

RJC Com.

Revue de jurisprudence commerciale
Ancien journal des agrégés

TIRÉ À PART

L'Association Droit & Commerce :
quarante années de contribution au
droit des affaires

par Jacques Mestre



THOMSON REUTERS
TRANSACTIVE

L'ASSOCIATION DROIT ET COMMERCE : QUARANTE ANNÉES DE CONTRIBUTION AU DROIT DES AFFAIRES

PAR JACQUES MESTRE*

Madame, Messieurs les Présidents,

Mesdames et Messieurs,

Chers amis de Droit et Commerce,

Je souhaite commencer cette conférence par des remerciements. Remerciements d'abord, naturellement, à l'intention du Président de l'association Droit et Commerce, Maître Franck Denel, et de tout son conseil d'administration pour m'avoir confié cette tâche de révéler la contribution de Droit et Commerce, dont nous fêtons cette année les quarante ans d'existence, à l'évolution de notre droit des affaires. Et remerciements aussi, plus anonymes, à toutes celles et à tous ceux qui, précisément depuis près d'un demi-siècle, font vivre cette association, interviennent, écoutent, dialoguent, interpellent, publient, accueillent, cotisent, bref qui font le quotidien d'une association qui, comme bien d'autres en France, s'efforce de rester fidèle à l'esprit de liberté et d'initiative caractéristique de la si belle loi du 1^{er} juillet 1901.

À tous, un très grand merci personnel, car j'ai pris – je le dis très simplement au début de cet exposé – beaucoup de plaisir et en même temps beaucoup d'intérêt à la préparation de cette conférence, et je souhaiterais vraiment, en cette fin d'après-midi, vous faire partager ce plaisir et cet intérêt.

Comme vous le savez sans doute, l'Association Droit et Commerce a été créée à l'initiative de la Chambre nationale des agréés près les tribunaux de commerce, laquelle a souhaité qu'après la disparition de la profession d'agréé, lors de la réforme judiciaire de 1971, la

spécialité du droit des affaires reste vivante à travers elle, à la manière, si l'on peut dire, d'une fondation intellectuelle...

L'agréé près le tribunal de commerce était un professionnel né sous l'Ancien Régime, en lien étroit avec les juridictions consulaires. Plus précisément, c'était un simple particulier qui avait obtenu du tribunal de commerce un agrément lui permettant de défendre les intérêts de plaideurs, et qui cumulait, d'une certaine façon, le rôle de l'avoué et celui de l'avocat dont le ministère n'était pas nécessaire devant cette juridiction. C'est ainsi notamment qu'un édit de Charles IX, pris en 1563, ouvrit expressément aux parties la faculté, en cas de maladie ou d'absence, de se faire représenter par un parent, voisin ou amis « *ayant de ce, charge et procuration spéciale* ».

Par la suite, au XVIII^e siècle, cette profession d'agréé parvint à maturité, et le serment se généralisa, ainsi que la transmission de la charge aux héritiers. Mais, curieusement, les codes napoléoniens ne prirent pas position à son égard, et un projet du code de commerce songea même à l'interdire. Et en 1825, le Conseil d'État, consulté sur l'opportunité d'adopter un texte législatif qui déterminerait les conditions requises pour être agréé, exprima lui-même un avis négatif, de sorte que si la profession d'agréé continua d'exister, elle fut plus tolérée que vraiment reconnue.

Et il fallut attendre le début du vingtième siècle pour voir les juridictions judiciaires, qui appréciaient quotidiennement l'utilité concrète de ces agréés, opter à nouveau pour une protection juridique de la profession : en particulier, au cas d'une concurrence déloyale qui découlerait de l'usurpation par un tiers du terme d'agréé (voir, par ex., CA Aix, 9 février 1925, D.P.1925.II.141).

* Jacques Mestre est professeur des Facultés de droit.

Finalement, on l'a vu, l'agrégé près les tribunaux de commerce n'a pas survécu à la loi du 31 décembre 1971 portant réforme des professions juridiques et judiciaires, et il s'est trouvé en quelque sorte absorbé par fusion dans la nouvelle définition de la profession d'avocat, mais cette opération de restructuration que connaissent bien les juristes d'affaires a eu, au moins, ici une conséquence inhabituelle et très positive : celle de provoquer, par réflexe de survie intellectuelle et amicale, la naissance d'une structure associative, Droit et Commerce !

L'assemblée constitutive de Droit et Commerce s'est ainsi tenue trois années plus tard, le 12 avril 1975, sous la présidence d'un ancien agrégé très connu, Monsieur Marcel Deleau-Deshayes. Son objet déclaré a été de réunir les professionnels du droit, de l'économie et du chiffre qui s'intéressent au droit des affaires.

D'emblée, plusieurs précisions ont été apportées dans les statuts :

- la conception retenue du droit des affaires sera entendue au sens large et inclura notamment, outre le droit commercial et le droit économique, le droit social, le droit pénal et le droit fiscal ;
- l'association s'efforcera de rapprocher ces professionnels et de promouvoir l'étude et la publication de travaux portant le plus souvent sur des sujets d'actualité, notamment à travers la Revue de jurisprudence commerciale avec laquelle des relations privilégiées seront assurées ;
- elle contribuera ainsi à la formation continue des professions juridiques, judiciaires ou commerciales ;
- elle constituera, en outre, un lieu de rencontres, de réflexion et de suggestions, dans les domaines divers qui constituent le droit des affaires, à travers six conférences par an, un colloque annuel sur un sujet scientifique, et un voyage d'études annuel qui est l'occasion pour ses adhérents de contacts fructueux avec des professionnels du droit étrangers.

Voilà, Droit et Commerce était lancée, et comme on le dit habituellement, Vogue la Galère... et ce, d'autant que l'association choisit pour sigle un navire... Pourquoi d'ailleurs un navire ? Mes recherches ne m'ont pas permis de le savoir, et j'en suis donc réduit à quelques supputations, en attendant peut-être tout à l'heure un éclaircissement venu de la salle.

Faut-il y voir l'influence de ce très grand maritimiste qu'était mon collègue Emmanuel du Pontavice, qui joua, d'emblée, un rôle scienti-

fique majeur dans le développement de l'Association ?

Ou bien l'influence prépondérante des agrégés parisiens, attachés au *Fluctuat nec mergitur* de la capitale ? (encore que les provinciaux ont également joué un rôle important ; qu'il me soit permis de citer, notamment, Bernard Dureuil, de Marseille, et Pierre Fontanié, de Toulouse).

Ou bien encore une connivence entre le droit et le large, entre le langage des gens de mer et le droit des affaires : estoppel vient ainsi par exemple du mot étouper, et gouvernance, Paul Le Cannu nous le rappelait lors de sa magistrale synthèse de 2014, de gouvernail.

En tout cas, rapidement, l'Association Droit et Commerce a pris ses quartiers fluviaux et océaniques, d'abord ici même quai de Corse, en bord de Seine, puis à Deauville lors du célèbre colloque annuel...

Deauville qui allait, très rapidement, devenir un incontournable de la vie de l'association et, au-delà, du droit des affaires français... Jeune agrégé, il était ainsi de bon ton de plancher à Deauville, et d'y côtoyer, si l'on ose dire, les stars, non pas du cinéma américain, mais de la scène judiciaire et juridique française. C'est-à-dire celles et ceux dont les arrêts, les chroniques, les consultations ou encore les sentences faisaient rêver ou empêchaient de dormir ! Je pense, en particulier, aux trois Pierre ou, plus exactement, à ces trois rocs de la Justice qu'étaient Pierre Draï, Pierre Bellet et Pierre Bézard !

Et Deauville allait toujours rester ensuite ce lieu incontournable car, même si quelques infidélités lui furent ensuite faites au profit d'autres villes d'eau, La Baule ou Aix-les-Bains, la capitale touristique normande demeure aujourd'hui encore, presque instinctivement, le lieu de référence de Droit et Commerce, ainsi qu'en témoigne encore le colloque qui s'y est tenu, quarante ans plus tard, en avril dernier aux fins de promouvoir un droit économique réaliste et pragmatique.

Nous voilà donc aujourd'hui amené à jeter un regard rétrospectif sur cette action de Droit et Commerce, et sur, sinon son bilan, du moins sa contribution à l'évolution de notre droit des affaires.

