

100 %
DROIT



DROIT COMMERCIAL

3^e édition

LUC PAULET



*Illustré par
des extraits de textes
et des décisions
de justice*



Droit commercial

**100 %
DROIT**



Droit commercial

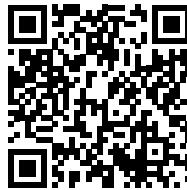
3^e édition

Luc Paulet

Maître de conférences



Retrouvez tous les titres de la collection et des extraits
sur www.editions-ellipses.fr



Mise en pages : Soft Office

ISBN 9782340-117563

Dépôt légal : juillet 2026

©Ellipses Édition Marketing S.A.

8/10 rue la Quintinie 75015 Paris



Le Code de la propriété intellectuelle et artistique n'autorisant, aux termes des alinéas 2 et 3 de l'article L. 122-5, d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale, ou partielle, faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause, est illicite » (alinéa 1^{er} de l'article L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

www.editions-ellipses.fr

Table des matières

Chapitre introductif	9
Section I	10
Introduction au droit commercial	
§ I – L'objet du droit commercial	10
§ II – Les caractères du droit commercial	15
§ III – Une mise en question du droit commercial	20
Section II	26
L'évolution historique	
§ I – Le droit commercial avant le Code de commerce	27
§ II – Le droit commercial depuis le Code de commerce	36
Section III	42
Les sources du droit commercial	
§ I – Les sources nationales	42
§ II – Les sources internationales	54

Titre I

L'activité commerciale

Chapitre I	
Les structures d'encadrement de l'activité commerciale	65
Section I	65
L'organisation administrative et professionnelle	
§ I – L'encadrement public du commerce	66
§ II – Les institutions et groupements professionnels	75
Section II	85
L'organisation judiciaire	
§ I – Les tribunaux de commerce	86
§ II – L'arbitrage	108

Chapitre II

Les actes de commerce	121
-----------------------	-----

Section I **121**

Les critères de la commercialité

§ I – Les actes de commerce par la forme	123
§ II – Les actes de commerce par nature	129
§ III – Les actes de commerce par accessoire	157
§ IV – Recherche d'un critère de l'acte de commerce	168

Section II **172**

Le régime des actes de commerce

§ I – Le régime des actes de commerce conclus entre commerçants	172
§ II – Le régime des actes de commerce en présence d'une seule partie commerçante	193

Chapitre III

Les acteurs de la vie commerciale	205
-----------------------------------	-----

Section I **206**

Les commerçants

§ I – Les commerçants personnes physiques	207
§ II – Le commerçant, personne morale	219
§ III – Les professions et les activités non commerciales	242

Section II **269**

L'exercice de l'activité commerciale

§ I – L'accès à la profession de commerçant	269
§ II – Les obligations des commerçants	308
§ III – Les interférences entre la qualité de commerçant et le statut privé	341
§ IV – La situation patrimoniale	355
§ V – Le statut personnel	371
§ VI – La responsabilité des commerçants	375

Titre II

Les biens des commerçants

Chapitre I

La composition du fonds de commerce	391
-------------------------------------	-----

Section I	392
------------------	------------

Les éléments corporels	
§ I – Le matériel	392
§ II – Les marchandises	393

Section II	395
-------------------	------------

Les éléments incorporels	
§ I – Le nom commercial	395
§ II – L'enseigne	398
§ III – Le nom de domaine	400
§ I – La notion de clientèle	403
§ II – La clientèle, condition d'existence du fonds de commerce	411
§ I – Les conditions d'application du statut des baux commerciaux	416
§ II – Le régime du bail commercial	428
§ I – Le brevet d'invention	465
§ II – Les dessins et modèles	483
§ III – Les marques de produits ou de services	494

Chapitre II

Les opérations portant sur le fonds de commerce	529
---	-----

Section I	529
------------------	------------

La location-gérance du fonds de commerce	
§ I – Les conditions de la location-gérance	531
§ II – Les effets de la location-gérance	538
§ III – La fin du contrat de location-gérance	546

Section II	550
-------------------	------------

La vente du fonds de commerce	
§ I – Les conditions de la vente	551
§ II – Les effets de la vente	569

Section III	584
--------------------	------------

L'apport en société	
§ I – Les conditions de validité	584
§ II – La qualité d'associé de l'apporteur	586

Section IV	587
Les opérations de garantie portant sur le fonds de commerce	
§ I – Le nantissement conventionnel	588
§ II – Le nantissement judiciaire	598
Section V	600
Le crédit-bail	
 Chapitre III	
La nature juridique du fonds de commerce	605
 Section I	606
Le fonds de commerce, meuble incorporel	
 Section II	609
Le fonds de commerce, universalité de fait	
 Index alphabétique	619

Principales abréviations

<i>Actu.</i>	Actualité
<i>AJDA</i>	Actualité jurisprudentielle, Droit administratif
Ass. plén.	Arrêt de la Cour de cassation, Assemblée plénière
BODACC	Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
<i>Bull. crim.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle
<i>Bull. Joly</i>	Bulletin Joly Sociétés
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cass.	Cour de cassation
CCI	Chambre de commerce et d'industrie
CE	Conseil d'État
CFE	Centre de formalités des entreprises
CGI	Code général des impôts
Cass. civ. 1 ^{er}	Première chambre de la Cour de cassation
Cass. civ. 2 ^e	Deuxième chambre de la Cour de cassation
Cass. civ. 3 ^e	Troisième chambre de la Cour de cassation
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
<i>Cont., conc. cons.</i>	Contrats, Concurrence, consommation
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation

<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>D. Affaires</i>	Dalloz affaires
<i>Dr. et patr.</i>	Droit et patrimoine
<i>D. som.</i>	Dalloz, sommaire
<i>Gaz. Pal.</i>	La Gazette du Palais
<i>Infra</i>	Plus bas dans le texte
<i>IR</i>	Recueil Dalloz, informations rapides
<i>J.-Class.</i>	Jurisclasseur
<i>JCP</i>	Jurisclasseur périodique (La Semaine Juridique)
<i>JCP G</i>	Jurisclasseur périodique, édition générale
<i>JCP E</i>	Jurisclasseur périodique, édition entreprise
<i>JCP N</i>	Jurisclasseur périodique, édition notariale
<i>JO</i>	Journal officiel
<i>LPA</i>	Petites affiches
<i>Obs.</i>	Observation
<i>Pan.</i>	Panorama
<i>RJ com.</i>	Revue de jurisprudence commerciale
<i>RJDA</i>	Revue de jurisprudence de droit des affaires
<i>Req.</i>	Arrêt de la Cour de cassation, chambre des requêtes
<i>Rev. soc.</i>	Revue des sociétés
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
<i>S.</i>	Sirey
<i>Supra</i>	Plus haut dans le texte
<i>T. com.</i>	Tribunal de commerce
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

Chapitre introductif

Commerce et droit – Le commerce est l'une des plus anciennes activités de l'humanité. Après la première grande révolution qu'a été l'agriculture, le seul problème des hommes n'a plus été, comme l'ont montré les historiens, de se nourrir, mais d'échanger toutes sortes de biens et de services pour améliorer leur condition. Avec le développement des transactions commerciales, le besoin d'adopter des règles capables d'en sécuriser et d'en favoriser l'exercice s'est progressivement affirmé. Le droit a ainsi naturellement accompagné l'histoire du commerce.

L'évolution des règles commerciales ne fut pas soudaine. Ce n'est qu'après une longue période, durant laquelle l'encadrement du commerce était assuré par les commerçants eux-mêmes, que des usages, puis des coutumes, et enfin des règles écrites furent adoptées. Les textes anciens, dont certains sont parvenus jusqu'à nous, prirent forme au gré des besoins, des nécessités, des évolutions et des contraintes de chaque époque, et ne se fixèrent qu'après de nombreux perfectionnements. Au début du ^{xix}^e siècle, le Code de commerce finit par faire œuvre commune ; avec ce code, une nouvelle discipline juridique, le droit commercial, naissait.

Derrière l'aspect technique de la matière se dissimule un droit en prise directe avec des enjeux fondamentaux. Si certains sont aussi anciens que le commerce lui-même, d'autres se présentent sous un jour nouveau. La « machine numérique » est en train en effet de modifier non seulement la manière d'exercer le commerce, mais aussi de rapprocher les champs civils et commerciaux. Ce qui relevait autrefois de la sphère privée se monétise aujourd'hui ; par l'intermédiaire d'applications diverses, tout devient objet de commerce.

Les transformations technologiques, qui sous une forme ou une autre concernent toutes les activités, constituent les évolutions auxquelles le droit commercial est confronté.

S'intéresser aux textes et aux principes qui régissent les rapports commerciaux présente deux dimensions. La plus visible consiste à connaître les règles qui s'appliquent aux activités et à ceux qui les exercent ; l'autre est de prendre la mesure séparant le monde marchand et le monde non marchand.

Donner la définition, retracer l'évolution historique et présenter les sources du droit commercial est une première manière d'aborder ces questions.

Section I

Introduction au droit commercial

1. – Introduisant son traité de droit commercial, Georges Ripert se demandait ce « que doit être le droit commercial¹ ». Quelques décennies plus tard, l'interrogation demeure, peut-être même est-elle plus grande. Si les discussions qui ont animé la doctrine sur l'intérêt d'instituer des règles propres aux activités commerciales se sont apaisées, d'autres controverses, soutenues aujourd'hui par le développement du commerce électronique et les besoins d'encadrement qu'il suscite, sont apparues pour savoir s'il ne faudrait pas créer une nouvelle discipline capable à la fois de mieux rendre compte et d'intégrer l'ensemble des règles applicables à la vie commerciale.

§ I – L'objet du droit commercial

2. – Si l'on peut, avec l'étymologie du mot « commercial » (dérivé du latin *commercium*, achat et vente de marchandises, de denrées ou d'espèces)², ou même intuitivement, se faire une idée du domaine concerné, il est en revanche plus délicat de cerner avec précision la discipline juridique que constitue le droit commercial.

-
1. G. Ripert, R. Roblot, *Traité de droit commercial*, M. Germain, L. Vogel, T. I, LGDJ, 17^e éd., 1998, préface, p. VI ; cette préface date de 1947.
 2. Selon les historiens, le mot « commerce » vient du latin : « cum », signifiant avec, et de « merx », signifiant marchandise. Les Romains désignaient par *commercium* la faculté d'exécuter des actes juridiques selon les modes romains. Il ne s'agissait pas d'actes juridiques accomplis uniquement par des commerçants, mais d'actes juridiques quels qu'ils soient, que nous désignerons par l'expression de droit civil. Cette possibilité d'accomplir des actes juridiques « selon le mode romain » ne valait que pour les citoyens romains, voir R. Szymkiewicz et O. Descamps, *Histoire du droit des affaires*, LGDJ, 4^e éd., n° 49. À Rome, « le *commercium* » s'applique aux citoyens et assimilés qui ont le privilège d'accéder aux actes du *jus civile*, voir la définition du mot « commerce » donnée par R. Guillien, J. Vincent, S. Guinchard, G. Montagnier, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 15^e éd.

Donner sa définition, préciser son contenu et apprécier ses spécificités sont autant de passages obligés pour saisir l'originalité de ce droit, conçu comme un droit d'exception par rapport au droit commun, qu'est le droit civil.

A – La définition du droit commercial

3. – La définition que les lexiques juridiques donnent généralement du droit commercial tient en peu de mots : il s'agit du droit applicable aux commerçants et aux actes de commerce¹.

Cette définition, reprise par de nombreux auteurs, contient deux conceptions différentes du droit commercial. À la lecture des premiers termes, il apparaît comme étant le droit « des commerçants » ; la matière réunit autrement dit l'ensemble des règles applicables aux personnes qui font de l'activité commerciale leur profession. Cette vision subjective est ancrée dans l'histoire ; dès l'origine, le droit commercial a été un droit élaboré à la fois « par et pour les marchands² ». Ainsi perçues, ses règles s'appliquent aux personnes physiques et aux personnes morales dans l'exercice de leur commerce. Le libraire, dont l'activité consiste à acheter des livres pour les revendre, relève du droit commercial.

