

mémentos

APPRENDRE

UTILE

2022/23

Isabelle Sérandour • Lionel Andreu

Droit commercial

À jour de la réforme des sûretés
et de la loi en faveur de l'activité
professionnelle indépendante

4^e

Cours intégral
et synthétique **+** Tableaux
et schémas

Isabelle Sérandour

est Professeure agrégée à l'université de Rennes 1.

Lionel Andreu

est Professeur agrégé à l'université de Poitiers.

Suivez-nous sur



www.gualino.fr

Contactez-nous gualino@lextenso.fr



© 2022, Gualino, Lextenso
1, Parvis de La Défense
92044 Paris La Défense Cedex
EAN 9782297175395
ISSN 2680-073X

mémentos

APPRENDRE

UTILE

2022/23

Isabelle Sérandour • Lionel Andreu

Droit commercial

À jour de la réforme des sûretés
et de la loi en faveur de l'activité
professionnelle indépendante

4^e

Cours intégral
et synthétique **+** Tableaux
et schémas

mémentos

APPRENDRE

UTILE

- C'est un cours complet et synthétique avec des aides pédagogiques différenciées.
- Il correspond à un enseignement dispensé en Licence et Master.
- Il est entièrement rédigé de manière structurée, claire et accessible.
- Il est à jour de l'actualité la plus récente.

Chez le même éditeur

- Amphi LMD
- Mémentos
- Exos LMD
- Méthodo LMD
- Carrés Rouge
- Annales corrigées et commentées
- Master
- En Poche
- Droit Expert
- Droit en poche
- Petit Lexique
- Hors collection

Présentation

Le droit commercial est le socle du droit des affaires. Il constitue une branche du droit privé qui régit tant les commerçants, personnes morales ou physiques (ainsi que leurs conjoints ou partenaires liés par un pacte civil de solidarité), que les actes de commerce qu'ils accomplissent (actes de commerce par la forme, par nature, par accessoire ou par leur fonction). Le commerçant exerce une **activité commerciale**, le plus souvent au moyen d'un **fonds de commerce**, de sorte que le droit commercial s'intéresse également aux conditions d'exercice de cette activité (lesquelles sont marquées par le principe de liberté du commerce et de l'industrie) et au fonds de commerce grâce auquel elle peut être exercée (fonds qui peut faire l'objet de différentes opérations, telles que cession, location ou nantissement). L'un des éléments centraux de ce fonds est le **bail commercial**, dont le régime spécifique le singularise également du bail de droit commun.

La spécificité du droit commercial est ancienne et constitue l'un des traits les plus marquants du droit privé français. Elle se traduit par l'existence d'un **code spécifique** (le Code de commerce) et de **juridictions dédiées** à la matière (les tribunaux de commerce). L'époque contemporaine est néanmoins marquée par un affaiblissement de cette spécificité, se traduisant par un rapprochement du droit commercial et du droit civil. À côté du commerçant, de nombreux professionnels gravitent – artisan, agriculteur, professionnel libéral, etc. – qui sont soumis, sinon aux règles du droit commercial, du moins à des règles similaires.

Fruit de l'histoire de la matière, cet ouvrage se propose de présenter les différentes règles qui régissent le droit commercial.

Plan de cours

| | |
|----------------------|----|
| P résentation | 5 |
| I ntroduction | 17 |

PARTIE 1 Quoi ? L'acte de commerce

TITRE 1 • Identification des actes de commerce

| | |
|---------------------------------------------------------|----|
| C hapitre 1 Les actes de commerce par la forme | 25 |
| Section 1 La lettre de change | 25 |
| Section 2 Les sociétés commerciales par la forme | 26 |
| C hapitre 2 Les actes de commerce par nature | 27 |
| Section 1 Les actes de commerce par leur objet | 27 |
| 1 L'achat pour revendre | 27 |
| 2 Les opérations d'intermédiaires | 29 |
| 3 Les opérations financières | 29 |
| Section 2 Les actes de commerce en entreprise | 30 |
| 1 Les activités de négoce | 30 |
| 2 Les activités d'intermédiaire | 31 |
| 3 Les activités industrielles | 32 |

