



HAL
open science

Du droit commercial au droit des affaires

Jean Pascal Chazal

► **To cite this version:**

Jean Pascal Chazal. Du droit commercial au droit des affaires. Frédéric Audren; Ségolène Barbou des Place. Qu'est-ce qu'une discipline juridique?, Lextenso éditions; LGDJ, pp.187 - 212, 2018, 9782275046723. hal-03594300

HAL Id: hal-03594300

<https://sciencespo.hal.science/hal-03594300v1>

Submitted on 2 Mar 2022

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

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

Du droit commercial au droit des affaires, ou comment se construisent matière et discipline juridiques

Jean-Pascal CHAZAL

Professeur des Universités à l'École de droit de Sciences Po

Répondre à la question *qu'est-ce qu'une discipline juridique ?* est difficile, ne sachant précisément ni ce qu'est le droit ni ce qu'est une discipline. Avant de tenter d'y répondre (ou plus exactement de suggérer quelques pistes de réflexion), on peut s'interroger sur l'opportunité de vouloir rechercher une telle réponse. Sommes-nous certains que nous ayons à ce point besoin de disciplines ? Avons-nous mesuré ce que cela signifie du point de vue de la théorie de la connaissance ? Ne devons-nous pas, au préalable, réfléchir sur le genre de savoir qui est produit au travers d'une discipline ? La discipline (mot horrible pour désigner le réceptacle d'un savoir qui devrait être libre et donc indiscipliné) produit un savoir clos sur lui-même, borné par des frontières ; tout le contraire d'un savoir ouvert et se moquant des découpages institutionnels. Certes, l'interdisciplinarité ou la transdisciplinarité peut être un remède, mais de faible vertu curative, car cette manière de penser sous forme arborescente (métaphore des branches) ou sectionnelle (découpage disciplinaire) produit nécessairement des rigidités, des conflits de frontières (migration des concepts, annexion d'une discipline par une autre, etc.). Il me semble que nous nous encombrons alors de beaucoup de problèmes inutiles. Après avoir lu Gilles Deleuze et Felix Guattari, il est difficile de continuer à représenter le savoir sous forme d'arbre (ne serait-ce pas plutôt un rhizome ?) ; à la suite d'Edgard Morin, il est difficile de penser les domaines de la connaissance sur le modèle insulaire, quand ils ne sont que des péninsules. Cela est d'autant plus vrai pour le droit car il est rare, dans la réalité, que les problèmes juridiques qui se posent aux praticiens (avocats, juges, etc.) respectent les frontières disciplinaires tracées par la doctrine. Je suis donc d'avis de ne pas prendre trop au sérieux les découpages disciplinaires qui, s'ils sont pratiques aux plans institutionnel et pédagogique, ont tendance à produire un savoir exagérément cloisonné.

La question de la définition des disciplines juridiques peut trouver une pertinence si elle est posée suivant une perspective historique et épistémologique, c'est-à-dire en s'interrogeant sur la manière dont les savoirs se construisent, se pensent, s'appliquent. Sous cet angle, il peut être intéressant d'examiner non seulement comment le droit commercial et le droit des affaires ont été créés, dans quels contextes, quels sont les intérêts et les stratégies qui ont été à l'œuvre, mais également de se pencher sur la façon dont les membres de la doctrine commercialiste puis affairiste (même si cet adjectif n'est pas en usage) pensent l'existence de leur discipline. Avec à l'esprit l'hypothèse suivant laquelle cette manière de concevoir une discipline influence nécessairement le contenu enseigné dans celle-ci. Il nous faudra donc accueillir avec beaucoup de scepticisme et de sens critique, ce que les juristes nous disent de leur discipline et de ses évolutions.

La lecture des manuels de droit, à quelques exceptions près, laisse à penser que le droit commercial, puis le droit des affaires, sont apparus naturellement, comme par la force des choses. Voici, en gros, l'histoire qui est contée : le commerce existait depuis l'antiquité, mais le besoin d'édicter des règles particulières a grandi à partir de la « révolution commerciale » du XII^e siècle, lesquelles ont d'abord été des usages, pour ensuite être progressivement légiféré (ordonnances de Louis XIV, Code de commerce de 1807), au fur et à mesure du développement de l'État. Le droit commercial répond donc aux nécessités de la pratique du commerce,

auxquelles il a su s'adapter, mais a été mal conçu en ce qu'il était, dès l'origine, incomplet et mal défini (ce qui posera immédiatement la question de son autonomie par rapport au droit civil avec lequel il interagit, soit pour l'influencer soit en étant influencé par lui) ; surtout il s'est rapidement révélé dépassé par le développement du capitalisme et la multiplication des législations particulières prenant pour objet l'entreprise (droits fiscal, social, etc.), ce qui a naturellement provoqué l'apparition d'une discipline beaucoup plus vaste et moderne : le droit des affaires, lequel s'impose depuis que la France a définitivement renoncé à la chimère d'une économie administrée ou dirigée par les pouvoirs publics, qui a caractérisé quelques décennies du XX^e siècle. Depuis lors, le droit commercial est devenu une petite parcelle de cette nouvelle discipline qui a pour « catalyseur » l'entreprise et pour cœur le marché et qui n'est rien moins qu'un « fait de civilisation »¹.

Dans cette belle histoire, la doctrine commercialiste s'est elle-même assignée la tâche de montrer l'autonomie du droit commercial et de l'émanciper de la pesante tutelle civiliste. Plus pragmatique et moins dogmatique, plus novatrice et en phase avec les besoins de la pratique, la doctrine commercialiste, puis affairiste, se différencierait de son homologue civiliste, longtemps marquée par la méthode exégétique, tout en partageant avec celle-ci la mission de dégager du corpus législatif les principes généraux et de construire un système cohérent².

Si l'on ne croit pas, ou seulement de manière très modérée, à cette histoire, il faut alors s'interroger sur la manière dont se sont construits, ou plus exactement ont été construits, le droit commercial et le droit des affaires en tant que matière ou discipline juridique (nous distinguerons plus tard) ? Pour tenter de répondre cette question, encore faut-il admettre qu'une discipline n'est pas un objet naturel ou rationnel. Une discipline se construit à la fois de l'intérieur, par les membres qui la composent, et de l'extérieur en raison des contraintes institutionnelles, politiques, budgétaires, etc. qu'elle subit. Mais ce sont principalement ceux qui font partie du champ disciplinaire qui œuvrent à cette construction, même si des éléments externes peuvent influencer, ou bien pour la freiner ou bien pour la faciliter. La difficulté vient du fait que ces acteurs (notamment les universitaires, mais pas seulement) sont très peu enclins à reconnaître, dans leurs écrits, le rôle par eux joué dans la construction de la discipline qui est la leur et, dans certains cas, dans la destruction d'une discipline ou matière concurrente. Ils s'en expliquent parfois dans les préfaces de leurs ouvrages, mais pas toujours de sorte que l'investigation est souvent délicate. C'est donc à une histoire critique de la construction du droit commercial et du droit des affaires qu'il faut s'atteler, si l'on veut sortir du conte de fée.

Je proposerai quatre hypothèses pour tenter de rendre compte de cette construction et de ce qui s'est joué, et dans une certaine mesure se joue encore. La première est qu'une matière juridique se distingue du corpus de règles qu'elle prend pour objet d'étude (I). La deuxième hypothèse est qu'à la fin du XIX^e siècle, le droit commercial, en tant que discipline juridique, s'est construit sur le même modèle doctrinal que le droit civil (II). La troisième hypothèse est que tant un droit, envisagé ici comme un corps de règles spécial, qu'une matière ou une discipline juridiques se construisent souvent en fonction d'un programme idéologique, comme cela a été le cas pour le droit commercial et le droit des affaires (III). La quatrième hypothèse est qu'à son stade le plus avancé, une discipline juridique se construit selon le modèle doctrinal et produit un discours mythologique, dont la fonction principale est d'occulter le programme idéologique qui lui sert de matrice (IV). Il n'est pas évident que ces quatre hypothèses s'appliquent à toutes les matières

¹ Claude Champaud, *Le droit des affaires*, PUF. Que sais-je ?, 1991, 4^e éd., p. 6 et s.

² J. Hamel et G. Lagarde, préface, *Traité de droit commercial*, t. 1, LGDJ, 1954, préface ; Didier Poracchia et Laure Merland, « La doctrine en droit commercial », *Revue de droit d'Assas*, février 2011, p. 57 et s.

et disciplines juridiques ; je les appliquerai cependant volontiers au droit civil et à ses diverses subdivisions (droit de la famille, droit des obligations, droit des biens, etc.).