Au fait d'ailleurs, pourquoi s'être arrêté sur ce chiffre de quarante ?

De prime abord, cela peut paraître étonnant, d'autant que la quarantaine évoque plutôt, dans le langage courant, l'idée d'une mise à l'écart provisoire, pour éviter la transmission de

quelques pathologies, et que, par ailleurs, vous connaissez même tous l'expression « *s'en moquer comme de l'an quarante* » !

Alors pourquoi donc ?

Sûrement pas :

- pour les vertus mathématiques de ce chiffre, même si j'ai appris, en préparant cette conférence, que quarante était un nombre très pratique car nombre pyramidal octogonal représentant la somme des quatre premiers nombres pentagonaux... ;
- parce que quarante années ou quarante jours, c'est la durée traditionnelle de cotisations avant de prendre une retraite bien méritée, ou encore la durée traditionnelle pour une traversée du désert ;
- ou encore parce que ce chiffre de quarante serait un gage d'immortalité, si on se réfère aux quarante membres de l'Académie française.

Non, assurément pas, tout ceci n'est absolument pas convaincant !

À vrai dire, la seule explication plausible que j'ai trouvée à cet arrêt sur image autour du chiffre quarante, je suis allé la chercher – ce qui est assez paradoxal, je vous le concède, pour une structure tournée vers le droit commercial ! – dans le droit civil... Quarante, c'est en effet le délai prévu à l'article 795 du code civil de 1804, pour délibérer sur l'acceptation ou non d'une succession après en avoir fait l'inventaire. Je cite le texte d'origine : « *L'héritier a trois mois pour faire inventaire, à compter du jour de l'ouverture de la succession. Il a de plus, pour délibérer sur son acceptation ou sur sa renonciation, un délai de quarante jours...* ».

Cela étant, je pense que le Président Denel n'est guère inquiet de la succession qu'il a recueillie, en prenant la suite du président Georges Teboul, comme celui-ci d'ailleurs avait lui-même succédé sans inquiétude à Charles Vincenti.

Car précisément, si on aborde cet inventaire de l'actif de Droit et Commerce, on est très vite, sans attendre quarante jours, rassuré ! Pour l'exprimer en deux simples phrases, je dirais que cette association est un lieu de rencontre privilégié (I), qui a progressivement fait d'elle une force de proposition pour l'évolution de notre droit des affaires (II).

Un lieu de rencontre privilégié (I), une force de proposition (II), tels seront donc les deux axes de cet exposé.

I - Un lieu de rencontre privilégié

Si l'association Droit et Commerce a été, et demeure, ce lieu de rencontre privilégié, c'est, me semble-t-il, que cinq facteurs positifs se sont ici conjugués pour lui permettre de jouer ce rôle.

A - La pluridisciplinarité professionnelle, source de regards croisés

L'association Droit et Commerce s'est donné pour objet statutaire, nous l'avons vu, de réunir les professionnels du droit, de l'économie et du chiffre qui s'intéressent au droit des affaires. Et d'emblée, de manière d'ailleurs explicite dans ses statuts, elle a précisé que les professionnels qu'elle entendait ainsi réunir avaient vocation à venir « *d'horizons variés : magistrats, juges consulaires, universitaires, avocats, notaires, experts comptables, commissaires aux comptes, experts judiciaires dans les spécialités relatives à la vie des affaires (finances, fiscalité, expertise comptable, gestion, etc.), administrateurs et mandataires judiciaires, juristes d'entreprise, juristes de banque, chefs d'entreprises et étudiants* ».

C'est dire que cette association a toujours souhaité être un lieu d'échange d'idées et d'expériences, un lieu où soient portés, sur les questions du droit des affaires, des regards croisés, complémentaires, permettant d'appréhender les problèmes de façon globale, constructive, cohérente.

Ainsi, pour ne prendre que deux exemples parmi bien d'autres, le thème des difficultés des entreprises a toujours mis en perspective, à côté des interventions des juristes, le regard des experts-comptables et des commissaires aux comptes, tandis que les questions de droit des contrats ont souvent appelé l'intervention à la tribune d'experts financiers, chargés d'éclairer les délicates et ô combien importantes questions d'évaluation : évaluation des préjudices liés à la perte d'un contrat, à l'échec d'une négociation, à un défaut d'information. Qu'il suffise ici d'évoquer, à titre d'illustration, le rapport de notre collègue économiste Maurice Nussenbaum lors du colloque de Deauville de 2012 sur l'analyse économique de la loyauté et des mécanismes de réparation de la déloyauté (Gaz.Pal. 23-24 mars 2012, p. 34 et s.).

On ajoutera que Droit et Commerce s'est toujours également efforcée, dans ce souci d'un éclairage d'ensemble, tirant ses travaux par le haut, d'inviter les grands référents institutionnels. Qu'il me soit ainsi permis de rappeler les auteurs de quelques conférences parisiennes demeurées justement fameuses : Guy Canivet,

en 2000, sur le juge du marché ; Bruno Lasserre, président de l'Autorité de la concurrence, en 2009, sur cette Autorité ; Jean-Paul Delavoie, Médiateur de la République, en 2010, sur le rôle du Médiateur de la République et son regard sur la société française ; Jean-Louis Debré, président du Conseil constitutionnel en 2010, sur la question prioritaire de constitutionnalité ; Philippe Marini, rapporteur général de la Commission des finances du Sénat, sur « La sortie de crise : que peut faire l'État et l'Union Européenne ? » ; Jean-Claude Trichet, ancien président de la Banque centrale européenne, sur « L'euro et la gouvernance de la zone euro à l'épreuve de la crise mondiale »...

B - La diversité des sujets abordés et le bon équilibre réalisé entre théorie et pragmatisme

On peut illustrer ce constat, naturellement positif, de différentes manières.

Par exemple, en évoquant les thèmes des conférences données par Droit et Commerce à la Cour de cassation : Jean-Denis Bredin y a traité en 2005 des maladies du droit, donc d'un sujet de nature théorique, tandis que Jean Paillassseau, en 2008, parlait de l'influence de la mondialisation sur le droit des activités économiques ; moi-même, en 2011, j'ai traité de l'exigence de cohérence, à travers la formulation d'un principe d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, tandis qu'en 2014, Pierre Mousseron a développé le thème, ô combien concret et important, des usages dans la vie des entreprises.

Mais aussi en regardant la liste des ouvrages qui ont reçu le prix Droit et Commerce, créé en 1987 à l'initiative du bâtonnier Jean-Marie Leloup pour distinguer, sur un rythme triennal, des ouvrages mettant en valeur « *les liens juridiques nouveaux nés des mutations de l'économie* » : ainsi, ont retenu l'attention des jurys successifs le statut juridique de la monnaie étrangère (Laure Nurit-Pontier, 1993), le régime de la cession de contrôle (Thibaut Massart, 1996), la nature juridique des pools bancaires (Youmna Zein, 1999), la compensation multilatérale (Anne-Valérie Le Fur, 2005) ou encore, en 2013, le droit et la fiscalité des transferts temporaires de valeurs mobilières (Sabrina Le Normand-Caillère).

Ou encore, naturellement, en jetant un regard sur la liste des quarante colloques annuels de Droit et Commerce tenus à ce jour.

