ? Il ne fait rien, il laisse monter le flot ; il sait qu'il ne doit pas s'opposer à la volonté du pays, librement et sérieusement exprimée. Peu à peu l'opinion se prononce et le gouvernement n'a plus qu'à l'adopter ».

(22) *Bulletin...*, 1886, pp. 700-702.

considération plus complète des éléments sociologiques ou économiques d'autre part. Dès lors il n'était pas impensable que l'auteur du compte rendu des *Annales de droit commercial* fasse remarquer, avec une gentillesse particulière à l'égard de Thaller, que la méthode annoncée était bien celle que l'on suivait dans les travaux de la Société de législation comparée depuis deux décennies.

De ces travaux, retenons enfin deux exemples à propos de la faillite et, un peu plus tard, du registre du commerce.

Dans le *Bulletin de la Société de législation comparée* en 1888 est rapporté l'exposé fait par Lyon-Caen sur la législation anglaise en matière de faillite. La loi française de 1838 était encore trop dure ; depuis 1848 la pratique, particulièrement les tribunaux de commerce, utilisait des voies détournées pour liquider des faillites sans trop de rigueur pour des débiteurs paraissant tombés dans l'insolvabilité sans faute grave de leur part. Le projet de loi sur la liquidation judiciaire traînait encore (il ne devait être adopté qu'en 1889). L'articulation de l'exposé de Lyon-Caen était très rigoureuse : critique de la loi française en vigueur, analyse du projet en instance devant les députés, présentation de la législation anglaise de 1883 et critique du projet français. L'intérêt de cet exposé résidait non pas seulement dans la comparaison entre les deux législations mais bien plus encore dans l'information dont il était fait état sur les résultats pratiques de cette réforme anglaise de 1883 ; la méthode dépassait largement ici la stricte comparaison entre les textes.

A propos du registre du commerce le *Bulletin* rapportait les débats intervenus à la Société en 1901 entre Thaller et Lyon-Caen. Thaller avait présenté en effet à la séance du 19 février une étude sur le registre du commerce en Allemagne et en Suisse. L'exposé, très fourni, concluait qu'il n'était pas opportun d'introduire cette institution en France. Comme assez fréquemment chez cet auteur qui avait au demeurant une vision très aiguë des choses et du droit, certaines des raisons avancées et plus encore le ton général de l'exposé tendaient à conférer à l'ensemble un caractère de parti pris... Il affirmait en particulier que ce genre d'institution entraînerait un contrôle et une « gêne incompatible avec le tempérament latin ». Comme à l'habitude, lorsque Thaller intervenait ainsi, la séance suivante (le 28 janvier 1902) comportait une communication de Lyon-Caen qui reprenait la question en soutenant la thèse contraire. Thaller avait cependant vu juste dans la mesure où une sérieuse adaptation était nécessaire ; la loi qui a introduit le registre du commerce en 1919 était d'ailleurs si timide qu'elle n'eut guère d'effet.

**

Ainsi cette recherche, même sommaire, permet de conclure que si les horizons étaient plus vastes et dépassaient le cadre européen après 1870, dès la première moitié du XIX^e siècle le projet compara-

tiste avait été énoncé — même avec une pointe d'universalisme — et s'accompagnait d'un important effort de publication de sources. En revanche, cette constatation ne ferait que repousser la question des origines du comparatisme en matière commerciale. Les juristes des XVII^e et XVIII^e siècles faisaient référence à des sources et des ouvrages étrangers. L'influence italienne était toujours vive à la veille de la Révolution. La codification de 1807, en affirmant l'insertion du droit du commerce dans le droit interne plus complètement encore que l'ordonnance de 1673, a-t-elle joué ici un rôle déterminant ? L'hypothèse mérite d'être avancée tout en réclamant de nouvelles investigations.

Jean HILAIRE,

*Professeur à l'Université de droit
d'économie et de sciences sociales
de Paris (Paris II)*