

DROIT DES AFFAIRES

Ce cours de droit des affaires abordera les thématiques du bail commercial, de l'acte de commerce, de la notion de commerçant et du fonds de commerce. Il convient de distinguer le droit des affaires et le droit commercial :

- Le droit des affaires est une branche du droit privé qui comporte un ensemble de droits relatifs aux affaires des entreprises. Il régit l'activité des commerçants et industriels dans l'exercice de leur activité professionnelle. Il définit également les actes de commerces occasionnels produits par des personnes non-commerçantes.

On peut considérer que le droit des affaires est très large et recouvre différents domaines :

- Droit des assurances : code des assurances
- Droit boursier : code monétaire et financier
- Droit commercial : code de commerce,
- Droit de la concurrence : code de commerce
- Droit de la consommation : code de la consommation
- Droit des entreprises et sociétés : code civil et code de commerce
- Droit financier : code monétaire et financier
- Droit de l'informatique : code civil et code des postes et des communications électroniques
- Droit de la propriété intellectuelle, industrielle et des marques : code de la propriété.

- Le droit commercial est donc une branche du droit des affaires. Ainsi, le droit des affaires est un droit plus large que le droit commercial. Le cours de droit commercial se concentre sur la notion de commerçants. Selon le Code de commerce, sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle. Si la réalisation d'acte de commerce est nécessaire à la qualité du commerçant elle doit être durable pour atteindre la dimension d'une activité professionnelle.

Les actes de commerce sont soumis à un régime juridique particulier différent de celui des actes purement civils...

Introduction

Chapitre I : Définition du concept de Droit commercial

Quand on définit le Droit des affaires, on se confronte de suite à une difficulté majeure : la notion même de Droit ne connaît pas une définition reconnue, acceptée de tous. Même s'il existe un consensus relatif sur cette notion, l'appréhension du Droit des affaires pose des interrogations qui sont encore plus grandes ou plus spécifiques.

Une introduction se doit donc de rendre compte de cette difficulté qui se double dès l'abord. On parle souvent de Droit commercial. Il faut éventuellement préférer une terminologie à une autre.

Section 1 : Difficulté de terminologie

L'appellation de Droit des affaires est aujourd'hui souvent remplacée par Droit commercial. On peut croire à un phénomène de mode, mais il faut comprendre qu'il y a une distinction à faire : la doctrine souhaite mieux rendre compte des réalités économiques en ayant une vision juridique plus globale. Ce changement de terminologie fait apparaître que toute question trouve sa réponse dans des principes qui ont eux même des sources dans des disciplines multiples (Exemple : transmission d'entreprises, considérations sociales, économiques, successorales, etc...). L'appellation de Droit des affaires permet de traiter d'une matière assez éclatée car en marge du Droit commercial, se sont développées des disciplines nouvelles qui ont progressivement atteint une autonomie plus ou moins réelle (Droit de la concurrence, des entreprises en difficultés, Droit communautaire, bancaire, financier, des sociétés, de la propriété industrielle, etc...). Le Droit commercial est un sous ensemble du Droit des affaires et se résume aux seules règles applicables aux commerçants et aux actes de commerce. Cette appellation de Droit des affaires est très générale car elle désigne presque tout le Droit privé à l'exception du Droit de la famille. Cette notion de Droit des affaires ne saurait être utilisée pour désigner des opérations ou règles ayant vocation à s'appliquer à une catégorie de personnes données : les commerçants.

Section 2 : L'introuvable définition

Le Droit commercial est la branche du Droit privé qui est relative aux commerçants et aux actes de commerce. En effet, ce Droit comprend à la fois des règles se rapportant aux commerçants (qualité de commerçant, conditions d'exercice des professions commerciales, obligations), mais également des règles applicables aux actes de commerce. Le Droit commercial est donc bien à la fois le Droit des actes de commerce et celui des commerçants. Les spécialistes du Droit commercial se divisent sur le point de savoir si ce Droit doit être considéré comme le Droit des activités commerciales ou bien comme le Droit des commerçants. Ce Droit est constitué des dispositions ayant trait aux personnes et des dispositions portant sur les actes de commerce. La question est de savoir plutôt si les commerçants doivent être déterminés par référence aux actes de commerce, ou si les actes de commerce doivent être déterminés par référence aux commerçants. La première est dite conception objective : certains considèrent qu'il convient de fixer tout d'abord quels sont les actes qui vont être considérés comme des actes de commerce, le commerçant étant alors défini comme celui qui accomplit à titre professionnel des actes de commerce. La deuxième conception est dite subjective : il faut au contraire préciser en premier lieu quels sont ceux qui

doivent être réputés commerçants, les actes de commerce étant alors définis comme les actes passés par les commerçants dans l'exercice de leur profession. L'opposition entre ces deux conceptions porte sur la question de savoir si la définition première doit être celle des actes de commerce ou bien celle des commerçants.

§1 – Les deux conceptions du Droit commercial

La conception objective et la subjective vont être envisagées. On parlera des mérites respectifs de chacune, mais aussi les difficultés pratiques de mise en œuvre du Droit positif à leur égard.

A – La conception objective du Droit commercial

Le Droit commercial est le Droit des actes de commerce car la réalité première sur laquelle ce Droit se fonde est celle des actes de commerce. Les règles particulières du Droit commercial ont été élaborées en raison de l'existence de cette catégorie d'actes si particuliers. Dans cette conception, la notion de base est celle d'actes de commerce. On détermine donc ici d'abord si un acte est effectivement ou non un acte de commerce d'après ces éléments intrinsèques, sans prendre en considération la personne qui les a accomplis. La définition du commerçant est ici subsidiaire par rapport à celle d'actes de commerce. Cette conception du Droit commercial conduit à déclarer que les actes accomplis par un commerçant ne seront pas nécessairement des actes de commerce. Ils n'ont cette qualité qu'autant qu'ils réunissent les caractéristiques de tout acte de commerce. A contrario, un non commerçant peut fort bien accomplir des actes de commerce dès lors que ceux-ci répondent à la définition que l'on en fait.

B – La conception subjective du Droit commercial

On peut soutenir que le Droit commercial est le Droit des commerçants, par ce qu'il a été créé pour répondre aux besoins des commerçants. Dans cette conception, on parle de la détermination des commerçants. La définition des actes de commerce est secondaire. Les actes de commerce sont les actes effectués par les commerçants. Cette conception a pour conséquence le fait que tous les actes accomplis par un commerçant dans l'exercice de sa profession, sont des actes de commerce sans qu'il soit nécessaire de rechercher s'il présente les caractéristiques que l'on attribue généralement aux actes de commerce. Les actes passés par les non-commerçants ne sont pas des actes de commerce.

C – Les principaux mérites inhérents à chacune de ces deux conceptions

Avec la conception objective, on soumet aux mêmes règles, tous les actes présentant un caractère commercial. On peut estimer normal que toutes les opérations qui sont liées à la vie des affaires relèvent des mêmes principes, quelle que soit la qualité de la personne.

Avec la conception subjective, on régit avec des règles distinctes, d'une part les actes passés par les commerçants, d'autre part les actes similaires passés par des non commerçants. On pourra tout autant estimer que ce résultat est pertinent. On peut estimer qu'un commerçant doit être gouverné par des règles moins protectrices, plus rigoureuses que pour un non-commerçant.

D – Difficulté de mise en œuvre des deux conceptions

Il semble donc qu'il suffise d'exercer un choix entre les avantages qui s'attachent à la conception objective et la subjective. Une telle option ne résoudrait pas tous les problèmes, loin s'en faut. Si ces deux théories sont défendables sur le plan de la théorie, elles restent très difficiles à mettre en pratique, surtout quand elles sont exclusives l'une de l'autre. D'une part la théorie objective, prescrit de déterminer les actes de commerce sans tenir compte de la qualité de leur auteur. Les actes de commerce les plus courants ne se distinguent des actes civils de même type que par le but poursuivi, par l'objectif de la personne qui réalise les actes. Cet objectif dépend lui-même de la question de savoir si l'auteur de ces actes est un commerçant ou un non-commerçant. D'autre part, pour la théorie subjective, elle commande de déterminer en premier lieu les individus qui seront considérés comme des commerçants. Mais pour dissocier les deux, on ne peut que se référer à la nature de l'activité exercée.

On abouti donc dans les deux cas à une impasse. Il est alors difficile de prendre partie en faveur de l'une ou l'autre de ces deux conceptions.

§2 – La position du Droit positif

Il s'agit ici de déterminer quelle est la position qui prévaut en Droit commercial. Dans l'ancien Droit, avant le Code de commerce de 1808, c'était la théorie subjective qui prévalait. Les règles du Droit commercial au Moyen Age, avaient été créées par des commerçants pour des commerçants. Le Droit commercial était un Droit professionnel et les règles n'étaient pas élaborées en prévision des opérations ayant un caractère plus ou moins commercial.

Depuis l'avènement du Code du commerce, l'article L 121-1 indique que les commerçants sont ceux qui exercent les actes de commerce et en font leur profession habituelle. C'est bien ici la théorie objective qui semble prévaloir et les articles L 110-1 et L 110-2 sont très éclairants : ils listent un ensemble d'actes de commerce desquels découlent le statut de commerçant. C'est pourquoi la plupart des auteurs a considéré et continue de considérer que c'est la conception objective qui mène le Droit commercial. La définition du commerçant apparaît subsidiaire par rapport à celle d'actes de commerce. Pour savoir si l'on a affaire à un commerçant, il faut regarder quel type d'actes il conduit.

L'adoption de la conception objective répondait aux idées en vigueur à l'époque de la Révolution, laquelle avait proclamé le principe d'égalité des citoyens. L'adoption d'un tel principe ne pouvait que conduire à la suppression des classes et donc aux droits dont pouvaient se prévaloir les commerçants.

En réalité le Droit commercial positif ne paraît pas avoir exercé un choix très net. À certains égards, il fait triompher la conception objective. On peut admettre que le Code de commerce s'attache en premier lieu à préciser quels actes doivent être considérés comme des actes de commerce. On peut aussi considérer que certains actes sont toujours commerciaux alors même qu'ils ne sont accomplis par des non-commerçants (lettre de change). Certaines règles actuelles se concilient nettement avec la conception subjective du Droit commercial. La plus importante de ces règles est celle de la commercialité par l'accessoire. Au terme de cette règle, tous les actes faits par un commerçant dans l'exercice de son commerce, sont

commerciaux, alors même qu'ils n'entrent pas dans les différentes catégories d'actes de commerce prévus aux articles L 110-1 et -2.

Il est préférable de dire que le Droit français n'a pas opté pour une conception. On ne sait pas très bien si le Droit commercial est le Droit des commerçants ou le Droit des actes commerciaux.

Section 3 : Originalité du Droit des affaires

Le Droit des affaires a ses propres originalités relatives à la vie et au développement du monde des affaires. Le monde des affaires exige rapidité mais aussi simplicité dans les opérations conclues. Tout dépend des opportunités qui se présentent. La gestion courante de l'entreprise ne doit pas être compliquée par un formalisme lourd et contraignant. C'est pourquoi les contrats sont en principe conclus par un simple échange de consentements (solo consensus), de lettres, télex, courriels. Les transferts de créance, valeurs mobilières cotés en bourse se font selon des procédures informatiques qui sont particulièrement simplifiées. A l'inverse, quand il s'agit de grands contrats, il y a des phases de précontrat, de négociations qui sont très longues, on est loin de la rapidité et de la simplicité.

Il est aussi question d'une exigence de sécurité. Les obligations doivent être exécutées ponctuellement. L'idée est qu'un retard dans la livraison ou dans le paiement peut avoir des conséquences pour le créancier mais aussi pour toute la chaîne dans laquelle il se situe.

Il est aussi question d'une exigence de technicité. Les praticiens des affaires mettent souvent au point des montages complexes. Différentes sociétés interviennent avec des financements différents : succursales, réseaux de magasins, contrats de franchise, distribution sélective. Tous ces mécanismes requièrent souvent l'intervention de spécialistes du Droit qui vont connaître parfaitement la pratique des contrats, société, fiscalité et comptabilité.

Au delà des rivalités, des égoïsmes classiques, il existe une certaine forme de solidarité entre professionnels. Cette confiance résulte du sentiment d'appartenance à un milieu d'affaires. Cette confiance mutuelle se traduit par au travers de la bonne foi et du rôle qu'elle va jouer. Elle va être fondamentale dans la conclusion et l'exécution du contrat. Très souvent les commerçants ont recours à l'arbitrage : justice privée et discrète ; souvent aussi à la transaction au sens juridique du terme. Le monde a généré ses propres règles et donc ses exigences propres à la vie des affaires sont à l'origine de règles spéciales qui vont déroger au Droit commun. Des règles spéciales viennent déroger au Droit commun ce qui fait que le Droit commercial est un Droit d'exception qui se démarque des règles de Droit civil. L'exemple type est celui du régime de la preuve : en Droit civil, la règle est celle de la preuve préconstituée, tout acte dont l'objet a une valeur supérieure à 1 500 € doit être passé par écrit, le Droit commercial, lui, affirme le principe de la liberté de la preuve. C'est à dire, un contrat peut être prouvé par tout moyen. Un autre exemple est celui de la solidarité : en Droit civil elle ne peut, entre les débiteurs d'une même dette, résulter que d'une stipulation expresse ; à défaut la dette est conjointe ce qui signifie qu'elle se divise. En Droit commercial, la solidarité entre les codébiteurs est présumée. Un troisième exemple concerne les litiges entre commerçants qui sont portés devant une juridiction spéciale : le tribunal de commerce, composé de commerçants élus. Anatocisme : capitalisation des intérêts.

Cependant, malgré ces traits spécifiques, le Droit des affaires n'est pas totalement indépendant du Droit civil, il entretient souvent des rapports de complémentarité. Se pose alors la question de l'interprétation du Droit des affaires. Le Droit des affaires est un Droit d'exception, il devrait donc être interprété restrictivement. Dès lors que le Droit des affaires ne donnerais pas la solution juridique, il faudrait se tourner du côté du Droit civil pour trouver la solution. D'un autre côté, on peut considérer que la spécificité du Droit des affaires pousse à la reconnaissance de son autonomie vis-à-vis du Droit commun. Le Droit des affaires pourrait donc se suffire à lui-même et donc se libérer de toute attache. En réalité, cette thèse de l'autonomie du Droit des affaires ne l'a pas emporté, on reconnaît plutôt que le Droit des affaires côtoie le Droit civil.

Chapitre II : L'histoire du Droit des affaires

On peut distinguer ici deux grandes périodes à durées inégales. La première commencera à la Romantique (4^e s avant JC ou bien du temps des Phéniciens : ceux qui ont inventé l'argent) et finira à la Révolution. La deuxième débutera à la Révolution et continuera encore.

Section 1 : Avant le Code de commerce

On distingue l'époque de l'antiquité méditerranéenne et l'époque romaine. Puis viennent le Moyen Age, la Renaissance, le 16^e s puis la Révolution. On va constater que le Droit commercial est apparu, s'est affirmé puis s'est consolidé.

§1 – Apparition du Droit commercial

L'antiquité méditerranéenne connaissait déjà quelques règles applicables aux relations nées du commerce, particulièrement du commerce maritime. On a ainsi connaissance des règles relatives à certains contrats commerciaux (prêt à intérêt). Ces contrats étaient en valeur à Babylone (-2000) dans le Code d'Hammourabi qui pouvait servir aux commerçants. Dans la Grèce ancienne aussi on retrouve des contrats commerciaux. La loi dite de l'avarie commune : le propriétaires des différentes cargaisons transportées par un même navire devaient contribuer à la perte subie par ceux dont la cargaison avait due être jetée à la mer pour jeter le navire. Aucune preuve n'a été faite qu'elle n'ait pas été appliquée à des non-commerçants. On ne peut donc pas affirmer qu'il s'agissait déjà d'un Droit purement commercial. Le Droit romain ensuite n'a jamais connu l'existence de règles commerciales particulières. Les relations nées du commerce étaient régies par la *Jus civil*. C'était surtout le *Jus Gentium* qui comportait des règles commerciales. Les relations commerciales étaient basées sur des institutions adaptées au besoin du commerce. Par exemple la vente commerciale était soumise au principe du consensualisme vers la fin de l'empire romain : c'est un principe qui répond parfaitement au besoin de rapidité de la vente commerciale. Mais il ne s'appliquait pas que aux ventes commerciales, il était aussi valable pour tout autre type de vente. Le commerce était méprisé (baux emphytéotiques). Les pères de famille faisaient exercer le commerce par leurs esclaves qui se retrouvaient ainsi progressivement riches.

§2 – Affirmation du Droit commercial

Elle s'inscrit sur une période couvrant le Moyen Age. On peut alors vraiment parler de son apparition. Il faut attendre les 11^e et 12^e s pour rencontrer des règles propres au commerce. Cela apparaît dans les villes italiennes : Venise, Gènes, Pise, Florence. Les marchands sont regroupés en corporations et les statuts de ces corporations comprenaient des règles originales étant élaborées par et pour les commerçants. Ces règles avaient pour domaine le milieu bancaire, le transport maritime. Le Droit romain avait une grande influence. Ces commerçants arrivaient au pouvoir dans ces villes et Républiques, et ils étaient amenés à rédiger eux-mêmes les statuts de ces Républiques. C'est tout naturellement qu'ils étaient amenés à intégrer dans les statuts municipaux les règles de Droit commercial qu'ils avaient élaborés auparavant. Ces règles étaient sanctionnées par des juridictions spéciales étant composées par des commerçants : juridictions consulaires. Dans ces villes, un Droit commercial s'est instauré. Ce mouvement se retrouve dans les siècles suivants dans l'Europe entière. Dans différents pays, les règles du Droit commercial vont naturellement découler des corporations. Le Droit commercial issu des foires existe aussi. A partir du 15^e s, on assiste au développement de foires internationales. On fixait des règles pour foirer : mesures, règles juridiques, garantie, sécurité, trêves, engagements contractuels, sanctions encourues en cas de non-respect de certaines règles. Toutes ces règles progressivement élaborées sont devenues un Droit commercial qui se transmettait entre commerçants. Des juridictions spéciales, temporaires existaient, elles étaient à l'origine de nos actuels tribunaux de commerce. Le Droit des foires était parallèlement au Droit des corporations une seconde source d'un Droit commercial autonome.

Au 16^e s, le Droit commercial est constitué en une discipline particulière, indépendante. Ce Droit commercial va subsister et s'accroître avec les premières tentatives de codification de ce Droit et l'instauration des premiers tribunaux de commerce permanents. Les monarchies qui se succèdent ont conscience de devoir protéger et surveiller ce milieu. En France, le pouvoir royal va légiférer s'agissant des foires et des corps de métiers. Cette réglementation n'est pas uniforme pour autant : certains corps de métier vont demeurer plus ou moins libres, alors que d'autres sont soumis à des règles contraignantes. Le tribunal du Chatelet à Paris a été institué par un édit en 1563 par Charles IX, c'est le premier tribunal de commerce en France. Ces interventions royales vont colorer le Droit commercial. Le Droit commercial, d'essence internationale jusque là, devient un Droit national. Il était jusque là aussi essentiellement un Droit coutumier, oral, il va devenir écrit, ce qui est un virage pour un Droit. Il évolue alors beaucoup moins vite et se fige. Exemple : ordonnance de Colbert de 1673 cherchant à unifier le Droit commercial terrestre : Code marchand ou Code Savary ; ordonnance sur le commerce maritime de 1681.

§3 – Consolidation du Droit commercial

La Révolution va apporter le principe de la liberté du commerce et de l'industrie avec les lois des 2 et 17 mars 1791, et le décret de la suppression des corporations, des maîtrises et des jurandes (charges conférées à un ou plusieurs membres d'une corporation). Loi Lechapelier des 14 et 17 juin 1792.

Ces décisions modifient totalement la partie du Droit commercial relative à l'organisation des professions. La Révolution va remanier en profondeur le Droit commercial sans le supprimer,

au travers d'un travail de codification mis en œuvre sous Colbert. Ce travail va échouer à cause de l'instabilité de l'époque. En 1806, à la demande expresse de Napoléon, une commission composée de négociants et de magistrats va être réunie pour composer un Code de commerce des Français, dont le but était de remplacer l'ordonnance de 1673. L'œuvre fut menée à bien et le 15 juin 1807, le Code est terminé et entre en vigueur le 1^{er} janvier 1808.

Section 2 : Depuis le Code du commerce

L'apparition même d'un Code de commerce est le témoin d'une évolution importante car il y avait une dualité de fond. Grâce à ce Code, il va y avoir aussi une dualité de forme.

§1 – Le Code de commerce

Ce Code était composé de 648 articles, mal rédigé et ayant mal vieilli. Les révolutions ne pouvaient être envisagées. Dès 1807 ; le Code du commerce n'était plus LA source unique du Droit commercial. Les contrats commerciaux ont été de suite soumis aux règles énoncées dans le Code civil, règles relatives à la théorie générale des contrats, des obligations. De nouvelles lois ont du rapidement être élaborées : loi de 1867 sur les sociétés commerciales ; textes ont régi le Droit commercial au travers de la notion de fond de commerce : loi du 17 mars 1909 ; décret du 30 septembre 1953 relatif à la propriété commerciale. Notre époque a vu se multiplier ces lois. 24 juillet 1966 : réforme du Droit des sociétés. 25 janvier 1985 : redressement et liquidation judiciaire des entreprises. Le Code de commerce est ainsi largement dépassé. Il y a beaucoup d'autres textes fondamentaux votés en fonction des politiques économique en place. Les règles du Droit commercial peuvent orienter l'économie et constituent un instrument privilégié du pouvoir en place.

Plusieurs époques peuvent être retenues :

Époque libérale : nombreux textes ont cette orientation jusqu'en 39-45. Le législateur va offrir aux commerçants de trouver du crédit, de protéger leur marque, leurs inventions.

L'après guerre est une période de reconstruction et donc de dirigisme. Il y a de nombreuses nationalisations : entreprises, banques. Une ordonnance de 1945 encadre les prix. Il y a une politique de planification qui est entreprise pendant 20 ans environ. Puis il y a des lois néolibérales qui connaissent des variantes en fonction de l'alternance politique. Puis vient une phase de privatisation. Le législateur a des préoccupations tout a fait contradictoires : il souhaite faciliter la création des entreprises et favoriser les échanges, à ce titre, de nouvelles structures sont offertes pour l'exercice de cette activité commerciale. Dans le même esprit, l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 qui permet une libéralisation des prix. La loi du 1^{er} juillet 1996 qui abolit le refus de vente entre professionnels. Dans le même ordre d'idée : lois relatives aux procédures collectives vont être votées et privilégient la période de prévention en laissant de côté la notion de sanction des entreprises.

Le législateur veut tout autant favoriser des catégories professionnelles particulières qui ont besoin d'une protection particulière renforcée : épargnants, petits commerçants (loi Royer de 1973), artisans, entrepreneurs individuels ou les consommateurs. La loi NRE du 15 mai 2001

est un four tout qui intéresse le Droit commercial, le Droit de la consommation, de la concurrence. Les lois sont de moins en moins bien rédigées.

§2 – L'évolution récente du Code de commerce

Le gouvernement en 2000 a entrepris une vaste restauration de recodification du Code de commerce. L'objectif était de réunir et d'ordonner les textes disparates pour tenter de redonner une cohérence à la matière. Il faut le Code de commerce, le Code des marchés financiers et le Code de propriété intellectuelle. Le résultat est une ordonnance du 18 septembre 2000 donnant naissance à un nouveau Code de commerce. Il regroupe désormais 9 livres

A voir....

1. r

2. r

3. r

4. r

5. r

6. r

7. r

8. r

9. r

Il y a aussi le code monétaire et financier qui dispose de 7 livres.

1. r

2. r

3. r

4. r

5. r

6. r

7. r

Ces deux codifications ont fait l'objet de nombreuses critiques de plus en plus vives. Tout d'abord, la codification devait intervenir à Droit constant (sans modification des dispositions déjà existantes, ces dernières auraient gardé leur numérotation ancienne). Il y a aussi des modifications incroyables. La clarification obtenue est toute relative dans la mesure où la répartition est purement artificielle (lettre de change se situe dans le Code de commerce, le chèque dans le Code monétaire et financier). La consultation des Codes est tout à fait insuffisante pour connaître le Droit applicable. Pour connaître le régime juridique de certains contrats commerciaux, il faut se référer au code de commerce, au c.civ., au Code de la consommation, Code de l'artisanat, code des principes communautaires. Cette codification n'est pas suffisante.

Chapitre III : Les sources du Droit commercial des affaires

Ces sources sont au nombre de trois.

Section 1 : Les sources étatiques

Il y a deux grands ensembles : normes supérieures, normes inférieures.

Sous section 1 : Lois et règlements

Les lois : tous les textes écrits relatifs au Droit commercial, adoptés et promulgués par le législateur français.

§1 – Conventions internationales

La France a conclu, a conclu, et conclura de nombreuses conventions internationales. Ces divers traités redonnent au Droit commercial un accent international qu'il avait perdu depuis plusieurs siècles. Ces traités doivent être distingués à deux points de vue : d'abord quand à leur répercussion sur la législation française, ensuite suivant le nombre des États cocontractants.

A – Distinction fondée sur les conséquences des traités en ce qui concerne la législation interne française

Les traités signés par la France peuvent avoir des prolongements très différents les uns des autres, en ce qui concerne les lois commerciales relatives aux problèmes ayant fait l'objet de conventions. Tantôt ces traités ne touchent pas à la législation interne, ils se contentent simplement de lui superposer une nouvelle réglementation qui va alors être en vigueur dans les relations entre États cocontractants. Tantôt, ces traités aboutissent à une modification des règles commerciales françaises qui étaient jusque là en vigueur. Ce sont alors des conventions qui ont tendance à uniformiser le Droit interne de tous les États signataires. Convention de Genève de 1930 et de 1931 : lettre de change et billet à ordre.

Ces conventions se sont substituées aux Droits nationaux et cette substitution est intervenue au travers de décrets-lois en 1935, on parle de traité d'unification. Traités des trois communautés. Ces traités sont à l'origine de nombreuses dispositions, surtout, ils posent des

règles en lien avec le Droit commercial et qui sont applicables dans les rapports entre États. Une uniformité du Droit n'est pas imposée. Ces traités, surtout celui de la CEE, visent tous l'élaboration d'un Droit commercial européen même si pour l'heure ils ne touchent que certains aspects limités. La société européenne existe déjà, une harmonisation des règles de constitution et de fonctionnement des sociétés commerciales est prévue. Le GEIE existe aussi : groupement européen d'intérêt économique. Les exemples sont de plus en plus nombreux qui montrent que le Droit national s'uniformise progressivement avec ses Droits voisins. C'est en cela que l'on constate une évolution de ce Droit commercial. Les conventions sont une source incontournable.