I – Du corpus de règles à la matière juridique : la construction du droit commercial

Il est courant d'enseigner que le droit commercial existe, en tant que corps de règles et de solutions, quelle que soit leur origine ou leur nature (usages, lois, jurisprudence, etc.), dès le Moyen Âge (au XII^e siècle pour faire simple et ne pas parler de la période antique). Pourtant, l'expression « droit commercial » n'est guère attestée, sous la plume des juristes, avant le début du XIX^e siècle et tarde à s'imposer dans les ouvrages destinés aux praticiens (dictionnaires et autres répertoires)³. Il n'est donc pas évident que le droit commercial existe du seul fait que des règles particulières s'appliquent aux commerçants (ou marchands), quand bien même elles seraient rassemblées dans un code (on pense évidemment au Code de commerce de 1807). La concentration d'un corpus de règles dans un code est probablement une étape importante, mais ne suffit pas à faire apparaître une matière.

Certes, la chose peut exister avant le mot qui la désigne. Néanmoins, on constate que les juristes, s'ils écrivent sur le droit commercial, ne le pensent pas en tant que tel et ne l'enseignent point. Posons l'hypothèse que pour qu'une matière juridique existe, il lui faut être enseignée, la pratique et le commentaire des textes ne suffisant pas. Or, l'enseignement du droit commercial, en France, n'apparaît qu'au tout début du XIX^e siècle. Certes, la juridiction consulaire parisienne prend à la veille de la Révolution l'initiative d'un enseignement juridique pour le commerce⁴, réalisant ainsi le souhait de Jean Toubeau⁵ qui demandait à ce que la jurisprudence consulaire soit intégrée dans l'enseignement du droit français institué par l'édit de Saint-Germain-en-Laye de 1679. Il faudra cependant attendre 1810 pour que Jean-Marie Pardessus soit le premier professeur de droit commercial nommé à la Faculté de droit de Paris. Cette concomitance entre l'apparition de l'expression « droit commercial » dans les ouvrages didactiques et la création de cours de droit commercial accrédite donc l'hypothèse formulée.

Il n'est pourtant pas évident de savoir ce qu'enseignement signifie exactement : faut-il nécessairement qu'un cours soit professé oralement devant des étudiants dans une institution dédiée à cet apprentissage, ou bien pourrait-on se contenter d'une littérature didactique, ayant pour objet de rendre compte et d'expliquer les règles et les solutions dans un domaine particulier ? En pratique, sur une longue période, on constate que l'enseignement oral et les ouvrages didactiques vont souvent de pair, même si leur apparition n'est pas forcément concomitante. L'important est de percevoir que l'enseignement d'une matière juridique, qu'il soit oral ou écrit, suscite la production d'un discours didactique sur le droit que cet enseignement prend pour objet. Pour le dire autrement, on peut parler de matière juridique lorsque les juristes prennent conscience qu'un droit spécial existe et éprouve le besoin de le nommer et donc de le distinguer des autres règles juridiques, afin de l'enseigner de manière raisonnée. Cela ne veut cependant pas dire que nous sommes en présence d'une discipline juridique.

³ Comme le montre Jean Hilaire, *Introduction historique au droit commercial*, PUF, 1986, n° 44, p. 86 ; *Le droit, les affaires et l'histoire*, Economica 1995, p. 26, note 2.

⁴ J. Hilaire, *Introduction historique au droit commercial*, PUF, 1986, p. 129.

⁵ *Institutes du droit consulaire, ou la jurisprudence des marchands*, 1682.

II – Le modèle doctrinal et la construction de la discipline commerciale

Traditionnellement, on estime que la doctrine commercialiste est née en Italie à la fin du XVI^e siècle⁶. La France connaît quant-à-elle des publications sur le droit des marchands à partir du XVII^e siècle, à la suite des fameuses Ordonnances promulguées par Louis XIV, et notamment celle du 23 mars 1673 dite sur le commerce de terre qui va être rapidement commentée, tout d'abord par l'un de ses principaux inspirateurs, Jacques Savary⁷, puis par une multitude d'auteurs, la plupart praticiens. Malgré ces nombreux commentaires, on se demande toujours s'il a existé une doctrine commercialiste dans l'ancienne France. Si certains le pensent, estimant toutefois que « les œuvres considérées comme la doctrine restent à la limite du commentaire de l'ordonnance de 1673 à l'usage des praticiens »⁸, d'autres le contestent aux motifs que « n'ayant pas été une véritable source de droit commercial (...), elle est restée à l'écart des innovations et des projets de réforme qui ont été uniquement l'œuvre des praticiens »⁹. Ce désaccord n'est probablement qu'un quiproquo, les auteurs ne parlant pas de la même chose lorsqu'ils utilisent le terme de doctrine.

Qu'est-ce que la doctrine ? Sauf si l'on croit à la nature des choses, dans une perspective essentialiste, il est impossible de répondre à cette question autrement qu'en rappelant qu'il y a plusieurs conceptions divergentes, voire opposées de la doctrine. Pour certains, il s'agit d'une « entité »¹⁰, pour d'autres, simplement d'une pluralité d'individus¹¹. Pour d'autres encore la pertinence de la thèse de l'entité doctrinale est limitée au champ civiliste, et si l'on veut opter pour une approche plus large, il faudrait passer d'une conception « organiciste et subjective » à une définition « objective et œcuménique » fondée sur la notion « d'écrit doctrinal », elle-même définie comme « le raisonnement en droit »¹². Encore faudrait-il s'entendre sur ce qu'est le raisonnement en droit ; une redoutable tâche, incontestablement. Sans vouloir nécessairement prendre parti dans cette controverse, il est néanmoins possible de prendre la thèse de l'entité doctrinale comme hypothèse de travail afin de tenter de saisir la doctrine commercialiste, et de voir si elle est un outil opératoire pour comprendre ce qui s'est produit chez les commercialistes français à la fin du XIX^e siècle.

⁶ Benvenuto Stracca, *De mercatura seu mercatore*, Venise, 1575.

⁷ Le parfait négociant, ou Instruction générale pour ce qui regarde le commerce de toute sorte de marchandises, tant de France que des pays étrangers, 1675.

⁸ Jean Hilaire, *Introduction historique au droit commercial*, PUF, 1986, p. 94 ; R. Szramkiewicz et O. Descamps, *Histoire du droit des affaires*, LGDJ, 2^e éd., 2013, n° 143, qui parlent des « ouvrages de pure doctrine commerciale » à l'époque de la Renaissance ; C. Malecki, « La doctrine et le Code de commerce : entre émancipation et reconnaissance », in *D'un Code à l'autre : le droit commercial en mouvement*, dir. P. Le Cannu, LGDJ, 2008, p. 63.

⁹ Josseline Guyader, « Existait-il une doctrine commercialiste dans l'Ancienne France ? », in *La doctrine juridique*, PUF, 1993, p. 77 et s. Il est vrai que l'auteure s'intéresse principalement à l'exemple des sociétés commerciales, mais celui-ci lui semble paradigmatique.

¹⁰ P. Jestaz et C. Jamin, « L'entité doctrinale française », *D.* 1997, Chron. p. 167 ; P. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2004.

¹¹ L. Aynès, P.-Y. Gautier et F. Terré, « Antithèse de « l'entité » (à propos d'une opinion sur la doctrine) », *D.* 1997, Chron. p. 229 ; F. Terré, « À propos de la doctrine, de la doctrine, de la doctrine », *Revue de droit d'Assas*, février 2011, p. 38, qui tout en affirmant que « la doctrine n'existe pas en tant que telle » (« Ce qui existe c'est une communauté juridique comme il existe une communauté scientifique »), écrit quelques lignes plus haut : « Il pourrait exister, à la limite, un système juridique sans législation ou sans coutume ou sans jurisprudence. Mais il ne saurait y avoir de système juridique sans doctrine, car c'est celle-ci, et elle seule, qui donne aux autres composantes du droit conscience de leur existence ».

¹² Patrick Morvan, « La notion de doctrine » (à propos du livre de MM. Jestaz et Jamin), *D.* 2005, p. 2421.