S'y côtoient en effet les thèmes suivants :

- 2015 : Manifeste pour un droit économique ouvert et réaliste
- 2014 : La gouvernance et le droit des affaires
- 2013 : Réorganisation et restructuration d'entreprise : quel traitement social ?
- 2012 : Loyauté et impartialité en droit des affaires
- 2011 : Entreprise et Patrimoine : destins croisés
- 2010 : Les garanties dans les cessions de droits sociaux – Actualité – Nouvelles pratiques
- 2009 : Le fonds de commerce (1909-2009) : un centenaire à rajeunir
- 2008 : Les entreprises en difficulté : terre des conflits – Synthèse nécessaire des intérêts contraires
- 2007 : Où sont passés les contentieux ? Le règlement des différends entre sociétés commerciales : évolution ou révolution ?
- 2006 : Les conflits d'intérêts : une question majeure pour le droit des affaires du XXI^e siècle
- 2005 : Information et rumeur
- 2004 : Entreprises en difficulté : moins de liquidation par plus de prévention ? Mythe ou réalité ?
- 2003 : Le droit boursier en mouvement
- 2002 : Le juge de l'économie
- 2001 : La dépénalisation dans la vie des affaires : où en sommes-nous ?
- 2000 : Le droit des affaires du XXI^e siècle
- 1999 : Le contrat au secours de l'entreprise
- 1998 : La prise de contrôle des sociétés
- 1997 : La vente éclatée
- 1996 : Les défaillances bancaires
- 1995 : L'échange des consentements
- 1994 : Le gage commercial
- 1993 : La transparence – Information légale en droit des affaires
- 1992 : Le sort des contrats en cours dans le redressement judiciaire
- 1991 : La loi de la majorité
- 1990 : La stabilité du pouvoir et du capital dans les sociétés par actions
- 1989 : La trésorerie et le financement des entreprises
- 1988 : La transmission des entreprises
- 1987 : L'influence du droit communautaire sur le droit des affaires
- 1986 : Redressement judiciaire
- 1985 : Le souci d'éviter la « faillite » des entreprises : la loi du 1^{er} mars 1984

- 1984 : Les opérations internationales de banque
- 1983 : Loi française et activités internationales
- 1982 : Les autorités publiques et le droit privé
- 1981 : L'évolution du droit des sûretés
- 1980 : Actualité du droit français de la concurrence
- 1979 : L'informatique et le droit commercial
- 1978 : Contrats d'adhésion et protection du consommateur
- 1977 : Rôle et responsabilité des banques
- 1976 : Les entreprises en difficulté

Constat, ainsi, d'une très grande diversité des thèmes traités, et d'une approche toujours équilibrée entre doctrine et pratique, que l'on retrouve, au demeurant, à la lecture de la revue traditionnelle de Droit et Commerce, c'est-à-dire la *Revue de jurisprudence commerciale*, aujourd'hui éditée par Thomson Reuters (et complétée, depuis quelques années, par la Gazette du Palais, éditée par Lextenso, pour la publication du colloque annuel).

C - Autre facteur positif : la complémentarité Paris-Provence

Si le siège social de l'association a été fixé à Paris, au tribunal de commerce de Paris, 1 quai de Corse, le principe a manifestement été acté très vite d'une alternance président parisien – président de province, avec ainsi, successivement et jusqu'à aujourd'hui, les quatorze présidents suivants : Marcel Deleau-Deshayes, Marcel Créhange, Xavier Vincent, Jean-Marie Leloup, Bernard Lyonnet, Dominique Schmidt, Geneviève Augendre, Roger Rebut, Michel Armand-Prevost, Jean du Parc, Philippe Peyramaure, Charles Vincenti, Georges Teboul et Franck Denel.

De même, les lieux d'activité de Droit et Commerce ont toujours associé la capitale aux villes de province.

Paris avec les conférences mensuelles et la conférence tenue, tous les trois ans, dans la Grand Chambre de la Cour de cassation, à l'invitation du Premier Président de la Cour de cassation. Et la province : Deauville, que j'évoquais tout à l'heure, et des provinces, si j'ose dire, encore plus profondes, notamment à travers les journées organisées maintenant depuis une quinzaine d'années : à Angers en 2001, sur les responsabilités professionnelles, à Dijon en 2002 sur la médiation en droit des affaires, à Toulouse en 2010 sur la rémunération du chef

d'entreprise, à Strasbourg en 2010 et à Bordeaux en 2011 sur la prévention, à Marseille en 2013 sur le préjudice d'affaires...

D - Quatrième facteur positif : le cadre associatif qui favorise l'ouverture, la richesse et la simplicité des dialogues, et permet également – c'est ici l'universitaire qui parle – une ouverture bienvenue aux jeunes

Faut-il y voir l'influence du calvados ou de ces délicieux cocktails servis dans les salons du Normandy ou du Royal ? Sans doute plus encore celle de la qualité de l'accueil organisé par notre secrétaire générale Madame Isabelle Aubard... Toujours est-il que les colloques de Droit et Commerce sont des lieux d'amitié et qu'on en revient toujours enrichi et déterminé !

Ce qui n'exclut pas, au demeurant, une certaine combativité dans le propos, voire une certaine pugnacité. Qu'il me soit ici permis de rappeler un souvenir personnel qui a plus de trente ans d'âge. Le colloque portait sur l'évolution du droit des sûretés et s'étaient alors opposés les deux grands ténors du droit bancaire, Michel Vasseur et Jean Stoufflet. Et, si j'ose dire, les agrégatifs dont j'étais comptait les points ! Car l'altercation était dure, à propos de la jeune garantie à première demande, et de son caractère abstrait, défendu par Vasseur, et contesté par Stoufflet. Lequel avait en particulier fortement dénoncé certains abus dans la mise en œuvre de garanties ou contre-garanties autonomes par leurs bénéficiaires. Ce qui conduisit Michel Vasseur à dire : « *Voilà que maintenant, on s'apitoie sur le sort de ces malheureux exportateurs. On sent que certains souhaitent au fond céder aux sollicitations d'exportateurs français qui se trouvent menacés par les demandes considérées comme excessives de ces méchants Syriens, de ces méchants Koweïtiens, de ces méchants Irakiens qui tiennent le haut du pavé, compte tenu des très importants marchés qu'ils ont conclus... Effectivement, la roue a tourné, mais je pense aussi qu'il ne faut pas céder nécessairement à cette tentation de s'attendrir sur la situation des exportateurs* ».

Et Stoufflet de répondre, après de longs développements juridiques sur la cause, l'abus de droit et la fraude : « *Alors, je ne suis pas d'accord parce qu'on retombe indiscutablement dans l'engagement abstrait. Si je m'engage sans aucune intention libérale à verser à Monsieur Vasseur demain matin une certaine somme d'argent, cet engagement n'a pas de cause et il est sans valeur* » (Rires).

Pour avoir été présent dans la salle à ce moment-là, je dirais simplement que le mot *Rires*, mis entre parenthèses, sans doute par Emmanuel du Pontavice, dans le numéro spécial de la Revue de jurisprudence commerciale, a été rétrospectivement une bien douce manière d'atténuer l'impression de froid feutré qui régnait à cet instant dans la salle du colloque...

Heureusement que le soir, tout le monde se retrouvait au casino, cette fois-ci pour activer quelques machines à sous, et que l'exception de jeu était à même de paralyser toute dette de ressentiment.

E - Dernier facteur positif que j'évoquerai : la dimension internationale de l'Association

Cette dimension a toujours été présente dans les conférences parisiennes : par exemple, déjà en 1982, François Terré nous présentait magistralement l'OMC et les questions juridico-économiques qu'elle allait devoir résoudre.

Dans les colloques annuels, évidemment : parfois dans des rapports au sein d'un thème général, parfois comme thème général lui-même (L'influence du droit communautaire sur le droit des affaires ; Les opérations internationales de banque ; Loi française et activités internationales...).

Mais la dimension internationale de Droit et Commerce s'est surtout manifestée depuis une bonne vingtaine d'années, à travers le voyage annuel d'études, qui est une occasion rêvée, en allant sur le terrain, de s'ouvrir aux droits étrangers. Ainsi, depuis l'an 2000, relèvera-t-on les déplacements suivants : Québec, 2000 ; Le Caire, 2001 ; Rome, 2002 ; Vietnam, 2003 ; Roumanie, 2004 ; Syrie, 2005 ; Brésil, 2006 ; Madrid, 2007 ; Inde, 2008 ; Lisbonne, 2009 ; Ouzbékistan, 2010 ; Cracovie, 2011 ; Birmanie, 2012 ; Ukraine, 2013 ; Colombie, 2014... le prochain voyage devant avoir lieu en octobre 2015, au Maroc, avant peut-être – qui sait, et sans doute peut-on en émettre l'espoir – l'Afrique de l'Ouest et son droit OHADA si prometteur !

Voilà, je m'arrêterai là dans les atouts de Droit et Commerce, et dans la recherche des éléments qui ont pu assurer son succès, et je ne deviendrai pas déraisonnable..., même si les organisateurs de cette manifestation ne m'ont pas interdit toute divagation...