B – Distinction fondée sur le nombre d'État cocontractant

La France conclut des traités soit avec un seul État, soit avec plusieurs États : conventions d'union.

1) Les traités bilatéraux

Ils sont très nombreux en matière commerciale. Ce sont des conventions ayant pour objet l'activité de commerçants français à l'étranger et par réciprocité l'activité de commerçants étrangers en France. Il existe aussi d'autres types : relatives aux tarifs douaniers, relations commerciales et maritimes.

2) Les conventions d'union

Il y a des conventions d'union ratifiées par un grand nombre d'États. Les principales unions en matière commerciale sont les deux conventions de Genève sur les effets de commerce, la convention de Bern sur les transports de chemin de fer de 1890, la convention d'Ottawa sur les transports aériens de 1999, la convention d'union de Paris portant sur la propriété industrielle de 1883, les traités de l'Union Européenne.

§2 – Les lois

Il faut apprécier les lois distinctes du code de commerce. On va revenir sur la pauvreté de ce Code. Dès 1807, le Code de commerce n'intégrait pas toutes les lois concernant le commerce. Les lois antérieures au Code de commerce n'avaient pas été abrogées, certaines lois anciennes concernant des matières non règlementées par le Code de commerce ont subsisté. Exemple : dispositions relatives à l'organisation des bourses, loi du 28 ventose an IX.

En ce qui concerne les lois postérieures au Code de commerce. Quant à la forme, il faut remarquer que toutes les lois commerciales intervenues après la publication du Code de commerce n'ont pas été intégrées dans ce Code. La plupart de ces lois sont regroupées dans un appendice, qui est de plus en plus important que le nouveau Code de commerce n'est pas parvenu à faire disparaître. On distingue généralement des lois d'essence libérales ayant été adoptées au cours du 19^e s et au début du 20^e s. On distingue une seconde vague avec des lois postérieures se présentant comme des réactions au libéralisme économique qui a précédé. Ces lois traduisent une intervention autoritaire de l'État dans le monde du commerce. La loi du 28 mai 1838 est consacrée au régime de la faillite et qui propose une moins grande sévérité à

l'égard des commerçants se retrouvant dans une situation financière délicate. Toute une série de lois qui à pour but de permettre aux commerçants d'obtenir plus facilement des crédits. On cherche à aider le commerçant pour faciliter l'activité économique et permettre la liberté commerciale. En contrepartie, ces mêmes lois laissent sans aucune protection les parties économiquement faibles. On distingue un certain dirigisme de l'État qui tend à protéger certaines catégories de personnes, des lois tendant à planifier l'économie. Dans cette catégorie, on regroupe les lois relatives à la constitution et au fonctionnement des sociétés : loi très dirigiste du 24 juillet 1966 ; loi du 30 août 1947 sur l'assainissement des professions commerciales ; loi du 1^{er} août 1905 sur les fraudes et leur répression. Des lois qui vont permettre la taxation des prix, le contrôle des changes et sur la nationalisation des sources d'énergie. Une nouvelle philosophie arrive depuis 20-25 ans, philosophie libérale.

§3 – Les règlements

On entend par là les décrets pris par le Président de la République ou le Premier Ministre. Avec la Constitution de 1958, la compétence du gouvernement a été étendue, c'est à dire que de nombreuses matières parlementaires appartiennent désormais au gouvernement. En matière commerciale, les principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales continuent à relever de la seule loi. Il en est de même des grands principes de la liberté du commerce et de l'industrie. La compétence législative a été maintenue dans certains secteurs, notamment la protection de la propriété industrielle et commerciale (loi sur les brevets du 2 janvier 1968, loi sur les marques du 4 novembre 1991). Certains secteurs ont été transférés au législatif en 1958 contre toute attente, par exemple ce qui relève des baux commerciaux (gouvernemental avant 1958). Certains domaines ont tout de même été abandonnés au gouvernement, importantes réformes pour le RCS intervenues par décret. Des circulaires peuvent compléter ces décrets pour préciser l'intention du gouvernement. On assiste à une dilution du pouvoir du peuple car des textes viennent préciser la teneur d'un texte (Pourquoi un ministre peut il orienter un texte et même le dénaturer ?). Les ordonnances diluent aussi le pouvoir.

Sous section 2 : Les autres textes

Ils peuvent constituer une source de Droit, même si les juristes n'apprécient guère ce genre de source car l'autorité de ces textes est difficile à cerner.

§1 – En provenance des ministères

Il faut voir la grande variété des sources administratives. Ces textes précisent généralement les conditions d'application de la loi. Ils ont une très grande importance pratique. En Droit civil, le rôle reste très mesuré. Faisons état des arrêtés ministériels ayant une influence prépondérante sur la vie des affaires, de même les réponses ministérielles qui constituent souvent une interprétation officielle à laquelle on va se fier à défaut de jurisprudence ou de doctrine, sauf une interprétation contestée par les tribunaux. Ces réponses sont très nombreuses en matière fiscale, et dans le Droit des sociétés. Les circulaires jouent un rôle prépondérant dans le Droit commercial : circulaire Fontanet de 1973 relative aux grandes surfaces commerciales. Ce sont des textes qui ont une autorité souvent absolue dans la pratique. Elles sont considérées à défaut d'autres textes, comme LA référence alors qu'il serait préférable de se reporter à des grands principes. Ces circulaires interviennent en matière

de protection des consommateurs, maintien de la libre concurrence. L'administration se borne parfois à publier de simples communiqués en phase avec le Droit commercial ayant une nature juridique imprécise. Il y a une insécurité juridique grandissante.

§2 – En provenance des commissions

Il faut tenir compte de la doctrine de certains organismes comme l'AMF, la commission de la concurrence. Ces organismes édictent des codes en matière d'opérations réalisées par des sociétés qui font publiquement appel à l'épargne. L'objectif est de contrôler les faits et gestes des acteurs économiques au travers de directives, suggestions. Le conseil de la concurrence par exemple propose de rédiger les contrats de franchise selon une certaine forme. Il faut scrupuleusement respecter ces dites suggestions, il n'y a pas tellement les choix pour rentrer dans « les clous ». On assiste à l'avènement de pratiques professionnelles qui ne sont pas des règlements administratifs au sens strict du terme. Néanmoins, leur valeur juridique pose problème : monde du soft Law. On est à la lisière du Droit. On doute ainsi de la valeur juridique de ces règles, c'est pourquoi on les applique par défaut. Cela est valable pour toutes les AAI. IL y a une sorte de dégradation des sources du Droit commercial. Les sources et les documents nécessaires à la connaissance et la bonne compréhension du Droit commercial, sont de plus en plus nombreux. On constate que le Droit commercial n'échappe pas au phénomène d'inflation législative qui a été dénoncé par de nombreux auteurs. « Nul n'est sensé ignorer la loi ».

Section 2 : La source jurisprudentielle

(Sujet année précédente : L'évolution des sources du Droit des affaires).

Sous section 1 : La justice consulaire

Le tribunal de commerce trouve son origine au 14^e s dans les républiques de Gène et de Venise où se trouvaient des juges consuls élus par les commerçants pour trancher les litiges entre marchands. Ces juridictions consulaires ont été introduites en France au Moyen Age et institutionnalisées par un édit de Charles IX en 1563. Ils se trouvent dans les grandes villes marchandes de France. Ce système électif des juges, nommés par leurs pairs, a su traverser la Révolution et donc perdurer. Il existe actuellement 190 tribunaux de commerce répartis sur tout le territoire.

§1 – Organisation des tribunaux de commerce

Le nombre des tribunaux est fixé par décret en conseil d'État, le siège de chacun de ces tribunaux et son ressort territorial sont tout autant fixés par décrets. La disparition ou la création d'un tribunal de commerce est fonction de l'activité commerciale de la zone géographique. Certaines zones en sont dépourvues : Creuse. Certaines villes sont beaucoup mieux dotées. Le contentieux commercial y est abondant, la densité économique aussi. Le nombre de juges est alors fixé par décret et est proportionnel à cette activité. Exemple : 170-180 juges à Paris. Quand il n'y a pas de tribunaux de commerce, c'est le TGI qui prend la

relève et qui va statuer commercialement. Article L412-16 COJ (Code de l'organisation judiciaire) prévoit une telle démarche.

Tout tribunal important est, en vertu d'un décret, subdivisé en chambres. Chaque chambre est composée de 8 juges avec à sa tête un président de chambre désigné par l'assemblée générale du tribunal de commerce.

Le TC statue toujours en formation collégiale de 3 juges au moins et nombre impair.

· L'élection des juges consulaires

Ils ne sont pas élus directement par les commerçants. Elle se fait à deux degrés. Les commerçants élisent des délégués consulaires puis ces derniers élisent des juges. Les commerçants : trois catégories de personnes sont admises à participer à l'élection des délégués consulaires : les commerçants de nationalité française et leur conjoints inscrits au RCS (registre du commerce et sociétés), les sociétés par l'intermédiaire de leur représentant légal, les membres en exercice et les anciens membres des TC et les membres des chambres de commerce et d'industrie.

Pour être éligible dans les fonctions de délégué consulaire, il faut être inscrit sur les listes électorales. Pour devenir juge consulaire, il faut être inscrit sur les listes électorales, avoir au moins 30 ans, avoir exercé la profession depuis au moins 5 ans dans le monde des affaires. Il faut surtout justifier de ne pas avoir fait l'objet d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire. Chaque juge exerce ses fonctions après avoir prêté serment comme tout magistrat de l'ordre judiciaire et tout manquement à l'honneur, à la dignité et aux devoirs de sa charge constituent une faute disciplinaire qui sera appréciée par une commission nationale de discipline pouvant prononcer soit le blâme, soit la déchéance du juge. Les décisions de cette commission sont susceptibles d'un recours devant la C.Cass. Décret du 18 juillet 2005 : 2005-808, JPO 20 juillet 2005 portant sur les modifications de règles pour l'élection des juges consulaires.

Les greffiers ont là une particularité : à la différence des autres juridictions, le greffe du TC est assuré par un officier ministériel lequel est titulaire d'une charge (profession libérale). Il est nommé par le garde des sceaux et peut présenter son successeur au ministre de la justice.

Le procureur de la république du TGI dans le ressort duquel se trouve le TC, exerce le ministère public. Sa mission est d'autant plus importante que le nombre des entreprises en difficulté est grand.

§2 – Compétences des tribunaux de commerce

L'originalité et la spécificité du TC résident dans le fait que les juges sont tous élus par leurs pairs, qu'ils exercent leur fonction totalement bénévolement et parfois même maintiennent leur activité professionnelle dans le monde des affaires tout en jugeant. Ce sont des juges occasionnels bénéficiant d'une très grande expérience très utile pour le règlement des litiges commerciaux. Ce sont des personnes qui se trouvent éloignées des contingences économiques.

Il y a eu plusieurs projets de loi qui ont tenté de réformer ce type d'organisation, pour instaurer l'échevinage. Ces projets sont toujours restés lettre morte pour des raisons politico budgétaires. L'idée était d'introduire des magistrats professionnels au côté de magistrats du monde du commerce. Si l'on se met à rémunérer les magistrats, il y a un grand problème de budget. Dernier projet en 1999.

A – Compétences d'attribution

Le TC est une **juridiction d'attribution**. Elle est compétente pour juger en première instance les affaires commerciales. Il traite les affaires relatives aux actes de commerce, les litiges entre commerçants, ce qui relève du redressement et de la liquidation judiciaire.

1) Le TC

C'est une juridiction d'attribution qui est compétente pour juger une affaire exclusivement eu regard de sa nature commerciale. Néanmoins, quand le litige concerne un acte mixte, c'est à dire un acte opposant un commerçant et un non-commerçant, le non-commerçant peut exercer l'option de juridiction. Il peut saisir soit le TC, soit le TI ou TGI. Par contre, si le commerçant est demandeur, il ne peut assigner que devant une juridiction civile. On tente par là de protéger le consommateur face à commerçant. Le montant du litige est pris en considération essentiellement pour savoir si l'affaire va être jugée en premier et en dernier ressort. Moins de 3800 : pas d'appel possible, premier et dernier ressort, cassation possible. Plus de 3800 : premier ressort, appel et cassation possibles. Concernant les procédures de redressement et de liquidation, l'article 401 du COJ compétence exclusive à certains tribunaux de commerce eu égard à leur compétence, à leur expérience dans le domaine. Il faut savoir qu'au sein du tribunal de commerce, chaque procédure collective est placée sous l'autorité d'un juge commissaire lequel est chargé de veiller au déroulement rapide de la procédure et à la protection des intérêts en présence. C'est pourquoi il dispose d'un pouvoir juridictionnel par voie d'ordonnance.

2) Les attributions du président du TC

C'est une juridiction d'attribution. Il est donc compétent pour juger une affaire exclusivement au regard de sa nature commerciale. Néanmoins lorsque le litige concerne un acte mixte c'est à dire un acte opposant un commerçant et un non commerçant. Ce dernier peut exercer l'option de juridiction. En fait il peut saisir soit le TC soit le Tribunal d'instance ou le TGI. Par contre si le commerçant est demandeur, il ne peut assigner que devant une juridiction civile. On tente par là de protéger le consommateur face à commerçant. Le montant du litige est pris en considération essentiellement pour savoir si l'affaire va être jugée en premier et en dernier ressort. Moins de 3800 : pas d'appel possible, premier et dernier ressort, cassation possible. Plus de 3800 : premier ressort, appel et cassation possibles. Concernant les procédures de redressement et de liquidation, l'article 401 du COJ compétence exclusive à certains tribunaux de commerce eu égard à leur compétence, à leur expérience dans le domaine. Il faut savoir qu'au sein du tribunal de commerce, chaque procédure collective est placée sous l'autorité d'un juge commissaire lequel est chargé de veiller au déroulement rapide de la procédure et à la protection des intérêts en présence. C'est pourquoi il dispose d'un pouvoir juridictionnel par voie d'ordonnance.

3) Le président du TC

Il dispose de deux attributions :

Administratives : le président joue un rôle de direction au sein de son tribunal, d'administration, d'organisation. Il préside les assemblées générales. Il désigne le vice président lequel sera amené à le remplacer en cas d'empêchement.

Juridictionnelles : le président possède un pouvoir propre qui lui est personnel. Il peut en l'occurrence rendre des ordonnances sur requête autrement dit sans débat contradictoire. Il peut rendre des ordonnances de référé cette fois ci après un débat contradictoire et des ordonnances d'injonction de payer.

B – Compétences territoriales

Elle permet de désigner parmi les TC celui devant qui le litige va être effectivement porté. Les règles de compétence territoriale sont énoncées dans les articles 42 et suivants du Nouveau Code de Procédure Civile. La question se pose également de savoir si l'on peut déroger à ces règles légales par des conventions, lesquelles prévoiraient alors la compétence du tribunal de telle ou telle ville.

1) Les règles légales de compétence territoriale

Il faut se référer à un grand principe : **il y a toujours compétence du tribunal défendeur**. Plus précisément (42 du Nouveau Code de Procédure Civile), « la juridiction compétente est celle du ressort dans lequel le défendeur a son domicile. Une jurisprudence traditionnelle admet que le défendeur lorsqu'il entretient des succursales (établissements secondaires), peut être valablement assigné devant le tribunal du lieu de son établissement secondaire. Cette jurisprudence est née à l'occasion des litiges qui opposaient les usagers aux compagnies de chemin de fer, en 1890. Pour que le tribunal du lieu de l'établissement secondaire soit compétent, il faut remplir deux conditions. Tout d'abord, le litige doit avoir sa source par une opération traitée par l'établissement secondaire. Seconde condition : l'établissement secondaire doit être dirigée par une personne habilitée à représenter la société. Le Nouveau Code de Procédure Civile admet des exceptions au principe de la compétence du tribunal du domicile du défendeur. Est également compétent en matière contractuelle, le tribunal du lieu de la livraison de la chose vendue. Plus généralement, le lieu de l'exécution principale. Deuxième exception : en matière délictuelle ou quasi délictuelle, la compétence est reconnue au tribunal du lieu où s'est produit le fait dommageable.

2) Les règles contractuelles (la clause attributive de compétence territoriale)

Cette clause désigne à l'avance, le tribunal de commerce qui va être territorialement compétent pour connaître de tout litige relatif aux contrats dans lequel elle est insérée. Cette clause est extrêmement fréquente. Quelle est la valeur de ces clauses attributives de compétence ? Dans le passé cette clause a posé de nombreux problèmes car elle figurait

souvent en petit caractère, au verso du bon de commande. Il y a eu de nombreuses décisions de justice sur ce point. Peut on admettre ou non que le cocontractant a accepté la dite clause y compris au stade de la facture. Le législateur est intervenu. Il a précisé à l'article 48 du Nouveau Code de Procédure Civile une règle très stricte. La clause n'est valable qu'à deux conditions.

· Condition de fond : la clause doit être convenue entre les deux parties. A contrario, elle est réputée nul et non écrite dans les actes mixtes ou encore dans les actes de commerce isolés. Ex : elle est considérée nul dans un acte de cautionnement souscrit personnellement par un dirigeant de société qui n'a pas lui même la qualité de commerçant. Il semble toutefois que la nullité de clause ne concerne que l'attribution de la compétence territoriale. Cela signifie donc que la compétence de la juridiction commerciale reste valable (ça n'est pas le TGI, ni le Tribunal d'instance).

· Condition de forme :

La clause doit être apparente. Ce qui paraît condamner automatiquement les attributions tacites mais également celles qui sont rédigées en caractère peu lisibles

La clause doit figurer dans l'engagement de la personne à qui elle est opposée (finie la mention de cette clause dans les factures et autres documents non signés, une telle clause serait sans valeur). Le tribunal saisi ne peut pas soulever d'office la nullité de clause. Il ne peut donc pas soulever d'office sa propre incompétence. Il s'agit d'une nullité relative (si le défendeur ne soulève pas la nullité de la clause, le tribunal restera valablement compétent).

§3 – Procédure devant les tribunaux de commerce

La procédure suivie devant les TC, généralement plus simples plus rapides qu'en la matière civile. Par ailleurs il existe des procédures spéciales dans lesquelles ces qualités sont encore renforcées.

A – La procédure ordinaire

Cette procédure obéit aux grands principes fondamentaux de toute procédure. Elle est publique, orale et surtout contradictoire. Elle comporte néanmoins une phase écrite ; concrètement l'assignation doit être délivrée par écrit et généralement les parties échangent des conclusions pour développer leurs moyens avant l'audience. Les conclusions doivent être transmises à la ou aux partie(s) adverse(s) mais également au juge saisi. Cette grande simplicité se traduit de deux façons. D'abord, le ministère d'avocat (le fait de recourir à un avocat) n'est pas obligatoire. Une partie peut comparaître seule, non assistée ou au contraire

se faire représenter par l'avocat de leur choix. Deuxième élément : le Nouveau Code de Procédure Civile a consacré une pratique très ancienne des tribunaux de commerce : le débat peut avoir lieu devant un seul juge qui est alors appelé juge rapporteur. Il entend les explications des parties, il tente de concilier, les deux parties. En cas de non conciliation, il dresse un rapport à l'intention du tribunal lequel va rendre son jugement sans entendre de nouveau les parties. Par contre, il faut que cette procédure recueille le consentement de toutes les parties au procès. Si l'une ne comparait pas ou si une refuse de suivre cette procédure, elle va faire opposition au rapport du juge. Dans ce cas l'instance va reprendre son cheminement normal. Dans tous les cas, le jugement est rendu par au moins trois juges.

B – Les procédures spéciales

Nous nous intéresserons ici à deux procédures :

- La procédure simplifiée de recouvrement des créances (ou injonctions non payées, article 1405 du Nouveau Code pénal). Cette procédure suppose que le litige porte sur le paiement d'une créance. Il doit avoir sa source dans un contrat et dont le montant est déterminé. Le créancier n'est tenu de procéder à aucune assignation de son adversaire. Il va simplement adresser une requête au président du TC en joignant les pièces justificatives de sa demande. Le président s'il estime la demande fondée va rendre une ordonnance portant injonction de payer le plus rapidement possible. L'ordonnance est notifiée au débiteur. Le débiteur qui se voit notifié cette injonction de payer, dispose d'un délai de 1 mois pour faire opposition. S'il garde le silence, l'injonction de payer est valable et l'ordonnance va devenir exécutoire et elle autorise une saisie et n'est plus susceptible d'appel. Si le débiteur conteste, on revient à la phase ordinaire. Il engage par la même occasion une action à l'encontre du supposé créancier.

- Le référé commercial. La procédure du référé est très utilisée, souvent de façon abusive, et ce, du fait de sa rapidité. Elle se déroule devant le président du tribunal et est possible dans 3 cas :

Le référé expertise. En cas d'urgence, le président peut prendre toute mesure utile si l'affaire ne soulève pas de contestation sérieuse. Exemple : le président peut décider de la nomination d'un expert.

Le référé sauvegarde. Même en présence d'une contestation sérieuse, le président peut prescrire des mesures conservatoires ou de remise en état quand il s'agit de prévenir un dommage imminent ou de faire cesser un trouble manifestement illicite.

Le référé provision. Le président va accorder une provision, bloquer une somme d'argent, au créancier provenant du débiteur. Il ne la donne pas mais la bloque. Il peut aussi ordonner provisoirement l'exécution de l'obligation dont l'existence n'est pas sérieusement contestée.

§4 – Bilan

On va porter une appréciation sur la justice rendue en matière de Droit des affaires. On va revenir sur la jurisprudence commerciale pour ce faire, voir quelle est son efficacité et revenir sur la justice consulaire pour savoir si les particularités relevées peuvent ou non conduire à douter de sa pertinence.

A – Appréciation de la jurisprudence commerciale

Dans chaque arrêt, on trouve une solution concernant un point de Droit particulier. Il s'agit du point de Droit ayant été soumis à la juridiction qui rend la décision. L'arrêt va s'imposer aux parties au litige. Si par la suite on a affaire à un autre procès concernant d'autres parties mais qui traite du même problème de Droit, à la base le juge commercial reste libre de prendre la décision qu'il souhaite, qui lui paraît la plus juste. Il n'est donc pas obligé de reprendre la solution qui a été adoptée lors de la précédente affaire. On dit qu'il n'est pas « lié par le précédent ». Article 1351 c.civ. : chaque jugement a une autorité relative. En théorie, chaque décision est dépourvue du caractère de généralité qui est inhérent à toute règle de Droit.

Pourquoi considérer alors la jurisprudence comme une source du Droit ?

En réalité, il faut laisser de côté les principes juridiques et se préoccuper des faits. Très souvent, le juge va être influencé par la décision rendue antérieurement. Il le sera d'autant plus si cette décision émane d'une juridiction supérieure car celle-ci risque de réformer le jugement et la C.Cass. risque de casser l'arrêt si l'on a affaire à une décision dissidente de la politique juridique de la juridiction supérieure. On peut donc dire que les décisions des juridictions supérieures et particulièrement celles de la C.Cass. en sa chambre commerciale, ont une autorité non seulement à l'égard du procès particulier qu'elle tranche mais encore à l'égard de tous les procès similaires qui vont se présenter dans l'avenir. Les décisions de la C.Cass. acquièrent, en ce sens, le caractère de généralité propre à la règle de Droit. Les arrêts de la chambre commerciale sont ainsi de véritables règles de Droit que l'on suivra avec la plus grande attention. La jurisprudence de la C.Cass. peut aussi être insérée dans les sources du Droit pour une autre raison : car très souvent les décisions rendues par elle vont être reprises par le législateur, consécration suprême pour une décision de justice. Il arrive ainsi souvent qu'une réforme législative vienne consacrer une solution qui a été validée par les tribunaux depuis fort longtemps.

B – Appréciation de la justice consulaire

Cf. Intervention de M. le juge du tribunal de commerce Durand (28 octobre).

Sous section 2 : La justice arbitrale

En principe, la mission de trancher les litiges est une mission de service public. Les juridictions de l'État peuvent voir leur compétence écartée quand les parties décident de recourir à l'arbitrage en soumettant leur différend à un arbitre. On parle alors de justice arbitrale, forme de justice privée.

§1 – Définition

Les juridictions arbitrales sont des juridictions privées auxquelles les parties à un procès ont recours pour trancher leur litige. C'est leur caractère privé qui les oppose aux juridictions commerciales, lesquelles font partie de la justice publique étatique. Les juridictions arbitrales peuvent être utilisées pour régler des contestations issues du Droit civil, mais surtout pour résoudre des litiges dans le domaine du Droit commercial.

§2 – Le recours à l'arbitrage

Les parties à un procès relevant du Droit commercial peuvent recourir à des arbitres pour trancher leurs litiges. Mais elles ne peuvent faire ainsi que si elles sont d'accord sur ce point. Si l'une des parties refusait de recourir à l'arbitrage, préférant ainsi saisir la juridiction consulaire classique, l'autre partie ne peut que s'incliner devant cette demande. Il doit donc exister un accord de volonté des parties sur la question même d'un recours à l'arbitrage. Pour ce faire, les parties vont conclure une convention d'arbitrage. Deux hypothèses et donc deux sortes de conventions. Il faut distinguer le compromis et la clause compromissoire. Nous parlerons ensuite de leur admission en Droit commercial.

A – Distinction du compromis et de la clause compromissoire

On peut d'abord concevoir que les parties passent cette convention d'arbitrage alors qu'elles sont déjà en procès : c'est ce que l'on appelle le compromis.

Deuxième hypothèse : deux parties qui concluent un contrat mais pour prudence on va insérer une clause dans laquelle figure que dans l'hypothèse où il y a aurait un litige, les parties auraient recours à un arbitre. Cette convention est la clause compromissoire. Cette convention attribue à l'avance à une juridiction arbitrale les litiges que pourrait susciter l'exécution d'une convention.

B – L'admission en Droit commercial du compromis et de la clause compromissoire

Les deux conventions ne sont valables qu'en matière commerciale. Le Droit civil reconnaît la validité du compromis mais déclare nul la clause compromissoire. Le Droit commercial a toujours admis la possibilité de conclure l'une ou l'autre de ces conventions d'arbitrage. Il faut ici rentrer dans les détails.