Dans cette perspective, c'est de façon anachronique que l'on parle de la « doctrine commercialiste » pour désigner les écrits des juristes de l'Ancien régime sur les règles et usages commerciaux. En effet, il n'y a point d'entité ou de champ, c'est-à-dire de corps homogène à raison de la formation et du mode de recrutement (thèse de doctorat, agrégation) exerçant un pouvoir, avant la fin du XIX^e siècle. Certes, les meilleurs spécialistes de la question distinguent la doctrine universitaire « pure » des « œuvres de praticiens »¹³, ou encore les publications des praticiens, c'est-à-dire d'anciens marchands ou des juges-consuls, et des membres de la « doctrine pure », qui elle-même se divise en professeurs, d'une part, et avocats ou juges, d'autre part¹⁴. Pourtant, ces distinctions ne paraissent guère pertinentes pour comprendre la réalité sociologique de ces écrits juridiques. Ainsi, François de Boutaric était à la fois avocat au Parlement de Toulouse et professeur de droit français ; Claude Serres était aussi avocat et professeur à l'Université de Montpellier ; Claude de Ferrière était docteur-régent de la Faculté de droit de Paris (où il a enseigné ainsi qu'à Reims) et avocat (il est vrai que son fils et continuateur, Claude-Joseph n'était que professeur à la Faculté de droit de Paris, dont il fût le doyen) ; Pardessus, qui fut le premier professeur de droit commercial, était également avocat à la Cour. D'autres, qui ne sont que praticiens, ont publié des commentaires de l'ordonnance de mars 1673 qui sont très comparables, tant sur la forme qu'au fond, à ceux qui étaient écrits par des enseignants : Philippe Bornier (lieutenant au présidial de Montpellier), Daniel Jousse (conseiller au présidial d'Orléans), Jacques-Antoine Sallé (avocat au parlement de Paris), etc..

Cette sociologie particulière des commercialistes confèrerait-elle à leurs écrits une coloration particulière : plus pragmatique, par exemple, que ceux de leurs homologues civilistes, comme certains le prétendent ? C'est douteux, car ils pensent et écrivent *grosso modo* de la même façon. N'oublions pas qu'à l'instar des commercialistes, les auteurs civilistes étaient, eux aussi, très souvent ou bien des praticiens (Domat, Bourjon, Troplong, Marcadé, Larrombière etc.), ou bien des professeurs cumulant l'enseignement avec une activité pratique (Pothier, Toullier, Demolombe, etc.), ce qui met à mal la thèse du divorce entre l'école et le palais, du moins avant le XX^e siècle¹⁵. Formellement, il existe cependant une lente mais notable évolution éditoriale : on passe du commentaire de l'Ordonnance de mars 1673¹⁶ à la publication de cours ou précis de droit commercial à la suite de la promulgation du Code de commerce en 1807¹⁷, puis aux traités¹⁸, qui selon Locré étaient pourtant réservés naturellement au droit civil, car les lois du commerce « ne peuvent former un système complet sur presque aucune des matières qu'elles règlent »¹⁹. Au fond, ce n'est probablement pas un hasard si la thèse de l'autonomie du droit commercial par rapport au droit civil ne devient prédominante qu'à la fin du XIX^e siècle et marque l'avènement de la doctrine commercialiste²⁰. Par exemple, Bravard-Veyrières

¹³ J. Hilaire, *Introduction historique au droit commercial*, p. 94.

¹⁴ J. Guyader, art. préc., p. 80 et s, et p. 105.

¹⁵ C. Jamin, « La rupture de l'École et du Palais dans le mouvement des idées », in *Mélanges Ch. Mouly*, Litec 1998 p. 69.

¹⁶ Toubeau, Boutaric, Serres, de Ferrière, Bornier, Jousse, Sallé.

¹⁷ Delvincourt, Pardessus, Laurin, Pradier-Fodéré. Il y a tout de même un Commentaires sur le Code de commerce, par J.-B. De Laporte en 1808.

¹⁸ Bravard-Veyrières et Demangeat, Delamarre et Le Poitvin, Lyon-Caen et Renault, Thaller ; sachant que certains passent du manuel ou du précis au traité au fur et à mesure des éditions. Lire les explications détaillées sur les différences entre ces divers genres éditoriaux dans les préfaces écrites par Boistel (*Manuel de droit commercial*, 1887) et Bravard-Veyrières (*Manuel de droit commercial*, 2^e éd. 1840, p. 5 et s. ; *Traité de droit commercial*, par C. Demangeat, 2^e éd. 1890, T. 1^{er}).

¹⁹ Locré, *Esprit du Code de commerce*, 1807, T. 1, p. V-VI et p. XIII et XIV.

²⁰ La thèse de l'indépendance du droit commercial était soutenue par Vital-Roux et Émile Vincent, *Exposition raisonnée de la législation commerciale, et examen critique du Code de commerce*, 1821 ; puis par Delamarre et Le Poitvin, *Traité théorique et pratique de droit commercial*, T. 1, 1861. Sur cette question, lire Alexis Mages,

(professeur de droit des affaires à Paris où il succède à Pardessus en 1832) abandonne la formule du manuel et sa description en introduction du plan du Code de commerce²¹ pour un traité qui explique les matières sur lesquelles porte le droit commercial en fonction des trois caractéristiques supposées qui permettent de les assembler en un tout cohérent : le crédit, la célérité et la sécurité²². Voilà un début de systématisation qui sera amplifiée par la suite, au moyen de la même rhétorique du particularisme, tant chez ceux qui prônent l'autonomie du droit commercial (Escarra, Hamel et Lagarde) que par ceux qui n'y croient pas (Lyon-Caen et Renault, Thaller, Ripert) ou qui préconisent l'unification du droit privé comme stade ultime des interactions entre droit civil et droit commercial (Lacour et Bouteron²³).

La première moitié du XIX^e siècle voit donc l'institutionnalisation de l'enseignement du droit commercial, la publication de manuels, de cours et de traités présentant de manière didactique et analytique les règles du droit commercial, dont la plupart ont été codifiées. Il manquait encore un travail de systématisation du droit positif et une pensée dogmatique (création de concepts, élaboration de principes permettant des raisonnements déductifs, présentation d'un système cohérent de normes) pour parvenir à la naissance d'un « modèle doctrinal »²⁴, et donc d'une discipline juridique. Contrairement à la matière juridique, dont on peut dire qu'elle existe avec un enseignement et une certaine reconnaissance institutionnelle de celui-ci, la discipline implique une structuration du savoir, nécessite un corps professionnel d'enseignants, une méthode rigoureuse, un objet strictement défini, etc. Elle se confond avec une certaine définition de la doctrine, celle de la fameuse « entité », proche de ce que Bourdieu appelle un champ²⁵. Comme pour le droit civil, la mutation, produit d'une lente évolution, va s'opérer dans le dernier quart du XIX^e siècle.

Lorsqu'Alphonse Boistel décide de publier, en 1875, le cours de droit commercial qu'il dispense à la Faculté de droit de Paris²⁶, il le fait précéder d'une abondante préface dans laquelle il annonce un changement de méthode et marque probablement une rupture qui laisse apparaître les balbutiements d'un droit doctrinal (au sens où l'entendent Ph. Jestaz et Ch. Jamin)²⁷. Il rappelle que les ouvrages précédents le sien ont déjà répertorié toutes les innovations et créations de la pratique et de la jurisprudence commerciales : ce travail étant accompli, il n'est nul besoin de le répéter, sauf à le réactualiser compte tenu des incessantes créations qui font que les meilleurs œuvres de droit commercial sont périmés en 10 ou 20 ans. En revanche, Boistel estime utile de pallier les insuffisances qu'il repère dans les publications que ses devanciers, lesquelles sont marquées par « l'inexpérience générale » et « l'empressement un peu trop grand de présenter des théories incomplètement élaborées »²⁸. Pour ce qui est de la jurisprudence foisonnante, Boistel manifeste un souci de cohérence : « si l'on ajoute à ces

Le manuel de droit commercial : vecteur d'autonomie (XIX^e, milieu du XX^e siècle), in *Histoire des manuels de droit*, LGDJ, 2014, p. 149.

²¹ Bravard-Veyrières, *Manuel de droit commercial*, 2^e éd. 1840, p. 5 et s.

²² Bravard-Veyrières, *Traité de droit commercial*, par C. Demangeat, 2^e éd. 1890, T. 1^{er}, p. 28 et s.

²³ *Précis de droit commercial*, Dalloz 1925, 3^e éd., p. 2 et s.

²⁴ F. Audren, « Les professeurs de droit, la République et le nouvel esprit juridique : Introduction », *Mil neuf cent : cahiers Georges Sorel : revue d'histoire intellectuelle*, Société d'études soréliennes, 2011, p. 7 et not. p. 29 et s. : « l'invention du modèle doctrinal français ».

²⁵ Ph. Jestaz, « Genèse et structure du champ doctrinal », *D.* 2005, p. 19.

