

# Droit des affaires

---

## Introduction

Le droit des affaires est une branche entière du droit privé, et emprunte aussi au droit public dans son mode d'élaboration, dans sa fonction... Il existe une approche publiciste du droit des affaires (*fin du XVII avec DOMA dans son livre 1 Titre 12*). Pour DOMA le droit commercial est un phénomène législatif. Le droit commercial est nécessaire alors le droit étatique va s'en emparer. Le statut du droit du commerce, selon l'auteur, relèverait du droit public car c'est une mission de l'Etat d'assurer la prospérité. Mais aujourd'hui le droit commercial est une branche du droit privé.

Les affaires regroupent beaucoup de situations ( *vendre du pain ou un avion c'est des affaires*). Du coup, le droit des affaires couvre un grand espace :

- Banques
- Faillites
- Brevets
- Bourse
- ...

Le droit des affaires, comme le droit civil, a un corpus de règles : Le code de commerce, héritier de la codification napoléonienne (*il date de 1807*), mais a été re-codifié selon la méthode de codification à droit constant en 2000.

La question est la suivante, le code **civil** sert au droit **civil** mais le code de **commerce** au droit des **affaires**, pourquoi cette différence de dénomination ? la codification de 1807 consacre le mot commerce, doit alors suivre une notion de droit commercial, et on enseignait donc le droit commercial. La rupture arrive assez vite au XIX. La foi dans la codification commerciale faiblit rapidement, d'autant plus que la législation commerciale se développe en dehors du code. Se fait alors jour l'idée qu'il ne **faudrait pas cantonner le droit commercial à l'étude du code de commerce** comme c'était alors le cas. On notera aussi que **la pratique a toujours été très réticente à l'emploi de l'appellation du droit commercial**.

Cette double tendance plaide pour un changement de terminologie, on parlait de « droit économique » ou de « droit à l'entreprise ». En fait ce n'est pas ce qui est important, on peut l'appeler comme on veut, il faut être d'accord sur leur sens. Mais ces controverses terminologiques sont toujours vivaces, et sont le reflet de nombreux changements dans la matière.

Une seconde question se pose, c'est la définition du droit commercial. Si le droit n'est pas le droit du code de commerce, qu'est ce que c'est ? On va définir le droit commercial comme celui qui concerne les rapports juridiques qui trouvent leur source dans le commerce ou les affaires. Le mot « commerce » comprend :

- Les opérations de circulations et de distribution des richesses
- Les opérations de production (*effectuées par les industries*)
- Les opérations financières (*faites par les banquiers*)

Il faut justifier l'étude du droit commercial. Pourquoi l'étudier comme si c'était une branche autonome ? La réponse est historique. Les échanges économiques appellent du droit par leur existence. **Attention, on ne dit pas que ca rend nécessaire la LOI mais le DROIT**, le droit n'est pas la Loi, même si en France on peut être amenés à confondre. Il s'agit de droit qui est une réponse aux questions des marchands, une manière particulière de trancher des litiges qui naissent de l'activité commerciale et qui en cela présente des spécificités.

Les Romains admettaient alors l'existence de règles propres aux marchands, dérogoires aux règles civiles. Le droit du commerce romain (*lex mercatoria*) se caractérisait par le fait qu'il était international. C'est d'ailleurs toujours le cas. La circulation des richesses est internationale donc le droit qui la régit l'est aussi. Hélas, cette conception romaniste du droit commercial n'est pas passée dans le droit français, elle l'a influencé, plus précisément elle a influencé le droit **civil**. C'est en partie grâce à ça que le modèle du contrat français ressemble beaucoup au contrat romain. C'est en travaillant sur le droit du commerce romain que l'on a décidé que les contrats devaient être faits de bonne foi.

Au moment où le commerce s'accroît de manière spectaculaire (*autour de l'an mille*), à cette époque où l'on avait besoin d'un droit pour régir ces nouveaux échanges, le droit romain n'avait pas été découvert. Voilà pourquoi le droit des affaires n'a pas été très influencé par le droit romain. C'est également pourquoi le droit commercial français est spécifique à la France. Il est autonome par rapport au droit civil, alors que dans d'autres pays, ils forment un tout.

La révolution commerciale commence par l'Italie du nord. Très rapidement les marchands éprouvent le besoin de formes simplifiées pour leurs transactions, leurs négociations, leurs sociétés... Ils ont besoin de procédure pour le règlement rapide de leurs litiges, de règles sur le crédit et le paiement comptant. Les échanges se déroulent sur des foires. C'est donc à cet endroit que les litiges naissent et doivent être dénoués (*après la foire chacun rentre chez lui donc c'est mort*).

Les marchands ne trouvent de réponse ni dans le droit coutumier ni dans le droit de l'Eglise, et le droit romain n'est pas redécouvert. Il faut donc inventer un droit pour qu'il leur soit favorable. C'est donc un droit de coutumes qui naissent de la pratique. Ce droit commercial à son origine ne repose pas sur un projet politique. On n'a pas pour but précis d'assurer la prospérité des citoyens. C'est donc un droit plus pragmatique, car dans son fondement il n'a qu'un but : Faciliter le commerce, il ne vient pas du haut (*le législateur*), mais du bas (*la pratique*). En ce sens c'est un droit spontané.

Le droit commercial médiéval présente trois caractères :

- **Il est appliqué par des tribunaux spéciaux** dont une partie de ceux qui jugent sont des marchands. C'est ce que l'on appelle la juridiction consulaire : Les juges sont élus. Ce trait du droit commercial va perdurer à tel point qu'il sera consacré lorsque le droit commercial sera légalisé (*commencera à venir d'en haut*).
- **Il est fondé sur la coutume**, c'est-à-dire sur un ensemble de règles non écrites et des usages.
- **Il s'applique exclusivement à la communauté marchande**

Lorsque la France s'étatise, le droit commercial change de nature, de coutumier il devient législatif. C'est la **grande ordonnance de 1673**, qu'on appellera aussi « **code Savary** » qui fixera les devoirs et droits des marchands, négociants ou banquiers, qu'ils agissent seuls ou en société, pour leur compte ou comme intermédiaires. L'Etat nation se structure, il lui faut donc un droit à sa mesure, et le pouvoir royal veut pouvoir intervenir dans les échanges commerciaux. On rejoint donc la définition publiciste du droit commercial. Le droit commercial devient national (*puisque'il est interne à l'Etat*). Paradoxalement ces changements ne vont pas toucher à la spécificité du droit commercial et continueront à créer des juridictions consulaires (*les marchands élus*). Ces juridictions deviennent un des bras armés de la justice royale. On unifie donc le droit commercial dans le pays. Cette unification au XVII<sup>e</sup> XVIII<sup>e</sup> est bien plus importante que pour le droit civil.

Lorsque le temps des codifications vient, le droit commercial est déjà presque codifié, même si le code SAVARY est lacunaire. D'où le peu de prestige du code du commerce, son seul prestige est de suivre de 3 ans le code civil. Le code de commerce oscille entre le recopiage et la mise à jour de l'ordonnance de 1673. Le code de commerce de 1807 passe à côté des objectifs napoléoniens :

- **Le code de commerce n'est pas exhaustif** car l'ordonnance SAVARY ne l'était pas, il est lacunaire
- **Le code de commerce n'est pas cohérent**

Vu qu'on était dans une période de faillite, c'est aussi la matière la plus importante dans ce code. Le reste du droit commercial est très peu développé, voir pas du tout : On ne trouve rien sur le fond de commerce et quasiment rien sur le droit bancaire.

Il y a une grande distance entre la définition de l'acte de commerce et le commerçant, pourtant ces deux définitions sont liées (*et il y a 600 articles entre les deux*), c'est incohérent.

Le code de commerce est mal né et a mal vécu, des règles sont apparues par la suite et n'ont pas été codifiées. La très grande Loi sur les procédures collectives de 1985 n'a pas été codifiée par exemple. Beaucoup de Lois sont donc hors du code. On parle de décodification (*on ne le détruit pas mais on le laisse « dormir »*).

Ceci dit, l'importance du droit commercial est telle de nos jours que se pose la question de l'influence du droit commercial sur le droit civil, on se demande même si le droit commercial n'absorbe pas le droit des contrats du droit civil. On se demande aussi si on ne devrait pas fusionner les deux.

Les raisons qu'on peut avoir, c'est qu'en 1904, centenaire du code civil, la codification va mal, on a failli abandonner le code. On s'était interrogés à ce moment là sur la fusion entre le droit civil et commercial car le droit commercial semble supérieur car libéral. C'est ce caractère libéral qu'envient les civilistes. Mais avec les guerres mondiales, la crise de 1929, le droit commercial devient dirigiste, il se publicise. Du fait du dirigisme, la nécessité de fondre le droit civil et commercial disparaît. L'Etat intervient pour diriger des activités privées, on veut améliorer la production et la distribution des richesses.

La politique dirigiste sur le droit commercial se traduit sur :

- La réglementation du crédit
- Le contrôle de l'échange
- La réglementation des banques
- Le contrôle de l'inflation des prix
- L'ouverture de nouveaux commerces

En même temps, la Loi doit être l'instrument de l'égalité sociale, et donc on tente de corriger certains déséquilibres en instaurant des législations protectrices des parties faibles dans des rapports juridiques donnés. La relation de travail (*patron / ouvrier*) est un exemple, le droit du travail acquiert son autonomie à cette époque.

Ce regard porté sur la partie la plus faible fait que le regard sur les débiteurs en matière commerciale va changer. L'insolvabilité des débiteurs appelle à une intervention législative. La satisfaction du créancier jusqu'à présent considérée comme l'aboutissement naturel du contrat est parfois mise de côté au profit d'un traitement de la situation des débiteurs, en matière civile, on instaure des délais de grâce et on annule parfois les dettes. On le retrouve dans le droit commercial, comment traiter l'entreprise commerciale qui ne peut plus payer ses dettes.

Au cours du XIX la réponse du droit à l'égard d'une entreprise ne pouvant plus payer ses dettes a changé. On parle toujours de faillite (*en 1907 la faillite c'était pas bon du tout pour le débiteur, on élimine le mauvais commerçant, mais on le tue pas hein !*), mais on crée une procédure parallèle pour la faillite de bonne foi, c'est la liquidation judiciaire (**4 mars 1889**). On « élimine » toujours les mauvais commerçants, mais le point de mire est de sauver l'entreprise. Les Lois se succèdent, et l'aspect pénal de la faillite est réduit au minimum.

Le droit commercial se distingue du droit civil, au sein du droit privé, mais son étude est justifiée par la matière qui le compose et par son évolution historique.

Le Droit commercial est un droit paradoxal.

L'étatisation du droit commercial affirme son caractère national là où son adaptation aux échanges le rend a-national.

C'est un droit écartelé : C'est en même temps la *lex mercatoria* internationale romaine, elle se veut efficace, simple rapide et sécurisant les transactions :

L'article **L110-3** du code de commerce prévoit la liberté de la preuve des actes de commerce à l'égard des commerçants. On privilégie ici le fond sur la forme. L'écrit ne s'impose pas comme mode de preuve.

**L'article L 110-4**, les obligations entre commerçants ou entre commerçants et non commerçants se prescrivent en 10 ans. On pérennise les situations juridiques plus tôt qu'en droit civil. (*Prescription : 2279 du CC. Moyen d'acquiescer ou de se libérer par un laps de temps et par certaines conditions*).

Mais il y a aussi des tendances interventionnistes nationales qui imposent des règles aux commerçants. Il y a une tendance à la correction des excès du libéralisme et du capitalisme.

**L'article L 145** : La réglementation relative au bail commercial vise à limiter l'inflation en contrôlant le prix du contrat. C'est dirigiste.

Plus correcteur, le droit de la concurrence, dans l'article L 420-20 sur les pratiques antis concurrentielles, on vise ici à préserver la saine concurrence, éviter les monopoles et les abus de position dominante.

Le droit commercial est donc difficile à appréhender car il n'obéit pas à une seule logique qui pourrait nous guider. Du coup le droit commercial est un corps de règles qui sont susceptibles de varier considérablement dans le temps au gré de telle ou telle vision de l'économie. Cela entache donc leur valeur en droit, mais dans le même temps, on a conservé certains aspects du droit commercial qui sont désués datant de 1807.

Il n'y a donc pas de grande ligne directrice.

Les sources même du droit commercial sont désorganisées. On avait essayé en 2000 de redonner une cohérence à ces sources en re-codifiant à droit constant. On a remis en forme les lois commerciales mais on ne leur a pas donné de cohérence, c'est donc raté.

En fait il y avait eu une sorte d'emballement des pouvoirs publics sur la codification, on n'a pas re codifié que le code du commerce. On explique cet emballement par le besoin d'intelligibilité et d'accessibilité du droit. En 1807, on avait recopié l'ordonnance SAVARY, et en 2000 on a recopié le code de commerce, avec quelques améliorations, on a rapproché les définitions d'acte de commerce et de commerçant.

L'objectif d'une codification est de réunifier le droit, de réunir tout en un code, c'est plus une sorte de compilation. Et comme le code de 1807, le code de 2000 est lacunaire (*en plus il y a eu 2 lois pour corriger 90 erreurs de rédaction...*).

On re codifie en 2000 et juste après il y a eu deux Lois d'envergure qui ajoutent et corrigent des dispositions du code de commerce, de plus il y a des chevauchements entre différents codes. Néanmoins ça sera notre outil de travail.

Dans le code on a adopté le mode de numérotation à tiroirs (*avec des tirets*). C'est la numérotation mi anglo-saxonne, mi-française.

Il y a 9 livres :

1. Livre I : Du commerce en général (*notre objet d'étude privilégié*)
2. Livre II : Sociétés commerciales et groupements
3. Livre III : De certaines formes de ventes et de certaines clauses d'exclusivité (*vente et droit de la distribution*).
4. Livre IV : De la liberté des prix et de la concurrence (*acte fondateur du droit de la concurrence*).
5. Livre V : Les effets de commerce et les garanties (*lettre de change, billet à ordre*)
6. Livre VI : Les difficultés des entreprises (*aboutissement du Droit commercial : Procédures collectives*).
7. Livre VII : Juridiction commerciale (*toujours consulaire à ce jour*)
8. Livre VIII : De quelques professions réglementées (*d'une part ceux qui interviennent dans les procédures collectives, mandataires judiciaires...*)
9. Livre IX : Disposition applicables en outre mer.

Le droit commercial est directement concerné par l'émergence du Droit de la consommation, il a un code de la consommation. Il y a également le « droit communautaire de la consommation » bien que la conception française et européenne soit différente (*en France on présume qu'il y a un parti fort (vendeur) et un faible (consommateur), en droit communautaire c'est plus une question de compromis.*)

La responsabilité des fait et des produits défectueux est insérée dans le code civil, mais elle concerne celui qui fabrique et qui met le produit en circulation, en ce sens il est commerçant, sa situation est régie par un texte qui est régie par un texte communautaire mais présent dans le code civil.

Il en est de même sur la garantie de conformité intégrée au code de la consommation.

Plus largement les Lois civiles intéressent parfois au premier chef les commerçants. Le droit civil est le droit commun, donc lorsque le droit commercial s'efface, on en retourne au droit commun. La matière fiscale va cependant largement influencer le droit commercial également.

Il existe aussi ce que l'on appelle l'émergence du droit de la régulation (*s'oppose à réglementation*). C'est un droit déconnecté du processus classique d'élaboration. C'est la conjonction d'un nouveau rapport entre le droit et l'économie. Elle est née de l'ouverture à la concurrence de certains secteurs économiques (*énergie, transport...*). Cette ouverture donne lieu à la création d'autorités de régulations : Conseils de la concurrence, CSA... Ces autorités sont ni privées ni publiques, elles sont en dehors, donc on dérègle

Tout cela finit par créer un corps de Droit notamment parce que les décisions des autorités de régulation peuvent faire l'objet d'un recours devant le juge.

Outre la Loi, il y a une place particulière réservée dans le droit commercial aux usages. C'est bien le droit commercial qui forme le domaine de prédilection des usages. Le droit commercial est spontané d'où l'importance des usages.

La parère est une attestation d'existence d'une coutume délivrée par la chambre de commerce. Certains textes du code de commerce renvoient directement à la coutume (**L 442-2**)

Certains usages à caractère impératifs y sont pour beaucoup dans l'autonomie du droit commercial. La solidarité est présumée en droit commercial : C'est l'inverse du droit civil (**1202 du CC**)

Egalement, l'anatocisme du compte courant est de droit pour un commercial. C'est la capitalisation des intérêts (*En fait, on intègre les intérêts au capital pour qu'ils puissent à leur tour générer d'autres intérêts*). C'est contraire au droit civil.

La réfaction du contrat par le juge est possible en droit commercial. Le juge peut modifier un contrat commercial alors qu'en droit civil il ne peut pas le faire.

L'importance des réglementations professionnelles est une autre source de droit. Les règles déontologiques, l'importance des marchés, les contrats type pèsent aussi sur le droit commercial.

Il ya également une importance du droit du commerce international. Droit de l'arbitrage international.

Il y a aussi la *lex mercatoria* qui perdure aujourd'hui.

Le droit commercial concerne les commerçants certes mais c'est quand même des gens, d'où une justice commerciale a part.

## Partie I : Les personnes

*En fait c'est les commerçants. On peut définir le commerçant soit en tant que personne, soit en considération de son activité.*

*Il y a donc deux approches différentes du commerçant et deux catégories de personnes : Personnes physiques ou morale.*

## **Titre I : Le commerçant : Personne physique**

*La définition du commerçant est donc une approche subjective de la commercialité et suppose la définition de l'acte de commerce.*

*La qualité de commerçant est bien liée à l'activité du commerce*

### **Chapitre I : La qualité du commerçant lié à l'exercice du commerce**

*Comment acquérir la qualité de commerçant, et quelles sont les conséquences de cette qualité ? On s'intéressera aussi au cas particulier de l'artisan.*

#### **Section I : L'acquisition de la qualité du commerçant**

***Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession*** habituelle (L 121-1 du Code de commerce)

Dans ce texte, la jurisprudence ajoute qu'il faut exercer le commerce de manière personnelle et indépendante.

#### **§ 1 : L'accomplissement d'actes de commerce**

*La présentation du code de 2000 diffère de celle de 1807. C'est même l'inverse. L'acte de commerce est le critère pour qualifier un commerçant. Avant c'était le contraire.*

**Article L 110-1** : *Présente une liste des actes de commerce (Mais comment utiliser une liste pour définir l'acte de commerce ?).*

*Soit on utilise cet article pour essayer d'effectuer un classement fondé sur l'activité économique, soit on essaye d'élaborer une définition unitaire de l'acte de commerce, plus abstraite mais plus large qu'une liste.*

#### **A) Les actes de commerces rattachés à des secteurs économiques**

*On peut regrouper la liste en 4 secteurs économiques :*

- *Distribution*
- *Production*
- *Services*
- *Auxiliaires et intermédiaires*

##### **1. La distribution**

Ici, c'est l'achat pour la revente. Ici l'idée qui domine c'est celle du bénéfice. On note que le code de commerce dispose que cela concerne tout bien meuble (*denrée alimentaire, PS3...*). Les biens immeubles sont aussi concernés (**L 110-2 2<sup>nd</sup>**).

L'acquisition d'un produit en vue de travailler la matière de ce produit ou mise en œuvre de ce produit est également concernée par l'article 110.

Le texte concerne tant le petit commerce que la grande distribution.

**L'achat pour revente constitue bien le cœur de la distribution.**

Secteur de la distribution : La distribution a pour but l'écoulement régulier d'une production de masse au moyen de différentes techniques de circuit court (*producteur au consommateur directement*) et de circuits longs (*chaîne de vente successive entre le producteur et le consommateur*).

Il y a une distinction entre le producteur et le distributeur qui est importante notamment lors de la responsabilité pour produit défectueux.

## 2. La production

On est toujours dans le cadre de l'article L 110-1 1<sup>er</sup> qui vise la manufacture. On nous renvoi ici aux lieux de production industriels. Là encore le secteur est très vaste, on songe à l'ensemble des produits industriels, de la construction et vente d'un boulon à celle de la vente d'une centrale nucléaire clé en main.

Relève aussi de la production les opérations de construction de meubles et immeubles.

Certains meubles comme les bâtiments de navigation intérieurs ou extérieurs (*les bateaux*) et leur réparation en font partie. Certains immeubles (*ils y a une attirance des immeubles vers le droit civil*) aussi. La Jurisprudence considère que les entreprises de constructions sont également des commerciaux.

Cela dit la production peut aussi être intellectuelle et/ou artistique, certaines opérations relatives aux œuvres intellectuelles sont commerciales. L'éditeur, le producteur, la publication de journaux/revues...

## 3. Les services

Les prestations de services dans toute leur dimension sont des actes de commerce. La location de meuble, le transport de personnes, les entreprises de fourniture, les agences...

Egalement les contrats de dépôts, les contrats de garde ne relèvent pas du droit civil et relèvent de l'article L 110-1 du Code de commerce

## 4. Les auxiliaires et intermédiaires

On considère ici, s'agissant des intermédiaires et auxiliaires, qu'il s'agit pour la plupart de la matière bancaire (*opérations de change, banque, courtage, l'article L 110-1 8<sup>e</sup> rajoute les banques publiques, l'établissement de crédit*). On rattache désormais le caractère commercial des opérations de bourse à l'article L 110-1 7<sup>e</sup>, avant on le rattachait aux achats pour revendre. Rattacher les opérations de banques à la distribution pouvait poser problème.

L'activité commerciale peut se borner à fournir aux commerçants et à des particuliers le moyen d'exercer une activité par exemple en leur facilitant certaines opérations. On les rattache aux actes commerciaux car ils agissent à leurs risques et périls en exposant leur propre patrimoine.

Le courtage consiste à rapprocher des personnes qui veulent contracter. Les activités de courtage sont réglementées. Le courtage matrimonial est également réglementé. (*y a pas que le trader*). Entrent également dans cette catégorie « les agents d'affaire ». Cette catégorie rassemble plusieurs professions, c'est tous ceux qui gèrent les affaires d'autrui.

On ajoute aux intermédiaires les agents commerciaux qui agissent au nom d'autrui et les commissionnaires qui agissent pour le compte d'autrui mais en leur nom propre.