1) Les conditions de validité de ces deux conventions

Envisageons successivement les deux.

a) Le compromis

Trois conditions sont posées. Tout d'abord, le compromis doit être passé par écrit. Cela peut être un acte notarié, un acte sous sein privé ou un acte signé par les parties ainsi que par l'arbitre. Ensuite, il doit déterminer l'objet du litige. Enfin, il doit désigner le ou les arbitres. Si toutefois il ne le fait pas, il doit pour le moins fixer les modalités de leur désignation. Le compromis doit préciser le délai laissé à l'arbitre pour qu'il rende sa décision. Si toutefois le

compromis ne le précise pas, l'usage veut qu'il soit de 6 mois à compter de l'acceptation de l'arbitre.

b) La clause compromissoire

Certaines conditions sont posées à peine de nullité de la clause. Tout d'abord, la clause doit être passée par écrit. Un décret du 14 mai 1980 indique qu'elle doit être stipulée par écrit dans la convention principale ou dans une documentation auquel elle se réfère. Ensuite, la clause doit désigner le ou les arbitres ou bien elle doit prévoir les modalités de leur désignation. Quant au délai pour rendre la sentence, la règle est la même que pour le compromis. Préciser l'objet du litige est alors impossible.

2) Les effets de ces deux conventions

Ces deux conventions d'arbitrage ont pour effet très logique d'imposer le recours à la juridiction arbitrale et de rendre incompétente la juridiction étatique. Depuis ce décret du 14 mai 1980, le compromis et la clause compromissoire produisent cet effet d'un recours immédiat à l'arbitrage sauf à imaginer que les parties renoncent ultérieurement d'un commun accord à ce qu'elles ont souhaité. IL se peut en effet que les parties changent d'avis. Ce qu'elles ont voulu ensemble peut être détruit ensemble (article 1134 alinéa 1 c.civ.). Cet accord des parties pour renoncer à la juridiction arbitrale peut être expresse et ainsi résulter d'un écrit qui va faire état de cette volonté commune. Cet accord peut aussi être tacite auquel cas l'une des parties peut saisir le tribunal et l'autre peut ne pas contester cette saisine.

§3 – La procédure d'arbitrage

A – Le choix de l'arbitre

Les parties choisissent librement leur arbitre. Toutefois, depuis le décret du 14 mai 1980, la mission d'arbitre ne peut être confiée qu'à une personne physique ayant le plein exercice de ses droits civils. Très souvent, les parties soumettent leurs litiges à des « chambres d'arbitrage », juridictions privées permanentes créées par des organisations syndicales, par des chambres de commerce. La plus connue est celle de la CCI (chambre de commerce internationale de Paris). I toutefois c'est une personne morale désignée à titre d'arbitre, celle-ci à seulement le pouvoir d'organiser l'arbitrage et donc la mission est ainsi confiée a une ou plusieurs personnes qui devront être acceptées par les parties. La personne nommée arbitre devra elle-même accepter sa mission. Une fois la mission commencée, elle ne peut plus se rétracter, sauf pour raisons légitimes. L'arbitre ne peut pas non plus s'abstenir, c'est à dire refuser de trancher le litige.

B – La procédure devant l'arbitre

Le décret du 14 mai 1980 énonce que les arbitres ne sont pas tenus de suivre les règles de procédure prévues par les tribunaux sauf si les parties en ont décidé autrement dans la convention d'arbitrage. Les arbitres sont néanmoins tenus de se soumettre à certains principes fondamentaux du procès. Par exemple dans le cadre de la motivation de la décision, le contradictoire doit être respecté, l'échange des conclusions, l'échange des preuves.

Cette approche relative à la procédure a largement évolué, amplement aussi comparativement à la période antérieure avant 1980. Dans l'ancien code de procédure civile, les arbitres devaient respecter scrupuleusement les délais et les formes établis pour les tribunaux.

Les arbitres n'avaient pas toujours à justifier, motiver leur décision.

C – La sentence arbitrale

Aux termes du décret du 14 mai 1980, la sentence arbitrale est signée par tous les arbitres. Si une minorité d'entre eux refuse de la signer, les autres doivent en faire mention et la sentence a le même effet que si elle avait été signée par tous les arbitres. La décision est prise à la majorité des voix. Généralement, le nombre d'arbitres est impair. Toutefois, si le nombre est pair, les parties doivent désigner un arbitre supplémentaire. Si elles ne s'entendent pas, ce sont les arbitres qui conviendront de la nomination d'un autre expert. A défaut d'accord de ces derniers, le président du TGI nommera l'arbitre supplémentaire (ingérence de la justice étatique dans la justice privée qui n'est pas cloisonnée).

La sentence arbitrale a une force moins grande que les décisions rendues par les juridictions étatiques. Pour pouvoir être exécutées, ces sentences doivent être ratifiées par une autorité publique. Il faut une décision d'exequatur qui émane du TGI dans le ressort duquel la sentence a été rendue. Ce n'est que quand cette sentence a reçu cet exequatur, qu'elle aura la force de la chose jugée. Dès lors que la sentence est établie, il faut emporter la minute (ou grosse : sentence en elle-même) au greffe du tribunal et y sera joint en annexe un exemplaire de la convention d'arbitrage. La sentence est en principe susceptible d'appel. Par contre, elle ne peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation car la décision intervient en équité.

§4 – L'arbitrage en Droit international

IL faut faire référence à deux conventions : celle de New York du 10 juin 1958 et celle de Genève du 21 avril 1961 qui ont été ratifiées par la France. Ces deux conventions posent un certain nombre de règles relatives à l'arbitrage international, précisent la procédure à suivre, la reconnaissance de la sentence dans les États signataires.

Ces sentences sont complétées par un régime relativement développé visé aux articles 1492 à 1507 du N.C.p.c. Ces dispositions consolident les solutions dégagées par la C.Cass. et donnent une définition de l'arbitrage international : litiges qui mettent en cause les intérêts du commerce international. De même, elles consacrent la liberté des parties de déterminer comme elles l'entendent les règles de procédure qui régissent l'instance mais aussi les règles de fond selon lesquelles le litige va être tranché. Ces dispositions organisent aussi le régime procédural de l'exécution des sentences et des voies de recours contre ces sentences. Ces sentences sont empreintes au travers des dispositions évoquées, d'un esprit très libéral conforme à l'idée de l'arbitrage international.

§5 – Bilan de la justice arbitrale

Cette justice fait l'objet d'un très grand engouement actuellement. Le bilan consistera dans la recherche des justifications de cet engouement.

La justice arbitrale présente de nombreux avantages : la célérité qui résulte de la grande disponibilité des arbitres lesquels ne connaissent pas l'encombrement des juridictions étatiques ; le moindre coût : plus besoin de frais d'avocats ni de déplacement ; la discrétion qui entoure la solution du différend : très souvent dans le monde des affaires on cherche la discrétion pour préserver son image. L'arbitrage international est devenue une procédure incontournable qui fait l'objet d'un livre entier dans le N.C.p.c. Cependant, le champ d'application de cet arbitrage n'est pas illimité : on ne peut pas compromettre sur toutes les affaires : état des personnes, divorce, contestations relevant de l'ordre public. Dès lors qu'une collectivité locale est partie à un litige, elle ne peut recourir à l'arbitrage.

Parfois, certains diront que les arbitres sont de meilleurs juges car plus compétents que les juges professionnels : ce qui est faux car ils ont formation et expérience. Dans des affaires très pointues, cela est cependant vrai.

Section 3 : Les sources professionnelles

L'objectif est de différencier certaines notions amalgamées. IL faut faire la différence entre usage, coutume, pratique, règle de l'article avec des expressions synonymes qui ne le sont pas en vérité.

§1 – Les usages internes

A – Définition

A côté des lois commerciales, il y a tout un pan que l'on nomme les coutumes commerciales ou usages commerciaux. On assimilera ici les deux termes. Néanmoins, il faut signaler que certains auteurs réservent le terme de coutume à une catégorie d'usages commerciaux dotés d'une force juridique particulière. Les coutumes commerciales ne découlent pas de la volonté des autorités étatiques, parlementaires, ou gouvernementales, contrairement aux lois. Elles sont formées par deux éléments : d'une part une pratique répétée, une habitude, d'autre part, un sentiment de se conformer à une règle que l'on croit obligatoire.

- Exemple : en Droit commercial, il y a une règle coutumière très répandue qui n'est pas admise en Droit civil ; c'est la règle selon laquelle un débiteur peut être mis en demeure de payer sa dette par une simple lettre recommandée. Un acte judiciaire est nécessaire en Droit civil. Dans cette règle on retrouve les deux éléments signalés : une habitude : tous les commerçants n'hésitent pas à envoyer une simple lettre recommandée pour mettre en

demeure ; il y a le sentiment chez les commerçants que cette pratique est obligatoire, c'est à dire qu'elle sera sanctionnée par les tribunaux si le litige est porté devant eux.

Les usages sont donc des comportements professionnels constants, notoires, et généralement anciens.

On peut opérer une distinction entre un certain nombre de coutumes commerciales. Tout d'abord, on peut opposer les coutumes commerciales codifiées et celles qui sont restées à l'état de règles non écrites. On peut faire état des usages en matière de ventes commerciales codifiés par une loi du 14 juin 1866 (reprise par une loi du 17 mars 1931). Ensuite, on peut faire une distinction en tenant compte du plus ou moins grand domaine d'application des domaines d'usage commerciaux. Certaines coutumes sont internationales, d'autres ont une application plus réduite : territoire, domaine, local. D'autres ont une application dans certaines professions, sur un type de marchandise et pas d'autres. On parlera d'usages locaux ou spéciaux, alors. Enfin, la distinction entre les différents usages commerciaux en tenant compte de leur plus ou moins grande force juridique.

B – La preuve

Les coutumes sont codifiées dans certains ouvrages. Il peut arriver qu'elles ne soient pas écrites et les choses sont plus délicates alors. Il va falloir recourir à une tierce personne susceptible d'attester de l'existence même de cette coutume. Il faut se procurer un parère : document attestant de l'existence d'une coutume ; consultation donnée par des gens expérimentés : organismes professionnels comme les CCI ou les syndicats professionnels ou de simples commerçants.

C – L'autorité

Il faut opérer une distinction entre l'usage conventionnel et l'usage de Droit qui n'ont pas la même valeur ni la même autorité. Leur différence se manifeste à propos de 4 questions.

- La partie qui revendique l'application d'un usage doit-elle rapporter la preuve de son existence ? Si on est en présence d'un usage conventionnel, celui-ci doit être prouvé par tout moyen comme n'importe quelle stipulation contractuelle. S'agissant de l'usage de Droit, il n'a pas à être prouvé, le juge est sensé le connaître. Néanmoins, dans les deux cas, on pourra recourir au parère.
- Peut-on écarter un usage en montrant que l'on ignorait son existence (ou sensé l'ignorer) ? Pour l'usage conventionnel, il va pouvoir être écarté si l'une des deux parties parvient à prouver qu'elle l'ignorait. Pour l'usage de Droit, il s'impose. Cependant, un usage ne va avoir d'autorité que dans certaines limites qui vont tenir soit à la profession soit au lieu. C'est pourquoi, il est indispensable, quand on a affaire à un usage, de commencer par fixer son domaine. Si les deux parties n'appartiennent pas au même monde professionnel ou à la même région, il ne va pas pouvoir être possible de leur appliquer l'usage.

- L'usage, peut-il prévaloir contre la loi écrite ? Pour l'usage conventionnel, il a une autorité inférieure à la loi. Pour l'usage de Droit, il va avoir la même valeur que la loi impérative. On parlera d'usage contra legem. « Specialia generalibus derogant » : le Droit spécial déroge au Droit général car elle est plus précise et orientée. L'usage contra legem, car il a un domaine d'application spécifique, va s'imposer au détriment de la loi.
- Le non respect d'un usage par un tribunal est-il sanctionné par la cassation ? Pour l'usage conventionnel, il relèvera de l'interprétation souveraine des juges du fond et la C.Cass. n'aura pas à se prononcer sur cet aspect. Pour l'usage de Droit, la C.Cass. s'autorise à contrôler l'application des usages de Droit. La violation d'un usage de Droit s'assimile à la violation de la loi et peut donc entraîner la cassation.

§2 – Les usages internationaux

S'agissant de ces usages, ils ont tous été élaborés au travers des siècles dans le cadre des sentences arbitrales rendues, publiées au journal du Droit international, Clunet.

A – Illustrations

- La nullité des contrats contraires à la morale et aux bonnes mœurs.
- Exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat (article 1134 alinéa 3).
- Obligation faite à la victime de prendre toute mesure pour limiter l'ampleur de son préjudice et donc celle de son Droit à réparation.
- L'obligation pour un professionnel de s'informer lui-même de sorte que sa démarche soit de nature à atténuer la responsabilité de son cocontractant.

B – La « Lex mercatoria »

Les usages jouent un rôle très important en Droit des affaires, essentiellement dans le domaine des contrats d'affaires. On les retrouve dans les contrats de vente, de transport, les opérations de crédit, l'affacturage (cède la créance à une société qui s'occupe de récupérer la créance au bout du trop long délai prévu pour un commerçant), la franchise. Les usages peuvent être particuliers à un secteur professionnel, commerce des grains, monde de la banque. Ces usages internationaux sont nombreux développés dans le commerce international. Il y a une double raison à cela : il faut reconnaître l'existence de règles écrites comportant des dispositions de Droit matériel (Droit concret que l'on va appliquer), Il y a très peu de règles si ce n'est la convention de vente internationale de marchandise du 11 avril 1980 à Vienne : elle propose l'application d'un Droit contractuel de la vente uniforme.

Les règles de conflit de lois sont incertaines. Ce la concerne les articles 5 à 15 c.civ. Les opérateurs du commerce international tendent à délaissier les règles écrites et à forger leur propre Droit souvent plus souple et mieux adapté à la pratique. Se forme alors progressivement un Droit des marchands non écrits : lex mercatoria. La loi de l'avarie est une

lex mercatoria. Parfois, ces usages du commerce international sont rédigés, ils se traduisent dans des contrats types, dans des recueils de définition, et se retrouvent souvent comme des Incoterms (« international commercial terms »). Certains organismes comme la CCI jouent un rôle très actif dans le maintien et l'évolution de ces Incoterms. La pratique de l'arbitrage international extrêmement développée fait largement appel aux usages pour régler des litiges mais aussi en en créant de nouveaux.

TITRE I : Les personnes privées, commerçants

Ces personnes ne peuvent devenir commerçantes que dans la mesure où elles remplissent certaines conditions. Dès lors qu'elles sont dotées de ce statut, des conséquences essentielles relatives aux actes qu'elles réalisent vont devoir être relevées.

Chapitre I : Les conditions requises pour devenir commerçant

Ce chapitre a pour objet essentiel de relever, de répertorier, ces différentes exigences qui sont rédhitoires. Certaines d'entre elles touchent au statut personnel de l'individu souhaitant exercer le commerce. D'autres exigences ont trait à l'activité effectivement exercée.

Section 1 : Les conditions tenant à la personne

Elles sont de deux types. On trouve la famille des incapacités, qui ont pour objet de protéger l'incapable et d'éviter qu'il exerce une profession dangereuse, essentiellement pour lui ; la famille des interdictions, déchéances, incompatibilités, qui sont prévues dans un but de police ou de direction de l'économie, l'objectif étant ici d'éviter l'exercice du commerce par des personnes dont l'activité n'est pas désirable ou afin de contrôler, restreindre l'accès à certaines professions commerciales. Cette protection peut avoir une double facette.

§1 – Les conditions tendant à protéger la personne qui veut entreprendre le commerce : la capacité

Aujourd'hui, sont incapables de faire le commerce, ceux que le Droit civil déclare incapable. Cette approche nécessite d'être affinée. Car au delà de cette règle, on doit faire le constat de l'existence de nombreuses exceptions. Il sera aussi nécessaire d'évoquer l'incapacité de la femme mariée, ou plutôt du conjoint du commerçant.

A – Les mineurs

Il faut opérer une distinction entre le mineur non émancipé, frappé d'une interdiction totale et le mineur émancipé susceptible de conclure certaines conventions.

1) Le mineur non émancipé

Le mineur de 18 ans, quand il n'est pas émancipé, ne peut pas réaliser des actes de commerce. Il s'agit d'une interdiction absolue car le commerce a traditionnellement été jugé comme trop

risqué. Il ne peut pas conclure des actes de commerce isolés. Seule lui est reconnue la possibilité de conclure des contrats de la vie courante, sachant que certains de ceux-ci leurs sont encore interdits (exemple : acheter des cigarettes).

2) Le mineur émancipé

Il faut se reporter à l'article 487 c.civ. qui fait écho à l'article L121-2 du Code de commerce : le mineur émancipé ne peut être commerçant. Mais il peut valablement passer des actes de commerce isolés. Cette impossibilité absolue pour un mineur d'être commerçant peut se révéler gênante quand on a affaire à l'hypothèse dans laquelle un commerçant décède et laisse derrière lui des enfants mineurs qui ne pourront pas reprendre le commerce. Même les mineurs émancipés ne peuvent pas espérer reprendre ce commerce et devront se résigner à le vendre ou le mettre en location gérance ou à l'apporter en société. Cette situation ne constitue pas un problème quand le commerce se présente sous la forme d'une société car le mineur peut très bien être associé d'une S.A.R.L. ou S.A. Pourvue qu'il ne soit pas majoritaire.

B – Les majeurs incapables

La protection des majeurs dont les facultés mentales sont altérées est assurée par une loi du 3 janvier 1968 entrée en application le 1^{er} novembre 1968. Cette loi prévoit trois systèmes principaux de protection des majeurs en fonction de la plus ou moins grande nécessité de protection.

1) Sous tutelle

Les majeurs sont soumis au régime de la tutelle quand leur état de santé nécessite une protection importante et continue. Le majeur en tutelle est dans la même situation que le mineur incapable. Cela signifie qu'il ne peut faire le commerce, ni par lui-même, ni par l'intermédiaire de son représentant légal. Si néanmoins il exerce une activité commerciale, il n'est pas considéré comme commerçant et les actes de commerce qu'il accomplit sont nuls de Droit. La nullité peut être demandée par le tuteur, le majeur faisant l'objet de la protection. Ce régime ne peut être accordé au majeur en tutelle qu'à partir de l'instant où le jugement ouvrant la tutelle a été publié au registre du commerce et des sociétés (RCS). Avant la publication au registre du commerce et des sociétés, le jugement n'est pas opposable aux tiers, donc cela signifie que le majeur en tutelle ne pourra faire annuler l'acte.

2) Sous curatelle

Les majeurs pouvant être mis en curatelle sont de deux sortes. Il s'agit de personnes aux facultés mentales altérées et donc hors d'état d'agir par elles-mêmes. Elles ont besoin d'être conseillées, contrôlées quand elles accomplissent des actes juridiques. Il s'agit ensuite de personnes atteintes de prodigalité, d'intempérance, ou d'oisiveté, c'est à dire de vices susceptibles de faire tomber ces personnes dans le besoin et de les mettre à la charge de la famille ou de la société.

Ce régime ne propose pas une représentation, mais seulement une assistance. Dans l'hypothèse où un majeur en curatelle souhaite réaliser des actes de commerce, cela lui sera

autorisé par alinéa loi à la condition qu'il soit constamment assisté de son curateur. A défaut de cette assistance, il n'est pas considéré comme un commerçant et les actes de commerce qu'il accomplit sont nuls. La nullité peut être demandée par le majeur, ou le curateur. Le jugement instituant la curatelle doit être publié au registre du commerce et des sociétés afin d'avertir les tiers, sinon le jugement leur serait inopposable.

3) Sous sauvegarde de justice

Article 491 c.civ. C'est un régime de protection temporaire, il peut jouer dans le cas d'un affaiblissement durant une maladie ou de la vieillesse, ou au cours d'une procédure aux fins de tutelle. Ce régime résulte normalement d'une déclaration médicale enregistrée par le Parquet. La personne mise sous sauvegarde de justice n'est pas vraiment incapable dans la mesure où elle conserve le droit d'agir par elle-même et qu'elle n'est même pas assistée. Elle peut donc exercer ou continuer à exercer une activité commerciale, mais elle pourra par la suite attaquer les actes, notamment les actes de commerce qu'elle aura accompli. Ces actes pourront faire l'objet d'une rescision pour cause de lésion, d'une réduction pour excès. L'excès étant traditionnellement considéré par la jurisprudence comme une dépense inconsidérée eu égard aux besoins de l'intéressé et l'état de sa fortune. Cette sauvegarde doit être mentionnée au registre du commerce et des sociétés.

L'incapable peut se prévaloir de l'incapacité pour ne pas être déclaré en redressement ou liquidation judiciaire. Il peut aussi décliner la compétence du TC devant lequel il serait assigné. Quant aux actes, ils sont en principe nuls d'une nullité relative, donc susceptible de confirmation.

C – Le conjoint du commerçant

On parlait surtout de la situation des femmes mariées. On a gardé de ce temps quelques réflexes quand on présente le Droit commercial. La femme mariée est traditionnellement envisagée avec les incapables à ce stade. La femme était frappée d'une incapacité totale ou partielle d'exercer le commerce. Il est de coutume d'étudier la situation du conjoint du commerçant au stade de l'incapacité. Il est préférable de parler aujourd'hui de conjoint du commerçant. Rien n'interdit aujourd'hui le conjoint d'être commerçant, mais la question est de savoir s'il va pouvoir disposer d'une réelle indépendance dans son activité commerciale. Le problème se pose essentiellement quand ils deux époux exploitent un fond de commerce en commun. Il est alors nécessaire de savoir si l'on peut considérer que le conjoint exerce le commerce pour son propre compte, et si l'on peut par la suite lui reconnaître la qualité de commerçant. Cette difficulté est posée depuis la loi du 10 juillet 1982, en termes extrêmement généraux.

La participation d'un époux à l'activité professionnelle de son conjoint commerçant n'est pas source de la qualité de commerçant, la règle est commune au mari et à la femme et est donnée par l'article L 121-3 du Code de commerce : le conjoint d'un commerçant n'est réputé lui-même commerçant que s'il exerce une activité commerciale séparée de celle de son époux.

La législation récente a tout de même voulu prendre en compte une situation fréquente qui aurait tendance à disparaître car les femmes sont beaucoup plus en phase avec leur carrière, celle de la séparation. Le Droit positif s'efforce de protéger l'existence du fond de commerce ou travail le conjoint, ce Droit offre au conjoint, de façon optionnelle le choix entre différents statuts :

- Le statut du conjoint collaborateur. Il doit être mentionné en tant que tel au R.C.S. Le conjoint recueille alors diverses prérogatives intéressantes : inscription sur les listes électorales des chambres et tribunaux de commerce, la déductibilité des bénéfices imposables de l'entreprise, des cotisations volontaires de sécurité sociale, la possibilité d'une assurance vieillesse. Le conjoint est en outre réputé avoir reçu du commerçant inscrit le mandat d'accomplir au nom de ce dernier les actes d'administration concernant les besoins de l'entreprise : article L 121-6 du Code de commerce.
- Le statut de conjoint salarié. Il est édicté par la loi du 10 juillet 1982 : on peut y accéder dès lors qu'il participe effectivement à l'entreprise ou à l'activité de son époux à titre professionnel et habituel et qu'il reçoit une rémunération horaire minimale égale au SMIC. S'il opte pour un tel statut, le conjoint bénéficie alors de la protection sociale et de toute la législation sur le Droit du travail. Le Droit fiscal accepte même que son salaire soit déduit des bénéfices de l'entreprise. Toutefois, si un tel statut présente un intérêt majeur, le bénéfice de ce statut repose sur une présomption de subordination, laquelle n'est pas irréfragable (contre laquelle on ne peut pas aller), on peut la combattre par la preuve contraire. Ce statut ne profite qu'au conjoint de l'entrepreneur et non au conjoint du dirigeant car ce dernier devra démontrer l'existence du contrat de travail mais aussi la réalité du lien de subordination.
- Le statut de conjoint associé. L'ordonnance du 19 décembre 1958 est venue autoriser les époux pour constituer une société et ainsi en devenir associés, seuls ou avec d'autres personnes. La loi du 23 décembre 1985, a levé la dernière limite qui subsistait en la matière : les époux peuvent être associés même s'ils sont solidairement et indéfiniment tenus du passif social (passif de la société). La loi valide ainsi désormais les sociétés entre époux et elle facilite une telle situation car deux époux peuvent être associés y compris si leur apport est constitué essentiellement de biens communs : article 1832-1 c.civ. D'autre part, quand un époux emploie des biens communs, pour en faire apport à une société, ou acquérir des parts sociales, son conjoint doit en être averti et peut revendiquer la qualité d'associé.

Ces statuts sont supplétifs. Il faut évoquer l'hypothèse d'une co-exploitation, situation dans laquelle le conjoint du commerçant ne se contente pas d'un simple concours, ou aide, mais il s'immisce dans la gestion du fond et le co-exploite avec l'époux commerçants déclaré. La jurisprudence a tendance à considérer que les deux individus sont commerçants même si l'un d'eux n'est pas inscrit au R.C.S. Dans une telle situation, la conséquence principale de la

reconnaissance de deux commerçants, c'est que le conjoint qui co-exploite, en se voyant reconnaître le statut de commerçants, va par la même occasion pouvoir être soumis au déclenchement d'une procédure collective sur ses biens personnels. Il faut donc éviter la reconnaissance d'un tel statut. Il faut trouver le statut le plus pertinent. Le Droit a également développé d'autres armes pour protéger le conjoint du commerçant. Exemple : loi du 10 juillet 1982 dans laquelle il est prévu que le conjoint sera protégé contre son époux quand il travaille dans le fond de commerce et que ce dernier fait l'objet d'une cession. L'époux commerçant ne peut, sans le consentement expresse de son conjoint, quand celui-ci participe à son activité professionnelle, aliéner ou grever de droits réels les éléments du fond de commerce dépendant de la communauté qui par leur importance ou leur nature, sont nécessaires à l'exploitation de l'entreprise ni donner à bail ce fond de commerce. Il prévoit qu'en cas d'apport de biens communs à une société, le conjoint de l'apporteur doit être averti et peut notifier à la société, son intention d'être personnellement associée. L'article 832 c.civ. permet l'attribution préférentielle de l'entreprise commerciale au conjoint survivant qui avait participé à sa mise en valeur. Cette faculté ouverte au conjoint, suppose que ce dernier soit déjà copropriétaire du fond.

§2 – Conditions tendant à protéger l'intérêt général

Certaines conditions ont pour objectif d'interdire l'accès à la profession de commerçant. Le but étant de maintenir une certaine probité dans le milieu des affaires. Il faudra aussi envisager d'autres solutions tendant à limiter l'accès à la profession du fait du statut de certaines personnes.

A – Les interdictions se fondant sur un défaut d'honorabilité

Il est question de traiter des déchéances cherchant à maintenir un fond de moralité dans la vie des affaires.