| | | |
|--------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| Chapitre 3 | Les actes de commerce par accessoire | 35 |
| Section 1 | La qualification d'acte de commerce par application de la règle de l'accessoire | 35 |
| 1 | Conditions | 36 |
| 2 | Domaine d'application | 37 |
| Section 2 | L'exclusion de la commercialité par application de la règle de l'accessoire | 38 |
| Chapitre 4 | Les actes de commerce par leur fonction | 39 |
| Section 1 | La cession de l'entreprise commerciale | 39 |
| 1 | La cession du fonds de commerce | 39 |
| 2 | La cession de droits sociaux | 40 |
| Section 2 | Certaines sûretés | 41 |
| 1 | Le cautionnement | 41 |
| 2 | Le gage | 42 |
| TITRE 2 • Le régime des actes de commerce | | |
| Chapitre 5 | Le régime des actes de commerce purement commerciaux | 47 |
| Section 1 | Les règles dérogatoires | 47 |
| 1 | La compétence de la juridiction consulaire | 47 |
| 2 | La preuve des actes de commerce | 48 |
| 3 | La solidarité des codébiteurs | 49 |
| Section 2 | Les règles rattachées à la sphère commerciale | 51 |
| 1 | L'admission facilitée de l'anatocisme | 51 |
| 2 | L'exécution rafferme des obligations | 52 |
| 3 | L'accélération de la prescription commerciale | 54 |
| Chapitre 6 | Le régime des actes mixtes | 57 |
| Section 1 | Le régime dualiste | 57 |
| 1 | L'application distributive symétrique | 57 |
| 2 | L'application distributive dissymétrique | 58 |
| Section 2 | Le régime unitaire | 59 |

PARTIE 2

Qui ? Le commerçant

TITRE 1 • Identification des commerçants

| | | |
|-------------------|---------------------------------------------------------------|----|
| Chapitre 7 | Les commerçants personnes physiques | 65 |
| Section 1 | Les critères d'identification des commerçants | 65 |
| 1 | L'exercice d'une activité commerciale | 65 |
| 2 | L'exercice d'une profession habituelle | 66 |
| 3 | L'exercice d'une activité indépendante | 67 |
| Section 2 | Les différents types de commerçants et leurs conjoints | 69 |
| 1 | Les commerçants de droit et les commerçants de fait | 69 |
| 2 | Les époux (ou partenaires ou concubins) des commerçants | 69 |
| A | <i>L'exercice séparé d'une activité commerciale</i> | 70 |
| B | <i>La participation à l'activité commerciale de l'autre</i> | 70 |
| 1) | 1 ^{er} statut : le salariat | 70 |
| 2) | 2 ^e statut : l'association | 71 |
| 3) | 3 ^e statut : la collaboration | 71 |
| 4) | En l'absence de choix | 72 |
| C | <i>La coexploitation de l'entreprise commerciale</i> | 72 |
| Chapitre 8 | Les commerçants personnes morales | 75 |
| Section 1 | Les sociétés | 75 |
| 1 | Les sociétés civiles | 76 |
| 2 | Les sociétés commerciales | 76 |
| A | <i>Les sociétés à risque illimité</i> | 76 |
| B | <i>Les sociétés à risque limité</i> | 76 |
| C | <i>Les sociétés hybrides</i> | 77 |
| Section 2 | Les autres personnes morales | 78 |
| 1 | Les groupements d'intérêt économique | 78 |
| 2 | Les associations | 78 |

TITRE 2 • Le statut des commerçants

| | | |
|--------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| Chapitre 9 | L'accès à la profession commerciale | 83 |
| Section 1 | Le principe de la liberté d'entreprendre | 83 |
| Section 2 | Les limites à la liberté d'entreprendre | 84 |
| 1 | Les limites légales | 84 |
| | A - Les incapacités | 84 |
| | 1) Les mineurs | 84 |
| | a) Le mineur émancipé | 84 |
| | b) Le mineur non émancipé | 85 |
| | 2) Les majeurs protégés | 86 |
| | B - Les limitations fondées sur l'intérêt général | 86 |
| | 1) Les limitations liées à la qualité des personnes | 86 |
| | 2) Les limitations liées à l'activité exercée | 88 |
| 2 | Les limitations conventionnelles | 88 |
| Chapitre 10 | Les obligations des commerçants | 91 |
| Section 1 | La publicité légale de l'activité commerciale | 91 |
| 1 | La publicité au registre du commerce et des sociétés | 92 |
| | A - Les conditions de l'immatriculation | 92 |
| | B - Les effets de l'immatriculation | 94 |
| 2 | Les autres publicités obligatoires | 96 |
| Section 2 | Les autres obligations du commerçant | 97 |
| Chapitre 11 | La protection du commerçant personne physique | 99 |
| Section 1 | La protection des biens immobiliers du commerçant personne physique | 99 |
| 1 | L'insaisissabilité volontaire des droits portant sur les biens immobiliers de l'entrepreneur | 100 |
| | A - Les conditions | 100 |
| | 1) Les conditions d'applicabilité | 100 |
| | 2) Conditions d'application | 101 |
| | B - Effets | 102 |
| 2 | L'insaisissabilité légale des droits portant sur la résidence principale de l'entrepreneur | 102 |
| | A - Conditions | 103 |
| | 1) Conditions d'applicabilité | 103 |
| | 2) Conditions d'application | 104 |
| | B - Effets | 104 |