Autrement dit, je ne recourrai à la graphologie, même si j'en suis un adepte assez convaincu. Ni à la physiognomonie, même si j'ai la chance de posséder dans ma bibliothèque

personnelle un livre de Lavater... Peut-être simplement, juste quelques secondes, à l'astrologie, à supposer que celle-ci ait un sens pour une personne morale (mais la jurisprudence nous a habitués depuis longtemps à un certain anthropomorphisme !).

Oui, à l'astrologie, car le 12 avril 1975, date de naissance de notre association, s'intègre dans l'année chinoise du chat, caractérisée, nous apprend-on, par la recherche prudente du bien-être dans des endroits toujours confortables (Deauville, La Baule, Aix-les-Bains, le Quai de Corse) et, au final, par une propension toute particulière à accumuler les bons moments ! Et ce, alors que, dans la version astrologique qui nous est plus familière, cette date du 12 avril correspond au signe du bélier, auquel se trouvent associées les caractéristiques suivantes : travailleur infatigable, excellent dans l'art de la contradiction, franc, déterminé, courageux, passionné, pragmatique, esprit conquérant, moteur pour les autres...

Merci donc, Président fondateur Deleau Deshayes, d'avoir choisi, il y a quarante ans, d'organiser l'assemblée constitutive de Droit et Commerce en plein milieu du mois d'avril, vos héritiers d'aujourd'hui vous en sont reconnaissants, car ce choix a sans doute renforcé la capacité créatrice de l'association !

Et merci également pour la transition... car j'en viens donc tout naturellement à présent au second point de mon exposé : l'association Droit et Commerce, force de proposition.

II - Une force de proposition

Là encore, je m'efforcerai d'être raisonnable, et dirai donc d'emblée que le droit des affaires français n'est pas né avec notre association.

Oui, la théorie de l'abus de majorité, le concept d'administrateur provisoire, l'originalité bien connue du compte courant ou encore l'agence commerciale ont préexisté à son apparition !

Cela étant, Droit et Commerce naît en 1975, et cette époque n'est pas indifférente. C'est en effet, très largement, celle d'un droit français encore classique, encore conservateur. Ainsi, la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales est toute fraîche, et la plupart de ses dispositions sont conçues comme d'ordre public : qu'on songe à la discussion exégétique de l'époque, qui paraît à bien des égards aujourd'hui dépassée, sur le concept de tiers à la cession pour déterminer le rayonnement concevable d'une clause d'agrément dans les sociétés

anonymes ! Pareillement, dans le domaine des procédures collectives, la loi du 13 juillet 1967 vient à peine de dissocier le sort de l'homme de celui de l'entreprise, et la liquidation des biens reste encore très présente, tout comme la célèbre-brissime masse des créanciers.

Un droit commercial donc très classique, mais en même temps un droit des affaires qui émerge, notamment sous l'influence des conseils juridiques. Les premiers Instituts de droit des affaires se créent, sous la très dynamique impulsion de Jean-Marc Mousseron à Montpellier, et à côté de lui, de Gérard Cas à Aix et de Jean Paillusseau à Rennes. Et le droit des contrats lui-même s'oriente, doucement mais sûrement, vers une approche plus pragmatique de technique contractuelle, où enfin est admise l'idée que les contrats ne se bâtissent pas en un jour, qu'il y a pour la plupart d'entre eux une période préalable de négociation, souvent longue et semée d'embûches, qu'il y a aussi un contenu contractuel, irréductible aux notions civilistes d'objet et de cause, et qui est fait de clauses sur mesure méritant d'être envisagées en elles-mêmes, qu'il y a aussi naturellement ensuite une phase d'exécution, où les comportements des parties sont loin d'être indifférents, en parallèle de la loi contractuelle elle-même, et qu'il y a même parfois un après-contrat, qui est en quelque sorte, à la disparition progressive du contrat, le pendant de ce que sont les pourparlers à sa construction progressive. Bref, pour faire court, que le contrat est, risquons le terme, un être vivant, que les professionnels du droit souhaitent créer, entretenir et fortifier pour le plus grand bien des entreprises dont ils accompagnent les projets.

C'est donc dans ce contexte-là, fait tout à la fois de très grand classicisme et de modernité naissante, que l'association Droit et Commerce va souffler ses premières bougies et que, dès lors, de simple spectateur d'un droit largement figé, cette association va naturellement aspirer à devenir acteur d'un droit en pleine évolution !

D'où toute une série de contributions très positives de Droit et Commerce que je souhaiterais à présent évoquer. Des contributions pour le passé (A), qui n'excluent pas des contributions pour l'avenir (B).

A - Pour le passé

Quelques exemples, expressions en même temps des diverses composantes professionnelles qui se rejoignent au sein de l'association Droit et Commerce (peut-être, tout à l'heure dans la conversation, certains d'entre vous évoqueront-ils d'autres exemples).

1 - La contractualisation du droit des sociétés

La lecture de plusieurs travaux de Droit et Commerce, et notamment de l'important colloque de 1990 sur stabilité et pouvoir dans le capital des sociétés par actions, révèle le rôle essentiel qu'a joué ici l'association, et particulièrement en son sein, la place qu'ont prise les avocats d'affaires, sensibles aux préoccupations des entreprises et des investisseurs.

- Face à une attitude judiciaire qui demeurait alors encore attachée à l'impérativité de principe du droit des sociétés, c'est un souffle de liberté, de créativité, qui s'est manifesté à Deauville, et qui a tenu à montrer que la liberté contractuelle n'était pas ici incompatible avec la prise en compte de l'intérêt social. D'où la force de conviction qui l'a accompagné, et le succès qui en est résulté, à travers toute une série d'évolutions jurisprudentielles bien connues, tant de la part des juridictions du fond que de la chambre commerciale de la Cour de cassation elle-même (à l'égard des pactes d'actionnaires, du pacte de préférence, du portage, des conventions de vote...), ainsi que de réformes législatives importantes. On pense par exemple à l'avènement de la société par actions, puis à celui des actions de préférence qui ont vraiment révolutionné notre droit des sociétés et lui ont permis de demeurer compétitif dans une concurrence législative sans précédent.
- Très sincèrement, pour avoir personnellement assisté à ce colloque et, plus généralement, à plusieurs manifestations de Droit et Commerce durant ces années 1990, je peux témoigner de la richesse des dialogues qui se sont alors noués entre avocats d'affaires et hauts magistrats, et de l'influence positive que ces débats ont très probablement exercée sur l'évolution de notre droit.

2 - Le rôle du juge et, notamment, du juge consulaire dans la vie des entreprises

Droit et Commerce a été, et reste un lieu d'échanges privilégiés entre professionnels du droit et du monde de l'entreprise et magistrats, et tout particulièrement magistrats consulaires.

Il ne faut donc pas s'étonner de ce qu'un deuxième domaine d'influence positive soit constitué par la place du juge dans le fonctionnement des sociétés.

Chacun sait ici combien les problèmes juridiques sont divers et nombreux : un juge peut-il

ou non sanctionner l'attitude de blocage qu'un associé minoritaire adopterait pour empêcher la prise d'une délibération sociale par les majoritaires ? Un juge peut-il ajourner la tenue d'une assemblée générale extraordinaire convoquée pour examiner un projet de fusion ? A-t-il le pouvoir, lorsqu'il est saisi à titre principal par un associé d'une demande en dissolution pour mésintelligence, d'accueillir la demande reconventionnelle formée par les autres associés en rachat des parts sociales du demandeur en dissolution ? Peut-il, en référé, interdire certains actes « irréversibles » à un dirigeant récemment nommé ? Ou bien encore imposer l'exécution forcée des engagements souscrits dans un pacte d'actionnaires ?

Tout autant d'interrogations – et on pourrait en évoquer une foule d'autres – qui se sont posées et se posent encore aux juges du commerce, notamment lorsqu'ils sont amenés à statuer en référé, au visa des articles 872 et 873 du code de procédure civile. Or, sur tous ces points, il est possible de dire que l'association Droit et Commerce a constitué, tout au long de ces quarante années, un lieu privilégié de discussion, d'information, de réflexion, qui a grandement contribué à l'élaboration de solutions raisonnées et raisonnables, dans l'ensemble favorables à un rôle actif et positif du juge, mais très généralement dans un sage respect de l'intérêt social. Qu'il me soit permis, pour en témoigner, de renvoyer en particulier aux colloques sur la loi de la majorité (1991), la prise de contrôle des sociétés (1998), le droit boursier en mouvement (2003) et les garanties dans les cessions de droits sociaux (2010).