Le code de commerce présente des imperfections : On a ici une liste, ce n'est pas pratique. De plus cette liste n'est pas cohérente.

Pour ce qui est du domaine maritime, on a gardé les listes pratiquement en l'état depuis 1807.

L'enjeu du critère de commerciabilité c'est bien de prévoir des solutions : A telle qualification correspond telle règle de droit (*utiliser le droit commercial ou non*). Alors la recherche d'une définition générale vaut la peine d'être faite.

### B) *Les actes de commerce en quête d'une définition générale*

- **Premier critère** : Celui élaboré par **THALLER (fin XIX)**. **L'acte de commerce est un acte de circulation**. Ce que tous les actes de commerce ont en commun est de s'interposer entre un producteur et un consommateur. C'est donc l'origine des biens (*la production*) et la destination des biens (*la consommation*) qui est considérée par THALLER comme critère. On a donc un cadre qui ne peut pas être considéré comme un acte de commerce. La fabrication n'est pas en elle-même un acte de commerce. Mais il manque une dimension économique ce qui peut prêter à confusion. Certaines opérations seraient qualifiées comme économiques alors qu'elles n'ont aucun intérêt commercial. (*une entreprise qui revend des biens sans marge*).
- **LYON CAEN (fin XIX et début XX) et RENAUD** se sont livrés à une approche de l'acte de commerce. L'acte de commerce est un acte de spéculation. Il est effectué dans le but de dégager des bénéfices. On espère que la valeur du bien va s'accroître pendant sa transformation ou son échange. On a une prise en compte de la finalité économique mais aussi les moyens, la prise de risque que justifie l'espérance d'un gain (*risque calculé*). Une opération est commerciale alors même qu'elle serait déficitaire. Ce critère corrige le premier : L'activité commerciale est mue par la recherche de bénéfice. Cela dit comment définit on le bénéfice ? De plus c'est une définition très large, même le non-commerçant spéculé dans certaines occasions (*assurances vies par exemple*).
- On a dégagé, pour corriger les critères précédents un nouveau critère : L'acte de commerce est un acte d'entreprise. On considère l'activité dans ses rapports avec une entité économique. L'entreprise a pour raison d'être, l'activité commerciale. Mais là encore c'est imprécis : Toute entreprise n'est pas commerciale. Et puis on déplace la définition sur celle de l'entreprise.

En somme le critère le plus satisfaisant consiste à rapprocher les deux premiers critères.

**L'acte de commerce serait l'acte de nature économique résultat d'activité de production, distribution ou service réalisé dans un but lucratif.**

Mais l'acte de commerce ne suffit pas à lui seul à déterminer le commerçant en tant que personne. Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce **et** en font leur profession habituelle.

## §2 L'accomplissement d'acte de commerce à titre de profession habituelle

A contrario, un individu peut effectuer des actes de commerce sans pour autant être commerçant. On va s'interroger sur le caractère professionnel et l'habitude.

- **La profession** : l'accomplissement d'actes de commerce doit être une source de revenus. On s'y consacre régulièrement dans le but d'en dégager un certain profit.  
L'activité commerciale n'est **pas forcément principale**, elle peut être secondaire. Il n'est pas non plus nécessaire que ce soit la profession dont on tire le plus de revenus.  
Celui qui a des revenus viagers et qui ouvre une épicerie, il s'agit d'une profession qui recourt à des actes de commerce même si ce n'est pas la principale.  
Les deux activités doivent cependant être distinctes. Une activité suppose parfois l'accomplissement d'actes de commerce mais ils restent accessoires.  
*Exemple : Le chirurgien dentiste pratique souvent l'achat pour revente de prothèses dentaires. Comme cette activité est accessoire, ce n'est pas du chirurgien un commerçant, et ce même s'il fait bien son beurre avec ça.*  
En fait la récurrence de l'activité peut être un critère mais il faut aussi prendre en compte les bénéfices. On l'apprécie au cas par cas.
- **L'habitude** : Elle est connue en droit. Elle suppose un élément matériel et intentionnel.  
L'élément matériel étant la répétition et la durée.  
Il faut que l'acte de commerce s'inscrive dans le temps. Ces critères ne sont pas des *quantum* c'est toujours du cas par cas, il n'y a pas de plancher fixé.  
Il faut qu'il y ait plusieurs actes de commerces. Un acte ne suffit pas même s'il dure longtemps.  
Les raisons intentionnelles suppose que l'accomplissement d'acte de commerce soit volontaire.

L'intérêt d'ajouter l'habitude à la profession est d'exclure de la qualité de commerçant ceux qui se comportent comme tel de manière occasionnelle. Une association organisant des soirées de temps en temps ne fait pas d'elle une association commerçante

## §3 L'accomplissement d'acte commercial de manière personnelle et indépendante.

C'est une jurisprudence de longue date selon laquelle le commerçant est celui qui exerce un acte commercial de manière personnelle et indépendante.

Donc à l'inverse celui qui passe des actes de commerce pour autrui n'est pas commerçant ? Pas vraiment. En fait on se pose ici la question de qui prend le risque ? Quel patrimoine est exposé lors de l'activité commerciale. Le risque pèse sur celui dont le patrimoine garantit le risque. Ainsi le salarié n'est pas commerçant car il est dans un rapport patrimonial de subordination, il n'est donc pas indépendant, il n'expose pas son patrimoine. Un gérant salarié d'un fon de commerce n'est pas commerçant car il n'agit pas de façon indépendante puis qu'il est salarié.

Le locataire qui gère un fon de commerce n'a la plupart du temps pas la qualité de commerçant.

Le problème qui surgit ici est celui des intermédiaires du commerce (*courtiers, commissionnaires, agents d'affaire*). On distingue ces intermédiaires en ce qu'ils engagent leur patrimoine dans leurs activités. Si c'est le cas ce sont des commerçants et c'est eux que vise l'article **L 110-1**. Encore une fois, c'est une interprétation au cas par cas.

Il est donc difficile de déterminer la fonction de commerçant. Cela dit il n'y a pas énormément de contentieux, et c'est toujours les mêmes situations. De plus en pratique il existe une présomption qui règle le problème, c'est l'immatriculation au Registre du Commerce et des Sociétés (*RCS*). L'article **L 123-7 du Code de Commerce** présume qu'un Tiers immatriculé au Registre du Commerce et des Sociétés (*RCS*) est un commerçant. La preuve du contraire peut être apportée, et cette présomption ne s'applique que de bonne foi. Si on sait que la personne n'est pas commerçante, on ne peut pas faire jouer la présomption.

La qualité de commerçant emporte l'application de certaines règles.

## *Section II : Les conséquences de la qualité de commerçant*

Acquérir la qualification de commerçant emporte deux séries de conséquences :

- Pour les personnes
- Pour les actes

La détermination du commerçant emporte le statut. Ca apporte automatiquement des obligations mais aussi des conséquences sur les actes.

### § 1 Les personnes

Chapitre III du Livre II du Code de commerce « Obligations générales des commerçants ».

Deux types d'obligations :

- Obligations à la publicité
- Obligations à la comptabilité

#### **Article 123 et suivant.**

Le commerçant est astreint à certaines règles de publicité dont le principal est l'immatriculation au Registre du Commerce et des Sociétés (*RCS*) qui apporte à la connaissance de tous, un certain nombre d'informations telles que la structure de l'entreprise, de la localisation...

L'article L 123-9 assure la production de certains effets de droits à la personne elle-même.

Le commerçant a pour obligation de tenir une comptabilité (**L123-12**).

Le but étant de rendre possible pour les Tiers une connaissance instantanée de l'actif et du passif de l'entreprise. Les Tiers intéressés peuvent être l'administration fiscale ou un Tiers intéressé pour reprendre la société.

La comptabilité enregistre les mouvements patrimoniaux actifs et passifs. Elle établit un inventaire consistant à évaluer l'existence et la consistance du patrimoine.

L'établissement de comptes annuels permet d'apprécier les résultats d'une entreprise.

Outre la tenue d'une comptabilité il y a la nécessité d'un compte en banque car tous les paiements professionnels doivent avoir lieu par virements, chèques et lettres de change. On cherche à éviter les mouvements en espèce. **L 123-24**

En contre partie de ces obligations, les commerçants ont les bénéfices de procédures particulières en cas d'échec de l'activité commerciale. Le droit de la faillite qui est le droit des procédures collectives. On cherche à sauvegarder l'activité commerciale.

## §2 Les actes

### 1. Le régime des actes de commerce

Ce sont les règles de droit faites pour l'efficacité de ces actes.

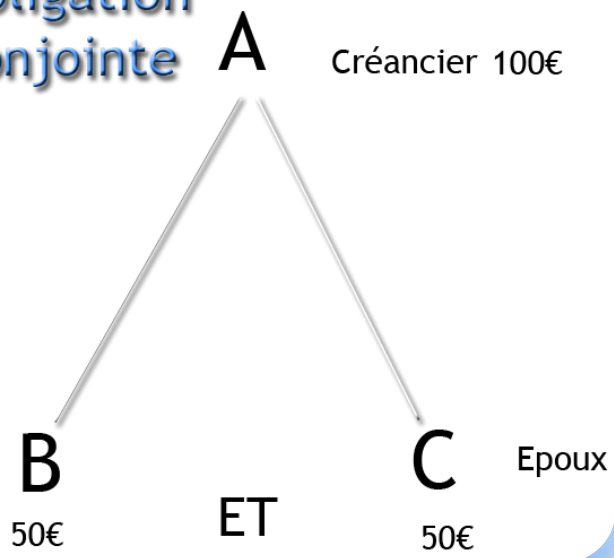
La qualité de commerçant a pour conséquence une différence de régime. Voyons quelques éléments du régime du droit commercial.

- Contrairement à la matière civile, la maxime « qui ne dis mot consent » s'applique. Le silence est créateur d'obligation. *Exemple : Celui qui reçoit des marchandises sans émettre de réserve se trouvera engagé par cette livraison.*
- L'article L110-3 « A l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi. ».  
On peut en déduire que :
  - C'est contre le commerçant que la preuve est mixte (« à l'égard de »), donc dans un acte mixte, le non commerçant pourra prouver l'acte de commerce par tout moyen par rapport au commerçant, par contre le commerçant devra respecter les règles civiles (*article 1341 du Code Civil*). En fait il faut que le commerçant soit défendeur pour que l'article L110-3 s'applique. Ca oblige le commerçant à faire un acte écrit avec un non-commerçant.
  - Le commerçant ne fait pas que des actes de commerce, il peut aussi faire des actes civils qui devraient se prouver par les règles de droit civil. *Exemple : Les actes relatifs à un meuble mais qui sont des ventes civiles.*

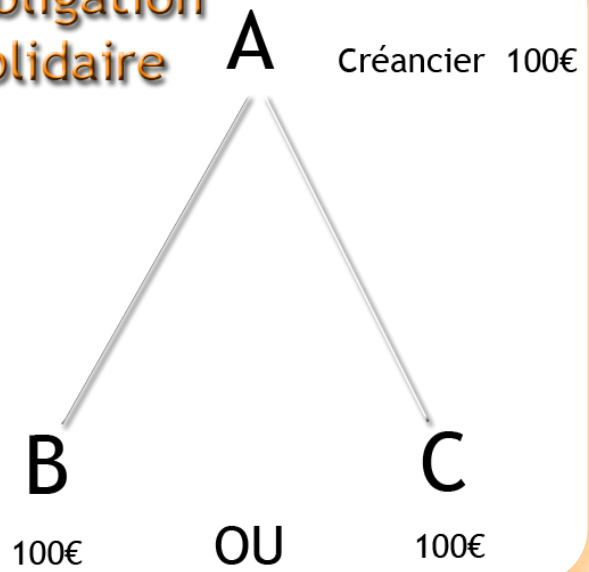
*NB : Le problème des actes civils exercés par un commerçant, c'est comment les distinguer des actes de commerce ? Voir plus tard.*

- L'article L110-4, les actes mixtes se prescrivent par 10 ans, on déroge donc au droit civil.
- On présume la solidarité en matière commerciale. En droit civil, on présume que l'obligation est conjointe.  
**Solidarité : En obligation civile (conjointe), le créancier doit prendre la part chez chacun, tandis qu'en cas de solidarité, le créancier peut prendre la totalité de sa créance chez un seul débiteur, qui s'arrangera ensuite avec l'autre.**  
La solidarité améliore la confiance du créancier

## Obligation Conjointe



## Obligation Solidaire



- Les litiges sont soumis à une juridiction particulière, le Tribunal de commerce, juridiction consulaire, les juges sont élus et choisis parmi les pairs des commerçants. La procédure est plus rapide et moins coûteuse. Cela dit, **ce n'est pas un ordre séparé**, c'est juste une juridiction spécialisée.
- Il existe une catégorie d'actes particuliers qui sont les actes mixtes qui posent problème, ils se trouvent dans les articles L 110-3 et L110-4

**Les actes de commerce par accessoire** : « L'accessoire suit le principal » (*immeubles par destination par exemple, ou encore l'acquisition par la théorie de l'accession, je suis propriétaire d'un fon, j'ai aussi ce qu'il y a dessus*).

S'agissant des actes de commerce, un acte normalement civil peut être qualifié de commercial par l'application de la théorie (*c'est des actes civils devenus commerciaux car pratiqués par un commerçant pour les besoins de son commerce*).

A l'inverse, un acte qui est plutôt normalement un acte de commerce peut être disqualifié en acte civil car pratiqué par un non commerçant.

Quels sont les critères de l'accessoire ?

Un acte conçu comme un acte civil pose un problème de qualification, on se demande s'il ne doit pas être rattaché à la qualification des actes de commerce selon la théorie de l'accessoire.

Deux conditions :

- Pour être un acte de commerce par l'accessoire, l'acte litigieux, civil par nature, doit avoir été conclu pour les besoins de l'activité commerciale. En somme cet acte civil par nature répond à un besoin commercial, il est commercial par destination, c'est son but

Mais comment déterminer si un acte est passé pour les besoins du commerce ? *Pour le prêt, applique t on le droit commercial ? On n'arrive jamais à faire la part des choses dans ce cas.*

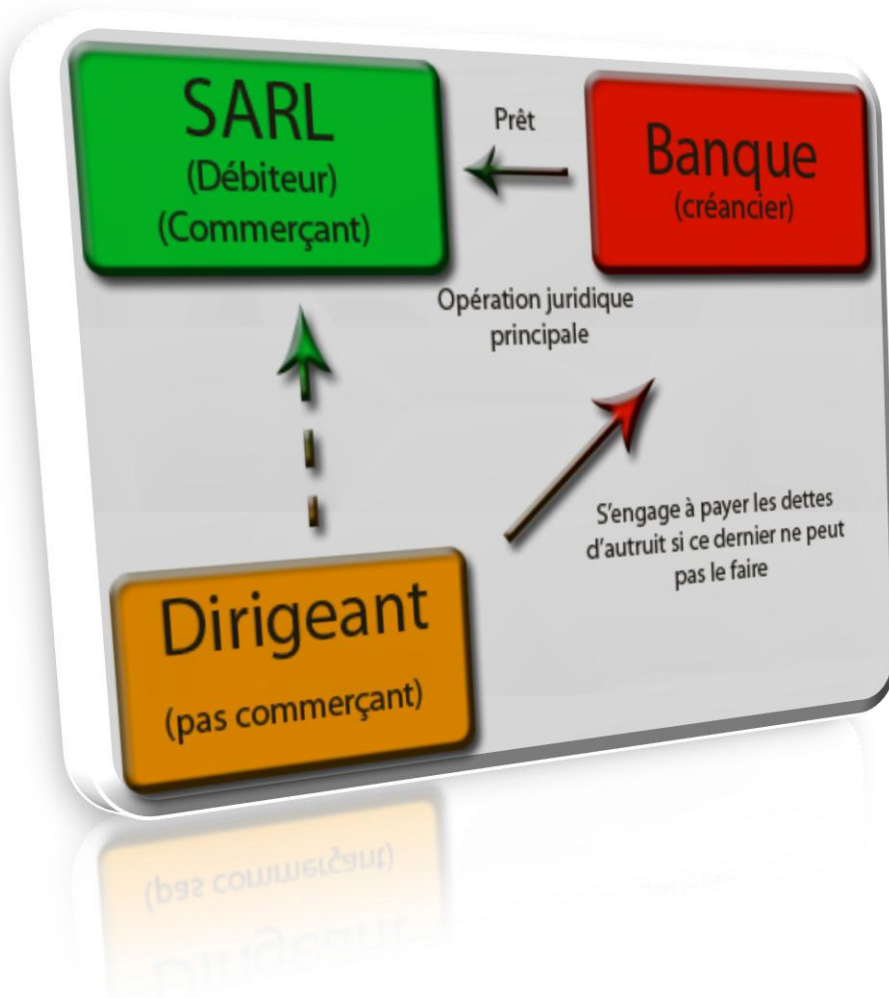
Souvent on trouve la solution dans une présomption d'origine prétorienne. Les actes de toute nature accomplis par un commerçant sont supposés être des actes accomplis pour les besoins du commerce. On résout le problème par un transfert de la charge de la preuve (*c'est donc une présomption simple et non irréfragable*). Donc par défaut on appliquera le droit du commerce sauf si le commerçant prouve que l'acte n'a pas été fait pour les besoins de son commerce. Cela reposera *in fine* sur une présomption simple devant le juge

- On tempère la présomption. Certains actes sont par nature commerciaux. Ainsi les obligations nées à l'ouverture d'un commerce entre commerçants, sont considérées comme étant commerciales. Elles sont considérées comme étant l'instrument juridique nécessaire, d'où leur nature commerciale. On se sert du cadre, si un acte est fait dans le cadre du commerce. Ici c'est très imprécis, on n'a pas de critère pour trancher.

L'idée dominante est que de manière globale, la théorie de l'accessoire existe pour accroître le champ d'application du droit commercial, on transforme un peu du droit civil en droit commercial.

Hypothèses d'application :

**Première application :** Le cautionnement donné par un dirigeant de société pour les dettes de sa société.



**Cautionnement :** Contrat par lequel une personne s'engage à payer les dettes d'autrui si ce dernier ne peut pas le faire.

Le dirigeant joint son patrimoine propre à la société.

**C'est un acte civil, à moins que la caution ayant ou non la qualité de commerçant ait un intérêt patrimonial au paiement de la dette garantie, alors même qu'elle ne participe pas directement ou indirectement à l'activité du débiteur (chambre commerciale du 20 Juillet 1981).**

Il n'importe pas que la caution soit commerçant ou non.

La part de l'activité de la caution dans l'activité commerciale est aussi indifférente.

Le dirigeant ne prend pas part à l'activité commerciale car c'est la SARL qui exploite le fon de commerce.

Le critère déterminant est l'intérêt patrimonial car la caution va garantir l'opération. Mais à partir de quel moment a-t-on un intérêt patrimonial du paiement de la dette garantie ?

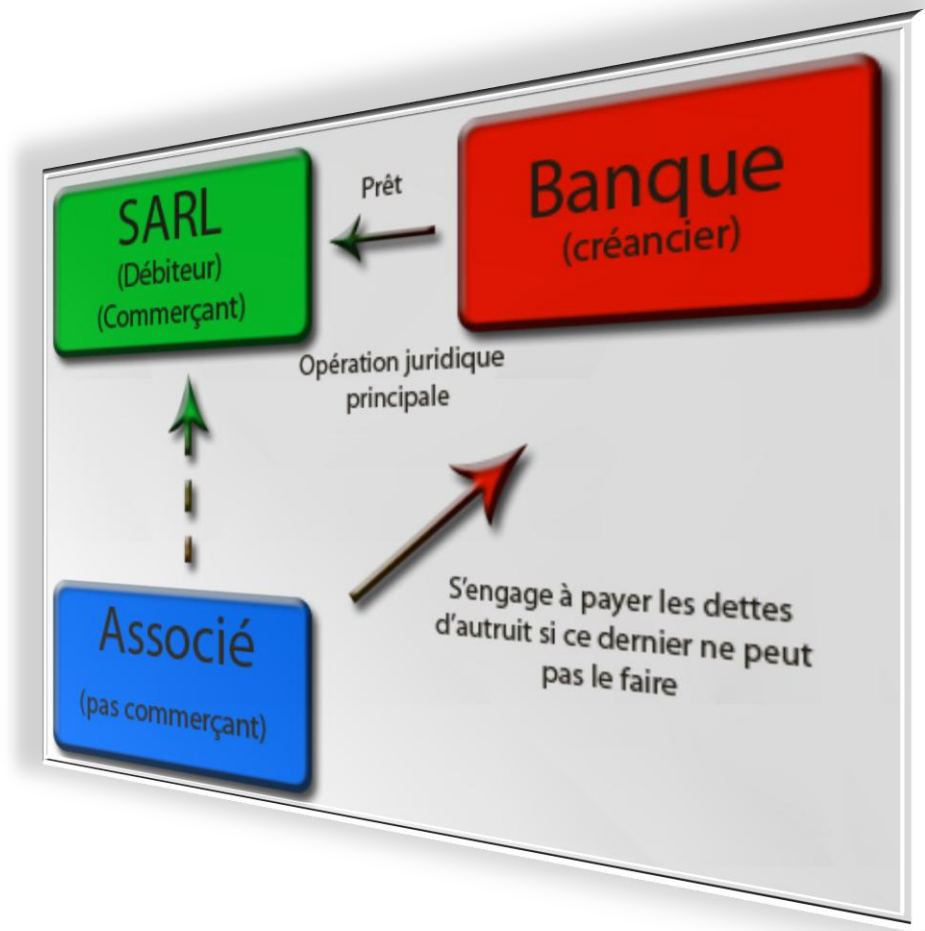
L'intérêt patrimonial est jugé au gré des litiges, mais la Jurisprudence a posé une présomption : Le dirigeant est présumé avoir un intérêt patrimonial lorsqu'il cautionne les dettes de la société qu'il dirige. (Arrêt du 18 Janvier 2000 par la chambre commerciale).

La Jurisprudence a été confirmée par la cour d'appel.

Le cautionnement est donc civil par nature, mais il faut prouver qu'il est commercial par accessoire.

Il y a de nombreux enjeux, la solidarité par exemple.