La définition précise ensuite que le droit commercial est le droit « des actes de commerce ». Cette conception objective, qui trouve sa consécration dans le Code de commerce de 1807, étend le champ d'application de la matière. Ce ne sont plus les personnes commerçantes qui en délimitent le domaine, mais la nature des actes réalisés. Il s'applique aux personnes non-commerçantes dès lors qu'elles réalisent des actes de commerce. À cet égard, l'article L. 110-1 du Code de commerce dresse une liste d'actes « réputés actes de commerce » ; toute personne qui effectue l'un de ces actes, dans les conditions prévues par ce texte, se trouve soumise au droit commercial³.

4. – Bien qu'admise, cette conception du droit commercial n'a jamais satisfait la doctrine. De nombreuses critiques ont été formulées afin d'en montrer le caractère incomplet et imprécis. La conception subjective, malgré le soutien des auteurs qui se sont attachés à en montrer l'importance⁴, est apparue trop étroite car la législation commerciale ne s'applique pas seulement, et même de moins en moins, aux seuls commerçants ; les artisans et les professions libérales qui exercent une activité civile sont soumis à de nombreuses dispositions du Code de commerce. La conception

1. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 1^{re} éd., 1987.

2. G. Decocq, A. Ballot-Léna, *Droit commercial*, Dalloz, Coll. HyperCours, 10^e éd., 2024, n° 13.

3. Sur les conditions précises d'application de ce texte, voir *infra*, n° 70.

4. G. Ripert, R. Roblot, *Traité de droit commercial*, *op. cit.*, n° 9 et s.

objective a été discutée au motif qu'elle institue une « commercialité imparfaite » ; l'article L. 110-1 du Code de commerce, qui lui sert de fondement, donne lieu à des solutions légales et à des interprétations jurisprudentielles ne permettant pas de délimiter précisément le champ du droit commercial¹.

Malgré ces insuffisances, les deux conceptions demeurent aujourd'hui pour définir le droit commercial. Cette résignation à les maintenir repose sur un constat largement partagé : le droit commercial n'est pas plus réductible à l'unité que ne le sont de nombreuses autres disciplines juridiques. La dualité des critères, toujours consacrée par le Code de commerce, demeure effective et constitue la méthode généralement adoptée pour présenter le champ d'application « du droit commun du commerce ».

Cette conception n'est pas sans conséquences. Elle conduit à appréhender le droit commercial en ne s'attachant pas tant à sa définition qu'à son domaine. Il apparaît comme une « mosaïque » regroupant l'ensemble des règles de nature commerciale, classées selon leurs finalités. En toute première place se situe « la maison-mère » du droit commercial², c'est-à-dire les dispositions concernant les actes de commerce, les commerçants et le fonds de commerce. Viennent ensuite les règles liées au fonctionnement de l'entreprise commerciale (notamment le droit des sociétés et les dispositions comptables), celles régissant les contrats conclus par les commerçants dans l'exercice de leurs activités (comme les contrats de distribution ou ceux passés avec des intermédiaires du commerce), puis celles encadrant l'exercice du commerce (droit de la concurrence) et l'exploitation de certains droits (droit de la propriété industrielle). À ces dispositions s'ajoutent celles qui régissent les opérations bancaires et de financement, ainsi que celles relatives aux difficultés des entreprises (mesures de prévention, procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire).

Tel qu'il apparaît, le droit commercial appelle deux observations. Il s'agit d'un droit qui se présente davantage comme une juxtaposition de textes que comme un ensemble de règles coordonnées³. S'il occupe une place propre parmi les disciplines juridiques, il ressemble à « un gigantesque maquis⁴ », souvent difficile à défricher tant ses règles sont nombreuses et poursuivent des objectifs différents. Le droit commercial n'est ensuite pas, malgré son vaste domaine, un droit régissant l'ensemble de

1. De manière plus radicale, certains auteurs estiment que les « actes de commerce ne sont plus que des survivances historiques », J.-B. Blaise et R. Desgorges, *Droit des affaires, commerçants, concurrence, distribution*, LGDJ, 12^e éd, n° 83.

2. A. Viandier et J. Vallansan, *Actes de commerce, commerçants, activité commerciale*, PUF, 2^e éd., n° 6.

3. F. Dekeuwer-Défossez et E. Blary-Clément, C. Le Goffic, *Droit commercial*, LGDJ, 13^e éd., n° 34.

4. G. Clamour, P.-Y. Gahdoun, M. Guibal, *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, Commerce et industrie, n° 3.

l'activité économique. De nombreux domaines restent en dehors de son périmètre d'action. Les activités agricoles, artisanales, libérales, considérées comme civiles, demeurent soumises, sauf dispositions légales contraires, à des règles spéciales¹ et à celles du Code civil. Cette constatation conduit certains auteurs, comme on le verra, à proposer la création d'une nouvelle matière.

B – La place du droit commercial au sein du droit privé

5. – Le droit commercial est une branche du droit privé. Bien qu'il n'échappe pas à tout élément de mixité (notamment en ce qui concerne l'organisation administrative et les conditions d'accès à la vie commerciale), les auteurs considèrent que sa tonalité générale est privatiste². Toutefois, les certitudes se brouillent lorsqu'il s'agit de savoir s'il est un droit autonome. La réponse n'est pas simple, car les critères capables de fonder l'autonomie d'une discipline juridique restent discutés. Le plus souvent toutefois, malgré sa finalité propre, son autonomie est discutée aux motifs qu'il entretient des liens filiaux avec le droit civil et des rapports étroits avec d'autres disciplines juridiques. Concernant le droit civil, bien que les règles particulières aux transactions commerciales soient « établies par les lois relatives au commerce³ », les relations commerciales demeurent soumises, à bien des égards, aux dispositions du Code civil. Par exemple, les dispositions du Code civil relatives à la « validité du contrat » s'appliquent aux contrats commerciaux (tels que les contrats de vente de marchandises, de distribution ou ceux portant sur un fonds de commerce). Et de manière générale, le droit civil, en sa qualité de droit commun, demeure applicable en l'absence de textes spéciaux, ce qui accrédite la conception doctrinale selon laquelle « le droit commercial n'est que la réunion des exceptions apportées aux règles civiles dans l'intérêt du commerce⁴ ». Les liens entre les deux disciplines ne sont d'ailleurs pas à sens unique. Par un phénomène qualifié parfois de « commercialisation », « d'intrusion », de « contagion⁵ » ou encore « d'annexion⁶ », les règles et les techniques du droit commercial s'étendent à la sphère civile⁷. Par exemple, le fonds agricole ou libéral, que notre droit connaît aujourd'hui, est inspiré du

1. Par exemple, les artisans relèvent des dispositions du Code de l'artisanat et les agriculteurs de celles du Code rural et de la pêche maritime.

2. G. Decocq, A. Ballot-Léna, *Droit commercial*, op. cit., n° 13.

3. Comme le précisait l'ancien article 1107, alinéa 2, du Code civil. Le nouvel article 1105, alinéa 2, dispose : « Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux ».

4. G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, op. cit., n° 13.

5. F. Dekeuwer-Défossez, E. Blary-Clément, C. Le Goffic, *Droit commercial*, op. cit., n° 35.

6. M. Pédamon, H. Kenfack S. Ringler, *Droit commercial*, Dalloz, Précis, 4^e éd., n° 82. Selon ces auteurs, le droit commercial procède « par voie d'annexion ».

7. Selon J. Hamel et G. Lagarde, le droit commercial est « conquérant, comme le commerce lui-même », J. Hamel, G. Lagarde, *Traité de droit commercial*, t. 1, Dalloz, 2^e éd., n° 3. Le droit commercial est un droit « expansionniste ».

fonds de commerce ; la loi de 1966 sur les sociétés commerciales a influencé la loi de 1978 sur les sociétés civiles ; les dispositions sur la sauvegarde, le redressement judiciaire et la liquidation judiciaire ont été progressivement étendues aux entreprises civiles¹ ; et certains usages particuliers, destinés à sanctionner une inexécution contractuelle, ont été repris en droit civil afin de pouvoir être appliqués à des personnes non-commerçantes². Ce phénomène a conduit certains auteurs à proposer, à l'image de certains droits étrangers, de fusionner les deux disciplines. Ce serait, résumant certains, une « source non négligeable de contentieux qui disparaîtrait si l'on supprimait une distinction, au fond inutile³ ».

Le droit commercial entretient ensuite des rapports de complémentarité avec d'autres disciplines juridiques. Il en est ainsi avec le droit fiscal qui exerce son emprise sur certaines opérations commerciales. En pratique, il est en effet fréquent que les commerçants se déterminent en fonction des conséquences fiscales découlant de l'opération qu'ils envisagent d'accomplir (notamment lorsqu'il s'agit de choisir une forme de société ou de décider d'acheter ou de louer un bien professionnel). De fait, le droit fiscal oriente le choix des techniques commerciales, obligeant souvent le commercialiste, dans des remarques de fin de paragraphe, à revêtir les habits du fiscaliste. Le droit du travail exerce également, à sa manière, une influence sur le droit commercial. Tous les commerçants employant des salariés doivent respecter les règles protectrices du Code de travail, ce qui les conduit, lors de certaines opérations, à intégrer des intérêts divergents de ceux dictés par le strict exercice de leurs activités commerciales⁴. Le droit commercial est sous la coupe du droit pénal qui, en déterminant dans de nombreux textes (dont beaucoup sont insérés dans le Code de commerce) les pratiques commerciales illicites, fixe les frontières à ne pas franchir. Certaines disciplines récentes exercent également une influence notable. Le droit de la consommation et celui de l'environnement sont, par exemple, aujourd'hui à articuler avec la législation commerciale, notamment parce qu'ils imposent le respect de règles spéciales, d'ordre public, lors de l'exercice de certaines activités⁵.

1. Aux personnes morales de droit privé en 1967, aux artisans en 1985, aux agriculteurs en 1988, aux professions libérales en 2005. Voir F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, 8^e éd., 2009, p. 4 et s.

2. V. *infra*, n° 106 et s., lors de l'étude du régime des actes de commerce.

3. F. Dekeuwer-Défossez, E. Blary-Clément, C. Le Goffic, *Droit commercial*, *op. cit.*, n° 36.

4. Par exemple, l'article 1224-1 du Code du travail dispose que, lorsqu'intervient une modification dans la situation juridique de l'employeur (notamment en cas de vente, de fusion ou de mise en société de l'entreprise), tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise. De telles modifications peuvent être motivées principalement par une volonté de rentabilité économique.

5. V. les articles L. 511-1 et s. du Code de l'environnement.

Enfin, le droit commercial subit l'influence du droit international. Ses règles, notamment celles issues du droit communautaire, déterminent souvent son contenu en vertu du principe de primauté.

§ II – Les caractères du droit commercial

6. – L'histoire enseigne que le commerce a longtemps souffert d'une mauvaise réputation. Saint Thomas d'Aquin considérait que « le commerce est en soi une chose honteuse¹ ». La raison, de nature religieuse, reposait sur le fait que l'activité marchande était associée à l'usure, considérée comme une recherche inique du profit et un enrichissement obtenu sans travail. La perception du commerce a progressivement évolué. La nécessité des échanges et la reconnaissance sociale des commerçants se sont affirmées. Toutefois, le commerce ne s'est jamais totalement départi d'un certain nombre de spécificités, donnant ainsi au droit commercial qui l'encadre une identité propre. Son esprit général et ses caractères montrent qu'il s'agit d'un droit doté d'un fort particularisme.

A – L'esprit général du droit commercial

7. – L'hétérogénéité et la complexité des règles formant le droit commercial rendent difficiles toutes les tentatives visant à en dégager les spécificités. Les qualificatifs qu'on lui attribue parfois (droit existentialiste², droit bourgeois³) montrent, au-delà des formules, les différentes perceptions qu'il est possible d'en avoir.

Faute de pouvoir réduire un droit aussi dense en quelques idées générales, il faut se contenter de mettre en avant certains de ses traits fondamentaux⁴.

Pour des raisons évidentes, l'esprit du droit commercial est très étroitement lié à celui du commerce. Ainsi, se trouve-t-il d'abord fortement influencé par la finalité des activités commerciales, qui sont orientées vers la recherche du profit⁵. C'est sous cet angle qu'il faut souvent comprendre la logique et les exigences de certaines de ses dispositions. La réalisation de profits passe par la poursuite constante de l'efficacité

1. J. Le Goff, *L'homme médiéval*, éd. Du seuil, Point Histoire, 1989, p. 28. Cet auteur constate qu'au Moyen Âge « en ville, l'argent est roi. La mentalité dominante est la mentalité marchande, celle du profit ».