3 - Le droit de la distribution

S'il est un domaine contractuel où l'association Droit et Commerce a également rayonné, c'est assurément celui de la distribution commerciale, incarné par tous ces acteurs si chers au droit que sont les concessionnaires, les franchisés, les commissionnaires, courtiers ou encore agents commerciaux !

Sans doute faut-il voir là l'importance des questions juridiques suscitées par l'intervention de ces professionnels que la loi, dans l'ensemble, ne règlemente pas de manière trop détaillée, mais aussi – sa modestie dût-elle en souffrir – l'influence d'un homme, d'un grand juriste de Droit et Commerce, qui veille depuis longtemps sur la destinée de la célèbre Revue de jurisprudence commerciale. Je veux naturellement parler du bâtonnier Jean-Marie Leloup.

Comme l'un de ces agents commerciaux qu'il connaît si bien et dont il aura si bien fait con-

naître à ses contemporains l'originalité et l'intérêt, Jean-Marie Leloup veille en effet depuis longtemps à être le parfait mandataire de Droit et Commerce dans le monde juridique de la distribution et il y réussit si bien que nombre de ses ouvrages et nombre, aussi, des publications qu'il aura attirées vers Droit et Commerce ont exercé une influence notable sur l'évolution de notre droit. C'est patent dans la réforme opérée par la loi n° 91-593 du 25 juin 1991 ; c'est également vrai pour plusieurs solutions jurisprudentielles données par la chambre commerciale durant ces vingt dernières années : par exemple, celle voulant que l'agent commercial s'abstienne du comportement déloyal consistant à garder le fichier de la clientèle (cf. Cass. com., 25 juin 1991, *Bull.civ.IV*, n°236), permettant alors au juge de le sanctionner en édictant lui-même à son encontre une obligation de non-concurrence limitée dans le temps et dans l'espace ; ou encore celle considérant que la faute grave privative de l'indemnité compensatrice ne résulte pas de la seule non-obtention par l'agent du quota d'opérations que lui demandait de réaliser le contrat, et cela alors même que celui-ci aurait expressément retenu en ce cas la qualification de faute grave (cf. Cass. com., 28 mai 2002, *Bull.civ.IV*, n°91).

4 - Le droit des entreprises en difficulté

Ici au regard de l'origine même de Droit et Commerce, fondé, nous l'avons vu, par des agrégés près les tribunaux de commerce, les liens entre le droit des entreprises en difficulté et cette association ont toujours été étroits, et ont évidemment nourri des réflexions stimulantes, passionnées, concrètes, tournées principalement vers la survie des entreprises, avec en même temps, parce que les juristes de banque ont toujours été ici présents, la recherche d'un équilibre, qu'on sait délicat, entre l'attention portée au débiteur en difficulté et un respect nécessaire des droits des créanciers.

Pour avoir été personnellement rapporteur de synthèse des deux colloques de Deauville organisés au lendemain de la loi du 1^{er} mars 1984 puis de celle du 25 janvier 1985, je peux témoigner que la salle était remplie, et les débats, sinon houleux, du moins vifs. Par exemple, sur la question de la continuation, ou non, des contrats bancaires en cours ou encore sur celle de la transmission, ou non, de la clause de réserve de propriété au banquier subrogé. J'avoue même, sur ce dernier point, avoir vraiment compris à cette occasion les enjeux concrets du mécanisme subrogatoire, auquel j'avais pourtant consacré quelques années plus tôt ma thèse universitaire, dans laquelle, c'est

vrai, mes analyses restaient souvent bien théoriques (cf. par ex. ma longue analyse d'un arrêt rendu au dix-neuvième siècle par la Cour de cassation et admettant que l'amant, condamné *in solidum* avec son ancienne maîtresse, à des dommages-intérêts envers le mari trompé, puisse, après paiement du tout, se dire subrogé légalement dans les droits du mari pour obtenir remboursement de la moitié de la somme acquittée !).

Plus généralement, et notamment lorsque s'exprimait un fidèle de nos manifestations, Roger Houin, qui régnait alors sur le droit des entreprises en difficulté, le silence se faisait religieux, et l'on sentait bien alors que c'était à Deauville, dans un casino réaffecté aux choses juridiques, que se jouait l'avenir de la matière et que la Chancellerie elle-même, généralement représentée par le directeur ou la directrice du bureau de droit commercial, venait chercher les bonnes directions à prendre.

Depuis, les aléas de la construction normative, tout particulièrement dans cette matière des entreprises en difficulté, ont peut-être réduit l'influence des travaux de Droit et Commerce, mais les chroniques régulières de la Revue de jurisprudence commerciale, jointes à toute une série de colloques ou conférences récemment tenus, montrent cependant que le droit des entreprises en difficulté demeure une préoccupation forte de Droit et Commerce, et qu'il serait en particulier vain à ses yeux de promouvoir toute une série de solutions ou d'institutions sans les mettre à l'épreuve de ce droit : que ce soit le gage commercial (qu'avait si bien présenté Christian Mouly lors du colloque de Deauville de 1994), la compensation multilatérale ou encore, par exemple, la transaction.

5 - Ce qui m'amène à dire quelques mots du règlement des différends économiques

Chacun se souvient du colloque de Deauville de 2007 et de son intitulé quelque peu provocateur, mais pourtant si judicieux : « Où sont passés les contentieux ? Le règlement des différends entre sociétés commerciales : évolution ou révolution ? ».

Il y fut, on s'en rappelle, beaucoup question de la diminution du contentieux commercial général, mais aussi, en parallèle, de la promotion de la conciliation et de la médiation, et aussi de la faveur témoignée tant par les entreprises que par la jurisprudence même de la Cour de cassation à l'égard de l'arbitrage. Et aussi, naturellement, de la concurrence subie en ce domaine par une place de Paris à laquelle il

était essentiel de conserver toute son importance internationale.

Bref, tous les ingrédients y furent rassemblés, avec les meilleurs spécialistes des matières concernées et avec les plus grands juges, médiateurs ou arbitres, pour saisir au mieux cette question ô combien centrale de la prévention et du règlement, si possible amiable, et à défaut accepté, compris, des différends économiques. Sur ces points, l'influence de Droit et Commerce a été, je crois qu'on peut l'affirmer, patente dans le passé, et ce n'est pas Monsieur le Président Gentin qui me démentira, lui qui, fidèle de nos manifestations, a superbement mené ces dernières années plusieurs médiations de premier plan.

J'ajouterai donc simplement que, en ce domaine, Droit et Commerce me paraît avoir une responsabilité particulière. Assurer la promotion de notre droit des affaires, c'est en effet veiller notamment à ce que, en son sein, en cohérence avec ses principes généraux, des solutions puissent toujours être à portée de main pour apaiser un conflit, sauver un contrat, protéger une entreprise viable, conserver des emplois. Aux membres de Droit et Commerce, qui par leur diversité assurent une représentation maximale de la palette juridique, d'en être vraiment persuadés et d'agir, demain, en conséquence.

6 - Et j'en terminerai précisément, en prolongement, par la question si délicate et actuelle des conflits d'intérêts

En 2006, Droit et Commerce en a fait le thème de son colloque annuel, en qualifiant cette question de « majeure pour le droit des affaires au XXI^e siècle », et elle a eu pleinement raison, doublant d'ailleurs son initiative d'un second colloque, quelques années plus tard, sur le thème de la loyauté et de l'impartialité en droit des affaires !

Autant dire que les arrêts rendus par la chambre commerciale de la Cour de cassation, d'abord le 15 novembre 2011 (n°10-15.049), puis le 18 décembre 2012 (n°11-24.305), ne lui sont sans doute pas totalement étrangers : l'arrêt de 2011 évoquant l'obligation de loyauté et de fidélité pour interdire au gérant d'une SARL de négocier, en qualité de gérant d'une autre société où ses intérêts personnels sont plus présents, un second marché dans le même domaine d'activité ; et l'arrêt de 2012, précisant que le dirigeant d'une SAS de médecins peut se voir reprocher un manquement à son devoir de loyauté pour avoir laissé les autres associés dans l'ignorance de l'opération d'acquisition pour son compte personnel d'un immeuble que les asso-

ciés entendaient acheter ensemble pour y exercer leur activité.