1) Enumération des déchéances

Il faut opérer une division car certaines dispositions frappent d'une déchéance générale les auteurs de certains agissements frauduleux, les personnes ayant fait l'objet de certaines condamnations pénales, mais aussi les faillis (faillites). La loi du 30 août 1947 relative à l'assainissement des professions commerciales et industrielles est ici importante.

a) La déchéance générale

Cette loi a pour effet d'interdire l'exercice de toutes les professions commerciales ou industrielles ainsi que des professions artisanales. La personne frappée de cette déchéance ne peut exercer ces professions ni directement, ni par l'intermédiaire d'une autre personne. La durée de cette déchéance est normalement de 5 ans et peut être allongée comme être réduite.

Deux catégories de personnes peuvent faire l'objet de cette déchéance de la loi du 30 août 1947. On distingue les personnes condamnées pénalement soit pour un crime, soit pour certains délits énumérés, à une peine de prison d'au moins 3 mois : vol, escroquerie, abus de confiance, signature de chèque sans provision, etc... Les délits d'exercice illégal d'une

profession commerciale, délits fiscaux, infraction au contrôle des changes, délits de mœurs, sont aussi visés. Cette déchéance est automatiquement attachée à cette décision et le tribunal n'a pas besoin de la prononcer expressement. La deuxième catégorie concerne les notaires, greffiers, et tous les officiers ministériels destitués en vertu d'une décision.

b) La déchéance spéciale à certaines professions ou certaines infractions

L'interdiction concerne un domaine particulier. Exemple de personnes ayant fait l'objet d'une condamnation pénale et qui ne peuvent exercer la profession de débitant de boissons : loi du 9 novembre 1915. Exemple de personnes qui ne peuvent devenir gérants ou directeurs de publication : loi du 29 juillet 1881. Egalement professions de banquiers, assureurs, démarcheurs en valeur mobilière, intermédiaire en matière de vente de fond de commerce, commerce du blé, directeur d'entreprise de spectacle : professions pouvant être interdite à certaines personnes. Il revient au juge de fixer un délai.

2) Sanction du non respect de ces échéances

La personne qui exerce le commerce en violation de l'une de ces déchéances encours des sanctions pénales d'emprisonnement et d'amende. En cas de récidive, elle peut se voir confisquer son fond. Elle n'en acquière pas moins la qualité de commerçant et de ce fait elle peut être soumise au mécanisme des procédures collectives (ce qui n'est pas un avantage en cas d'entreprise individuelle).

B – Les restrictions objectives

Il faut ici traiter des incompatibilités avant que d'envisager les restrictions particulières touchant les commerçants étrangers

1) Les incompatibilités

Certaines professions civiles dont l'exercice a paru inconciliable avec celui du commerce ont été interdites, compte tenu de l'esprit de spéculation qui prévaut dans toute activité commerciale. Il faut examiner ces fonctions puis la sanction du non respecter de ces incompatibilités

a) Enumération des incompatibilités

Ne peuvent exercer le commerce, en raison d'une incompatibilité, tous les fonctionnaires, la plupart des officiers ministériels mais aussi la plupart des professions libérales organisées en un ordre : architecte, avocat, expert-comptable, etc...

b) Sanctions du non respect des incompatibilités

Cette sanction est normalement disciplinaire ou professionnelle : révocation pour le fonctionnaire, destitution pour l'officier ministériel, par exemple. On peut en outre imaginer des sanctions pénales. La personne qui fait le commerce en méconnaissant l'incompatibilité acquière néanmoins la qualité de commerçant. Le Droit commercial est particulièrement

rigoureux en ce qui concerne l'exécution des engagements. Quant aux actes passés en violation de l'incompatibilité, on peut s'interroger sur leur validité. Pour certains, ces actes sont valables, ce serait « faire une fleur » au faux commerçant d'annuler les actes. D'autres considèrent que ces actes sont nuls d'une nullité absolue, même le commerçant ayant conclu le contrat de commerce en étant dans l'incompatibilité, pourra demander la nullité. Ceci indique que parallèlement au fait que ces actes sont nuls, cette pers va être condamnée à payer des dommages-intérêts pour réparer le préjudice causé par sa faute.

2) Les commerçants étrangers

Dès lors qu'une personne n'est pas de nationalité française, elle ne peut librement exercer la profession de commerçant. Cette interdiction doit être précisée. L'accès à la profession de commerçant est réglementé en réalité. Cet accès n'est pas le même pour tous les étrangers, cela dépend de la nationalité. Certaines professions sont interdites à tous les étrangers.

a) L'accès des étrangers à la profession de commerçant

On se reporte à un décret-loi du 12 novembre 1938 qui indique que l'exercice par les étrangers d'une activité commerciale en France, est limité. Il faut se reporter à l'article L 122-1 du Code de commerce qui énonce qu'il est interdit à tout étranger d'exercer sur le territoire français une profession commerciale, industrielle ou artisanale sans justifier de la possession d'une carte d'identité spéciale portant la mention commerçant. Cette carte est délivrée par le préfet du département où réside l'étranger et où il va exercer son activité. Cette carte est octroyée après vérification sur l'intéressé. Cette carte est requise à peine de sanction pénale. L'article L 122-1 du Code de commerce donne une fausse image du Droit commercial qui reste en réalité très libéral pour deux raisons : les conditions d'obtention de la carte sont particulièrement assouplies : tous les titulaires d'une carte de résident valable 10 ans sont dispensés de cette carte de commerçant ; les ressortissants des États membres de la CE sont dispensés de cette carte d'identité comme le sont d'ailleurs tous les ressortissants des pays ayant conclu des conventions de réciprocité en la matière. La liberté de l'établissement est ainsi préservée.

b) Les restrictions au droits du commerçants étranger

Les ressortissants des États membres de la CE ne subissent pas les restrictions qui subsistent pour les commerçants qui ne sont pas de nationalité de l'un des États membres de l'Union Européenne. Des restrictions sont imposées à ces commerçants, certaines professions peuvent leur être interdite : débitant de tabac. La reconnaissance en France de société étrangère est soumise à certaines conditions qui sont souvent des conditions de réciprocité. Les commerçants étrangers ne bénéficient pas de la loi sur les baux commerciaux. Il aurait été intéressant d'évoquer l'installation de sociétés étrangères sur le territoire français (éditions Lamy Droit commercial de 2005 : succursales de sociétés étrangères et directeurs étrangers).

Section 2 : Les conditions tenant à l'activité.

Il est parfois question d'opérer la reconnaissance d'un commerçant principalement par l'intermédiaire des actes qu'il réalise. Dans une telle situation, il faut vérifier que cette

personne accomplie des actes de commerce de manière personnelle et indépendante, de façon habituel et à titre de profession.

§1 – L’accomplissement d’actes de commerce

Il faut se reporter à l’article L 110-1 du Code de commerce qui procède à une énumération des actes de commerce, c'est à dire l'énumération des actes intrinsèquement commerciaux à raison de leur objet quel que soit l’auteur de l’acte. Ces actes de commerce sont appelés actes par nature. Il semble qu’il suffit de se référer à cette énumération pour savoir si un acte est de commerce ou non. A contrario, tous les autres actes sont civils. En réalité, cela est plus compliqué car le système français est beaucoup plus complexe car il faut tout de même tenir compte de l’influence de la profession de l’auteur de l’acte. Cette influence peut colorer l’acte et donc le rendre commercial alors qu’il ne figurait pas dans la liste. Inversement, un acte figurant dans la liste de l’article L 110-1 soit coloré et devienne un acte civil car réalisé par un civil (*accessorium secuitur principale* : l’accessoire suit le principal).

A – Approche analytique

Les actes énumérés dans l’article L 110-1 et 110-2 du Code de commerce vont être repris successivement. On ne traitera pas de l’article L 110-2 car il vise les actes du commerce maritime, or le Droit maritime constitue aujourd'hui une branche à part entière. Les actes visés par cet article sont uniquement accomplis par des professionnels : achat, vente ou construction de bâtiments de navigation, les expéditions maritimes, le transport maritime, l’engagement des gens de mer, les assurances maritimes, les prêts à la grosse aventure. L’ensemble de ces actes sont des actes de commerce. Il semble donc qu’échappe à la commercialité l’acte d’achat d’un navire de plaisance, comme son usage, sa navigation sauf dans le cas.

1) Les actes de commerce par la forme

Certains mécanismes sont a priori réservés au commerçant même si dans la pratique des non commerçants pourraient très bien les utiliser. Les actes sont alors des actes de commerce par la forme. C'est l'hypothèse de la lettre de change, des actes réalisés par des sociétés commerciales.

a) La lettre de change

La loi répute actes de commerce entre toutes personnes : les lettres de change. La lettre de change ou traite appartient à la catégorie des actes de commerce et peut se définir comme un écrit en vertu duquel une personne, dite tireur, donne ordre à une autre personne, dite tirée, de payer une somme déterminée à l’ordre d’une troisième personne, dite bénéficiaire ou porteur. Par la suite, le bénéficiaire peut lui-même acquitter une dette qu’il a à l’égard d’un tiers en transférant à ce tiers la propriété de la lettre de change. On dit alors qu’il effectue un endossement translatif de la lettre de change. Le tiers, ou endossataire, va acquérir tous les droits de l’endosseur à l’égard du tiré ainsi qu’à l’égard de tous les autres signataires de la lettre de change. Cette lettre de change se reconnaît très facilement car elle doit impérativement être dénommée ainsi. Toute personne qui apporte sa signature sur la lettre de

change effectue un acte de commerce ce qui est historiquement du au fait que la lettre de change a toujours concerné les commerçants.

Dans certaines circonstances la lettre de change va être remise en cause. En effet, si un civil consommateur signe un tel document, celui-ci est alors frappé de nullité.

b) Les actes réalisés par les sociétés commerciales

En principe, une société a ou n'a pas la qualité de commerçant selon que son activité est ou non commerciale. L'article L 210-1 du Code de commerce dispose que sont commercial à raison de leur forme, et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandites simples, les S.A.R.L. et les sociétés par action : S.A. , SAS, SASU, S.A.R.L., EURL, EARL, etc... Dans cette hypothèse, les choses sont simples, les sociétés sont commerciales même si leur activité est civile. C'est la forme qui va colorer la nature de l'acte. Parce que l'acte est réalisé par une société commerciale, on a affaire à un acte de commerce. Il s'agit donc, comme pour la lettre de change, d'actes de commerce par la forme.

2) Les actes de commerce par nature

Ils sont énumérés à l'article L 110-1 du Code de commerce. Certains sont envisagés individuellement, d'autres sont accomplis dans le cadre d'une entreprise.

a) Les actes de commerce isolés

Certains actes doivent être réputés actes de commerce alors même qu'ils ne sont pas accomplis dans le cadre d'une entreprise, alors même qu'ils sont faits à titre isolé : achat pour revente, opérations de courtage, opérations de change et de banque. Pour l'article L 110-1 du Code de commerce, cela signifie que l'achat d'un bien en vue de le revendre par un particulier non commerçant est un acte de commerce qui va relever du Droit commercial. Les tribunaux ne reconnaissent le caractère commercial à ses actes qu'autant qu'ils interviennent dans le cadre d'une activité commerciale. Une distinction doit être faite, les tribunaux considèrent comme des actes de commerce les activités d'achat pour revendre, de courtier, ou de banquier quand elles sont accomplies de façon régulière et non exceptionnelle.

- L'achat pour revente : l'article L 110-1 1° dispose que la loi répute acte de commerce tout achat de bien meuble pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillés et mis en œuvre. Il doit avoir eu un achat ce qui a contrario exclue toutes les activités de production et d'extraction. C'est pourquoi sont exclues de la commercialité la vente de tous les produits agricoles, les industries extractives. Le but de l'opération est la revente, c'est l'élément essentiel. L'intention de revendre doit avoir existé au moment de l'achat. L'opération peut porter indifféremment sur un objet ayant ou non subi une transformation. Il faut envisager le terme meuble au sens juridique, cela englobe donc les meubles dit meublant, mais aussi les immeubles par destination : exemple des stocks dans une maison de vin, le cheptel d'une exploitation, etc... Le champ d'application de l'article est ainsi très vaste. Il existe une exception : article L 110-1 2° qui prévoit que ne doit pas être considéré comme des actes de commerce, les achats de terrain effectués en vue de

l'édification d'un ou plusieurs bâtiments et de la revente de bâtiments en bloc ou par locaux : les promoteurs immobiliers sont visés et ne sont plus considérés comme des commerçants et ils échappent donc au Droit commercial.

- Les opérations de banque et de change : elles sont visées à l'article L 110-1 7° du Code de commerce. Ce type d'acte est commercial car le but y est toujours spéculatif, c'est pourquoi on considère que ces opérations sont des actes de commerce à titre isolé même s'ils doivent s'inscrire dans une activité de change ou banque. Ces opérations sont commerciales à l'égard du banquier, du changeur, mais ne le sont pas à l'égard du consommateur.
- Le courtage : il est envisagé dans le même article. Il s'agit d'une opération par laquelle une personne, nommée courtier, rapproche deux autres personnes en vue de la conclusion d'un contrat. On l'oppose généralement à l'opération de commission consistant à rapprocher les deux parties mais aussi de à prendre activement partie dans la conclusion du contrat. Le commissionnaire conclut un contrat en son propre nom mais pour le compte d'un commettant dont le nom n'apparaît jamais ou que rarement. Pour les courtiers, ce sont des personnes ayant seulement pour rôle de faciliter la conclusion du contrat, ayant le statut de commerçant même si leur objet est civil : achat ou vente d'un immeuble, d'un fond de commerce ou de tout type de produit. Ces courtiers réalisent ainsi des actes de commerce.
- Les opérations d'assurance : article L 110-2 5°. Les assurances terrestres et maritimes sont des actes de commerce. Cela ne concerne que les sociétés d'assurance à prime fixe. Les compagnies d'assurance mutuelle n'ont aucun objectif de profit, elles ne rentrent pas dans le champ du commerce, leurs actes sont donc non commerciaux.

b) Les actes de commerce accomplis dans le cadre d'une entreprise

L'acte de commerce ne présente, dans cette situation, un caractère commercial qu'à la condition d'être accompli dans le cadre d'une entreprise, ce qui suppose la réunion de moyens humains et matériels et qui suppose une répétition d'actes accomplis à titre professionnel. Cette répétition de ces opérations va leur donner cette nature commerciale. Article L 110-1 Code de commerce.

- Les actes réalisés dans le cadre d'entreprises de location de meubles : il s'agit des locations de biens de consommation courante. Ce type d'entreprises réalise des actes de commerce. A contrario, de façon traditionnelle, la location d'immeubles n'a jamais été considérée comme un acte de commerce. Un tel acte est par nature civile même si il loue un immeuble affecté à un fond de commerce. C'est pourquoi le TGI est compétent.
- Les actes réalisés dans le cadre d'entreprises de manufacture. Il s'agit de toutes les industries de transformation, de réparation. Dans ce cas, les actes qu'elles réalisent sont des actes de commerce. Si toutefois, cette entreprise

est de taille modeste, si le bénéfice résulte essentiellement du travail personnel de l'entrepreneur, l'entreprise ne sera pas considérée comme ayant une activité commerciale mais sera rangée du côté des activités artisanales.

- Les actes réalisés dans le cadre d'entreprises de commission, d'agences et de bureaux d'affaire. Le commissionnaire est un intermédiaire, qui conclue en son nom propre des opérations pour le compte d'autrui. A la différence du courtier, il est plus qu'un intermédiaire, un véritable mandataire, mais sans systématiquement apparaître comme tel aux yeux des tiers. Les agences constituent un intermédiaire moyennant rémunération. Les bureaux d'affaire produisent des actes de commerce.
- Les entreprises de transport. Elles sont commerciales quand par mer, fer, voie fluviale, air, terre et remontées mécaniques.
- Les entreprises de fourniture. C'est une forme d'achat pour revendre consistant dans une fourniture successive de marchandise ou de service : eau, électricité, gaz. L'entrepreneur s'engage à une vente successive de divers produits de service.
- Les entreprises de vente à l'encan. Activité qui consiste à exploiter des salles de vente publique aux enchères. Toutes les entreprises spécialisées dans les dépôts sont aussi visées.
- Les entreprises de spectacle public. Les tribunaux considèrent traditionnellement que l'entreprise de spectacle public peut être analysée comme une entreprise d'achat pour revendre : théâtres, cinémas, cirques, conférences, salles de concert, etc...
- Les entreprises d'exploitation des œuvres de l'esprit d'autrui. Il s'agit de l'édition et de la presse.

3) Approche synthétise de l'article L 110-2 du Code de commerce

La question est de savoir si cette liste est inspirée ou non de l'idée générale.

- Critère de la spéculation : l'acte de commerce serait un acte de spéculation, inspiré par une idée de lucre. La jurisprudence exige elle-même cette condition de spéculation. Un acte, dès lors qu'il est conclu à titre gratuit, ne peut être considéré acte de commerce. Si le commerçant vise le profit, l'agriculteur aussi, le professionnel libéral aussi. Le critère n'est donc pas propre aux actes de commerce et peut se retrouver dans ces mondes. Le critère est donc séduisant et décevant.
- L'entremise : le commerçant serait la personne qui s'entremet systématiquement. Toute personne qui s'entremet réalise donc un acte de

commerce. Si elle intervient dans la circulation du produit, la personne peut être considérée comme réalisant un acte de commerce. On pourrait donc exclure le producteur, l'agriculteur et le consommateur. Néanmoins, l'exploitation des mines est commerciale et il ne s'agit en rien d'une entremise. De même, la commission est un acte commercial. Le contrat de représentation a toujours été considéré comme un acte civil, or en cas de représentation, il y a entremise.

- Reconnaissance du caractère commercial aux structures comportant une organisation technique spéciale : l'entreprise. Cette conception, Droit positif, ne peut expliquer de façon satisfaisante la commercialité du courtage ou de la lettre de change.

Une approche synthétique est donc vaine.

B – Les exceptions

La distinction des actes de commerce et des actes civils telle qu'elle résulte des règles vues, n'est pas intangible. Cette distinction est susceptible d'être modifiée par l'influence de la profession de l'auteur de l'acte. La profession commerciale de l'auteur va faire passer des actes civils dans la catégorie des actes de commerce, à la condition que ces actes soient faits pour les besoins de la profession commerciale. La profession de l'auteur de l'acte va le colorer. Cette règle est posée par le Code de commerce et est d'application très fréquente et présente l'avantage d'unifier le régime auquel va être soumis la personne. Tous les actes réalisés par un commerçant seront considérés comme des actes de commerce dès lors qu'ils seront réalisés dans le cadre de sa profession. L'acte est accessoire à l'essentiel. Le Code de commerce n'a pas prévu une telle hypothèse pour les actes civils.

La jurisprudence est venue admettre cet état de fait et par soucis d'unification du régime des actes, elle reconnaît l'influence de la profession civile.

1) L'influence de la profession commerciale

Le Code de commerce prévoit, de façon incidente, que des actes qui par leur nature sont civils, peuvent devenir commerciaux car ils déclarent actes de commerce les obligations entre commerçants. Mais, à l'article L 110-1 9°, il faut ajouter que tous les actes de commerçants ne sont pas des actes de commerce. Si le commerçant fait un acte en dehors de l'exercice de sa profession, il n'y a pas d'acte de commerce. L'article L 441-7 du COJ (Code de l'organisation judiciaire), précise que ne sont pas commerciaux les achats faits par un commerçant pour son usage particulier. Il en résulte donc que sont des actes de commerce, tous les actes faits par un commerçant pour les besoins de son commerce ou par une société commerciale dans le cadre de son activité.

La jurisprudence est « plus fine » en allant plus loin, elle n'exige pas que l'acte soit fait entre commerçants comme le dispose l'article L 110-1 9°. Il suffit que l'acte soit fait par un commerçant ou une personne qui va le devenir : commercialité de l'achat d'un fond de commerce. Celui qui veut invoquer la commercialité à son profit doit être immatriculé au

R.C.S. Il s'agit d'actes de commerce subjectifs, ou actes de commerce par accessoire. La jurisprudence actuelle applique ce principe à toutes les obligations qu'elles soient contractuelles ou extracontractuelles. Le contrat de travail est un acte de commerce pour l'employeur, cela signifie que le salarié peut rapporter la preuve par tout moyen. Par contre, le litige va relever du conseil des prud'hommes. Ce principe s'applique également aux obligations délictuelles ou quasi-délictuelles. Si un commerçant réalise des manœuvres déloyales, pour attirer la clientèle, on a affaire à un acte de commerce. Si un salarié cause un dommage à autrui dans le cadre de son activité commerciale, on considérera que l'on a affaire à un acte de commerce : sauf en cas d'accident de voiture.

2) L'influence la profession civile

Le C.civ. n'a pas prévu l'influence de la profession civile, en principe l'acte de commerce va produire ses effets même si celui qui le réalise exerce une profession civile. La jurisprudence, traditionnellement, considère que si l'acte de commerce est fait pour les stricts besoins de la profession, il perd son caractère et est considéré comme un acte civil : caractère du médecin revendant des médicaments car absence de pharmacie dans les environs : article L 4211-3 du Code de la santé.

C – Les conséquences du principe

Elles vont être un moyen de travailler sur la distinction entre commerçant et personne exerçant une autre profession pouvant s'y assimiler parfois.

1) Distinction du commerçant, de l'industriel et de l'artisan

Aujourd'hui, on compte 1 million d'entreprises artisanales générant 2 500 000 emplois dont 200 000 apprentis. C'est donc une part non négligeable de la population française : 11 % de la population active.

Les activités artisanales sont des activités qui devraient être rattachées aux activités commerciales au regard de la nature de leur objet. Traditionnellement, ces activités sont exclues du milieu du commerce car exercées dans le cadre d'une PME. Cette approche a été forgée par la jurisprudence depuis de nombreuses années, l'objectif étant de soustraire ces entreprises de petite dimension aux dispositions rigoureuses du Droit commercial qu'il s'agisse des dispositions relatives à la formation, à l'exécution ou l'extinction du contrat. Cette définition donnée par les tribunaux ne suffit pas pour autant à rendre compte de la situation de l'artisan dans le système juridique français. Le Droit fiscal a sa propre définition de l'artisan et le Code de l'artisanat a aussi sa propre définition. Il est donc compliqué de définir un artisan. Différents critères se recoupent cependant. En travaillant sur une synthèse, on arrive à une définition satisfaisant tout le monde.

a) Les différentes définitions de l'artisan

Elle est complexe car le Droit français actuel comporte 3 définitions au moins. La définition donnée par les tribunaux de commerce est certainement la plus large. En Droit fiscal, un seul salarié n'est admis, au delà, il s'agit de la commercialité. S'agissant de la jurisprudence

commerciale, celle-ci ne fixe pas de limites précises à cet égard et ce sont les tribunaux qui, au coup par coup, vont tenir compte des circonstances de fait pour admettre qu'une personne a le statut de commerçant ou celui d'artisan. Cette solution qui consiste à reconnaître l'artisan, va prévaloir quand les juges constateront que le travail de l'entrepreneur reste néanmoins essentiel. S'agissant du Code de l'artisanat, une personne est qualifiée d'artisan si elle peut se prévaloir de certaines qualifications professionnelles. Un diplôme permet ainsi cette reconnaissance. La jurisprudence commerciale ne va jamais exiger un diplôme ou une qualification professionnelle quelconque pour reconnaître le statut d'artisan. Il y a une non concordance des textes mais certains critères parviennent à se retrouver.

L'artisan est tout d'abord une personne qui exerce à titre professionnel une activité manuelle de transformation, réparation ou de prestation de service, donc une activité qui devrait normalement relever du monde commercial : article L 110-1 Code de commerce. L'artisan est ensuite une personne qui retire l'essentiel de ses ressources de son propre travail, c'est à dire une personne ayant une activité manuelle et qui n'emploie pas ou peu de salariés. C'est aussi une personne qui n'a pas un outillage important et qui ne constitue pas des stocks de marchandise en dehors de ceux nécessaires pour son activité. On peut donc dire que l'artisan est une personne exerçant son activité manuelle dans une PME, ce sont souvent des travaux unitaires. C'est un « chef d'entreprise » de petite taille qui remplit certaines conditions de moralité et où le travail manuel est particulièrement important.

b) Le statut juridique de l'artisan

L'artisan doit s'inscrire au répertoire des métiers, différent du R.C.S. et ayant un seul rôle administratif. Il n'est pas attributif de la qualité. Certains artisans sont exonérés de la taxe professionnelle, essentiellement pour ceux qui travaillent seuls ou en famille, d'autres peuvent parallèlement être exonérés de la taxe d'apprentissage, de la TVA. Le statut d'artisan est ainsi protégé. Toutes les activités artisanales échappent au Droit commercial dans son ensemble et relèvent donc du Droit civil lequel s'applique en matière de preuve, de prescription mais aussi en matière de formation, d'exécution et d'extinction des engagements. Les tribunaux de commerce ne sont donc pas compétents, ils n'ont pas l'obligation, à la différence des commerçants, de la tenue de livres de comptabilité, mais ils bénéficient du statut des baux commerciaux, de la législation relative à la location gérance. Depuis 1985, les artisans peuvent être soumis aux procédures collectives de redressement et de liquidation judiciaire. Dans les années 50, 60, 70, une telle situation était négative. Depuis la réforme du 25 janvier 1985, cette matière a été totalement refondue et cette procédure est un avantage pour tous les commerçants.

Le législateur est toujours à la recherche d'une protection extensive de l'artisan. Ces lois visent avant tout à protéger celui-ci et ainsi à lui faire bénéficier d'une situation particulièrement privilégiée.