²⁶ Il est intéressant de noter que Boistel était professeur de droit civil à la Faculté de droit de Grenoble jusqu'en 1870 date à laquelle, appelé à Paris, il enseigne de droit commercial, pour ensuite devenir professeur de droit civil à partir de 1879.

²⁷ Le rôle de François Rataud (1823-1898), professeur de droit commercial à Paris de 1863 à 1893, est difficile à cerner en raison de son manque de publication. Il est important de noter que tant Boistel que Thaller rendent, dans leurs préfaces respectives, un vibrant hommage à son enseignement.

²⁸ A. Boistel, *Précis du cours de droit commercial*, 1875, p. IV.

sources variées le travail des arrêtiſtes, qui vient coordonner toutes les décisions et faire apparaître les liens cachés qui les unissent dans la pensée de leurs auteurs, on comprendra qu'on doive arriver à un corps de doctrines, admirablement approfondi, et bien souvent très-savamment construit dans son ensemble ». Boistel reconnaît qu'il y a puisé des « théories scientifiques très-bien faites » et des exemples nombreux servant à « éclairer les principes ». Il termine avec cette déclaration : « j'ai eu l'intention de faire un livre tout à fait complet et suffisant pour ceux qui désireront connaître le droit commercial dans son ensemble, dans ses éléments, dans ses principes, et dans leurs applications quelque peu importantes »²⁹. Dans la préface de la 3^e édition, Boistel précisera que seule la pratique peut donner l'intelligence des problèmes et la connaissance des solutions concrètes, c'est le domaine de l'art juridique ; en revanche, « ce qui est vraiment scientifique, ce qu'un livre de Droit peut et doit contenir, c'est avant tout l'exposition des principes (...) »³⁰.

On retrouve le même esprit de systématisation et de recherche des principes chez Thaller, qui publie son *Traité élémentaire de droit commercial* en 1898. « Je me suis attaché, dit-il, à dégager les principes de chaque institution, avec la manière dont les institutions se combinent entre elles. C'est de la *méthode* que j'ai eu souci avant toutes choses : j'entends par là la connaissance des idées générales devant servir de clef pour la solution des cas litigieux (...) ». La démarche est donc résolument dogmatique : partir des principes comme base des raisonnements, pour trouver des solutions au moyen d'un raisonnement déductif. Il n'est donc pas étonnant que Thaller, dans la même préface, reconnaît l'influence du précis de Boistel, du traité de Lyon-Caen et Renault et du cours de Laurin, sans se référer aux autres auteurs à la démarche moins systématique. Thaller reprendra cette même idée dans le Livre du centenaire du Code civil en écrivant : « entre les deux droits [civil et commercial], il n'existe pas ou il n'existe plus de différence, lorsqu'on entend parler de la manière dont s'exerce la faculté déductive ».

La doctrine commercialiste se constitue donc à peu près au même moment que la doctrine civiliste, soit à la fin du XIX^e siècle, avec la même homogénéité de corps et de formation (les professeurs des facultés de droit), la même méthode dogmatique (on raisonne déductivement à partir des principes) et le même objectif, à savoir rationaliser le droit pour en faire un système cohérent. Il faut donc prendre Ripert au sérieux lorsqu'il avoue, dans la préface de son *Traité élémentaire de droit commercial* (1947) : « j'ai essayé de présenter un tableau à peu près complet du droit commercial en vigueur, en usant d'une méthode d'exposition dont j'ai éprouvé la valeur dans la réédition de l'œuvre admirable de Planiol ». Il faut également prendre au sérieux le fait que le *Traité élémentaire de droit commercial* de Thaller (1898) paraît juste un an avant le *Traité élémentaire de droit civil* de Planiol (1899). L'esprit de système et la méthode dogmatique caractérisent désormais le discours doctrinal, qu'il soit commercialiste ou civiliste.

Cette tendance ne fera que s'accroître au XX^e siècle. Ainsi Ripert, toujours dans la même préface, loue les grands juristes de la fin du XIX^e siècle pour avoir « fait un grand effort pour discipliner le droit commercial, j'entends par là, dit-il, faire rentrer sous l'application du droit commun un droit qui a été pendant longtemps le droit des marchands et des banquiers »³¹. Ainsi est défini le modèle doctrinal : une matière disciplinée. La même année, on peut lire sous la

²⁹ *Op. cit.*, p. VII. Ce programme méthodologique sera celui des manuels : « j'ai pensé que, grâce à une méthode sévère, poursuivie jusque dans les plus petits détails, la concision de la forme pouvait être obtenue sans nuire à la clarté (préface p. II).

³⁰ *Op. cit.*, 3^e éd., p. III.

³¹ Ripert continue ainsi : « Les praticiens se soucient peu de l'analyse juridique des actes qu'ils font, mais le juriste sait bien que le jeu régulier de ces actes exige l'observation de règles et qu'il lui appartient de les dégager ».

plume de Jean Escarra que la méthode du droit commercial, qui plus encore que le droit civil « est une science de l'observation » consiste en « l'étude systématique des principes. Le juriste parvient à la partie constructive de sa tâche. Il doit dégager les lignes générales des institutions, en décrire la structure, en indiquer l'orientation. Placé en face d'institutions nouvelles, il doit s'efforcer de les ramener à des types existants, mais doit se garder de le faire à tout prix, sous peine d'aboutir à des résultats artificiels et de fausser la nature des choses »³².

Il en est de même pour Hamel et Lagarde : « Sous l'influence et à l'exemple du droit civil, les juristes commercialistes de la première moitié du XX^e siècle se sont efforcés de construire un droit de la vie des affaires qui fût vraiment un système de Droit. C'est-à-dire que, partant de l'observation méthodique des phénomènes de la vie économique, ils ont tenté d'appliquer aux difficultés juridiques de la vie des affaires des solutions pratiques qu'ils déduisaient de principes généraux, et ils ont réalisé des déductions au moyen de raisonnements construits suivant les meilleures règles de la technique de droit privé »³³. À tel point qu'aujourd'hui, le rôle attribué à la doctrine commercialiste est identique à celui traditionnellement confié à la doctrine civiliste : « il revient à la doctrine de faire œuvre de réflexion et de synthèse, afin de dégager des principes rigoureux. (...) En rappelant les principes qui sous-tendent les règles particulières, en découvrant les cohérences logiques qui justifient les systèmes et en soulignant les objectifs de justice et de sécurité, la doctrine contribue à la réalisation pratique du droit »³⁴. Ce n'est pas un hasard si pour ce même auteur, « la doctrine commercialiste s'est affirmée de façon brillante à la fin du XIX^e siècle et dans la première moitié du XX^e », citant les travaux de Thaller, Lyon-Caen, Escarra, Ripert, Roubier, Hamel, Rodière, tous des universitaires purs. Ch. Atias avait donc raison lorsqu'il apercevait une « grande parenté entre civiliste et commercialiste »³⁵ ; quant à Yves Guyon, il reconnaît que la doctrine « joue en principe le même rôle en droit des affaires qu'en droit civil »³⁶.

Si le droit commercial, comme matière, est née sans doctrine, il a eu besoin de celle-ci pour se constituer en discipline. Il est clair que la formation d'une doctrine commercialiste influence de manière déterminante la manière dont le droit commercial a été construit ; on peut même avancer que c'est la doctrine qui construit, pour l'essentiel, la discipline en produisant et reproduisant un savoir structuré, une manière de penser, de raisonner, d'enseigner, etc. Avec l'avènement de la doctrine à la fin du XIX^e siècle, le droit commercial change de statut épistémologique en accédant au rang d'une discipline juridique, occasion de former une dogmatique et d'opter pour une systématisation du droit. Ce passage ne doit pas occulter la présence d'un programme idéologique sous-jacent.

III – L'importance du programme idéologique dans la construction du droit commercial et du droit des affaires

Il est impossible de construire une matière juridique en entreprenant de tracer ses frontières. Le droit commercial en est un bon exemple puisque la querelle de son autonomie n'a jamais été

³² Jean Escarra, *Manuel de droit commercial*, Sirey, 1947, n° 58.

³³ J. Hamel et G. Lagarde, préface, *Traité de droit commercial*, t. 1, LGDJ, 1954, préface.

³⁴ Jean-Bernard Baise, *Droit des affaires*, LGDJ, 2009, 5^e éd., n° 62. Les fonctions de cohérence et de systématisation sont également mises en avant par D. Poracchia et L. Merland, « La doctrine en droit commercial », *Revue de droit d'Assas*, février 2011, p. 57 et s.

³⁵ Hypothèses sur la doctrine en droit commercial, in *Études dédiées à R. Roblot*, Aspects actuels du droit commercial français, LGDJ, 1984, p. 29.