Voilà donc assurément beaucoup d'influences, beaucoup de cas où des travaux de Droit et Commerce ont précédé des évolutions notables, remarquables de notre droit des affaires !

Cela étant, et on aborde là sans doute la partie la plus délicate – j'allais dire, sans prétention, la plus conceptuelle ! – de mon exposé, est-il ou non possible de parler ici de causalité ?

Est-ce en effet de la causalité pure et dure, ou bien, pour reprendre un terme de la psychologie analytique, de la simple synchronicité ? Celle mise en évidence par le célèbre psychiatre suisse Carl Gustav Jung, et que l'on peut définir comme l'occurrence simultanée d'au moins deux événements qui ne présentent pas de lien de causalité, mais dont l'association prend un sens pour la personne qui les perçoit. J'avoue que, n'étant pas compétent pour lire et, *a fortiori*, interpréter les éventuels rêves des magistrats de la Cour de cassation, je ne m'aventurerai pas sur ce terrain !

Est-ce également de la causalité ou bien de la simple sérendipité ? C'est-à-dire, pour expliciter ce terme devenu à la mode et qui pénètre le langage même des juristes, ainsi qu'en témoigne un colloque récent consacré au sujet (D. Bourcier et P. Van Andel, *La sérendipité, le hasard heureux*, éd. Hermann, 2011 ; *adde* mon éditorial, *Rev. Lamy dr. civ.*, janv. 2013, p. 3), le hasard heureux, celui qui procure la découverte et le progrès là où on ne les attendait pas, simplement parce que, comme l'avaient fait il y a quelques siècles les célèbres princesses d'un conte persan, on pousse une porte, si l'on peut dire, par accident, sans rechercher quoi que ce soit, et que le simple hasard vous place finalement devant l'utile ou même parfois l'essentiel ! Là encore, n'étant pas familier des promenades ou des éventuels détours faits par les magistrats consulaires ou ceux des juridictions supérieures, je ne me hasarderai pas ce soir à formuler ici un point de vue !

Plus prudemment, ou plus rationnellement, je m'en tiendrai pour conclure à la position de droit que la Cour de cassation formule elle-même sur le terrain de la propriété intellectuelle lorsqu'elle s'interroge pour savoir si d'apparentes coïncidences en sont ou non réellement. Que nous dit la haute juridiction sur ce terrain ?

Elle nous dit (voir par ex. Cass. civ.1^{re}, 4 février 1975, n° 72-12.940) que « si *chacune des trois similitudes constatées* (en l'occurrence,

entre un film et une adaptation théâtrale, tous deux issus d'un même roman) *pouvaient à la rigueur, prises isolément, apparaître comme une simple coïncidence, leur réunion ne pouvait provenir du hasard* ».

Une position encore confortée par la véritable présomption d'inspiration qu'a posée la première chambre civile dans un arrêt rendu le 2 octobre 2013 (n° 12-25.941, *Gaz. Pal.* 5-6 mars 2014, p. 16, obs. L. Marino). Ici, l'auteur d'un roman intitulé « L'héritage du lobotomisé » prétendait que des épisodes de la série télévisée « Plus belle la vie » contrefaisaient son œuvre. La cour d'appel de Paris l'avait cependant débouté en précisant que c'était à lui, demandeur, d'apporter la preuve que le prétendu contrefacteur avait bien eu connaissance de son œuvre. Or cette décision des juges du fond a été censurée par la première chambre civile en ces termes : « *La contrefaçon d'une œuvre résulte de sa seule reproduction et ne peut être écartée que lorsque celui qui la conteste démontre que les similitudes existant entre les deux œuvres procèdent d'une rencontre fortuite ou de réminiscences issues d'une source d'inspiration commune* ». Autrement dit, à celui ou celle qui se trouve accusé et suspecté de contrefaçon d'apporter la preuve de la rencontre fortuite (ou de réminiscences).

Alors, en me glissant dans les pas de la Cour de cassation elle-même et pour conclure sur ce point, je n'hésiterai pas à dire – et je pense que votre auditoire ne m'en tiendra pas rigueur ! – que lorsque pendant quarante ans, toute une série d'évolutions juridiques, voire de révolutions se sont produites, parallèlement aux travaux réguliers et au rayonnement incontestable d'une association telle que Droit et Commerce que nous fêtons aujourd'hui, ce ne peut pas être tout à fait le fait d'un hasard, même heureux, ou encore le fait de deux sillons parallèles creusés dans la totale ignorance de l'un par rapport à l'autre ! Bien au contraire, ce ne peut être que dans la mouvance d'une interactivité permanente, d'un enrichissement mutuel permanent, où la confiance et l'intérêt mutuel ont été les gages constants d'une même action.

Ce qui, au demeurant, laisse bien augurer de l'avenir par lequel je souhaiterais, à présent, terminer brièvement cet exposé déjà bien long.

B - Pour l'avenir

Oui, ces quarante années écoulées laissent entrevoir un avenir des plus prometteurs pour l'association que nous fêtons ce soir.

Alors, évidemment, Droit et Commerce pourra apporter demain sa pierre aux questions nouvelles qui vont surgir prochainement ou commencent déjà à émerger en droit des affaires : on pense, par exemple, aux problèmes juridiques suscités par les technologies du futur (objets connectés, robots, nanotechnologies, big datas, satellites et drones...), ou encore aux problématiques suscitées par l'exploitation sur la planète des ressources minières ou océaniques et à la question, ô combien délicate, de leur répartition équilibrée entre les États et les êtres.

Mais puisqu'il m'a été demandé par le président Denel de porter mon regard sur les quarante années passées, je souhaiterais simplement en terminant montrer comment, précisément durant cette période, de véritables gisements ont été constitués par Droit et Commerce, qu'il conviendra demain d'exploiter au mieux : des gisements que je qualifierai parfois d'individuels (1) et dans d'autres cas, de collectifs (2).

1 - Des gisements, d'abord, individuels

On ne demande pas impunément aux grands noms du droit d'intervenir dans des colloques sans que des graines ne soient corrélativement semées.

Trois exemples parmi trois des plus grands juristes du vingtième siècle, aujourd'hui disparus :

Bruno Oppetit, rapporteur de synthèse sur les autorités publiques et l'entreprise privée, 1982.

Que de belles pages sur la question « de la publicisation de l'entreprise », en continuité avec ce que Paul Durand appelait déjà les fonctions publiques de l'entreprise. Une sorte d'initiation à la future responsabilité sociale de l'entreprise !

Et l'anticipation, aussi, du rôle important qu'allaient jouer en droit des affaires le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel.

Philippe Fouchard, rapporteur de synthèse sur les opérations internationales de banques en 1983, et à propos d'une intervention portant sur le Club de Paris, qui agissait avec le FMI dans la restructuration de dettes étatiques : « *Les juristes ne doivent pas entretenir l'illusion : leurs outils évoquent les moyens de cavalerie que l'on imagine en cas de cessation de paiement. On prête encore pour être remboursé des intérêts, mais la dette grandit et s'allonge... Les restructurations se succèdent, de plus en plus fréquentes. On craint*

des déclarations unilatérales de moratoires par les pays débiteurs, ou pis, une prise de position commune de ceux-ci qui refuseraient de se plier plus longtemps aux injonctions du F.M.I.... Ces vues pessimistes ont été partagées par plusieurs d'entre vous, tandis que d'autres refusent de croire à l'apocalypse financière qui menace non seulement les banques, mais l'économie mondiale dans son entier. Plusieurs autres issues sont en effet concevables. La première est du ressort des banques elles-mêmes : elles doivent provisionner leurs créances douteuses et, progressivement, éponger leurs dettes... On peut imaginer encore d'autres issues, du moins à moyen terme : la croissance des pays débiteurs et l'augmentation consécutive de leurs exportations. Mais le FMI ne les pousse-t-il pas au contraire à plus d'austérité ? ».