2) Distinction entre commerçants et industriels, et agriculteur

Les activités agricoles ont été redéfinies par une loi du 30 décembre 1988. Il faut se reporter à l'article 2 alinéa 1 de cette loi qui dispose que « s considérées comme activités agricoles toutes les activités correspondant à la maîtrise et l'exploitation d'un cycle biologique de

caractère végétal ou animal et constituant une ou plusieurs étapes nécessaires au déroulement de ce cycle ainsi que les activités exercées par un exploitant agricole qui sont dans le prolongement de l'acte de production ou ayant pour support l'exploitation. Ces activités agricoles sont traditionnellement considérées comme civiles, qualification expressément confirmée par la loi de 1988. Ces personnes doivent donc être exclues de l'article L 110-1 du Code de commerce car elles n'ont par hypothèse jamais acheté ces produits, simplement favorisé leur création. Dans une telle hypothèse, ces activités ne peuvent pas relever des juridictions consulaires mais essentiellement des tribunaux civils. Cette approche faite par la loi de 1998 est extrêmement large et s'applique à l'exploitant qu'il soit propriétaire, fermier, métayer, qu'il écoule sa production au détail ou en bloc, aux enchères ou directement à une autre personne. La solution s'applique également, y compris si la personne procède à l'achat de plants, matériel, d'engrais, d'animaux, ce qui compte est de pouvoir constater l'existence d'une transformation de ces produits. L'agriculteur doit avoir élevé et conservé les animaux, idem pour les végétaux, y compris pour des plantations hors-sol. La jurisprudence a toujours admis que les revenus provenant de l'élevage industriel doivent être imposés au titre des bénéfices agricoles et non au titre des BIC (bénéfices industriels et commerciaux / BNC : bénéfices non commerciaux / BA : bénéfices agricoles). La loi de 1988 opère ainsi une intégration très claire dans le Droit civil de toutes les activités relevant du monde agricole. On reconnaît tout de même qu'avec cette loi, le législateur semble autoriser l'agriculteur à sortir des limites de sa profession car il existe un article 3 dans cette loi qui indique qu'est institué un registre de l'agriculture auquel doivent être immatriculés toutes les personnes physiques ou morales exerçant à titre habituel des activités réputées agricoles. Cette formalité ne dispense pas l'agriculteur de s'immatriculer au R.C.S. L'agriculteur peut apparemment parallèlement exercer la profession de commerçant. Le législateur envisage de créer une nouvelle notion, celle du fond agricole.

3) Distinction entre commerçant et industriels, et un membre d'une profession libérale

Il est traditionnellement admis que l'exercice des professions libérales n'a pas un caractère commercial. On a cherché à justifier cette règle car l'activité des professions libérales et celle des professions commerciales se regroupent parfois. La première semble être différente de la deuxième. L'article L 110-1 du Code de commerce quand il parle d'achat pour revendre, d'activité de production de biens, est loin de l'activité libérale. Il s'agit bien d'une prestation de services, or depuis fort longtemps, on considère que les activités de prestation de services sont généralement commerciales. Il y a une autre raison parfois avancée, tenant au caractère de la relation existant entre les deux contractants, il y aurait de l'intuitu personae. L'idée consistant à dire qu'il y a une relation particulière peut être retenue dans certains cas, mais pas dans tous. Depuis un arrêt de la C.Cass. du 7 novembre 2000, l'existence d'un fond libéral a été reconnue car l'exercice d'une profession libérale ressemble de plus en plus à la gestion d'une entreprise à part entière. Cet arrêt a aussi reconnu la validité de la cession de clientèle civile.

On assiste à une lente assimilation entre ces différents types de fonds, la raison en étant certainement l'argent. Les activités libérales restent cependant dans le monde civil.

4) Distinction entre activités commerciales et immobilières

L'article 632 alinéa 1 du Code de commerce devenu L 110-2, ne vise que l'achat de denrées et de marchandises pour les revendre, au fil du temps on avait admis par généralisation que tout achat de meuble pour les revendre avait un caractère commercial. A contrario, toutes les activités portant sur les immeubles ont toujours été considérées comme ayant un caractère civil. Cette distinction rédhibitoire entre opération mobilière ayant un caractère commercial et opération immobilière ayant un caractère civil, était fondée sur une longue tradition. Sous l'ancien Droit, le commerce rapide régnait surtout pour les objets immobiliers corporels. Les immeubles étaient le fondement du pouvoir donc au Moyen Age, l'exploitation des terres était la source habituelle des revenus et assurait la stabilité des possédants. La vente d'un immeuble était donc chose extraordinaire. Depuis il y a eu les révolutions de tous genres qui ont modifié la situation pour en venir à constater que l'achat et la vente de biens immeubles ne sont plus des actes graves mais qui se retrouvent au cours de la vie. L'activité immobilière devait dès lors être considérées comme une activité commerciale à part entière. La jurisprudence des TC a considéré progressivement que les intermédiaires spécialisés dans les opérations immobilières devaient se voir reconnaître la qualité de commerçant car on a affaire à un marché immobilier. En reconnaissant le caractère commercial a ces professions, les juges espéraient mettre en peu d'ordre dans celles-ci, en les soumettant aux procédures collectives par exemple, qui étaient à l'époque de véritables sanctions. Ces professions immobilières se sont donc progressivement vues reconnaître le statut de commerçant. Le législateur a « emboîté le pas » au travers de la loi du 13 juillet 1967 dans laquelle il a été considéré que l'achat d'immeubles en vue de la revente devaient être intégrés à la liste des activités commerciales. L'article 632 a donc été modifié en ajoutant à la liste des activités commerciales tout achat de bien immeuble pour les revendre. Une loi du 9 juillet 1970 a introduit une exception (après lobbying) au principe acquis grâce à la loi de 1967, il est désormais envisagé à l'article L 110-1 2°, que l'achat d'immeubles aux fins de les revendre est une activité commerciale, ainsi le fait d'acheter un terrain en vue de le revendre en l'état, d'acheter un immeuble en vue de le revendre, soit après l'avoir transformé, rénové, soit en le laissant en l'état, on a affaire a une activité commerciale. Désormais, quand l'acquéreur achète en vue d'édifier un ou plusieurs bâtiments et de les revendre en bloc ou par locaux, donc promotion immobilière dont le caractère civil est expressément affirmé par l'article L 110-1 2° du Code de commerce.

La distinction faite entre les activités d'achat d'immeubles pour les revendre d'une part et celles de promotion immobilière d'autre part, est illogique et fondée sur aucun argument économique pertinent, c'est pourquoi si on doit reconnaître cette différence, on doit interpréter de façon très restrictive le champ d'application de cette loi de 1970. C'est pourquoi la C.Cass., depuis cette loi, considère que l'activité du promoteur constructeur qui agit lui-même en qualité d'entreprise de construction sur le terrain qu'il a acheté et va revendre, est une activité commerciale. Les seuls promoteurs peuvent être considérés comme exerçant une activité civile. Les sociétés civiles de promotion n'échappent plus aux procédures collectives. Celles-ci sont applicables a toutes les personnes morales, de Droit privé même non commerçantes : article L 620-2 du Code de commerce.

§2 – L'accomplissement d'actes de commerce de manière personnelle et indépendante

Pour être commerçant, il faut, non seulement réaliser des actes de commerce mais encore de manière personnelle et indépendante. La personne doit agir pour son propre compte, et à ses risques et périls. Le commerçant doit supporter les risques de perte comme les chances de gains. Le Code de commerce ne l'expose pas mais la solution est traditionnelle et logique. On imagine mal un commerçant n'ayant pas de but lucratif.

Les personnes se voyant reconnaître le statut de commerçant jouissent impérativement d'une indépendance suffisante. Il faut ici traiter des salariés qui ne pourront être reconnus comme commerçant à cause du lien de subordination par un contrat de travail, quelle que soit la part qu'ils prennent dans les activités commerciales. Les gérants, les administrateurs, ont-ils la qualité de commerçant ? Non, sauf en cas de majorité dans la gérance d'une S.A.R.L. Quand on est soumis aux ordres donnés, un lien de subordination existe. La difficulté se pose pour les VRP (voyageurs représentants placiers) qui sont, encore ne fois, pas des commerçants car ils ont un statut de salarié. S'ils ont une activité de commissionnaire ou courtier, on a affaire à une activité commerciale : article L 110-1. Certains établissements, personnes morales, exerçant de manière indépendante, peuvent être soumis à un régime spécifique : c'est le cas pour les EPIC, sociétés nationalisées même s'il faut noter que certaines règles commerciales s'appliquent à ces entités.

§3 – L'accomplissement d'actes de commerce à titre de profession habituelle

Pour être considéré commerçant au regard des actes que l'on réalise, il faut enfin exercer une activité à titre professionnel, habituel. Le commerçant doit donc accomplir plusieurs actes de commerce, il y a une idée d'habitude, de répétition. Les actes de commerce doivent être accomplis dans le cadre d'une profession. Il faut entendre par là une activité, état présentant une continuité suffisante pour permettre d'en retirer les moyens ou une partie de ceux-ci, nécessaire à l'existence : revenus. Cette activité doit être réelle, c'est à dire qu'il ne suffit pas de se déclarer commerçant au R.C.S. pour l'être juridiquement. L'inscription au R.C.S. fait présumer la qualité, mais c'est une présomption simple et non irréfragable. L'activité peut être clandestine, cela ne l'empêche pas d'être reconnue comme une activité commerciale. Quand on parle d'un exercice à titre habituel, on entend la présence d'une organisation : entreprise ou fond de commerce. Mais cet élément n'est pas indispensable : exemple du courtier, commissionnaire. Il n'est pas nécessaire que la profession commerciale soit exclusive, qu'elle soit principale, on peut très bien envisager le cumul avec une autre profession sauf incompatibilité. Il faut toutefois éviter d'avoir affaire à des actes de commerce réalisés accessoirement par un professionnel ayant une activité civile.

Chapitre II : Les conséquences de la qualité de commerçant

La qualité de commerçant induit un régime spécifique. Il va falloir l'explorer car il est dérogatoire au Droit commun.

Section 1 : Le régime juridique propre aux obligations commerciales

Ce régime n'est pas unifié et il s'agit d'un Droit d'exception. Cette qualification a pour conséquence qu'il ne va pas s'appliquer systématiquement, avec la plus grande rigueur et parfois il fait appel au Droit commun, le Droit de la consommation, de la concurrence, etc...

Le régime juridique issu de ce Droit va différer selon que l'opération juridique intervient entre deux commerçants ou entre un commerçant et un non commerçant.

§1 – Le régime des obligations entre commerçants

C'est est des règles de Droit bien particulières qui vont parfois s'appliquer. Elles vont se retrouver tout eu long de la vie du contrat, de l'acte commercial. Par conséquent, on va retrouver ses dispositions particulières, spéciales, tant au stade de la naissance du contrat, qu'au cours de sa vie et au stade de son extinction.

A – La conclusion de l'engagement commercial

Il y a dans la vie des affaires des règles commerciales qui dérogent à celles civiles. Ces spécificités qui fondent le Droit commercial peuvent être répertoriées au stade de la conclusion du contrat tant au travers des conditions de fond que des conditions de forme.

1) Les conditions de fond

Il y a deux aspects à envisager.

a) La capacité commerciale

En Droit commercial, un mineur ne peut jamais être considéré comme un commerçant. Cf. pour la tutelle, curatelle, sauvegarde de justice.

b) Le consentement

Il y a un particularisme du Droit commercial à relever : le rôle du silence. Il est inhabituel. En principe le seul silence ne doit pas être assimilé à une acceptation tacite pouvant se matérialiser par une attitude, un comportement spécifique. Le silence est le néant et n'a aucune extériorité. Une personne qui ne consent pas est une personne qui ne dit rien. Qui ne dit mot ne consent pas !

Dans le Droit commercial, le silence peut avoir un rôle car quand il s'agit d'un silence circonstancié, il peut valoir dans certains cas acceptation tacite. Le mutisme de la personne, dans cette situation, rapproché d'autres circonstances, va révéler la volonté de contracter. La règle de la neutralité du silence comporte donc des exceptions.

L'article 1738 du C.civ. consacré aux contrats de bail, prévoit qu'il y a un renouvellement automatique du contrat de location dans l'hypothèse où aucune des deux parties ne se manifeste. Il en est de même pour le contrat d'assurance auto. Le silence génère de nouvelles obligations. Pour les baux commerciaux, c'est le même principe qui prévaut. En l'absence de réaction de la part des deux parties à la date anniversaire du contrat, celui-ci est reconduit pour une date indéterminée. Il s'agit de renouveler le contrat et de le laisser tel quel. Ce sont des exceptions légales.

Il y a aussi des exceptions jurisprudentielles. Trois hypothèses :

- Il existe des relations d'affaires antérieures entre les parties. Les cocontractants se connaissent, on déjà conclu ensemble. Nouvelle commande de produits dont la caractéristique est connue et le prix aussi. Le silence du fournisseur signifie dans ce cas son accord. Il y a accord alors que l'exécution n'a pas encore commencé. C'est au cocontractant, qui considère que le contrat n'est pas valable, de se manifester. Celui qui veut rompre l'habitude, bouleverser l'ordre des choses préétablies, doit se manifester. Ce n'est pas un renouvellement de contrat.

- Les usages considèrent l'absence de réponse comme une acceptation. Ces usages sont extrêmement rares quand ils concernent des obligations essentielles au contrat. Ces usages sont plus courants pour des clauses accessoires, qui ne touchent ni la chose ni le prix. Exemple : entre commerçants, la stipulation que le prix sera payable par lettre de change à tel délai est un usage extrêmement répandu. La mention figure souvent sur les factures. Celui qui reçoit la facture et ne conteste pas cet aspect, est censé accepter ce mode de paiement.

- Le silence va valoir acceptation quand l'offre a été présentée dans le seul intérêt de son destinataire. Le destinataire est alors présumé l'avoir accepté. C'est la jurisprudence qui a accepté cet accord. Cela est critiquable car cette jurisprudence est fondée sur une interprétation divinatoire de la volonté. Il s'agit d'avantages pour l'offrant.

2) Les conditions de forme

Le Droit des affaires est fondé sur la rapidité, la simplicité. Pour ces raisons, le Droit commercial pose en matière de preuve des actes de commerce un principe de liberté remarquable qui doit être caractérisé. En matière de preuve, les contrats civils, au moins au dessus d'un certain montant, 1 500 €, doivent être écrits, authentiques ou sous seing privé : article 1341 C.civ. La loi du 13 mars 2000 a modernisé le monde de la preuve en assimilant à l'écrit sur support papier l'écrit électronique dès lors que ce dernier montre une certaine fiabilité et une certaine intégrité dans son mode d'expression : article 1316 C.civ. Cette loi a fait évoluer les choses mais elle n'a pas remis en cause l'exigence d'une preuve littérale. Elle a simplement retenu une conception plus moderne de l'écrit. Les principes anciens du C.civ. de 1804 restent inchangés. L'écrit, y compris électronique, reste le seul moyen de preuve pour les actes civils. La preuve par témoins n'est jamais admissible contre et outre le contenu. Pour les contrats synallagmatiques la formalité des originaux multiples reste requise, de même que la règle exigeant une mention manuscrite de la somme due : article 1326 C.civ.

Ces règles vont disparaître en Droit commercial, elles ne jouent pas dans les contrats spéciaux. L 110-3 du Code de commerce décide qu'à l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tout moyen à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi. Le principe est donc que dans les relations entre commerçants, tous les moyens de preuve des actes passés sont admis : par correspondance, par témoins, par présomption, par télécopie, par Internet, etc... Ne s'appliquent pas en matière de contrats commerciaux les dispositions des articles 1325, 1326 et 1328 du C.civ. relatives aux actes sous seing privé, dès lors qu'elles sont relatives à des contrats conclus par des commerçants. Il sera toujours possible de se référer à des preuves par témoins ou à des présomptions qui seront contre et outre le contenu

aux actes. L'écrit est largement relativisé. On souhaite favoriser la rapidité des transactions et on va s'affranchir de ces règles de preuve si strictement exigées en Droit commun. Pourtant il y a quelques exemples qui montrent que la loi peut parfois en disposer autrement. A titre exceptionnel, la loi commerciale peut parfois exiger un écrit pour certains contrats : vente d'un fond de commerce par exemple, du nantissement d'un fond de commerce, le contrat de société, tous les gages. Les contrats commerciaux peuvent parfois être soumis à un formalisme, au travers de mesures de publicité, formalisme non exigé dans le Droit commun. La liberté de la preuve est écartée pour les actes qu'un commerçant effectuerait hors de son activité professionnelle.

- Formalité ad validitatem : accomplie sous peine de nullité de l'acte.
- Formalité ad probationem ou ad solemnitatem : n'entraînent pas la nullité automatique de l'acte en cas d'inobservation.

B – L'inexécution des obligations commerciales

Pour éviter tout litige juridique dans le domaine commercial, il faut prendre ses précautions en une rédaction attentionnée de la convention. Les litiges sont souvent dus au manque de rigueur des juristes. Le Droit commercial va se singulariser en cas de litiges.

1) La mise en demeure

La loi du 9 juillet 1991 relative aux réformes des procédures civiles d'exécution indiquent que tant au plan civil que commercial, une mise en demeure peut résulter d'une simple lettre dès lors qu'il ressort de ses termes une interpellation suffisante. Avant 1991, la mise en demeure dans le Droit civil ne pouvait intervenir que par acte extrajudiciaire. Cette exigence faisait du Droit commercial un Droit d'exception puisque jusqu'en 1991, la mise en demeure pouvait intervenir par une simple lettre.

2) Les sanctions de l'inexécution

a) Des solutions en dehors de toute action en justice

Ce sont des solutions se trouvant que dans le Droit commercial.

- **Le laissé pour compte** : l'acheteur peut refuser de prendre livraison de la marchandise s'il estime qu'elle n'est pas conforme aux dispositions contractuelles. Ce n'est qu'une solution d'attente.
- **L'exception d'inexécution** : si l'un des contractants réclame l'exécution de sa créance sans s'être acquitté de sa dette, l'autre est en mesure de refuser de payer en invoquant l'exception inexécution. Une telle solution n'est envisageable que si la disposition contractuelle non respectée constitue une prescription contractuelle essentielle. Si c'est le cas, l'inexécution est grave. Le créancier est autorisé à user de cette exception. Si le non respect porte sur une disposition accessoire au contrat, le recours à l'exception

d'inexécution peut conduire à considérer que celui qui s'en prévaut est de mauvaise foi. Il doit avoir proportionnalité entre l'importance des obligations.

Qu'il s'agisse de l'une ou l'autre de ces solutions, elles ne sont que des solutions d'attente avant l'intervention du juge. On est à la lisière du procès.

b) Des solutions dans le cadre d'une action en justice

Elles sont propres au Droit commercial. Certaines actions autorisent la survie du contrat, d'autres provoquent sa disparition. On trouve

- **L'exécution forcée** : l'acheteur peut obtenir la condamnation du vendeur à l'exécution forcée de l'obligation de délivrance. Le juge a souvent des moyens puissants de persuasion : l'astreinte journalière. Elle permet au créancier d'exiger de la part du débiteur qu'il remplisse son obligation en nature. Le créancier va solliciter du juge qu'il ordonne la remise de la chose due. La remise de la chose peut être impossible, dans ce cas c'est l'exécution en nature qui est impossible, on va donc condamner le débiteur de l'obligation à s'exécuter par équivalent. Dans un contrat de service, si le débiteur ne réalise pas le service conformément aux dispositions insérées à la convention, il pourra être forcé sous astreinte à s'exécuter.
- **La réfaction du contrat** : dans l'objectif d'assurer la survie du contrat, l'acheteur peut aussi demander au juge la réfaction du contrat. Le contrat est maintenu mais son équilibre contractuel va être rétabli. On utilise souvent la réfaction quand la défaillance porte sur un élément accessoire.

Dispositions du contrat :

L'action en résolution : l'acheteur peut demander la résolution judiciaire du contrat si une clause contractuelle n'a pas été respectée. Les juges du fond rechercheront une inexécution totale ou partielle d'une obligation essentielle. Ils apprécieront si d'après les circonstances de fait cette inexécution a eu suffisamment d'importance pour que la résolution doive être prononcée. Ils vont contrôler l'opportunité de la résolution. L'anéantissement du contrat ne doit pas se révéler disproportionnée par rapport au manquement : article 1184 C.civ. Si l'acheteur n'agit pas rapidement, il est sensé avoir accepté la chose en l'état, il est sensé renoncer à toute exécution ou résolution. On dit que l'acceptation de la marchandise purge son absence de conformité.

C – L'extinction des obligations commerciales

Il y avait deux grandes particularités. Il y a une assimilation du Droit commercial au droit civil.

1) Le paiement

La règle était valable jusqu'en 1986. Il s'agit de permettre au débiteur qui a plusieurs dettes de déclarer quand il paye laquelle de ses dettes il entend acquitter. Avant 1986, ces dispositions n'étaient pas applicables au Droit commercial. Depuis, la C.Cass. en sa chambre commerciale a reconnu dans un arrêt du 22 juillet 1986 que les commerçants peuvent également arguer de cette règle.

2) La prescription

On l'appelle extinctive ou libératoire. Elle intervient quand le créancier n'exerce pas son droit. A l'expiration d'un certain délai, la prescription va éteindre le droit et interdire d'agir en justice pour en obtenir l'exécution. En droit civil, le délai est de 30 ans : article 2262 C.civ. En Droit commercial il est traditionnellement institué des délais plus brefs : 10 ans d'ordinaire, de nombreuses prescriptions plus courtes : 2 ans pour les ventes. Cette prescription répond à un besoin de sécurité juridique pour consolider les apparences. La prescription est fondée sur une notion d'ordre et non pas sur une présomption de paiement. L'idée est que le rythme du Droit des affaires impose que les obligations commerciales s'éteignent plus rapidement que les obligations civiles. Les commerçants, traditionnellement, sont vigilants pour recouvrer leurs créances. Le délai de prescription et la durée de conservation des preuves écrites sont en lien. L'article L 123-22 du Code de commerce indique que les commerçants sont tenus de conserver leur comptabilité et leurs archives pendant 10 ans.

Le domaine d'application de cette prescription décennale est très large et les conditions d'application de l'article L 110-4 1° qui prévoit cette prescription sont au nombre de quatre :

- o **Il faut une obligation** : dans son sens technique, large. Il faut un lien de Droit entre un créancier et un débiteur. Peu importe la source de l'obligation, ce peut être un contrat, un délit ou un quasi-délit.
- o **L'une des deux parties au moins doit avoir la qualité de commerçant** : il faut que l'obligation soit née entre commerçants ou entre un commerçant et un non-commerçant. La prescription décennale s'applique donc aux actes mixtes.
- o **L'obligation doit être née à l'occasion du commerce** : il suffit que le lien d'obligation ait un rapport avec l'activité professionnelle de la partie commerçante.
- o **Il ne faut pas que l'obligation soit atteinte par une prescription plus courte** : en matière de transport la prescription est d'une année.

D – La solidarité des codébiteurs

On parle de solidarité passive quand plusieurs débiteurs sont tenus de la même dette à l'égard du même créancier. Le créancier peut, comme il le souhaite, réclamer l'intégralité de la dette à l'un seul quelconque des codébiteurs. Il peut aussi diviser son recours entre certains ou tous

les débiteurs. Celui qui a payé pour les autres dispose d'un recours contre les autres codébiteurs, il va devoir diviser ses poursuites. Cette solidarité est une garantie solide pour le créancier car il va pouvoir exiger le paiement intégral auprès de celui qui est solvable. Les codébiteurs se voient affublés d'une charge extrêmement lourde surtout quand ils doivent assumer l'insolvabilité des autres codébiteurs. Traditionnellement, le Droit civil considère la solidarité comme une situation anormale. Article 1202 alinéa 1 du C.civ. indique que la solidarité ne se présume point, il faut qu'elle soit expressement stipulée.

En Droit commercial, la règle est inversée. Elle est normale entre commerçants quand à l'occasion d'une affaire il s'engage en vers le même créancier. La solidarité est donc présumée : simple et irréfutable.

- La présomption de solidarité s'applique quand plusieurs commerçants sont tenus de la même dette née à l'occasion de leur commerce.
- La présomption de solidarité s'applique également à des personnes non-commerçantes quand elles se sont engagées à l'occasion d'un même acte de commerce.
- Il ne suffit pas pour renverser la présomption de prouver que les codébiteurs n'avaient pas en réalité l'intention de s'engager solidairement. Il faut prouver aussi que le créancier avait renoncé à invoquer la solidarité.

§2 – Le régime des actes mixtes

Il s'agit d'un régime qui n'est pas unique, qui va se dédoubler pour un même acte. Il faut traiter d'une hypothèse très courante dans laquelle un contrat est passé entre un commerçant et un non commerçant. L'acte va être qualifié d'acte mixte dans cette hypothèse. Dans cette situation, l'acte va se voir appliquer un régime juridique mixte, lequel va tenir compte de la différence de statut des protagonistes à l'affaire. Pour régler cette difficulté, on va faire appel au principe de distributivité mais de plus en plus souvent il faut reconnaître, ce principe va être délaissé et on va alors privilégier la soumission du litige à un Droit particulier.

A – Le principe de la distributivité

Quand on est en présence de deux contractants qui n'ont pas le même statut, on va appliquer le principe de distributivité. Le commerçant se voit appliquer les règles spéciales du Droit commercial et le non-commerçant va se voir appliquer les règles du Droit civil. En matière de preuve le non-commerçant va pouvoir faire la preuve par tout moyen contre le commerçant. Le commerçant devra rapporter la preuve selon les règles du Droit civil qui sont plus rigoureuses. Cette solution dualiste s'applique également en matière de compétence d'attribution juridictionnelle. Si le commerçant est demandeur, il ne peut saisir que la juridiction civile, il ne peut pas obliger son adversaire à plaider devant une juridiction professionnelle. Si le non-commerçant est demandeur, celui-ci a le choix. Ce principe de distributivité ne s'applique que dans ces deux cas. Dans toutes les autres hypothèses, l'acte mixte va être soumis à un régime unitaire. C'est l'exception qui gagne du terrain.

B – Les exceptions au principe

Les actes mixtes retrouvent souvent un régime unitaire. Dans ce cas, on va privilégier un Droit plutôt qu'un autre : le Droit civil qui va alors s'appliquer aux deux parties, cet acte mixte peut se voir également appliquer les seules règles du Droit commercial, l'acte mixte peut être gouverné par un autre Droit, on s'intéressera alors au Droit de la consommation.

1) L'application du Droit civil

Si c'est le commerçant qui assigne le non-commerçant, il devra le faire devant les tribunaux civils. Dans cette situation, ce seront les règles du Droit civil qui vont s'appliquer, par exemple, celles relatives à la preuve. Très souvent, le commerçant va être soumis à l'exigence d'un écrit quand le montant est supérieur à 1 500 €. La C.Cass. a récemment considéré que cette règle doit s'appliquer aux particuliers mais aussi aux agriculteurs, ou professions libérales.

2) L'application du Droit commercial

Les règles commerciales vont jouer si l'acte est commercial à l'égard du défendeur, si le défendeur est commerçant, et même si l'on se trouve devant une juridiction civile. Cette juridiction va faire application des règles du Droit commercial. Si le demandeur est un non-commerçant et qu'il assigne l'autre protagoniste commerçant devant une juridiction civile comme cela est son droit, il pourra rapporter la preuve par tout moyen.