³⁶ *Droit des affaires*, T. 1, Economica, 2003, 12^e éd., n° 29.

vidée et que ses relations avec le droit civil ont toujours été ambiguës³⁷. Épistémologiquement artificielles, les frontières du droit commercial sont un faux problème, qui provient de cette croyance naïve que la réalité se plie au découpage disciplinaire des matières juridiques³⁸. Il en est de même pour le droit des affaires, dont le champ n'a jamais été convenablement délimité ; on sait seulement qu'il est plus étendu que celui du droit commercial et qu'il varie considérablement selon les auteurs qui s'y réfèrent.

Mieux vaut délaissier la question des frontières disciplinaires pour se concentrer sur le noyau idéologique, qui est au cœur d'une matière ou d'une discipline juridiques. Ce point a été aperçu par Ch. Atias : « la réflexion juridique théorique gagne à être consciente de ses objectifs ; elle peut tirer le meilleur parti des idéologies qu'elle adopte dans la mesure seulement où elle parvient à les envisager, non comme des dogmes philosophiques intangibles, mais comme des directives pour la technique juridique »³⁹. C'est précisément cette part d'idéologie que la doctrine commercialiste, à l'instar de son homologue civiliste, a beaucoup de mal à reconnaître et à assumer. Pourtant une matière juridique peut difficilement se construire sans programme idéologique ; souvent (mais pas toujours) celui-ci est identique à celui mis en œuvre pour concevoir et élaborer les règles de droit elles-mêmes. Mais on s'aperçoit que ce programme idéologique s'incarne davantage encore dans l'enseignement didactique du droit, présenté sous forme de système cohérent reposant sur des principes. En effet, ce discours didactique sur le droit ajoute au droit positif une couche dogmatique (le plus souvent occultée par les auteurs), qui sert justement à parvenir, en apparence du moins, à la cohérence recherchée et dans laquelle on voit transparaître les linéaments idéologiques.

Ainsi, le droit commercial s'est construit dans l'univers idéologique d'un mercantilisme mélangé de physiocratie (théories qui s'opposent autant qu'elles se croisent historiquement), puis d'économie politique. C'est parce que l'activité des marchands est présumée importante pour la prospérité d'un pays qu'il convient de la favoriser par l'édiction de règles adaptées, la *consécration de leurs usages et l'instauration d'une juridiction consulaire*⁴⁰. Loin de se défier de l'État, les marchands attendent de lui ordre et protection (notamment contre la fraude et la banqueroute d'individus malhonnêtes). Il n'est pas anodin que Colbert ait demandé à un ancien négociant, Jacques Savary, de préparer un projet d'ordonnance sur le commerce, ou que Miromesnil confia la réforme de l'ordonnance de 1673 à une commission composée d'intendants et de députés du commerce, ou encore que le Consulat s'en remit à un ancien négociant, Gorneau, pour assurer la rédaction d'un projet de Code de commerce. C'est d'ailleurs une tradition sous l'Ancien régime que d'associer les marchands à certaines décisions royales. Outre, les chambres de commerce, créées en 1701 avec pour fonction, entre autres, d'élire des députés du commerce, l'organe important était le Conseil du commerce, créé en 1700 et réorganisé en bureau du commerce à partir de 1722. C'était un lieu de débats et de propagation des idées économiques auquel participaient marchands, manufacturiers,

³⁷ Cette ambiguïté est largement entretenue par les notions, elles aussi ambiguës, de droit commun et de branche (voir J.-P. Chazal, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Mélanges en l'honneur de Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 279 et s.).

³⁸ Voir ce que j'ai écrit dans la 6^e éd. du *Droit commercial* d'Yves Reinhard et J.-P. Chazal, Litec 2001, n° 28 à 30.

³⁹ « Hypothèses sur la doctrine en droit commercial », in *Études dédiées à R. Roblot, Aspects actuels du droit commercial français*, LGDJ, 1984, p. 31.

⁴⁰ Édité de Charles IX de 1563 établissant les juges-consuls en la ville de Paris. Il s'agissait de trancher les litiges entre marchands sans être astreint de respecter les subtilités des lois romaines et des ordonnances royales, sans ministère d'avocat, les juges se prononçant en leur honneur et conscience. Ce que l'on appelait « l'équité commerciale ».

responsables des corporations et membres de l'administration royale, etc.⁴¹. Or, l'une des idées principales circulant dans ces cercles était les bienfaits de la circulation des marchandises pour le dynamisme économique. Le discours de ces marchands cultivés sur l'intervention étatique n'était pas purement libéral : il mélangeait interventionnisme protecteur et liberté des échanges, selon les intérêts en jeu. Le bureau de commerce, auquel participa l'intendant du commerce Vincent de Gournay (le père présumé de la formule « Laissez-faire »), prit une part importante dans la littérature du XVIII^e siècle sur la « science du commerce », par la constitution d'un véritable cercle d'auteurs prônant, dans de nombreuses publications, la libéralisation du commerce. Le commerce devient, à cette époque, une affaire politique⁴², et des auteurs emblématiques comme de Gournay, Forbonnais ou Melon aimaient à répéter que « le commerce ne demande que liberté et protection ». C'est l'idée du « doux commerce » qui, au fond, passe dans la législation commerciale, au détriment de celle de la « cupidité frauduleuse du négociant » qui conduit à davantage de réglementations et d'interventions étatiques pour surveiller les marchands soupçonnés d'être peu scrupuleux⁴³. En devenant « l'hypothèse régulatrice du commerce », la confiance est un argument contre la réglementation étatique qui pousse le commerce hors de la sphère politique⁴⁴. La défiance à l'encontre des marchands, qui incitait l'État à jouer un rôle protecteur, s'est transformée en une défiance à l'encontre de l'intervention de l'État, lequel doit être cantonné au laissez-faire dans le domaine économique et se contenter de protéger les propriétés et la liberté contractuelle. Comme le disait Forbonnais : « de toutes les lois, la plus efficace est celle de l'intérêt », sous-entendu l'intérêt personnel des individus.

C'est exactement cet objectif économique-politique que le droit commercial, en tant que matière puis discipline juridique, se voit assigné par ceux-là mêmes qui se proposent de le décrire et de l'expliquer de manière systématique, à savoir les auteurs de doctrine. Ainsi, les commercialistes se plairont à voir l'essence de l'activité commerciale et de son droit dans le triptyque crédit, rapidité et sécurité (certains ajoutent technicité, confiance). D'autres expliquent le « particularisme » du droit commercial par des « raisons empiriques »⁴⁵. Pourtant, loin d'en être l'essence ou une vérité empirique, ces caractéristiques sont le produit de l'idéologie de l'époque qui vise à favoriser les intérêts de la classe des marchands et des industriels en les confondant avec ceux de la nation : un « droit au service des commerçants »⁴⁶. Le plus souvent l'influence idéologique ne transparait point, occultée par une présentation technique des règles et raisonnements juridiques. Mais d'autres fois, elle affleure. C'est très clair chez Boistel, pour qui le rôle social et économique du commerce est déterminant dans la prospérité de la nation ; il cite d'ailleurs les Harmonies économiques de Bastiat⁴⁷, mais l'on pourrait remonter aux écrits de Boisguilbert, de Gournay, de Forbonnais, Mercier de la Rivière, Turgot, etc. L'avocat M. G. Massé⁴⁸ cite, quant à lui, Adam Smith pour faire de la division du travail le fondement du commerce. Favorable au développement des sociétés et nécessaire à la satisfaction des

⁴¹ David Kammerling Smith, « Le discours économique du bureau du commerce », in *Le cercle de Vincent de Gournay, savoirs économiques et pratiques administratives en France au milieu du XVIII^e siècle*, dir. L. Charles, F. Lefebvre et C. Théré, INED 2011, p. 31.

⁴² Philippe Steiner, « Commerce, commerce politique », in *Le cercle de Vincent de Gournay, savoirs économiques et pratiques administratives en France au milieu du XVIII^e siècle*, dir. L. Charles, F. Lefebvre et C. Théré, INED 2011, p. 179.

⁴³ C'est notamment l'opinion de Melon, *Essai politique sur le commerce*, 1735.

⁴⁴ Catherine Larrère, *L'invention de l'économie au XVIII^e siècle*, PUF. Léviathan 1992, p. 133 et 146, qui voit dans le passage de la défiance à la confiance à l'égard du commerce (et du mouvement inverse s'agissant de l'État), la différence entre le mercantilisme et la physiocratie.