| | | |
|------------------|--------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Section 2 | La protection du patrimoine personnel du commerçant personne physique | 105 |
| 1 | Le dispositif de « saisissabilité limitée » des actifs personnels | 106 |
| 2 | Les dispositifs liés à la dissociation des patrimoines personnel et professionnel | 106 |
| | <i>A - L'EIRL</i> | 108 |
| | 1) Les conditions | 108 |
| | <i>a) Un entrepreneur individuel</i> | 108 |
| | <i>b) Le patrimoine affecté</i> | 108 |
| | 2) Effets de la déclaration d'affectation | 110 |
| | <i>B - L'entrepreneur individuel</i> | 111 |
| | 1) Le principe de la dissociation | 111 |
| | 2) Le régime de la dissociation | 113 |
| | <i>a) Le cantonnement</i> | 113 |
| | <i>b) Le transfert du patrimoine professionnel</i> | 115 |
| | <i>c) La fin de la dissociation</i> | 116 |

TITRE 3 • Le contentieux des commerçants

| | | |
|--------------------|------------------------------------------------------------------------|-----|
| Chapitre 12 | Le règlement judiciaire du contentieux | 119 |
| Section 1 | Le règlement des litiges non commerciaux | 119 |
| 1 | La détermination légale du juge compétent | 119 |
| | <i>A - La compétence d'attribution</i> | 119 |
| | <i>B - La compétence territoriale</i> | 121 |
| 2 | La modulation conventionnelle de la compétence | 122 |
| | <i>A - Les extensions conventionnelles de compétence d'attribution</i> | 123 |
| | <i>B - Les extensions conventionnelles de compétence territoriale</i> | 124 |
| Section 2 | Le règlement des litiges commerciaux | 124 |
| 1 | La détermination de la juridiction compétente | 125 |
| | <i>A - L'existence des juridictions commerciales</i> | 125 |
| | <i>B - La compétence des juridictions commerciales</i> | 126 |
| | 1) La compétence matérielle | 126 |
| | 2) La compétence territoriale | 129 |
| 2 | Le régime particulier des conventions relatives à la compétence | 129 |
| | <i>A - Les conventions relatives à la compétence territoriale</i> | 129 |
| | <i>B - Les conventions relatives à la compétence matérielle</i> | 130 |

| | | |
|--------------------|--------------------------------------------------------|------------|
| Chapitre 13 | Le règlement non judiciaire du contentieux | 133 |
| Section 1 | Le recours à l'arbitrage | 135 |
| 1 | Les conditions de validité des conventions d'arbitrage | 136 |
| 2 | L'« indépendance » des conventions d'arbitrage | 138 |
| Section 2 | La constitution du tribunal | 139 |
| Section 3 | Le déroulement de l'instance arbitrale | 141 |
| Section 4 | La sentence arbitrale | 141 |
| Section 5 | Les voies de recours | 142 |