3) Le Droit de la consommation

Depuis 40 ans environ, s'est constitué tout un corps de règles destinées à protéger les consommateurs quand ils sont en rapport avec des professionnels. Ces règles forment le Droit de la consommation, Droit qui a eu l'honneur d'être reconnu au plus au point car depuis une loi du 26 juillet 1993, il existe un Code. Ce Code édicte des règles impératives relatives à certaines formes de vente. A titre d'exemple, il y a toutes les ventes par démarchage, ou ventes à domicile : article L 121-3 et suivants du Code de la consommation. Le Droit soumet à toute une série de mentions obligatoires le contrat qui va être conclue entre le consommateur et le professionnel dès lors que l'on a affaire à une vente à domicile. C'est un formalisme très rigoureux. L'article L 121-25 permet à l'acheteur de renoncer à sa commande et de se rétracter dans les 7 jours. En matière de vente à distance, l'article L 121-16 donne à l'acheteur le même délai à compter de la livraison pour renoncer au contrat et retourner la marchandise. Il faut aussi évoquer les clauses abusives : article L 132-1 du Code de la consommation : toute clause considérée comme abusive est frappée de nullité.

Les actes mixtes peuvent être soumis au Droit de la consommation, ses règles peuvent s'appliquer et dans une telle hypothèse compte tenu de leur domaine, elles vont écarter le Droit civil, le Droit commercial, au nom du principe de la spécialité. La notion de non-commerçant est bien plus large que celle de consommateur. Le Droit de la consommation ne prend pas forcément le relais du Droit commercial.

Section 2 : La théorie de l'accessoire

Il faut envisager l'application résiduelle du Droit commercial. La théorie de l'accessoire commercial, reçoit application quand l'activité professionnelle de l'auteur de l'acte est commerciale. Il peut également arriver que cette théorie trouve à s'appliquer alors même que l'auteur même de l'acte n'est pas un commerçant. Il s'agira alors de faire appel à la théorie de l'accessoire commercial objectif. On pourra ensuite parler de la théorie de l'accessoire civil : acte de commerce qui pourrait recevoir la qualification d'acte de commerce mais qui va recevoir celle d'acte civil.

§1 – L'accessoire commercial subjectif

A – Les conditions

Il en existe deux pour que la théorie s'applique.

- Les actes concernés doivent être accomplis par un commerçant et peut importe que l'autre partie ait ou non la qualité.
- Ces actes doivent se rattacher à l'activité commerciale principale de leur auteur pourvue qu'ils en soient le complément.

Si ces deux conditions sont remplies, cette théorie peut s'appliquer. Cependant, il est parfois difficile de savoir quelle est la raison d'être d'un acte, et de savoir si l'acte a été conclu dans le cadre de l'activité professionnelle ou non. La C.Cass. est intervenue et considère que tous les actes effectués par un commerçant sont commerciaux par accessoire sauf preuve contraire qui peut être rapportée par tout moyen.

B – Le domaine

La théorie de l'accessoire commercial va recevoir une application dans tous les domaines : contractuels et extracontractuels. Le but poursuivi est le plus important et va être pris en considération. S'il agit pour les besoins de son commerce, l'acte sera commercial, sinon il sera civil. Le domaine s'étend à des exemples très nombreux : tous les achats de biens matériels. On peut envisager les contrats de travail qui sont pour le commerçant des actes de commerce. Il en est de même pour les opérations de transport, les emprunts réalisés, les mandats nécessaires à l'activité commerciale, les contrats d'assurance.

§2 – L'accessoire commercial objectif

Un acte peut être considéré commercial alors même que l'auteur de l'acte n'est pas un commerçant. L'hypothèse est résiduelle mais se rencontre tout de même dans deux situations. L'acte de commerce peut tout d'abord être considéré comme étant commercial à raison de son objet. Le seul objectif de l'acte va revêtir un caractère commercial. L'acte de commerce peut ensuite s'avérer un acte civil accompli par une personne privée soumise au Droit civil. Cet acte va constituer l'accessoire d'un autre acte, car il n'est que l'accessoire d'un autre acte,

plus important, lequel est commercial. Parce que ce premier acte n'a aucune raison d'être sans le second, le contrat accessoire va épouser le caractère commercial du contrat principal.

A – Les obligations commerciales en raison de leur objet

Il s'agit d'acte qui, pris isolément, sont toujours commerciaux en raison de leur forme ou de leur objet quelle que soit la personne qui les accomplit. Parfois, la doctrine les qualifie d'actes essentiellement commerciaux. Il en existe deux catégories principales qui sont indiscutées : les lettres de change, les actes des sociétés commerciales et accessoirement les actes réalisés sur les fonds de commerce.

- **La lettre de change** : Cf. chapitre 1 de cette partie. L'article L 110-1 alinéa 10 du Code de commerce répute acte de commerce les lettres de change entre toutes les personnes.

- **Les actes des sociétés commerciales** : toutes les sociétés qui empruntent l'une des quatre formes réglementées par la loi du 24 juillet 1966 (fondement du Droit des sociétés en France), réalisent des actes de commerce par la forme. Sont également visés tous les actes relatifs à ces sociétés : SNC (sociétés en nom collectif), S.A.R.L., sociétés en commandite simple, sociétés par action. Les actes réalisés par ces sociétés sont nécessairement des actes de commerce. Cette commercialité des sociétés rejait à deux stades : sur tous les actes accomplis par les sociétés durant leur existence (on a parfois douté de la commercialité des actes réalisés par des sociétés de ce type alors même qu'elles avaient une activité civile. L'arrêt de la C.Cass. du 1^{er} février 1936 indique que la structure qu'adoptent ces sociétés a pour effet de conférer aux actes accomplis par elle, dans les limites de leur objet, le caractère commercial. Dès lors que l'activité se fait sous la forme d'une société commerciale, on va faire fi de cette activité pour se concentrer sur la forme.) ; la commercialité formelle va s'étendre aux actes relatifs à la constitution et à la dissolution de ces sociétés. Le particulier qui souscrit à une émission d'actions fait un acte de commerce objectif même s'il n'est pas commerçant. La solution est désormais ancienne. Les cessions de parts sociales ou d'actions demeurent des actes civils mais la jurisprudence ajoute que dès lors qu'il y a transfert du contrôle de la société au profit du cessionnaire, ou maintien du contrôle au profit de celui qui en est le titulaire actuel, alors l'acte civil à la base devient un acte de commerce. La justification est simple, l'idée est que de telles conventions affectent la société elle-même, elles doivent par conséquent s'imprégner du caractère commercial de ces structures. La commercialité va imprégner toute l'existence de ces personnes morales.

- **Les opérations sur fond de commerce** : la doctrine est partagée. Certains auteurs considèrent que les actes juridiques relatifs aux fonds de commerce sont automatiquement commerciaux à raison de leur objet qui touche de très près au commerce. La théorie de l'accessoire vient justifier cette approche. La jurisprudence par la C.Cass., considère depuis fort longtemps qu'un acte d'achat ou de vente d'un fond de commerce est un acte de commerce. Arrêt du 15 octobre 1958 de la chambre commerciale. Une promesse unilatérale d'achat de fond de commerce, est un acte de commerce. Certaines décisions de justice refusent la commercialité de l'acte quand le fond est vendu par son propriétaire alors même qu'il l'avait auparavant mis en location-gérance. Quand on met un fond de commerce en location-gérance, on perd la qualité de commerçant. La CA d'Aix-en-Provence a refusé de le reconnaître le 20 juillet 1943, celle de Montpellier le 10 octobre 1951 aussi. Des arrêts de la

CA de Paris insistent sur le caractère commercial de l'acte. La question est de savoir s'il faut ou non allonger la liste des actes de commerce par la forme grâce à la théorie de l'accessoire.

B – Les obligations accessoires à une obligation commerciale

On parle d'actes de commerce objectifs accessoires quand un acte normalement civil devient commercial parce qu'il est l'accessoire d'une opération de commerce bien que l'auteur de l'acte ne soit pas un commerçant et qu'il n'exerce pas d'activité commerciale. C'est un autre acte qui est principal et qu'il faut mettre en avant. L'hypothèse se rencontre pour certains contrats constitutifs de sûreté : exemple : l'article L 521-1 du Code de commerce évoque le gage, cette disposition garantie une dette commerciale qui est un acte de commerce. Quelle que soit la qualité du constituant. Un gage est un acte civil, il peut être réalisé par une personne civile mais peut aussi intervenir pour éponger une dette commerciale. Cet acte civil accessoire va alors devenir un acte de commerce.

Selon la jurisprudence, le cautionnement consenti par le PDG d'une SA ou S.A.R.L., pour une dette de la société, est un acte de commerce. La commercialité de l'engagement principal rejaillit sur l'engagement accessoire. Décisions de la chambre commerciale du 16 mars 1993, 17 octobre 1977. Les PDG n'ont pas le statut de commerçant.

§3 – L'accessoire civil

La théorie de l'accessoire n'a pas seulement pour effet de donner le caractère commercial à des actes qui devraient normalement être civils, mais aussi de donner le caractère civil à des actes qui entrent pourtant traditionnellement dans la nomenclature de l'article L 110-1 du Code de commerce. Il en est ainsi quand ces actes sont accomplis par un non commerçant pour les besoins ou à l'occasion de son activité principale civile. C'est une situation fréquente qui se rencontre dans tous les secteurs de la vie économique civile. Elle concerne l'agriculteur par exemple, qui avant de vendre, va transformer. Cette démarche est accessoire à une activité principale qui est civile. Il en va de même pour l'artiste qui achète des matériaux pour réaliser son œuvre, le médecin, le maître de pension qui nourrit ses élèves. Tous les actes d'apparence commerciale accomplis par ces professionnels demeurent civils dans la mesure où ils se rattachent à une activité principale étrangère au commerce.

TITRE II : Les biens

Il n'y aura qu'un chapitre, traitant du fond de commerce. On ne traitera pas des effets de commerce, des droits de propriété industrielle.

Chapitre I : Le fond de commerce

Il peut être défini comme un ensemble de biens mobiliers affectés à l'exploitation d'une entreprise commerciale. Cette notion ne réunit pas la totalité des biens de l'entreprise. Les

immeubles n'en font pas partie, certains meubles au sens juridiques du terme : créances de sommes d'argent. Le fond de commerce ne constitue donc qu'un sous-ensemble à l'intérieur d'une enveloppe plus vaste, plus globale qui contient l'ensemble des biens affectés à l'entreprise. Les biens compris dans le fond de commerce sont donc d'une très grande diversité. C'estesont des biens corporels comme les marchandises composant le stock mais aussi des biens incorporels comme un brevet, une marque de fabrique. Ce fond de commerce présente une réelle unité car l'ensemble des biens qui le composent est affecté à l'exploitation de l'entreprise commerciale. On dit qu'ils sont tenus à capter et retenir la clientèle.

· L'intérêt de la notion même de fond de commerce :

Le Code de commerce de 1807 a ignoré le fond de commerce, il n'y a jamais fait allusion, c'est seulement au cours du 19^e s que les commerçants ont commencé à prendre conscience de l'existence d'éléments incorporels et de l'importance que revêtait la clientèle. Cette notion est aujourd'hui fondamentale pour l'économie française, c'est le principal moyen utilisé par le commerçant en vue de l'acquisition et de la conservation de la clientèle. C'est une notion fondamentale en Droit commercial et surtout dans le domaine des PME, il affirme toute sa réalité économique : actuellement 1 million de fonds de commerce en France. Un projet de loi vise actuellement à créer un fond agricole. Le fond de commerce n'est pas défini par le législateur.

· Le fond de commerce et notions voisines :

La définition du fond de commerce telle qu'elle a été envisagée par la doctrine essentiellement incite inmanquablement à évoquer la notion d'entreprise laquelle apparaît manifestement voisine, mais également l'entreprise personnelle.

Le terme « entreprise » n'est pas un terme juridique. La notion d'entreprise est emprunte d'incertitude et généralement reconnue comme une organisation autonome qui coordonne un ensemble de facteurs de production de biens ou de services devant être écoulés sur un marché. Cette approche est essentiellement économique. Au delà de cette définition, traditionnellement deux thèses de l'entreprise s'affrontent. Certains insistent sur l'aspect purement patrimonial de l'entreprise et n'y voient qu'un ensemble de biens affectés à une production : partisans de la thèse matérialiste. D'autres insistent sur le rassemblement de moyens humains qui sont indispensables à l'exploitation et qui donnent naissance à la création de deux groupes lesquels sont d'une part les apporteurs de capital et d'autre part les apporteurs de travail. Ces personnes s'unissent autour de la thèse personnaliste. Ce courant est doté d'intérêts qui lui sont propres et ces intérêts vont conférer à l'entité qui est l'entreprise la qualité de sujet de Droit. L'entreprise doit être considérée comme une institution à elle seule. Le régime juridique va évoluer en fonction des alternances politiques entre ces deux pôles selon que l'on se place du côté du Droit social ou du Droit commercial. Union Européenne l'on prenne partie pour l'une ou l'autre n'est pas important. On peut considérer que l'entreprise va se particulariser par la qualité de sujet de Droit or le fond de commerce n'est pas un sujet de Droit mais un objet, c'est un bien, la propriété d'un commerçant. Dans les deux cas, il y a un ensemble d'éléments qui vont être rassemblés mais l'entreprise va rassembler l'ensemble des éléments alors que le fond de commerce ne parvient à ressembler que quelques éléments précis car il exclue les immeubles, les créances.

On peut dès lors d'interroger pour savoir si le fond de commerce ne pourrait pas se rapprocher de la notion d'entreprise personnelle. Par ce terme on entend celle qui appartient par une seule personne physique. Il s'agit souvent d'entreprise où la considération de la personne physique du propriétaire est importante. Cette personnification de l'entreprise l'oppose à l'entreprise capitaliste. La personne de l'apporteur ne compte nullement dans l'hypothèse envisagée au dessus. Le lien entre fond de commerce et entreprise personnelle apparaît comme un moyen d'organiser juridiquement le fond de commerce. Tout dépend de la taille de l'entreprise. Au delà d'une certaine taille d'exploitation, sans l'intervention d'aucune règle juridique, la notion de fond de commerce va disparaître au profit de celle de l'entreprise.

Section 1 : Les éléments du fond de commerce

Certains éléments sont corporels alors que d'autres sont incorporels.

§1 – Le droit au bail

On fait ici appel aux baux commerciaux car il arrive qu'un commerçant exploite son fond de commerce dans un immeuble dont il est propriétaire. Il n'y a pas de contrat de location. Très souvent le propriétaire du fond de commerce n'est pas propriétaire de l'immeuble dans lequel il l'exploite, il va donc conclure un contrat de location avec le propriétaire. C'est alors que l'on parle de droit au bail : droit de jouissance des lieux résultant de ce contrat à l'encontre du propriétaire. Le droit au bail fait partie du fond de commerce et peut être cédé avec le fond. Il a une très grande importance pratique car c'est lui qui va conditionner la situation géographique du fond laquelle situation est un élément fondamental du rattachement de la clientèle.

Le fond de commerce sert à distinguer le commerçant de ses concurrents et à satisfaire les besoins de la clientèle. Le législateur est intervenu pour protéger le Droit au bail et donc les commerçants.

A – Le domaine d'application du statut des baux commerciaux

Le contrat de bail est un contrat par lequel le titulaire d'un fond de commerce obtient contre une rémunération qu'il va verser le droit à la jouissance d'un immeuble appartenant au cocontractant lequel est nommé bailleur. L'objectif pour le locataire est d'y exercer son activité commerciale. La créance qui naît de ce contrat au profit du preneur va être qualifiée de droit au bail. Ce droit fait partie des créances qui sont exceptionnellement rattachées au fond de commerce, et qui vont être transmissibles avec le fond. La perte du droit au bail peut entraîner la perte d'une partie ou de la totalité de la clientèle. C'est pourquoi très tôt, les commerçants ont exercé une pression sur le législateur pour obtenir de celui-ci une protection efficace, plus que celle qui leur était accordée au titre du Droit commun pour le bail. On a refusé de se soumettre à ce Droit car celui-ci était basé sur une relation contractuelle équilibrée en faveur du propriétaire. Le législateur est donc intervenu pour proposer un statut particulier des baux commerciaux. Il faut se référer à un seul texte, le décret du 30 sept 1953 encore en vigueur et qui a été modifié à plusieurs reprises. On trouve une loi du 12 mai 1965, 2 janvier 1970, 16 juillet 1971, décret de 1957. Ce décret a été codifié aux articles L 145-1 et suivants du Code de commerce. Ce décret pose un certain nombre de conditions relatives au

contrat de bail, aux locaux faisant l'objet du contrat, à l'activité qui doit être exercée à l'intérieur de ces locaux. Ce décret met en place certaines règles qui vont devoir être appliquées, mais il n'envisage pas de façon exhaustive la convention. En cas de silence du décret, il faudra se reporter au Droit commun. Tout est question d'existence ici. Pour que le Droit des baux commerciaux s'applique, on doit être en présence d'un immeuble ou local et il faudra déduire de conséquences très claires de cela. On doit être en présence d'une exploitation commerciale, d'un contrat de bail et de certaines qualités de la personne du bailleur et de celle du locataire.

1) Existence d'un immeuble ou d'un local

Les locaux qui font l'objet du contrat de bail doivent être des immeubles destinés à l'exercice d'une activité commerciale ou assimilée. Pas d'application du décret sur la voie publique. Ce décret précise qu'il faut entendre par immeuble ou locaux affectés à l'exercice d'une activité commerciale, les locaux dans lesquels un fond de commerce est exploité, les locaux accessoires à l'exploitation d'un fond de commerce et enfin les terrains nus sur lesquels le locataire a édifié des constructions à usage commercial.

- Les locaux dans lesquels le commerce est exercé
- Les locaux accessoires :

Cette notion est floue. Le décret de 1953 énonçait que les locaux devaient être considérés comme accessoires quand leur utilisation était indispensable à l'exercice de l'activité commerciale. La loi du 12 mai 1965 vient modifier cela au travers d'une approche négative. Les locaux sont accessoires quand leur privation est de nature à compromettre l'exploitation du fond. Il n'y a donc aucun changement mais juste une reformulation. Les tribunaux décident souverainement de la réalisation de cette condition. Ils se montrent plutôt restrictifs quant à la détermination des locaux accessoires. Dans l'hypothèse où le local accessoire n'appartient pas au même propriétaire que le local principal, la location doit avoir été consentie par le propriétaire en toute connaissance de cause. Ce propriétaire du local accessoire doit avoir été averti de l'utilisation jointe du local.

- Les terrains nus :

Ils sont considérés comme affectés à l'exercice d'une activité commerciale quand on a édifié sur eux des constructions à usage commercial. Les juges du fond vérifient systématiquement qu'il s'agit de véritables constructions et que le propriétaire du terrain a donné son consentement express. A contrario, les terrains nus sans construction n'ont aucune affectation précise et ils ne sont pas plus affectés à une activité commerciale qu'à une autre. C'est pourquoi la location d'un terrain nu non construit n'entre pas dans la catégorie des baux commerciaux prévue par le décret de 1953.

2) Existence d'une exploitation commerciale autonome

Le contrat de bail est un bail commercial quand les locaux loués sont affectés à l'exercice d'une activité commerciale. Le décret du 30 septembre 1953, et les lois l'ayant modifié, ont étendu la notion de bail commercial en assimilant certaines activités aux activités commerciales. Le but de l'assimilation est de permettre à ces activités assimilées de bénéficier du décret de 1953 et de ses dispositions protectrices qu'il faut ici lister :

- Les activités artisanales exercées par un artisan régulièrement inscrit au registre des métiers.
- Les activités d'enseignement. C'est une loi du 5 janvier 1957 qui a considéré que les activités d'enseignement devaient pouvoir bénéficier de la législation sur les baux commerciaux.
- Les activités exercées par les régies municipales.
- Les activités des entreprises publiques : EPIC.
- Les coopératives de crédit.
- Les artistes.
- Etc.... article L 145-2 du Code de commerce en ce sens.

3) L'existence d'un contrat de bail

Pour avoir affaire à un contrat de bail commercial, le contrat visé doit traiter d'un droit à la jouissance des lieux qui va présenter certaines analogies avec des actes se situant à proximité au premier rang desquels la convention d'occupation précaire. Il s'agit d'une convention se distinguant par la faculté laissée au bailleur de rompre le contrat à tout moment. Il va falloir faire la distinction entre les deux donc. Les juges du fond vont devoir qualifier la situation et parfois même rebaptiser un contrat. Les parties peuvent baptiser un contrat sous une mauvaise appellation. Le propriétaire des lieux a tout intérêt à avoir la reconnaissance d'une convention d'occupation précaire. Il s'agit de la situation dans laquelle un événement extérieur conduit le propriétaire des murs à conclure un contrat de la sorte en raison d'éléments objectifs extérieurs. Exemple : propriétaire d'un immeuble voué à la démolition d'ici deux ans.

4) L'existence de certaines qualités en la personne du bailleur ou du locataire

La qualité du propriétaire est indifférente, elle peut être physique ou morale. Toutefois, il faut tenir compte des règles du C.civ. relatives à la capacité et aux pouvoirs du bailleur. Le statut personnel du bailleur peut restreindre ses droits, ses capacités, ses possibilités de conclure le contrat de bail commercial.

Pour l'incapable, il ne sera pas possible de conclure un contrat de ce type et la personne propriétaire ou son représentant du local devra solliciter une autorisation du juge des tutelles pour conclure ce bail commercial. Ce bail donne droit au renouvellement. Parce qu'il est dangereux pour celui qui va le conclure, on va exiger de l'incapable une aide à la décision,

une autorisation d'une personne qui lui fera comprendre ce à quoi elle s'engage. Le bail consenti sans cette autorisation ne confère au preneur à l'encontre du mineur ou du majeur incapable aucun droit au renouvellement.

Dans le cas où l'immeuble appartient aux époux, le bail ne peut être conclu qu'avec le consentement des deux.

Quand l'immeuble est en indivision, la conclusion du bail commercial nécessite le consentement de tous les coindivisaires ou un mandat spécial accordé à l'un d'entre eux.

Quand le Droit réel exercé sur l'immeuble est démembre, distinction entre le nu-propriétaire et l'usufruitier, ce dernier ne peut pas conclure seul le bail, il doit solliciter le consentement du nu-propriétaire.

S'agissant du locataire, il a la qualité de commerçant quand il exploite lui-même son fonds de commerce. Quand le preneur met son fonds de commerce en location-gérance, il perd cette qualité de commerçant mais va tout de même pouvoir continuer à bénéficier du statut des baux commerciaux. Ne peuvent prétendre bénéficier du statut des baux commerciaux, deux catégories de locataires, ceux qui n'exercent pas d'activité commerciale, comme les professions agricoles, les professions libérales, d'autre part, tous les commerçants n'ayant pas de fonds de commerce : locataires gérants. Les sociétés à forme commerciale et à objet civil, ne peuvent pas non plus en bénéficier.

Tous les commerçants qui ne peuvent pas justifier d'une clientèle propre ne peuvent pas bénéficier du décret de 1953. Exemple : le marchand de chaussures, de glaces, dans une galerie commerciale, le restaurateur en hippodrome.

Le mode d'exploitation du fonds de commerce est cependant indifférent, le locataire peut l'exploiter lui-même ou par ses préposés, mais aussi par un gérant salarié. Ce qui compte est que le locataire soit inscrit au R.C.S.

B – Les relations entre les parties au cours du bail

En l'absence de dispositions particulières, les baux commerciaux sont assujettis aux règles générales régissant le louage d'immeubles. Ces règles générales sont contenues aux articles 1713 à 1762 du C.civ. Elles concernent la conclusion du contrat de bail, son exécution et son extinction. Ces baux donnent lieu en pratique à un écrit, mais le Droit des baux commerciaux se particularise par les avantages exorbitants accordés aux commerçants. Le locataire dispose de nombreux droits.

1) Les droits du locataire

Le locataire est en droit d'obtenir la délivrance des lieux loués mais aussi le maintien de ce local en bon état d'entretien. En parallèle, le locataire doit aussi pouvoir jouir paisiblement de ce local ce qui n'exclut pas la possibilité pour le bailleur de louer dans le même immeuble à

un concurrent du locataire un autre local pour l'exercice d'une activité similaire. Le propriétaire peut lui-même concurrencer le locataire : liberté contractuelle.

