

B La période postérieure à 1958

La fin du XXe et le début du XXIe siècles se caractérisent par *l'internationalisation* du droit des affaires et le retour plus ou moins marqué à *l'économie libérale*.

1 — L'internationalisation du droit des affaires

La période postérieure à 1958 est profondément marquée par l'ouverture de la France au commerce mondial et, corrélativement, par la place prise par le droit international dans les rapports juridiques privés. Cette ouverture se traduit de plusieurs façons. Par la participation de la France aux grands accords internationaux, notamment à l'accord général sur les tarifs douaniers (GATT), puis à l'Organisation mondiale du commerce (OMC) ; par l'intervention des groupes internationaux de sociétés dans la vie des affaires ; par la place des usages internationaux et le recours à l'arbitrage international ; par l'importation de modèles étrangers comme le crédit-bail, l'affacturage ou la réserve de propriété. Le terme de *mondialisation* désigne l'interdépendance des économies et des activités humaines, provoquée par le développement des échanges, des flux monétaires et des communications à l'échelle planétaire. Cependant on note actuellement des mouvements d'opinion favorables à une renationalisation des économies.

L'ouverture sur l'Europe reste cependant le phénomène majeur. La France fait partie des États fondateurs de la Communauté économique européenne, devenue l'Union européenne. Le droit issu des traités et de l'activité normative des organes de l'Union européenne influence et pénètre le droit français interne, spécialement dans le domaine du droit des affaires (En 2016, l'Association Henri Capitant s'est efforcée de recenser l'acquis communautaire en droit des affaires et de « soumettre à la discussion de nouvelles perspectives de réflexion », dans la perspective d'une « relance de construction européenne du droit des affaires ». V. Ass. H. Capitant, *La construction européenne en droit des affaires : acquis et perspectives*, LGDJ, 2016, préf. V. Giscard d'Estaing). Le droit européen de la concurrence se superpose au droit interne de la concurrence et l'influence fortement. Il existe une société européenne, une marque européenne et un brevet européen unitaire. De nombreuses directives orientent le droit des sociétés, le droit boursier, le droit de la banque, des assurances et des transports. Les directives sur la protection des consommateurs des encadrent les méthodes de vente et de prestation de services.

2 — Le néolibéralisme

À partir de 1960, la doctrine néolibérale entend restaurer l'initiative individuelle et le rôle fondamental des entreprises privées dans le fonctionnement de l'économie. Elle considère que le jeu concurrentiel des marchés constitue le meilleur régulateur de

l'économie. Mais le postulat comporte deux réserves. D'abord, la concurrence doit être elle-même protégée par des règles rigoureuses interdisant les ententes et les abus de domination, d'une part, et limitant les concentrations d'entreprises, d'autre part. Ensuite, il n'est pas question de supprimer toute intervention des pouvoirs publics. Non seulement l'État doit pouvoir prendre des mesures en matière sociale, mais il peut encore intervenir dans le domaine économique, de façon souple, en respectant le mécanisme du marché (F. Denord, « Néo-libéralisme et "économie sociale de marché" : les origines intellectuelles de la politique européenne de la concurrence [1930-1950] », *Histoire, économie & société*, 2008-1, p. 23-33).

En France, en 1958, une première tentative d'assouplissement du régime des prix se double de l'apparition de nouvelles règles de concurrence. Il s'agit essentiellement de lutter contre les ententes conclues entre entreprises dans le dessein de limiter la concurrence, surtout contre les ententes qui contribuent à maintenir le niveau des prix (L'évolution du droit de la concurrence est étudiée plus en détail dans la deuxième partie). En 1966 intervient la réforme du droit des sociétés commerciales. La loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales était, sans que cela ait été vraiment remarqué, d'inspiration profondément libérale. C'était une réforme plutôt technique, qui codifiait la jurisprudence mais qui ne remettait pas en cause la conception de la société admise au XIXe siècle. Au contraire, l'Allemagne, à la même époque, introduisait la cogestion dans les grandes sociétés. La France prévoyait bien un système de participation aux profits de l'entreprise, mais personne n'osait avancer l'idée de la participation directe des salariés à la gestion des sociétés.