PARTIE 3

Comment ? Les biens du commerçant

TITRE 1 • Le fonds de commerce

| | | |
|--------------------|-----------------------------------------------------------------|------------|
| Chapitre 14 | La notion de fonds de commerce | 149 |
| Section 1 | Définition du fonds de commerce | 149 |
| 1 | Un ensemble de biens | 149 |
| | <i>A - Un ensemble</i> | 150 |
| | <i>B - Une universalité de fait</i> | 150 |
| 2 | Un ensemble de biens mobiliers | 151 |
| Section 2 | La composition du fonds de commerce | 151 |
| 1 | Les éléments corporels | 152 |
| | <i>A - Le matériel et l'outillage</i> | 152 |
| | <i>B - Les marchandises</i> | 152 |
| 2 | Les éléments incorporels | 152 |
| | <i>A - La clientèle</i> | 152 |
| | 1) Notion de clientèle | 152 |
| | 2) Les caractères de la clientèle | 153 |
| | <i>a) Une clientèle réelle et certaine</i> | 153 |
| | <i>b) Une clientèle personnelle</i> | 154 |
| | <i>B - Les autres éléments incorporels du fonds de commerce</i> | 156 |
| | 1) Le nom commercial | 156 |
| | 2) L'enseigne | 157 |
| | 3) Les droits de propriété industrielle | 157 |
| | 4) Le droit au bail | 157 |

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Chapitre 15 Les opérations sur fonds de commerce | 159 |
| Section 1 La location-gérance du fonds de commerce | 159 |
| 1 Les conditions de la location-gérance | 159 |
| A - Conditions de fond | 160 |
| B - La publicité | 161 |
| 2 Les effets de la location-gérance | 162 |
| A - Les effets entre les parties | 162 |
| 1) Les effets à l'égard du bailleur de fonds | 162 |
| 2) Les effets à l'égard du locataire-gérant | 162 |
| a) En cours de location-gérance | 162 |
| b) À la fin de la location-gérance | 163 |
| B - Les effets à l'égard des tiers | 163 |
| 1) Les cocontractants du bailleur de fonds | 163 |
| 2) Les créanciers du locataire-gérant | 164 |
| Section 2 La cession du fonds de commerce | 165 |
| 1 Les conditions de la cession | 166 |
| A - Les conditions de fond | 166 |
| 1) Capacité | 166 |
| 2) Consentement | 167 |
| 3) Contenu | 167 |
| a) Le fonds de commerce | 167 |
| b) Le prix | 167 |
| B - Les conditions de forme | 168 |
| 1) Conditions de publicité | 168 |
| a) L'information des créanciers du cédant | 168 |
| b) L'information des salariés | 169 |
| c) La déclaration préalable à la commune bénéficiaire d'un droit de préemption | 170 |
| 2) Mentions obligatoires | 170 |
| 2 Les effets de la cession | 172 |
| A - Les effets de la cession à l'égard du cédant | 172 |
| 1) Le transfert de propriété | 172 |
| 2) L'obligation de délivrance | 172 |
| 3) La garantie des vices cachés | 172 |
| 4) La garantie d'éviction | 173 |
| a) La garantie légale d'éviction | 173 |
| b) La clause de non-concurrence | 174 |
| 5) Le privilège du vendeur | 175 |
| 6) La résolution pour défaut de paiement du prix | 176 |
| B - Les effets de la cession à l'égard du cessionnaire | 176 |
| C - Les effets de la cession à l'égard des tiers | 176 |
| Section 3 Le nantissement du fonds de commerce | 177 |
| 1 Le nantissement conventionnel | 177 |
| 2 Le nantissement judiciaire | 179 |