Au-delà de ces aspects, certaines particularités existent. Elles permettent de constater que le locataire dispose d'avantages majeurs quant à la durée du bail, au montant du loyer, à l'utilisation des lieux.

a) La durée du bail

Il est fixé pour 9 ans au minimum. Cette durée ne s'impose qu'au bailleur. Le locataire peut résilier le bail tous les 3 ans. Il est admis qu'une clause du bail puisse stipuler une durée supérieure à la durée normale de 9 ans. Il peut donc être résilié par anticipation. La loi autorise ce dernier à donner congé dans le cas où il ferait de mauvaises affaires mais aussi à tout moment quand le locataire peut faire valoir ses droits à la retraite. Ce congé du locataire doit être de 6 mois à l'avance, le locataire n'a pas à motiver sa résiliation. Le contrat peut prévoir une indemnité au profit du bailleur afin de compenser le préjudice qu'il subit. Le contrat de bail peut aussi écarter cette résiliation anticipée. Ce n'est pas une règle d'Ordre Public, mais une règle supplétive à laquelle on peut déroger. Le contrat de bail sera aussi résilié par anticipation en cas de comportement fautif d'une partie, l'autre partie peut alors saisir le juge afin de prononcer la résiliation du bail : article 1184 du C.civ. prévoyant la résolution du contrat pour inexécution d'une obligation contractuelle. Très souvent, les motifs invoqués sont le défaut de paiement par le locataire, l'absence d'exploitation des lieux loués. C'est le juge saisi qui devra apprécier la situation et voir si le manquement de l'une des parties est suffisamment grave pour générer la résolution du contrat. Les dommages-intérêts peuvent parfois suffire. Les parties peuvent aussi prévoir une clause résolutoire. La clause qui prévoirait que le comportement fautif des parties serait sanctionnée par la résolution du contrat. Ces clauses résolutoires ne sont valables qu'un mois après un commandement demeuré infructueux. Le juge peut accorder, même en présence d'une clause résolutoire, un délai de grâce fondé sur l'article 1244-1 du C.civ.

b) Le montant du loyer

Au stade de la formation du contrat, le montant du loyer est librement fixé entre les parties. Aucune disposition du Code de commerce ne vient fixer ce montant. Ce sont donc les parties qui en vertu de l'article 1134 du C.civ. qui vont déterminer la somme correspondant à la location du bien. La périodicité des paiements est laissée à l'appréciation de chacun, le loyer est généralement trimestriel. Lors de l'entrée dans les lieux, le bailleur peut exiger le versement du versement d'un pas de porte, somme d'argent que va payer le locataire. Cette pratique est licite même si on peut s'interroger sur la nature juridique du pas de porte. S'agit-il d'un supplément de loyer ? Ou de la contrepartie infligée à la propriété du bailleur ? La jurisprudence s'est penchée sur la question et reconnaît les deux qualifications. La C.Cass. indique qu'il revient au juge du fond de trancher souverainement le problème de l'interprétation de la volonté des parties. Cette qualification n'a pas qu'un intérêt académique mais des intérêts pratiques concrets. Si le pas de porte est un supplément de loyer, le juge va devoir en tenir compte dans la fixation du loyer révisé. Le juge ne va pas avoir à le prendre en considération pour le calcul de l'indemnité d'éviction en cas de non renouvellement du bail.

c) L'utilisation des lieux

Il faut se reporter à une loi du 12 mai 1965 qui a pris en considération la situation du locataire commerçant devant s'adapter en fonction des circonstances économiques. Cette loi prévoit la possibilité d'une déspecialisation du lieu loué, du local. Le commerçant va pouvoir modifier l'usage des lieux. Il existe deux types de déspecialisation :

- **La déspecialisation partielle** : c'est le cas quand le commerçant voudra adjoindre à son exploitation principale une activité connexe ou complémentaire. Le locataire n'a pas à solliciter une autorisation du bailleur. La déspecialisation partielle est un droit. Le bailleur ne peut s'opposer à la demande du locataire qui doit l'informer par acte extrajudiciaire : article L 145-47 alinéa 1 du Code de commerce. Si le bailleur considère que la déspecialisation n'est pas partielle, il peut contester ce caractère dans un délai de deux mois après la notification faite par le locataire. C'est le TGI qui tranchera la contestation. L'ancienne activité doit subsister mais il n'est pas interdit que l'activité nouvelle dépasse l'ancienne : arrêt du 24 octobre 1984, chambre civile 3. Le rajout d'une activité connexe a pour conséquence une augmentation de loyer.
- **La déspecialisation totale** : le locataire demande à exercer une ou plusieurs activités nouvelles différentes. La ou les nouvelles activités nouvelles n'ont plus aucun lien direct ou indirect avec l'ancienne. Pour ce faire, le locataire doit obtenir une autorisation du bailleur et démontrer que le changement d'activité économique est justifié par la situation économique. L'article L 145-48 alinéa 1 du Code de commerce nous parle de la conjoncture économique et des nécessités rationnelles de la société. Le bailleur dispose alors de 3 mois pour répondre à la demande du locataire. S'il ne dit mot, il consent. S'il refuse, le locataire peut saisir le TGI. Le président du TGI tranche alors en appréciant la situation économique. S'il impose la déspecialisation, le bailleur peut réclamer une augmentation de loyer mais également une indemnité destinée à compenser le préjudice que lui cause le changement d'activité qu'il doit prouver : article L 145-50 du Code de commerce. Le locataire dispose d'une faculté de renonciation qu'il doit exercer dans les 15 jours de la date à laquelle le jugement est passé en force de chose jugée : article L 145-55 du Code de commerce.

2) Les obligations du locataire

Le locataire doit jouir des lieux en bon père de famille, il doit garnir de meubles suffisants pour servir d'assiette aux privilèges du bailleur qui pourra les saisir en cas de non-paiement et après procédure. Le locataire doit également payer les loyers aux termes convenus, faire les réparations locatives, ne doit pas interrompre l'exploitation.

C – Les relations entre les parties à l'expiration du bail

Le statut des baux commerciaux manifeste à ce stade une grande originalité. Le souci principal est de protéger constamment le locataire commerçant. Il n'est pas envisagé un renouvellement automatique du bail. Le législateur a accordé au locataire une protection renforcée qui va en réalité profondément déroger aux règles du Droit commun. Le Droit commun envisage que le bail prend fin aux termes convenus sans aucune indemnité. Le

propriétaire peut reprendre pleine possession de ses lieux, également consentir à un renouvellement aux mêmes conditions ou d'autres. Pour ce qui est des baux commerciaux, le preneur, en cas de non renouvellement, a le droit à une indemnité d'éviction. Parallèlement, il y a un formalisme très poussé qui doit être systématiquement respecté.

1) Les conditions du droit au renouvellement

Ce droit ne peut être invoqué que par le propriétaire du fonds de commerce. Le fonds de commerce doit avoir fait l'objet d'une exploitation effective au cours des trois années qui précèdent le renouvellement, sauf hypothèses très particulière d'un motif légitime. Toute clause, stipulation, arrangement contractuel, qui aurait pour objet ou effet de faire échec au droit au renouvellement est réputée nulle et de nul effet. Cette procédure doit se dérouler avant l'expiration du bail en cours, elle peut être déclenchée à l'initiative du bailleur lequel va alors donner congé à son locataire avec offre de renouvellement plus de 6 mois avant l'expiration du bail. Cette démarche devra être réalisée par un acte extrajudiciaire, d'huissier. Le locataire peut également prendre l'initiative et demander le renouvellement du bail. Il peut le faire par acte extrajudiciaire dans les 6 mois qui précèdent l'expiration du bail mais aussi à tout moment au cours de la reconduction du bail. Le silence du bailleur dans un délai de 3 mois vaut aussi acceptation. L'inaction des deux parties emporte la continuité du bail à l'issue des 9 ans, sa durée est alors indéterminée. Dans une telle hypothèse, il y a tacite reconduction du bail auquel il peut tout de même être mis fin au travers d'un congé moyennant un préavis de 6 mois.

2) Les effets

Il faut s'intéresser au renouvellement du bail en lui-même et au non renouvellement du bail.

a) Le renouvellement du bail

Il faut partir du principe que le bail renouvelé est identique au bail précédent. Le nouveau bail comporte les mêmes clauses et conditions que l'ancien. Celui-ci est de nouveau d'une durée de 9 ans, sauf accord spécifique des parties pour une durée qui ne peut être que plus longue. Le loyer et surtout son montant va-t-il pouvoir être augmenté significativement ? Se présente le phénomène du plafonnement ou du déplafonnement du loyer.

· Le plafonnement :

C'est le principe. Lors du renouvellement, le bailleur va très souvent en profiter pour augmenter le loyer. Le bailleur va indiquer dans le congé avec offre de renouvellement le nouveau montant du loyer. Si le locataire n'est pas satisfait, la contestation va devoir être présentée devant le président du TGI. Le but est de protéger le locataire afin d'éviter que le bailleur ne profite du renouvellement pour prévoir un loyer excessif. Le législateur indique que le montant du loyer renouvelé doit correspondre à la valeur locative des lieux loués. La variation du montant du loyer ne peut excéder la variation de l'indice national, trimestriel, du coût de la construction. C'est l'INSEE qui fixe cet indice.

· Le déplafonnement :

En cas de modification notable des éléments déterminant la valeur locative, celui-ci est possible. Installation à proximité d'un centre commercial par exemple, ou la rue devient piétonne. Il peut aussi intervenir quand le bail renouvelé est d'une durée supérieure à 9 ans. Mais aussi quand il s'agit d'un contrat fondé sur une clause recette. Elle fait varier le montant du loyer en fonction des recettes du locataire : article 1134 alinéa 1 du C.civ.

b) Le non renouvellement du bail

Si le bailleur le souhaite, il peut mettre un terme au contrat. Il donnera alors congé au locataire dans les délais et conditions fixés à l'article L 1145-9 du Code de commerce. Il pourra aussi refuser la demande de renouvellement présentée par le preneur. Le bailleur devra alors verser une indemnité d'éviction : article L 145-14 du Code de commerce. Il se peut que le bailleur n'ait pas à verser cette indemnité : article L 145-17 1° du Code de commerce. Ainsi, quand le bailleur peut invoquer une cause grave et légitime, à l'encontre du locataire, il peut refuser le renouvellement sans indemnité. Exemple : non paiement des loyers par le locataire, le locataire n'exploite pas le fonds de commerce pour une raison non fondée. Toutefois, la loi envisage un formalisme pointu exigeant du bailleur le respect de règles formelles très précises. Le bailleur doit avoir mis en demeure le locataire par acte extra judiciaire lui enjoignant de faire cesser l'infraction. Ce n'est qu'après un mois que le bailleur pourra prétendre reprendre les locaux par l'engagement d'une action. Le Code de commerce prévoit différents cas dans lesquels le bailleur peut refuser le renouvellement et reprendre les locaux sans indemnité même en l'absence d'une faute du locataire. Le propriétaire dispose donc tout de même de droits. Il s'agit des cas de l'insalubrité de l'immeuble, du caractère dangereux de celui-ci. Dans une telle situation, l'article L 145-17 I 2° s'applique. Le locataire dispose alors d'un droit de priorité pour louer un local commercial quand l'immeuble sera ultérieurement reconstruit. Il s'agit aussi du cas où le bailleur souhaite reprendre le local d'habitation accessoire au local commercial pour l'habiter ou le faire habiter par les membres de sa famille et à condition que le bénéficiaire de la reprise ne dispose pas d'une habitation correspondant à ses besoins normaux : article L 145-22 alinéa 1.

En cas d'indemnité d'éviction, il y a deux hypothèses : les deux parties s'entendent sur le montant. Soit les deux parties ne sont pas d'accord, c'est alors le TGI qui va fixer l'indemnité. De quoi est composée cette indemnité ? L'article L 145-14 du Code de commerce précise que l'indemnité d'éviction répare le préjudice causé par le défaut de renouvellement. Le bailleur ayant tiré profit de la location va devoir réparer le préjudice que cause au locataire la perte de la jouissance des locaux. On est en présence d'une responsabilité sans faute. L'article L 145-14 alinéa 2 du Code de commerce fournit des éléments d'appréciation concernant le montant de l'indemnité. Elle comprend la valeur marchande du fonds de commerce déterminée suivant les usages de la profession, mais également les frais normaux de déménagement et de réinstallation et enfin les frais de mutation à payer pour un fonds de commerce de même valeur.

S'agissant des frais de déménagement et réinstallation, ils sont relativement faciles à chiffrer, il en est de même pour l'acquisition d'un fonds de commerce de même valeur, 8 % environ. Par contre, il est difficile de chiffrer le préjudice résultant de la perte de la clientèle. Le non renouvellement du bail va faire disparaître toute la clientèle. Il faut indemniser le plus

justement possible. L'article L 145-14 alinéa 2 in fine permet de savoir sur quoi on se détermine. Il y a une présomption posée qui veut que le départ du locataire entraîne la perte totale de la clientèle et la disparition du fonds de commerce. L'ancien locataire va devoir procéder à l'achat d'un fonds de même valeur mais la présomption n'est pas irréfutable et donc le bailleur peut prouver que le préjudice est moindre, parce que le locataire peut se réinstaller à proximité par exemple et donc conserver une partie de sa clientèle. Le bailleur peut aussi faire valoir que la clientèle du locataire n'est pas attachée au local en lui-même (en cas d'attachement à la marque par exemple). Pour établir la valeur du fonds, la jurisprudence indique qu'il faut tenir compte non seulement du CA mais aussi mais encore du potentiel de développement du fonds en raison de son emplacement. L'indemnité doit donc être calculée en tenant compte de la valeur de l'emplacement des locaux. L'indemnité peut donc être supérieure à la valeur actuelle du fonds. L'indemnité va souvent représenter une valeur particulièrement élevée en comparaison avec la valeur du bien immobilier. Le bailleur doit donc être bien sur de vouloir l'éviction. Le législateur a posé deux règles supplémentaires en faveur du locataire : article L 145-58, accorde au propriétaire un droit de repentir, s'il estime que l'indemnité fixée par le tribunal est trop élevée, il peut revenir sur sa décision et accorder le renouvellement du bail. Il doit alors se décider rapidement, sous 15 jours à compter du jour ou la décision est passée en force de chose jugée (après le délai d'appel). Il ne faut pas que le locataire ait déjà conclu un nouveau contrat de location avec une autre personne ou qu'il ait acheté un bien immeuble dans cet objectif. Le locataire doit encore utiliser les lieux. L'article L 145-28 alinéa 1 indique pour sa part que le locataire a le droit de se maintenir dans les lieux jusqu'au complet paiement de l'indemnité aux conditions et clauses du bail expiré. Il devra verser une indemnité d'occupation cependant.

§2 – Les autres éléments composant le fonds de commerce

Cette approche des autres éléments peut s'opérer au travers d'un examen analytique lequel a pour objet de répertorier de façon exhaustive tous les éléments composant le fonds de commerce. Mais cette simple approche ne permettrait pas de rendre compte de la réalité de cette notion. Il faut alors envisager une approche synthétique.

A – Examen analytique des éléments du fonds de commerce

La loi donne deux énumérations différentes des éléments composant le fonds de commerce. Ces deux énumérations varient selon que l'on est en présence de la vente du fonds de commerce ou de son nantissement. Le législateur a souhaité insister sur la liberté laissée aux parties dans le cadre du contrat de vente. Ce sont elles qui vont désigner les éléments compris dans la vente du fonds de commerce. C'est pourquoi la liste donnée à l'article L 145-1 du Code de commerce est essentiellement supplétive. En revanche, en cas de nantissement, les rédacteurs de la loi ont tenu à énumérer de façon explicite tous les éléments pouvant constituer l'assiette de cette sûreté réelle qu'est le nantissement.

1) Les éléments incorporels

On constate que peuvent faire partie du fonds de commerce certains éléments incorporels. Il s'agit plus exactement de droits sur des valeurs immatérielles mais également de certains droits de créance. Exemple : droit au bail.

- **Le nom commercial**, dénomination sous laquelle se fait connaître une entreprise commerciale servant à distinguer celle-ci des autres entreprises concurrentes, cela peut être un patronyme, une dénomination de fantaisie, etc...

- **L'enseigne**, appellation ou emblème indiquent au public l'endroit où l'entreprise est exploitée, elle est très souvent apposée de façon visible sur l'immeuble abritant le point de vente ou l'activité commerciale.

- **Les droits de propriété industrielle, brevets, marques, et licences**. Article L 142-2 du Code de commerce les évoque. Il peut s'agir de la licence portant sur un droit de propriété industrielle comme une licence de brevet, de marque, lesquels vont conférer au commerçant la jouissance dudit droit dont il n'est pas propriétaire. Le fait d'avoir le Droit d'utiliser la technologie et un élément du fonds de commerce. Un contrat de franchise en est-il aussi un ? La C.Cass. a répondu qu'ils peuvent être considérés des éléments à part entière du fonds de commerce car les droits issus de ce type de convention sont nécessaires à l'exploitation de l'entreprise commerciale.

- **Les droits de propriété littéraire et artistique**. Sont visés les droits d'exploitation d'une œuvre originale. Exemple : logiciel. Ce type de droit est essentiellement civil, mais il est possible de rattacher cette exploitation à une activité commerciale principale.

- Les textes visent expressément aussi la **clientèle et achalandage**. Sur le plan doctrinal, il ne paraît plus important de voir une distinction entre les deux termes. La loi du 17 mars 1709 range la clientèle parmi les éléments du fonds de commerce. Les tribunaux sont plus précis en considérant la clientèle comme l'élément essentiel du fonds de commerce. Certains auteurs de la doctrine ont considéré que la clientèle n'est pas un élément du fonds de commerce mais le but, l'objectif poursuivi par le commerçant. Le fonds de commerce est en réalité un instrument destiné à capter et conserver la clientèle. La clientèle est protégée par les actions en responsabilité civile d'une part, et dite action en concurrence déloyale, et d'autre part par différentes conventions particulières, passées par les commerçants entre eux ou avec des non commerçants. C'est le cas des clauses de non concurrence ou d'exclusivité.

Les actions assurant la protection de certains éléments du fonds de commerce doivent être relevés. Exemple : action en contrefaçon de brevet, de marque. La doctrine considère que d'autres éléments peuvent être intégrés dès lors qu'ils sont nécessaires ou utiles à l'exploitation commerciale. Tel est le cas des autorisations administratives qui par exemple vont conditionner juridiquement l'exploitation d'un fonds, c'est le cas de la licence 4, autorisation d'ouverture d'un débit de boissons. Il est également admis en jurisprudence que certains droits de créance sont rattachés au fonds quand économiquement utiles à son exploitation. Exemple : la créance de non concurrence que l'on peut avoir sur un concurrent, tous les contrats de distribution, d'exclusivité, etc... Dès lors que ces contrats, qui sont des créances, présentent un lien objectif et suffisamment étroit avec une exploitation commerciale, alors ils doivent être intégrés au fonds de commerce comme des éléments à part entière de celui-ci. Les autres créances et dettes ne peuvent être des éléments du fonds de commerce.

2) Les éléments corporels

Ce sont d'abord le mobilier, le matériel et l'outillage servant à l'exploitation du fonds de commerce, tous les meubles corporels, plus largement, destinés à l'exploitation, les marchandises le stock de matière première mais aussi les produits finis ou semi-finis, sauf dans le cadre du contrat de nantissement.

Ne faut-il pas voir dans la notion de fonds de commerce un concept global ?

B – L'examen synthétique des éléments du fonds de commerce

Les auteurs ont été nombreux à développer diverses théories sur la nature juridique du fonds de commerce. D'une part, on admet que le fonds de commerce est un tout distinct des éléments qui le composent. Ce tout est généralement désigné sous le terme d'universalité. D'autre part, on s'accorde pour reconnaître que ce bien constitué par la réunion d'éléments particulièrement divers, a une nature mobilière. Il s'agit d'un meuble incorporel.

1) Le fonds de commerce, une universalité

Il est autre chose que la simple juxtaposition de ces éléments, il constitue donc un bien distinct des éléments le composant. Le législateur va appliquer des règles à la notion envisagée in globo. On va arriver à un concept totalement indépendant des éléments qui le composent. Les auteurs ne sont pas d'accord quand il s'agit de préciser ce qu'il faut entendre par universalité. Pour certains, ce bien est une création intellectuelle. Qu'il faudrait dès lors, logiquement, rapprocher des inventions ou des œuvres littéraires et artistiques qui sont aussi des créations intellectuelles. On devrait mettre en avant la façon dont chaque commerçant organise et met en œuvre les divers éléments du fonds de commerce en vue d'attirer et retenir une clientèle. Cette démarche intellectuelle est propre au commerçant, c'est une réflexion personnelle. On peut alors dire que le droit du commerçant est un droit sur une création intellectuelle, analogue au droit de propriété industrielle ou littéraire et artistique. Cette création intellectuelle se voit alors appliquer une réglementation bien particulière.

On peut aussi considérer que le fonds de commerce est une universalité de Droit, c'est à dire un patrimoine autonome, d'affectation. Dans ce cas, le fonds de commerce doit avoir un actif propre répondant d'un passif qui lui est également propre, composé de toutes les dettes, et cet actif et ce passif vont se transmettre en même temps que le fonds de commerce. Cette conception est cependant erronée car traditionnellement les textes relatifs au fonds de commerce ne rangent pas parmi les éléments du fonds de commerce les créances et les dettes.

Une troisième conception va remporter l'adhésion. Il s'agit de dire que le fonds de commerce est une universalité de faits, de facto. Cela revient à dire que le fonds de commerce est un bien distinct des éléments le composant sans autre explication, considérant ainsi cette affirmation comme irréductible. On pourra en déduire dès lors qu'il est soumis à un régime qui se différencie du régime applicable à chacun de ses éléments pris isolément. Il va donc subsister malgré les changements pouvant affecter ses éléments. Exemple : le matériel pourra être

remplacé, le fonds de commerce non. On traduit cette situation par la fongibilité des éléments du fonds de commerce.

2) Le fonds de commerce, meuble incorporel

C'est un bien meuble dans la mesure où les auteurs et les tribunaux s'accordent tous pour voir dans le fonds de commerce un bien mobilier. Ce qui justifie cette approche, c'est que les éléments composant le fonds de commerce ne sont que des biens meubles corporels ou incorporels. Les biens immobiliers ont toujours été exclus du fonds de commerce. Le fonds de commerce est considéré comme une universalité de fait ou comme un droit de propriété incorporelle, or les universalités comme les droits de propriété incorporelles ont toujours une nature mobilière. Force est de constater que l'on ne peut que favoriser la reconnaissance d'un bien meuble dans le fonds de commerce. Parce que l'on reconnaît ce caractère mobilier du fonds de commerce, tout un ensemble de solutions, de règles et particularités vont devoir s'appliquer. On va appliquer les règles s'appliquant aux meubles : articles 520 et suivants du C.civ. On rejette toutes les règles consacrées aux immeubles.

Le fonds de commerce est incorporel dans la mesure où traditionnellement, du côté des universalités, ces notions sont toujours considérées comme portant sur des biens essentiellement virtuels. Tout un ensemble de règles va donc pouvoir s'imposer au fonds de commerce et que l'on applique traditionnellement aux biens de nature incorporelle. De cette qualification, on va déterminer le régime juridique de la qualification.

Section 2 : Les contrats portant sur le fonds de commerce

On peut envisager différentes conventions, l'approche ne sera, ici, pas exhaustive. On traitera de la cession (incorporel), de la vente (corporel), du fonds de commerce, mais aussi du nantissement de celui-ci. On traitera également de la notion de location-gérance

§1 – La cession du fonds de commerce

Elle a été organisée par une loi du 17 mars 1909 qui a reconnu la notion même de fonds de commerce sans pour autant la définir. Le législateur avait alors deux préoccupations :

- **La protection du vendeur à crédit d'un fonds de commerce** car à cette époque la vente d'un fonds de commerce était souvent faite à crédit et la personne avançant l'argent était le vendeur qui acceptait de recevoir le prix correspondant à la valeur du fonds sur plusieurs échéances. Cet achat représentait une somme importante, il fallait donc favoriser la vente à

crédit en garantissant le vendeur. La loi du 17 mars 1909 dans son article 1^{er} aménage le privilège du vendeur de fonds de commerce.

- **La protection des créanciers du vendeur contre la vente inopinée du fonds** car celui-ci constitue très souvent l'essentiel du gage des créanciers. La vente très rapide du fonds de commerce avec une dilapidation du prix pouvant être encore plus rapide, rendait la situation des créanciers du vendeur extrêmement incertaine. Cette loi a permis de protéger les créanciers du propriétaire futur vendeur du fonds de commerce.

Les lacunes de cette loi ont cependant dû être comblées, le législateur s'est alors soucié de la protection des acheteurs car très souvent, l'acquéreur était mal informé de la valeur exacte du fonds de commerce et qu'il était particulièrement exposé aux manœuvres dolosives du vendeur. Les profits l'intéressaient plus que le fonds de commerce en lui-même, afin de pouvoir rembourser. La loi du 29 juin 1935 est venue organiser l'information des acheteurs de fonds de commerce. Ces deux lois sont devenues les articles L 1141-1 et L 1141-9 du Code de commerce.

A – Les conditions de validité de la cession

Elles sont de deux sortes. On va devoir respecter les règles classiques du Droit de la vente et parmi elles les conditions de validité des contrats en général. C'est faire appel aux articles 1101 et suivants du C.civ. Il faut aussi évoquer les conditions spéciales à la cession du fonds de commerce. Il y a aussi les conditions de publicité qui fondent la validité de la cession.

1) Conditions générales de validité des contrats

a) Le consentement des parties

Il doit être exempt de vices. L'acquéreur peut être trompé sur la valeur réelle du fonds de commerce parce qu'il est souvent très difficile d'apprécier l'étendue d'une clientèle et les chances de profit liées à son exploitation. La question s'est posée très tôt de savoir si l'erreur peut être invoquée et ainsi demander la nullité du contrat de vente. Le Droit des obligations retient comme cause de nullité des contrats l'erreur sur la substance de la chose mais jamais sur la valeur. Néanmoins, la jurisprudence commerciale de la C.Cass. est bien assise et considère que la clientèle est un élément essentiel du fonds de commerce et qu'elle peut donc être assimilée à la substance même du fonds. Par tant, l'erreur sur l'importance de la clientèle est considérée comme sur la substance qui peut générer la nullité du contrat, il faut alors que cette erreur ait été déterminante : arrêt de la C.Cass., chambre commerciale du 18 juin 1996 (Dalloz 1998 p.305).

La jurisprudence admet également que l'acheteur trompé puisse agir en garantie contre le vendeur. La clientèle est moins importante que l'a laissé croire le vendeur et cette différence entre l'espéré et l'obtenu peut être appréhendé comme un vice caché : article 1642 et suivants du C.civ. L'acquéreur a alors la possibilité d'engager une action sur ce fondement et peut

obtenir soit la résolution, action réhibitoire, soit la diminution du prix versé, action estimatoire.

Le vendeur peut aussi avoir volontairement trompé l'acheteur auquel cas on débouchera sur le dol, par exemple s'il y a dissimulation de documents comptables ou fraude relative à la déclaration du CA. L'acheteur peut alors demander la nullité du contrat.

b) La capacité

S'agissant du vendeur, la capacité requise est celle qui est exigée pour passer un acte de disposition. Depuis très longtemps, on considère que la vente d'un fonds de commerce peut s'apparenter à la vente d'un bien immeuble compte tenu de sa valeur.

S'agissant de l'acheteur, la capacité commerciale est requise car il va normalement exploiter lui-même le fonds de commerce. Il est donc normal que l'on ait affaire à un majeur capable.

c) L'objet

L'obligation du vendeur a pour objet le fonds de commerce, les parties vont déterminer librement les éléments qui vont être compris dans la vente. Tous les éléments ne doivent pas être insérés dans la vente. Les éléments essentiels justifiant l'existence même du fonds, qui sont nécessaires à la conservation de la clientèle, doivent cependant être compris dans la vente. Si tel n'était pas le cas, on devrait opérer une requalification du contrat et on pourrait se trouver en présence d'un contrat de cession de brevet ou licence. Le vendeur doit clairement exposer ce qu'il vend.

S'agissant de l'acheteur, il a pour rôle de payer le prix. Ce prix doit être déterminé ou déterminable. L'article L 141-5 du Code de commerce expose que des prix distincts doivent être établis d'une part pour le groupe des éléments incorporels et d'autre part pour les marchandises et le matériel. Cette ventilation des prix est nécessaire pour que naisse le privilège du vendeur, la garantie de celui-ci. Toutefois, cette ventilation des prix n'est pas une condition de la validité de la vente.

Parfois, les parties peuvent être tentées de dissimuler une partie du prix. Dans cette situation, la sanction est particulièrement sévère puisque l'article 1840 du CGI déclare nulle la contre-lettre stipulant un supplément de prix. Seul est valable l'acte apparent contenant le prix apparent et l'acheteur peut s'en prévaloir. La sanction ne va frapper que le vendeur qui ne pourra pas réclamer la partie du prix ayant été dissimulée.

2) Les conditions spéciales de la cession

Ces conditions ont pour vocation essentielle de protéger le consentement de l'acheteur et l'article L 141-1 du Code de commerce prévoit la présence obligatoire de certaines mentions dans l'acte de vente. Ces mentions ont pour objectif d'informer l'acheteur sur la réalité du fonds.