2. Y. Guyon, *Droit des affaires*, Economica, t. 1, 4^e éd., 1986, n° 2. Selon cet auteur, « c'est un droit existentialiste » car « son existence précède son essence ».

3. Gérard Lyon-Caen, « Contribution à la recherche d'une définition du droit commercial », *RTD com.* 1949, p. 577.

4. J. Pailluseau, « Un nouveau Code de commerce en cette fin de siècle, est-ce une si bonne idée ? », *Études offertes à Jacques Barthélémy*, éd. Techniques 1994, p. 99.

5. Certains textes en sont même l'expression. Ainsi, toute société, précise l'article 1832, alinéa 1^{er}, du Code civil est créée « en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter ».

économique, c'est pourquoi le droit commercial vise à faciliter et à simplifier l'exécution des opérations commerciales¹. Certains textes traduisent expressément ce trait de caractère : les sociétés commerciales sont instituées selon des règles destinées à permettre le partage des bénéfices, l'assouplissement du formalisme favorise la rapidité des transactions, les techniques de transmission des créances professionnelles assurent la circulation de l'argent, ou encore les pratiques issues d'usages, notamment ceux permettant de faire face aux inexécutions contractuelles, contribuent à la régularisation rapide de certaines opérations commerciales.

Le droit commercial est, selon plusieurs écoles de pensée économique, perçu comme d'inspiration libérale². Depuis l'émergence des idées des physiocrates et la consécration, par la Révolution française, du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, « toute la science du droit commercial³ » s'est construite autour des valeurs du marché, que constituent la liberté d'entreprendre, la concurrence et la liberté contractuelle. La construction européenne renforce cette charge idéologique. Est-ce à dire que le droit commercial « ne fait que verbaliser le vouloir des rapports économiques ? » Sa fonction normative est-elle, autrement dit, mise au service des intérêts financiers et des gens d'affaires ? Répondre à ces questions supposerait de mettre à jour les ressorts cachés de la matière, ce qui impliquerait une analyse complète des objectifs que poursuivent les multiples règles qui la composent. S'il est indéniable que certaines de ses dispositions peuvent apparaître comme formant « un droit capitaliste⁴ », d'autres servent cependant à réguler l'exercice du commerce. Les promoteurs du libre marché ne réclament d'ailleurs pas tous aujourd'hui la mise à l'écart des règles et de l'État ; les commerçants sont parfois demandeurs de régulations sectorielles ou de dispositions protectrices ou encadrantes, même s'il est vrai, comme l'a montré Adam Smith, que la motivation du marchand repose avant tout « sur le soin apporté à son propre intérêt ». L'État n'a, par ailleurs, pas abandonné tout pouvoir de contrôle des activités⁵. Il reste toutefois que cette vision correspond au « libéralisme classique ». Avec la montée en puissance de « l'ultra-libéralisme » qui, selon l'observation d'un auteur, considère les lois « comme des

1. V. D. Houtcieff, *Droit commercial*, Sirey, Université, 5^e éd., 2022, n° 39.

2. J. Boncoeur et H. Thouément, *Histoire des idées économiques*, t. 1, Nathan, 2^e éd., 2000, p. 61 et s.

3. Gérard Lyon-Caen, « Contribution à la recherche d'une définition du droit commercial », *RTD com.* 1949, p. 577.

4. Selon l'expression de Jean Carbonnier à propos des règles sur le redressement judiciaire, voir J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, p. 171.

5. V. *infra*, n° 170.

produits législatifs en compétition sur un marché mondial des normes», le droit peut souvent sembler, tant pour les États que pour les entreprises, être « un instrument de mise en œuvre du calcul économique¹ ».

Le droit commercial est ensuite un droit utilitariste, présentant une forte spécialisation. Celles-ci se manifestent dans de nombreuses matières qui le composent (notamment le droit bancaire, le droit des sociétés, ou encore le droit de la concurrence), lesquelles comprennent des règles techniques et complexes qui font de ces disciplines des affaires de spécialistes. Cette spécialisation n'est pas sans conséquences. Elle participe à « l'écatement » du droit commercial dans la mesure où, lorsque certains domaines se dotent d'un ensemble de règles et de principes spécifiques, ils tendent progressivement à s'en détacher pour s'affirmer comme des disciplines autonomes. Ce mouvement entraîne une « décodification » partielle du Code de commerce ; de nombreuses dispositions de nature commerciale se trouvant désormais en dehors de celui-ci. L'apparition de nouveaux codes (tels que le Code de la propriété intellectuelle ou le Code monétaire et financier) illustre cette atomisation.

Le droit commercial est également lié à d'autres disciplines. Sa mise en œuvre s'articule souvent autour d'objectifs spécifiques, dont certains, en lui étant extérieurs, influencent directement son application. Par exemple, la création d'une société commerciale ne répond pas toujours à un intérêt purement commercial ; le but peut être aussi de préparer la transmission d'une entreprise ou encore de permettre à ses associés de bénéficier d'un meilleur statut fiscal et social. Le droit commercial doit ainsi être articulé avec d'autres règles et, ce faisant, il perd une part de son autonomie.

Les règles et les pratiques suivies à l'étranger ne sont pas non plus sans incidences sur le contenu et le développement du droit commercial. Il s'agit d'une matière riche de techniques empruntées à des systèmes juridiques étrangers (par exemple, la société à responsabilité limitée est inspirée du droit allemand ; le contrat de franchise trouve son origine dans les pratiques de distribution issues des États-Unis).

Plus spécifiquement, le droit commercial est un droit conventionnel. Il est le « droit des contrats privés par excellence² ». Ce trait de caractère peut s'expliquer, au moins, de deux manières. D'une part, le concept « d'autonomie de la volonté³ »,

1. A. Supiot, *La Gouvernance par les nombres*, Cours au Collège de France (2012-2014), Fayard, 2015, p. 183 et 184.

2. R. Szramkiewicz et O. Descamps, *Histoire du droit des affaires*, Montchrestien, *op. cit.*, p. 27.

3. Ce principe, qui structure le droit des contrats, s'exprime notamment dans les articles 1101 et 1103 du Code civil. Relevons toutefois que ce principe n'est pas absolu. Le législateur intervient pour en limiter la portée, notamment, comme le montrent de nombreuses dispositions du Code de la consommation, pour protéger la partie réputée économiquement la plus faible.

qui repose sur l'idée que la volonté librement exprimée a le pouvoir de créer des obligations, satisfait aux exigences du libéralisme économique. D'autre part, le contrat constitue l'instrument juridique de tous les rapports de nature pécuniaire ; il est l'outil des échanges économiques. Les commerçants l'utilisent largement et, bien que la loi réglemente de nombreux contrats commerciaux, un espace important est laissé aux aménagements conventionnels.

Le droit commercial est, enfin, un droit en constante évolution. Sous la pression notamment d'impératifs nouveaux (exigence de loyauté, de transparence, de régulation), de la jurisprudence, de pratiques professionnelles innovantes, ainsi que de la législation communautaire, il subit de nombreuses et fréquentes modifications. Le développement de l'économie numérique est aujourd'hui un facteur majeur d'évolution du droit commercial. En modifiant le fonctionnement des échanges et la physionomie de leurs acteurs (« l'ubérisation » en est un exemple), en facilitant l'accès aux données et en donnant naissance à de nouvelles notions (commerce en ligne, nom de domaine, fonds de commerce électronique, blockchain, cryptomonnaies...), il contraint le législateur à adapter le droit. La loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique a préfiguré les textes à venir¹. De telles évolutions, qui ne convergent pas toujours, font que le droit commercial, déjà passablement complexe, présente une lisibilité de moins en moins grande.

B – Les particularités du droit commercial

8. – Bien qu'un mouvement d'uniformisation des règles se soit affirmé ces dernières années, l'un des aspects les plus importants du droit commercial réside dans l'application de règles spécifiques, différentes de celles du droit civil. Ce sont les besoins du commerce qui expliquent l'existence de dispositions spécifiques. Le législateur peut être à l'initiative de ces textes. Toutefois, le plus souvent, il ne fait que s'adapter, pour les encadrer, aux pratiques suivies par les commerçants. L'adoption de certaines règles relatives au commerce électronique illustre cet accompagnement, tout en montrant les difficultés liées à l'intégration des évolutions numériques.

Depuis longtemps, la doctrine a montré que ce sont les idées de rapidité et de sécurité qui permettent de comprendre la plupart des techniques propres au droit commercial, même si d'autres impératifs (comme la confiance, l'efficacité, la

1. L'un des derniers textes importants est le règlement (UE) 2022/1925 du 14 septembre 2022, dit « Digital Markets Act », relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique. Ce texte fixe un nouveau cadre de régulation du marché numérique européen, notamment pour le fonctionnement des plateformes les plus influentes.

transparence, la confidentialité) peuvent également justifier l'existence de certaines règles. On perçoit aisément qu'un contrat de vente portant sur des marchandises doit être vite conclu et payé tout aussi rapidement par l'acheteur, afin que le vendeur puisse à son tour régler son fournisseur, et qu'ainsi le « circuit commercial » fonctionne de manière optimale. Plus largement, toutes les transactions marchandes et financières supposent une rapidité d'exécution, accentuée aujourd'hui par les techniques numériques, afin de satisfaire un monde tourné vers le culte de la vitesse. Sur le plan normatif, cet impératif se traduit de différentes manières. L'exigence de rapidité se manifeste dans de nombreuses pratiques commerciales : recours à des contrats types, à des contrats électroniques, à l'arbitrage, ou à des usages tels que la faculté de remplacement qui permet de suppléer dans les meilleurs délais à certaines inexécutions contractuelles¹. Le besoin de rapidité explique également certaines techniques en matière de crédit (escompte des lettres de change, transmission des créances professionnelles notamment par la signature d'un « bordereau Dailly² ») ou de recouvrement des dettes commerciales (comme l'affacturage)³. Il s'exprime encore à travers les règles de preuve applicables en matière commerciale. Les contrats commerciaux sont souvent conclus sans formalisme afin de ne pas en ralentir la formation ; ainsi, le droit commercial pose un principe de liberté de la preuve entre commerçants, leur permettant de démontrer par tous moyens l'existence et le contenu de leurs actes juridiques⁴.

L'impératif de sécurité prend, quant à lui, toute son importance car il est nécessaire, malgré le besoin de célérité, d'assurer le respect des engagements et la protection des cocontractants. La conclusion de certains contrats suppose, par ailleurs, de protéger les droits des tiers (notamment les créanciers des parties ou les personnes ayant accordé une garantie) contre les risques encourus. Cette exigence de sécurité se traduit de plusieurs manières. Pour effectuer certaines opérations, le droit

1. Sur la notion, voir *infra*, n° 117.

2. Le Bordereau Dailly peut être défini comme : « L'écrit par lequel une personne, appelée le cédant, transfère à un établissement de crédit, appelé le cessionnaire, la propriété de créances professionnelles déterminées afin de garantir un crédit consenti au cédant par le cessionnaire », voir R. Bonhomme, M. Rousille, Instruments de crédit et de paiements, LGDJ, 13^e éd., 2019, n° 258 ; J. Capdeville, M. Storck, M. Mignot, J.-P. Kovar, N. Érésié, Droit bancaire, Dalloz, Précis, 3^e éd., 2021, n° 2427. Sur la cession de créances professionnelles, voir les articles L. 313-23 et s. du Code monétaire et financier.

3. L'affacturage se présente sous différentes formes. Défini simplement, il désigne l'opération par laquelle un établissement spécialisé (le factor) se fait céder des créances par son adhérent et s'engage en contrepartie à lui assurer différents services. Il s'agit avant tout de procéder au recouvrement des créances cédées (matérialisées par des factures). Le factor peut aussi proposer un financement ou encore offrir une assurance-crédit sur les clients. Ces services se cumulent très souvent. Le factor supporte généralement le risque de non-paiement des créances à l'échéance. Comme le souligne un auteur, « c'est tout le poste clients d'une entreprise qui peut être ainsi sous-traité au factor » ; voir D. Legeais, *JurisClasseur Droit bancaire et financier*, Fasc. 580, Affacturage, n° 1.