Et Philippe Fouchard de conclure : « *Il est vrai que nous avons glissé vers un débat d'économistes, et que les incertitudes de cette « science », qui n'arrive pas toujours à distinguer les causes et les effets, surprendront toujours les non-spécialistes. Du moins cet élargissement de nos discussions a-t-il fortifié un soupçon : les banques ont peut-être perdu la maîtrise du jeu, et l'immensité des risques affrontés réduit-elle d'autant leur autonomie et leur pouvoir. Et une évidence : derrière les techniques du banquier et du juriste, on découvre rapidement de graves problèmes de société ».*

Là encore, quelle vision prémonitoire, quelle anticipation, quelle intemporalité ! Une merveilleuse source de réflexion pour nous, juristes de 2015 !

Jean Carbonnier, invité sous la présidence de Geneviève Augendre à venir parler de transparence en 1993. Le moment est magique : nous voici tous rassemblés dans la grande salle du casino, pour ce colloque sur la transparence dont Dominique Schmidt est le directeur scientifique. Et voici Jean Carbonnier qui s'exprime... Il n'est pas très favorable à cette transparence dont on parle désormais tant, car celle-ci, à ses yeux, a un coût important et, par ailleurs, l'innovation doit aussi avoir un prix, une prime de risque, « *le prix auquel peut légitimement prétendre l'informateur, c'est aussi le prix de son passé de professionnel, de ses années d'apprentissage, d'une expérience qu'il a accumulée. C'est tout un investissement qu'il a réalisée en sa personne ».*

Donc, « *l'obligation de transparence, quelles que soient ses vertus morales de sincérité, de justice contractuelle, ne peut pas ne pas être globalement préjudiciable quelque part à l'économie ».* Dès lors, Carbonnier décide ce

matin-là de délaissier la transparence pour faire l'éloge de la perspicacité. Laissons-le parler :

« La question se déplace, elle n'a plus son centre derrière la vitre ; du reste, qu'ai-je besoin de vitre maintenant ? Celui qui regarde va trouver en lui-même tout ce qu'il lui faut pour pénétrer par ses propres forces ce qui lui est caché. Autrement dit, en termes de commerce, la transparence n'est plus la lumière, la clarté projetée sur les secrets du producteur, c'est la clairvoyance demandée aux consommateurs. À eux la responsabilité.

Seulement, comment devient-on clairvoyant, lucide, perspicace ? »

Jean Carbonnier évoque alors notamment les richesses de la conversation : « à quelle richesse d'interprétation mutuelle peuvent parvenir deux personnes en train de converser ? Mais c'est parfois un métier que de faire parler en lui parlant. Le diplomate à la tasse de thé, l'enquêtrice en sociologie qui mène un entretien non directif, le policier aussi peut-être – tous ces gens-là ont l'art de nous rendre transparents.

L'homme quelconque est dépourvu de ces techniques ; ce n'est pas à dire qu'il doive désespérer de découvrir ce qu'on lui voile. Il a pour lui l'universalité de la raison ou, si vous préférez, l'ubiquité du raisonnable, qui lui fournit une méthode objective de perspicacité : le raisonnable, c'est notre langage commun.

Accordez-moi que ce qui fonde la force obligatoire des contrats, ce n'est pas seulement, comme on l'a longtemps enseigné, comme je l'ai enseigné moi-même, l'engagement du débiteur, l'autonomie de la volonté. Cet engagement est nécessaire, mais il n'est pas suffisant. Il doit se combiner avec – se mesurer sur – les attentes raisonnables du créancier. Inversement, il n'est pas illégitime de projeter ces attentes raisonnables sur les obligations du débiteur pour en déterminer l'étendue. Et ma supputation raisonnable de ce que doit faire mon débiteur rendra sa transparence superflue.

Dès lors, que m'importe qu'il mente ? Kipling l'a écrit : « L'Anglais ment, mais il ment comme je mens, de sorte que nous nous devinons, et c'est comme si personne ne mentait ». Je sais bien que ce type de réflexion pourrait être une contre-indication pour le commerce international. Mais, entre nous, nous nous comprenons à demi-mot, et le mécanisme que je viens de décrire ne bute sur aucun obstacle. Bien mieux, les tribunaux, nos tribunaux, s'en servent.

Je fais allusion à la jurisprudence que vous connaissez bien sur la publicité mensongère, à ces arrêts qui décident que la publicité emphatique, hyperbolique n'est pas une publicité mensongère,

n'est pas un mensonge. Et pourquoi donc n'est-ce pas un mensonge ? Dans l'affaire fameuse de la valise increvable avec laquelle deux bulldozers jouaient au football, les juges du fond, un moment, s'en étaient expliqués crûment, cruellement : la loi n'est pas destinée à protéger les faibles d'esprit.

On ne saurait mieux résumer l'état provisoire de la question. Le droit dit aux vendeurs : « Soyez transparents », le non-droit dit aux acheteurs : « Ne soyez pas si bêtes ». Il vous appartiendra maintenant, Mesdames, Messieurs, de faire remonter le débat à un niveau plus scientifique ».

Qu'ajouter ? Sinon qu'à l'heure où notre droit français des contrats est invité, par une loi d'habilitation du 16 février 2015, à se réformer, c'est plus que jamais le moment de relire ces pages et d'en tirer toute la substantifique moelle si l'on veut précisément, par exemple à travers les attentes raisonnables du créancier, que ce droit nouveau des contrats ne soit pas une simple mise en forme de l'existant et qu'il attire vraiment les regards des juristes étrangers sur la singularité, la richesse, bref sur la force conquérante de notre droit !

Ce qui m'amène, assez naturellement pour conclure, à évoquer ce que j'appellerai les gisements collectifs que recèlent ces quarante années de travaux de Droit et Commerce et qui restent eux-mêmes à exploiter demain.

2 - Des gisements, ensuite, collectifs

Il suffit, pour les faire apparaître, de rapprocher certains thèmes de colloques organisés par Droit et Commerce, ou encore les thèmes de certaines conférences organisées ici même, dans cette prestigieuse salle du tribunal de commerce de Paris.

Là encore, trois exemples, évoqués sous forme de pistes...

a - Première piste : celle de l'entité économique

Rappelons quelques colloques de Deauville et les publications correspondantes :

- 2011 : Entreprise et Patrimoine : destins croisés
- 2010 : Les garanties dans les cessions de droits sociaux – Actualité – Nouvelles pratiques
- 2009 : Le fonds de commerce (1909-2009) : un centenaire à rajeunir
- 2008 : Les entreprises en difficulté : terre des conflits – Synthèse nécessaire des intérêts contraires

- 1998 : La prise de contrôle des sociétés
- 1989 : La trésorerie et le financement des entreprises
- 1988 : La transmission des entreprises

De cet ensemble homogène, s'évince manifestement une approche patrimoniale de l'activité économique, autour de toute une série de notions dont notre droit des affaires s'est progressivement enrichi, mais qu'il ne maîtrise peut-être pas encore suffisamment : fonds de commerce, entreprise, branche autonome d'activité, actif social, entité économique, patrimoine d'affectation, fonds libéral...

Ne serait-ce pas le moment, à partir de ces travaux déjà effectués et en les mettant globalement en perspective, de faire avancer un peu plus notre droit des affaires ?

Par exemple, peut-être, en définissant mieux le périmètre du fonds de commerce ou, plus généralement, celui d'un fonds économique, commercial ou libéral. Ainsi, s'agissant des contrats liés à l'exploitation, l'état de notre droit actuel n'est pas satisfaisant, qui distingue entre des contrats inclus (bail commercial, contrats de travail, édition), voire partiellement inclus (assurances) et tous les autres. Choisir la solution générale de l'inclusion serait au final renverser opportunément une présomption, en invitant notamment le cédant, dans le cadre d'une cession, à se préoccuper lui-même activement de la pérennisation des liens contractuels nécessaires à la poursuite de l'activité économique. S'agissant par ailleurs des immeubles, la situation contemporaine n'est pas davantage satisfaisante, qui faisait dire il y a quelques années à Jean Derruppé que, paradoxalement, un fonds a beaucoup moins de valeur lorsque le commerçant est propriétaire des murs que lorsqu'il n'en est que le locataire ! Les difficultés bien connues concernant le droit des régimes matrimoniaux, celui des successions ou encore l'assiette des nantissements sont à cet égard très révélatrices, et la solution adoptée en 2002 par la première chambre civile de la Cour de cassation (19 février 2002, n° 99-21.085) à propos du fonds d'exercice libéral et de l'inclusion en son sein de l'immeuble professionnel pourrait donc ouvrir la voie à une évolution parallèle en matière commerciale.