| | | |
|--------------------|------------------------------------------------------------------|------------|
| Chapitre 16 | Le champ d'application du bail commercial | 183 |
| Section 1 | Les conditions personnelles | 183 |
| 1 | Le bailleur | 183 |
| | <i>A - La capacité</i> | 183 |
| | <i>B - Le pouvoir</i> | 184 |
| 2 | Le preneur | 185 |
| Section 2 | Les conditions matérielles | 186 |
| 1 | Les conditions relatives au lieu | 186 |
| 2 | Les conditions relatives au fonds | 187 |
| 3 | Les conditions relatives au contrat | 188 |
| | <i>A - Les conditions relatives à la nature du contrat</i> | 188 |
| | <i>B - Les conditions relatives à la durée du contrat</i> | 188 |
| Chapitre 17 | Les règles applicables au bail commercial | 191 |
| Section 1 | Les règles applicables au moment de la conclusion du bail | 191 |
| Section 2 | Les règles applicables en cours de bail | 193 |
| 1 | Droits du locataire | 193 |
| | <i>A - Les droits relatifs à la durée</i> | 193 |
| | <i>B - Les droits relatifs à la destination des lieux</i> | 194 |
| | 1) La déspecialisation partielle | 196 |
| | 2) La déspecialisation totale | 197 |
| | <i>C - Cession du bail</i> | 199 |
| | 1) La cession du bail avec la cession du fonds de commerce | 199 |
| | 2) La cession isolée du bail | 200 |
| | <i>D - Protection contre la résiliation anticipée</i> | 201 |
| | <i>E - Droit de préemption</i> | 201 |
| | <i>F - La sous-location</i> | 203 |
| | 1) Les conditions de la sous-location | 203 |
| | 2) Les effets de la sous-location | 204 |
| | <i>a) En présence d'une sous-location régulière</i> | 204 |
| | <i>b) En présence d'une sous-location irrégulière</i> | 205 |
| 2 | Obligations du locataire | 205 |
| | <i>A - Paiement du pas-de-porte</i> | 206 |
| | <i>B - Paiement des charges</i> | 206 |
| | <i>C - Paiement du loyer</i> | 206 |
| | 1) La révision triennale des loyers | 209 |
| | 2) La révision organisée conventionnellement | 213 |
| | <i>a) La révision spéciale des loyers indexés</i> | 213 |
| | <i>b) L'absence de révision judiciaire des clauses recette</i> | 215 |

| | | |
|------------------|-------------------------------------------------------------------------|-----|
| Section 3 | Les règles spéciales en fin de bail | 215 |
| 1 | Le renouvellement du bail | 217 |
| | A - <i>Les conditions du renouvellement</i> | 217 |
| | 1) Les conditions de forme | 217 |
| | 2) Conditions de fond | 218 |
| | a) <i>L'immatriculation au registre du commerce et des sociétés</i> | 218 |
| | b) <i>L'exploitation du fonds</i> | 219 |
| | B - <i>Les effets</i> | 219 |
| 2 | Le non-renouvellement du bail | 222 |
| | A - <i>Le refus de renouvellement du bail avec indemnité d'éviction</i> | 222 |
| | B - <i>Le refus de renouvellement du bail sans indemnité d'éviction</i> | 224 |
| | Bibliographie | 227 |
| | Index | 229 |

Liste des principales abréviations

| | |
|----------------------------|--------------------------------------------------------|
| BODACC | Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales |
| C. civ. | Code civil |
| C. com. | Code de commerce |
| C. minier | Code minier |
| C. urb. | Code de l'urbanisme |
| CA | Cour d'appel |
| Cass. 1 ^{re} civ. | Cour de cassation, première chambre civile |
| Cass. 2 ^e civ. | Cour de cassation, deuxième chambre civile |
| Cass. 3 ^e civ. | Cour de cassation, troisième chambre civile |
| Cass. ass. plén. | Cour de cassation, assemblée plénière |
| Cass. com. | Cour de cassation, chambre commerciale |
| Cass. req. | Cour de cassation, chambre des requêtes |
| Cass. soc. | Cour de cassation, chambre sociale |
| CET | Contribution économique territoriale |
| CGI | Code général des impôts |
| COJ | Code de l'organisation judiciaire |
| Cons. const. | Conseil constitutionnel |
| CPC | Code de procédure civile |
| CPC exéc. | Code des procédures civiles d'exécution |
| CSE | Comité social et économique |
| EIRL | Entrepreneur individuel à responsabilité limitée |
| EPIC | Établissement public industriel et commercial |
| EURL | Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée |
| GIE | Groupement d'intérêt économique |
| INPI | Institut national de la propriété intellectuelle |
| LPF | Livre des procédures fiscales |
| PACS | Pacte civil de solidarité |
| RCS | Registre du commerce et des sociétés |
| SA | Société anonyme |
| SARL | Société à responsabilité limitée |
| SAS | Société par actions simplifiée |
| SASU | Société par actions simplifiée unipersonnelle |
| SCA | Société en commandite par actions |
| SCI | Société civile immobilière |
| SCM | Société civile de moyens |
| SCP | Société civile professionnelle |
| SCS | Société en commandite simple |
| SEL | Société d'exercice libéral |
| SELARL | Société d'exercice libéral à responsabilité limitée |
| SMIC | Salaires minimum interprofessionnel de croissance |
| SNC | Société en nom collectif |
| TFUE | Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne |
| TJ | Tribunal judiciaire |
| TVA | Taxe sur la valeur ajoutée |
| VRP | Voyageur, représentant et placier |

Introduction

1. Le droit commercial est l'ensemble des règles spécifiquement applicables aux activités du commerce. Cela conduit à étudier la définition de l'acte de commerce, la manière dont une personne devient commerçante, ce qu'est un fonds de commerce et quelles sont les opérations dont il peut faire l'objet.