4. *V. infra*, n° 116.

commercial impose parfois le respect d'un formalisme strict. Par exemple, le contrat de nantissement portant sur un fonds de commerce doit être constaté par un acte authentique ou par un acte sous seing privé¹. La sécurité est également assurée par l'obligation de respecter des mesures de publicité destinées à informer les tiers. De nombreuses opérations sont ainsi assujetties à de telles mesures effectuées soit sur des supports d'annonces légales, soit sur des registres spéciaux. L'obligation faite aux commerçants personnes physiques et aux sociétés de s'immatriculer au registre national des entreprises en est une illustration². Le même impératif justifie encore l'existence de nombreuses règles contraignantes, notamment celles qui obligent les commerçants à établir des documents comptables afin que les personnes intéressées puissent connaître, mais aussi contrôler (comme le fait l'administration fiscale), leur situation financière.

§ III – Une mise en question du droit commercial

9. – Depuis quelques années, l'avenir du droit commercial suscite des discussions doctrinales. Confronté à des mutations économiques et technologiques sans précédent, ce droit, en crise, serait insuffisant pour régir les aspects modernes du commerce ; ce qui justifierait, selon certains auteurs, son remplacement par une discipline nouvelle.

Le droit commercial pourrait évoluer, selon les principales propositions, dans trois directions : le droit des affaires, le droit de l'entreprise ou le droit des professionnels³.

A – Du droit commercial au droit des affaires

10. – L'évolution proposée part d'un constat : le droit commercial ne permet plus de rendre compte de la réalité des règles nécessaires à l'encadrement de l'activité économique. Il s'agit d'une discipline trop étroite, car l'exercice du commerce est soumis à un ensemble de dispositions bien plus diverses (notamment des règles sociales, fiscales, pénales) que celles contenues dans le Code de commerce. Les commerçants ne sont plus de surcroît les seuls acteurs du monde économique ; des entreprises civiles (artisanales, agricoles, libérales) en sont également des sujets importants. Le dépassement du droit commercial pourrait s'opérer par la création

1. Article L. 143-2, alinéa 1^{er}, du Code de commerce.

2. Voir *infra*, n° 174.

3. D'autres propositions ont été formulées, notamment celle d'instituer un droit économique, voir L. Vogel, *Du droit commercial au droit économique*, *Traité de droit des affaires* de G. Ripert et R. Roblot, t. I, LGDJ, 21^e éd., n° 865 et s.

d'un « droit des affaires¹ ». Sans le faire disparaître, ce dernier viendrait englober et prolonger le droit commercial, ce qui constituerait une manière de sortir « d'un positivisme étroit² ». Le droit des affaires permettrait de créer une matière interdisciplinaire qui « fonderait en un seul alliage les techniques juridiques et les techniques de gestion qui concourent à la solution des problèmes d'organisation de la vie des affaires tels qu'ils se présentent quotidiennement à l'entreprise et dans l'entreprise³ ». En somme, il s'agirait d'instituer un droit des affaires, fédérant l'ensemble des règles applicables aux entreprises et à leurs relations de droit privé⁴. Malgré sa pertinence et son intérêt, cette conception n'échappe toutefois pas aux critiques. Retenons-en quelques-unes. Certains auteurs font observer que le droit des affaires n'est en réalité qu'un synonyme moderne du droit commercial. Les tenants de la nouvelle dénomination reconnaissent d'ailleurs que le droit des affaires « englobe ce qui formait la substance du droit commercial et qu'il lui emprunte l'essentiel de ses techniques⁵ ». D'autres relèvent que le contenu actuel du droit commercial reste, quoi qu'on en dise, le fondement des activités commerciales. Il demeure un « tronc commun » sur lequel se greffent d'autres matières, sans qu'il soit nécessaire de l'englober dans un ensemble indifférencié. Il est observé que si toute activité ne peut s'exercer de manière satisfaisante sans respecter des règles puisant leurs sources dans d'autres disciplines que le droit commercial, ces autres règles ont déjà un contenu (droit fiscal, droit social...) et des caractères propres difficilement fongibles dans un vaste ensemble. L'expression droit des affaires n'apporte donc en elle-même rien de nouveau, sauf peut-être d'un point de vue purement didactique en signifiant que les règles applicables aux relations commerciales relèvent d'un vaste *corpus*. Rien n'empêche du reste une transversalité des disciplines (ce qui est déjà très largement le cas), sans vouloir nécessairement créer une nouvelle matière qui n'améliore que très peu les choses. Certains auteurs ajoutent que le droit des affaires, tel qu'il est présenté, est un droit difficile à délimiter. Sous ce qualificatif, ce sont en réalité de multiples dispositions (issues notamment du droit fiscal, du droit du travail, du droit de la concurrence, du droit pénal, du droit de la consommation ou encore du droit de l'environnement) qui s'agrègent. C'est un peu comme si, en droit civil, on voulait réunir dans une seule matière toutes les règles qui s'appliquent aux personnes dans leur vie civile (droit des personnes, des

1. Nombreux sont ainsi, tout en restant toutefois minoritaires, les ouvrages intitulés « *Droit des affaires* ».

2. J. Hilaire, *Le droit des affaires et l'histoire*, Economica, 1995, p. 3.

3. Cl. Champaud, *Le droit des affaires*, PUF, Que sais-je, n° 1978, p. 22.

4. J.-B. Blaise et R. Desgorges, *Droit des affaires, op. cit.*, n° 89.

5. Cl. Champaud, *Le droit des affaires, op. cit.*, p. 3.

obligations, de la responsabilité civile et pénale, des assurances, de la sécurité sociale, du droit fiscal...). Si le droit des affaires correspond à une vision plus juste de la réalité, il est, à l'opposé de « l'étriqué droit commercial¹ », d'un contenu trop large.

B – Du droit commercial au droit de l'entreprise

11. – Les arguments en faveur de la création d'un droit de l'entreprise ne manquent pas. Le droit commercial semble se construire aujourd'hui autour de l'entreprise, à laquelle de nombreux textes font référence : la loi du 11 juillet 1985 permet de créer une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée ; le livre VI du Code de commerce est relatif aux difficultés des entreprises ; l'article L. 123-12 dispose que tout commerçant doit procéder à l'enregistrement comptable des mouvements affectant le patrimoine de son entreprise ; l'article L. 121-4 du même code vise le conjoint du chef d'une entreprise artisanale, commerciale ou libérale ; la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie distingue différentes catégories d'entreprises : les micro-entreprises, les petites et moyennes entreprises, les entreprises de taille intermédiaire, les grandes entreprises². Par ailleurs, le droit communautaire fait de l'entreprise, comme l'expriment certains textes³, une entité commune à tous les États membres.

Consacrer l'entreprise serait, au fond, non seulement rationnel, mais permettrait également une prise en compte globale des multiples intérêts que dissimulent les notions trop étroites de commerçant ou de société, qui tendent souvent à réduire l'activité à la seule satisfaction d'intérêts particuliers. L'entreprise permettrait de synthétiser le domaine d'application des règles propres à l'exercice d'une activité. Les entreprises, qu'elles soient commerciales ou civiles, seraient soumises à un régime unitaire.

1. F. Dekeuwer-Défossez, E. Blary-Clément, C. Le Goffic, *Droit commercial*, *op. cit.*, n° 39.

2. V. l'article 51 de cette loi. Cet article dispose : « Pour les besoins de l'analyse statistique et économique, les entreprises peuvent être distinguées selon les quatre catégories suivantes : les microentreprises ; les petites et moyennes entreprises ; les entreprises de taille intermédiaire ; les grandes entreprises. Un décret précise les critères permettant de déterminer la catégorie d'appartenance d'une entreprise ». Pour un exemple d'application, voir l'article L. 141-28, alinéa 1^{er}, du Code de commerce. D'autres codes que le Code de commerce utilisent le terme, notamment le Code du travail (par exemple à l'article L. 1111-2), le Code monétaire et financier (article L. 511-1) ou encore du Code des assurances (article L. 310-1).

3. Par exemple, le titre VII du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne relatif aux « Règles communes sur la concurrence, la fiscalité et le rapprochement des législations », contient dans son chapitre I^{er} portant sur la concurrence, une section 1^{re} intitulée : « Les règles applicables aux entreprises ».

Cette proposition se heurte toutefois à un certain nombre de difficultés. La notion d'entreprise, malgré l'emploi fréquent du terme par le législateur, n'a aucune véritable existence juridique¹. Le droit français ne donne à l'entreprise aucune personnalité juridique. En l'état actuel du droit positif, les acteurs du droit commercial ne peuvent être que des personnes physiques (des commerçants individuels) ou des personnes morales (des sociétés commerciales), mais pas des entreprises auxquelles la personnalité morale n'est pas accordée. Il en résulte, ce qu'enseigne le droit des biens, que l'entreprise n'a pas de patrimoine propre ; les éléments qui sont censés la composer sont intégrés dans le patrimoine du commerçant qui, lui seul, est doté de la personnalité juridique. Sur le plan de la procédure civile, l'entreprise ne peut ni ester en justice ni être poursuivie ; c'est le commerçant qui doit agir et être mis en cause.

Généralement, ce n'est cependant pas sur le terrain de la personnalité juridique que les discussions sur l'entreprise se cristallisent, mais sur sa structure et sa composition. L'entreprise est une notion difficile à saisir. Depuis que Jean Escarra en a fait un critère d'identification des actes de commerce², les approches et les définitions doctrinales ont été nombreuses, mais aucune n'a obtenu une pleine et entière adhésion. Bien que tous les auteurs s'accordent depuis longtemps pour considérer que l'entreprise se différencie du fonds de commerce et ne saurait se confondre avec la notion de société, la notion reste encore incertaine³. Sans pouvoir reprendre ici toutes les conceptions proposées, relevons-en quelques-unes.

Lors de leur étude sur la commercialité des actes, Ripert et Roblot considèrent que l'entreprise désigne « la mise en œuvre d'éléments nécessaires à l'activité professionnelle⁴ ». Elle est un moyen permettant à l'entrepreneur d'unir les facteurs de production, le capital et le travail. Dans le prolongement de cette conception et en retenant une approche synthétique des textes qui la mentionnent, un auteur a proposé de l'analyser comme une entité supposant l'exercice d'une activité autonome, répétitive, ayant un caractère économique et reposant sur l'existence de moyens nécessaires à cet exercice⁵. Par comparaison avec la notion de société, d'autres auteurs la définissent « comme un ensemble cohérent de moyens humains et matériels regroupés, quelle que soit la forme juridique de ce groupement, en vue

1. Il est admis depuis longtemps que, si la personnalité juridique trouve son fondement dans la loi, elle peut également être consacrée par la jurisprudence, voir Cass. civ., 28 janvier 1954, Comité d'établissement de Saint-Chamond, D. 54, 217, note G. Levasseur. Toutefois, la Cour de cassation n'a jamais accordé la personnalité morale à l'entreprise.

2. Jean Escarra, *Principes de droit commercial*, avec la collaboration de Jean Rault et Édouard Escarra, Librairie du recueil Sirey, 1934, n° 102 et s., voir *infra*, n° 104.

3. M. Despax, *L'entreprise et le droit*, Thèse, Toulouse, 1956, p. 2.

4. G. Ripert, R. Roblot, *Traité de droit commercial*, *op. cit.*, n° 139.

5. B. Mercadal, « La notion d'entreprise », *Mélanges offerts à Jean Derrupé, Litec*, 1991, p. 9 et s.

de l'exercice d'une activité régulière participant à la production ou à la circulation des richesses, autrement dit une activité économique¹ ». En croisant les notions d'activité et d'organisation juridique, l'entreprise a encore été présentée de manière plus complète comme « une entité économique » présentant un certain nombre de caractéristiques fondamentales. Elle regroupe à la fois des moyens affectés à l'exercice d'une activité (des capitaux, des biens), un centre de décision et de pouvoir (des dirigeants), une organisation complexe (c'est-à-dire des structures permettant une exploitation), une communauté humaine organisée en différents centres d'intérêt (notamment celui des apporteurs de capitaux et celui des salariés). Selon cette conception, proche de l'organisation actuelle, la notion de société (comprise comme une personne ayant la personnalité morale) est la « structure d'accueil » de l'entreprise ; elle donne aux entreprises qui l'adoptent une personnalité morale qu'elles n'ont pas en tant que telles. La société constitue en d'autres termes la forme juridique de l'entreprise². Plus récemment, l'entreprise a été analysée comme « un centre autonome de décision exerçant une activité de nature économique³ ». Observons que la jurisprudence participe également à l'élaboration de la notion⁴. Le droit communautaire s'intéresse, pour sa part, depuis longtemps à l'entreprise. La Cour de Justice de la communauté européenne (devenue depuis la Cour de Justice de l'Union européenne) a estimé que « la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de fonctionnement⁵ ».