L'avancée des idées libérales est plus visible à partir de 1970. Elle s'exprime d'abord dans la libéralisation du secteur bancaire, avec la fin de la spécialisation des banques et l'abandon de l'encadrement du crédit, remplacé par les interventions de la Banque de France sur le marché monétaire. Puis intervient la libération du secteur de l'audiovisuel, à partir de 1982, et du secteur des télécommunications en 1996. Surtout l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, relative à la liberté des prix et de la concurrence, met fin au contrôle des prix et affirme la liberté de la concurrence.

Cependant, le retour aux idées libérales ne connaît pas une progression rectiligne. Le virage politique de 1981 (Élection d'un président socialiste pour la première fois sous la Ve République) se traduit par un retour momentané aux nationalisations, au dirigisme et à la planification. Après 1986, la politique économique voit de nouveau le retour au libéralisme. Un accord semble alors se faire pour considérer que le recours à la concurrence et à l'économie de marché reste, au prix de certaines corrections et selon les sensibilités politiques variables, un objectif souhaitable ou en tout cas inévitable. La crise financière des années 2008 et 2009 n'a pas remis en cause l'adhésion à l'économie de marché. Elle a attiré cependant l'attention sur l'importance de l'encadrement juridique et de la régulation des activités financières.

Un nouveau virage intervient en 2011. La nouvelle crise est d'une tout autre ampleur. Plusieurs événements interviennent de façon simultanée pour provoquer la reprise en main de l'économie par l'État : spécialement l'épidémie de Covid-19, le soutien à l'Ukraine en guerre, la volonté des pouvoirs publics de relocaliser sur le territoire national certains sites de production considérés comme vitaux, le financement de l'hôpital public et de la défense nationale, la lutte contre le réchauffement climatique justifiant la nécessité d'une transition écologique. La réalisation de ces objectifs nécessite, d'une part, l'adoption de mesures autoritaires, législatives et réglementaires, et, d'autre part, un important apport budgétaire, entraînant l'endettement du pays. Certains commentateurs ne craignent pas de parler de l'entrée dans un monde « post-libéral » et même de souligner l'abandon du modèle libéral.

Le mouvement n'est d'ailleurs pas propre à la France. Il affecte tous les États européens. Il se combine, avec la persistance ambivalente du droit de l'Union européenne. L'organisation de l'Union n'est pas modifiée, mais plusieurs États membres ne reconnaissent plus la supériorité du droit de l'Union sur leur droit national. Dans la plupart des États membres, des partis politiques réclament la révision plus ou moins profonde des traités européens.

3 — L'importance des branches voisines du droit des affaires

Plusieurs branches spéciales sont inséparables ou voisines du droit des affaires. Certaines de leurs dispositions commandent souvent, de façon prioritaire, les montages juridiques opérés par les praticiens. Il s'agit principalement du droit fiscal, du droit de la consommation et du droit de l'environnement.

Le droit fiscal des affaires, a pris une telle importance qu'il commande la plupart des choix des entreprises. Le recours à un mode de financement, le choix d'une forme de société, les stipulations d'un contrat, la décision d'investir, dépendent de considérations fiscales, qui souvent passent avant les considérations purement juridiques. Les juristes d'affaires en sont parfaitement conscients et nul ne songerait à se lancer dans le droit des affaires sans avoir un minimum de formation en droit fiscal.

Il faut insister sur la montée des idées consuméristes. Le droit des affaires doit compter avec le droit de la consommation, qui déroge largement au droit civil et au droit commercial des contrats. C'est tout le droit de la distribution qui en est affecté. Par exemple, l'article L. 211-2 du Code de la consommation fixe certaines mentions des conditions générales de vente applicables aux contrats de consommation.