**Deuxième application** : Le cautionnement n'est plus donné par un dirigeant mais par un associé.



Le principe est le même, le cautionnement donné par un associé est en principe civil sauf si l'associé a un intérêt direct au paiement de la garantie.

Par contre, on ne peut pas appliquer de présomption sauf si l'associé est le dirigeant. Le principe est toujours le même c'est un acte civil. Il faudra donc prouver l'intérêt patrimonial qu'il a au paiement de la garantie

N'a pas d'intérêt patrimonial un actionnaire minoritaire. Souvent on passe par l'engagement de capital (*critère principal*) et d'activité de l'associé. Si l'associé est majoritaire, fondateur... on a des indices forts sur son implication.

Le cautionnement, acte civil par nature a une structure qui se prête fondamentalement assez mal à cette idée selon laquelle on a un intérêt à payer la dette d'autrui (*c'est pour ça que s'il y a un intérêt on le considère comme commercial.*)

## Section III : L'artisan

Pendant très longtemps, la nécessité de distinguer les règles applicables aux commerçants et aux artisans ne s'est pas fait sentir.

Le statut de l'artisan est différent alors qu'il se livre à des activités assez proches, un statut se dessine à partir du XX. Ce qui rend la question très complexe. Il n'y a pas de statut clair de l'artisan, d'un point de vue fiscal, il a une autonomie pour les actes de droit privé. Le statut de l'artisan va se rapprocher du commerçant. Les deux catégories ont tendance à converger mais la qualification de l'artisanat n'est pas la même que celle du commerce. La réglementation est assez dense en matière d'artisanat, il y a un code de l'artisanat, annexe du Code de commerce.

On est dans les limites du droit commercial. L'artisan n'est pas assimilable au commerçant.

### §1 Les éléments de définition

Ce qui caractérise l'artisanat c'est l'absence de mouvement unitaire. Dans un premier temps, l'artisanat n'était pas distinct du commerce. Depuis le siècle dernier, on a dessiné un statut à l'artisanat. C'est surtout par des réglementations, des décrets administratifs. Ce n'est pas législatif. Il tend à ramener l'artisan sur un terrain distinct du droit commercial.

A la demande des artisans, certaines règles applicables aux commerçants ont été appliquées aux artisans comme le nantissement de leur fond de commerce.

il y a donc forcément un statut hybride, une approche fiscale, commerciale et artisanale de l'artisanat puisqu'il existe depuis le 30 janvier 1952 un code de l'artisanat.

L'artisanat est réglementé par la chambre des métiers.

L'artisanat est défini d'autant de manières que de branches de droit s'y intéressent.

Le droit fiscal s'y intéresse car l'artisan n'est pas soumis au paiement de la taxe professionnelle. Pour lui est artisan « celui qui travail à façon pour les particuliers avec des matières leur appartenant » (*à façon désigne l'activité manuelle*).

On met l'accent sur le fait que ce qui fait vivre l'artisan c'est son travail manuel et non la transformation d'un bien.

Définition de l'artisan par le Code de l'artisanat : Pour distinguer l'artisan du commerçant, il y a un certain nombre de conditions. Le chef de l'entreprise artisanale doit être enregistré au registre des métiers qui est le pendant artisanal du Registre du Commerce et des Sociétés (RCS). Il faut qu'il s'agisse d'une entreprise de moins de 10 salariés (*Loi du 5 juillet 1996, article 19 du code de l'artisanat*).

L'artisanat c'est l'exercice d'une activité professionnelle indépendante de production,

transformation, prestation de services doit relever de l'artisanat (*je sais c'est débile, pour être de l'artisanat, il faut faire partir de l'artisanat : /*)

L'article 16 du code de l'artisanat contient une liste d'activités qui requièrent une qualification professionnelle particulière. Le droit ici a en ligne de mire l'organisation de la qualité professionnelle de l'artisan.

La définition de l'artisanat suppose de rapprocher les articles 16 et 19 de la Loi de 1996. C'est une définition plus large que celle du droit fiscal. Un arrêté ministériel qui fixe une liste d'activités artisanales et il faut être inscrit au registre des métiers.

Il existe aussi de la Jurisprudence commerciale qui s'est penchée sur la question.

### **Éléments de définition et d'organisation**

Il faut savoir qu'il y a des chambres des métiers, un répertoire des métiers et de l'artisanat.

### **Chapitre II : Les limites à l'activité du commerçant**

Il y a des personnes qui entendent exercer une activité commerciale et pourtant on ne leur attachera pas la qualité de commerçant.

Une première catégorie de personnes va pratiquer le commerce et le droit ne les considérera pas comme commerçants. C'est souvent le problème du conjoint commerçant.

L'un des époux est commerçant et son conjoint participe à l'activité. Quelle est sa situation en droit ?

Il existe aussi une catégorie de personnes qui entendent exercer le commerce mais le droit va le leur refuser car il va les considérer comme incapables ou alors cela fait l'objet d'une interdiction.

#### ***Section I : Le conjoint du commerçant.***

**Article L121-3 et L121-4** : Le conjoint du commerçant peut acquérir la qualité de commerçant si l'activité commerciale est séparée de son époux et son application relèvera de L121-4

#### **§1 Le principe**

##### Quels sont les enjeux ?

Est-ce que le conjoint commerçant sera lui aussi concerné par la faillite ? Peut-il bénéficier du droit des procédures collectives ? Est-ce que ses propres biens sont à l'abri des procédures collectives ou sont ils engagés dans l'activité commerciale si bien qu'il faut étendre la procédure au conjoint ? Si on étend la procédure au couple, c'est l'ensemble des biens du couple qui pourraient être remis à flot (*« est ce que je peux sauver les bijoux de grand-mère ? »*).

Il y a un enjeu sur les créanciers du couple commercial. Peuvent-ils se faire payer sur le patrimoine des conjoints ? Peuvent-ils s'adresser à l'époux (se) du conjoint commerçant ?

## Position du problème

- A quel moment la question va-t-elle se poser ?
- A quel moment le litige va-t-il se former ?

Nous avons là un conjoint qui effectue des actes de commerce de manière habituelle et de manière presque indépendante. Il bénéficie des fruits de l'activité commerciale. Si c'est de manière habituelle et de manière indépendante ce devrait être un commerçant, même si l'individu exerce les activités commerciales de son conjoint.

*Exemple :*

*Petite entreprise publicitaire, monsieur fait la comptabilité, madame fait les relations avec les clients. L'un est enregistré au registre du commerce, l'autre est-il commerçant ?*

S'agissant des épouses, le droit pendant très longtemps a apporté une réponse assez nette, l'épouse ne pouvait exercer une activité commerciale que si elle avait l'autorisation de son époux, autorisation discrétionnaire et recevable.

Au XX, on admet le principe selon lequel l'épouse peut exercer une activité commerciale à titre indépendant mais le père de famille peut s'y opposer.

C'est avec la législation de 1942 que la femme peut exercer le commerce sans l'autorisation de son époux (*vu l'époque, les époux étaient soit morts, soit prisonniers, faut bien vivre !*).

C'est en 1965 que la liberté commerciale de l'épouse est acquise.

C'est avec l'émancipation commerciale de l'épouse que la question du conjoint s'est posée.

Paradoxalement, liberté commerciale oblige, puisque l'épouse a la liberté commerciale, elle peut donc acquérir la qualité de commerçant, qu'en est-il de sa qualité lorsqu'elle exerce une activité commerciale avec son conjoint ?

A cette question, il y a une réponse de principe à l'article L121-3

La réponse de principe est claire. Le conjoint du commerçant n'est lui-même commerçant que s'il exerce une activité commerciale séparée de son époux (se).

Le principe est que le seul fait de participer à l'activité commerciale de son conjoint ne suffit pas à acquérir la qualité de commerçant.

Il y a même une sorte de présomption dans L121-3, il y a une inversion de la charge de la preuve de la séparation de l'activité commerciale.

**Il faudra montrer à charge celui qui veut établir la qualité de commerçant que son activité commerciale est séparée de celle de son conjoint.**

Dans une entreprise commerciale donnée exercée conjointement par les époux, lequel est commerçant ?

La Jurisprudence répond de la manière suivante : Est commerçant celui qui dirige et contrôle l'exploitation. Il existe aussi un faisceau d'indices comme l'immatriculation au Registre du Commerce et des Sociétés (RCS) par exemple. On examinera aussi qui est le propriétaire du fond de commerce (*le propriétaire sera le commerçant*). On regardera aussi celui qui effectue les paiements, celui qui tire les lettres de changes...

Soit l'homme soit la femme peut donc être considérée comme conjoint du commerçant. On note tout de même une certaine tendance de la part de la Jurisprudence à attribuer la qualité de commerçant à l'époux plutôt qu'à l'épouse.

L'application des critères ne tient en principe pas compte des sexes.

## §2 Les applications de principe à la règle de l'article L121-4 et suivants

Comment traiter le conjoint en droit ? Les articles L121-3 et -4 sont venus compléter le régime juridique du conjoint du commerçant, celui qui n'a pas la qualité de commerçant mais exerce une activité commerciale avec son conjoint.

L'article L121-4 : Il y a une option à prendre, celui qui exerce régulièrement une activité commerciale auprès de son conjoint doit opter pour un statut, n'étant pas commerçant, il doit prendre une des branches de l'option suivante :

- Soit le statut de collaborateur
- Conjoint associé
- Conjoint salarié

Il fera alors l'objet d'une publicité particulière du statut à l'article L121-4 4<sup>ème</sup> point. Mention faite du choix du statut du conjoint du commerçant.

### Le conjoint collaborateur

Il s'agit d'accomplir un travail de manière subordonnée sans percevoir de rémunération. La question qui se pose est de savoir si pour bénéficier du statut de conjoint collaborateur il faut être marié. La Jurisprudence a tendance à répondre que « oui ».

Mais les textes en parlant de « conjoints » posent le problème des couples non mariés.

Cela dit l'article L121-5 parle de communauté qui n'existe que dans le mariage.

C'est l'argument patrimonial qui va primer ici. Cela concerne aussi bien le droit commercial que le droit des régimes patrimoniaux.

A priori le Pacsé est exclu du régime de collaborateur.

L'information étant faite sur l'option prise par le conjoint collaborateur, il découle un certain nombre de conséquences judiciaires.

Ainsi le conjoint collaborateur aux termes de l'article L121-6 est réputé avoir reçu du chef de l'entreprise commercial mandat pour effectuer des actes d'administration qui concernent les besoins de l'entreprise.

Cette présomption de mandat emporte des conséquences importantes s'agissant des actes passés par le conjoint collaborateur. Il agira aux yeux des Tiers en tant que mandataire commercial. En lieu et place et pour le compte du conjoint commerçant. Les créanciers peuvent agir sur le commerçant lui-même au nom du mandat.

Il ne peut en être autrement que si la présomption légale est renversée et la procédure de révocation du mandat est lourde. On ne peut mettre fin à cette présomption qu'avec une déclaration devant notaire dans les conditions évoquées dans l'article 121-6 alinéa 2.

La révocation de ce mandat n'est donc opposable que s'il y a eu déclaration notariée et à terme il

faudra prouver que les Tiers avaient connaissance de cette révocation.

En cas de séparation de corps ou de biens, ou en cas d'absence présumée la présomption de mandat tombe aux termes de l'article L121-6 alinéa 3.

Conséquence juridique logique, et néanmoins appréhendée par l'article 121-7, le conjoint collaborateur est réputé avoir accomplis ses actes pour le compte du commerçant de sorte que le conjoint collaborateur ne répond pas personnellement de ses actes de gestion et d'administration pour les besoins de l'entreprise **à l'égard des Tiers**. On ne traite que des rapports entre le conjoint collaborateurs et les créanciers. Dans les rapports du couple, le conjoint collaborateur peut être tenu comme responsable.

Les droits et obligation se traduisent surtout en matière de pouvoir de représentation de l'entreprise commerciale. Celui n'étant pas commerçant participe néanmoins à l'activité de l'entreprise.

L'inscription du conjoint collaborateur au registre du commerce n'emporte pas présomption de commerciabilité.

#### Le conjoint salarié :

Le conjoint est partie à un contrat de travail. L'employeur étant en général la société ou le conjoint lui-même, si l'exploitation de la société est sous forme sociale (*L784-1*). Ce texte est abrogé mais l'abrogation entre en vigueur en mars 2008. Il rendait les dispositions du code de travail applicable au conjoint salarié.

Une condition de fond pour reconnaître la qualité de salarié. Le salarié doit participer effectivement à l'exploitation commerciale, il doit s'agir de sa profession habituelle et sa rémunération doit correspondre au minima social en vigueur.

Existence du contrat de travail soustrait par elle-même au conjoint la qualité de commerçant : Lien de subordination entre l'employeur et le salarié. Le lien exclu par hypothèse le critère du commerçant car il est indépendant par définition.

La difficulté portera donc sur l'existence même du Code de travail et notamment on pourra douter du lien de subordination.

Conséquence pour le conjoint salarié, c'est le bénéfice de la protection sociale accordée à tous les salariés, législation sociale en général. La relation professionnelle est régie par le code de Travail.

Le lien de subordination est difficile à définir à cause du fait que nous soyons devant des conjoints. La Jurisprudence a assoupli la définition, et estime que le lien de subordination n'est pas nécessaire pour obtenir la protection sociale. Donc on s'attache au critère formel : Le salariat.

#### Le conjoint associé

L'exploitation commerciale sous la forme d'une société entre époux est relativement récente et date du milieu des années 80's. Les époux qui exploitent sous la forme sociale auront un statut d'associés. Toutefois les statuts de la société doivent prévoir la participation aux parts sociales de manière égalitaire.

Chacun des époux doivent avoir de manière similaire la participation aux gains et la même contribution aux pertes.

Très souvent, les petites exploitations commerciales sont des SARL et il a longtemps été impossible d'apporter son apport en industrie aux SARL (*jusqu'en 2001*). Les associés peuvent apporter au fond une compétence particulière : Un apport en industrie mais on peut aussi faire un apport en nature.

De la même manière que pour le conjoint salarié, les options faites au conjoint et les options du statut de salarié, ont pour conséquences que les rapports sont régis par les règles de droit des sociétés.

L121-4-2<sup>ème</sup> : On limite l'exercice de l'option. L'option en faveur du statut du conjoint associé est réduite par le code de Commerce selon deux considérations :

- La qualité du commerçant lui-même, le conjoint qui exploite le fond de commerce
- Le statut de conjoint associé est réservé à certains types de société. On voulait éviter le problème des SARL

Le véritable statut réglementé par le droit commercial c'est le statut de conjoint collaborateur. Ici encore, c'est l'option la plus naturelle à l'exercice conjoint de l'activité commerciale.

Néanmoins, on peut imaginer que le conjoint peut ne pas avoir opté pour un statut. Quelle est sa situation ?

C'est la Jurisprudence qui a décidé qu'il existait une qualité de co-exploitant. Ce n'est pas vraiment un statut mais une qualification par défaut (*en fait c'est le nom du conjoint dont la situation n'est réglée par aucune réglementation spécifique*). C'est à ce moment que va se poser la question de qualité de commerçant et de son attribution.

Le principe étant que la qualité de commerçant est exclue sauf si le conjoint à une activité séparée.

Une décision de justice : En dépit de l'article L121-3, accorde le statut de commerçant à des conjoints qui exerçaient aux côtés de leurs époux. On ne sait pas expliquer cette Jurisprudence.

Certaines dispositions concernent le conjoint du commerçant quelle que soit l'option ou la non-option, mesures de protection du conjoint du commerçant, en particulier s'agissant des biens qui sont affectés à l'exercice de l'activité commerciale. C'est l'article L121-5 : Cette règle ressemble trait pour trait à la protection du logement familial.

Le consentement exprès c'est-à-dire formel du conjoint est nécessaire pour aliéner ou grever de droits réels d'exploitation le fond de commerce qu'ils exploitent. Il faut que les biens en question dépendent de la communauté. Le mot communauté renvoi au régime matrimonial.

Sont également visés une catégorie de droits personnels qui viendraient aliéner l'exploitation commerciale : Le bail (*acte de disposition*).

Au droit réel s'oppose le droit personnel. Quand on donne à bail (*contrat permettant de jouir de la chose, c'est sur la personne, pas sur le bien que ça porte*), on crée des droits de type personnels. Le droit personnel vient néanmoins peser sur la chose.

La sanction est prévue à l'alinéa 2 c'est une action spéciale, en nullité relative (*elle ne peut être invoquée que par une catégorie de personnes, protégées par la règle dont la nullité est opposée, la nullité absolue peut être invoquée par tout le monde*).

L'action en nullité est valable 2 ans à compter du jour où le conjoint a eu connaissance de l'acte. En

cas de dissolution de la communauté, on règle les conséquences patrimoniales donc le délai peut courir à partir de la dissolution de la communauté.

On a borné ce délai pour protéger les créanciers en limitant la possibilité d'invoquer la nullité.

Ce texte protège le conjoint qui travaille en entreprise.

## *Section II : L'impossibilité d'exercer le commerce*

Cette impossibilité contrevient a priori à un principe du droit français (*qui vient du droit intermédiaire qu'on a conservé*) : La liberté du commerce et de l'industrie, c'est une liberté publique.

Toutefois on conçoit facilement que l'exercice de l'activité commerciale puisse être borné par la Loi.

L'activité commerciale qui vise à exercer des bénéfices a un corolaire qui est le risque patrimonial. Ce risque fait qu'il faut protéger cette catégorie de personnes.

C'est pourquoi il y a des incapacités en droit commercial à cause de la prise de risque particulière. Le commerce repose également sur le crédit qui repose quand à lui sur la confiance.

Le commerçant doit donc susciter la confiance, dans une certaine mesure, le droit doit se doter d'instruments susceptibles d'assurer la confiance. A l'inverse, certaines personnes ne sont plus dignes de confiance. Elles sont donc inaptes à l'exercice du commerce. Le commerce leur est donc interdit ou fortement limité.

### **§1 Les incapacités**

**L'incapacité consiste soit dans l'inaptitude à acquérir des droits soit dans l'impossibilité de les faire valoir soit même.**

Deux catégories de personnes sont concernées : Le mineur par principe et le majeur par exception

#### *A) L'incapacité totale du mineur*

**Le mineur ne saurait acquérir la qualité de commerçant même s'il est émancipé.** Le problème est celui de la transmission de l'entreprise commerciale par le biais successoral.

Un mineur devient propriétaire ou d'un fond de commerce ou par transmission successorale des parts de la société qui exploite le fond de commerce.

C'est problématique car l'exercice commercial lui est fermé donc il ne pourra pas exploiter le fond de commerce de manière indépendante.

L'exploitation du fond de commerce devient impossible, donc le fond va cesser et le mineur perd ses revenus.

La solution réside essentiellement dans le système de la représentation qui n'est pas sans difficulté à admettre pour les mineurs. On agit au nom et pour le compte d'autrui. Donc celui qui est engagé est le représenté et non le représentant. Or le patrimoine du mineur est protégé, donc la représentation peut être conçue comme inadéquate. Jusqu'en 1974, le mineur était un incapable et ne pouvait pas être représenté dans l'activité commerciale.

On a imaginé différentes techniques qui visent à assurer au mineur les fruits de son fond de commerce : La technique de la location du fond de commerce, ou encore la possibilité de former une société avec un commerçant.

L'associé d'une société n'est pas forcément commerçant, c'est la société qui l'est. Le représentant

légale peut représenter le mineur dans une société qui exploite le fond de commerce. L'associé étant celui qui va gérer, exploiter le fond de commerce.

#### La sanction :

C'est la nullité de l'acte passé au mépris des règles de capacité, si un mineur passe un acte de commerce, cet acte peut faire l'objet d'une action en nullité, souvent par le représentant du mineur. C'est une nullité relative car elle ne peut pas être invoquée par le cocontractant du mineur. C'est une nullité relative mais son régime est tout de même assez stricte, la nullité étant convenue du seul fait de la minorité, il n'importe pas que l'acte soit lésionnaire.

On applique les prescriptions de droit civil qui est quinquennale (5 ans). On apprécie la minorité au jour de la formation de l'acte. Etant une nullité relative, elle est susceptible de confirmation, le mineur disposant du droit de critique.

### **B) Les incapacités des majeurs**

La règle diffère car la protection est variable. Deux degrés de protection existent, la tutelle et la curatelle.

La tutelle (*mesure de protection la plus forte*) est une technique qui répond soit à la déformation des facultés mentales, soit à une faiblesse de type patrimonial. Dans les deux cas, on considère que le majeur doit être représenté juridiquement. **Le majeur sous tutelle ne peut jamais acquérir la qualité de commerçant.**

Autant il y a un problème particulier vis-à-vis des Tiers, car l'incapacité des mineurs peut être jugée par le cocontractant, autant il ne peut pas forcément être en mesure de savoir si son cocontractant majeur est sous tutelle. Il s'expose donc à un risque de voir son acte de commerce annulé.

Une règle de publicité a été mise en place, l'ouverture de tutelle doit donner lieu à une publication. Le jugement de l'ouverture de la tutelle est publié au Registre du Commerce et des Sociétés (RCS). C'est une condition d'opposabilité de la tutelle et donc pour que l'on puisse s'en faire valoir.

La curatelle est une mesure d'assistance, une technique de protection moindre, car les troubles sont moindres.

Un majeur sous curatelle peut être commerçant. Il ne fait pas cesser la qualité de commerçant, à condition que la personne concernée fasse l'objet d'une assistance constante. Il arrive que le curateur soit le conjoint.

Quelle est la sanction en cas de défaut d'assistance ?

**C'est là encore une nullité de protection qui va jouer.** Là encore les mêmes difficultés que pour la mise sous tutelle sont présentes voire encore plus. Le jugement de mise sous curatelle doit faire l'objet d'une publicité dans le Registre du Commerce et des Sociétés (RCS) sous peine d'irrecevabilité des actes commerciaux passés par l'incapable sous curatelle sans assistance.

Il existe également la **sauvegarde de justice** qui est une technique de sauvegarde temporaire. Dans l'hypothèse d'une maladie curable, d'un problème mental ou physique qui empêche temporairement le commerçant d'exercer l'activité commerciale.