Bien que certains éléments constitutifs semblent se dégager de ces différentes approches (organisation de moyens humains et matériels, exercice d'une activité économique, autonomie d'exercice, centre de décision), la synthèse qui pourrait en être faite n'épuise toutefois pas les difficultés posées. De nombreuses questions, qui permettraient la consécration de l'entreprise, restent posées. La notion d'entreprise n'implique-t-elle pas la disparition de celle de société ? Quelle doit être la place et quels doivent être les droits respectifs des différentes personnes (apporteurs de

1. M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 36^e éd., n° 29.

2. V. en particulier, J. Paillusseau, « Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit », D. 1997, chron., p. 97 ; et du même auteur, « Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ? », D. 1999, Chron. p. 157.

3. Th. Lamarche, « La notion d'entreprise », *RTD com.* 2006, p. 709 et s., spécialement n° 38.

4. Cass. civ., 1^{re}, 30 mars 1994, n° 92-18.764. En l'espèce, les juges ont considéré « qu'une collectivité locale, même si elle est amenée à favoriser le maintien ou le développement de l'économie sur son territoire n'est pas, elle-même, une entité à finalité économique, c'est-à-dire une entreprise ». Voir aussi Cass. civ., 1^{re}, 12 mars 2002, n° 99-15.598, où il a été jugé qu'une société immobilière n'est pas une entreprise au sens de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier.

5. CJCE, 23 avr. 1991, Höfner c/Macrotron GbmH, aff. C-41/90, Rec. CJCE 1991, I, p. 1979 ; également à propos d'un fonds de pension des membres de professions libérales, CJCE, 12 sept. 2000, Pavlov et a. c. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, aff. jtes C-180/98 à C-184/98, Rec. CJCE 2000, I, p. 6451 ; *RTD com.* 2001, p. 537, obs. S. Poillot-Peruzetto.

capitaux, dirigeants, salariés) pouvant composer l'entreprise? Peut-il exister, à l'instar des groupes de sociétés, des groupes d'entreprises? Comment appréhender l'entreprise à l'ère des technologies numériques? Ces questions, parmi tant d'autres, montrent que le chemin à parcourir pour que le droit consacre de manière totalement effective la notion d'entreprise est encore long.

C – Du droit commercial au droit des professionnels

12. – L'idée sous-jacente est de déplacer les frontières traditionnelles : il n'y aurait plus, d'un côté, des commerçants et, de l'autre, des non-commerçants, mais des professionnels et des non-professionnels. La notion de « professionnel » serait appréciée plus largement que celle de commerçant, afin d'englober toutes les personnes poursuivant un but lucratif en utilisant des techniques de financement, d'organisation et de gestion.

Cette proposition repose sur la constatation que de nombreux textes emploient de plus en plus souvent les termes « professionnels » et « non-professionnels ».

Certaines dispositions du Code de la consommation en sont une illustration. Dans l'article liminaire de sa partie législative, ce code définit les termes « professionnel », « non-professionnel » et « consommateur¹ », ce qui conditionne ensuite l'application de nombreux textes. Par ailleurs, et bien que les notions ne soient pas synonymes, le législateur a introduit dans le langage juridique l'expression « activité professionnelle », à côté des notions « d'activité commerciale » et « d'actes de commerce ». Par exemple, l'article L. 121-5 du Code de commerce dispose qu'une personne commerçante ou relevant du secteur des métiers et de l'artisanat ne peut aliéner ou grever de droits réels les éléments du fonds de commerce, sans le consentement exprès de son conjoint, lorsque celui-ci participe à son « activité professionnelle » en qualité de conjoint travaillant dans l'entreprise. L'article L. 526-22, alinéa 1^{er}, du même code dispose qu'un entrepreneur individuel est une personne physique qui exerce en son nom propre « une ou plusieurs activités professionnelles indépendantes ». L'article L. 620-2, alinéa 2, du Code de commerce rend la procédure de sauvegarde applicable à toute personne physique exerçant une « activité professionnelle indépendante ».

1. L'article liminaire du Code de la consommation définit comme « professionnel » : « Toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel. Il définit comme « non-professionnel » : « Toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles ». Et comme « consommateur » : « Toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ».

Au fond, la notion de « professionnel » serait plus appropriée pour désigner l'ensemble des personnes exerçant une activité, qu'elle soit commerciale, artisanale, libérale ou agricole. Le droit commercial pourrait ainsi évoluer vers un droit professionnel, plus adapté à la diversité des activités économiques.

Cette évolution pose toutefois de nombreuses questions. Peut-on réellement soumettre aux mêmes règles tous les professionnels et toutes les activités ? Est-ce qu'un commerçant et un médecin, professionnels tous les deux, doivent être assujettis à un régime juridique identique ? Les professionnels doivent-ils relever de la compétence des tribunaux de commerce ou des juridictions civiles ? Quel sort réserver aux professionnels agissant en dehors de leur domaine d'activité ? Tous les acteurs économiques souhaitent-ils aujourd'hui être intégrés à la catégorie des « professionnels » ? Il suffit, pour en douter, de considérer la réticence actuelle des artisans à être assimilés aux professions commerciales. La liste des questions est loin d'être close. La notion de professionnel gagne certes du terrain pour déterminer le champ d'application de certaines règles, mais elle reste loin de supplanter les anciennes qualifications en raison des obstacles restant à franchir. On peut d'ailleurs douter de la volonté du législateur de faire prévaloir cette notion, tant certains textes récents visent toujours nommément les commerçants¹.

Section II

L'évolution historique

13. – Les premières règles d'encadrement des échanges commerciaux ont été élaborées par les commerçants eux-mêmes². Progressivement, avec le développement des activités et la nécessité de sécuriser et d'harmoniser les pratiques, des usages, puis des textes écrits ont fini par créer un droit commercial.

Comme l'ont souligné les historiens, la naissance et l'évolution des règles commerciales dépendent des transformations politiques, sociales, démographiques, mais aussi techniques propres à chaque époque. La « civilisation économique³ » qui est aujourd'hui la nôtre doit ainsi intégrer le développement des infrastructures numériques dans l'élaboration du droit et ses modalités d'application.

1. V. par exemple, certains articles de la loi n° 2010-658 du 10 juin 2010, de l'ordonnance n° 2014-86 du 30 janvier 2014, ainsi que de l'ordonnance n° 2021-1189 du 15 septembre 2021.

2. G. Minaud, *Les gens de commerce et le droit à Rome, Essai historique et sociale du commerce dans le monde antique romain*, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 2011, p. 30.

3. F. Braudel, *Grammaire des civilisations*, Les éditions Arthaud, 1987, titre I^{er}, chapitre I^{er}, p. 50.

Retracer en quelques pages une histoire s'étendant sur des millénaires n'est pas chose facile. Les grandes lignes de cette évolution peuvent être présentées en prenant le Code de commerce comme point de repère historique.

§ I – Le droit commercial avant le Code de commerce

14. – Les grandes périodes historiques n'ont pas eu la même incidence sur la création du droit commercial. Deux grandes époques sont généralement distinguées par les historiens : un long temps de formation qui s'étend des civilisations de l'Antiquité au Moyen Âge ; une période de structuration et de perfectionnement à partir du milieu du Moyen Âge.

A – Des civilisations de l'Antiquité au Moyen Âge

15. – Comme c'est le cas du droit en général, les conditions de naissance du droit commercial nous échappent « en raison des lacunes documentaires affectant des périodes si lointaines¹ ». Les travaux des historiens et des ethnologues ne permettent de reconstituer que certains aspects de la législation commerciale.

La forme la plus ancienne des échanges commerciaux fut, semble-t-il, le troc. Il obéissait à des modalités précises, mais celles-ci ne sont pas considérées comme constituant un *corpus* de règles.

De la civilisation égyptienne, dont on sait qu'elle accordait une place importante au commerce et que ses marchands développaient les échanges au-delà de la seule vallée du Nil, nous n'avons que peu de traces des pratiques juridiques en matière commerciale. Les historiens relèvent que les Égyptiens ont mis en place des principes contractuels et des techniques de prêt.

Les Assyriens furent, au début du II^e millénaire avant J.-C., une communauté de marchands très active. Ils développèrent le commerce selon un circuit d'échanges de longue distance impliquant plusieurs régions du Moyen-Orient et centré autour de la ville de Kanesh². Pour acheminer les marchandises par caravanes, ils mettaient en place des techniques de regroupement des marchands ; les bénéfices étaient ensuite répartis selon les investissements de chacun.

1. N. Rouland, *Introduction historique au droit*, PUF, 1^{re} éd., 1998, p. 58, n° 22.

2. R. Szramkiewicz et O. Descamps, *Histoire du droit des affaires*, op. cit., n° 22.

C'est à la civilisation babylonienne que nous devons l'une des plus remarquables traces écrites du droit¹. Elle a pris la forme d'une législation publique, parvenue jusqu'à nous, à travers le « code » d'Hammurabi². Gravé sur pierre, il comporte un ensemble de dispositions régissant notamment des techniques commerciales telles que le prêt à intérêt, le contrat de commission, les sociétés de commerce, qui préfigurent les instruments juridiques à venir³.

Les historiens attribuent toutefois généralement « aux peuples de la mer » les premières véritables législations commerciales. C'est à partir de leurs lieux d'installation qu'il est possible de suivre le plus précisément l'évolution du commerce et de certains de ses aspects juridiques⁴. Les Phéniciens, grands navigateurs du monde méditerranéen, établirent des règles pour le commerce maritime. La plus importante est sans doute la « loi rhodienne du jet à la mer », ancêtre de la théorie des avaries communes (reprise par les Romains, puis par le Code de commerce en 1807), qui était une technique permettant de répartir entre tous les négociants les pertes de marchandises subies au cours d'un voyage (notamment celles liées aux jets de marchandises à la mer pour alléger le navire et éviter un naufrage)⁵.

La ville de Carthage, fondée par les Phéniciens, fut, vers le v^e siècle avant J.-C., la puissance commerciale dominante en Méditerranée occidentale. De cette période, peu de traces écrites des pratiques commerciales nous sont parvenues, et celles qui subsistent restent difficilement exploitables.

La civilisation grecque a mis en place un vaste empire commercial. Les différentes époques n'ont toutefois pas toutes été marquantes dans l'évolution du droit commercial. La période essentielle semble avoir été celle des vi^e et v^e siècles avant J.-C. Le premier apport sur lequel les historiens insistent dans la création du droit est le rôle des échanges commerciaux entre cités. La civilisation grecque se caractérise par l'existence de cités qui étaient fixées dans les villes grecques mais aussi, par colonisation, dans les villes côtières de la mer Noire et de la mer Méditerranée

1. C'est le code d'Ur-Nammu (le roi d'Ur, vers 2100-2094 avant J.-C., fut le fondateur de la III^e dynastie d'Ur) qui constitue le plus ancien témoignage que nous possédons, voir J. Gaudemet, *Les naissances du droit*, op. cit., 1977, p. 3.
2. C'est au roi d'Hammurabi (ou d'Hammourabi) né vers 1810 et mort vers 1750 avant J.-C. que l'on doit cette stèle sur laquelle figure une législation publique. Les textes, écrits en cunéiforme et akkadien (babylonien), datent d'environ 1750 avant J.-C. Ils ne constituent pas un code au sens entendu aujourd'hui ; la nature exacte de ces textes reste discutée, voir Szramkiewicz et O. Descamps, *Histoire du droit des affaires*, op. cit., n° 19 ; J. Gaudemet, *Les naissances du droit*, op. cit., p. 4 et s.
3. R. Szramkiewicz et O. Descamps, *Histoire du droit des affaires*, op. cit., n° 20.
4. R. Szramkiewicz et O. Descamps, *Histoire du droit des affaires*, op. cit., n° 24 ; G. Lefranc, *Histoire du commerce*, PUF, Que sais-je, n° 55, p. 8.
5. V. notamment Max Weber, *Histoire économique, Esquisse d'une histoire universelle de l'économie et de la société*, Gallimard, Bibliothèque des sciences humaines, 1992, p. 226 et s. ; R. Szramkiewicz et O. Descamps, *Histoire du droit des affaires*, op. cit., n° 34.

occidentale et orientale. Ces cités passaient entre elles des accords, avec leurs propres règles, afin de faciliter les échanges. Les historiens relèvent ensuite que le commerce se développe grâce à la présence d'étrangers dénommés « Métèques¹ ». Ils exerçaient le commerce principalement depuis des ports, comme celui du Pirée, où ils étaient relégués. Un droit commercial propre, le « droit des Métèques », s'est progressivement forgé à côté du droit civil pour régir les rapports commerciaux². Une justice spécifique, fondée au départ sur l'arbitrage puis sur des « tribunaux pour les Métèques », conduira à stabiliser l'application des règles³.