La protection de l'environnement transcende toutes les disciplines juridiques (F.-G. Trebulle, « L'environnement et le droit des affaires », *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 1035). Elle s'impose aussi en droit des affaires (P. Abadie, *Entreprise responsable et*

environnement, Bruylant, 2013, préf. F.-G. Trebulle — M.— P. Blin et alii, *Entreprise et développement durable*, Lamy, 2011 — M. Laisne, *L'environnementalisation du contrat de bail commercial*, Th. Rennes 1, 2019). Il est acquis en jurisprudence que les industries qui causent un préjudice écologique engagent leur responsabilité civile (Cass. crim., 25 sept. 2012, *Erika*, n° 10-82938, *RTD civ.* 2013, p. 119, note P. Jourdain — Cass. crim., 22 mars 2016, *LPO*, n° 13-87650, *RTD civ.* 2016, p. 650, note P. Jourdain). Cette jurisprudence a été consacrée par le législateur. En effet, depuis la loi du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, le nouvel article 1246 du Code civil dispose : « Toute personne responsable d'un préjudice écologique est tenue de la réparer » (F.— G. Trebulle, « La consécration de l'accueil du préjudice écologique dans le Code civil », *Energie-Environnement-Infrastructure* 2016, n° 11, étude 20).

D'une façon générale, le législateur souhaite accélérer la prise en considération du respect de la nature dans les activités commerciales (V. Vidalens, *Le droit des sociétés et la protection de l'environnement*, Th. Toulouse I Capitole, 2011). Par exemple, l'article L. 225-102-1 C. com. impose aux sociétés anonymes d'établir une déclaration de performance extra-financière comprenant notamment « des informations relatives aux conséquences sur le changement climatique de l'activité de la société et de l'usage des biens et services qu'elle produit, à ses engagements sociétaux en faveur du développement durable, de l'économie circulaire, de la lutte contre le gaspillage alimentaire, de la lutte contre la précarité alimentaire, du respect du bien-être animal et d'une alimentation responsable, équitable et durable ».

Dans le même esprit, l'exploitant d'une installation présentant des risques importants de pollution ou d'accident doit remettre le site dans un état tel qu'il ne s'y manifeste aucun danger ou inconvénient (V. les art. L. 512-6-1, L. 512-7-6 et L. 512-12-1 du C. env.). De même, le législateur a souhaité modifier la notion de société pour l'adapter à la cause environnementale. La loi PACTE n° 2019-496 du 22 mai 2019 a complété l'article 1833 C. civ. par un alinéa ainsi rédigé : « La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité » (G. Leray, « Quelques réflexions civilistes sur la notion d'« enjeux environnementaux » dans l'article 1833 du Code civil », *RTD com.* 2021, p. 513).

Également, la loi n° 2020-1672 du 24 décembre 2020 permet au procureur de la République de proposer aux entreprises mises en cause pour un délit environnemental de passer une convention judiciaire d'intérêt public (une transaction pénale) imposant, par exemple, de payer une amende, de régulariser sa situation dans le cadre d'un programme de mise en conformité, sous le contrôle du ministère de l'environnement, ou de réparer le préjudice écologique résultant des infractions commises (art. 41-1-3 CPP).

Le Parlement a adopté, sur la base des travaux de la Convention citoyenne pour le climat 2020, une loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets. Parmi les nombreuses dispositions de cette loi, notons quelques-unes qui concernent plus spécialement le droit des affaires, et sur lesquelles nous reviendrons au fil des développements de ce manuel : l'obligation, pour les sociétés tenues d'établir une déclaration de performance extra-financière (La directive du 16 déc. 2022, appelée « Corporate Sustainability Reporting Directive » [CSRD], est relative aux obligations d'information en matière de durabilité. La directive doit être transposée en droit français en 2023 et s'appliquer en 2024), d'inclure dedans des informations relatives aux émissions à effet de serre dues au transport lié à leur activité, en amont comme en aval (art. L. 225-102-1 C. com.) ; l'augmentation du devoir de vigilance des sociétés commercialisant des produits issus des forêts (art. L. 225-102-4 C. com.) ; la remise au locataire d'un bien immobilier (ce qui touche les baux commerciaux) d'un état des risques (art. L. 125-5 C. env.) ; l'interdiction d'ouvrir ou d'étendre un centre commercial de plus de 10 000 m² engendrant une artificialisation des sols (art. L. 752-6, V, al. 1°, C. com.) (V. *BRDA* 18/21, Dossier « Loi portant lutte contre le dérèglement climatique et le droit des affaires »).