- La première mention concerne les renseignements relatifs à une précédente vente : nom du vendeur, date, prix, etc...
- La deuxième concerne l'état des privilèges et nantissements grevant le fonds.
- La troisième concerne le CA et le bénéfice réalisé au cours des trois dernières années.
- La dernière concerne les informations relatives au bail, du moins quand le fonds est exploité dans des lieux loués.

Ces mentions, édictées par la loi de 1935 étaient à l'avant-garde de l'obligation précontractuelle d'information.

En cas d'absence de ces mentions obligatoires, il faut faire une distinction entre l'hypothèse où elles font totalement défaut et celle où elles sont inexactes. L'article L 141-1 II du Code de commerce précise que l'omission des énonciations, pourra, sur la demande de l'acquéreur formée dans l'année, entraîner la nullité de l'acte de vente. Cette nullité n'est pas absolue, c'est à dire qu'elle est édictée seulement pour l'acheteur qui peut renoncer à celle-ci. Ni le vendeur, ni le tribunal ne peuvent soulever cette nullité d'office et la nullité doit être invoquée dans un très court délai. S'agissant du délai pour agir, il court à partir de la signature de l'acte selon la C.Cass. La C.Cass. prend l'article au pied de la lettre concernant la notion « peut entraîner la nullité ».

La seconde hypothèse est celle dans laquelle les mentions sont inexactes, l'article L 141-3 du Code de commerce précise que le vendeur est nonobstant toute situation contraire, tenu de la garantie à raison de l'inexactitude des énonciations dans les conditions dictés par les articles 1644 et 1645 du C.civ. Le vendeur est simplement tenu de garantir, mais surtout il devra, comme l'acheteur, considérer la vente valable, par contre, l'acquéreur pourra selon l'ampleur des inexactitudes demander soit la résolution judiciaire du contrat, soit une diminution du prix. L'inexactitude des mentions emporte une présomption simple de l'existence du vice caché. Le vendeur peut démontrer que l'acheteur avait connaissance des vices et donc de la valeur réelle du fonds.

La sanction de l'omission ou de l'inexactitude des mentions obligatoires peut apparaître relativement faible. Ces sanctions sont d'autant plus faibles si on les compare à celles prévues quand il est question de protéger un consommateur. Dans un contrat de la cession d'un fonds de commerce, l'acquéreur n'est pas un commerçant mais il achète un bien meuble dont il espère tirer des fruits. Il est normal d'attendre de lui un minimum de vigilance.

3) Les formalités de publicité

Article L 141-12 du Code de commerce. La publicité se dédouble :

- Il faut procéder la publicité de la vente d'un journal d'annonces légales, sous la forme d'un extrait ou d'un avis. Ce JAL (journal d'annonces légales) (les petites affiches lyonnaises)

est celui de l'arrondissement ou du département dans lequel le fonds est exploité. La publicité doit intervenir dans les 15 jours de la vente. A la diligence de l'acquéreur. Ce délai est prescrit à peine de nullité. Il faut alors de nouveau conclure l'acte : l'article L 141-13 insiste sur ce point en précisant les énonciations devant figurer dans la publication. La publicité doit être obligatoirement précédée de la formalité fiscale de l'enregistrement de l'acte : article 719 du CGI, à peine de nullité de la publication. Cette formalité donne lieu à des droits d'enregistrement perçus par l'État.

- Il faut publier aussi dans le BODACC (bulletin officiel des annonces civiles et commerciales), dans les 15 jours de l'insertion au JAL. Les tribunaux ne sanctionnent pas le non respect de cette formalité par la nullité de l'acte. Ce sera très souvent le greffier du TC qui proposera de le faire lui-même.

Ces formalités sont fondamentales car tant qu'elles n'ont pas été réalisées les créanciers du vendeur conservent leur droit d'opposition au paiement du prix. Le domaine de cette formalité est particulièrement large et l'article L 141-12 du Code de commerce utilise une formule très large en ce sens : est envisagé toute vente ou cession de fonds de commerce consentie, même sous condition ou sous la forme d'un autre contrat, ainsi que toute attribution de fonds de commerce par partage ou licitation.

Le juge va systématiquement devoir requalifier la situation. La publicité de la vente du fonds de commerce a pour but de protéger les créanciers du vendeur. Ceux de l'acquéreur sont aussi protégés mais d'une autre manière : article L 123-8 alinéa 2 du Code de commerce expose que le vendeur reste tenu solidairement avec l'acheteur des dettes souscrites par ce dernier pour l'exploitation du fonds et cela jusqu'à ce que le vendeur se soit fait radier du registre.

B – Les effets de la cession

La vente du fonds de commerce induit le transfert de sa propriété. Il s'agit d'un contrat consensuel ne nécessitant aucune formalité pour se former. Dès lors que les parties se sont entendues sur la chose et le prix, il y a rencontre des volontés et donc immédiatement le transfert de propriété même si le prix n'a pas été payé ni la chose livrée : article 1583 du C.civ.

Il existe cependant des exceptions. Le transfert de certains éléments du fonds de commerce exigent néanmoins, pour être opposables aux tiers, que soient respectées les formalités propres à ces éléments. C'est le cas de tous les droits de propriété intellectuelle qui sont traditionnellement gérés au travers d'un registre spécial : exemple pour le brevet, pour la cession de celui-ci, il faut qu'elle soit reprise dans le registre prévu à cet effet et tenu par l'INPI. Le fait que ces biens soient insérés dans un fonds de commerce ne dispense pas de cette formalité. Cela montre que les droits de propriété industrielle conservent une certaine individualité même au sein du fonds de commerce. La réflexion peut s'étendre à certains meubles corporels qui, faisant l'objet d'une cession, doivent faire l'objet d'une publicité. Le transfert du droit au bail ne sera opposable au bailleur qu'après la signification qui lui en aura été faite.

1) Les obligations du vendeur

Tant que le vendeur ne s'est pas fait radier au R.C.S., il reste solidairement tenu des dettes souscrites par l'acheteur à l'occasion de l'exploitation du fonds. Cette disposition se justifie par le souhait du législateur de voir le vendeur transmettre un maximum d'informations à l'acquéreur.

Le vendeur doit aussi **délivrer la chose**. Celle-ci consiste pour le vendeur de mettre tous les éléments compris dans la vente à la disposition de l'acheteur du fonds.

Enfin, une **obligation de garantie** qui se dédouble. Tout d'abord le vendeur doit la garantie des vices cachés, il va garantir l'existence de la clientèle. Si elle est moindre que ce que prévoyait l'acte de vente, si les mentions obligatoires de l'acte étaient inexactes, l'acheteur pourra demander la résolution ou la diminution du prix. C'est ensuite la garantie du fait personnel du vendeur. Cette obligation se traduit par une obligation de non-concurrence. Le droit de l'acquéreur va s'amenuiser sinon. Le vendeur ne doit pas se rétablir dans des conditions qui le conduiraient à faire concurrence à son acheteur. Il ne doit pas non plus se mettre au service d'un concurrent. En pratique, l'obligation légale de non-concurrence va être précisée par une clause. La créance de non-concurrence dont dispose l'acquéreur fait partie du fonds de commerce et se transmet automatiquement avec lui de sorte que les acquéreurs successifs pourront la faire valoir à l'égard du vendeur initial.

2) Les obligations de l'acquéreur

La première est celle de payer le prix, payable au comptant en tout ou en partie. Il y a le droit d'opposition que la loi reconnaît au créancier du vendeur. Il est recommandé à l'acheteur de consigner la chose chez un intermédiaire (notaire en général), ce qui permettra d'éviter de payer deux fois le prix. Il faut évoquer deux avantages accordés au vendeur :

- **Le privilège du vendeur** : il montre l'obligation : article L 145-1 du Code de commerce, si la vente est à crédit, le vendeur se voit reconnaître un privilège, celui-ci doit être inscrit dans les 15 jours de la vente sur un registre spécial tenu par le greffe du TC. Le privilège ne porte généralement que sur les éléments incorporels du fonds de commerce qui fluctuent beaucoup moins que les biens meubles corporels. Ce privilège confère au vendeur un droit de préférence qui est un droit de priorité sur le prix, en cas de revente, par l'acquéreur ou par voie de justice. Il confère aussi un droit de suite, permettant de suivre le fonds en quelque main qu'il se trouve.

- **L'action résolutoire** : le vendeur non payé dispose d'une action en résolution de la vente : article 1184 du C.civ. Cette action est soumise à l'accomplissement de deux formalités : le vendeur doit avoir régulièrement publié son privilège. Il faut ensuite que l'action en résolution ait été notifiée au créancier inscrit de l'acquéreur. Souvent, les créanciers inscrits vont préférer dédommager le vendeur afin d'éviter la résolution de la vente et donc la disparition du seul élément économique susceptible de les rembourser.

3) Les effets à l'égard des créanciers du vendeur

Le fonds de commerce constitue très souvent l'essentiel de la fortune du commerçant. Les créanciers chirographaires peuvent craindre une mutation occulte du fonds suivi de la

dilapidation du prix encore plus rapide. Dans une telle situation, leur gage qui est leur seul fonds de commerce s'évanouirait. C'est pourquoi le législateur a assuré une publicité basée sur l'article L 141-12 du Code de commerce, qui permet de maintenir informés les créanciers du vendeur de l'évolution du fonds de commerce. Si toutefois les créanciers viennent à être prévenus, de la vente du fonds, ils peuvent faire opposition au paiement du prix par l'acheteur. Les articles L 141-12 et suivants du Code de commerce ont pour objectif la seule protection des créanciers chirographaires du vendeur. A contrario, ils ne protègent pas les créanciers du vendeur qui sont déjà titulaires d'une sûreté sur le fonds (garantie telle que l'hypothèque). Parce qu'ils bénéficient d'un privilège ou d'un nantissement sur le fonds de commerce, ils sont suffisamment protégés par le droit de suite attaché à leur sûreté.

Cette protection résulte de deux prérogatives particulières, le droit d'opposition et la surenchère du 6^e.

S'agissant du droit d'opposition, il faut se reporter à l'article L 141-14 du Code de commerce : dans les 10 jours suivant la dernière en date des publications, qui est la publication du BODACC. Tout créancier du précédent propriétaire (y compris chirographaire), que sa créance soit exigible ou non, peut former par simple acte extrajudiciaire opposition au paiement du prix. L'opposition est adressée à l'acheteur car c'est lui qui va payer. **L'opposition a un double effet.**

- Si elle arrive à l'acquéreur, elle va immobiliser le prix entre les mains de l'acheteur ou du notaire, le vendeur ne peut plus en disposer et l'acheteur ne peut plus payer. Le prix est alors réparti entre les créanciers à l'amiable, et c'est pourquoi l'acheteur doit absolument se garder de payer le prix avant que les publications n'aient eu lieu puis pendant un délai de 10 jours. Il s'expose sinon à devoir payer deux fois, ledit prix. Très souvent, le prix de vente du fonds de commerce va être supérieur à l'ensemble des sommes réclamées par les créanciers. Le vendeur peut alors solliciter par une action en référé, de consigner une somme suffisante pour désintéresser les créanciers et ainsi de pouvoir disposer du surplus. L'opposition ne confère aucun droit de préférence au créancier à l'origine de celle-ci. L'ensemble des créanciers chirographaires se retrouve dans une situation d'égalité : l'opposition a un effet collectif et profite à tous.

- La surenchère du 6^e. Il y a un problème pour les créanciers ayant fait opposition, ils peuvent alors obtenir une copie de l'acte de vente et ainsi prendre connaissance du prix convenu. Si un créancier estime que le prix de vente ne suffira pas à désintéresser les créanciers, il peut former, en application de l'article L 141-19 alinéa 2 du Code de commerce, une surenchère du 6^e du prix. La surenchère va tout d'abord être signifiée à l'acheteur et au vendeur. Il va devoir assigner devant le TC ces deux parties afin que le tribunal vérifie la validité de la surenchère. Si tel est le cas, afin qu'il ordonne la mise aux enchères du fonds de commerce et désigne enfin le notaire chargé de la vente. On a généralement recours à cette procédure car le créancier a de bonnes raisons de considérer que le prix figurant dans l'acte de vente, n'est pas le prix réel. Les enchères publiques vont permettre de faire ressortir le prix réel et d'assurer une meilleure rémunération des créanciers. Il se peut aussi qu'une fois mis aux enchères, le fonds ne suscite aucun intérêt de qui que ce soit. Alors, ce sera le créancier ayant formé cette procédure qui devra acheter le fonds au prix prévu de base, augmenté du 6^e.

§2 – Le nantissement du fonds de commerce

Le fonds de commerce est un élément essentiel du crédit commercial. On prêtera plus volontiers à une personne disposant déjà d'un fonds de commerce. Le nantissement du fonds de commerce est souvent utilisé par les établissements financiers bien qu'ils n'offrent qu'une garantie relativement limitée, car le nanti ne pourra bénéficier que du prix de la vente du fonds dans l'hypothèse où les affaires se passent mal, car la valeur du fonds de commerce est résiduelle. Le commerçant va demeurer à la tête de son fonds mais affecter sa valeur économique au remboursement du créancier nanti. C'est un gage sans dépossession du débiteur.

A – Le nantissement conventionnel

Seuls certains éléments du fonds de commerce peuvent être donnés en gage au créancier nanti. Font obligatoirement partie du nantissement les principaux éléments incorporels : le droit au bail, le nom, l'enseigne, la clientèle. Peuvent aussi faire partie du nantissement le matériel, l'outillage, ou encore les droits de propriété industrielle, si les parties l'ont souhaité. Ne peuvent jamais faire partie du nantissement les marchandises du fonds de commerce car cela évolue constamment, mais aussi car on ne peut pas obliger le commerçant à aliéner son stock qui est indispensable à la survie de l'entreprise. Le contrat doit être écrit et enregistré, l'enregistrement étant une pure formalité civile ne donnant lieu à aucune taxe. Cette inscription doit être reprise dans le registre du TC, sous les quinze jours sous la réalisation de l'acte. Cette inscription est valable 10 ans et peut être renouvelée jusqu'à ce que la dette s'éteigne. Le commerçant reste à la tête du fonds de commerce. Le nanti, lui, dispose d'un droit de préférence et d'un droit de suite.

1) Le droit de préférence

En cas de non paiement à l'échéance, le créancier nanti peut faire procéder à la vente forcée du fonds de commerce : licitation du gage. Le droit de préférence lui permet alors d'être payé avant les créanciers chirographaires mais aussi avant les créanciers bénéficiaires d'un nantissement postérieur. Par contre, le privilège du vendeur lui est préférable comme le privilège du Trésor Public, et celui attaché aux frais de justice.

Le nantissement est opposable aux créanciers du redressement judiciaire dès lors que l'inscription était antérieure au jugement déclaratif (jugement d'ouverture de la période d'observation).

2) Le droit de suite

Il permet de faire vendre le fonds en quelque main qu'il se trouve, même quand il a fait l'objet d'une nouvelle cession. C'est pourquoi le sous-acquéreur a tout intérêt à prendre les devants et à payer directement le créancier nanti. Le créancier nanti peut formuler une surenchère du 10^e sur le prix de vente s'il l'estime insuffisant. Le créancier nanti doit être informé de l'action en résiliation du bail, du déplacement du fonds de commerce ainsi que de sa transformation éventuelle.

B – Le nantissement judiciaire

Il est visé par les articles 67 et suivants de la loi du 9 juillet 1991 relative aux procédures civiles d'exécution. Le créancier, dont la créance paraît fondée en son principe, peut demander au juge de l'exécution l'autorisation de pratiquer une mesure conservatoire sur le fonds de commerce de son débiteur sans aucun commandement préalable. Le créancier doit simplement justifier de circonstances susceptibles de menacer le recouvrement de sa créance. Cette autorisation préalable n'est pas nécessaire quand le créancier dispose d'un titre exécutoire ou d'une décision de justice qui n'a pas encore force exécutoire. Le créancier va pouvoir, sans l'accord du débiteur, inscrire son nantissement provisoire, mais il doit, à peine de caducité, engager ou poursuivre une procédure au fond dans un délai de deux mois. Son objectif est d'obtenir un titre exécutoire s'il n'en possède pas encore un et l'obtention de ce titre va permettre au créancier de prendre une inscription définitive qui a un effet rétroactif au jour de l'inscription provisoire.

§3 – La location-gérance du fonds de commerce

On peut louer un bien immobilier, un bien mobilier corporel, et donc il est tout à fait possible de louer un bien immobilier incorporel. Dans le cadre de la location-gérance, on va surtout louer une clientèle. Cette location s'envisage à la fois pour le fonds de commerce stricto sensu mais aussi pour les fonds artisanaux. C'est une loi du 20 mars 1956 qui régit la matière. C'est un texte d'ordre public qui s'impose donc et qui est relativement bref, a contrario il laisse une certaine liberté contractuelle : par exemple, rien n'est précisé en matière de durée.

La location-gérance ou gérance libre désigne l'opération par laquelle le propriétaire d'un fonds de commerce donne celui-ci en location à un preneur nommé gérant-libre ou locataire-gérant, ce dernier a la qualité de commerçant, inscrit au R.C.S., exploite le fonds sous sa propre responsabilité, en totale indépendance et ne fait que verser une redevance au loueur. On va dissocier la propriété du fonds de l'exploitation d'icelui.

A – Les conditions de la location-gérance

Le statut de la location-gérance est soumis à des conditions de fond et de forme.

1) Les conditions de fond

Il faut faire appel aux conditions générales de validité des contrats : articles 101 et suivants du C.civ. Parallèlement, il faut évoquer des conditions particulières spécifiques aux contrats de location-gérance. Elles ne sont pas nombreuses car l'ordonnance du 25 mars 2004 est venue les diminuer pour permettre plus facilement la conclusion d'un tel contrat. Le bailleur doit avoir exploité le fonds loué pendant au moins 2 ans mais cette condition est écartée dans de très nombreux cas, c'est l'hypothèse d'un mineur héritant d'un fonds de commerce, il va directement pouvoir conclure un tel contrat. C'est la même chose quand il s'agit de l'État ou de toute autre collectivité locale. L'article 4 alinéa 2 de la loi de 1956 actuellement article L 144-4 du Code de commerce précise qu'un commerçant ne peut donner son fonds en location-gérance s'il a fait l'objet d'une interdiction d'exercer la profession commerciale. L'objectif de la disposition est de ne pas permettre au bailleur de détourner un interdit dont il serait l'objet.

Es différentes conditions ont pour but d'écarter toute idée de spéculation et donc la sanction de l'irrespect de ces conditions est la nullité du contrat.

2) Les conditions de forme

Le contrat de gérance doit être écrit, un extrait de celui-ci doit et republié dans un JAL dans la quinzaine suivant l'acte. Les documents commerciaux du gérant doivent indiquer l'existence de ce contrat. Le locataire gérant doit être immatriculé au R.C.S. car on doit aussi y porter un exemplaire de ce contrat.

B – Les effets de la location-gérance

Ils se révèlent tant au stade de l'exécution que de l'expiration.

1) En cours de contrat

a) Le propriétaire

Il perd la qualité de commerçant dès lors que le contrat est conclu, il est tenu de toutes les obligations incombant traditionnellement au bailleur : obligation de délivrance et de garantie qui induit l'interdiction pour le bailleur de faire concurrence à son locataire. C'est au bailleur de demander le renouvellement du bail.

b) Le locataire-gérant

Il devient commerçant et risque à ses risques et périls. En contrepartie, il perçoit les bénéfices et supporte les dettes de l'exploitation. Tout de même, il n'est pas un locataire ayant tous les pouvoirs. Il ne peut pas céder le fonds, il n'a droit à aucun renouvellement, de même n'a droit à aucune indemnité. Très souvent, il va se voir consentir par le bailleur un certain nombre d'avantages. Le loueur va lui accorder un prêt d'argent, de fourniture et du coup, le locataire-gérant est de plus en plus dépendant du loueur. Quand la dépendance est trop forte, la C.Cass. n'hésite pas à requalifier le contrat qui lie bailleur et locataire en contrat de gérance-salarié quand manifestement il existe une dépendance réelle du locataire à l'égard du bailleur. S'il y a requalification, alors le locataire-gérant dispose de toute la protection sociale accordée aux salariés. Arrêt de la chambre sociale du 18 décembre 1976 par exemple.

c) Les dettes

S'agissant de celles afférentes à l'exploitation antérieure, et donc la mise en location-gérance, elles peuvent être déclarées immédiatement exigibles par le TC mais les créanciers doivent prouver que le nouveau contrat de location-gérance signé, met en péril le recouvrement de ses dettes. Pendant un délai de 6 mos à compter de la publication du contrat de location-gérance dans un JAL, le loueur est solidairement responsable avec le locataire des dettes contractées par celui-ci à l'occasion de l'exploitation du fonds : article L 144-7 du Code de commerce. Le bailleur a donc une obligation de conseil, renseignement. La jurisprudence exclue toutes les dettes qui ne sont pas strictement liées à l'exploitation du fonds. Sont ainsi exclues les dettes fiscales, relatives à la responsabilité civiles délictuelles.

2) A l'expiration du contrat

Les dettes contractées par la gérant à l'occasion de l'exploitation du fonds de commerce, à l'issue d'un délai de 6 mois après la publication du contrat dans un JAL, incombent au seul locataire-gérant.

La fin du contrat de location-gérance rend immédiatement exigibles les dettes afférentes à l'exploitation contractée par le locataire pendant la durée de la gérance. Le locataire doit aussi restituer le fonds de commerce au propriétaire avec tous ses éléments corporels et incorporels. Il n'a droit à aucune indemnité y compris en cas d'améliorations sauf s'il a créé ou ajouté une branche d'activité distincte du comme ordinaire. Par ailleurs, le locataire est responsable de toutes les dégradations apportées au fonds, les contrats conclus par le locataire ne sont pas transmis au loueur, sauf s'agissant des contrats de travail : article L 122-12 alinéa 2 du Code du travail. Le locataire a la possibilité de se rétablir dans un comme similaire sauf clause contractuelle contraire.

§4 – Le crédit-bail de fonds de commerce

Ce contrat est une apparition récente, il mêle à la fois les notions de location, de promesse d'achat et de crédit. Le tout ajouté au fonds de commerce, on obtient le crédit-bail. Il permet à une personne souhaitant un bien, de demander à un organisme financier d'acquérir celui-ci et de le lui louer pour une durée indéterminée. Le crédit bail va conférer à l'établissement bancaire une garantie efficace car elle n'est autre que la propriété du fonds de commerce. Le crédit-bailleur est créancier du crédit-preneur. Cette garantie est complète et a été aménagée par une loi du 6 janvier 1986 que l'on retrouve aux articles L 313-7 et suivants du Code monétaire et financier.

A – Présentation du contrat de crédit-bail sur fonds de commerce

L'opération de crédit-bail est une opération faisant intervenir trois personnes :

- **L'établissement financier** qui va acheter le fonds, en devenir propriétaire et enfin le donner en location gérance.
- **Le vendeur du fonds de commerce.**
- **Le commerçant en lui-même** qui va être un locataire-gérant et exploiter le fonds pour son propre compte. Il va verser des loyers à l'établissement de crédit, et au terme du contrat, il dispose d'une option. Il a la possibilité de renouveler le crédit-bail et la location-gérance. Il peut aussi ne pas renouveler et abandonner la gestion du fonds. Enfin, il peut acquérir le fonds contre une somme résiduelle correspondant généralement au capital non encore remboursé.

Tout se passe comme si l'établissement de crédit avait consenti un crédit au commerçant pour l'acquisition du fonds. Cet établissement va cependant garder la propriété du fonds, ce qui est

une bonne garantie car en cas de liquidation ou redressement judiciaire, l'établissement de crédit va pouvoir opposer sa propriété aux autres créanciers.

B – Le régime juridique du crédit-bail sur fonds de commerce

1) Les dérogations

Elles sont faites au contrat de la location-gérance. Pour qu'une telle opération soit possible, le législateur est intervenu et a ainsi précisé que l'établissement de crédit peut placer le fonds de commerce en location-gérance sans avoir à respecter le délai de 2 ans prévu en la matière.

On trouve aussi la règle de l'exigibilité immédiate des dettes du locataire-gérant à l'expiration du contrat. Elle ne s'applique pas quand le locataire-gérant lève l'option d'achat.

2) Les inadaptations de ce régime

L'opération est très peu pratiquée car elle complexifie et outrepassait les formalités de publicité. La garantie donnée à l'établissement de crédit va rester fragile car si le locataire ne paye plus son crédit, le bien est en train de disparaître et donc la garantie aussi. En réalité, les garanties fondées sur des biens incorporels sont assez illusoire car à la base, les biens incorporels ont une valeur toute relative tenant souvent dans la qualité de la personne de l'exploitant.

§5 – L'apport en société d'un fonds de commerce

Il s'agit d'une opération assez courante dans la mesure où elle constitue l'habillage juridique le plus fréquent de la mise en société d'une entreprise exploitée en nom personnel. L'apport s'apparente à bien des égards à la vente du fonds. Plus exactement, dans les deux cas, la propriété du fonds est transmise à titre onéreux, mais il existe une différence notable s'agissant du mode de rémunération. La vente suppose paiement d'un prix en contrepartie du transfert de propriété. S'agissant de l'apport, en contrepartie du transfert du fonds de commerce, il y a octroi de droits sociaux au profit de l'apporteur. L'acte qui constate l'apport, les statuts de la société, doit contenir les mêmes mentions que l'acte de vente. L'absence de ces informations génère la nullité du contrat d'apport. S'agissant de la publicité, elle est identique à celle qui prévaut en matière de vente mais il y a tout de même une protection supplémentaire au profit des créanciers non-inscrits. Il faut alors observer une procédure spéciale, il s'agit d'informer les créanciers du fonds de commerce. Il doit y avoir une déclaration des créances au greffe du TC dans les 10 jours de la dernière publication.

S'agissant des associés, ils peuvent accepter ou refuser la reprise du passif déclaré. Chaque associé peut accepter l'apport et la société va supporter le passif du fonds de commerce alors que celui-ci ne se transmet normalement pas. L'apporteur demeure solidairement responsable avec la société à l'égard des créanciers du fonds ayant déclaré leurs créances. C'est donc une double responsabilité qui s'instaure ici permettant de protéger les intérêts des créanciers mais cette société va se charger de dettes importantes parfois.

Les associés peuvent aussi refuser en formant, dans un délai de 15 jours, une demande d'annulation de l'apport ou même de la société devant le TC du lieu du siège social. Si le juge

leur donne raison, alors la dette va demeurer personnelle au propriétaire du fonds de commerce.