Le rôle joué par la monnaie dans le développement et les pratiques du commerce a été considérable. La monnaie, probablement issue de Lydie, est utilisée dans les grandes cités marchandes, avant de se répandre dans toutes les autres cités, qui frapperont leurs propres pièces. Le recours croissant à la monnaie facilitera les opérations commerciales et suscitera progressivement le commerce de l'argent, et, avec ce négoce, l'essor de nouveaux métiers.

Les historiens observent que l'époque grecque correspond à une période d'intervention de l'État dans le commerce, notamment par la création de banques et l'adoption de mesures fiscales. Cette période marque le début d'un droit économique, poursuivi à Rome, puis perfectionné au cours des siècles suivants.

Sur le plan des techniques juridiques, certaines pratiques maritimes issues des Phéniciens ont été reprises et développées. Le « prêt nautique » (*nauticum fenus*), qui deviendra par la suite le prêt « à la grosse aventure », a été mis en place⁴. Cette technique permettait aux négociants maritimes d'emprunter de l'argent afin de financer une expédition ; cet argent devait être remboursé moyennant d'importants intérêts en cas de réussite, mais n'était pas restitué en cas de naufrage du navire. Concernant le commerce terrestre, c'est au cours de cette période qu'a été posé pour la première fois le principe selon lequel chaque associé d'une société participe aux bénéfices et aux pertes à proportion de sa part dans le capital. En matière contractuelle, les Grecs ont fixé certains principes, tels que le recours à l'écrit, la bonne foi ou encore les sanctions en cas de retard d'exécution.

En soulignant que la période grecque fut fortement engagée dans l'économie des échanges, les historiens considèrent que sa contribution à l'élaboration du droit commercial demeure nuancée. Ils observent qu'elle n'a pas donné naissance à une

1. Les Métèques provenaient d'une autre cité grecque, à la différence des « barbares » qui étaient des étrangers non-Grecs ne parlant pas le grec, voir R. Szramkiewicz et O. Descamps, *Histoire du droit des affaires*, op. cit., n° 30.

2. R. Szramkiewicz et O. Descamps, *Histoire du droit des affaires*, op. cit., n° 30.

3. R. Szramkiewicz et O. Descamps, *Histoire du droit des affaires*, op. cit., n° 32.

4. R. Szramkiewicz et O. Descamps, *Histoire du droit des affaires*, op. cit., n° 35.

législation commerciale générale¹. Le droit grec n'a laissé qu'un certain nombre de techniques juridiques très en retrait par rapport au développement considérable du commerce. Ces techniques vont néanmoins, relèvent-ils, se diffuser et marquer durablement l'influence du droit grec.

Avec l'avènement de la période romaine, l'essor du commerce se poursuit. L'Empire romain va devenir, grâce à la conquête du bassin méditerranéen, une plaque tournante du commerce maritime et terrestre. À l'origine, Rome ne connaissait que le droit civil ; il était un droit applicable aux seuls citoyens romains. Afin de régir les rapports juridiques avec les étrangers (« les pérégrins » qui sont souvent des étrangers issus des provinces conquises), les Romains instaurèrent un *jus gentium*. Ce « droit des gens » comprenait des règles destinées à régir les actes juridiques passés avec les étrangers et accordait un minimum de droits à toute personne en dehors de sa cité d'origine. Le *jus gentium* se développa à côté du *ius civile*. Peu à peu, les Romains ont admis qu'il puisse être appliqué dans les relations commerciales². Les préteurs pérégrins, magistrats chargés de rendre la justice dans les affaires impliquant les étrangers, jouèrent un rôle essentiel dans son élaboration³.

Certaines dispositions économiques issues du *jus gentium* figureront dans le Code Théodosien (premier code publié en 438).

En reprenant, en adaptant ou en créant de nouvelles règles, les Romains ont permis de structurer certaines pratiques nécessaires au commerce⁴. Les sources juridiques, assez nombreuses dont disposent les historiens, montrent qu'ils ont favorisé la conclusion des contrats en assouplissant leurs conditions de formation (le consensualisme s'impose notamment pour le mandat, le louage). Certaines opérations (telles que le prêt, la vente, le gage) ont été facilitées. L'utilisation de sociétés commerciales s'est intensifiée afin de favoriser l'exercice de nombreuses activités (notamment bancaires). Le droit romain reconnaîtra la tenue de registres commerciaux, lesquels font foi en justice. Il appliquera la présomption de solidarité commerciale entre commerçants débiteurs⁵ ; ce principe subsiste aujourd'hui sous la forme d'un usage.

1. L. Gernet, *Droit et institutions en Grèce antique*, Champs/Flammarion, 1982, p. 276 et s. ; Fustel de Coulanges, *La cité antique*, Champs/Flammarion, 1984, p. 230 et s.

2. R. Szramkiewicz et O. Descamps, *Histoire du droit des affaires*, op. cit., n° 54 et s.

3. C'est la raison pour laquelle on parle de droit « prétorien » ; l'expression est toujours employée.

4. R. Szramkiewicz et O. Descamps, *Histoire du droit des affaires*, op. cit., n° 69 et s.

5. R. Szramkiewicz et O. Descamps, *Histoire du droit des affaires*, op. cit., n° 68.

En matière maritime, domaine de très forte activité, ils ont donné naissance à de nouvelles actions judiciaires, notamment à une action contre l'armateur (*actio exercitoria*)¹.

Les Romains ont également amélioré le droit de la faillite. À partir du II^e siècle avant J.-C., cette procédure, qui est applicable aux commerçants mais aussi aux non-commerçants, est passée d'une voie d'exécution portant sur la personne même du débiteur à une procédure s'exerçant sur ses biens (*venditio bonorum*)², préfigurant ainsi les bases du droit moderne.

À Rome est apparue, aux côtés des petits marchands, une véritable classe sociale de « bourgeoisie d'affaires », très puissante dans les domaines maritimes et bancaires³.

Les Romains ont repris, en la renforçant, l'intervention étatique, notamment en fixant les prix que certaines denrées ne devaient pas dépasser⁴, en recourant à la législation fiscale⁵, en prescrivant des incitations à exercer certaines activités ou, au contraire, en prohibant certaines autres⁶. Durant le Bas-Empire, afin de faire face à la crise économique, l'État exerça lui-même certaines activités commerciales (notamment bancaires) et organisa un régime corporatif des métiers, qui deviendra progressivement obligatoire, afin de maîtriser la production.

Malgré l'essor du commerce et du droit qui le régit, les historiens dressent un bilan contrasté de la période romaine. L'œuvre législative des Romains n'est pas, en droit commercial, aussi marquante que pourrait le laisser penser le développement des techniques juridiques. Si certaines avancées marqueront la législation

1. R. Szramkiewicz et O. Descamps, *Histoire du droit des affaires*, op. cit., n° 46. Ces actions sont l'œuvre du « préteur », c'est-à-dire du magistrat chargé de rendre la justice.
2. Selon la loi des XII Tables, le créancier impayé pouvait soit vendre comme esclave son débiteur en dehors de la cité car il était devenu un étranger, soit le faire travailler pour lui, soit décider de le faire mettre à mort, voir R. Szramkiewicz et O. Descamps, *Histoire du droit des affaires*, op. cit., n° 83.
3. Il existait à Rome différents types de commerçants. Pour désigner le commerce, dans son sens économique, le mot *commercium* était employé. Le *negotiator* était un investisseur professionnel mobilisant les sommes nécessaires à la réalisation d'opérations. Le *mercator* transportait des marchandises afin de les vendre. Le terme *mercator* est également parfois utilisé pour désigner celui qui achète ou vend *lucri causa* (dans un souci de profit). Les *argentarii* occupaient le rôle de banquiers en gardant les dépôts individuels, en encaissant les lettres de crédit et de change ; selon les historiens, les banquiers romains finançaient essentiellement la consommation des particuliers, voir Max Weber, *Histoire économique, Esquisse d'une histoire universelle de l'économie et de la société*, op. cit., p. 238, et G. Minaud, *Les gens de commerce et le droit à Rome*, op. cit., p. 168 et 306 ; R. Szramkiewicz et O. Descamps, *Histoire du droit des affaires*, op. cit., n° 41 et s.
4. En 301 après J.-C., Dioclétien prend « l'Édit du maximum », les prix fixés ne devaient pas être dépassés sous peine de sanction, et même de mort, R. Szramkiewicz et O. Descamps, *Histoire du droit des affaires*, op. cit., n° 93.
5. Les « publicains », gens d'affaires issus de la bourgeoisie étaient chargés de lever l'impôt public et d'exécuter les dépenses de l'État, c'est le système de « l'affermage », R. Szramkiewicz et O. Descamps, *Histoire du droit des affaires*, op. cit., n° 47.
6. V. G. Minaud, *Les gens de commerce et le droit à Rome*, op. cit., p. 331 et s.

commerciale ultérieure¹, Rome n'a pas donné naissance à un véritable droit commercial. Les règles applicables au commerce étaient trop dispersées pour former une unité². Le *jus gentium*, en devenant un droit respecté par les étrangers comme par les citoyens romains, fait office de droit commercial. Bien qu'il soit suffisant pour satisfaire et faciliter les principales opérations de négoce, il ne constitue pas encore un *corpus* de règles; ce qui n'interviendra qu'au cours des siècles suivants.

B – Du Moyen Âge au Code de commerce

16. – Après la chute de l'Empire romain d'Occident (476 après J.-C.) s'ouvre une longue période de stagnation, voire de régression économique, qui va durer environ cinq siècles. Puis, le commerce reprendra sa marche en avant pour connaître un développement sans précédent.

Comme l'a écrit Braudel, « tout n'a pas commencé, mais tout s'affirme à partir du XI^e siècle³ ». De profondes transformations vont orienter l'activité commerciale vers un modèle présentant les caractéristiques d'un capitalisme marchand⁴. Dans ce contexte, le droit commercial va progressivement s'affirmer comme un instrument essentiel, gagnant ainsi en autonomie.

Cette évolution résulte de conditions particulières qui, accumulées sur plusieurs siècles, constituent un ensemble de facteurs favorables⁵. L'avènement du droit commercial coïncide d'abord avec l'essor du commerce, qui s'intensifie à partir du XII^e siècle. Le commerce terrestre prend une nouvelle dimension avec les foires qui eurent lieu notamment dans les grandes villes d'Italie (Gênes, Florence, Venise), de Flandre (Bruges, Anvers) et de Champagne (Troyes, Provins)⁶. Au cours de ces foires, des usages commerciaux vont voir le jour afin d'assurer la sécurité et la rapidité des transactions. Ils vont peu à peu s'affirmer et s'appliquer aux opérations de négoce, indépendamment de la nationalité des commerçants et parfois même des lieux. La nécessité de règles communes va ainsi progressivement s'imposer. La lettre de change (utilisée comme moyen de paiement de place en place et en tant que procédé permettant d'éviter le transport d'argent sur des routes peu

1. V. R. Szramkiewicz et O. Descamps, *Histoire du droit des affaires*, op. cit., n° 99; ces auteurs relèvent trois avancées majeures: un phénomène de systématisation du droit (dû notamment aux juristes et aux professeurs de droit), un phénomène d'intervention du pouvoir impérial et un phénomène de codification.

2. V. G. Minaud, *Les gens de commerce et le droit à Rome*, op. cit., p. 326 et s.

3. F. Braudel, *L'identité de la France, Les hommes et les choses*, Les éditions Arthaud, 1986, t. 2, chap. III, p. 15.

4. Selon l'expression de F. Braudel, *L'identité de la France, Les hommes et les choses*, op. cit., p. 308.

5. V., F. Braudel, *L'homme médiéval*, op. cit., p. 311.

6. F. Braudel, *Les Jeux de l'échange, Civilisation matérielle, économie et capitalisme, XV^e-XVIII^e siècle*, t. 2, 1980, Armand Colin, p. 112 et s.

sûres)¹ va, par exemple, se transformer pour devenir un instrument de crédit et de spéculation par le jeu des délais de paiement et du cours des monnaies. Les juridictions spéciales des foires se développent également, ce qui permet à certaines règles commerciales (comme celles de la faillite) de se consolider.