CHAPITRE 2 — LES SOURCES DU DROIT COMMERCIAL

On appelle sources formelles du droit, les institutions qui donnent naissance aux règles de droit et leur attribuent leur autorité. Par exemple, la loi, votée par le Parlement, est une source du droit. Elle donne naissance à une règle de droit et lui confère la valeur de norme législative dont l'autorité est supérieure à celle d'un décret d'application.

Les sources, en droit des affaires, présentent certaines particularités qu'il convient de relever en abordant successivement les textes (§ 1), les usages commerciaux (§ 2), la jurisprudence et les autorités (§ 3).

§ 1. Les textes

Ce sont les sources écrites du droit. L'on dit aussi « la loi », au sens matériel, par opposition à la loi au sens formel. La loi, au sens matériel, provient elle-même de plusieurs sources. Il faut distinguer la loi interne (A), les traités internationaux (B) et les règles européennes (C).

A La loi interne

1 — La Constitution

Au sommet de la hiérarchie des textes, se trouve la Constitution. Celle-ci comporte très peu de règles propres au droit des affaires. Remarquons toutefois que l'article 34 inclut

dans le domaine de la loi, au sens formel, les principes du droit des obligations civiles et commerciales. Remarquons encore que, selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, les articles 1 et 2 de la Déclaration des Droits, qui est partie intégrante de la Constitution, fondent le principe constitutionnel de la liberté d'entreprendre.

Si, traditionnellement, le contentieux constitutionnel du droit des affaires revêtait un caractère plutôt exceptionnel, il en va différemment depuis que la nouvelle procédure des « questions prioritaires de constitutionnalité » (QPC) a ouvert un champ, jusqu'alors ignoré, au contrôle constitutionnel des nombreuses lois qui composent le droit des affaires. On en connaît déjà plusieurs exemples.

2 — La loi au sens formel

La loi au sens formel est la loi votée par le Parlement et promulguée par le président de la République. Les lois qui composent le droit des affaires sont rassemblées dans le Code de commerce. Quelques lois, peu nombreuses, ne sont pas codifiées. Mais les dispositions du Code et les lois non codifiées ont la même autorité. Elles ont valeur de lois ordinaires.

Si l'on s'en tenait strictement aux prévisions de l'article 34 de la Constitution, la loi ordinaire devrait uniquement intervenir pour fixer « les principes fondamentaux des obligations commerciales ». Les lois commerciales seraient alors peu nombreuses et peu détaillées. La pratique législative n'a cependant pas suivi cette voie. La législation des affaires est tombée dans tous les travers des textes modernes : préparées dans les bureaux des ministères, les lois sont prolixes, compliquées et instables. Elles sont trop souvent mal rédigées et parfois même obscures. De plus, aujourd'hui, le législateur utilise fréquemment la voie des ordonnances pour faire passer ses textes. L'exemple le plus symptomatique a été la réforme du droit des contrats et des obligations en 2016.

a) Le Code de commerce

Le Code de commerce de 1807, l'un des cinq grands codes napoléoniens (avec le Code civil, le Code pénal, le Code de procédure civile et le Code d'instruction criminelle), était entré en vigueur le 1^{er} janvier 1808. Il était divisé, on l'a vu, en quatre livres et comportait, à l'origine, 648 articles. Mais, au fil des années, il était devenu un cadre à peu près vide. En effet, la plupart des lois postérieures ne furent pas incorporées dans le Code de commerce, alors que les articles correspondants de celui-ci étaient abrogés.

À la veille de son abrogation, le Code de commerce comportait moins de 150 articles, dont un certain nombre était d'ailleurs dépourvu de portée pratique. Un auteur a pu parler de la « survie symbolique du Code de commerce » (B. Oppetit, « La décodification du droit commercial français », Études offertes à René Rodière, Dalloz, 1981, p. 197).

Fallait-il entreprendre une nouvelle codification du droit commercial ?