Là encore une action en nullité est possible, mais cette fois pour les actes lésionnaires (*déséquilibre*

*contractuel, prix de vente trop bas par exemple).*

Il y a aussi une action spéciale lors d'un acte lésionnaire, c'est la rescision qui aboutit soit à la nullité soit à une réduction (*rééquilibrage du contrat*).

Les interdictions partent du constat qu'il faut protéger de l'activité de certaines personnes toutes les autres. Les raisons pour lesquels on exclue certaines personnes sont diverses. Il y a des incompatibilités, des déchéances et des interdictions.

### **Les incompatibilités**

Situation dans laquelle l'activité professionnelle d'un individu ne peut être en adéquation avec l'activité commerciale. Si l'on met au centre de l'activité commerciale la recherche du gain, il y a certaines professions, incompatibles avec l'idée même de spéculation, c'est le cas pour les fonctionnaires, les officiers ministériels (*notaires, huissiers*), c'est également pour toutes les professions libérales regroupées en ordres (*médecins, avocats...*).

Il y a un risque de conflit d'intérêt. La recherche d'un gain, et de l'autre coté éviter les excès de la recherche du gain.

D'un autre coté il faut signaler ici que c'est une vision discutable. Si on conçoit assez bien qu'il existe des activités antinomiques, mais on ne peut pas ignorer que ces professions ont accès à un marché dans le cadre de leur activité professionnelle. Le marché est un phénomène concurrentiel dont l'idée est le profit. Une règle de conciliation est nécessaire. S'agissant des professions libérales on a créé une possibilité d'exercer une profession libérale sous la forme d'une société libérale à responsabilité limitée (*SLRL*).

L'idée est celle de la conciliation, il faut des intermédiaires. Sinon c'est de l'hypocrisie (*dire que le gars qu'est avocat qui gagne 500€ de l'heure n'est pas comme un chef d'entreprise*).

Or il existe des sanctions pour ceux qui exercent l'activité commerciale alors qu'ils font partie d'un ordre. Il y a des sanctions disciplinaires. Il existe aussi une sanction légale : La personne peut se voir appliquer la qualité de commerçant à son désavantage. Ça désavantage la personne et ça protège les Tiers. Le régime est plus strict en droit commercial, donc c'est perçu comme une sanction.

### **La déchéance**

C'est quand une personne avait acquis la qualité de commerçant et se voit contrainte d'abandonner cette qualité. En cas de fraude fiscale, le commerçant est déchu par exemple, ou quand on a étendu une procédure collective au patrimoine personnel du commerçant (*l'état de cessation de paiement résulte d'une faute de gestion du commerçant*).

La conséquence est que l'exercice du commerce est interdit au déchu et cela même par représentation. En général les déchéances sont souvent accompagnées de sanctions pénales.

### **Les interdictions**

C'est l'état d'une personne qui l'empêche par principe d'accéder à la qualité de commerçant.

Différentes raisons justifient ces interdictions, le plus souvent il s'agit de protection de l'ordre public dans des matières particulièrement sensibles (*genre cabinet médical*). L'interdiction prend aussi une autre coloration et est aussi sous couvert de l'ordre publique

Cela permet à l'Etat de contrôler l'activité de l'exercice commercial sur son territoire. Par le biais des

interdictions des activités commerciales, il est question d'un certain protectionnisme étatique. C'est le problème du commerce par les étrangers. Nous sommes en plein dans le paradoxe du droit commercial. Historiquement, l'activité commerciale est l'activité la plus a-nationale. Le critère de nationalité accolée à l'activité n'a historiquement aucun sens. A l'origine, on trouve précisément les échanges des marchands qui appartiennent à différentes citées, en tout cas en droit romain, l'existence d'un droit des marchands, *jus gentium* était partie de l'idée que les marchands ne pouvaient accéder aux droits civils, puisqu'ils n'avaient pas la qualité de citoyen. A l'inverse, nationalisme et interventionnisme étatique obligent, les interdictions du commerçant en sont corollaires. On trouve d'ailleurs aux articles L122-1, l'origine du commerce exercé par les étrangers. L'étranger voulant exercer la profession commerciale en France doit demander l'autorisation au préfet. Le non respect entraîne des sanctions pénales, 6 mois d'emprisonnement et 300€ d'amende. Il y a une exception du fait de l'existence de la communauté européenne. Ca marche aussi pour l'accord sur l'espace européen. **(Abrogé en 2006)**

L'autorisation préalable est désormais une déclaration.

Les commerçants étrangers, pour eux l'évolution de la réglementation est à mettre au parallèle avec l'activité économique, plus la part de l'intervention de l'Etat sur l'activité économique s'accroît, plus les restrictions à l'acquisition de la qualité de commerçant par un étranger en France sont importantes.

Aujourd'hui on assiste plutôt à un désengagement juridique de l'Etat s'agissant du contrôle de l'activité commerciale par les étrangers.

On passe d'une autorisation (*pouvoir discrétionnaire du prince d'autoriser ou non l'exercice de l'activité commerciale*).

Aujourd'hui avec la réforme du 24 juillet 2006, l'état conserve un contrôle s'agissant de la réglementation en matière commerciale. On peut penser que la tendance très réglementaire en droit commercial est en train de s'inverser pour passer à la régulation.

Ce nouvel article L122-1 : On passe d'un système d'autorisation de l'Etat, donc un refus motivé ou non, et encore la motivation est propre à l'Etat, à un système de déclaration.

Ce changement de nature du contrôle est révélateur de la tendance que prennent aujourd'hui les droits. On passe d'un contrôle pris dans un sens actif (*avec une intervention, choix orientés*), à un regard porté sur l'activité commerciale mais il n'y a plus de parti pris (*c'est une veille*), c'est l'idée du « *monitoring* ». On porte un contrôle mais il n'est pas effectif, c'est une régulation et non une intervention. La Loi se dote d'instruments pour organiser l'activité commerciale des étrangers en France.

On voit que la matière est assez difficile à aborder comme un tout. La législation commerciale est même mélange un peu toutes ces questions.

Article L128-1 du code de commerce est une liste qui comprend les incapacités. Le principe est clair : Impossibilité d'exercice direct ou indirecte pour son propre compte ou pour celui d'autrui, de diriger, administrer, gérer ou contrôler, à un titre quelconque, une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale.

La condition est qu'il faut avoir fait l'objet d'une condamnation pénale définitive depuis moins de 10 ans pour des raisons comme la banqueroute, la fraude fiscale...

Il y a également un renvoi au code de la consommation. On trouvera aussi à l'article L128-3 les réciprocités.

Il n'est pas nécessaire que les condamnations dans l'article L121-1 aient été prononcées par une juridiction française.

Il y a également un principe de réciprocité, on interdit l'exercice du commerce à une personne étrangère qui aurait été interdit d'exercice du commerce dans son pays.

A cela il y a une condition : Il faut que la décision de justice étrangère qui prononce cette interdiction soit intégrée à l'ordre normatif français, c'est-à-dire qu'il faut que cette décision de justice étrangère ai force exécutoire et pour ce il faut un exequatur (*acte juridictionnel par lequel une juridiction française reconnaît le caractère juridique d'une décision juridique qui n'a pas été prise par la juridiction française.*).

## **Titre II : Le commerçant, personne morale**

Les sociétés se caractérisent par le fait qu'elles sont des personnes morales. Même si nous parlons d'une personne morale, on retrouve les critères classiques de l'acquisition de la qualité de commerçant même si on ne se posera pratiquement jamais la question car les sociétés sont commerciales par la forme.

### **Chapitre préliminaire : Remarques générales sur les groupements dont les sociétés ne sont qu'une fraction.**

En effet les personnes morales peuvent se définir comme des groupements de personnes ou de biens. Ces groupements sont dotés sous certaines conditions de la personnalité morale. On distingue trois catégories de groupements susceptibles d'avoir la personnalité morale qui se traduit concrètement par le fait qu'en tant que personnes, les personnes morales auront leurs patrimoines propres.

Les catégories :

- Fondations
- Associations
- Sociétés

#### **Les fondations**

Se caractérisent par le fait que c'est des groupements de biens affectés à certaines activités d'intérêt général qui peuvent intervenir sur le terrain économique et qui sont parfois dotés de la personnalité morale. On affecte une masse de biens à une activité déterminée.

Il faut ici évoquer la question de la fiducie. Désormais le droit français connaît la fiducie qui veut être un « trust » à la française.

La fiducie est un contrat par lequel une personne qu'on appelle le constituant transfère à une personne qu'on appelle le fiduciaire des droits, des biens ou des sûretés, le fiduciaire tenant les biens transférés séparés de son propre patrimoine (*article 2011 du Code Civil*).

La fiducie sert à constituer une garantie (*le fiduciaire est notre créancier et on lui met des biens dans son patrimoine en garantie*), ça peut aussi être une technique de gestion ou de transmission

d'entreprise.

Les conditions sont strictes, une personne ne peut pas faire l'objet d'une fiducie.

### **Les associations**

Groupement de personnes qui peut intervenir sur le terrain économique, étant entendu que son activité n'est pas commerciale (*pas de recherche de bénéfices*). But autre que lucratif

### **Les sociétés**

Elles forment le cœur de la commercialité des personnes morales. La société repose sur un contrat visé par l'article 1832 du Code Civil.

La société est un contrat par lequel des personnes physiques ou morales conviennent d'affecter à une activité commune des biens ou leur force de travail en vue de partager le bénéfice de cette activité ou de profiter de l'économie qui peut en résulter.

Les parties au contrat de société s'appellent les associés et s'engagent aussi par contrat à contribuer aux pertes de l'activité de la société. Double engagement de la part des associés : Vocation aux bénéfices ou à l'économie que doit procurer la société mais aussi la contribution aux pertes.

Le pacte étant conclu, il donne naissance à une personne morale, lorsque la société est immatriculée. Dès l'instant où une personne existe elle a un patrimoine. Donc dès immatriculation, la société a un patrimoine distinct de celui des associés.

On peut donc considérer que c'est une technique d'affectation de biens à une activité donnée.

Le principe est que les créanciers ne peuvent se payer qu'avec le patrimoine de la société.

3 éléments sont nécessaires à la formation du contrat de société :

- Apport
- Engagement de participer aux gains et de contribuer aux pertes
- Affection societatis

### L'apport

Acte par lequel un futur associé s'engage à transférer des biens et des droits à la société une fois qu'elle sera créée (*souvent c'est du fric*). L'apport ne constitue pas uniquement en un bien ou un droit réel. On peut aussi apporter son savoir faire. Donc l'associé s'engage à faire pour la société. Donc soit engagement de donner soit engagement de faire.

Or on estime qu'il existe trois types d'apports :

- Nature : On apporte un bien
- Numéraire : On apporte de l'argent
- Apport en industrie : C'est un engagement de faire.

La réunion de tous les apports forment le capital social venant remplir le patrimoine de la société. Ce patrimoine est le gage commun des créanciers sociaux.

### L'engagement de participer aux gains et de contribuer aux pertes

Il est fonction des apports. Je contribue aux pertes (*répartition finale de la dette*) et je participe aux gains à proportion de mon apport dans la société.

### Affection societatis

C'est l'intention de se comporter en associé. Volonté propre aux sociétés. S'agissant de la constitution d'un contrat de société, les droits et obligations qui naissent sont déterminés entre les apports (*on ne fait pas une division par le nombre d'associés*).

En contre partie de l'engagement du contrat de société, chacun des associés dispose d'une créance sur la société que l'on appelle les parts sociales calculée en fonction de son apport.

Il convient de distinguer la société et l'association, puis la société et l'indivision.

### **Société et association**

L'association d'un point de vue extérieur s'apparente à une société, en effet c'est un regroupement de personnes et qui plus est c'est un contrat entre plusieurs personnes qui mettent en commun leurs connaissances et leurs activités dans un but commun. De manière semblable, il y a un engagement dans un but commun, dans la durée et un certain intérêt commun dans un but donné

Les gens **dans une association sont sociétaires et dans une société sont associés**. C'est une étrangeté de la langue.

Le but de l'association est forcément non lucratif. Cela dit une association peut faire des bénéfices (*sinon comment elle assurerait son financement ?*). On s'intéresse au sort des bénéfices et de l'affectation des bénéfices (*si on les partage entre les sociétés ce n'est plus une association mais une société*). C'est l'idée du partage qui est prise en compte.

### **Société et indivision**

L'indivision a un caractère temporaire. Les indivisaires n'ont pas réellement un but commun, la preuve, ils ne peuvent être tenus de demeurer dans l'indivision.

L'indivision sauf quand elle est conventionnelle ne repose pas sur un contrat, alors que la société repose toujours sur un contrat.

Une distinction très importante tient à l'absence de personnalité morale dans l'indivision alors que les sociétés en ont une (*du moins, la plupart, certaines n'en ont pas et ressemblent fort à l'indivision*).

L'indivision est une sorte de technique sociétaire. On peut s'en servir pour les héritages par exemple. On peut aussi la subir, dans l'hypothèse d'une création d'une SCI familiale qui est annulée, l'indivision prendra sa place.

L'indivision est inadéquate à la société mais il existe certains rapprochements.

## Chapitre I : Le principe de détermination des sociétés commerciales.

### Un problème : La réglementation éclatée du droit des sociétés

Le partage entre les sociétés civiles et commerciales en est la cause.

La principale difficulté vient du fait que la catégorie des sociétés civiles est une catégorie résiduelle. Seront civiles les sociétés qui ne sont pas commerciales, c'est une catégorie par défaut. On comprend pourquoi : le but d'une société étant de faire un gain, l'activité spéculative épouse le commerce.

Le problème qui vient projeter la confusion, c'est le droit commun de toutes les sociétés qui figurent au Code Civil, articles 1832 et suivants, solde minimum commun des sociétés. Cela tient à une raison historique car la société telle qu'on la conçoit aujourd'hui repose sur le contrat du droit romain qui est inclus naturellement dans le contrat de sociétés. C'est une catégorie sur lesquelles reposent les sociétés, c'est une catégorie civile.

Le fond commun de la société est réglementé par le Code Civil, et est un régime spécial des sociétés civiles. La société cette fois-ci en tant qu'opération, ce but étant commercial, c'est donc dans le Code du commerce que repose les règles des sociétés commerciales, la catégorie de principe.

Nous avons d'un côté le support juridique de la société qui est une catégorie civile, d'un autre côté, nous avons une entité économique qui est du ressort du droit commercial.

**Les sociétés sont commerciales par la forme.** C'est le critère principal. Elles le sont parfois et c'est le critère subsidiaire par leur objet.

En présence de tel ou tel type de société, on saura si elle est civile ou commerciale. L210-1 du Code de commerce.

### Sont commerciales par la forme quel que soit leur objet :

- Société en nom collectif
- Société en Commandite simple
- SARL
- Société par action

L'activité sociale sera régie par l'ensemble du droit commercial, même si l'activité est civile.

Pour le reste, il y a des sociétés commerciales qui le sont par leur objet. C'est rare. Il faudra examiner l'objet social tel qu'il est défini dans le contrat de société et l'activité effective proprement dite.

*Exemple :*

*Les sociétés en participation, non commerciales par la forme dont le statut est régi par le Code Civil.*

*Elles n'ont pas non plus la personnalité morale. Ce sont des sociétés purement contractuelles. Elles peuvent être créées pour faire des pools bancaires, la Cour de cassation a également admis que l'achat en commun d'un billet de loterie relève d'une société en participation.*

Une distinction importante est également celle des sociétés commerciales de personnes et de capitaux.

Ces deux catégories répondent à une question :

Quel élément détermine la société ?

La personnalité des associés (*personnes*), ou les capitaux investis (*capitaux*)

Différence de répercussions au niveau du régime juridique, élément structurant différents. Pour une part sociale, si ce qui importe dans la société, c'est l'investissement qui domine, on aura tendance à avoir une attitude libérale s'agissant de la cession (*céder*) des parts sociales comme les sociétés cotées en bourse.

En revanche pour les sociétés de personnes, puisque la considération de la personne est au cœur, on traitera de manière plus rigoureuse la cession des parts sociales.

## Chapitre II : Les sociétés de personnes

La société dans laquelle la part des personnes est prépondérante :

- Les sociétés en nom collectif (*SNC*)
- Les sociétés en commandite simple (*SCS*)
- Les sociétés en participation
- Les SARL

### Les Sociétés en nom collectif (*SNC*)

Repose sur les articles L221-1 et suivants.

Les associés en nom collectifs ont tous la qualité de commerçants et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales.

Donc tous les associés doivent pouvoir être commerçants (*pas d'interdiction, incompatibilité ou autre*). Ici, ce qui est remarquable, c'est que la société ne fait pas écran, les associés sont tenus des dettes sociales.

Ils sont tenus de (*indéfiniment*) toutes les dettes que contractera la société. Ils sont tenus solidairement, donc tenus de la totalité de la dette vis-à-vis des créanciers (*voir schéma ci-dessus*).

C'est une société dangereuse. On ne peut pas s'abriter derrière le patrimoine social. Il y a une exigence d'une mise en demeure préalable, acte formaliste, qui n'est pas une simple lettre, sans cet alinéa 2 les créanciers pourraient s'adresser directement aux associés.

Dans une société dans laquelle chacun est commerçant et où chacun répond de l'intégralité de la dette, on repose sur la confiance mutuelle des associés. Les parts sociales de la SNC dépendent de la confiance entre les associés. Les parts sociales de la SNC dépendent de la confiance entre les associés. Les parts sociales ne peuvent donc être cédées qu'avec l'accord unanime des associés (*régime des sociétés commerciales de personnes*).

Chacun des associés doit être inscrit au registre du commerce au titre personnel donc il doit pouvoir être commerçant.

Les SNC étant basées sur la confiance, elles ont plus de chance d'avoir des crédits, car le créancier leur fera plus confiance car il sait que les patrimoines susceptibles de le désintéresser sont multiples.

### La société en commandite simple (*SCS*)

Témoigne d'une convergence d'intérêts. Elle réunit deux types d'associés (*L222-1*) :

- **Commandités** (*outré les capitaux, ils offrent leur patrimoine comme gage commun aux créanciers*). Ils sont tenus solidairement de la dette de la société. Ils ont le même statut que des associés en nom collectif.

- **Commanditaires** (*ceux qui apportent juste leurs capitaux*). Ils ne sont tenus des dettes sociales qu'en fonction de leur apport. Ils n'engagent pas leur patrimoine personnel. L'apport en industrie est exclu (*en gros c'est des riches qui font que mettre leur argent dedans*).

En premier abord, le rattachement de la SCS aux sociétés de personnes peut paraître discutable car l'idée du financement d'activité (*commanditaires*) est importante ce qui la rend proche de la société de capitaux. Néanmoins, l'élément fédérateur est la convergence d'intérêt, la confiance mutuelle sur lesquels repose la société.

Cette confiance explique que les parts sociales de la SCS ne soient pas librement cessibles. Elles sont cessibles à l'unanimité. C'est une règle supplétive : L'article L222-8, le choix des associés au contrat est limité car il y a des règles à respecter. On distingue la cession des parts des commanditaires et des commandités.

### **La société en participation**

Elle n'a pas la personnalité morale. Elle est purement contractuelle. Elle figure au Code Civil. C'est une société créée de fait, elle repose sur le mécanisme classique des sociétés. Société créée de fait révélée après coup, c'est une société qui s'ignore (*les associés n'ont pas eu conscience de créer une société*).

On continue à les différencier même si le régime juridique est le même. La société en participation repose sur la confiance mutuelle entre les associés qui est souvent créée pour être occulte (*ne pas se montrer à la concurrence, ça peut être une alliance entre sociétés*). Elle n'est pas immatriculée, n'est pas publiée, et n'a pas de patrimoine. Les associés sont donc tenus indéfiniment et solidairement sur leur patrimoine des dettes de la société.

### **SARL**

Il n'est pas évident de la mettre dans la catégorie des sociétés de personnes. L223-1. La responsabilité est limitée.

Le patrimoine de la société est engagée (*constitué des apports des associés*). Les associés n'engagent donc pas leur patrimoine au-delà de leurs apports dans la société (*ne peuvent pas perdre plus que leur apport*).

L'associé de la SARL peut être unique (*un seul associé*). La création du patrimoine ressemble fort à la création d'un patrimoine d'affection (*feinte pour ne pas pouvoir être saisi*) qui est interdit en droit français.

En créant une SARL on met à l'abri son patrimoine personnel.

L'associé de SARL n'a pas la qualité de commerçant.

De tous les points de vue, il est difficile de croire que c'est une société de personne. Son apport compte mais il n'est pas tenu des dettes de la société, ce n'est donc pas une société de capital. Surtout employé par les petites entreprises. Et on met ses biens à l'abri (*mais sous caution de l'associé pour garantir la dette*).

La cession des parts sociales de SARL n'est possible qu'avec la majorité de la moitié des associés. L223-14. Ça ressemble à la cession des parts sociales des sociétés personnelles.

Corolaire de cette responsabilité limitée c'est la capacité de crédit plus faible. Lorsqu'on veut obtenir du crédit, on fournit d'autres garanties au créancier (*comme s'engager à titre personnel à rembourser le crédit si la société ne peut le faire, un cautionnement qui peut être hypothécaire* 😊)

La liberté des associés trouve une limite dans les crédits.

### Chapitre III : Les sociétés commerciales de capitaux.

Deux formes principales :

- Sociétés anonyme (SA). Leurs parts sociales s'appellent les « actions ».
- Société en commandite par action

Ce sont des unions de capitaux, plus de personnes.

Les actions sont librement cessibles. Tout ce qui importe c'est les capitaux, la surface financière de la société.

Celui qui a les moyens d'acheter des actions acquiert plus de pouvoirs dans la société d'où le phénomène de pouvoir susceptible de changer.

L'idée de souplesse prédomine ici, on veut faire évoluer la société, mais il y aura une tendance à ce que la majorité des actions aillent dans les mains de quelques actionnaires, donc les pouvoirs avec. La responsabilité des actionnaires est liée à leurs apports.

L'écran de la personnalité morale joue. Les actionnaires ne sont pas commerçants.

## Partie II : Les biens

La notion de biens, ici n'a pas grand-chose à voir avec la définition du droit civil.

**On entend les biens comme les moyens nécessaires à l'exploitation commerciale.**

Certaines catégories de biens sont réservées à l'exploitation commerciale. Le fond de commerce par exemple.