L'essor du commerce, et des règles qui l'encadrent, tient ensuite à l'évolution des facteurs démographiques, religieux et surtout politiques qui vont peu à peu transformer la société médiévale. Selon les historiens, ce sont les changements démographiques et urbains qui constituent les éléments déterminants du processus. Après une phase de régression de la population, provoquée par les épidémies (au milieu du ^{xiv}^e siècle)², les guerres (notamment la guerre de Cent Ans) et les conditions climatiques (à l'origine de nombreuses famines) qui ramènent la société à un stade d'économie naturelle³, la situation se stabilise, permettant ainsi un nouvel essor du commerce. Le commerce de proximité progresse sous l'impulsion du commerce au long cours, qui favorise le développement et la diversification des approvisionnements. Les grandes expéditions maritimes permettent l'ouverture de nouvelles voies d'échanges, notamment dans la partie orientale de la mer Méditerranée et en mer du Nord.

Pendant cette période apparaît une « civilisation urbaine », qui entraîne l'émergence d'un commerce sédentaire. Les revenus élevés que procurent les activités artisanales et commerciales urbaines exercent un effet d'attraction, poussant la population vers les villes. Le développement des manufactures est un facteur considérable d'intensification de l'activité. De grandes métropoles voient le jour, ce qui stimule l'augmentation des courants d'échanges. Certaines villes deviennent des places financières, favorisant l'essor du négoce bancaire ; les métiers de l'argent (notamment celui de changeur) se stabilisent.

Les marchands, de plus en plus puissants, contribuent au développement de grandes sociétés commerciales. En gagnant ainsi en puissance financière, ils changent de rang social. Certains se rapprochent de la cour royale pour prendre part aux affaires publiques ; ils peuvent ainsi faire adopter des règles favorables au commerce.

1. Comme l'écrit Braudel, « une lettre de change, c'est en principe l'envoi, d'une place sur une autre, ou sur une foire, d'une somme d'argent à verser dans une autre monnaie », F. Braudel, *L'identité de la France, Les hommes et les choses*, op. cit., p. 378.

2. Les historiens estiment que la peste noire a fait, au milieu du ^{xiv}^e siècle, environ vingt-cinq millions de victimes en Europe.

3. V. Boncoeur et H. Thouément, *Histoire des idées économiques*, op. cit., p. 29 et s.

Les corps de métiers ont également joué un rôle essentiel, en réglementant les conditions d'exercice auxquelles étaient assujetties les différentes professions artisanales et commerciales¹. Tout en participant à l'organisation du commerce, ces corporations s'en approprient la maîtrise et participent à la mise en place de la législation commerciale.

L'Église, sous l'influence de certains théologiens mais aussi des « exigences terrestres² », a assoupli sa doctrine sur la prohibition du prêt à intérêt, ce qui favorise le développement du crédit et de certaines opérations utiles aux activités commerciales³. Tel est le cas, par exemple, de la « *commenda* », qui est une opération reposant sur un prêt consenti par un entrepreneur terrestre à un navigateur, pour lequel l'Église accepte, en raison du risque de perte du capital, de faire exception à la prohibition du prêt à intérêt⁴. La doctrine thomiste, qui prônait l'interdiction des activités marchandes spéculatives et exprimait une méfiance envers certaines transactions commerciales (notamment à travers l'idée du « juste prix »), évolue progressivement sous l'effet des transformations économiques et sociales.

La justice commerciale s'organise. Des juridictions consulaires sont créées dans plusieurs villes; un édit de 1563 institue une juridiction permanente à Paris. Le recours aux tribunaux permet d'approuver certaines pratiques commerciales et d'exclure celles qui ne respectent pas les règles établies.

Le développement des techniques (notamment liées à l'énergie hydraulique et éolienne) a favorisé le passage d'une production encore rudimentaire à un début d'industrialisation. L'imprimerie, en augmentant et en standardisant progressivement l'usage des écrits, a favorisé les transactions en renforçant leur sécurité, tout en permettant aux textes d'affirmer leur autorité.

Les évolutions politiques vont largement contribuer aux mutations du droit commercial. Le pouvoir royal va peu à peu affirmer son autorité sur l'aristocratie terrienne. Dans cette lutte, il bénéficiera du soutien des commerçants. Puis, pour

-
1. V. Max Weber, *Histoire économique, Esquisse d'une histoire universelle de l'économie et de la société*, op. cit., p. 160 et s.
 2. V. F. Braudel, *L'homme médiéval*, op. cit., p. 285.
 3. Sur la question de l'usure, voir R. Szramkiewicz et O. Descamps, *Histoire du droit des affaires*, op. cit., n° 117 et s.
 4. Max Weber explique que la règle était différente dans le sud et le nord de l'Europe. Dans le Sud, « la règle était que le marchand itinérant fût l'entrepreneur à qui était donné la *commenda*, dans la mesure où s'absentant pendant des années en Orient, il ne pouvait pas être contrôlé. Il se faisait entrepreneur, prenait des *commendae* (jusqu'à dix ou vingt) de divers côtés et réglait ses comptes avec chaque pourvoyeur de *commenda* séparément ». Dans le nord de l'Europe, on appliquait une règle inverse « l'entrepreneur était associé qui restait au port; c'était lui qui entraînait en relation avec plusieurs associés itinérants et qui leur donnait les *commendae*. Mais il était interdit, ici, au gérant d'accepter plusieurs *commenda* », Max Weber, *Histoire économique, Esquisse d'une histoire universelle de l'économie et de la société*, op. cit., p. 249.

des raisons liées à la volonté de conserver les faveurs financières des marchands, mais également au regard de considérations politiques et de finances publiques (notamment la puissance résultant d'une économie prospère et la perception de taxes), ainsi qu'à la demande du monde marchand lui-même (désireux de consolider les bonnes pratiques, d'en soutenir de nouvelles et de lutter contre la fraude)¹, le pouvoir royal portera un intérêt accru au commerce et aux règles qui l'encadrent. Une telle évolution s'inscrit dans la mise en place d'une administration centralisée, favorisant une politique économique interventionniste².

Le principal texte d'unification des règles applicables au commerce fut une ordonnance de 1673 (dénommée Code Savary du nom de son rédacteur)³. Les historiens considèrent aujourd'hui, en dépit des critiques formulées en son temps, qu'il s'agit d'une œuvre essentielle. Elle a contribué à la stabilisation du droit, en conférant une portée générale à certaines pratiques commerciales (notamment à la lettre de change, aux sociétés commerciales, aux règles de compétence des juridictions et aux procédures de faillite)⁴. Cette ordonnance fera l'objet de modifications, mais elle résistera à la Révolution française.

Un autre texte important fut l'ordonnance de 1681 sur le commerce maritime ; elle encadra de façon complète le déroulement des activités des gens de mer.

Concernant les ouvrages sur le commerce, Savary publia en 1675, suite aux reproches adressés à l'ordonnance de 1673, *un ouvrage intitulé Le parfait négociant*. Cet ouvrage demeura longtemps le livre de référence pour les pratiques commerciales qu'il contient.

En somme, depuis le ^x^e siècle jusqu'à l'aube de la Révolution française, le droit commercial s'est construit progressivement en instituant un ensemble de règles permettant de régler les problèmes posés par l'exercice des principales activités commerciales. Il convient d'observer que la réglementation du commerce n'a pas freiné le développement de la classe des « gens d'affaires ». En s'appuyant d'abord sur le pouvoir royal, qui trouvait intérêt à une telle alliance, les commerçants se

1. V. P. Didier, *Droit commercial*, t. 1, PUF, Thémis, 2^e éd., 1997, p. 9 et s.

2. Sur l'importance des idées mercantilistes, voir notamment J. Boncoeur et H. Thouément, *Histoire des idées économiques*, op. cit. p. 47 et s. Relevons que l'histoire de la pensée philosophique et scientifique à partir du ^{xv}^e siècle a participé, à sa manière, à de telles évolutions. Copernic a publié *De revolutionibus orbium coelestium* en 1543, Descartes ses *Principia philosophiae* en 1644 et Newton ses *Philosophiæ naturalis principia mathematica* en 1687.

3. Cette ordonnance est en réalité un Édit. Voir notamment A. Eismein, *Histoire du droit français*, Recueil Sirey, 1898, p. 335 et s. et p. 783 et s.

4. J. Hilaire, *Le droit des affaires et l'histoire*, op. cit., p. 41 et s.

sont peu à peu affranchis de cette tutelle. Ils ont pu accumuler des richesses considérables, rendant possible, pour les plus puissants d'entre eux, l'exercice d'une certaine forme d'hégémonie sur la société.

L'apport des révolutionnaires au droit commercial est contrasté. Les historiens du droit s'accordent cependant pour souligner que la Révolution française a marqué, à deux égards, durablement le droit commercial. Elle a affirmé le principe de la liberté du commerce et de l'industrie par le décret d'Allarde des 2-17 mars 1791, principe qui constitue toujours le socle de la liberté d'entreprendre. Elle a aboli, par la loi Le Chapelier des 14-17 juin 1791, les corporations et les réglementations que celles-ci avaient instituées, permettant ainsi un libre accès aux professions commerciales¹. Toutefois, elle n'a pas totalement rompu avec le passé. Les principales règles alors en vigueur n'ont pas subi l'assaut révolutionnaire ; les ordonnances royales n'ont pas été modifiées, les tribunaux de commerce ont été maintenus, si bien qu'après la Révolution française le droit commercial conserve la même physionomie générale.

§ II – Le droit commercial depuis le Code de commerce

17. – L'année 1807 ouvre une ère nouvelle pour le droit commercial. Quelques années après le droit civil, ses règles ont fait l'objet d'une codification dans un Code de commerce. Très largement inspiré de l'ordonnance de 1673 sur le commerce et dicté par la volonté napoléonienne de mettre fin à certains abus des « gens d'affaires », ce code présente l'intérêt d'unifier et de permettre de mieux connaître les pratiques commerciales, tout en les rendant applicables sur l'ensemble du territoire. Il est cependant très vite apparu décevant, car son contenu n'était pas à la hauteur des besoins d'encadrement suscités par le développement considérable des activités commerciales et financières. Lacunaire, il devra être complété et modifié, dans les années suivant son adoption, afin de prendre en compte certaines évolutions économiques que ses rédacteurs n'avaient pas suffisamment anticipées.

A – Le Code de commerce de 1807

18. – L'élaboration du Code de commerce a été longue et tourmentée. Si, dès 1801, une commission de rédaction composée de magistrats et d'hommes d'affaires fut chargée de sa préparation, ce n'est qu'après plusieurs scandales financiers impliquant certains fournisseurs des armées et de nombreuses faillites que,

1. Braudel fait observer que le mot corporation, pour désigner les corps de métiers, n'apparaît que dans la loi Le Chapelier, qui en 1791, les supprime, voir F. Braudel, *Les Jeux de l'échange, Civilisation matérielle, économie et capitalisme*, xv^e – xviii^e siècle, t. 2, 1980, p. 274.

sur ordre de Napoléon, cinq textes furent adoptés. Ces textes, réunis dans la loi du 15 septembre 1807, donnèrent naissance au Code de commerce, lequel entra en vigueur le 1^{er} janvier 1808¹.

Ses rédacteurs ont accordé une attention particulière à sa présentation, comme en atteste sa structure en quatre livres distincts : « Livre I : Du commerce en général ; Livre II : Du commerce maritime ; Livre III : Des faillites et banqueroutes ; Livre IV : De la juridiction commerciale ». Ces quatre livres comportaient 648 articles². Cette composition a subsisté jusqu'en 2000, date à laquelle le législateur a procédé à une recodification du Code de commerce. Malgré les efforts de ses rédacteurs pour stabiliser et unifier le droit commercial, le Code de commerce a fait l'objet de critiques. Rédigé sans doute trop rapidement, et sans vision d'ensemble sur les nécessités du commerce, il est apparu comme une œuvre insuffisante. Bien que, comme le soulignent les historiens, sa rédaction ait été difficile en raison du manque d'œuvres doctrinales sur lesquelles s'appuyer, elle fut néanmoins jugée maladroite et confuse, notamment sur le point essentiel de la commercialité. Tourné vers le passé, le Code de commerce se contentait de reproduire les anciennes règles de l'ordonnance de 1673, sans prendre en considération les évolutions inévitables et déjà prévisibles. Il ne comportait aucune disposition sur certaines techniques devenues essentielles dans la vie commerciale ; le fonds de commerce était ignoré, les sociétés de capitaux négligées, certains moyens de paiement traités sommairement, les dispositions concernant les activités bancaires et les bourses de commerce étaient incomplètes, et l'activité d'assurance omise.