⁴⁵ Yves Guyon, *Droit des affaires*, T. 1, Economica, 2003 12^e éd., n° 15.

⁴⁶ Yves Chartier, *Droit des affaires*, T. 1, *L'entreprise commerciale*, PUF. Thémis 4^e éd. 1993, n° 13.

⁴⁷ *Manuel de droit commercial*, 1887, n° 3.

⁴⁸ M.G. Massé, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, Paris 1844.

besoins humains, le commerce n'est possible que parce que ceux qui y prennent part se procurent des gains, et Massé de citer sur ce point le *Traité d'économie politique* de J.-B. Say ainsi que son *Cours complet d'économie politique*.

Cette dimension idéologique est aussi très présente dans le droit des affaires (entendu comme matière ou discipline juridiques). Il s'agit, de l'aveu même de ses promoteurs, d'un droit au service des affaires et de ceux qui les font, mais dans un nouveau contexte idéologique, celui du néo-libéralisme, de la théorie de l'entreprise (au sens américain de la firme) et de celle du marché efficient. Le développement du droit des affaires n'est donc pas un « retour aux sources » comme on le pense parfois⁴⁹, du moins pas chez ces principaux promoteurs⁵⁰. C'est très clair chez Claude Champaud qui, pensant analyser scientifiquement un fait de civilisation, écrit que « chacun recourant au crédit, voire à la spéculation, tous voulant s'enrichir, le calcul économique entrant dans les mœurs, le droit des affaires est devenu un droit commun de la société techno-scientifique, industrielle et urbaine »⁵¹ ; ou encore : « La profusion des règlements et l'abus du réglementarisme risquent de devenir un poison pour le droit des affaires. Le goût de décider pour les autres ; la prétention de prévoir l'imprévisible en oubliant parfois le possible, voire le certain ; le penchant pour la formule mathématique qui dissimule l'ignorance des réalités et des raisonnements proprement juridiques ; l'ésotérisme et la préciosité du langage masquant son imprécision, l'amour du détail qui cache la généralité, etc. sont des défauts qui ne caractérisent pas tous les textes et décisions technocratiques, mais qui parquent nombre d'entre eux. Ils sont, par nature, aux antipodes des qualités et des défauts des hommes d'entreprise. Ils sont d'autant plus insupportables parfois qu'ils paraissent, dans certains cas, procéder d'une vision de ces derniers qui tend à les considérer non comme des responsables mais comme des coupables, non comme des agents de production de richesses communes mais comme des naufrageurs ou des pilleurs, non comme des adultes mais comme des mineurs. Ce sont aussi des signes du « déclin du droit » dénoncé par Ripert »⁵².

Sauf quelques exceptions, les auteurs qui contribuent à l'émergence de cette nouvelle discipline, s'appuient autant sur les insuffisances du droit commercial que sur une opposition idéologique avec le droit économique. Celui-ci est une création d'origine allemande qui traduit à la fois la double dimension de l'économie : intervention de l'État et présence de pouvoirs économiques privés (les Konzerns), et la révolution intellectuelle des juristes qui abandonnant la croyance dans la vérité des concepts et du raisonnement déductif, se mettent à penser le droit par le prisme des intérêts opposés (le second Ihering, Heck, Kantorowitz). En France, après avoir été introduit par François de Kiraly⁵³, le droit économique est promu, en tant que matière juridique, par Gérard Farjat dès 1972⁵⁴, comme un droit qui transcende la distinction entre le droit public et le droit privé, comme un droit de l'économie mixte conciliant l'entreprise et la direction de l'économie par l'État. Ici le programme idéologique est clairement interventionniste.

On pourrait s'arrêter à la critique classique que les partisans du droit des affaires adressent au droit économique ainsi conçu : il aurait un problème de définition car il engloberait des

⁴⁹ J. Hilaire, *op. cit.*, p. 125 et s.

⁵⁰ Il est vrai que l'idéologie néo-libérale n'est pas présente dans tous les ouvrages intitulés « droit des affaires » ; ainsi cet intitulé a d'abord été utilisé pour démarquer du cours classique de droit commercial enseigné aux juristes, un ouvrage didactique destiné aux gestionnaires : R. et J. Savatier et J.-M. Leloup, *Droit des affaires*, Sirey, 1961.

⁵¹ C. Champaud, *Le droit des affaires*, p. 23.

⁵² *Op. cit.*, p. 45.

⁵³ Le droit économique, branche indépendante de la science juridique, sa nature, son contenu, son système, in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény*, Sirey 1934, p. 111.

⁵⁴ *Droit économique*, PUF, 1972, 1^{re} éd.

branches du droit dont la distinction serait tributaire d'une tradition séculaire⁵⁵. Mais la même critique pourrait être formulée contre cette nébuleuse qu'est le droit des affaires. C'est pourquoi, la véritable critique est idéologique : certains voient dans le droit économique les « germes de la corruption et de la dissolution du droit des affaires », dans sa version néo-libérale⁵⁶. Ainsi, pour Claude Champaud⁵⁷, si le droit des affaires et le droit économique, placent au cœur de leurs préoccupations l'entreprise, le premier est un monde « d'échanges économiques accomplis et décidés par des individus réputés libres et égaux » tandis que le second est un monde « où les relations entre les personnes privées sont encadrées, réglementées, surveillées, autorisées ou interdites, voire pilotées, montées ou organisées par des autorités publiques sous contrôle de fonctionnaires qui sont serviteurs ou maîtres du pouvoir qu'ils incarnent ». Bref il faut choisir entre le marché libre ou le kolkhoze. Pas étonnant que l'auteur s'en prenne ensuite à la majorité socialiste de 1981 qui paraît « avoir convaincu de son inanité ceux-là mêmes qui assimilaient le « génie de la France » au dirigisme colbertien et qui promettaient de « changer la vie » en ignorant les lois de l'économie de marché et les impératifs de la gestion des entreprises ». Tout est dit.

Peut-être pas tout à fait, car il reste à parler de l'impérialisme disciplinaire du droit des affaires, assumé par Claude Champaud⁵⁸. Cet impérialisme n'est pas dangereux en ce qu'il viserait à annexer d'autres provinces disciplinaires, du moins si l'on ne croit pas trop aux frontières artificiellement tracées entre les matières juridiques. Il est remarquable en ce qu'il vise (mais n'est-ce pas le propre de tout impérialisme ?) à imposer son idéologie à d'autres disciplines. Ainsi, le droit fiscal et le droit social, envisagés par le prisme du droit économique, sont des facteurs de corruption et de dissolution du droit des affaires. La solution serait donc de les annexer pour les mettre au service de l'entreprise et de ceux qui la contrôlent, plutôt que d'en faire des contraintes pour les entreprises sous prétexte de redistribution des richesses ou de protection des salariés. Cette présentation prépare le terrain pour l'étape suivante : la simplification (euphémisme contemporain pour démantèlement) du droit fiscal et du droit du travail afin d'une part d'alléger l'impôt pesant sur les entreprises et les forces vives de la nation et, d'autre part, de faciliter « l'employabilité » des salariés par plus de flexibilité.

Comment avec un discours aussi peu démocratique, la doctrine peut-elle se dire au service de la démocratie⁵⁹ ? Comment avec un programme aussi engagé, peut-elle se prétendre axiologiquement neutre et uniquement technicienne ? Un discours aussi contradictoire ne peut être produit et maintenu que par un procédé mythologique, lequel est étroitement lié au modèle doctrinal et donc à la formation d'une discipline juridique.

IV – Discipline juridique, modèle doctrinal et mythologie

Paul Didier avait bien compris que le mot « affaires », dans l'expression « droit des affaires », était problématique : « cette indétermination du mot a été habilement exploitée. On a voulu, avec ces mots neufs, créer une « discipline nouvelle » et même un esprit nouveau »⁶⁰. Cette

⁵⁵ J.-B. Blaise, *op. cit.*, n° 81.

⁵⁶ C. Champaud, *op. cit.*, p. 43 et 45.

⁵⁷ Qui pourtant est l'un des tout premiers professeurs de droit français à écrire sur le droit économique : « Contribution à la définition du droit économique », *D.* 1967, Chron. 215.

⁵⁸ « Nul ne songe à nier l'impérialisme disciplinaire du droit des affaires », clame-t-il !, *Le droit des affaires*, p. 23.

⁵⁹ Comme dans la seconde partie de l'article de D. Porrachia et L. Merland.