En 1947, avait été constituée une Commission de réforme du Code de commerce. Ses travaux ont été publiés en sept volumes. Mais les membres de la Commission de réforme n'ont pu s'accorder sur la définition du droit commercial et ils ont travaillé sans vue d'ensemble. Les travaux ont finalement été interrompus. Cela montre l'extrême difficulté que présenterait la rénovation du droit commercial ou du droit des affaires, sous une forme rationnelle et claire, en accord avec les réalités modernes de la vie des affaires.

En 1989 fut créée la Commission supérieure de codification, chargée de préparer un certain nombre de codes, dans diverses matières, selon la méthode dite « à droit constant ». Afin d'accélérer l'adoption des nouveaux codes, la loi du 16 décembre 1999 a habilité le gouvernement à légiférer par voie d'ordonnances.

Les travaux de la Commission de réforme ont trouvé leur aboutissement dans l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000, relative à la partie législative du Code de commerce. L'ordonnance abroge le Code de commerce de 1807. Simultanément, elle crée un Code de commerce nouveau, qui réunit en un seul ouvrage, d'une part, les quelques dispositions de l'ancien Code encore en vigueur au moment de son abrogation, et, d'autre part, un grand nombre de lois jusqu'alors éparses. Le nouveau code ne modifie pas la substance du droit antérieur, dont les dispositions demeurent, au fond, inchangées (la codification à droit constant consiste à regrouper dans un domaine donné les dispositions en vigueur, qui ne peuvent être modifiées, sinon pour assurer la hiérarchie des normes et la cohérence de la rédaction. La Cour de cassation juge que « l'abrogation d'une loi à la suite de sa codification à droit constant ne modifie ni la teneur des dispositions transférées ni leur portée » — Cass. 1re civ., 27 févr. 2001, n° 99-04169). Il se contente de réunir l'ensemble des textes existants, censés se rapporter plus ou moins directement au droit commercial (en réalité, le nouveau code prend le mot commerce dans une acception très large. Les textes qu'il réunit concernent aussi bien les opérations d'affaires, en général, que l'activité commerciale au sens strict. C'est ainsi qu'il réunit la loi sur les sociétés commerciales, l'ordonnance relative à la liberté des prix et de la concurrence et la loi sur la sauvegarde des entreprises. Le nouveau Code de commerce apparaît plutôt comme un Code des entreprises) et de leur faire subir une nouvelle numérotation. Par exemple, en 2020, le législateur a recodifié à droit constant les textes relatifs aux sociétés cotées (J.-B. Galvin, « La réforme du Code de commerce par l'ordonnance n° 2020-1142 du 16 sept. 2020. Une recodification du droit des sociétés à droit constant », JCP E 2020, 1492).

La partie législative du nouveau Code de commerce est divisée en neuf livres :

- Livre Ier. Du commerce en général.
- Livre II. Des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique.
- Livre III. De certaines formes de ventes et des clauses d'exclusivité.
- Livre IV. De la liberté des prix et de la concurrence.
- Livre V. Des effets de commerce et des garanties.
- Livre VI. Des difficultés des entreprises.
- Livre VII. Des juridictions commerciales et de l'organisation du commerce.
- Livre VIII. De quelques professions réglementées.
- Livre IX. Dispositions relatives à l'outre-mer.