La volonté d'en faire un code applicable à toutes les personnes réalisant des actes de commerce était affirmée, mais l'approche retenue restait ambiguë. En mêlant une conception objective et une conception subjective, fondées sur la notion d'actes de commerce, le fondement précis d'application du droit commercial demeurait confus. L'intention napoléonienne de mettre sous la coupe d'un droit professionnel plus sévère (notamment en matière de faillite) tous ceux qui, sans être commerçants, réalisaient des opérations commerciales, était certes atteinte, mais au prix d'un manque de cohérence d'ensemble. Certains auteurs voient dans cette « fragilité des fondements théoriques » sur lesquels le droit commercial s'est édifié, ainsi que dans le caractère lacunaire de sa codification, une explication à la « dislocation » du Code de commerce, qui s'est traduite, au fil des années, par des modifications très substantielles de son contenu³. Selon les historiens, il ne subsisterait aujourd'hui qu'une trentaine d'articles dans leur version initiale, sur les 648 que

1. V. *Le Code de commerce, 1807-2007, Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007.

2. R. Szramkiewicz et O. Descamps, *Histoire du droit des affaires*, op. cit., n° 722.

3. Y. Reinhard, S. Thomasset-Pierre et C. Nourrissat, *Droit commercial*, op. cit., n° 18.

le Code de commerce comportait lors de son entrée en vigueur¹ ; ce qui témoigne, tout en considérant les évolutions des pratiques commerciales, de « l'échec de la codification napoléonienne » en matière commerciale².

B – La période postérieure au Code commerce

19. – Après 1807, le droit commercial va subir de profondes transformations sous l'influence des idées politiques, elles-mêmes largement déterminées par les innovations techniques issues de la révolution industrielle. Jusqu'à la fin du XIX^e siècle, la législation commerciale vise à encourager les entrepreneurs en s'appuyant sur les idées libérales favorables au commerce³.

Afin d'assurer le passage de l'ère de la manufacture à celle de l'industrie, certaines lacunes du Code de commerce sont comblées et les règles commerciales évoluent. Pour encourager les mutations industrielles, le fonctionnement des sociétés par actions est modifié par la loi du 24 juillet 1867, de nouveaux droits sont reconnus (notamment en matière de brevets d'invention par la loi du 5 juillet 1844 et de marques de fabrique par la loi du 23 juin 1857) et des dispositions nouvelles relatives au paiement, aux sûretés et au crédit voient le jour (le chèque est créé en 1865, le gage commercial en 1863, la liberté des taux d'intérêt en matière commerciale est accordée par la loi du 12 janvier 1886). Au fond, le XIX^e siècle s'est efforcé de donner toute sa portée au principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

Au début du XX^e siècle, l'économie libérale va se heurter à une politique beaucoup plus interventionniste. À l'issue de la Première Guerre mondiale, sous l'effet de la crise économique, des fluctuations boursières et de nombreux excès commis dans la vie des affaires, un certain « esprit capitaliste⁴ » est contesté. Les pouvoirs publics vont intervenir de différentes manières pour contrôler davantage l'activité commerciale. La réglementation devient de plus en plus précise et répressive. Les sociétés par actions, l'exercice de certaines professions et certains contrats (notamment de travail) sont soumis à des règles plus contraignantes. La répression des fraudes et des falsifications en matière de vente est instituée avec la loi du 1^{er} août 1905. Après la crise de 1929, ce phénomène d'interventionnisme étatique va se renforcer. Des nationalisations ont lieu, un contrôle des prix est instauré,

1. R. Szmankiewicz et O. Descamps, *Histoire du droit des affaires*, op. cit., n° 722. Ces auteurs précisent que sur les 648 articles originaux, seuls 150 subsistent dont 30 dans leur version de 1807.

2. V. F. Dekeuwer-Défossez, E. Balary-Clément, C. Le Goffic, *Droit commercial*, op. cit., n° 12. Relevons que, contrairement au Code civil, l'influence du Code de commerce à l'étranger a été limitée.

3. Notamment celles de John Locke (1632-1704) et Adam Smith (1723-1790). Pour une analyse de l'articulation entre l'économie et de la société, voir K. Polanyi, *La grande transformation*, Gallimard, 1983, Bibliothèque des sciences sociales.

4. G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1946, n° 146.

le crédit est soumis à de nouvelles règles d'encadrement, les activités bancaires et d'assurance sont davantage réglementées. Si l'activité commerciale continue de progresser dans le cadre du marché libéral, elle se déroule néanmoins sous le contrôle dirigiste de l'État.

Après la Seconde Guerre mondiale, afin de relancer l'économie, l'État a mis en œuvre un plan de modernisation et d'équipement industriel. Les entreprises privées y participent activement en contribuant à la reconstruction et à la modernisation du pays. L'État intervient également en finançant l'activité (notamment par l'extension du secteur bancaire public) et en soutenant les entreprises industrielles nationalisées.

Dans les années qui suivirent s'ouvre la période des Trente Glorieuses, pendant laquelle la France connaît une croissance forte et régulière. Tout en étant encadrée et régulée par l'État, la politique économique s'inscrit dans un mouvement de libération des échanges et des flux de capitaux, qui touche une partie de l'Europe. La vision de l'entreprise évolue. Elle est considérée comme un instrument essentiel de création des richesses ; le droit s'intéresse de plus près à la notion, ce qui lui permet d'élargir le champ d'application des règles commerciales.

Après les années 1960, la distribution prend une dimension nouvelle. L'essor des grandes surfaces de vente (le premier hypermarché est créé en 1963) modifie progressivement les modes de consommation ainsi que les techniques commerciales (notamment les méthodes de vente, de promotion et de publicité). Ces évolutions constituent le point de départ de la réglementation contemporaine relative à la concurrence, aux réseaux de distribution et à la protection des consommateurs.

Le choc pétrolier de 1973 mit fin à la période de croissance que connaissait la France. Malgré les efforts de relance de l'activité, et une alternance politique, la situation économique conduit à l'instauration d'un plan de rigueur en 1983.

Au cours des années suivantes, l'économie « mixte » cède le pas. La théorie dite « néolibérale » de l'économie (expression dont le sens reste équivoque), fondée sur la libéralisation du marché, l'initiative individuelle et la libre concurrence, a orienté le développement de l'activité commerciale. Cette orientation économique ne signifie toutefois pas que l'État ait renoncé à régir le déroulement des activités commerciales. Pour les besoins du commerce, sous la pression du consumérisme ou à la demande des acteurs économiques lorsque leurs intérêts étaient en jeu, la législation commerciale s'est progressivement étendue, et souvent densifiée, afin de couvrir l'ensemble des secteurs d'activité. Parmi les textes importants adoptés, peuvent notamment être mentionnés : le décret du 30 septembre 1953 sur le bail commercial ; la loi sur les sociétés commerciales du 24 juillet 1966 ; la loi du 13 juillet 1967 relative au règlement judiciaire, à la liquidation des biens, à la faillite

personnelle et aux banqueroutes ; la loi d'orientation du commerce et de l'artisanat du 27 décembre 1973 ; l'ordonnance sur la concurrence du 1^{er} décembre 1986, ou encore les règles insérées dans le Code de la consommation, dont la France s'est dotée en 1993. Par ailleurs, les règles comptables ont été renforcées, comme l'ont été celles relatives à l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés. La France a également élargi ses engagements européens en signant de nouveaux traités, entraînant des adaptations et des modifications de sa législation commerciale¹.

À la fin du xx^e siècle et au début du xxi^e siècle, « la combinaison de trois ruptures : la mondialisation, la financiarisation et la numérisation » a conduit à une nouvelle transformation du capitalisme². L'expansion des marchés internationaux, la dérégulation, les concentrations d'entreprises, le développement des places boursières, les déplacements de capitaux ainsi que la désintermédiation sont autant de facteurs qui ont contribué à modifier le visage de l'économie et, dans une certaine mesure, des règles qui la régissent. La mondialisation (ou la globalisation, que certains auteurs distinguent) s'est appuyée sur les évolutions « illimitées », difficilement contrôlables, des technologies numériques qui ont transformé les échanges économiques comme l'ensemble de la société. Le marché traditionnel a été contraint de composer et de s'adapter aux nouvelles formes d'industrialisation et de gestion générées par le commerce électronique, mutations auxquelles le droit a dû, et doit encore, faire face.

Au cours de cette période, les activités financières sont devenues autonomes. Leur usage effréné a toutefois rendu le capitalisme « malade de sa finance », créant ainsi une crise aux conséquences durables. L'État français et les institutions européennes ont été contraints de réagir en adoptant des règles prudentielles. Ces règles restent pour l'instant d'une application très circonstanciée, n'étant propres qu'à certaines activités financières. Le mouvement dit de « régulation », qui ne remet pas en cause les mécanismes économiques mais propose de transformer les moyens d'action pour assurer un fonctionnement plus équilibré et transparent des marchés, demeure difficile à mettre en place au niveau supranational. En effet, sans être à négliger, ces efforts d'encadrement de la machine économique restent d'un champ d'application limité face au mouvement mondial de déréglementation, renforcé par le développement des technologies numériques.

1. V. *supra*, n° 21 et s.

2. D. Cohen, *Le monde est clos et le désir infini*, Albin Michel, 2015, p. 179.

Le primat de l'économie libérale sur le système normatif s'est renforcé. Comme l'a écrit un auteur, si le libéralisme plaçait le calcul économique sous l'égide de la loi, la mutation du système conduit désormais à ce que « l'ultralibéralisme place la loi sous l'égide du calcul économique¹ ».

Observons que d'autres préoccupations conduisent aujourd'hui, sans changer de paradigme, à modifier l'orientation des règles commerciales afin de les adapter aux nouveaux enjeux. La protection de la santé des consommateurs et, bien que le travail reste encore long, la défense de l'environnement en sont les meilleurs exemples.

20. – Dernières vues. Il apparaît, au terme de cette évolution historique, bien trop rapidement retracée, que le droit commercial accompagne, plus qu'il ne devance, les évolutions. Les difficultés pour encadrer certaines innovations technologiques en constituent aujourd'hui une nouvelle illustration. Mais il y a plus. Certains opérateurs économiques semblent désormais s'affranchir de toute tutelle normative en profitant de l'internationalisation des échanges et des implantations. Afin de favoriser ou de réguler la « religion du monde moderne² » qu'est devenue la croissance, le droit reste, à l'évidence, un instrument dont peut user le pouvoir politique. En effet, la législation commerciale peut, tout en n'ignorant pas le fonctionnement du marché et de la concurrence, atténuer certains effets indésirables de la loi économique du « laisser-faire ». Toutefois, ce rôle régulateur du droit se complique à l'échelle mondiale ; l'éclatement du cadre étatique national, sous la pression des transformations numériques mondiales, n'a pour l'instant pas été relayé, si tant est que cela soit possible ou opportun, par une autorité supranationale. Par ailleurs, si à peu près tout le monde s'accorde pour considérer que la création d'une société qui ne soit pas entièrement régie par l'économie reste un horizon indépassable, l'expansion actuelle de la sphère marchande sur la sphère privée (à travers notamment la monétisation des biens privés et l'exploitation des données personnelles) à laquelle nous assistons risque, malgré les promesses de l'économie collaborative, de progresser face à un droit en mal de repères. La formule d'un historien selon laquelle « le droit expression du juste, paré de l'auréole du bien et armé de sanctions redoutables, sera au service des hommes, mais entre leurs mains » reste toujours à méditer³.

1. A. Supiot, *La gouvernance par les nombres*, op. cit., p. 409.

2. D. Cohen, *Le monde est clos et le désir infini*, op. cit., p. 11.

3. J. Gaudemet, *Les naissances du droit*, op. cit. p. 355.