⁶⁰ Paul Didier, *Droit commercial*, T. 1, PUF, Thémis 1999, 3^e éd., p. 22.

rhétorique le laissait donc sceptique. Mais il s'agit plus que d'une rhétorique, c'est d'une véritable mythologie dont il est question. J'emploie ici le mot mythologie au sens que Paul Feyerabend lui donnait dans ses conférences diffusées en 1961⁶¹, afin de distinguer la mythologie de la science⁶². Cette distinction ne s'opère pas sur le critère de la vérité ou de la vérification empirique : un énoncé mythique n'est ni moins vrai ni moins rationnel qu'un énoncé scientifique. Le scepticisme de Feyerabend ne le mène cependant pas à la confusion des genres. Il reste des différences entre discours mythologique et discours scientifique. Pour simplifier, on peut dire que dans le premier, contrairement au second, les erreurs ne sont jamais rectifiées et il faut continuer à croire coûte que coûte à ce qui serait une vérité dogmatique, par définition incontestable. La croyance mythologique serait donc une attitude d'acceptation complète et absolue au récit (« le mythe raconte la vérité et il n'est pas possible qu'il soit erroné »), alors que la croyance scientifique supporte et accueille la contradiction et favorise l'esprit critique (du moins en théorie, car Feyerabend évoluera ensuite vers encore plus de scepticisme).

Loin d'être scientifique, au sens ci-dessus défini, le discours de la doctrine commercialiste ou affairiste produit une mythologie que l'on reconnaît à trois caractéristiques : 1) l'emploi de formules magiques, qui évitent de rectifier les erreurs et les incohérences, 2) la persistance dans le discours, de contradictions jamais résolues et 3) la faveur pour un exposé déshistoricisé du droit, voire l'utilisation d'un révisionnisme historique, dans un but de légitimation.

Tout d'abord, la doctrine commercialiste (ou affairiste) produit des objets-fétiches, des formules magiques, dont la fonction est de sauvegarder les dogmes qui servent de structure à une pensée fortement idéologisée, mais dont cette dimension est soigneusement dissimulée par un discours pseudo-technique. Par exemple, le droit commercial a un « esprit », autre nom à connotation magique ou surnaturelle pour désigner des particularités essentialisées (sécurité, rapidité, technicité, etc.), qui ne sont rien d'autre que des intérêts particuliers protégés ou promus par le discours doctrinal. Cet « esprit » du Code de commerce est invoqué par Loqué dès 1807, tandis qu'il quitte chez Ripert le Code pour posséder le droit commercial lui-même, puis le droit des affaires chez son lointain continuateur Louis Vogel⁶³. Cette rhétorique de la réincarnation de ce mystérieux « esprit » a pour finalité de maintenir une idéologie en dépit des changements qui ont affectés le droit, ainsi que la société qu'il a vocation à régir. De simples principes juridiques, qui devraient dans les raisonnements être confrontés à des principes contraires pour tenter de trouver une articulation ou une balance des intérêts, deviennent alors des vérités dogmatiques, voire des fétiches dotés de pouvoirs surnaturels. Ainsi, la propriété, la libre concurrence, la liberté contractuelle, la liberté d'entreprendre, la sécurité juridique, sont autant d'expressions-fétiches qui prétendent clore les débats et résoudre les litiges, alors que ce sont des expressions-problématiques, faites de nuances, d'imprécisions et de contradictions. C'est ainsi que la doctrine fabrique des concepts, tout en faisant semblant de croire (ou en y croyant vraiment) qu'il s'agit d'objets neutres, dotés de fonctions purement techniques et découlant de la nature des choses. Le problème ne réside point dans cette fabrication (elle est peut-être inévitable et utile), mais dans ce refus d'accepter qu'il ne s'agit que de fabrication. Remplaçons le mot « esprit », dans les passages suscités, par le mot politique ou idéologie, et nous aurons fait un grand pas vers un discours un peu plus scientifique, ou un peu moins mythologique.

⁶¹ *Une connaissance sans fondements*, Dianoïa, 1999.

⁶² Il est loin d'être certain que P. Feyerabend ait maintenu cette distinction dans les écrits postérieurs, qui tendent à réfuter l'existence d'une coupure épistémologique entre les sciences, telles qu'elles se pensent et se pratiquent, la connaissance mythologique.

⁶³ *Du droit commercial au droit économique, Traité de droit des affaires*, G. Ripert et R. Roblot, T. 1, LGDJ, 19^e éd., 2010, p. 57, n^o 64 et s.

Le mythe du droit commercial tient aussi grâce à des métaphores qui, par hypostase, passe pour de la réalité. C'est la fameuse « branche autonome » qui loin d'être l'oxymore qu'elle devrait (peut-on concevoir une branche sans tronc ?), passe pour une explication satisfaisante suivant laquelle le droit commercial est à la fois inclus dans un système juridique qui l'influence et suffisamment indépendant pour faire respecter ses particularités⁶⁴. Mais l'explication est plutôt courte, car elle ne dit rien, au cas par cas, sur la primauté du droit commun (ou prétendu tel) ou du droit spécial. Ainsi, on applique en droit commercial l'article 1134 du Code civil qui impose le respect des conventions, mais on écarte l'article 1202 du même code, suivant lequel la solidarité ne se présume pas. Certes, on va recourir à l'usage qui en matière commerciale impose la solidarité présumée entre les débiteurs. Sauf qu'ici l'usage contredit une loi, ce qui est loin d'être admis en doctrine. On voit donc que le ressort du discours mythologique consiste à créer une explication permettant de sauver le dogme (celui de la branche autonome) en l'immunisant contre les effets négatifs d'une expérience qui le contredit. Le jeu est sans fin. Prenons l'exemple de la prohibition de la capitalisation des intérêts sur une période infra-annuelle (art. 1154 du Code civil). La jurisprudence considère qu'il s'agit d'une règle d'ordre public ; pourtant en matière commerciale, les conventions qui y dérogent (notamment la convention de compte courant) sont considérées comme licites. Il faudrait donc admettre un usage commercial qui prime une loi d'ordre public, solution qui est rejeté en doctrine. Celle-ci va donc se contenter de rendre compte de la solution en matière de compte courant, sans donner d'autre explication autre que l'autonomie de la branche. Voilà donc une formule magique bien commode, qui dispense de donner une explication rationnelle.

Ensuite, on trouve dans le discours doctrinal des assertions contradictoires, alors mêmes que ces contradictions ne semblent pas affecter la crédibilité ou la scientificité dudit discours. C'est une autre facette de la mythologie que l'on trouve expliquée chez Paul Veyne, lequel rapporte que le Dorzé d'Éthiopie qui, tout en croyant que le léopard est un animal chrétien et respecte, à ce titre, le jeûne de l'Église copte, continue à surveiller comme d'habitude son bétail les jours de jeûne, sans pour autant renier sa foi, car il sait d'expérience que les léopards sont dangereux tous les jours⁶⁵. À l'instar du Dorzé, il s'agit pour la doctrine de continuer à maintenir des positions contradictoires, sans jamais vouloir résoudre ces contradictions ; de maintenir ses dogmes même s'ils expliquent mal la réalité. Le discours mythologique ne peut se maintenir qu'au prix d'incantations qui seront rabâchées *ad nauseam*, sans jamais pouvoir être invalidées par une confrontation avec la réalité. Il en est ainsi, par exemple lorsque la doctrine commercialiste s'autoproclame pragmatique tout en étant dogmatique, neutre (donc technique et scientifique) tout en étant partisane.

Le prétendu pragmatisme de la doctrine commercialiste est assumé en même temps que le dogmatisme le plus académique. Cette position contradictoire se trouve dans la préface du Traité d'Hamel et Lagarde, qui, après avoir expliqué que la méthode dogmatique et l'esprit de système avait été importé du droit civil dans le droit commercial, louent la doctrine commercialiste en ces termes : « sympathie pour les solutions audacieuses même si elles font courir aux intéressés certains risques considérés comme inhérents à la vie économique, rejet systématique des raisonnements logiques lorsqu'ils conduisent à des positions qui ne sont pas en pleine harmonie avec les besoins de la pratique des affaires, recherche de tous les symptômes qui annoncent la transformation des institutions existantes ou qui préparent les évolutions à

⁶⁴ Lire F. Grua, « Les divisions du droit », *RTD. civ.* 1993, 59 et J.-P. Chazal, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », art. préc., notamment à troisième partie intitulée « L'arbre et le rhizome : de l'hypostase à la vérité métaphorique », p. 302 et s.