2. Le droit commercial n'englobe pas les règles relatives à l'exercice des activités professionnelles indépendantes non commerciales – c'est-à-dire le statut des artisans, des agriculteurs ou des professionnels libéraux. Celles-ci font partie, avec le droit commercial, de ce que l'on appelle le droit des affaires. Autrement dit, si le droit commercial fait partie du droit des affaires, le second est plus large que le premier. Comprendre cette affirmation suppose d'évoquer l'histoire du droit commercial.

3. Le droit commercial est apparu au Moyen Âge. De nombreuses institutions sont en effet nées aux ^{xii}^e et ^{xiii}^e siècles, d'une part grâce au développement des échanges maritimes et terrestres dans certaines Républiques de l'Italie du Nord (Venise, Gênes, Pise) ou des villes de Flandre (Bruges, Amsterdam, Anvers), et d'autre part en raison de l'essor des villes de foires, notamment en Champagne.

Ainsi, les tribunaux de commerce sont nés pendant les foires et ne siégeaient que pendant leur durée. Ces juridictions nouvelles présentaient un double avantage, que l'on retrouve aujourd'hui (v., sur ces juridictions d'exception, *infra*, n^{os} 283 et s.) : non seulement les commerçants étaient jugés par leurs pairs, mais ils bénéficiaient d'une procédure simplifiée permettant de rendre la décision rapidement. Pareillement, la lettre de change (v. *infra*, n^{os} 16 et s.) a été créée par les marchands italiens : elle leur permettait de payer leurs contractants sans utiliser d'espèces mais aussi d'obtenir des crédits – c'est le mécanisme de l'escompte. Le Moyen Âge a encore vu naître le droit de la faillite (devenu droit des entreprises en difficulté), dont l'objectif premier était alors d'écarter le commerçant défaillant du monde du commerce.

4. Parallèlement, à partir du ^{xiii}^e siècle, les commerçants ont commencé à se sédentariser. Les métiers de marchands, artisans, négociants se sont organisés, sous la forme de corporations notamment. Ces corporations réglementaient l'accès aux professions, en définissaient les modalités d'exercice... Elles exerçaient un pouvoir considérable.

5. De la fin du Moyen Âge au xviii^e siècle, le pouvoir royal a édicté des ordonnances, répondant ainsi à un besoin, exprimé par les marchands, de disposer un droit uniforme, lequel serait plus sécurisant que le droit coutumier qui variait d'un endroit à un autre. Deux ordonnances, principalement, peuvent être mentionnées : l'ordonnance de 1673, tout d'abord, connue aussi sous le nom de « Code Savary », qui régissait le commerce en général ; l'ordonnance de 1681, ensuite, qui réglementait le commerce maritime. Colbert était à l'initiative de ces deux ordonnances.

6. À la veille de la Révolution française, les commerçants disposaient donc d'un droit autonome, issu tant des corporations que des ordonnances royales.

7. La Révolution française a conservé ces ordonnances royales ainsi que les tribunaux de commerce. Si cette survie des juridictions consulaires peut surprendre compte tenu de l'hostilité des révolutionnaires à l'égard des juridictions d'exception, elle se justifie par le mode de désignation – l'élection – des juges. En revanche, les corporations ont été abolies (loi du 14 juin 1791, dite « loi *Le Chapelier* ») et le principe de la liberté du commerce et de l'industrie a été affirmé (le « décret d'Allarde » – il s'agissait en réalité d'une loi – des 2-17 mars 1791, dont l'article 7, toujours en vigueur, dispose qu'« à compter du 1^{er} avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ; mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix suivant les taux ci-après déterminés et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits »).

8. L'empire a ensuite doté les commerçants d'un Code de commerce en 1807. Contrairement au Code civil, il se révèle très vite obsolète et incomplet. Il ne dispose ainsi d'aucune disposition relative aux sociétés, alors même que le recours aux sociétés pour exercer le commerce était déjà fréquent.