D'autres catégories de biens se présentent de manière différente, exemple, le bail commercial, qui techniquement n'est pas un bien. Cependant, c'est un bien au sens commercial.

Enfin, on trouvera parmi ces biens certains droits *a priori* plus accessoires mais qui sont aussi nécessaires à l'exploitation commerciale et qui entretiennent une notion plus civiliste car c'est une propriété débarrassée de la matière, propriété industrielle ou intellectuelle.

Il ne s'agit pas des biens que l'on connaît en droit civil.

### Titre I : Le fond de commerce.

Cette notion est passée dans le langage courant. L'idée du fond de commerce nous renvoie à un certain nombre de situations concrètes (*boutique, bureau de banque, usines...*).

L'idée du fond de commerce tend intuitivement à un lieu. C'est erroné. Le fond de commerce est exploité dans un lieu mais ce n'est qu'un élément parmi d'autres, de sorte qu'il faut théoriquement rompre avec cette idée que le fonds de commerce renvoie à un lieu.

Au début du XX, la Loi du 17 mars 1909 a proposé une approche du fonds de commerce dont on peut tirer une définition, ce n'est pas le fonds de commerce lui-même que la Loi aborde mais des actions relatives à ce fonds de commerce. C'est encore l'approche proposée par le Code de commerce

Le titre 4, livre 1<sup>er</sup> du code de commerce : le fonds de commerce est abordé au regard des opérations dont il est l'objet.

L'approche légaliste du fond de commerce se situe comme un objet qui n'est pas défini. Peut être que finalement l'approche légaliste est la plus raisonnable, pragmatique, peut être parce que le fond de commerce n'est pas définissable ou peut être qu'il n'est pas nécessaire à la définition des opérations relatives au fond de commerce.

### **Recherche d'une définition :**

Il faut une approche qui sollicite le code. Approche de l'intérieure (*presque introspective*). C'est donc une approche analytique.

Article L143-3 : Texte spécialisé, indications qui concernent le fond de commerce.

Le fond de commerce peut se concevoir comme un ensemble de biens mobiliers corporels et incorporels réunis par un commerçant en vue d'acquies et de conserver une clientèle.

C'est une masse de biens affectés à un but particulier. Mais on trouve peut être ici, en creux, la possibilité d'aborder autrement la fondation du fonds de commerce.

Il existe aussi une approche synthétique, non pas en considérant le contenu mais son contenant.

Peut être que l'idée de patrimoine fournit un modèle, ne se confond pas avec son contenu.

La grande différence c'est que le fond de commerce ne peut pas être défini comme une universalité de droits car il n'est pas un patrimoine. Et pourtant, l'idée persiste, on a bien un ensemble de biens.

Il y a donc un ensemble qui n'est pas une universalité de droits car il n'a pas de patrimoine et ne se confond pas avec la personne physique du commerçant. Cette idée persiste, on a bien un ensemble de points. Il y a donc un ensemble car il n'y a pas de personne. Cependant cette idée d'universalité juridique a été présente même dans la Jurisprudence du XIXe siècle et pourtant, l'utilisation de cette personnalité juridique est regrettable car équivoque car elle laisse supposer que les éléments qui composent le fonds de commerce n'ont pas de valeur en soi, et les biens qui le composent n'ont pas de nature particulière, chacun des éléments du fonds de commerce conserve sa nature. Il n'y a pas (*THALLER*) d'économies propres au fonds de commerce. Peut être que ce qui réunit les biens qui forment le fonds de commerce est peut être d'avantage la volonté d'une personne plutôt que le but économique de cette masse de biens qui réunit le fonds de commerce.

La notion de fond de commerce est utile lorsqu'on veut faire des opérations juridiques avec. Leur support est le contrat. En effet l'unité de l'acte de commerce ne prend forme que lors des opérations juridiques. Si la volonté est capable de dissocier, cela veut dire qu'il y a des éléments qui peuvent être exclus du fonds de commerce, donc qui ne sont pas nécessaires) sa qualification de fond de commerce.

Tous les éléments du fonds de commerce ne se valent pas et ne sont pas toujours présents dans le fonds de commerce. De sorte que l'on s'est longtemps posé la question de s'il ne se confondait pas avec la notion de clientèle.

Puisque cela ne se réduit pas à la notion de clientèle, alors on ne peut la considérer comme une

universalité de droits juridiques car ses éléments ne sont pas homogènes, il y a alors des éléments variables dans le fond de commerce.

Si cette universalité de droit existait, elle se détacherait du commerçant, comme le patrimoine d'affectation, or ce n'est pas le cas. Le fond de commerce n'est pas une personne juridique.

Si ce n'est pas une universalité de droit, c'est une universalité de faits. On conserve l'idée de patrimoine sans les conséquences de droit.

C'est comme un patrimoine sauf qu'il n'y a personne à sa tête.

Le fond de commerce est **toujours** un meuble incorporel.

## Chapitre I : Les éléments du fond de commerce

L'article L141-5, élément corporel et incorporel

### §1 Le matériel et l'outillage

#### A) La notion de clientèle

L'élément associé à l'activité commerciale, est servant de cette activité. Il permet l'exploitation commerciale proprement dite (*véhicules d'une entreprise de transport, les coffres forts d'une banque...*).

Tout ce qui est nécessaire au commerce. Utilité pratique qui suppose qu'on l'inclut dans les fonds de commerce. Il est utile de pouvoir traiter les biens comme une unité, un tout lors d'un acte prenant le fond de commerce pour objet.

D'autre part, une vision plus finaliste s'agissant des biens corporels. S'ils sont inclus dedans c'est qu'ils sont nécessaires à l'activité et ont permis au développement de la clientèle.

Conception qui permet de simplifier les opérations relatives au fonds. On va pouvoir céder en bloc. Il n'y a aura pas d'actes juridiques séparés d'un fond d'une part et des éléments servant à ce fond d'autre part. Similitude ici avec le droit civil et les immeubles par destination.

D'où l'intérêt de les imaginer comme un tout (*limites*), mais il ne faut pas oublier que c'est une universalité de fait et de la dissociation de l'erreur est possible d'où l'utilité pratique, économique.

C'est un élément du fond de commerce mais ne s'y confond pas.

### §2 Les marchandises

Ce sont des biens meubles qui sont censés être destinés soit à être vendus en l'état ou soit après une transformation destinée à une clientèle.

Du fait de la définition, il est difficile à distinguer avec la notion précédente.

Ce n'est pas la nature des biens qui permet de la distinguer mais c'est la destination des biens qui est le critère de distinction.

Celle-ci qui doit apparaître dans l'intérêt du fonds de commerce à un intérêt direct, le matériel est présumé stable et les marchandises instables.

C'est la notion des stocks. Les stocks sont variables par hypothèse alors que le matériel ne l'est pas car nécessaire à l'exploitation des fonds.

Intérêt d'une distinction avec l'idée renouvelée, en deux temps, séparation matérielle et marchandise. Jusqu'à récemment constituée d'une garantie mais pas sur la marchandise elle-même du fait de leur stabilité : Nantissement.

Depuis peu, on peut non seulement constituer du crédit sur le matériel, mais aussi sur le stock. On peut faire un gage sur le stock. La vocation à circuler des marchandises n'est plus un obstacle.

Article L527-1 et suivants a propos des garanties.

C'est un système de gage sans dépossession mais il y a un droit réel constitué sur ces marchandises.

Comment ça fonctionne ?

On considère les stocks comme un contenant, et on se moque du contenu. Donc la valeur se reconstitue au fur et à mesure de l'écoulement des biens.

### §3 Les livres de commerce et la correspondance commerciale

S'agit-il d'éléments du fond de commerce et dans quelle mesure ?

Remarque :

La présence de livres de comptes et de fonds de commerce comme éléments peut sembler anecdotique mais il ne faut pas les négliger, ils sont liés à la matière commerciale. Historiquement elle est un facteur de constitution important du droit commercial.

Les livres de compte ont toujours une importance particulière dans la matière commerciale.

L'article L142-2 : La vente du fond de commerce suppose que soient visés les livres de comptabilité tenus par le vendeur « durant les 3 derniers exercices comptables précédent celui de la vente ». il faut également viser le chiffre d'affaire mensuel réalisé entre la clôture du dernier exercice et le mois précédent celui de la vente.

Ces livres font l'objet d'un inventaire signé par les partis et donc un exemplaire est remis à chacune d'entre elles.

Il s'agit d'une obligation de mettre à disposition des livres de comptes liés à la vente du fonds de commerce. D'avantage, il faut viser les documents comptables, en dresser un inventaire en double et remis à chacune des parties, procédure formaliste, bref une sorte d'état des lieux comptable. Ce qui est obligation, c'est un droit à s'informer sur la situation comptable de la société, durant les trois ans de possession du fonds, cette obligation est substantielle au point que toute clause contraire est réputée non écrite.

C'est assez logique que ce soit l'information, objet du droit, il faut bien que celui qui a acquis le fonds de commerce puisse établir la situation comptable

### §4 Les immeubles

Ils peuvent être destinés à l'exploitation commerciale et pourtant, ils sont par principe exclus non seulement du fond de commerce mais aussi du droit commercial. Par nature, il s'exclue du droit

commercial car il n'est pas amené à circuler, de plus il relève du droit civil qu'il s'agisse de cession, de publicité etc. ...

Il est exclu du fond de commerce **car ce dernier à une nature mobilière et est incorporel**. Un meuble ne peut pas contenir un immeuble.

La question va se poser s'agissant des immeubles par destination.

Il y a des immeubles par destination qui sont affectés à l'activité commerciale et sont pourtant qualifiés d'immeubles par destination, dans les armoires frigorifiques d'une boucherie par exemple.

Du seul fait qu'ils soient immeubles par destination on va les exclure du fonds de commerce. Ils pourraient se rattacher par destination au matériel et l'outillage, mais de par leur nature ils sont immeubles et c'est ça qui l'emporte.

A l'occasion de la cession de commerce, il faudra céder les immeubles par destination par acte séparé.

**Nantissement** : Donner en garantie à ses créanciers pour avoir un crédit.

Si on nantit le fond de commerce, sans disposition spéciale, les immeubles par destination n'en font pas partie. Donc le créancier ne peut pas se servir dessus☺.

Le principe demeure donc avec toutes ses conséquences.

## *Section II : Les éléments incorporels du fond de commerce*

« Il ne porte que sur les éléments du fonds énumérés dans la vente et dans l'inscription, et à défaut de désignation précise, que sur l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, le client le et l'achalandage » L141-5

Le à défaut correspond au minima.

### §1 La clientèle et l'achalandage

**Achalandage** : Ce sont des personnes de passage attirés par l'emplacement du fond de commerce et qui ne s'y fournissent que de manière occasionnelle.

La clientèle se distingue de l'achalandage avec le lien qu'il existe entre elle et le fond. Elle y est liée par les habitudes, les horaires, ou encore, par la confiance. Le lien peut aussi être plus fort, il peut être juridique : C'est le cas des clients liés par contrat d'approvisionnement et qui sont parfois eux même des commerçants.

La clientèle et l'achalandage se trouvent réunis lorsqu'on évoque le fond de commerce, et forment l'ensemble des personnes qui se fournissent chez le commerçant ou qui utilisent ses services.

La clientèle est en fait des personnes, mais c'est aussi une valeur, et c'est d'ailleurs ce qui fait la valeur commerciale. De ce point de vue, la clientèle est un élément essentiel du fond de commerce pris du point de vue de l'universalité de fait. La clientèle est la condition de la valeur économique du fond.

D'un autre coté, le fond de commerce, s'il n'est rien sans clientèle, se donne aussi pour but, l'acquisition, la conservation, le développement de sa clientèle.

La perspective change un peu, le fond de commerce n'a plus la clientèle comme élément car il se la donne pour but.

la valeur du fond serait donc la propension d'un fond à conserver et acquérir une clientèle.

Selon qu'on adopte l'un ou l'autre point de vue, vu que ce qui forme la valeur n'est pas la même chose, le contenu du fond de commerce va complètement varier.

La clientèle donne sa valeur au fond de commerce. Mais dans un cas on dit que la clientèle est un élément du fond de commerce, dans l'autre cas on dit que ce n'est pas un élément mais un but.

Si c'est un but, ce n'est pas la clientèle elle-même qui donne sa valeur au fond mais la propension de ce dernier à la développer, la conserver.

Donc selon qu'on adopte l'un ou l'autre point de vue, le contenu du fond de commerce va complètement changer :

- **Dans le premier cas**, la clientèle est un objet, donc dans l'évaluation du prix, il faut apporter des éléments pour prouver que la clientèle existe. Donc la clientèle va jouer sur le prix mais aussi dans l'obligation de délivrance (*s'il n'y a pas de clientèle quand l'acheteur acquiert le fond il pourra assigner le vendeur en lui disant qu'on lui a vendu une clientèle alors qu'il n'y en a pas*)
- **Dans le second cas**, on examinera les potentialités du fond, dans la capacité du fond « à générer du chiffre », et cela conditionnera sa valeur et pas la clientèle elle-même. On dira que tout est fait pour que ça marche (*belle enseigne, vendeuses avenantes, c'est joli, bonne comptabilité...*).  
Là l'acheteur ne pourra pas assigner le vendeur s'il n'a pas de client. Il faudra qu'il prouve que le fond n'était pas propre à conserver une clientèle ou à l'acquérir (*si on lui avait vendu en disant qu'il le pouvait*).

### Les conséquences peuvent être radicales

- **Premier point de vue** : C'est la position presque naturelle, la position la plus simple. La clientèle et l'achalandage est un élément essentiel et presque suffisant. On peut donc considérer que le fond peut exclure tous, ou du moins certains, éléments du fond, car il y a une clientèle donc le fond de commerce existe.  
A l'inverse, pas de clientèle, pas de fond de commerce, on pourra avoir des machines, un emplacement merveilleux, on n'aura pas de fond de commerce.  
Donc la présence d'une clientèle ou d'achalandage suffit à l'acquisition d'un fond de commerce, même à défaut d'autres éléments. A l'inverse, le défaut de clientèle ou d'achalandage exclu le fond de commerce.  
La Jurisprudence va dans ce sens « La clientèle est la condition essentielle à l'existence d'un fond de commerce » (*voir la Jurisprudence de l'article L141-5*).

La doctrine a été forcée de remarquer que la clientèle pouvait être un but de fond de commerce. Car en droit il est impossible de considérer la clientèle comme élément du fond de commerce : On ne peut pas vendre de gens.

La clientèle est donc une fin et non un moyen. La clientèle justifie l'affectation de biens au fond de commerce.

- **Second point de vue** : Il peut y avoir un fond de commerce sans clientèle. Celle-ci ne peut pas suffire à la fixation de la valeur d'un fond de commerce.

Pour que l'on puisse envisager qu'on puisse transmettre à autrui quelque chose qui en droit porterait sur la clientèle comme élément d'activité commerciale on pourrait imaginer qu'il y ait quelque chose à céder en rapport à la clientèle à condition qu'elle ne soit pas civile.

Si la clientèle est civile, on peut considérer qu'elle est attachée à la personne qui exerce l'activité et précisément, la clientèle ne pouvait pas faire l'objet d'une cession, alors qu'on a toujours parlé de cession de clientèle (*médecins, avocats...*) alors en droit civil, selon l'article 1118, annulation de ce type de convention.

En Jurisprudence, on a dit que la convention était sauve si on ne vendait pas la clientèle mais la présentation de cette dernière.

C'est la même chose dite autrement.

On peut parler de manière à ce que la condition de la liberté de choix des clients soit respectée.

Ce problème ne se posait pas en matière commerciale, car on pouvait céder le fond de commerce, donc on englobait les cessions de clientèle dans les fonds de commerce.

D'après THALLER, la clientèle est juste un élément servant à déterminer la valeur du fond dans le but de le vendre.

Peut être que la question des clientèles civiles venue de la distinction entre droit commercial et civil est venue polluer le raisonnement. La Jurisprudence civile a adopté un raisonnement rationnel.

Du coup, la divergence de traitement juridique (*civil vs commercial*), ce qui nous intéresse c'est de savoir qu'elle s'est atténuée.

Il n'y a plus à distinguer fondamentalement la clientèle civile et commerciale, de sorte que tout cela se met au service de notre première conception, comme élément du fonds de commerce.

Deuxième degré d'affinage (*on reste dans l'optique de la vente*).

Le caractère personnel de la clientèle, c'est-à-dire l'idée selon laquelle la clientèle est bien attachée au fond dont il est question.

Un problème se pose chaque fois qu'une activité commerciale se développe dans une enceinte plus large que le seul commerce dont il est question, ou à chaque fois que l'on se trouve dans un réseau de distribution, où le commerçant revend le produit d'une marque.

Il vient à chaque fois qu'il y a intégration géographique ou juridique de l'activité commerciale.

Y a-t-il une clientèle personnelle, attachée au fond dont la vente est envisagée.

Est-ce que le McDo a une clientèle propre au fond, les gens sont-ils attirés par le fonds ou la marque ?

Ainsi, un arrêt d'assemblée plénière de 1970 vient jeter le trouble. L'activité étant exercée dans une enceinte qui dépasse l'activité litigieuse, et il ne s'agit pas d'exploiter une clientèle propre mais celle d'autrui. Ainsi les exploitants de la buvette n'ont pas de clientèle de distincts de celle du champ de course. Il n'y a donc pas de fond de commerce.

Arrêt de la 1<sup>ère</sup> chambre civile du 27 Février 1973 : La Cour de cassation considère que le 1<sup>er</sup> gérant libre de la station service (*qui vend les produits d'un pétrolier d'une certaine marque*) ne trouve aucune clientèle à son entrée en jouissance du fond et n'a donc jamais acquis la propriété d'un fond

de commerce car aucune clientèle attachée au fond n'avait été créée. Pas de clientèle, pas de fond de commerce.

Puis l'interprétation s'est atténuée. On a considéré qu'un franchisé (*celui qui vend les produits d'un franchiseur : Le patron d'un McDo*) pouvait se lier à une clientèle lorsque celle-ci a été attirée au fond par un élément lié à la personnalité du gérant (*organisation d'un karaoké tous les vendredis soirs*).

L'interprétation a encore évolué de manière assez radicale. Au début des années 2000's, la Cour de cassation a considéré que le fond de commerce existait à partir du moment où l'exploitant assume personnellement la charge des risques de l'exploitation. Ce faisant, la Cour de cassation élabore une distinction :

Il y a une clientèle nationale attachée à la marque et une locale qui n'existe que du fait des moyens mis en œuvre par le franchisé. « Cette clientèle (*locale*) est créée par l'activité du franchisé avec les moyens qu'il a contracté à titre personnel mis en œuvre à ses risques et périls ». On met au centre de cette interprétation les risques de l'exploitation. Ces risques sont pris pour développer l'activité commerciale.

On a remis au centre du débat les éléments de la qualification du commerçant.

La question est donc de savoir si l'activité commerciale permet de générer une clientèle. C'est bien la seconde interprétation dont on s'approche ici.

Arrêt du 27 Mai 2003 : La Cour de cassation admet que peut être rapporté la preuve d'une clientèle propre. Il n'est pas nécessaire que cette clientèle propre est prépondérante (*on peut exploiter la clientèle d'autrui et avoir une clientèle propre*).

Ce n'est plus la clientèle personnelle qui est le critère mais le risque patrimonial. La constitution de clientèle est le corolaire des risques pris. (*D'un côté, un risque, de l'autre, une création de richesse : C'est la base du commerce*).

On peut avoir deux conceptions de clientèle : Soit c'est un élément essentiel, soit c'est un but du fonds de commerce. L'interprétation navigue entre ces deux pôles avec une tendance vers la deuxième conception. Mais il n'y a pas de vérité.

La clientèle est bien l'essence du fond de commerce en tant qu'universalité de fait. Mais il n'ya pas de droit créé sur la clientèle. Mais la clientèle étant un but pour le fond de commerce, on n'a pas vraiment d'incompatibilité. La question est de savoir si l'on s'attache au but (*clientèle n'est pas un élément à proprement parlé mais sa raison d'être*) ou à la volonté. Une position intermédiaire est concevable.

## **B) La protection de la clientèle**

**Une action en responsabilité : Action en concurrence déloyale.** La clientèle est traitée comme une chose en fait mais en droit ça ne peut pas être une chose. Cette non chose qu'est la clientèle peut faire l'objet d'une protection. Protection effectuée par une action générale car ce sont des atteintes à la liberté du commerce et de l'industrie qui forment le terrain de la clientèle. La clientèle est protégée par l'article 1382 du Code civil. Le principe général en droit français. Ici on attache l'action en concurrence déloyale à l'article 1382.

L'idée est qu'il y a une atteinte et un préjudice, l'idée qu'il y a une atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie. Est déloyale la concurrence qui ne respecte pas la liberté du commerce et de l'industrie, et il est possible d'invoquer l'article 1382.

Quel est le but de cette action ? C'est une action en responsabilité et elle a pour but la réparation d'un préjudice qui peut être défini comme la lésion d'un intérêt protégé. L'action a pour but d'obtenir des dommages et intérêts. Le succès de l'action est subordonné à 3 conditions :

- **Faute** : Employer des moyens illicites (*contraire aux Lois*) ou déloyaux (*contraire aux usages du commerce*), ces moyens sont mis au service d'un but, détourner la clientèle d'autrui en créant par exemple une confusion dans l'esprit des acheteurs.  
*Exemple : S'appeler Coco cola et vendre du soda...*
- **Un préjudice** : Soit le détournement est effectif, soit il n'est que potentiel mais qui représente un risque que l'on peut quantifier, on le mesurera sur le chiffre d'affaire. On montre la perte subie ou un gain manqué.
- **Une relation de causalité** : La faute doit être liée au préjudice. Il faudra donc établir devant le juge le rapport de causalité entre les fautes et le préjudice. Par exemple prouver que la baisse du chiffre d'affaire dû au détournement de clientèle.

On se souviendra que la preuve incombe au demandeur. La sanction ne se limite pas aux dommages et intérêts, il peut y avoir des interdictions de commerce et des mesures de publicité de jugement (*c'est la pire celle là*).

Voilà donc la première technique de protection de clientèle. Mais le problème c'est qu'il faut quand même avoir déjà reçu un préjudice.