⁶⁵ Rapporté par Dan Sperber, cité par Paul Veyne, *Les Grecs ont-ils cru à leurs mythes ?*, Seuil, 1983, p. 11.

peine amorcées, désir intense de ne négliger aucun phénomène économique dont le fonctionnement nécessite un cadre juridique adapté à notre milieu social (...) »⁶⁶. Si véritablement la doctrine commercialiste était pragmatique, elle se préoccuperait plus de balance d'intérêts et de raisonnement conséquentialistes que de principes et de logique déductive. Or, la simple lecture des manuels et traités, qu'il soit de droit commercial ou de droit des affaires, montre une profonde unité méthodologique entre la doctrine civiliste et la doctrine commercialiste, la seconde n'étant guère moins dogmatique que la première. Ce qui n'empêche nullement la plupart des commercialistes de continuer à se penser et se prétendre pragmatiques.

De la même façon, la doctrine affiche la neutralité de sa technique et se prévaut de sa posture non partisane, mais soutient, dans le même temps, le modèle d'une économie de libre marché et critiquera toute intervention des pouvoirs publics en invoquant les vérités économiques enseignées depuis Smith, Say et Bastiat jusqu'à Hayek, ou encore la nature des choses ou le sens de l'histoire. C'est évident chez Champeaud, mais un tel positionnement est très répandu. Ainsi lorsqu'il s'attaque à la question de l'influence de « la théorie économique » (le singulier est édifiant) sur le droit des affaires, L. Vogel ne parle que de l'analyse économique du droit, sans nullement éprouver le besoin de justifier ce choix plutôt étroit et orienté⁶⁷. De même, des auteurs dénie, dans le même article, à la doctrine tout rôle de source du droit, en réaffirmant sa fonction d'agencement d'un droit positif qui lui est extérieur en un système cohérent, tout en écrivant ensuite qu'en « réalité, le droit, en ce qu'il est un art du juste, laisse place aux juristes pour faire entendre aux politiques une voix : celle du meilleur ordre ou de l'ordre le plus efficace. La voix du juriste participe ainsi, de manière qualitative, au processus démocratique »⁶⁸. Jean Escarra, pour sa part, professe, dans l'avant-propos de son manuel de droit commercial, le « caractère objectif » de son exposé, et dans le corps du même manuel, que « le droit commercial est une science de l'observation », ce qui ne l'empêche pas de critiquer ensuite la législation sociale qui ferait la part trop belle aux syndicats et réduirait excessivement la liberté des commerçants⁶⁹. On retrouve la même posture contradictoire chez Yves Guyon qui écrit que la doctrine commercialiste « explique et éclaire le droit positif, dont elle donne un exposé systématique, aussi rationnel que possible », mais aussi qu'elle « souffre, comme la doctrine civiliste, de l'instabilité législative qui remet en cause non seulement les solutions de détails mais aussi parfois les principes »⁷⁰. C'est la nature mythologique du discours doctrinal qui explique que cette structure intrinsèquement contradictoire du discours ne soit jamais remise en cause.

Enfin, le discours mythologique ne tiendrait pas longtemps s'il n'était pas renforcé par des procédés de déshistoricisation, qui caractérisent également le discours mythologique. Par exemple, les partisans du droit des affaires croient discréditer le droit économique en ce qu'il prétendrait transcender la séculaire distinction entre droit privé et droit public, mais ils oublient de rappeler que dans l'histoire les règles régissant le commerce étaient classées dans le droit public par Jean Domat, ou encore que Vital-Roux avait proposé une vision globalisante du droit commercial, incorporant le droit public. C'est ce même procédé de déshistoricisation qui permet à un auteur de réduire le droit économique à la réglementation du marché, pour n'en faire qu'une province annexée par le droit des affaires, avec en prime le tour de force de ne pas citer les

⁶⁶ J. Hamel et G. Lagarde, préface, *Traité de droit commercial*, t. 1, LGDJ, 1954.

⁶⁷ Louis Vogel, *Du droit commercial au droit économique, Traité de droit des affaires*, G. Ripert et R. Roblot, T. 1, LGDJ, 19^e éd. 2010, n° 62 et 63.

⁶⁸ D. Porrachia et L. Merland, art. préc.

⁶⁹ Jean Escarra, *Manuel de droit commercial*, Sirey, 1947, n° 32 et 58.

⁷⁰ Yves Guyon, *op. cit.*, n° 29.

travaux de G. Farjat⁷¹ ! Comme si cette subsumption était naturelle et atemporelle : pas de rappel de son origine germanique ni de sa dimension politique, encore moins du contexte historique dans lequel le droit économique, en tant que matière et programme de recherche, a émergé.

Parfois, la déshistoricisation va plus loin que le processus d'occultation pour prendre la forme d'un véritable révisionnisme. C'est ce qui est arrivé à la dernière réédition du *Traité élémentaire de droit commercial* de Ripert, qui avait été continué un temps par Roblot. Désormais, il se dénomme sous la plume de Louis Vogel : *Traité de droit des affaires*⁷². S'il s'agissait d'un simple changement de titre, il n'y aurait pas grand-chose à redire, mais le continuateur lointain de Ripert a gardé, dans l'introduction, le texte rédigé par Ripert en remplaçant quasi-systématiquement « droit commercial » par « droit des affaires », et ce sans aucun avertissement. Les « sources et technique du droit commercial » deviennent ainsi les « sources et techniques du droit des affaires » ; pourquoi pas. Moins anecdotique est la réécriture qui provoque une distorsion temporelle : « le droit des affaires a été pendant longtemps un droit purement coutumier sans qu'il n'y ait eu aucune rédaction de cette coutume »⁷³. Même opération un peu plus loin : « Le droit des affaires n'a pas connu au XIX^e siècle la rigueur de l'interprétation exégétique, tout au moins au même degré que le droit civil. Le Code de commerce était trop imparfait et incomplet pour que la doctrine pût se contenter de l'analyse des textes »⁷⁴. Et cela continue : tout le débat qui animait la doctrine sur les influences réciproques entre le droit civil et le droit commercial (avec les grands articles de Lyon-Caen, Thaller, Hamel, etc.) se transforme, avec des textes identiques à ceux de Ripert en « Influence du droit civil sur le droit des affaires. – Pourtant, la codification a eu ce résultat de mettre le droit des affaires sous la domination du droit civil »⁷⁵. Et la réciproque est également vraie : « Influence du droit des affaires sur le droit civil. – (...) Malgré son infériorité de rédaction technique, le droit des affaires a agi sur le droit civil en lui enlevant une partie de son domaine et en lui imposant ses règles. Il a, en effet, pour lui sa mobilité et sa nouveauté qui lui permettent de satisfaire les besoins d'une société livrée tout entière aux affaires »⁷⁶.

Voilà un saisissant exemple de manipulation de l'histoire ayant pour but de conférer une légitimité traditionnelle au droit des affaires, dont il est pourtant dépourvu, après l'avoir dépolitisé, du moins en apparence. Ici le rapport à l'histoire est également très proche du mythe, à savoir que l'important est de raconter une histoire qui sert le propos, sans se préoccuper du point de savoir si c'est vraiment comme cela que les choses se sont déroulées. Comme si le discours mythologique jouait un rôle performatif : en racontant le mythe, le juriste créerait la réalité dont il prétend seulement rendre compte. C'est probablement la condition de l'existence des disciplines juridiques : pour qu'elles existent, il faut y croire.

⁷¹ Louis Vogel, *Du droit commercial au droit économique, Traité de droit des affaires*, G. Ripert et R. Roblot, T. 1, LGDJ, 19^e éd. 2010, n° 8.

⁷² LGDJ, 2010, 19^e éd. 2010.

⁷³ N° 41 ; la phrase de Ripert était la suivante : « Le droit commercial a été pendant longtemps un droit purement coutumier sans qu'il n'y ait eu aucune rédaction de cette coutume ».

⁷⁴ N° 59 ; la phrase de Ripert était la suivante : « Le droit commercial n'a pas connu au XIX^e siècle la rigueur de l'interprétation exégétique, tout au moins au même degré que le droit civil. Le Code de commerce était trop imparfait et incomplet pour que la doctrine pût se contenter de l'analyse des textes. »

⁷⁵ N° 60 ; la phrase de Ripert était la suivante : Influence du droit civil sur le droit commercial. – Pourtant, la codification a eu ce résultat de mettre le droit commercial sous la domination du droit civil ».

⁷⁶ N° 61 ; le passage d'origine est le suivant : « Influence du droit commercial sur le droit civil. – (...) Malgré son infériorité de rédaction technique, le droit commercial a agi sur le droit civil en lui enlevant une partie de son domaine et en lui imposant ses règles. Il a, en effet, pour lui sa mobilité et sa nouveauté qui lui permettent de satisfaire les besoins de la société moderne livrée tout entière au capitalisme ».