Plus généralement, l'apparition d'un fonds économique, au bénéfice cette fois-ci de tous les acteurs de la vie économique, pourrait elle-même présenter une vertu de simplification en ce qu'elle permettrait sans doute, fût-ce au prix de quelques ajustements, d'englober la branche autonome d'activité objet d'un apport partiel

d'actif ainsi que l'ensemble d'éléments d'exploitation formant une branche d'activité au sens du droit des procédures collectives. Voir la notion d'actif social lorsque le propriétaire du fonds est une société.

b - Deuxième piste : celle de la gouvernance

Là encore, reprenons certains colloques annuels :

- 2014 : La gouvernance et le droit des affaires
- 2013 : Réorganisation et restructuration d'entreprise : quel traitement social ?
- 2002 : Le juge de l'économie
- 1991 : La loi de la majorité
- 2006 : Les conflits d'intérêts : une question majeure pour le droit des affaires du XXI^e siècle
- 1982 : Les autorités publiques et le droit privé
- 1990 : La stabilité du pouvoir et du capital dans les sociétés par actions

Cette fois-ci, derrière l'activité économique, transparait la dimension humaine, sociale de l'entreprise et, plus généralement, de toute activité économique. Avec, à la clé, certaines questions fondamentales dont le droit des affaires ne peut plus faire l'impasse :

- rôle des dirigeants, pouvoir, rémunérations ;
- rôle des actionnaires ;
- rôle des salariés ;
- rôle des juges ;
- rôle des créanciers ;
- mandataires *ad hoc* ;
- responsabilité sociale et environnementale de l'entreprise ;
- pouvoir des autorités publiques.

Nous sommes évidemment ici au cœur, au sens le plus fort du terme, de l'entreprise. C'est dire combien les travaux de Droit et Commerce peuvent ici enrichir le débat, tout particulièrement à l'heure où se trouve discutée devant le Parlement la proposition de loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordres.

Un texte, observons-le au passage, qui, s'il était adopté, marquerait une profonde évolution dans l'approche normative de la responsabilité sociétale des entreprises. Jusqu'à présent, en effet, la RSE peut en effet être définie comme un concept à travers lequel les entreprises intègrent, de manière volontariste, les préoccupations sociales, environnementales et éthiques dans leurs activités économiques et

entendent ensuite témoigner de cette intégration dans les relations qu'elles entretiennent avec leurs parties prenantes, c'est-à-dire non seulement leurs actionnaires mais aussi, beaucoup plus largement, leurs divers partenaires, actuels et potentiels : salariés, syndicats, consommateurs, fournisseurs, pouvoirs publics, ONG... En d'autres termes, l'essence normative de la RSE est d'être, comme on le dit habituellement, de la *soft law*, il est vrai fortifiée aujourd'hui par des exigences légales et réglementaires toujours croissantes. Avec la proposition de loi examinée et sa promotion manifeste d'une large responsabilité des sociétés mères, un passage vers la *hard law*, voire la *hardest law*, nous paraîtrait donc s'amorcer fortement, ce qui ne placerait pas nécessairement les entreprises françaises dans la meilleure des situations juridiques ! Mais ceci est une autre question....

c - Dernière piste par laquelle j'en terminerai : celle d'un possible avenir de notre droit des affaires, à travers – pourquoi pas ? – la codification moderne et attractive d'un droit des activités économiques

Là encore, quelques colloques de Droit et Commerce méritent d'être rappelés :

- 1987 : L'influence du droit communautaire sur le droit des affaires
- 2000 : Le droit des affaires du XXI^e siècle
- 2001 : La dépenalisation dans la vie des affaires : où en sommes-nous ?
- 2003 : Le droit boursier en mouvement
- 2004 : Entreprises en difficulté : moins de liquidation par plus de prévention ? Mythe ou réalité ?
- 2015 : Manifeste pour un droit économique ouvert et réaliste

Que révèlent ces travaux de notre association ? Que depuis une bonne trentaine d'années, le droit commercial devient progressivement, sinon la référence, du moins une référence incontestable, que le droit civil prend lui-même souvent pour modèle ! Qu'on songe à l'alignement du droit des sociétés civiles opéré sur celui des sociétés commerciales en 1978, à l'extension des procédures collectives et de conciliation aux professionnels de droit privé, à l'extension de la voie arbitrage à ceux qui contractent dans le cadre d'une activité professionnelle, ou encore à celle au bénéfice de l'ensemble des cautions personnes physiques d'un droit à l'information initialement accordé par le législateur aux seules cautions ayant garanti un crédit consenti aux entreprises... (cf. aussi l'influence des solutions jurisprudentielles

sur la clientèle commerciale au traitement des clientèles civiles, l'extension de la théorie de l'abus de majorité aux structures civiles telles que l'association, l'introduction par la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 du statut d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée destiné à permettre aux entrepreneurs individuels de protéger leurs biens personnels en cas de difficultés financières dans la conduite de leur activité professionnelle).

Arrivé à ce stade, comment donc évoluer ? Peut-être vers l'avènement d'un code des activités économiques. Parce que – on s'en aperçoit aisément lorsqu'on va régulièrement à l'étranger – un code reste le meilleur des étendards d'un droit national qui a l'ambition d'être attractif et conquérant. Mais alors un code qui ne serait pas élaboré, comme l'a été simplement le code de commerce de l'an 2000, à droit constant, et qui n'hésiterait donc pas, tout au contraire, à innover.

À innover en formulant de vrais principes directeurs, à la manière, par exemple, de notre code de procédure civile. Et ce, à travers des libertés fondamentales, telles que celle de faire le commerce ou encore d'y prendre des risques, et aussi à travers des exigences essentielles de comportement, telles que la loyauté, le contradictoire ou l'impartialité.

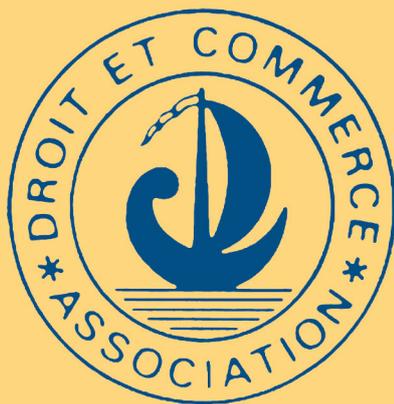
À innover en étant, si nécessaire, résolument pragmatique, comme a toujours su l'être l'association Droit et Commerce et notamment ici en n'hésitant pas à relier les disciplines entre elles, à les prolonger, à combler ces interstices toujours pénalisants qui peuvent s'établir entre les codes. Saleilles s'était autrefois rendu célèbre par sa formule « *Par le code, et au-delà du code* ». Je crois qu'aujourd'hui, notre priorité doit être, si j'ose dire, à côté et en marge des codes, là où la solution de droit des sociétés peut être perturbée par le jeu de la loi fiscale, celle de la concurrence directement affectée par celle de droit social. Bref, d'appréhender les solutions juridiques de manière globale et cohérente, comme les chefs d'entreprise et leurs conseils sont conduits en pratique à le faire s'ils ne veulent pas disparaître dans la compétition internationale.

Un code qui innoverait aussi en n'hésitant pas à fixer ses... propres limites, des limites à la marchandisation, afin que l'activité économique s'accorde avec le nécessaire respect des droits de l'homme et avec une vision humaniste des échanges internationaux.

C'est en tout cas, pour ma part, le vœu que je formulerai en terminant cette conférence. Car

c'est, me semble-t-il, l'enseignement majeur que suggèrent les quarante années d'activité passées de Droit et Commerce. Ses fondateurs avaient, en effet, compris que, derrière l'activité commerciale dont ils se voulaient les auxiliaires juridiques très concrets, se cachait un véritable trésor : celui qui établit un lien indissociable entre, d'un côté, la vie économique, faite d'initiatives, d'échanges et d'efficacité et, d'autre part, une régulation par le droit, faite de justice, d'équilibre et d'humanité. À nous, demain, de préserver ce lien et de le faire vivre au mieux, au service des générations futures !

Mesdames et Messieurs, je vous remercie.



THOMSON REUTERS
TRANSACTIVE