De plus comme toute action en justice, elle est conditionnée par un aléa, il y a un risque de perdre, on ne sait jamais comment ça va tourner. En fait cette protection n'est efficace que lorsque l'action en justice réussit. De plus cela dépend du montant des dommages et intérêts qui eux dépendront de l'argumentation des parties.

Il y a donc des incertitudes et il faut essayer de se prémunir contre les atteintes à la clientèle, contre la concurrence.

L'action peut être exercée collectivement, par une organisation professionnelle (*article L470-7*).

Cela nous amène à la protection **conventionnelle**. On rappelle que la concurrence en elle-même est souhaitable et donc légale, de plus elle est protégée par le droit de la concurrence. Pour se prémunir de la concurrence déloyale, on peut faire une clause particulière que l'on appelle la **Clause de non concurrence** : *C'est une stipulation par laquelle l'une des parties s'engage à exercer une activité distincte de celle de l'autre personne.*

Le lieu privilégié de ce genre de stipulations c'est le contrat de travail et c'est une obligation de ne pas faire qui naît au moment où le contrat de travail est rompu. On peut également le trouver dans les baux commerciaux, on peut insérer dans le bail commercial une clause de non concurrence. Une telle clause qui limite la liberté du commerce doit être strictement limitée. Il y a un certain nombre de règles à défaut desquelles la clause peut être annulée.

Il y a 4 conditions.

- **La clause de commerce de non concurrence doit être limitée dans le temps.** Parce que l'on ne saurait s'engager à perpétuité. Un engagement à perpétuité est illicite car c'est de l'esclavage.
- **Il faut une limite dans l'espace.** On le limite à une ville par exemple
- **Le type d'activité doit être précisément défini.** Il ne doit pas être trop vague.
- **Il faut que la clause soit proportionnée à l'objet du contrat :** C'est le plus important, il y a une exigence de proportionnalité. On attribue un pouvoir au juge, c'est une sorte de condition subsidiaire.

*Exemple : Pourrait être disproportionnée la clause suivante :*

*J'exerce une activité de traiteur italien, je cherche un local plus grand donc je donne à bail celui que j'ai, et je crée une clause stipulant que toute activité en rapport avec la restauration sera interdite. C'est disproportionné. Ça serait disproportionné aussi si j'interdisais la vente de cannes à pêche.*

Cela dit c'est le juge qui à une marge d'appréciation, des éléments de Jurisprudence ont stipulé qu'il ne faut pas une atteinte excessive (*sinon c'est nul*).

Cette condition module les autres. C'est la marge d'appréciation qui est importante. Mais ne serais ce pas dangereux d'insérer une clause de non concurrence ? Comment savoir si c'est excessif ?

Le bon père de famille n'abuserait pas, il sait se tenir...

On peut également répondre qu'il faut garder à l'esprit qu'il ne faut pas prouver que c'est proportionné, il faut juste ne pas s'exposer à la disproportion (*rendre la preuve plus difficile*).

En droit commercial, il n'est pas nécessaire que la clause de non concurrence donne lieu à une contre partie financière dans les contrats commerciaux. **En revanche, pour ce qui est du droit du travail, la clause de non concurrence doit comporter une contre partie financière.** C'est donc une condition supplémentaire.

Il y a un risque de nullité si toutes les conditions ne sont pas respectées.

## §2 Certains droits de propriété industrielle et commerciale

L141-5 du code de commerce. Il y a encore des éléments incorporels en plus de la clientèle et de l'achalandage.

- **Le droit au bail :** C'est un élément du fond de commerce. C'est une évidence puisque les murs ne font jamais partie d'un fonds de commerce. Les droits réels dont disposerait une entreprise commerciale ne font pas partie du fond de commerce. Pourrait donc faire partie du fond de commerce le droit de jouissance exercé sur l'immeuble dans lequel est exercée l'activité commerciale. C'est un droit **personnel**. Il y a donc une créance de jouissance sur les lieux loués par le commerçant afin d'exercer une activité commerciale. Droit personnel mais le rapport entretenu avec la personne et le lieu est tellement important qu'on a donné un nom particulier à ce droit de créance de jouissance sur un local, on l'appelle la **créance sur la propriété commerciale**.  
Donc lorsque les parties n'ont rien convenu sur le fond de commerce, le droit au bail en fait partie. Mais le fond de commerce peut en pratique se réduire à peu de choses. S'agissant du droit au bail, il faudra distinguer. Si de manière supplétive c'est bien un élément de plein

droit dans le fond de commerce, les parties peuvent y déroger. Ce n'est pas un élément de plein droit dans le fond de commerce. Le fond de commerce peut exister sans droit au bail. La Jurisprudence est constante sur ce point. On distinguera selon l'importance de la localisation pour l'exercice de l'activité commerciale. Plus la localisation importe plus on aura tendance à inclure le droit au bail dans le fond de commerce.

## A) *Le droit au nom commercial*

### 1. La notion de nom commercial

C'est une appellation sous laquelle un commerçant exerce son activité. Le choix du nom commercial est libre. On peut utiliser son nom, prénom ou pseudonyme. Le problème naît lorsque le nom utilisé est un nom de famille parce qu'alors un même objet, le nom, se trouve soumis à deux sortes de règles : Le droit civil et commercial.

Le nom est d'abord régi par un corps de règles qui régit l'état des personnes, faut-il le soustraire au droit civil pour le mettre dans un droit distinct ?

Les règles civiles et commerciales sont antinomiques (*incompatibles, opposées*). Les éléments liés à l'état des personnes ne peuvent être cédés ou saisis.

Comment alors appliquer ces règles à un objet commercial qui a vocation à circuler ? (*on est toujours dans l'optique de la vente du fond de commerce*).

Le nom fait partie du fond commercial, mais comment vendre le nom en droit commercial puisqu'il n'est pas cessible en droit civil.

Si on fait prévaloir le nom de famille, il ne peut pas suivre le fond de commerce dans la vente, si on fait prévaloir le nom de commerce, on pourra l'aliéner et en faire usage.

On ne tranchera pas cette situation. On appliquera les règles du droit civil, mais on considérera qu'à un moment donné, le nom se détache de la personnalité. Il y a une cohabitation juridique.

Après tout, il y a bien plusieurs personnes qui ont le même nom, alors pourquoi empêcher un commerçant de donner son nom à la personne morale de sa société. Utilisé comme nom commercial, le nom se détache de la personne. Il cesse d'être un nom de famille.

**S'agissant des personnes morales, le nom commercial s'appelle la raison sociale.**

La détermination de la raison sociale est parfois réglementée, ainsi dans le cas des sociétés de personnes, la raison sociale doit forcément comporter le nom des associés.

Le choix du nom commercial doit respecter certaines règles. Il joue une fonction d'identification. Le nom ne doit pas être trop général sinon il ne pourrait pas être cédé. (*Ex : Un magasin de meubles qui s'appelle meuble*). Quand le nom est trop générique il ne peut plus être cédé avec le fond de commerce.

Le nom commercial ne doit pas être de nature à tromper, il ne doit pas être déceptif. On pourrait alors contester le choix du nom commercial (*Délice d'Orient qui vendrait des chaussettes*).

Enfin le choix du nom commercial ne doit pas troubler l'ordre public et ne doit pas être contraire aux bonnes mœurs.

## 2. La protection du nom commercial

**Action en concurrence déloyale.** Elle s'est affinée jusqu'à devenir presque spéciale. La Jurisprudence a imposé des conditions particulières qui en font presque une action spéciale. C'est toujours de la même action qu'il s'agit. On a pour but principal l'obtention de dommages et intérêts. Mais l'action en concurrence déloyale a des conditions propres.

- **Le nom usurpé doit être un nom original.** A priori les noms génériques sont exclus
- **Le nom usurpé doit avoir une notoriété suffisante.** On peut imaginer que cette condition pallie la condition précédente bien qu'en théorie elles soient cumulatives (*tu prends un nom commun mais très connu, l'action est ouverte*).

Il n'y a pas de solution de principe. Le droit n'est que rarement un catalogue de solutions. Par l'argumentation, il faut montrer la confusion sur la clientèle.

Si le nom a une notoriété hors du commun, la vraie question est de savoir si le risque de confusion est une concurrence déloyale (*confondre le Chanel des parfums, et chanel volaille... mouais*).

C'est délicat car on touche d'une part la question du nom de famille (*ce n'est pas si simple que ça, on ne peut pas tout interdire ou tout autorité*), d'autre part la question notoriété du nom est relative, difficile à cerner.

### *B) Le droit à l'enseigne*

L'enseigne est un élément d'individualisation. L'enseigne peut être une instruction, une forme, une image, un signe qui ont en commun d'être apposés sur un immeuble comme se rapportant à une activité exercée dans cet immeuble. Deux possibilités pour la composer.

- **Soit le nom commercial :** La protection se fait sur le terrain du nom commercial.
- **Soit c'est distinct du nom commercial :** Logo, Forme, Dessin. La protection de l'enseigne se fait par le biais du droit de propriété. Le propriétaire du fond de commerce est aussi propriétaire de l'enseigne.

S'agissant de la protection de l'enseigne lorsque celle-ci n'est pas le nom commercial, il ne sera pas nécessaire de recourir à l'action en concurrence déloyale. On pourra agir sur l'action sur atteinte au droit de propriété. Cela dit rien n'interdit de porter le litige sur le terrain de la concurrence déloyale.

### *C) Le droit de propriété portant sur des éléments incorporels*

Quel est le régime des créances et des dettes relatives à l'exploitation du fonds de commerce. Les dettes et les créances sont des droits personnels nés à l'occasion de l'activité commerciale, et de ce fait qui sont liés au fonds.

La question ramène au patrimoine. Mais le fonds de commerce est une universalité de fait, on raisonne comme s'il a un patrimoine, mais en droit il n'a ni la personnalité morale ni de patrimoine. Les dettes et les créances sont donc dans le patrimoine du commerçant ou de la société.

Il y a un obstacle irréductible à la transmission des créances et des dettes. Le transfert du fond de commerce n'emporte pas à lui seul la transmission des créances et des dettes.

Il y a des **inconvenients pratiques** : L'activité de ses fournisseurs est une condition parfois essentielle du développement de la clientèle du fond de commerce (*on ne se place pas dans l'optique de la franchise*). Les créances ne sont pas reconduites automatiquement lors de la vente d'un fonds de commerce.

Si on admettait le patrimoine d'affectation, la société intégrerait le « patrimoine » du fonds de commerce donc le fond de commerce n'aurait rien dans son « patrimoine ». C'est un **inconvenient théorique**.

D'un autre côté, l'absence de transmission des créances et des dettes, lors de la transmission du fonds de commerce, laisse libre l'acquéreur de tisser ses relations commerciales. Déjà il n'est pas tenu d'un point de vue financier, et il peut donc créer son propre réseau. C'est un **avantage pratique**. De plus on ne se trouve pas débiteur des dettes du vendeur.

Si on souhaite continuer les relations avec le fournisseur il faut faire la **cession de créance** et même la **cession de contrat**. Cela peut être la solution pour que la reprise fonctionne. Il faudra céder les contrats au cas par cas de manière accessoire au fond de commerce.

Ce principe des créances et des dettes comporte des exceptions. Il y a des contrats qui sont automatiquement cédés (*Ex : Le droit au bail, et aussi les contrats de travail (L102-12 du code du travail), c'est une transmission de plein droit dans le souci de protection des salariés, il y a également certains contrats d'assurance qui sont transmis de plein droit dans un souci de protection de tiers pendant la période où la société inquisitrice n'a pas encore souscrit à ses propres assurances, il y a aussi les abonnements, les autorisations aux licences d'exploitation*).

## Chapitre II : Les opérations relatives au fond de commerce

### Section I : La cession du fond de commerce

La cession du fond de commerce : Commentaire des articles 141 et suivants du code de commerce. C'est une vente ayant pour objet un fonds de commerce (*en droit vente = cession*). Parce que c'est une vente, certains éléments relèvent du droit commun de la vente figurant au Code Civil. Certains textes du code de commerce y renvoient directement.

Dans le code de commerce, l'acte de vente est pris au sens instrumentaire.

**L141-1** : « I. - Dans tout acte constatant une cession amiable de fonds de commerce, consentie même sous condition et sous la forme d'un autre contrat ou l'apport en société d'un fonds de commerce, le vendeur est tenu d'énoncer :

1<sup>o</sup> Le nom du précédent vendeur, la date et la nature de son acte d'acquisition et le prix de cette acquisition pour les éléments incorporels, les marchandises et le matériel ;

2<sup>o</sup> L'état des privilèges et nantissements grevant le fonds ;

3<sup>o</sup> Le chiffre d'affaires qu'il a réalisé au cours de chacune des trois dernières années d'exploitation, ou depuis son acquisition s'il ne l'a pas exploité depuis plus de trois ans ;

4° Les bénéfices commerciaux réalisés pendant le même temps ;

5° Le bail, sa date, sa durée, le nom et l'adresse du bailleur et du cédant, s'il y a lieu.

II. - L'omission des énonciations ci-dessus prescrites peut, sur la demande de l'acquéreur formée dans l'année, entraîner la nullité de l'acte de vente. »

Dans le I, on sait déjà qu'à cet instant le texte traite des conditions de forme. Il importe peu que l'acte en cause ne soit pas directement une cession du fonds de commerce, qu'il soit l'accessoire d'un autre contrat.

Cet article applique le même régime juridique du fond de commerce que pour l'apport en société. Le vendeur est formellement tenu d'un certain nombre d'énonciations. Le II détermine la sanction.

En cas de cession de commerce, quel que soit l'acte, il y a un certain nombre d'énonciations à défaut desquelles la nullité est encourue.

C'est une nullité et une nullité relative.

C'est donc comme si l'acte n'avait jamais existé en droit. C'est la sanction qui frappe un acte juridique irrégulièrement formé.

L'action en nullité étant relative, elle ne peut être exercée que par certaines personnes. Ici c'est **l'acquéreur uniquement** qui peut invoquer la nullité. C'est une nullité relative aussi parce que c'est une possibilité. Elles sont susceptibles de **confirmation, à défaut d'action de celui qui peut invoquer la nullité, la situation se pérennisera en droit.**

La demande en nullité est prescrite en un an. C'est une action de forme, c'est pour ça que le délai est très court. Le délai court à partir de la date de conclusion de la cession.

Ce n'est pas une nullité automatique, de plein droit. Le juge dispose d'une marge d'appréciation.

- **Le 1°** énonce l'historique du fond de commerce
- **Le 2°** énonce que le vendeur doit faire connaître à l'acheteur les droits qu'ont acquis les tiers sur le fond de commerce.
- **Le 3°** énonce l'aspect économique de l'exploitation du commerce qui doit être mentionné. C'est le Chiffre d'affaire.
- **Le 4°** énonce la mention des bénéfices commerciaux pendant la période du chiffre d'affaire
- **Le 5°** énonce les informations relatives au bail

La liste est limitative (*il n'y a pas le mot « notamment » dans la liste ce qui aurait voulu dire qu'elle n'était pas limitative*). On ne pourra pas exercer l'action spéciale de l'article 141-1 pour d'autres raisons.

**L141-2** : «Au jour de la cession, le vendeur et l'acheteur visent tous les livres de comptabilité qui ont été tenus par le vendeur durant les trois exercices comptables précédant celui de la vente, ce nombre étant réduit à la durée de possession du fonds si elle a été inférieure à trois ans, ainsi qu'un document présentant les chiffres d'affaires mensuels réalisés entre la clôture du dernier exercice et le mois précédant celui de la vente.

Ces livres font l'objet d'un inventaire signé par les parties et dont un exemplaire est remis à chacune d'elles. Le cédant doit mettre ces livres à la disposition de l'acquéreur pendant trois ans, à partir de son entrée en jouissance du fonds.

Toute clause contraire est réputée non écrite. »

Obligation qui porte sur des documents comptables (*ce n'est pas les livres de comptes, c'est l'inventaire*). C'est une obligation de mise à disposition et non de remise.

On ne peut pas y déroger. Toute clause insérée dans un contrat de cession de commerce contraire à cet article serait considérée comme nulle.

**Article L141-3 : « Le vendeur est, nonobstant toute stipulation contraire, tenu de la garantie à raison de l'inexactitude de ses énonciations dans les conditions édictées par les articles 1644 et 1645 du code civil.**

**Les intermédiaires, rédacteurs des actes et leurs préposés, sont tenus solidairement avec lui s'ils connaissent l'inexactitude des énonciations faites. »**

Le vendeur n'est pas responsable mais doit garantir l'acheteur à raison de l'inexactitude de ses énonciations dans des conditions similaires à celles du code civil. Nous sommes toujours dans le régime des obligations.

En cas de défaut des dénonciations il y a l'action en nullité.

L'inexactitude est sanctionnée par l'action en garantie contre les vices cachés. On ne peut pas déroger à l'obligation d'exactitude des énonciations prévues à l'article L141-1.

L'article 1644 du code civil donne une option à tout acheteur en vice caché.

- Soit il rend la chose et se fait restituer le prix.
- Soit il peut se faire restituer une partie du prix et conserver la chose

Le régime de cette action est assez complexe. Notamment, la Jurisprudence est très difficile à comprendre. Il faut montrer, pour le succès de cette action, que l'on subit un « préjudice » (*c'est une aberration juridique*), il faut montrer en fait le caractère rédhibitoire du vice (*que le vice rend la chose impropre à son usage*). Un vice caché qui améliorerait la chose n'entraînerait pas la restitution d'une partie du prix.

L'article 1645 du code quand à lui permet d'obtenir des dommages et intérêts supplémentaires lorsque le vendeur était de mauvaise foi, c'est-à-dire qu'il connaissait les vices de la chose.

Donc ici, le vendeur en cas d'inexactitude s'expose à une réduction du prix.

De plus, les intermédiaires, les rédacteurs d'actes et leurs préposés (*notaire, avocat...*) sont tenus solidairement avec le vendeur s'ils sont au courant de l'inexactitude. Ce n'est pas une hypothèse d'école.

Le texte ne renvoie pas formellement à L141-1. Donc autant ces dernières pourront en cas d'inexactitude amener à une réduction du prix, mais toutes les énonciations du contrat peuvent y amener.

Là où toute action en nullité était limitée dans l'article L-, en revanche, l'action en réduction des prix ne l'est pas.

Ce texte pose notamment une question : Par l'intermédiaire de ce texte, la question se pose de l'étendue et du contenu de la garantie s'agissant des énonciations relatives à la clientèle. Donc le vendeur doit garantir l'utilité de la chose, il doit garantir de l'éviction de l'acheteur. Au titre de la garantie dû par le vendeur, l'acheteur peut former une action en réduction du prix si le vendeur

m'évince de la chose par sa concurrence (*il s'installe à côté*). On peut donc pallier à une clause de non concurrence. Mais il vaut quand même mieux prévenir le risque par une telle clause, car l'issue d'une action en justice n'est jamais certaine.

**Article L141-4 :** « *L'action résultant de l'article L. 141-3 doit être intentée par l'acquéreur dans le délai d'une année, à compter de la date de sa prise de possession.* »

Le texte n'a rien de spécial sinon sa prescription spéciale pour la garantie visée à l'article L 141-3. Elle doit être exercée dans l'année.

Son point de départ est à compter de la prise de possession, différence avec l'action spéciale en nullité car le point de départ était à compter de la vente.

## Section II : Les privilèges du vendeur

**Article L141-5 :** « *Le privilège du vendeur d'un fonds de commerce n'a lieu que si la vente a été constatée par un acte authentique ou sous seing privé, dûment enregistré, et que s'il a été inscrit sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité.*

*Il ne porte que sur les éléments du fonds énumérés dans la vente et dans l'inscription, et à défaut de désignation précise, que sur l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage.*

*Des prix distincts sont établis pour les éléments incorporels du fonds, le matériel et les marchandises.*

*Le privilège du vendeur qui garantit chacun de ces prix, ou ce qui en reste dû, s'exerce distinctement sur les prix respectifs de la revente afférents aux marchandises, au matériel et aux éléments incorporels du fonds.*

*Nonobstant toute convention contraire, les paiements partiels autres que les paiements comptants s'imputent d'abord sur le prix des marchandises, ensuite sur le prix du matériel.*

*Il y a lieu à ventilation du prix de revente mis en distribution, s'il s'applique à un ou plusieurs éléments non compris dans la première vente.* »

**Le privilège :** C'est un avantage particulier conféré au vendeur. Un privilège c'est une garantie accordée ici au vendeur qui se traduit concrètement de suite et droit de préférence qui portent sur le fonds de commerce, ceci afin de garantir au vendeur le prix de vente.

**Le droit de préférence** assure au vendeur le premier rang parmi les créanciers du débiteur. Il sera payé sur le fonds de commerce par préférence à tous les autres créanciers.

**Le droit de suite** confère le droit d'aller récupérer le fonds de commerce entre les mains des acquéreurs successifs car c'est un droit **réel** accessoire. On peut donc aller récupérer la chose entre les mains d'un Tiers qui l'aurait acheté au premier acheteur.

Concrètement, on peut forcer la vente du fonds de commerce ou une partie si le prix de vente n'a pas été acquitté par l'acheteur.

L'article L141-5 dans son **alinéa premier** impose un certain nombre de conditions pour que le vendeur puisse se prévaloir de son privilège.

Il faut que l'acte qui constate la vente soit un acte authentique passé par un officier ministériel en

général un notaire. On accepte un acte sous seing privé à condition qu'il soit dûment enregistré. Il y a des conditions de publicité.

**L'alinéa 2** détermine l'assiette du privilège (*les éléments sur lesquels le privilège va porter*). S'y trouvent les éléments énumérés dans la vente et à défaut, d'autres éléments que l'on a déjà vu ici (*clientèle, enseigne...*).

A l'occasion de la détermination de l'assiette, le code aborde les éléments du fonds de commerce par une ventilation des prix.

**L'alinéa 3** impose des prix distincts pour les éléments incorporels du fonds de commerce et les éléments corporels.

**L'alinéa 4** procède à la ventilation des prix dans la cession. La cession du fonds de commerce est un acte unique, addition de prix distincts des éléments du fonds de commerce qui existent afin que s'exerce le privilège du vendeur.