La doctrine, à peu près unanime, s'est montrée plutôt réservée à l'égard du nouveau Code de commerce (Not. D. Bureau et N. Molfessis, « Le nouveau Code de commerce, une mystification ? », D. 2001., p. 361.- D. Bureau et N. Molfessis, « Le bicentenaire d'un fantôme », in Le Code de commerce, Livre du bicentenaire, Dalloz, 2007, p. 61.- J. Derruppé, « Le nouveau Code de commerce est arrivé », RTD com. 2000. p. 847.- A. Lienhard et C. Rondey, « Incidences juridiques et pratiques des codifications à droit constant [à propos du nouveau Code de commerce] », D. 2000., p. 521.- N. Molfessis, « Les illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique », RTD civ. 2000., p. 186.- F. Terré et A. Outin-Adam, « Codifier est un art difficile [à propos d'un... "Code de commerce"] », D. 1994, chr. 99.— F. Terré et A. Outin-Adam, « L'année d'un bicentenaire », D. 2004., p. 12). Le code atteint une dimension démesurée. Était-il utile de juxtaposer dans un même ouvrage des textes aussi longs que la loi sur les sociétés commerciales ou la loi sur le redressement et la liquidation judiciaires, alors que ces textes avaient déjà leur propre cohérence ? Mais il y a plus, car c'est le choix des textes figurant dans le code qui est parfois critiquable. Il est tout à fait contestable, par exemple, d'introduire le droit de la concurrence dans un Code de commerce. Le droit de la concurrence n'intéresse pas seulement les commerçants, mais toutes les entreprises, y compris les entreprises publiques. Et pourquoi la loi des 2-17 mars 1791, qui proclame la liberté du commerce, n'a-t-elle pas été incorporée dans le nouveau code ? Parfois même, les codificateurs sont allés au-delà de leur habilitation et l'on a pu parler d'un véritable « abus de pouvoir ». Il aurait fallu se mettre d'accord sur une définition claire du droit commercial et sur un critère de rattachement à cette branche du droit. Mais cela aurait supposé une réflexion au fond, dépassant la simple codification formelle.

L'ordonnance du 18 septembre 2000 a été ratifiée par la loi n° 2003-7 du 3 janvier 2003. L'ensemble de la partie législative du nouveau Code de commerce a acquis force de loi ordinaire. Le Code a d'ailleurs déjà subi de nombreuses modifications majeures, notamment, le Livre II sur les sociétés commerciales, le Livre IV sur la concurrence et le Livre VI sur les difficultés des entreprises.

En 2007, a été codifiée la partie réglementaire du Code de commerce. Puis en 2009 la partie « Arrêtés ».

b) Les lois non codifiées

Avant la confection du nouveau Code de commerce, elles étaient nombreuses et importantes. Ces lois ont été incorporées dans le nouveau code et formellement abrogées. Aujourd'hui, les lois non codifiées sont très peu nombreuses.

3 — Les règlements administratifs

Ce sont les décrets et les arrêtés. Ils sont de deux sortes : les règlements autonomes et les règlements d'application.

Les règlements autonomes, qui prennent la forme de décrets, sont édictés par le pouvoir exécutif sur la base de l'article 37 de la Constitution. Ils se suffisent à eux-mêmes et régissent entièrement une matière particulière du droit des affaires. Par exemple, tout ce qui concerne le registre du commerce et des sociétés est considéré comme étant de nature réglementaire et fait l'objet de décrets qui sont eux-mêmes complétés par des arrêtés ministériels. Il en va de même de la procédure devant le tribunal de commerce.

Les règlements d'application ou d'exécution interviennent au contraire pour préciser les dispositions d'une loi. Toutes les grandes lois commerciales ou de droit des affaires ont été accompagnées d'un décret d'application. Ainsi, les lois relatives aux sociétés commerciales, à la vente du fonds de commerce, à la sauvegarde des entreprises ou encore à la liberté des prix et de la concurrence. Aucun principe ne semble d'ailleurs présider au partage entre les dispositions qui relèvent de la loi et celles qui relèvent du règlement, sinon le caprice des bureaux des ministères chargés de l'élaboration des projets de lois.

Les textes réglementaires relatifs au commerce ont été codifiés par le décret 2007-431 du 25 mars 2007, pour former la partie réglementaire du Code de commerce (C. Arrighi de Casanova et J. Thery-Schultz, « Élaboration de la partie réglementaire du Code de commerce », D. 2007. p. 1221). Les articles reprenant les décrets pris en Conseil d'État sont précédés de la lettre R. Ceux qui reprennent les décrets simples sont précédés de la lettre D. Ont été abrogés les textes devenus inutiles, comme les mesures transitoires, et les dispositions faisant double emploi avec un texte de loi. La partie « Arrêtés » du Code de commerce a été l'œuvre de l'arrêté du 14 janvier 2009.