9. Au cours des siècles suivants, le législateur s'est attelé à compléter le droit commercial et à le moderniser. Mais l'essentiel des textes est demeuré en dehors du Code. À la veille de sa recodification en 2000, le Code de commerce ne comportait plus que 140 textes sur ses 646 articles initiaux, dont 33 seulement étaient restés inchangés depuis 1807.

10. Jusqu'aux années 1950, le droit commercial présentait une réelle spécificité : les règles applicables aux commerçants, par exemple, s'appliquaient – quasi exclusivement – à eux, à l'exclusion des autres professionnels. Aujourd'hui, cette affirmation n'est toutefois plus exacte :

- d'une part, certaines règles autrefois applicables au seul commerçant sont désormais applicables à tous les professionnels (initialement réservé au commerçant, le droit des entreprises en difficulté s'étend ainsi aujourd'hui à toute personne morale de droit privé, aux agriculteurs, aux artisans et aux professions libérales) ;
- d'autre part, les règles applicables aux activités artisanales, agricoles, voire libérales, ne sont pas très éloignées de celles qui sont applicables aux activités commerciales :
 - l'accès à ces différentes professions obéit à des principes similaires,
 - les structures d'exercice de ces activités sont identiques (société pluri- ou unipersonnelle, exercice à titre individuel, auto-entreprise),

- les dispositions protectrices du conjoint de l'entrepreneur ne diffèrent pas sensiblement selon le type d'activité exercée, etc.

11. Cette précision étant faite, se pose la question de savoir quels sont les critères d'application des règles du droit commercial. Deux approches sont possibles :

- selon une **approche subjective** (c'est-à-dire prenant en compte le sujet concerné), les règles du droit commercial s'appliquent aux commerçants. L'idée est que ces commerçants, en raison de leur qualité, pourraient se voir appliquer des règles spécifiques et adaptées au monde commercial, auxquelles les autres professionnels ne sont pas soumis (sur les acteurs du droit commercial, v. *infra*, n^{os} 104 et s.);
- selon une autre **approche, objective** cette fois (c'est-à-dire ne prenant pas en compte le sujet, mais en rapport à un objet donné), le droit commercial s'appliquerait à certaines opérations : les actes de commerce (sur l'acte de commerce, v. *infra*, n^{os} 13 et s.).

Grossièrement envisagée, cette seconde approche revient à la première, en ce sens que ce sont généralement les commerçants qui passent de tels actes de commerce. Mais l'approche objective ne se réduit pas à l'approche subjective, dès lors qu'elle conduit à appliquer les règles du droit commercial aux situations dans lesquelles des personnes qui n'ont pas la qualité de commerçant participent à la réalisation d'un acte de commerce. Il en résulte que la question de la détermination des critères d'application du droit commercial – faut-il retenir une approche subjective ou une approche objective ? – est essentielle. Pourtant, il n'est pas possible, à l'heure actuelle, d'y apporter une réponse uniforme. Le législateur, la doctrine et la jurisprudence n'ont en effet jamais réussi à opter clairement pour l'une ou l'autre analyse, de sorte que les règles du droit commercial s'appliquent tantôt en raison de la qualité de la personne qui participe à un acte, tantôt en raison des caractères de cet acte.

Surtout, il existe des règles qui reposent :

- soit sur des **critères alternatifs**, c'est-à-dire qu'elles peuvent s'appliquer tant aux commerçants qu'aux actes de commerce (v., par ex., la compétence de la juridiction commerciale dès lors que le litige oppose des commerçants **ou** a trait à des actes de commerce, *infra*, n^{os} 288 et s.);
- soit sur des **critères cumulatifs**, en ce sens qu'il est nécessaire non seulement qu'il s'agisse d'un commerçant, mais aussi que l'acte soit un acte de commerce (v., par ex., le principe de la liberté de la preuve en droit commercial, lequel suppose un commerçant pour un litige ayant trait à un acte de commerce, *infra*, n^{os} 69 et s.).

12. Le droit commercial est structuré autour de trois questions. Quoi ? Cette question concerne l'acte de commerce (partie 1). Qui ? Cette deuxième question vise le commerçant (partie 2). Comment ? Cette dernière question se rapporte aux biens du commerçant (partie 3).