L'alinéa 4 exige que la garantie de chacun de ces prix de vente s'exerce distinctement sur les prix respectifs de la revente des éléments incorporels d'une part et d'autre part sur les éléments corporels. Le privilège du vendeur suit cette distinction.

**L'alinéa 5** dit qu'on ne peut pas y déroger, c'est de l'ordre public et c'est donc une Loi impérative. Il y a un ordre déterminé par la Loi entre les éléments corporels du fonds entre la marchandise et le prix du matériel.

Ce privilège est un droit réel accessoire car c'est un accessoire du prix de vente. Il porte donc sur les choses. C'est donc un droit de préférence et de suite attachés à la chose et non à la personne. Le fait que la distribution des prix se fasse d'abord sur les marchandises puis sur le matériel est logique. On considère que le prix payé pèse d'abord sur les marchandises. On cherche à dégrever les marchandises des droits qui pèsent sur elles en priorité.

**L'article 141-6 :** « *L'inscription doit être prise, à peine de nullité, dans la quinzaine de la date de l'acte de vente. Elle prime toute inscription prise dans le même délai du chef de l'acquéreur ; elle est opposable aux créanciers de l'acquéreur en redressement ou en liquidation judiciaire, ainsi qu'à sa succession bénéficiaire.*

*L'action résolutoire, établie par l'article 1654 du code civil, doit, pour produire effet, être mentionnée et réservée expressément dans l'inscription. Elle ne peut être exercée au préjudice des tiers après l'extinction du privilège. Elle est limitée, comme le privilège, aux seuls éléments qui ont fait partie de la vente. »*

L'inscription : Le privilège pour produire des effets doit faire l'objet de publicité. Ces droits attachés au vendeur vont concerner les tiers, donc c'est logique car c'est une protection des tiers pour connaître la situation de leur débiteur.

A peine de nullité, le privilège garantit le premier rang au vendeur du fonds de commerce pour un privilège.

Alinéa 2 : Si l'acheteur ne paye pas le prix, le vendeur peut forcer la vente. Application de l'article 1654 du CC, il y a résolution de la vente si l'acheteur ne paye pas.

La résolution consiste comme sanction à un anéantissement du contrat. L'exercice de l'action est encadré s'agissant de la vente du fond de commerce puisque son exercice doit être prévu dans l'inscription du privilège. L'exercice de l'action en résolution est subordonné à l'inscription du privilège. Elle est subordonnée à une condition de publicité.

**L'article L141-13** doit être au moins signalé puisqu'il est une conséquence technique de publicité de la vente du fonds de commerce.

Ne pas confondre la publicité d'un acte avec les formalités relatives à l'enregistrement.

L'enregistrement est une formalité fiscale. Il faut à la fois enregistrer la vente du fonds de commerce et en même temps faire les formalités de publicité.

C'est donc un acte hyper formaliste : Publicité du fonds de commerce (*importante parce qu'elle est la condition à ce que l'on appelle l'opposition au prix de vente visée à l'article L121-14*).

**L141-14** : « Dans les dix jours suivant la dernière en date des publications visées à l'article L. 141-12, tout créancier du précédent propriétaire, que sa créance soit ou non exigible, peut former au domicile élu, par simple acte extrajudiciaire, opposition au paiement du prix. L'opposition, à peine de nullité, énonce le chiffre et les causes de la créance et contient une élection de domicile dans le ressort de la situation du fonds. Le bailleur ne peut former opposition pour loyers en cours ou à échoir, et ce, nonobstant toutes stipulations contraires. Aucun transport amiable ou judiciaire du prix ou de partie du prix n'est opposable aux créanciers qui se sont ainsi fait connaître dans ce délai. »

Il nous indique que cette publicité rend possible l'opposition.

**\\Attention, quand on parle du droit de créance on ne parle pas du privilège.///**

**L'opposition au paiement du prix** : Peut être formée par le créancier du précédent propriétaire. Cela veut dire qu'on empêche que le vendeur du fonds de commerce récupère le prix de la vente (*l'argent finit dans la poche du précédent créancier*). La somme qui correspond au prix va être bloquée.

Cette opposition doit avoir lieu dans les 10 jours (*très court*) et elle doit comporter quelques conditions de formes sous peine de nullité.

**Articles L141-15 et -16** :

Ils permettent au vendeur celui qui subit l'opposition d'agir en référé pour obtenir malgré tout le prix (*devant le juge des référés : Le juge de l'urgence*). On peut récupérer le paiement du prix à condition de consigner une somme suffisante pour désintéresser les créanciers « pour répondre des causes de l'opposition » dans le cas où le vendeur serait jugé débiteur ou s'il se reconnaît débiteur des sommes en question.

De là on peut déduire que cela n'a d'intérêt que dans la mesure où le prix de la vente est supérieur au prix en question.

D'autre part c'est un mécanisme particulièrement utile lorsqu'on entend contester la qualité du créancier en question.

*Exemple : Un créancier forme une opposition sur la base d'une reconnaissance de dettes formées par moi, mais je l'ai déjà payé. Je vais voir le juge des référés, je consigne la somme et je demande le versement du prix. C'est utile car j'entends bien montrer ultérieurement que je ne suis pas débiteur. C'est utile aussi si je suis bien débiteur mais le prix de vente est supérieur, alors je demande d'avoir le prix de la vente quand même.*

Il y a des conditions particulières pour que le juge puisse autoriser ce paiement du prix.

L'article 141-16 prévoit une autre possibilité de saisine du juge des référés lorsque l'opposition a été faite :

- **Sans titre** (*pas de documents, d'instruments attestant de ma créance*)
- **Sans cause** (*je n'établis pas la cause juridique de ma créance*)
- **Nulle en la forme** (*je n'ai pas respecté les conditions de formes de l'article L121-14*).

**L'article L141-17** : « *L'acquéreur qui paie son vendeur sans avoir fait les publications dans les formes prescrites, ou avant l'expiration du délai de dix jours, n'est pas libéré à l'égard des tiers.* »

Il met à la charge de l'acquéreur les paiements du créancier. A première vue il sanctionne les conséquences du défaut de publicité (L141-12 et -13).

C'est l'acquéreur qui supporte le risque des défauts de publicité. Cela dit il ne les supporte que s'il paye sans avoir fait de publication en ce sens qu'il n'est pas libéré à l'égard des tiers (*les créanciers du vendeur, on le sait grâce à la place du texte, c'est juste après l'article L141-16*). C'est presque l'application de « qui paie mal paie deux fois ». S'il n'est pas libéré à l'égard des tiers, il devra subir les recours des tiers le cas échéant. Ça marche aussi s'il a payé avant l'expiration du délai pendant lequel les créanciers peuvent exercer l'opposition. On ne peut donc pas empêcher l'opposition.

On peut aussi dire que le paiement du prix avant le délai de 10 jours ne libère pas l'acheteur. On va faire comme si on n'avait pas versé le prix de vente à l'égard des tiers, comme si l'opposition avait déjà été exercée.

Si on est acquéreur il faut vérifier que les publicités ont été faites et ne pas payer avant 10 jours.

Le texte apparaît aussi comme l'application d'un principe général que l'on retrouve partout avec la publicité. La situation qui n'a pas été publiée est inopposable à la situation de l'objet protégé. Le défaut de publicité d'une situation rend inopposable cette situation aux tiers que la règle de publicité avait pour objet de protéger. On fera comme si la nouvelle situation juridique n'existait pas à l'égard des Tiers si elle n'a pas été régularisée.

Règles particulières :

L141-18 et suivants

Des règles peuvent influencer et modifier le prix de vente du fonds de commerce de sorte que tant que ces règles n'ont pas pu jouer, il est difficile de dire que le prix a été définitivement acquis. Il y a un délai de latence pendant lequel la cession du fonds de commerce n'est pas sécurisée.

Complexité de la cession du fonds de commerce qui a des conséquences particulières sur l'objet de la vente. Il y a un enjeu par rapport au droit des tiers et méfiance du droit civil.

### Section III Le nantissement du fonds de commerce

On situe le nantissement par rapport aux utilités du fonds de commerce. Le fonds de commerce est une valeur économique, donc on peut constituer du crédit sur ces biens en offrant ces biens en garantie. Raison pour laquelle on dit qu'on ne prête qu'aux riches.

Le nantissement est une sûreté qui porte sur une chose donc c'est une sûreté réelle qui n'emporte pas dépossession du débiteur qui constitue la sûreté c'est là l'utilité de l'opération.

## §1 Le nantissement conventionnel

L142-1 et suivants

### A) Les conditions

**Article L142-1** : « *Les fonds de commerce peuvent faire l'objet de nantissements, sans autres conditions et formalités que celles prescrites par le présent chapitre et le chapitre III ci-après.*  
*Le nantissement d'un fonds de commerce ne donne pas au créancier gagiste le droit de se faire attribuer le fonds en paiement et jusqu'à due concurrence.* »

Champs d'application d'une part et réalisation de l'autre.

Celui qui bénéficie du nantissement du fonds de commerce s'appelle le créancier gagiste (*alors que ce n'est pas un gage mais un nantissement*).

Le nantissement ne permet pas au créancier gagiste de se faire attribuer le fonds de commerce. Il ne pourra pas saisir le fonds de commerce entre les mains du commerçant. On veut préserver l'activité commerciale, même si c'est le fonds qui constitue l'assiette.

Le créancier gagiste ne peut pas récupérer le fonds de commerce en paiement de sa créance.

Question :

Est-ce que c'est un texte d'ordre public, donc est-ce que les parties peuvent y déroger en insérant une clause « de pacte comissoire » permettant de prendre le fonds de commerce en paiement de la créance ?

La réponse est probablement négative, car jusqu'à la réforme de 2006 en droit le pacte comissoire était prohibé car on ferait comme si on avait un droit de propriété conditionnelle sur la chose. La réforme de 2006 rendait possible l'acquisition de la chose en cas de non paiement mais on reste sur l'optique négative.

**L142-2** : « *Sont seuls susceptibles d'être compris dans le nantissement soumis aux dispositions du présent chapitre comme faisant partie d'un fonds de commerce : l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage, le mobilier commercial, le matériel ou l'outillage servant à l'exploitation du fonds, les brevets d'invention, les licences, les marques, les dessins et modèles industriels, et généralement les droits de propriété intellectuelle qui y sont attachés.*

*Le certificat d'addition postérieur au nantissement qui comprend le brevet auquel il s'applique suit le sort de ce brevet et fait partie, comme lui, du gage constitué.*

*A défaut de désignation expresse et précise dans l'acte qui le constitue, le nantissement ne comprend que l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage.*

*Si le nantissement porte sur un fonds de commerce et ses succursales, celles-ci doivent être désignées par l'indication précise de leur siège.* »

On détermine plus précisément l'assiette du nantissement du fonds de commerce.

Le principe est que le nantissement ne peut porter que sur les éléments incorporels : L'enseigne, le

nom commercial, la clientèle et l'achalandage (*alinéa 3*) sauf désignation expresse et précise des parties, dans ce cas le nantissement peut porter sur des éléments corporels.

On voit bien qu'ici la notion de fonds de commerce ne recouvre pas celle que nous connaissons.

On rappelle que les marchandises ne peuvent pas être comprises dans le nantissement du fonds de commerce, mais ça peut être dommageable car toutes les marchandises n'ont pas vocation à circuler de la même façon. Celui qui vend des matières rares, ou des objets à forte valeur ajoutée (*Lamborghini*), le stock peut rester en place un moment. Mais désormais, le gage du stock existe mais distinctement du nantissement du fonds de commerce.

**L142-3** et suivants : « *Le contrat de nantissement est constaté par un acte authentique ou par un acte sous seing privé, dûment enregistré.*

*Le privilège résultant du contrat de nantissement s'établit par le seul fait de l'inscription sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité.*

*La même formalité doit être remplie au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel est située chacune des succursales du fonds comprise dans le nantissement. »*

Conditions de forme : Acte formaliste puisque l'acte de nantissement doit être par un acte authentique ou sous sein privé. Protection des tiers.

La sanction est la nullité.

Le contrat doit être rendu public dans les 15 jours à peine de nullité.

Compte tenu de la valeur que peut représenter le fonds de commerce, il peut être donné en garantie à plusieurs créanciers.

Au moment de la réalisation de leurs droits par les créanciers pour se payer, on se pose la question de leur rang. On règle la question par la date de leur inscription (*qui sera payé en premier*).

## B) Les effets du nantissement conventionnel

C'est un droit réel accessoire.

Mais quel est l'avantage d'un créancier titulaire d'une sûreté (*ici le nantissement*) par rapport à un créancier lambda ?

Le droit de préférence (*faire saisir le fonds et avoir la priorité sur la valeur dégagée, ce que les créancier lambdas n'ont pas c'est la priorité*). La vente peut être amiable ou forcée.

Mais quelle est la différence avec l'alinéa 2 de l'article 142-1 ? Deux attitudes sont concevables :

- Soit je dis que j'ai un droit réel sur la chose, je prends la chose en paiement. C'est impossible : Le nantissement n'a pas d'effet de transfert de propriété éventuel en cas de non paiement
- Soit je fais saisir la chose en m'adressant au juge, il s'ensuit une vente forcée ou amiable, et je serais prioritaire pour récupérer une fraction du prix de vente. Ici c'est un droit réel **ACCESSOIRE**, c'est pour ça qu'il n'y a pas de transfert de propriété mais plutôt un droit de se faire payer sur la vente.

Il y a aussi un droit de suite puisqu'il peut suivre le bien en quelle que main qu'il se trouve. D'où l'intérêt de la publicité des fonds de commerce pour savoir quels droits sont constitués sur ce fonds.

Le créancier gagiste a d'autres droits sur le nantissement, droit à l'information. Le créancier doit être prévenu de certains éléments affectant son droit en cas de vente d'un élément du fonds de commerce par exemple. De même, le créancier gagiste doit être prévenu en cas de résiliation du bail commercial.

## **§2 Le nantissement judiciaire**

Cela relève plutôt de la matière des Lois d'exécution. La Loi du juillet 1991 prévoit la possibilité d'obtenir le nantissement judiciaire du fonds de commerce. C'est une mesure conservatoire. Cela nous renvoie à l'hypothèse dans laquelle un créancier « **Chirographaire** » qui craint de voir **dépérir son droit. Il veut se prémunir contre le risque d'insolvabilité de son débiteur. Il peut alors obtenir le nantissement judiciaire.**

Le créancier s'adresse alors au président du TGI ou au président du tribunal de commerce. Il peut donc se faire attribuer en justice un droit équivalent de celui qui naît du nantissement conventionne.

C'est très important car ici il n'y a pas de consentement du débiteur, d'où la nécessité de prouver le risque, l'urgence, pour le créancier. Ca reste rare.

Par nature, ce nantissement est provisoire, mais il peut aussi être définitif.

## **Section III : La location gérance**

C'est un contrat par lequel le propriétaire ou l'exploitant d'un fonds de commerce en concède totalement ou partiellement la location à un gérant qui l'exploite à ses risques et périls.

C'est un contrat synallagmatique à titre onéreux. Le loueur est tenu de délivrer la chose, le locataire est tenu d'un loyer que l'on appellera ici les redevances.

Ce contrat de location gérance est régi par les articles L144-1 et suivants.

**L144-1 : « Nonobstant toute clause contraire, tout contrat ou convention par lequel le propriétaire ou l'exploitant d'un fonds de commerce ou d'un établissement artisanal en concède totalement ou partiellement la location à un gérant qui l'exploite à ses risques et périls est régi par les dispositions du présent chapitre. »**

C'est un texte d'ordre public. Il est impératif.

On nous définit la location gérance.

Exploitation à ses risques et périls, ce qui laisse à penser que cela s'adresse aux commerçants.

La location gérance peut être partielle.

Idée de qualification, par conséquent, automatiquement le contrat de location gérance est soumis aux règles obligatoires qui suivent.

On ne peut pas le soustraire en bloc à l'application du régime de la location gérance (*on ne peut pas l'appeler autrement et dire « nan ça marche pas », tout ce qui répond à la définition entre sous son régime*).

**L144-2** : « *Le locataire-gérant a la qualité de commerçant. Il est soumis à toutes les obligations qui en découlent.*

*Lorsque le fonds est un établissement artisanal, le locataire-gérant est immatriculé au répertoire des métiers et est soumis à toutes les obligations qui en découlent. »*

Le locataire à la qualité de commerçant, de ce fait il est soumis à toutes les obligations qui procèdent de cette qualité

**L144-3** : « *Les personnes physiques ou morales qui concèdent une location-gérance doivent avoir exploité pendant deux années au moins le fonds ou l'établissement artisanal mis en gérance. »*

Il fixe les conditions de fond concernant le loueur qu'il soit personne physique ou morale qui concède la location gérance, c'est-à-dire que le loueur doit avoir exploité pendant 2 ans au moins le fonds de commerce.

Ce délai peut être réduit ou supprimé au terme d'une procédure spéciale qui débouche sur une ordonnance du président du TGI.

La requête qui le demande doit s'appuyer sur le fait que le loueur est dans l'impossibilité d'exploiter son fond personnel ou par l'intermédiaire de ses préposés.

**L144-4** : « *Le délai prévu par l'article L. 144-3 peut être supprimé ou réduit par ordonnance du président du tribunal de grande instance rendue sur simple requête de l'intéressé, le ministère public entendu, notamment lorsque celui-ci justifie qu'il est dans l'impossibilité d'exploiter son fonds personnellement ou par l'intermédiaire de préposés. »*

La Jurisprudence est assez libérale quand aux raisons aboutissant à la suppression ou réduction du délai, on songe à la maladie, mais aussi à l'impossibilité d'exploiter par l'intermédiaire de salariés.

**L144-10** : « *Tout contrat de location-gérance ou toute autre convention comportant des clauses analogues, consenti par le propriétaire ou l'exploitant d'un fonds de commerce ne remplissant pas les conditions prévues aux articles ci-dessus, est nul. Toutefois, les contractants ne peuvent invoquer cette nullité à l'encontre des tiers.*

*La nullité prévue à l'alinéa précédent entraîne à l'égard des contractants la déchéance des droits qu'ils pourraient éventuellement tenir des dispositions du chapitre V du présent titre réglant les rapports entre bailleurs et locataires en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal. »*

La sanction est une nullité particulière puisque les contractants n'ont pas la possibilité d'invoquer la nullité contre les tiers.

Le locataire ne pourra pas opposer à ses créanciers la nullité de ce contrat pour se libérer des dettes formées pendant l'exploitation du fonds de commerce. La nullité est inopposable.

La particularité de cette location gérance est son caractère progressif dont témoignent les textes du code de commerce. Il va tirer toutes les conséquences de la personnalité de celui qui l'exploite.

Ainsi, l'article L144-6 prévoit ce que l'on pourrait rapprocher d'un système de purge des dettes d'exploitation commerciale au moment où la personne de l'exploitant doit changer.

Les dettes contractées par le loueur du fonds de commerce peuvent être déclarées au moment de la location gérance immédiatement exigibles.

Autrement dit, les créanciers peuvent provoquer la déchéance du terme en cas de location gérance. *(le créancier peut exiger le paiement des dettes contractées même si le terme n'est pas encore arrivé).*

Ce n'est pas un pouvoir discrétionnaire des créanciers, elle peut être provoquée à condition que la location gérance mette en péril le recouvrement des créances.

Lorsque les créanciers estiment que la location gérance peut avoir comme conséquence de mettre en péril leur créance, ils peuvent la rendre exigible immédiatement et en obtenir le paiement anticipé.

Action spéciale, délais stricte de 3 mois, délai de forclusion (*à compter de la publication du contrat de gérance*), c'est l'alinéa 3 de l'article 144-6.

**Article L144-6 :** « *Au moment de la location-gérance, les dettes du loueur du fonds afférentes à l'exploitation du fonds peuvent être déclarées immédiatement exigibles par le tribunal de commerce de la situation du fonds, s'il estime que la location-gérance met en péril leur recouvrement.*

*L'action doit être introduite, à peine de forclusion, dans le délai de trois mois à dater de la publication du contrat de gérance dans un journal habilité à recevoir les annonces légales. »*

Clause conventionnelle de déchéance. Il sera plus prudent si je suis créancier d'introduire dans le contrat passé avec l'exploitant du fonds de commerce des clauses conventionnelles de déchéance : « il est attendu que la dette est immédiatement exigible en cas de location gérance entreprise avec le débiteur ». Ca permet d'éviter de passer par le système judiciaire. La demande n'est pas ici de plein droit.

Il s'agit pour les créanciers de pouvoir se payer avant que le patrimoine du loueur ne soit diminué puisqu'il ne tire plus les revenus de l'exploitation commerciale.

**L'article 144-7 :** « *Jusqu'à la publication du contrat de location-gérance et pendant un délai de six mois à compter de cette publication, le loueur du fonds est solidairement responsable avec le locataire-gérant des dettes contractées par celui-ci à l'occasion de l'exploitation du fonds. »*

Il instaure une solidarité spéciale s'agissant des dettes contractées par le locataire gérant à l'occasion de l'exploitation du fonds.

Le loueur et le locataire sont tenus s'agissant des dettes à l'occasion de l'exploitation du fonds de commerce.

Cette solidarité est limitée dans le temps : Elle a lieu jusqu'à la publication du contrat de location gérance et dans les 6 mois qui suivent cette publication.

Le plus souvent, la charge définitive de la dette repose sur le locataire puisque c'est lui qui les contracte.

Il s'agit de prémunir les créanciers de certains risques qui peuvent être liés au changement de l'exploitant, on garanti les créanciers par le biais de la solidarité.

Autre système de purge qui ressemble à l'article 144-6 c'est celui de l'article 144-9 :

**L144-9** : « La fin de la location-gérance rend immédiatement exigibles les dettes afférentes à l'exploitation du fonds ou de l'établissement artisanal, contractées par le locataire-gérant pendant la durée de la gérance. »

Attache des conséquences à la fin du contrat de gérance, c'est l'exigibilité immédiate des dettes afférentes à l'exploitation.

Ici c'est de plein droit.

#### **Obligation des parties :**

- **Pour le locataire**, il faut payer le prix et d'autre part, exploiter le fonds comme un bon père de famille. On pourrait lui reprocher es négligences, imprudences, fautes qu'il pourrait commettre.  
Le prix du contrat, c'est-à-dire le loyer, c'est à dire les redevances, ce prix est amené à varier puisqu'il est susceptible de faire l'objet d'une clause d'indexation et d'une possibilité de révision du loyer de l'allocation gérance.
- **Pour le loueur**, en tant que civiliste il doit faire jouir le loueur de la chose, d'un point de vue commercialiste, ca se traduit par la délivrance de la chose et la garantie contre les vices et l'éviction. Elle ressemble beaucoup à la situation du vendeur de fonds de commerce, à ceci prêt qu'il n'a pas à céder la propriété du fonds.

Le bail commercial, il est un contrat spécial du droit civil, il obéit à des règles spécifique en droit commercial, c'est le contrat par lequel une partie s'engage a faire jouir l'autre d'une chose contre le paiement d'un prix que l'on appelle le loyer. Nous transposons la définition en matière commercial, le contrat de bail c'est le contrat par lequel le titulaire d'un fond de commerce obtient le droit de jouir d'un immeuble appartenant par hypothèse au bailleur en vue d'y exercer une activité commercial moyennant le paiement d'un prix que l'on pourra appeler le loyer.

C'est un contrat spécifique car il obéit à un règlement spécifique, la réglementation du bail commercial illustre idéalement le paradoxe du droit commercial, en ce sens que pour l'exercice d'une activité commercial qui requiert liberté et souplesse, il a fallut lui opposer une réglementation complexe, rigide et qui enferme les parties au contrat dans un statut. La réglementation civiliste ont semblé à un moment inadapté au droit commercial en particulier les règles relative au congé. Le bail du droit commun vise aussi bien l'immeuble que le meuble. Le principe civiliste est que le bail est librement révocable sous réserve d'un préavis. En matière de bail commercial cette libre révocabilité convient assez mal à la stabilité que requiert l'activité commerciale. La localisation du commerce peut être un élément très important de telles sortes que la délocalisation du fond de commerce emporte un risque plus ou moins élevé de déperdition de l'activité. Il fallait assurer une certaine stabilité du bail commercial, c'est ce que l'on a pensé à un moment, un autre problème est apparu. C'est l'augmentation des prix de l'immobilité lié à cette instabilité de l'installation commercial.

Si vous savez que votre temps d'activité commercial est entre les mains du cocontractant vous aurez tendance a transférer le risque financier de la fin du contrat sur le client (augmentation des prix), dans le même temps la hausse des prix immobilier qui vient peser sur la réinstallation favorise le

contexte de très forte inflation. Un contexte interventionniste aussi. L'état doit réguler l'économie, une réglementation des baux commerciaux voit le jour en 1953.

C'est un moyen comme un autre de lutter contre l'inflation en instaurant un déséquilibre dans le contrat au profit d'une des parties, ici en faveur du commerçant. Corrélativement c'est l'emprise que le commerçant exerce sur le local ... une emprise tellement forte que l'on a parlé de propriété commerciale, ce qui n'est évidemment pas un droit réel mais un droit personnel, l'emprise de fait a été qualifiée de propriété commerciale.

Plus on renforce la stabilité du contrat, plus on renforce l'emprise du locataire sur la chose, on s'est posé la question si le droit de bail n'emportait pas un droit réel.

Plus on va rendre difficile la fin du contrat, plus on va accroître l'emprise.

Depuis ce moment le droit est en quête d'équilibre, il y a ce paradoxe, « liberté contre sécurité ». Le droit va donc jouer sur les prix, voilà pourquoi la révision des loyers est très importante dans le droit français.

## Chapitre II : L'exécution

Statut : le statut s'oppose au contrat. C'est un ensemble de règles automatiques qui s'appliquent aux individus qui rentrent dans leurs champs d'application, le statut est considéré comme un bénéfice contrairement au contrat qui repose sur l'aliénation de la liberté.

On parle de statut des baux commerciaux. Il est des situations dans lesquelles on n'appliquera pas ces statuts des baux commerciaux. Les opérateurs économiques peuvent espérer sortir des statuts, ils doivent être pour cela être dans des situations qui n'entre pas dans le champ d'application des statuts.

La question est de savoir, quand sort-on du statut ?

Les parties ont inventé ce qu'on appelle les conventions d'occupation précaire. C'est un contrat passé entre le propriétaire d'un local et celui qui veut occuper ce local, c'est une occupation qui se veut précaire, les parties entendent pouvoir résilier cette convention à tout moment, il s'agit clairement d'échapper au régime de stabilité du bail commercial. Comme c'est une situation qui se veut une exception, la jurisprudence ne peut l'admettre que de manière très exceptionnelle. C'est une précarité qui doit être objective. C'est-à-dire que la précarité ne dépend pas de la volonté des parties.

Comment la précarité peut être objective ?

La chose n'a donc pas vocation à durer, elle est précaire. Le terme des contrats ne dépend pas de la volonté des parties.

Autre hypothèse, c'est la situation de l'occupant sans titre, l'occupation sans titre correspond à l'hypothèse selon laquelle une partie à la jouissance d'un immeuble sans acte juridique fonde cette jouissance. C'est une occupation de fait.

Ce n'est pas une situation de possession. L'occupant sans titre sait bien qu'il jouit d'un bien dont autrui est propriétaire. Cette situation est marginale mais l'occupation sans titre est souvent la

conséquence que la situation juridique a cessé de produire des effets mais la situation demeure. Il devient occupant sans titre. Deux conséquence à cela, c'est le paiement d'une indemnité, le propriétaire peut mettre fin à l'obligation sans titre et ce sans préavis. Cela peut être une obligation pour le propriétaire dans le cas où il a cédé son bien et pour respecter la garantie d'éviction.

Section 1 : les conditions relatives à la chose, les conditions relative à l'immeuble.

L'immeuble est un immeuble bâti, ce n'est pas le fond, article L145-1 qui se charge ... Il est clair que l'immeuble doit être destiné à l'activité commerciale et la destination à l'activité commercial dépend d'une autorisation administrative. L'administration décide dans l'intérêt général. Il faut que l'immeuble soit clos et d'une taille suffisante. Il y a certaines conditions pour que l'administration donne son acceptation.

Lorsque l'immeuble n'est pas a des caractéristique qui pourraient le faire échapper à l'immeuble bâti destiné à l'activité commerciale.

Est-ce qu'un local accessoire emprunt le statut des baux commerciaux ? C'est un local qui ne correspond pas au lieu où se déroule la principale activité commerciale mais dont le commerçant use dans le but de l'exploitation commerciale. En droit l'accessoire suit le principal, le local accessoire suit le régime du local principal.

Le code de commerce prends sur lui de le préciser.

Faut-il un lien physique ? (cave par exemple). Non

En fait ca dépends si le local est nécessaire à l'exercice de l'activité commerciale. (L145-1)

Si une fois le local soustrait, l'activité commerciale ne peut pas se dérouler de la même manière, alors on appliquera le régime des baux commerciaux. Une condition supplémentaire dont parle le texte est celle de la propriété du local accessoire, le propriétaire doit être le même que celui du local commercial principal sauf si en cas de pluralité de propriétaire le local accessoire a été joint lors de la conclusion du bail commercial au local principal.

Autre hypothèses : les locaux mobiles, est-ce qu'une construction mobile ou démontable est soumise à la réglementation des baux commerciaux ? Ca va de la baraque a frite à l'emplacement sur un marché.

La cour de cassation a considéré que la législation des baux commerciaux n'était pas applicable à la location d'une structure démontable ou mobile (puisque ca ne gêne pas d'exercer l'activité commercial ailleurs, le statut des baux commerciaux perd son sens).

Autre hypothèse, les locaux secondaire, le principe est l'extension, la condition est purement administrative, il y aura applicable des lors que le commerçant fait figurer au registre le local secondaire.

Le bail consentit sur un terrain nu sur lequel des constructions ont été faite pour l'activité commercial, ce bail sera soumis aux baux commerciaux à condition que ces constructions aient eu l'autorisation express du propriétaire du terrain.

On ne peut pas se soustraire au statut des baux commerciaux en invoquant le fait que le bail est porté sur le terrain et non sur l'immeuble bâti.

On ne peut pas profiter du statut des baux commerciaux si le propriétaire du terrain n'y a pas consenti.

## Section II : Les conditions relatives à l'activité exercée

Il faut que l'activité rende légitime le recours au bail commercial.

Ici encore en cas de doute on va se reporter à la théorie de l'acte du commerce.

En revanche certaines questions peuvent se poser. L'article L145-2 tente d'y répondre.

### L145-2

Sera soumis aux baux commerciaux les locaux servant à l'éducation, à l'activité artisanale.

Une exception existe dans le texte. S'agissant des autorisations d'occupation précaire accordé par l'administration sur des immeubles acquit par l'administration suite à des déclarations d'utilité public, celui qui y exercera l'activité commerciale échappera à la législation sur les baux commerciaux.

## Section III : Les conditions relatives aux personnes, aux parties

### Deux parties aux contrats : Bailleurs et preneur

Le bailleur doit être propriétaire mais cette condition reçoit une exception car la sous location est possible en matière de bail commercial. Cela dit lorsque la sous location est possible, le bailleur n'est pas nécessairement le propriétaire.

La sous location a semblé incompatible avec l'objectif de la réglementation des baux commerciaux, car si le preneur locataire a entendu sous louer, il n'entend plus bénéficier du maintien dans les lieux, il est donc à priori incompatible avec l'objectif de la législation. Néanmoins, il y a une certaine souplesse.

Le preneur doit avoir la qualité de commerçant, il doit être titulaire du fond de commerce (L145-1).

## Chapitre 2 : L'exécution

C'est sur le terrain de l'exécution du contrat que les règles juridique doivent exister.

La protection des intérêts du preneur.

Elle ne doit pas occulter le fait qu'il est lui même un débiteur au contrat devant un certain nombre d'occupation. Il est bien tenu d'exploiter le fond mais les aspects spécifiques de la législation se traduisent par autre chose.

A cette stabilité vont disputer d'autres considération parce qu'après tout, l'objectif premier, la finalité économique des baux commerciaux est l'exercice de l'activité commerciale, elle se caractérise par la quête de bénéfice en contrepartie d'un risque. Cet objectif de stabilité ne doit pas sacrifier l'activité économique.

A l'intérieur de l'intérêt du preneur se disputent plusieurs objectifs :

Politiques : Stabilité, sécurité

Economique : Assurer l'activité commerciale

La législation des baux commerciaux doit balancer entre la stabilité et la souplesse. Certaines dispositions ont tendance à privilégier l'intérêt du preneur.

#### 1) Stabilité et souplesse.

La stabilité, la rigueur, on trouvera ici les règles relatives à la durée du contrat, on y trouvera aussi celle du renouvellement du contrat de bail

##### A) La durée

C'est l'élément essentiel, le bail commercial connaît une durée minimum, elle ne peut être inférieure à 9 ans. Il est offert au preneur la faculté de donner congé à l'expiration d'une période triennale, le locataire peut résilier le contrat au bout de trois ans et par période de trois ans.

La possibilité de conclure un bail dérogatoire au statut des baux commerciaux, article L141-5 au terme duquel les parties ont la possibilité lors de l'entrée dans les lieux du preneur de déroger aux dispositions du présent chapitre à la condition d'une durée maximale de deux ans.

Alternative qui appelle deux séries de remarques :

-il faut toujours se poser la question de l'application du statut des baux commerciaux, possibilité donnée par la loi.

Pour bénéficier de la possibilité de déroger au statut des baux commerciaux, encore faut-il que le contrat soit qualifié de bail commercial lui-même.

-C'est la faveur accordé au preneur ici. On lui donne le soin de vérifier la viabilité du bail commercial. Pendant 2 ans, il peut vérifier si le CA est à la hauteur de ce que l'on attendait et à défaut, il peut résilier le contrat.

A l'expiration de cette période si les choses se passent mal, le bailleur pourra résilier sous réserve du respect d'un préavis. Au bout de deux ans les choses peuvent aussi bien se passer et il convient alors de réintégré le régime des baux commerciaux.

Le texte le prévoit à l'alinéa 2 : si le preneur demeure dans les lieux après expiration du délai de deux, il s'opère un nouveau bail celui la soumit au statut des baux commerciaux. Report pour une durée minimum de 9 ans, logique c'était un contrat dérogatoire.

La solution est identique qu'il s'agisse d'un preneur laissé en possession ou d'un renouvellement tacite du contrat. C'est bien le régime des baux commerciaux qui s'appliquent.

Si on décompose la durée de 9 ans est imposée à une seule des deux 2 parties, le bailleur n'a pas de prise sur cette durée, le preneur lui peut résilier par période triennale (bail 3-6-9). Mais cela peut aussi paraître rigide pour le preneur aussi d'où l'intérêt d'y déroger avec l'article 145-4 (bail conclu pour 2 ans).

Du coté du bailleur, il y a la possibilité de résilier à tout moment pour entreprendre certains travaux qui nécessitent une évacuation des lieux selon une définition donnée par le code de l'urbanisme.

C'est une possibilité donnée par l'article L145-6 ce texte est toujours situé dans la section de la durée.

Le bailleur qui doit effectuer ses travaux peut offrir de reporter le bail dans un autre immeuble. Sinon, le cas contraire, le preneur a une indemnité de dépossession (L145-7).

#### B) Le renouvellement

Hypothèse de départ, nous sommes à l'expiration du bail commercial et le preneur entend rester dans les lieux. Le renouvellement est la conclusion d'un nouveau contrat.

Le principe c'est le renouvellement en ce sens que les textes sont aménagés afin de faciliter le maintien dans les lieux de l'activité du preneur.

Mais on nous parle dans le code de droit au renouvellement, donc s'il y a un droit c'est qu'il y a une obligation dès lors il faut trouver un créancier et un débiteur donc le débiteur c'est le bailleur. De sorte que pèse sur le bailleur le risque contractuel de refuser le renouvellement, raison pour laquelle on trouvera à la section 3 du renouvellement, une section 4, le refus du renouvellement à l'article L145-14 et qui accorde une faculté au bailleur pour refuser le renouvellement du bail.

Il y a donc un droit de renouvellement du preneur qui a pour réponse un droit de s'y opposer du bailleur. On parle d'une option pour le bailleur. Il va y avoir deux régimes différents.

Si le bailleur peut s'y opposer, il doit par principe une indemnité d'éviction qui a pour but de réparer le préjudice posée par le défaut de renouvellement lorsqu'il refuse de renouveler le bail commercial. L145-14.

Voilà peut être pourquoi le texte parle d'un coté du droit au renouvellement et de l'autre, une possibilité (payante) de refuser.

L'alinéa 2 de l'article 145-14 nous indique ce qui contient l'indemnité :

-La valeur marchande du fonds de commerce

-Les frais de dédommagement

-Le cout fiscal de l'acquisition d'un fond de même valeur

C'est une liste non exhaustive qui a charge pour le preneur qui subit un préjudice pas élevé. Dans le même temps, l'article L145-14 laisse la possibilité au bailleur d'établir que le préjudice du preneur est moins important.

Ce texte a pour objet de soulager le preneur, de dégager les chefs de préjudice qui sont prévus par la loi, ce qui permet de façon objective de fixer le montant de cet état d'indemnité d'exécution. C'est un texte qui allège la charge et le risque de la preuve pour le preneur. On le sait car le texte réalise en permettant au bailleur d'établir que le préjudice a été moindre, on permet donc de renverser la charge de la preuve. Celui qui veut obtenir quelque chose du juge doit avancer une preuve. Sur ce texte, la preuve revient au preneur.

S'agissant de l'indemnité de renouvellement, on peut dire qu'elle est lourde à supporter pour le bailleur qui refuserait le renouvellement, elle est tellement élevée dans son principe même que la loi prévoit un droit de repentir pour le bailleur, c'est-à-dire qu'il est prévu que le bailleur qui a refusé le renouvellement puisse revenir sur son choix pour accorder le renouvellement.

Néanmoins, le bailleur peut refuser le renouvellement donc de payer, exception à cela et aussi au droit de renouvellement (in specie ou avoir de l'argent).

Article L145-17

Il faut donc un motif grave et légitime. C'est notamment l'inexécution de l'obligation du preneur, la cessation injustifiée de l'exploitation du fond voir plus grave, infraction pénales, perte de qualité du commerçant. Deuxième hypothèse en cas de destruction totale ou partielle de l'immeuble.

Il existe également une atténuation du principe à l'article L145-18 où il peut se soustraire au paiement d'une indemnité en offrant un autre local.

S'agissant du régime spécifique, le locataire a un droit de priorité sur le local exploité dans un nouvel immeuble en cas de destruction du premier.

## 2) La souplesse

On a vu les règles qui rigidifient le contrat (on enlève les droits au bailleur), maintenant voyant les règles qui tendent à rendre le régime contractuel plus souple (on ajoute les droits au bailleur).

Hypothèse :

Les fonds est exploité pour l'activité commerciale d'une entreprise mais les choses se passent mal (vache folle pour un boucher par exemple).

Quelles sont les difficultés auxquelles ont va être confronté ?

Si on veut modifier le contenu contractuel, il faut modifier la loi du contrat, article 1134 du code civil, intangibilité du contrat, ce que l'on ne veut pas modifier, révoqué avec consentement mutuel.

Il faut adopter la même procédure que celle de sa création, les parties doivent s'accorder pour modifier le contenu du contrat

Mais finalement si on voit le contrat de bail commercial comme un contrat donnant droit à l'exploitation d'un fonds, changer d'activité commerciale ne change finalement rien.

Se pose la question de la déspecialisation :

Possibilité offerte au preneur de modifier unilatéralement le contenu du contrat afin de modifier la destination des lieux loués.

Le but étant de passer d'une activité commerciale à une autre et le moyen est la déspecialisation. De ce point de vue, on doit aller au delà de la modification de l'accord lui-même. Il va falloir faire quelques aménagements (les néons pour éclairer de la barbaque convient moins pour éclairer des fringues). Il faut donc modifier les prévisions contractuelles. On modifie le risque contractuel, c'est un facteur de souplesse mais crée un risque pour le bailleur.

La encore l'introduction d'une telle faculté pour le preneur doit transiger entre la nécessaire souplesse du contrat et le danger de la modification.

On distingue la déspecialisation partielle d'une part et la déspecialisation totale.

A) La déspecialisation partielle.

Le principe est à tirer avec les articles L145-47 et 48.

L145-47 : Le locataire peut adjoindre à l'activité prévu au bail des activités connexes ou complémentaires. On nous parle d'adjonction. La déspecialisation partielle est une extension d'une activité qui existait déjà, raison pour laquelle c'est une faculté laissée au preneur.

Deux remarques :

-Il y a une procédure des formalités.

-Sur le fond, le problème va bien être de définir ce qu'est une activité connexe ou complémentaire. Evidemment en face de ce genre de situation la jurisprudence nous donne une aide qui est casuistique.

Si une activité n'est pas complémentaire, elle peut être connexe. L'idée de connexité est un peu plus éloignée que l'idée de complémentarité. C'est peut-être l'idée de l'accessoire. Elle peut simplement être définie abstraitement comme un lien d'une nature particulière et on est capable d'établir un lien suffisamment tangible pour qu'un rapport soit fait entre deux éléments.

On pourrait parler de connexité pour celui qui exploite un hôtel, un restaurant dans un immeuble voir la complémentarité. La différence entre connexité et complémentarité est assez difficile à saisir.

Un critère plus fiable, c'est l'idée d'adjonction. On veut ajouter une activité et non la remplacer par une autre. On réduit le champ des problèmes.

Le problème est que quand on exerce dans un même local deux activités différentes, y a-t-il un lien entre les deux ?

Le problème étant d'obtenir ou pas l'autorisation et donc de la solliciter. On passe de la déspecialisation totale lorsque l'autorisation est requise doit être motivée.

## B) La déspecialisation totale

L145-48 : La grande différence ici, c'est qu'on nous parle de consentement du bailleur qu'il faut obtenir ici car la modification de l'activité est radicale.

S'il y a une autorisation requise, quelles en sont les conséquences ?

Si on impose de motiver un élément objectif, c'est que forcément on pense exercer un contrôle de cette motivation et on trouvera ce contrôle à l'article L145-52, texte qui dispose que le TGI peut autoriser la transformation totale ou partielle si ce refus n'est point justifié par un motif grave et légitime.

La demande doit être motivée, le refus aussi. La déspecialisation partielle peut-être contestée par le bailleur si l'information du bailleur est prévue.

Remarque :

On conseillera au preneur d'éviter une déspecialisation totale dans les trois premières années du bail commercial parce que le droit au renouvellement est subordonné à l'exploitation commerciale d'une durée de 3 ans.

### Section 2 : La protection des intérêts du bailleur

On examinera ici le régime du prix du contrat, c'est-à-dire des loyers.

Plusieurs directions viennent à l'esprit si l'on songe aux moyens d'assurer les intérêts du bailleur, on veut faire varier les prix du contrat. On va aménager des règles relatives au prix.

La détermination du loyer, son principe, c'est la liberté la plus totale, il n'y a pas de règles qui encadrent la détermination du prix initial du contrat.

L145-33 et suivants.

Il n'est pas fait mention du prix du loyer initial mais il est question des loyers des baux renouvellements ou révisés. Ce qui intéresse le législateur ce sont les variations du prix.

Le principe est clair :

Le prix est libre sauf à partir du moment où l'on révisé le prix ou que l'on renouvelle le contrat, et là le critère de détermination du prix est la valeur locative.

Les éléments qui permettent de définir la valeur locative sont envisagés par le texte.

Hypothèse :

Nous arrivons au terme du bail, c'est-à-dire 9 ans, le preneur entend rester dans les lieux, renouvellement mais à ce moment là il faut parler du prix, il est logique que dans ces conditions, il soit possible de parler du prix.

La deuxième chose que nous dit le texte est la révision du loyer.

Il faut savoir que la révision est de droit à l'article L145-38 qui prévoit que la demande en révision ne peut être formée que 3 ans au moins après la date d'entrée en jouissance.

On comprendre qu'on peut former une demande en révision autant le preneur ou le bailleur en la sollicitant à compter d'une durée minimale de jouissance de 3 ans. On peut rediscuter les conditions au terme du renouvellement ou de la révision. A ce moment là, les modalités de discussion et de variation du prix sont clairement ancrées dans l'idée de valeur locative.

Article 145-33